



Chapitre de livre

2005

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)

Cassani, Ursula

How to cite

CASSANI, Ursula. Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption). In: La pratique de l'avocat 2005. Fellmann, Walter, Poledna, Tomas (Ed.). Berne : Stämpfli, 2005. p. 671–709.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12401>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 17:08

Droit pénal économique 2003–2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)

Ursula Cassani*

Inhaltsverzeichnis

Droit pénal économique 2003–2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)	671
I. Délimitation du sujet.....	671
II. La responsabilité pénale de l'entreprise	673
1. La primauté de la responsabilité pénale de la personne physique.....	673
2. Les régimes de responsabilité instaurés.....	674
a) Le régime général décrit à l'art. 100 ^{quater} al. 1 ^{er} CP	675
b) Le régime spécial décrit à l'art. 100 ^{quater} al. 2 CP	676
c) Des dispositions inadéquates, lacunaires et floues.....	676
3. Questions choisies	678
a) L'infraction sociale (« Betriebstat »).....	678
aa) Les entreprises visées	679
bb) Le caractère social de l'infraction : l'infraction commise « <i>au sein</i> » de l'entreprise	681
cc) Le contexte : l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise	682
b) Le manque d'organisation	683
aa) La preuve du manque d'organisation.....	683
bb) L'élément subjectif de l'infraction	683
c) La « mort » de l'entreprise, sa transformation, etc.	684
4. L'art. 100 ^{quinquies} CP : procédure pénale	686
a) La représentation de l'entreprise dans la procédure pénale (art. 100 ^{quinquies} al. 1 et 3 CP)	686
b) Une preuve impossible ?	687
III. Le financement du terrorisme (art. 260 ^{quinquies} CP).....	689
1. La lutte contre le financement du terrorisme, une stratégie peu efficace.....	689
2. La portée de l'art. 260 ^{quinquies} CP.....	691
a) La typicité (art. 260 ^{quinquies} al. 1 CP).....	691

* Professeure ordinaire de droit pénal, Université de Genève. L'auteure remercie Mme MARIANNE CHERBULIEZ, assistante, de sa relecture attentive du manuscrit.

aa)	Le financement	692
bb)	Le but terroriste	692
b)	La culpabilité : exclusion du dol éventuel (art. 260 ^{quinquies} al. 2 CP)	692
c)	Les actes de terreur dont le financement est licite (art. 260 ^{quinquies} al. 3 et 4 CP)	692
IV.	La révision législative en matière de corruption (<i>bis repetita</i>)	694
1.	Pourquoi réviser à nouveau le droit de la corruption ?	694
2.	La répression de la corruption passive d'agents publics étrangers	695
a)	Limitation à la corruption proprement dite	695
b)	La compétence territoriale du juge suisse	696
3.	La corruption privée	699
a)	La corruption privée est-elle destinée à rester un « Kavaliersdelikt » ?	699
b)	L'infraction de corruption privée de lege ferenda	700
c)	L'exigence d'un rapport de concurrence	700
d)	La peine et la poursuite	702
e)	La responsabilité pénale de l'entreprise	703
4.	Renonciation à l'incrimination du « trafic d'influence »	704
V.	Références bibliographiques	705

I. Délimitation du sujet

Le cadre de l'atelier de « droit pénal économique » que nous avons eu le plaisir d'animer lors du congrès 2005 de la Fédération Suisse des Avocats était délimité par un critère temporel, puisqu'il s'agissait de traiter de l'actualité judiciaire et législative des deux années qui venaient de s'écouler et, de manière purement subjective, par les compétences et les inclinaisons de celle qui l'animait et qui est portée vers le droit pénal matériel plutôt que formel, vers l'étude de quelques thèmes choisis plutôt que le panorama.

Le droit pénal économique a fait l'objet de deux ateliers « jumeaux » lors du congrès, le premier en allemand et le second en français, traitant en partie des mêmes sujets, notamment de l'actualité jurisprudentielle. Pour les communications écrites, nous avons préféré privilégier la complémentarité ; le lecteur voudra, par conséquent, se reporter à l'article du Professeur JÜRGEN BEAT ACKERMANN pour une chronique de jurisprudence très complète, ainsi qu'à l'actualité bibliographique et législative de Mme DORIS HUTZLER et de M. NICOLAS HERREN.

La présente contribution traitera donc du volet législatif en matière de droit pénal économique. Ce faisant, nous avons choisi de porter notre regard sur les trois thèmes principaux qui ont préoccupé le législateur suisse pendant ces

deux dernières années : la responsabilité pénale de l'entreprise, le financement du terrorisme et la nouvelle révision des dispositions en matière de corruption. Quant aux modifications législatives proposées dans le cadre de l'adaptation du droit suisse aux exigences découlant des Recommandations, révisées en 2003, du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, pour lesquelles le Conseil fédéral a publié un avant-projet en janvier 2005,¹ elles devront faire l'objet d'une analyse approfondie sur la base d'un texte plus avancé lors du prochain congrès.

II. La responsabilité pénale de l'entreprise

Les nouvelles dispositions instaurant une responsabilité pénale de l'entreprise ont été élaborées dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal (art. 102 et 102a CP 2002) ;² elles ont ensuite été glissées dans le « paquet » législatif ficelé pour réprimer le financement du terrorisme, adopté le 23 mars 2003.³ Devenues art. 100^{quater} et 100^{quinquies} dans le code pénal actuel, elles sont ainsi entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2003.

Ces dispositions permettent d'infliger à l'entreprise une amende d'un montant maximal de Frs 5 millions en raison des infractions commises en son sein.

1. La primauté de la responsabilité pénale de la personne physique

Jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions instaurant une responsabilité pénale de l'entreprise, le droit suisse appliquait l'adage « *societas delinquere non potest* » et déniait à l'entreprise la capacité pénale, sous réserve de quelques exceptions ponctuelles en matière de droit pénal administratif et fiscal.

¹ Avant-projet d'une loi fédérale sur la mise en œuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (<http://www.dff.admin.ch/fi/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2005/01/gafi.pdf> ; consulté le 15 juillet 2005), publié avec un rapport explicatif en date du 12 janvier 2005.

² Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002, FF 2002, 7658 ; cf. le Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999, 1787, 1943–1951. La révision pourrait entrer en vigueur au début de l'année 2007 au plus tôt.

³ Loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Financement du terrorisme), modification du 21 mars 2003, RO 2003, 3034 ; Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, du 26 juin 2002, FF 2002, 5014. Cf. aussi sect. III (*infra*).

Le principe qui prédominait très largement en droit suisse était donc celui de la responsabilité pénale exclusive de la personne physique, en vertu duquel l'infraction perpétrée au sein de la personne morale ou de toute autre entreprise était attribuée aux seules personnes physiques ayant commis une faute individuelle. Le juge pénal avait donc à rechercher l'auteur direct, ainsi que ses éventuels participants à titre principal ou accessoire. A certaines conditions, l'infraction pouvait aussi être attribuée aux garants pour leur abstention, en particulier aux supérieurs hiérarchiques qui n'avaient pas empêché les infractions commises par leurs subordonnés, alors même qu'ils en avaient la possibilité, en prenant des mesures que l'on pouvait attendre d'eux. L'entreprise se voyait ainsi mise en cause de manière indirecte,⁴ puisque l'insuffisance des structures de prévention et de contrôle mises en place pouvait être reprochée aux personnes à qui incombait la responsabilité de les instaurer, en particulier à son chef.⁵ Les enseignements découlant de cette jurisprudence restent d'ailleurs pertinents nonobstant l'entrée en vigueur de l'art. 100^{quater} CP, non seulement parce que la responsabilité du chef d'entreprise reste entière mais aussi parce qu'ils s'appliquent aussi, avec certaines nuances, à la responsabilité pénale de l'entreprise.⁶

2. Les régimes de responsabilité instaurés

Sur le plan conceptuel, l'enjeu principal de la responsabilité pénale de l'entreprise, dans un droit pénal fondé sur la culpabilité, est la construction de la faute reprochée à une entité qui ne possède pas de facultés psychologiques propres et est donc inapte à la faute au sens classique du terme.

Deux modèles sont concevables : soit la responsabilité est rattachée à un reproche qui s'adresse directement à l'entreprise en raison d'un défaut dont elle est affectée (*modèle direct*), soit elle se fonde sur l'imputation à l'entreprise du comportement fautif des personnes physiques qui ont agi en son sein (*modèle vicarial ; vicarious liability*), dont le cercle reste alors à définir.⁷ Les deux modèles mettent les conceptions classiques du droit pénal à rude épreuve : le premier, en construisant une « faute » *sui generis*, objectivée et très éloignée de la notion traditionnelle supposant, selon une variété de déclinaisons, la conscience et la volonté de l'auteur, et le second, en créant une tension indéniable avec le caractère personnel et non transmissible de la faute pénale.

⁴ Nous n'ignorons pas pour autant les limites de cette mise en cause médiate de l'entreprise, rappelées à juste titre par SEELMANN, 173.

⁵ Cf., en particulier, les arrêts Lebedinsky/Bührle (ATF 96 IV 155) et surtout Von Roll (ATF 122 IV 103) ; CASSANI, Ceditac (*in toto*).

⁶ PIETH, Risikomanagement, 605 s.

⁷ Pour prendre un exemple, le droit français a retenu le modèle vicarial, les agents commettants étant les organes et représentants de la personne morale (art. 121-2 CP français).

Le législateur suisse a opté pour deux régimes différents de responsabilité. Le premier, décrit à l'art. 100^{quater} al. 1^{er} CP, ne s'intègre à aucun des modèles décrits et relève, au mieux, de la « bizarrerie juridique », alors que le second, instauré à l'art. 100^{quater} al. 2 CP, se rattache au modèle direct.⁸

a) *Le régime général décrit à l'art. 100^{quater} al. 1^{er} CP*

L'art. 100^{quater} al. 1^{er} CP consacre une responsabilité résiduelle de l'entreprise, qui n'entre en jeu qu'à titre *subsidaire*, s'il n'est pas possible d'imputer l'infraction à une personne physique en raison d'un défaut d'organisation de l'entreprise. Il suffit donc que l'entreprise offre à la justice pénale un « coupable », pour éluder toute responsabilité, possibilité qui a conduit la doctrine à évoquer l'« effet Winkelried »⁹ ou l'invitation à la désignation d'un « Sitzdirektor ». ¹⁰ Dès lors que la personne physique fautive est identifiée, il n'est, par ailleurs, pas nécessaire que l'action pénale puisse véritablement être exercée ; l'entreprise ne répond donc pas à la place de l'auteur décédé, et encore moins de celui qui est en fuite.

Le fondement de cette responsabilité est le défaut d'organisation de l'entreprise ; curieusement cependant, cette faute sociale, « objectivée », n'est pas causale pour la commission de l'infraction mais pour le fait que l'on ne parvient pas à identifier l'auteur. La construction est ainsi plus proche de l'entrave à l'action pénale que du modèle direct décrit ci-dessus.¹¹

Cette construction, pour curieuse qu'elle soit, est devenue *le régime ordinaire* applicable à toutes les infractions qualifiées de crimes ou de délits en vertu du code pénal suisse ; l'art. 105 al. 1 CP 2002 – qu'il convient d'appliquer d'ores et déjà comme reflétant la volonté du législateur et le sens raisonnable de la loi¹² – y soustrait, en revanche, les contraventions.

La question de savoir si les infractions régies par le *droit pénal administratif* sont soumises aux nouvelles dispositions n'a pas été clairement tranchée. Celui-ci connaît un régime propre, très partiel, découlant de l'art. 7 DPA, considéré – en tout cas jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 100^{quater} CP – comme applicable à toutes les catégories d'infractions, à condition que l'amende ne dépasse pas Frs 5'000. Or, en vertu de l'art. 2 DPA, les dispositions générales du code pénal suisse sont applicables, sauf clause dérogatoire, qui l'emporte par spécialité. De nombreuses lois du droit pénal accessoire renvoient en outre aux art. 6 et 7 DPA pour les infractions commises dans l'entreprise.

⁸ Sur le choix des modèles, cf. ROTH, Cedidac, 92 ss.

⁹ ROTH, Cedidac, 95.

¹⁰ WOHLERS, 384 ; PIETH, RPS 2003, 357.

¹¹ Dans le même sens, ARZT, recht 2004, 213.

¹² BOCN 2001, 602 ; BOCE 2001, 519 s. ; HEINE, recht 2005, 3 ; STRATENWERTH, § 13 N 184 ; *contra* : JEANNERET, 918.

HEINE¹³ estime que l'art. 7 DPA continue à s'appliquer aux contraventions réprimées en vertu de cette loi ainsi que de toutes celles du droit pénal accessoire qui y renvoient, alors que la responsabilité de l'entreprise pour les crimes et délits serait désormais soumise exclusivement à l'art. 100^{quater} CP. L'interprétation préconisée a le mérite d'assurer qu'un traitement identique soit accordé aux infractions de même gravité ; la solution d'une application par spécialité de l'art. 7 DPA à l'ensemble des infractions poursuivies en vertu de cette loi ou renvoyant à elle pour ce qui est de la responsabilité de l'entreprise¹⁴ paraît cependant tout aussi soutenable au regard des textes.¹⁵ On ajoutera cette incertitude à la longue liste des questions qui mériteraient un nouvel examen approfondi et une réponse claire du législateur.

b) *Le régime spécial décrit à l'art. 100^{quater} al. 2 CP*

Le deuxième régime de responsabilité, décrit à l'al. 2 de l'art. 100^{quater} CP, instaure une responsabilité cumulée de l'entreprise et de l'individu, fondée sur le défaut d'organisation de l'entreprise. Ce modèle, qui porte en lui un risque plus élevé pour l'entreprise,¹⁶ puisque sa responsabilité peut être invoquée en parallèle à celle de l'auteur, est réservé à certaines infractions limitativement énumérées dans le domaine économique et financier, soit la participation et le soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), les infractions en matière de corruption (art. 322^{ter}, 322^{quinquies} et 322^{septies} CP)¹⁷ et le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP). Le projet de révision du droit suisse en matière de corruption propose de ranger aussi dans cette liste la corruption privée active en vertu du futur art. 4a al. 1 lit. a LCD.¹⁸

c) *Des dispositions inadéquates, lacunaires et floues*

A priori, le résultat de cette révision législative est assez peu convaincant. Le législateur suisse était indéniablement soumis à une certaine pression du fait que l'exigence – à vrai dire formulée de manière relativement souple – d'un régime de responsabilité au sens large de la personne morale pour les infractions commises en son sein est devenue une constante dans les conven-

¹³ HEINE, recht 2005, 8.

¹⁴ C'est notamment le cas de la LCD, dont les infractions sont poursuivies par les cantons (art. 27 LCD) mais dont l'art. 26 renvoie aux art. 6 et 7 DPA. A noter que le projet de révision législative en matière de corruption propose de soumettre expressément la corruption privée en vertu de l'art. 4a P-LCD à l'art. 100^{quater} al. 2 CP (cf. sect. IV, 3, e [*infra*]).

¹⁵ MACALUSO, 2004, 191, ch. 1110–1125.

¹⁶ Même appréciation chez PIETH, RPS 2003, 357 ; *contra* : ARZT, recht 2004, 214.

¹⁷ P. MÜLLER, 15.

¹⁸ Cf. sect. IV, 3, e (*infra*).

tions internationales récentes en matière de criminalité économique et financière. Contrainte de faire une réserve lors de la révision de la convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales,¹⁹ la Suisse ne souhaitait pas récidiver avec celle des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme de 1999,²⁰ ce qui explique l'entrée en vigueur anticipée des dispositions sur la responsabilité de l'entreprise par rapport à la révision de la partie générale du code pénal. Or, il n'est pas certain que celles-ci soient réellement de nature à satisfaire aux standards internationaux. C'est en tout cas l'opinion des experts de l'OCDE qui ont analysé la législation suisse en matière de corruption dans le cadre de la deuxième phase d'examen en vertu de la convention anticorruption de l'OCDE ; le rapport paru en février 2005 précise qu'« en l'absence de jurisprudence jusqu'à présent, les [experts] ne sont pas convaincus que le nouveau régime soit en mesure d'assurer l'imposition de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives ».²¹ L'art. 100^{quater} CP paraît, par ailleurs, difficilement compatible avec les exigences découlant de l'art. 18 de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe que la Suisse s'appête à ratifier,²² comme d'ailleurs avec l'art. 10 de la nouvelle Convention sur le blanchiment et le financement du terrorisme du 16 mai 2005.²³ Ces dispositions exigent la mise en place d'un régime de responsabilité vicariale (i.e. pour les infractions commises par les organes et représentants pour le compte de la personne morale), doublé d'une responsabilité pour défaut de contrôle et de surveillance.

Si le premier but, consistant à mettre notre droit en conformité avec les standards internationaux les plus exigeants, n'a donc peut-être pas été entièrement atteint, le défaut le plus évident des nouvelles dispositions n'en reste pas moins l'insécurité juridique qu'elles suscitent. Jamais un pan aussi important et novateur de la législation pénale suisse n'aura baigné dans un flou artistique aussi peu flatteur. Le message du Conseil fédéral est extrêmement laconique et passe par pertes et profits les enseignements qui auraient pu être tirés de l'étude fort circonstanciée confiée à un expert dans une perspective *de lege*

¹⁹ RS 0.31.21 ; la réserve a été retirée à l'entrée en vigueur de l'art. 100^{quater} CP.

²⁰ RS 0.353.22.

²¹ OCDE, Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 24 décembre 2004, publié en février 2005, § 22, 105–113 ; voir particulièrement le commentaire sous § 113.

²² Cf. sect. IV (*infra*).

²³ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE no. 198, ouverte à la signature à Varsovie, le 16 mai 2005.

ferenda.²⁴ Le flou général est aggravé par le fait que les cartes ont été totalement redistribuées au niveau parlementaire, puisque c'est seulement à ce stade que le deuxième régime de responsabilité a été instauré et que l'art. 100^{quinquies} CP, régissant la procédure, a été proposé.

Il appartiendra donc à la pratique des tribunaux, ainsi qu'à la doctrine, de combler les vides laissés par le législateur, ce qui paraît problématique au regard du principe de la légalité.

Pour l'instant et de manière prévisible, les autorités pénales se montrent peu pressées pour se lancer dans l'aventure consistant à emprunter un chemin bien mal balisé. Un petit nombre d'ordonnances de condamnations semble néanmoins avoir été rendu par des autorités de poursuite particulièrement intrépides. C'est ainsi qu'un juge d'instruction fribourgeois a rendu, voici quelques mois, une ordonnance pénale, condamnant une société française ayant loué une voiture à Frs 3'000 d'amende à raison d'une violation grave des règles de la circulation routière commise par un auteur non identifié. L'ordonnance retient que le fait de ne pas pouvoir établir quel employé circulait avec le véhicule de l'entreprise à une date déterminée dénotait un manque d'organisation de celle-ci.

Cet exemple ouvre des perspectives intéressantes au regard de la stratégie, souvent adoptée en matière de délinquance routière, consistant pour le détenteur du véhicule (ou en l'espèce le locataire) à prétendre ne pas savoir ou ne pas pouvoir être contraint à révéler qui était au volant au moment où une infraction a été commise. Il illustre aussi un risque sous l'angle de la politique de prévention en matière de délinquance routière,²⁵ soit que l'entreprise endosse la responsabilité de l'acte délictueux pour protéger l'auteur, favorisant par là l'impunité de la personne physique.

3. Questions choisies

Au regard du très grand nombre de questions qui restent ouvertes, nous nous contenterons d'évoquer quelques interrogations dont nous attendons une résonance particulière dans la pratique de l'avocat consultant des clients en matière de droit pénal économique et financier.

a) L'infraction sociale (« Betriebsstat »)

Pour que l'imputation de l'infraction à l'entreprise entre en considération, il faut que cette infraction soit commise au sein d'une entreprise, dans l'exercice d'activités commerciales qui sont conformes à ses buts.

²⁴ ROTH, RPS 1997, 345 ss (*in toto*).

²⁵ Sur l'application de la responsabilité pénale de l'entreprise en matière de délinquance routière, cf. JEANNERET (*in toto*).

aa) Les entreprises visées

Les entreprises visées sont énumérées à l'art. 100^{quater} al. 4 CP. Il s'agit des personnes morales de droit privé (lit. a), des personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales (lit. b), des sociétés (lit. c) et des entreprises en raison individuelle (lit. d).

Ces notions ne sont pas explicitées dans le message du Conseil fédéral, du moins pas dans le passage à propos de l'art. 102 du projet, devenu par la suite l'actuel art. 100^{quater} CP.²⁶ Le message est plus prolixe à propos de l'art. 29 du projet, régissant la punissabilité des actes commis dans un rapport de représentation et visant également les « sociétés ». Ce passage précise que le « terme de *société* désigne la société en nom collectif et la société en commandite, ainsi que la société simple » et ajoute : « Enfin, *l'entreprise individuelle* doit être comprise dans un sens large. Elle vise toutes les personnes ou groupes de personnes qui font le commerce, exploitent une fabrique ou exercent en la forme commerciale quelque autre industrie (art. 934 CO et 52, 3^e al., de l'Ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce) ».²⁷

Partant de l'hypothèse que ces mêmes définitions étaient aussi à l'esprit des parlementaires lorsqu'ils ont examiné ce qui est devenu l'actuel art. 100^{quater} CP,²⁸ la *société simple* serait donc également visée, alors même qu'il s'agit, au regard du droit des obligations, d'un simple contrat.²⁹ Il s'ensuit que les associés répondent de l'infraction commise dans l'activité de l'entreprise, pour autant que l'on puisse leur adresser soit le reproche d'avoir empêché, par leur défaut d'organisation, l'identification de la personne physique fautive (art. 100^{quater} al. 1 CP), soit de ne pas avoir pris les mesures raisonnablement exigibles pour prévenir la survenance de l'infraction (art. 100^{quater} al. 2 CP). Dans ce cas, comme dans celui de l'entreprise en raison individuelle, une attention particulière doit être accordée aux limitations découlant du principe *ne bis in idem*, étant entendu qu'il ne saurait être admissible de punir deux fois la même personne, comme individu directement fautif et comme associé ou titulaire de la raison individuelle.

Il convient d'avoir à l'esprit, par ailleurs, que le cercle des entités visées est aussi restreint par le fait que le reproche d'un « défaut d'organisation » suppose qu'une organisation soit exigible, ainsi que par la condition que l'infraction soit commise dans une « activité commerciale ».³⁰ Si l'on admet, par exemple, qu'il y a entre les concubins un lien qui peut être qualifié de société simple, cela ne signifie pas pour autant que l'un répondra en vertu de

²⁶ Message, FF 1999, 1950.

²⁷ FF 1999, 1820.

²⁸ Cette hypothèse peut se fonder sur une déclaration expresse du conseiller national Siegrist, s'exprimant pour la commission, BOCN 2001, 597.

²⁹ Pour une analyse critique, cf. C. BERTOSSA, 82 ss.

³⁰ Dans le même sens, SCHMID, Mélanges Forstmoser, 769.

l'art. 100^{quater} CP des infractions commises par l'autre. Il faut, en outre, que les associés aient une activité commerciale commune qui suppose un certain degré d'organisation. A l'inverse, un consortium de construction formé par plusieurs entreprises unies entre elles par un contrat de société simple pourrait être inclus dans le champ d'application de l'art. 100^{quater} CP.

Quant aux personnes morales et aux entreprises *soumises au droit étranger*, il semble *a priori* évident qu'elles doivent être visées lorsqu'elles correspondent à une forme sociale connue du droit suisse, sans quoi l'impunité de certains crimes et délits sociaux pourrait être organisée sans aucune difficulté par le simple recours à une structure étrangère. Le résultat découlant de cette interprétation, consistant à conférer au juge pénal la faculté de reprocher à une entité soumise au droit privé étranger de ne pas être organisée de manière adéquate au regard du droit pénal suisse, ne nous paraît pas conduire celui-ci à transgresser les limites de sa compétence locale et matérielle. En effet, le juge suisse se contentera d'appliquera ainsi une norme régissant l'assignation de la responsabilité pénale pour une infraction à l'égard de laquelle sa compétence territoriale est établie,³¹ sans imposer à l'entité étrangère un type d'organisation sociale.

La question devient plus délicate s'agissant d'entités du droit étranger organisées d'une manière que le droit suisse ne connaît pas en tant que telle, par exemple les *trusts* et les *Anstalten*. Ici encore, il convient d'assurer que la responsabilité pénale ne puisse être éludée par le choix d'une forme juridique exotique ; à l'inverse, l'on ne saurait justifier l'application de sanctions pénales dans un cas de figure où celles-ci ne sauraient être prononcées à l'égard d'une structure purement suisse. Il revient ainsi au juge pénal de s'interroger sur la question de savoir s'il entend, lui aussi, appliquer le principe retenu à l'art. 150 al. 1 LDIP, en vertu duquel un patrimoine organisé peut aussi être considéré comme une société ;³² l'on se souviendra qu'en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière civile la situation des *trusts* doit être analysée en fonction de leur degré d'organisation, certains *trusts* étant considérés comme des sociétés, alors que d'autres ne le sont pas.³³

Ici encore, la limitation par l'exigence d'une activité commerciale peut revêtir une grande pertinence. En effet, la simple détention d'un patrimoine ne nous

³¹ Art. 3 à 7 CP (art. 3 à 8 CP 2002) et bases légales spéciales applicables.

³² Art. 150 al. 1 LDIP : « Au sens de la présente loi, on entend par société toute société de personne organisée et tout patrimoine organisé ».

³³ ATF G. c. C. Trust Co (Jersey) Ltd du 3 septembre 1999, SJ 2000 I, 269, 271 ; CHAPUIS, 38. Sous l'angle civil, cette question perdra son importance *de lege ferenda*, dans le cadre de la ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (cf. l'avant-projet d'arrêté fédéral et le rapport explicatif du 20 octobre 2004).

paraît pas pouvoir être considérée comme une activité commerciale, notion dont la portée est toutefois encore incertaine.³⁴

bb) Le caractère social de l'infraction : l'infraction commise « au sein » de l'entreprise

Pour qu'une infraction soit attribuée à l'entreprise, il faut que l'auteur (personne physique) ait agi au sein de celle-ci. C'est le cas de l'organe ou de n'importe quel employé, à condition bien sûr que ces personnes agissent dans l'exercice de leur profession et non dans le cadre de leurs loisirs. Pour le surplus, les choses sont encore très ouvertes : MACALUSO exclut les mandataires et les auxiliaires,³⁵ de manière pertinente, DONATSCH exige que l'agent commettant bénéficie d'une intégration organisationnelle et hiérarchique suffisante dans l'entreprise.³⁶

L'entreprise ne répond donc pas de l'infraction commise par l'avocat qu'elle mandate ; celui-ci peut, en revanche, agir de concert avec un coauteur, un instigateur ou un complice au sein de l'entreprise. C'est alors l'infraction commise par cette personne qui peut éventuellement être imputée à l'entreprise.

La doctrine, pour autant qu'elle examine la question, admet, avec certaines nuances, que l'entreprise répond aussi des infractions commises dans une activité « *outsourcée* ». ³⁷ Il serait, en effet, difficilement acceptable qu'une entreprise puisse se décharger d'un risque pénal en déléguant à un tiers des aspects particulièrement délicats de son activité. De même, dans les cas visés à l'art. 100^{quater} al. 1 CP, pour lesquels l'entreprise ne répond que si l'auteur n'est pas identifié, il sera en règle générale impossible d'établir si celui-ci est employé par l'entreprise elle-même ou sa délégataire. Telle banque au sein de laquelle une violation du secret bancaire a été commise pourrait alors se décharger en prétendant que la source probable de la fuite est un informaticien employé par sa délégataire ; telle entreprise dont l'usine a été à l'origine d'une pollution des eaux accuser l'équipe chargée du nettoyage employée en « *outsourcing* ». Nous tendons donc à admettre que le délit commis dans l'activité externalisée est commis « au sein » de l'entreprise qui la délègue ; il appartient, par conséquent, à cette dernière d'imposer à son délégataire une organisation adéquate pour que l'auteur d'une infraction puisse, le cas échéant, être identifié (art. 100^{quater} al. 1 CP) ou que des mesures appropriées soient prises pour prévenir les infractions énumérées à l'art. 100^{quater} al. 2 CP.

³⁴ Cf. sect. II, 3, a, cc (*infra*).

³⁵ MACALUSO, 2004, 128, ch. 729.

³⁶ DONATSCH, 213.

³⁷ DONATSCH, 213, admet sans autre que l'activité « externalisée » reste attribuable à l'entreprise qui la délègue ; MACALUSO, 2004, 129, ch. 728 ss, préconise une analyse de cas en cas, en fonction de l'importance de l'activité « *outsourcée* ».

Dans le domaine bancaire, l'externalisation de certains services est régie, sur le plan administratif, par la « Circulaire de la Commission fédérale des banques sur l'externalisation d'activités (Outsourcing) ». ³⁸ Selon son chiffre 26, « [l']entreprise continue d'assumer, à l'égard de l'autorité de surveillance, la responsabilité relative au domaine d'activités externalisé ». La banque doit, par ailleurs, « choisir, instruire et contrôler le délégataire avec diligence » (chiffre 21). Enfin, selon les chiffres 28 s., le système de sécurité est élaboré de concert entre la banque et le délégataire. Il faut admettre, à notre sens, que le choix, l'instruction et la surveillance diligents du délégataire englobent aussi la prise des mesures organisationnelles exigées par l'art. 100^{quater} CP, de sorte que la situation ne devrait pas être modifiée de manière fondamentale du fait de l'entrée en vigueur de celui-ci. Il convient néanmoins de s'assurer que le délégataire s'est effectivement doté d'une organisation qui lui permet d'identifier les personnes qui remplissent les tâches déléguées et de les surveiller de manière adéquate dans l'exécution de ces dernières.

cc) Le contexte : l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise

L'exigence que l'infraction soit commise dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise est délicate à manier, tant il est vrai que la commission d'infractions est rarement mentionnée comme but statutaire d'une société commerciale. ³⁹ Ce n'est donc naturellement pas celle-ci, mais l'activité dans laquelle elle s'insère qui doit être conforme aux buts de l'entreprise. Sera, par exemple, considéré comme commis dans le cadre d'une activité commerciale en conformité avec les buts d'un intermédiaire financier le blanchiment d'argent portant sur des avoirs de la clientèle de l'établissement, quand bien même la législation en vigueur, ainsi que les règlements internes, prohibent formellement les opérations de blanchiment.

Quant à la notion d'« activité commerciale », elle n'exclut pas seulement l'activité privée de l'agent commettant ; elle indique aussi que l'activité à laquelle se livre l'entreprise doit être commerciale, c'est-à-dire qu'elle doit être en relation avec un marché. L'entreprise doit donc offrir, à titre onéreux, des biens et des services ou se livrer à une activité (fabrication, conception, etc.) qui se rattache ou contribue à une telle activité. ⁴⁰

³⁸ Circulaire de la Commission fédérale des banques : Externalisation d'activités (Outsourcing) du 26 août 1999 ; dernière modification du 22 août 2002 (Circ.-CFB 99/2).

³⁹ ROTH, Ceditac, 85 ; ROTH, SJ 2003, 189 ; STRATENWERTH, § 13 N 186.

⁴⁰ Dans le même sens, MACALUSO, 2004, 130 s., ch. 746 ss ; SCHMID, Mélanges Forstmoser, 768.

b) *Le manque d'organisation*

La responsabilité se fonde, dans les deux régimes esquissés à l'art. 100^{quater} CP, sur le reproche d'un défaut dans l'organisation de l'entreprise, qui remplace la notion de faute applicable aux personnes physiques.

aa) *La preuve du manque d'organisation*

La référence au manque d'organisation et à l'omission de prendre des mesures d'organisation propres à empêcher l'infraction évoque fortement la négligence.⁴¹

Elle soulève aussitôt la question de ce qu'il faut entendre par une « bonne organisation ». Deux écueils sont à éviter à cet égard :

En premier lieu, il est évidemment tentant de considérer que la survenance de l'infraction ou la non-découverte de l'auteur est imputable au défaut d'organisation, qu'elle en constitue en soi une preuve suffisante. Ce serait inadmissible et contraire aux intentions du législateur.⁴² L'art. 100^{quater} CP n'opère pas de renversement du fardeau de la preuve ; le manque d'organisation doit être prouvé par l'accusation, tout comme l'effet causal sur la non-découverte de l'infraction (al. 1) ou la commission de celle-ci (al. 2).

En second lieu, l'on ne saurait considérer qu'il y a un type d'organisation dont on peut dire d'emblée qu'il met l'entreprise à l'abri de tout risque pénal. La responsabilité sociale est engagée en raison d'un dysfonctionnement concret⁴³ qui est la contrepartie de la violation des trois *curae* chères aux civilistes (*cura in eligendo, in instruendo, in custodiendo*).⁴⁴ Ce n'est pas l'organisation telle qu'elle existe sur le papier qui compte, mais l'efficacité réelle et concrète des processus d'organisation et de surveillance.

bb) *L'élément subjectif de l'infraction*

L'art. 100^{quater} al. 1 CP suppose qu'une infraction réalisant toutes les conditions d'application objectives et subjectives d'un acte punissable ait été commise. Il appartient donc à l'accusation de prouver, dans le cas d'une infraction intentionnelle, qu'une personne physique non identifiée a agi dans des circonstances qui dénotent la commission intentionnelle et, pour les infractions par négligence, qu'une personne physique a été imprudente. Il faut, en outre,

⁴¹ ROTH, Ceditac, 97.

⁴² Message, FF 1999, 1787 ss.

⁴³ *Contra* : HURTADO POZO, 203, estime qu'il faut « déterminer quel est le système de gestion des risques, qui devait cerner toutes les carences dans l'organisation ».

⁴⁴ PIETH, Risikomanagement, 605. L'analogie est plus pertinente pour la responsabilité en vertu de l'al. 2 de l'art. 100^{quater} que de l'al. 1^{er}.

que l'élucidation de cette infraction soit empêchée en raison du défaut d'organisation de l'entreprise.

Quant aux infractions énumérées à l'art. 100^{quater} al. 2 CP, elles supposent toutes sans exception l'intention. On se souviendra que, pour certaines d'entre elles, la définition de l'élément subjectif a fait l'objet d'un examen très attentif du législateur et constitue le résultat d'un choix de politique criminelle pesé avec soin. C'est le cas en matière de blanchiment d'argent, qui n'intéresse le juge pénal qu'à condition qu'il ait été commis intentionnellement, de même qu'en matière de financement du terrorisme, pour lequel même le dol éventuel a été considéré comme insuffisant.⁴⁵

Ces infractions doivent rester intentionnelles, sans quoi elles seraient privées des limites que le législateur leur a délibérément imposées. Si la partie spéciale exige l'intention, la responsabilité de l'entreprise n'entre en considération que si un acte présentant toutes les caractéristiques objectives et subjectives d'une infraction intentionnelle a été commis par une personne physique au sein de l'entreprise.⁴⁶ Le reproche est donc celui d'avoir, par un manque d'organisation, omis d'empêcher qu'une infraction soit intentionnellement commise par une ou plusieurs personne(s) physique(s).

c) *La « mort » de l'entreprise, sa transformation, etc.*

Pour les personnes physiques, la responsabilité pénale est personnelle, elle prend fin avec la mort et ne peut être transmise par succession ; ce principe parfaitement établi a été rappelé par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans une affaire mettant en œuvre le droit pénal fiscal suisse dans les termes suivants : « il existe une règle fondamentale du droit pénal, selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux ».⁴⁷

La transposition de ces principes à l'entreprise n'est pas réglée dans la loi et ne manquera pas de poser des problèmes en pratique.

La loi ne détermine en particulier pas le sort de l'action pénale en cas de liquidation de l'entreprise ; SCHMID en déduit, de manière pertinente *de lege lata*, qu'il est possible à la société d'échapper à la sanction pénale par la dissolution.⁴⁸ Serait-il, dès lors, souhaitable de prévoir une base légale pour bloquer la radiation du registre du commerce en attendant la fin de la procédure pénale ? La société devrait-elle même être réinscrite au registre du commerce aux fins de la procédure pénale si elle a déjà été radiée ? Quel est le sens de

⁴⁵ Cf. sect. III (*infra*).

⁴⁶ Dans le même sens, CASSANI, RSDA 2003, 310 ; JEANNERET, 918 s. ; MACALUSO, 2004, 125, ch. 715 ; PIETH, RPS 2001, 14 ; ROTH, SJ 2003, 195 ; SCHMID, Mélanges Forstmoser, 772 s., en particulier n. 48 ; STRATENWERTH, § 13 N 185.

⁴⁷ A.P., M.P. et T.P. c. Suisse du 29 août 1997, § 48.

⁴⁸ SCHMID, recht 2003, 209.

telles mesures dans l'hypothèse où l'entreprise ne peut plus purger sa peine parce qu'elle a déjà été liquidée ou qu'elle est en faillite ? Les personnes physiques qui liquident la société commettent-elles dès lors une entrave à l'action pénale ? Peut-on ordonner des sûretés en cours de procédure, afin de garantir le paiement de l'amende ?⁴⁹

Un complexe de questions qui risque de préoccuper non seulement les avocats pénalistes mais aussi les spécialistes du droit commercial est celui lié à la transmission du risque pénal en cas de *rachat, de fusion ou de scission de sociétés*. S'il paraît difficilement admissible que le droit de punir de l'Etat puisse s'éteindre du fait d'une transaction entre particuliers, la question de savoir quelle entité doit répondre sur le plan pénal peut être délicate. Pour les autorités de poursuite, le souci principal consistera à éviter que des entreprises puissent se débarrasser de leur responsabilité pénale par une scission ou la cession d'une partie de l'entreprise « entachée » de l'infraction pénale.⁵⁰ Pour l'avocat chargé de participer à la « due diligence », le souci majeur consistera à identifier le périmètre du risque acquis par la société qu'il conseille, la question principale étant celle de savoir si l'entité juridique reprenante ou celle issue d'une fusion encourt un risque pénal du fait d'une infraction commise auparavant au sein d'une autre entité juridique.

Sur ces points encore, la pratique devra fournir des repères dont les travaux législatifs sont dépourvus.

Le cas de figure qui pose le moins de problèmes est celui de la reprise d'une entreprise par *l'achat d'actions (share purchase)* ; sous l'angle civil, le principe de la responsabilité limitée de l'actionnaire s'applique. L'actionnaire ne saurait davantage répondre sur le plan pénal de l'infraction commise au sein de la société, dont la responsabilité n'est pas altérée par le transfert de ses actions.

En cas d'acquisition d'une entreprise par *la reprise des actifs et des passifs (assets purchase)*, c'est l'entreprise qui est achetée et non la société qui l'exploite. En vertu de l'art. 69 LFus,⁵¹ le transfert patrimonial peut prendre la forme de la succession universelle ; l'acheteur est personnellement responsable des dettes reprises, mais le vendeur reste solidairement responsable pendant une période de trois ans (art. 75 LFus). On peut hésiter quant à savoir si l'acheteur acquiert la responsabilité pénale. SCHMID⁵² admet que la responsabilité peut, dans certains cas, être transférée avec l'entité dans laquelle l'in-

⁴⁹ Proposé par B. BERTOSSA, 2003, 28, sur la base de l'art. 163 code de procédure pénale genevoise.

⁵⁰ C'est le risque que nous discernons dans l'interprétation préconisée par C. BERTOSSA, 162, qui estime qu'en cas de scission, l'infraction suit la partie de l'entreprise à l'activité de laquelle elle est rattachée, ouvrant la porte à des possibilités d'abus.

⁵¹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus), RS 221.203.

⁵² SCHMID, recht 2003, 209.

fraction a été commise, lorsque, matériellement, il s'agit toujours de la même unité commerciale, autrement dit, qu'il y a une « Veränderung der Rechtsträgerschaft bei fortbestehendem Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Funktionseinheit ».⁵³ Cette solution peut s'avérer la plus adéquate dans la perspective d'une administration optimale de la justice pénale, en tout cas lorsque les personnes qui sont les mieux aptes à renseigner le juge sur les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise sont également « transférées » à la nouvelle entité. Ce nonobstant, nous tendons à exclure la transmission de la responsabilité pénale en raison du caractère personnel de la peine.

Enfin, en cas de *fusion de sociétés*, que ce soit par absorption ou par combinaison (art. 3 al. 1 lit. a et b LFus), nous admettons, avec SCHMID,⁵⁴ le transfert de la responsabilité pénale à la société reprenante ou issue de la fusion. En effet, la fusion se caractérise par la succession universelle et la continuité des membres ; la dissolution se fait sans liquidation ; elle « entraîne la dissolution de la société transférante et sa radiation du registre du commerce » (art. 3 al. 2 et art. 21 al. 3 LFus), ce qui implique la perte de la personnalité. L'ancienne société « se dissout » donc en quelque sorte dans la nouvelle, de sorte que le transfert de la responsabilité avec l'entité ne nous paraît pas violer le principe de la responsabilité pénale personnelle.

4. L'art. 100^{quinquies} CP : procédure pénale

Nous ne nous arrêtons pas aux problèmes de procédure, dont seuls quelques aspects ponctuels sont évoqués à l'art. 100^{quinquies} CP. Nous nous contenterons d'esquisser les quelques solutions énoncées et les problèmes qui ne manqueront pas de surgir.

a) *La représentation de l'entreprise dans la procédure pénale* (art. 100^{quinquies} al. 1 et 3 CP)

En vertu de l'art. 100^{quinquies} al. 1 CP, l'entreprise est représentée, dans la procédure pénale, « par une seule personne, qui doit être autorisée à représenter l'entreprise en matière civile, sans aucune restriction ». Même si le texte légal est ambigu, il faut en déduire que le représentant doit être choisi parmi les personnes physiques qui occupent une position d'organe ou, en fonction de la forme sociale de l'entreprise, une position analogue et inscrites comme pouvant engager la société au registre du commerce.⁵⁵ Certaines entreprises ne

⁵³ SCHMID, recht 2003, 208.

⁵⁴ SCHMID, recht 2003, 209. Dans le même sens, avec des nuances, C. BERTOSSA, 157-162.

⁵⁵ Cf., à ce propos, les interventions devant le Conseil national, BOCN 2001, 600 ss ; SCHMID, recht 2003, 213.

connaissant pas de pouvoirs individuels, en particulier en matière bancaire, le bénéficiaire d'une signature collective à deux doit également pouvoir être désigné comme représentant.⁵⁶

Sur le plan matériel, il faut exiger que le représentant soit suffisamment bien renseigné sur les faits de la cause, sans pour autant que ses intérêts personnels dans l'affaire – pas seulement sur le plan pénal mais aussi civil ou économique – ne soient susceptibles d'entrer en conflit avec ceux de l'entreprise.⁵⁷

Certains avocats ont vu dans l'art. 100^{quinquies} al. 1 CP une nouvelle source de mandats, envisageant se faire désigner comme représentants « mercenaires » aux seules fins de la procédure pénale. Cette manière de faire serait non seulement contraire à la lettre et à l'esprit de cette disposition du droit pénal mais aussi extrêmement problématique au regard de la sauvegarde de l'indépendance de l'avocat.

En vertu de l'art. 100^{quinquies} al. 2 CP, la « personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale possède les droits et les obligations d'un prévenu. Les autres représentants visés à l'al. 1 n'ont pas l'obligation de déposer en justice ». Il incombe donc au représentant désigné pour la procédure de jouer le rôle de l'accusé, alors que les autres représentants ne sauraient être contraints de témoigner, au contraire de leurs auxiliaires, ainsi que des autres employés de l'entreprise.⁵⁸

b) Une preuve impossible ?

En conférant au représentant de l'entreprise les droits et devoirs d'un prévenu, l'art. 100^{quinquies} al. 2 CP postule l'équivalence des droits et devoirs sous l'angle procédural. Pourtant, la situation est totalement différente, ne serait-ce que du fait que le risque de collusion ou de récidive, voire même de « fuite » (notamment par la dissolution), ne peut être empêché par la détention provisoire.⁵⁹

Pour la justice pénale, le principal défi sera la manière dont elle protégera la présomption d'innocence et le droit de ne pas participer à sa propre incrimination, sans rendre la preuve de l'infraction totalement illusoire. Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination (principe *nemo tenetur*) est garanti expressément à l'art. 14 al. 3 lit. g Pacte ONU II et implicitement comme découlant de la présomption d'innocence au sens de l'art. 6 § 2 CEDH,⁶⁰ ainsi que de l'art. 32 al. 1 Cst féd.

⁵⁶ HOHLER/SCHMID, 525 ; SCHMID, recht 2003, 213.

⁵⁷ ARZT, RSDA 2004, 361 s.

⁵⁸ Une proposition dispensant aussi les auxiliaires d'avoir à témoigner a été retirée par son auteur devant le Conseil national, BOCN 2001, 600 s. (Aeschbacher).

⁵⁹ MACALUSO, RPS 2005, 93 ; PIETH, RPS 2003, 372.

⁶⁰ Notamment CEDH, arrêt Funke c. France du 25 février 1993, Série A, vol. 256, § 44.

L'entreprise, voire pour elle son représentant auquel la loi confère les droits d'un prévenu, ce qui rend la controverse sur l'application des principes précités à la personne morale sans objet,⁶¹ a donc le droit de se taire, et aucune mesure coercitive ne peut être prise contre elle pour l'obliger à parler, à fournir des pièces, etc.⁶² Un devoir de collaboration de l'entreprise à l'enquête contre elle-même, à l'instar de ce qu'a prévu le législateur bernois dans son ordonnance portant introduction de la responsabilité de l'entreprise,⁶³ paraît par conséquent exclu.⁶⁴

Le droit de l'entreprise de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne manquera pas de soulever des problèmes délicats dans le domaine du blanchiment d'argent. Comment penser en particulier l'articulation entre la protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le devoir de communication en vertu de l'art. 9 LBA ? La paralysie du système des communications de soupçons de blanchiment d'argent serait évidemment un effet pervers qui porterait sérieusement atteinte à la crédibilité du dispositif suisse de lutte antiblanchiment.

Des problèmes analogues semblent se dessiner dans le domaine de la coordination entre la répression pénale et la surveillance bancaire, dans le cadre de laquelle les banques ont l'obligation de collaborer très largement avec la Commission fédérale des banques en vertu de l'art. 23^{bis} al. 2 LB. Les preuves ainsi obtenues sur le plan administratif peuvent-elles ensuite être utilisées pour la condamnation pénale de la banque ? L'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire J.B. c. Suisse du 3 mai 2001 l'interdit en matière fiscale, s'agissant de personnes physiques ; or nous partageons l'analyse de HOHLER et SCHMID,⁶⁵ selon laquelle la même conclusion doit aussi s'appliquer à la personne morale.

⁶¹ C. BERTOSSA, 139 ; JEANNERET, 918 ; SCHMID, recht 2003, 206 s. ; *contra* : ARZT, RSDA 2002, 234, exclut l'application de la présomption d'innocence et de *nemo tenetur* à la personne morale.

⁶² MACALUSO, RPS 2005, 93 ; MOREILLON, RPS 2004, 143 ss ; SCHMID, recht 2003, 206 s.

⁶³ Ordonnance portant introduction de la modification du Code pénal suisse du 21 mars 2003 (responsabilité de l'entreprise), du 25 juin 2003, RSB 311.111. L'art. 4 dispose : « L'entreprise est tenue de participer à l'élucidation de l'acte punissable qu'elle est soupçonnée d'avoir commis. Elle déposera, sur sommation de l'autorité judiciaire, les objets pouvant servir de moyens de preuve ».

⁶⁴ La doctrine est divisée : HEINE (recht 2005, 2 ; RPS 2003, 24 ss, 43 ; nuancé : RSDA 2005, 21 s.) est favorable à l'obligation de collaborer ; LOBSIGER, 192, indécis ; ARZT, RSDA, 2004, 362 s., la préconise *de lege ferenda* ; SCHMID (recht 2003, 201 ss, 207 s.) et MACALUSO (RPS 2005, 92 ; 2004, 219 ss, n. 1297 ss) y sont opposés.

⁶⁵ HOHLER/SCHMID, 524.

III. Le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP)

L'art. 260^{quinquies} CP réprimant le financement du terrorisme est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2003 et fait figure de « rescapé » d'un projet de législation beaucoup plus ambitieux présenté par l'administration fédérale en réaction aux attentats du 11 septembre 2001.⁶⁶

1. La lutte contre le financement du terrorisme, une stratégie peu efficace

Une des exigences formulées avec insistance dans différents textes supranationaux adoptés après ces événements était la ratification de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, conclue le 9 décembre 1999 sous l'égide des Nations Unies (CRFT).⁶⁷ Cette convention était donc antérieure aux attentats du 11 septembre 2001, date devenue emblématique sous l'abréviation « 9/11 », mais son processus de ratification en a été considérablement accéléré. Dans la « war on terrorism » déclarée par le Président américain au lendemain de ces attaques et répercutée par les instances internationales, la question du financement de la terreur a été érigée en problème crucial.

Pourtant, il y a tout lieu de penser que l'élément financier ne constitue nullement le nœud du problème dans le domaine du terrorisme. En effet, aussi décevant que soit ce constat, la terreur est bon marché. Selon les estimations des autorités américaines, les coûts liés à l'organisation et à l'exécution des attentats du 11 septembre 2001 n'auraient pas dépassé US \$ 500'000.⁶⁸

Quant aux intermédiaires financiers ciblés par la plupart des stratégies mises en place sur le plan national et international, par commodité plus que sur la base d'une réflexion approfondie, leur contribution à la lutte contre le terrorisme ne saurait être comparable à celle qu'ils fournissent dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des profits illicites. Le financement du terrorisme relève du « microfinancement »,⁶⁹ contournant en général les circuits bancaires. Les intermédiaires financiers classiques ne constituent pas le canal privilégié des flux financiers en faveur des terroristes ; lorsque c'est le cas, les

⁶⁶ Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, du 26 juin 2002, FF 2002, 5014 ; projet de loi : FF 2002, 5078.

⁶⁷ RS 0.353.22. Cf. le Message du Conseil fédéral précité, n. 3, FF 2002, 5014.

⁶⁸ National Commission on Terrorist Attack upon the United States, Monograph on Terrorist Financing : Staff Report to the Commission, Washington DC, 2004, 27 ; http://www.9-11commission.gov/staff_statements/911_TerrFin_Monograph.pdf.

⁶⁹ Office fédéral de la police, Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2004, mai 2005, 40. Le rapport est disponible sous http://internet.bap.admin.ch/f/aktuell/berichte/biss_2004_f.pdf (consulté le 15 juillet 2005).

montants sont minimes, de sorte qu'ils échappent au dispositif antiblanchiment. Contrairement au blanchiment d'argent, le financement du terrorisme ne se définit pas par rapport à une provenance criminelle des avoirs, mais par rapport à leur destination, difficilement reconnaissable. L'expression selon laquelle l'argent est « earmarked » pour l'usage terroriste est ainsi particulièrement inadéquate, celui-ci ne portant en général aucune marque.

Il était donc illusoire de s'attendre à la découverte de flux d'argent significatifs, comme il était illusoire de penser que les intermédiaires financiers, que l'on a soumis à des devoirs de vérification extensifs en vertu des sanctions internationales de l'ONU et en vertu de la LBA,⁷⁰ détecteraient des montants importants. Les avoirs supposés concernés par des communications consécutives aux attentats de « 9/11 » en Suisse étaient de Frs 37 millions en 2001.⁷¹

Il s'agit là des fonds pour lesquels une communication a été faite ; dans la plupart des cas, le lien effectif avec le terrorisme n'est pas judiciairement établi. Le caractère modeste de ces montants n'est pas démenti par les chiffres étrangers, puisque les enquêtes conduites sur le plan mondial à la suite du 11 septembre 2001 ont mené à la maigre récolte de US \$ 112 millions, dont US \$ 34 millions pour les Etats-Unis d'Amérique.⁷² Les fonds terroristes bloqués de par le monde en vertu de toutes les sanctions décrétées par les Nations Unies totalisent US \$ 147 millions selon les estimations de la police fédérale suisse.⁷³

De manière réaliste, l'Office fédéral de la police constate, dans son Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2004, que « [r]ien ne permet de dire que la capacité opérationnelle des groupes terroristes ait été affectée de manière décisive par les mesures déployées ».⁷⁴

⁷⁰ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), RS 955.0.

⁷¹ Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), 6^{ème} Rapport annuel 2003, mars 2004, 8. Ce chiffre concernant l'année 2001 a passé de manière inexplicable à Frs 131 millions dans le rapport annuel 2004 du MROS (7^{ème} Rapport annuel 2004, avril 2005, 9). Les rapports du MROS sont disponibles sur la homepage de l'Office fédéral de la police, <http://www.bap.admin.ch> (consulté le 15 juillet 2005).

⁷² Bureau fédéral de la police, Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2002, juin 2003, 32. Dans son rapport annuel 2002 au Congrès américain, l'Office of Foreign Assets Control, quant à lui, ne fait état que du blocage sur sol américain d'un montant de US \$ 700'000 appartenant à Al-Qaïda (Office of Foreign Assets Control [OFAC], Terrorist Assets Report, Calendar Year 2002, Annexe A, <http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/reports/tar2002.pdf>, consulté le 15 juillet 2005).

⁷³ Office fédéral de la police, Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2004, 39.

⁷⁴ Office fédéral de la police, Rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2004, 40.

2. La portée de l'art. 260^{quinquies} CP

Avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 260^{quinquies} CP, l'administration courante de fonds appartenant à une organisation criminelle et, a fortiori, la récolte et le transfert de fonds en sa faveur, étaient déjà déclarés punissables en vertu de l'art. 260^{ter} CP. Or, une organisation terroriste garde en général « sa structure et son effectif secrets et (...) poursuit le but de commettre des actes de violence criminels » au sens où l'entend l'art. 260^{ter} CP. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé, dans des arrêts rendus en matière d'entraide internationale, que les Brigades rouges, l'ETA ou Al-Qaïda pouvaient être considérées comme des organisations criminelles.⁷⁵ Les valeurs, même de provenance parfaitement licite, sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition étaient d'ores et déjà soumises à confiscation en vertu de l'art. 59 ch. 3 CP. Enfin, la loi sur le blanchiment d'argent visait également ces avoirs, le soupçon d'appartenance à une organisation criminelle déclenchant le devoir de communication au sens de l'art. 9 LBA.

Le droit suisse était donc déjà bien armé pour lutter contre le financement du terrorisme, de sorte que l'introduction d'une nouvelle norme spécifique relevait essentiellement de l'opération de séduction vis-à-vis de nos partenaires étrangers. De manière prévisible, la destinée judiciaire de l'art. 260^{quinquies} CP n'a pas été très brillante jusqu'à présent.

Nous avons consacré une étude à l'art. 260^{quinquies} CP au moment de son entrée en vigueur⁷⁶ et n'entendons pas paraphraser ici ce que nous avons déjà écrit et qu'une pratique restée très éparse n'est pas venue démentir. Le lecteur voudra donc se rapporter à cet article et se contenter ici d'une analyse très schématique.

a) La typicité (art. 260^{quinquies} al. 1 CP)

L'art. 260^{quinquies} CP dispose que « [c]elui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement ».

⁷⁵ ATF 128 II 355, 361 ; 125 II 569, 574 ; FORSTER, RPS 2003, 423 ss et RJB 2005, 222. Dans l'ATF 130 II 337, 347, la question de l'application possible des art. 260^{ter} et 260^{quinquies} CP a été laissée ouverte, faute d'indications suffisantes dans la requête des autorités de Serbie et Monténégro, s'agissant de l'extradition d'un membre présumé de l'Armée nationale albanaise, voire de l'OVPMB, deux organisations issues de l'UCK.

⁷⁶ CASSANI, RSDA 2003, 295 ss.

aa) Le financement

Le financement consiste à réunir ou mettre à disposition des valeurs patrimoniales. Sont visés la collecte, le virement, la remise, de même que la simple administration de valeurs patrimoniales « lorsque son but est de permettre l'utilisation des fonds à des fins terroristes ». ⁷⁷

bb) Le but terroriste

L'auteur du financement doit avoir le dessein de financer l'activité terroriste. La définition du terrorisme est l'aspect le plus délicat de la construction de la norme ; l'art. 260^{quinquies} al. 1 CP le décrit comme « un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un Etat ou une organisation internationale » à un acte ou à une omission. A l'énumération d'actes précis que l'on trouve dans la convention des Nations Unies comme dans les textes pertinents de l'Union européenne, le législateur suisse a donc préféré une formule générale. Ce choix n'est pas sans poser des problèmes, en raison de l'ambiguïté de la notion de « violence criminelle » qui devient ainsi le noyau dur de la définition. ⁷⁸

Pour relever du terrorisme, l'acte de violence doit être commis dans le but d'intimider une population ou de contraindre un Etat ou une organisation internationale à faire ou à ne pas faire un acte. Le but consiste donc soit à déstabiliser la collectivité en atteignant le citoyen dans son « sentiment de sécurité » et sa confiance dans la « pérennité de l'ordre juridique », ⁷⁹ soit à exercer une contrainte sur elle à travers l'Etat ou une organisation internationale.

b) *La culpabilité : exclusion du dol éventuel (art. 260^{quinquies} al. 2 CP)*

Le financier doit agir intentionnellement ; cependant, il ne suffit pas qu'il envisage et accepte l'éventualité que les fonds qu'il réunit ou met à disposition dans un autre but servent à la perpétration d'un acte terroriste. Le dol éventuel est, en effet, exclu par l'art. 260^{quinquies} al. 2 CP ; à cet égard, l'infraction est donc définie de manière plus étroite que celle à l'art. 260^{ter} CP.

c) *Les actes de terreur dont le financement est licite (art. 260^{quinquies} al. 3 et 4 CP)*

L'enjeu principal de l'art. 260^{quinquies} CP, comme d'ailleurs de toute tentative de définition du terrorisme sur le plan supranational, est la distinction entre terrorisme et combat armé légitime.

⁷⁷ Message, FF 2002, 5065.

⁷⁸ Sur cette question, cf. CASSANI, RSDA 2003, 297 ss.

⁷⁹ Message, FF 2002, 5063.

Le législateur suisse a prévu deux mécanismes, dont le premier est original mais problématique au regard des conventions internationales en matière de terrorisme et le deuxième inutile parce qu'il énonce une évidence.

En vertu de l'art. 260^{quinquies} al. 3 CP, « [l]'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un Etat de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci ». Mis à part le fait que les notions de « régime démocratique » et d'« Etat de droit » sont tout aussi relatives que celle de « terrorisme », du moins dans leur application concrète, cette clause heurte de front les clauses dites de « dépolitisation » contenues dans les conventions internationales, qui interdisent aux Etats de considérer un acte de terrorisme comme justifié par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues.⁸⁰ Mais la principale faiblesse de cet alinéa de l'art. 260^{quinquies} CP est qu'il ne fournit aucun repère légal qui tienne compte de l'exigence de proportionnalité. Les actes terroristes impliquent en général des violations extrêmement graves des droits humains : l'on ne saurait, dès lors, considérer que le financement de n'importe quel acte de cruauté collective puisse devenir licite du fait que le but poursuivi est la sauvegarde des droits de l'homme et de la démocratie.

En vertu de l'art. 260^{quinquies} al. 4 CP, n'est pas punissable le financement d'« actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé ». Cette phrase est superfétatoire, pour autant qu'elle vise le *ius ad bellum*, soit les règles internationales gouvernant le recours légitime à la force, en particulier celles découlant de la Charte des Nations Unies, qui, si elles sont respectées, justifient l'acte. Si, en revanche, cette clause vise le *ius in bello*, soit les règles humanitaires à respecter en cas de guerre, les difficultés d'application deviennent insurmontables, tant il est vrai que même les interventions armées légitimes ne sont pas exemptes du risque que des violations graves des Conventions de Genève soient commises. Dans cette perspective, l'exclusion du dol éventuel pourra toutefois prendre toute son importance pour exempter le financier d'une éventuelle responsabilité pénale pour des actes qu'il ne saurait exclure.

Le Tribunal fédéral considère que les al. 3 et 4 de l'art. 260^{quinquies} CP s'appliquent par analogie à la punissabilité de l'organisation terroriste au regard de l'art. 260^{ter} CP.⁸¹

⁸⁰ Art. 6 CRFT : « [c]haque Etat Partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires, y compris, s'il y a lieu, d'ordre législatif, pour que les actes criminels relevant de la présente Convention ne puissent en aucune circonstance être justifiés par des considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues ».

⁸¹ ATF 130 II 337, 344.

IV. La révision législative en matière de corruption (*bis repetita*)

1. Pourquoi réviser à nouveau le droit de la corruption ?

A la fin de l'année 2004, le Conseil fédéral a publié un nouveau projet de modification du droit suisse en matière de corruption.⁸² Cette proposition survient cinq ans seulement après la dernière révision dans le domaine, adoptée en 1999,⁸³ qui a donné lieu à la refonte complète des infractions en matière de corruption d'agents publics (art. 322^{ter} à 322^{octies} CP). Ce nouveau projet de révision a été approuvé à l'unanimité et quasiment sans débat par le Conseil des Etats le 8 mars 2005 ;⁸⁴ le Conseil national l'examinera à la session d'automne 2005, sur la base d'un préavis favorable pris à une majorité confortable par sa commission.

Le législateur suisse traduit ainsi l'approche par couches et retouches successives qui caractérise la constitution du dispositif de lutte contre la corruption sur le plan international. La politique criminelle suisse dans ce domaine est essentiellement réactive. Un des buts poursuivis par la révision de 1999 consistait à permettre à la Suisse de ratifier la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales ;⁸⁵ la procédure actuelle est censée traduire les exigences découlant de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999⁸⁶ (ci-après « Convention CE »), ainsi que du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du 15 mai 2003⁸⁷. La ratification de deux autres instruments, conclus sous l'égide des Nations Unies et touchant également à la corruption, sera proposée dans un avenir relativement

⁸² Arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Projet), du 10 novembre 2004, FF 2004, 6607 ; Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), FF 2004, 6549.

⁸³ LF du 22 décembre 1999 (Révision du droit pénal de la corruption), en vigueur depuis le 1^{er} mai 2000 (RO 2000, 1121, 1125 ; FF 1999, 5045).

⁸⁴ BOCE 2005, 147.

⁸⁵ RS 0.311.21 ; pour une description de cette convention, cf. JOSITSCH, 164 ss.

⁸⁶ STCE no. 173 ; FF 2004, 6611 ; pour une analyse des exigences qui en découlent, cf. B. BERTOSSA, 2004 (*in toto*) et JOSITSCH, 181 ss.

⁸⁷ STCE no. 191 ; FF 2004, 6627. Ce protocole vise la corruption des arbitres et jurés que le droit suisse inclut déjà dans la définition des infractions en matière de corruption publique et ne nécessite donc pas d'adaptation législative (sous réserve de la corruption passive des arbitres et jurés étrangers, qui sera incluse dans le nouvel art. 322^{septies} al. 2 CP).

proche, mais ne devrait pas nécessiter de nouveaux réaménagements importants des dispositions pénales.⁸⁸

Le projet de révision crée deux nouvelles infractions : la corruption passive d'agents publics étrangers et la corruption passive dans le secteur privé. Il renonce, en revanche, à créer une incrimination en matière de « trafic d'influence ».

2. La répression de la corruption passive d'agents publics étrangers

L'art. 322^{septies} CP, dans sa teneur issue de la révision de 1999, ne visait que le versant actif de la corruption d'agents publics étrangers et internationaux ; pour se conformer aux exigences de la Convention CE, le projet propose d'introduire un nouvel al. 2, qui régira le versant passif de la même infraction.

a) *Limitation à la corruption proprement dite*

L'incrimination proposée se limite à la corruption proprement dite, soit à l'acceptation (etc.), par l'agent public, d'un avantage indu « pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation ». L'avantage en échange d'un acte conforme aux devoirs découlant de la charge (« grease payment » ou « facilitation payment ») ne sera pas visé, comme c'est le cas actuellement en matière de corruption active d'agents publics étrangers. La répression restera donc en retrait par rapport à ce qui vaut pour les agents publics suisses au regard des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP. Ce choix se justifie aux yeux du Conseil fédéral par le fait que « [l]es normes pénales des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont conçues pour des standards suisses particulièrement stricts et ne peuvent être facilement transposées telles quelles dans d'autres contextes culturels ».⁸⁹

L'argument ne manque pas de piquant au regard du fait que la Convention CE, comme d'ailleurs celle de l'OCDE avant elle, n'établit pas de différence entre la corruption et l'octroi ou l'acceptation d'un avantage, puisqu'il suffit que l'avantage soit accordé à l'agent public en échange d'un acte ou d'une omission « dans l'exercice de ses fonctions » (art. 2, 3 et 5 Convention CE).

⁸⁸ Il s'agit de la Convention de 2000 sur la criminalité transnationale organisée (Convention de Palerme), dont la ratification fait l'objet d'un message au parlement qui est actuellement en mains du président du DFJP, ainsi que de la Convention contre la corruption, qui a été signée par la Suisse le 10 décembre 2003, à l'occasion de la Conférence de signature, et dont le processus de ratification sera vraisemblablement lancé dès que celle de la Convention CE sera adoptée. Pour une analyse des exigences découlant de ces conventions, cf. CANDRIAN (*in toto*) ; JOSITSCH, 224 ss, 236 ss ; PIETH, 2004 (*in toto*).

⁸⁹ Message, FF 2004, 6567.

La Suisse sera donc amenée à faire une déclaration lors de la ratification de la convention, afin de clarifier le fait qu'en vertu de son droit, seuls les cas dans lesquels l'acte ou l'omission de l'agent étranger viole les devoirs découlant de sa charge ou dépend de son pouvoir d'appréciation seront réprimés (art. 1 lit. c projet d'arrêté fédéral).⁹⁰

Le Conseil fédéral explique néanmoins dans son message⁹¹ que la solution restrictive proposée ne viole pas les obligations découlant de la Convention CE, car celle-ci permet aux Etats de ne pas réprimer les avantages illicites « de faible valeur » ;⁹² or, « [d]ans la pratique, les libéralités concédées pour un acte que l'agent public est de toute façon tenu d'accomplir ne devraient pas souvent dépasser cette limite ».⁹³

L'argumentation exposée, avancée aussi dans le cadre de l'examen de la conformité du droit suisse aux exigences de la Convention de l'OCDE, n'a pas convaincu les experts chargés de l'évaluation de notre législation.⁹⁴ Il est vrai que le droit suisse n'introduit aucune limite quantitative et que la distinction entre la corruption proprement dite et le simple octroi ou l'acceptation d'un avantage peut poser des problèmes en pratique, ce d'autant plus qu'en matière de corruption d'un agent étranger, la non-conformité de l'acte aux devoirs découlant de la charge, de même que l'existence d'un pouvoir d'appréciation, seront examinées au regard du droit administratif étranger, dont l'interprétation pourrait se révéler ardue pour l'applicateur de la norme pénale suisse.⁹⁵

b) La compétence territoriale du juge suisse

L'effet principal de la nouvelle incrimination est que le juge suisse sera en mesure de poursuivre également l'agent public étranger ou international corrompu, qui pourrait ainsi se retrouver sur le même banc des accusés que son corrupteur. Cette possibilité n'existe pas en vertu du droit actuel, sous réserve d'un éventuel blanchiment du pot-de-vin, retenu notamment par les autorités genevoises dans l'affaire Borodine.

En outre, la Suisse pourra accorder l'entraide et l'extradition à un pays étranger souhaitant juger la corruption passive de l'agent public d'un pays tiers, ce

⁹⁰ FF 2004, 6607.

⁹¹ Message, FF 2004, 6566 s.

⁹² Message, FF 2004, 6567, n. 37, citant le Rapport explicatif à la Convention CE (<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 38 ; consulté le 15 juillet 2005) pour ce qui est de l'exemption des montants de faible valeur : « Pour les auteurs de la Convention, l'adjectif < indu > vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables ».

⁹³ Message, FF 2004, 6567.

⁹⁴ Rapport 2004 précité, n. 21, § 93-95 ; dans le même sens, B. BERTOSSA, 2004, 38.

⁹⁵ B. BERTOSSA, 2004, 39.

que le principe de double incrimination,⁹⁶ même interprété de manière abstraite,⁹⁷ lui interdisait jusqu'à présent. Pour les cas de corruption active, l'entrée en vigueur de l'art. 322^{septies} CP en 2000 a ouvert la voie à l'entraide fournie à un pays souhaitant réprimer la corruption de l'agent d'un Etat tiers.

Le fait que l'infraction décrite à l'art. 322^{septies} CP déclare dorénavant aussi punissable l'agent public étranger ne signifie pas, pour autant, que le juge suisse sera amené à poursuivre les fonctionnaires corrompus du monde entier ; encore faut-il qu'il soit compétent à raison du lieu, question qui est régie par les art. 3 à 7 CP (art. 3 à 8 CP 2002).

L'art. 17 Convention CE reconnaît diverses compétences extraterritoriales mais n'énonce que trois hypothèses dans lesquelles un Etat *doit* se considérer comme *compétent pour juger l'agent public d'un pays étranger ou d'une organisation internationale* :

- si l'acte a lieu entièrement ou partiellement sur le sol national ;
- si l'agent public étranger ou international corrompu est un de ses ressortissants ;
- si l'infraction implique aussi un de ses agents publics ou un agent international qui est son ressortissant.

Les deux premières hypothèses relèvent de principes classiques fondant la compétence du juge suisse, soit de la territorialité (art. 3 et 7 CP ; art. 3 et 8 CP 2002) et de la personnalité active (art. 6 CP ; intégrée à l'art. 7 CP 2002). La troisième hypothèse est plus originale ; le juge suisse n'aura cependant aucune peine à établir sa compétence vis-à-vis du participant étranger sur la base du principe de l'universalité (art. 6^{bis} CP ; art. 6 CP 2002),⁹⁸ toutefois réduite à la portion congrue. La pleine application du principe de l'universalité n'est pas prévue.⁹⁹

Pour les compétences extraterritoriales, la condition de la double incrimination sera, par ailleurs, maintenue ; la Suisse fera une réserve dans ce sens (art. 1 lit. b projet d'arrêté fédéral).

Le point d'ancrage principal de la compétence du juge suisse restera ainsi, sans surprise, le fait que l'infraction a été commise sur territoire suisse, en tout ou en partie. La Convention CE, comme le droit suisse, se contente d'une *commission partielle* sur le sol national ; il suffit donc notamment que la remise du pot-de-vin ait lieu en Suisse¹⁰⁰ ou que la promesse ou la sollicitation

⁹⁶ La double incrimination découle, en droit interne, des art. 35 al. 1 lit. e et 64 al. 1 EIMP ; ZIMMERMANN, 292 s.

⁹⁷ SJ 1994, 109, 110.

⁹⁸ Message, FF 2004, 6585.

⁹⁹ Cf. aussi l'art. 17 § 3 Convention CE, qui instaure le principe « aut dedere aut iudicare » pour les seuls cas dans lesquels l'extradition est refusée en raison de la nationalité de l'auteur.

¹⁰⁰ Message, FF 2004, 6584.

soit faite par une personne qui s'adresse à un correspondant épistolaire ou téléphonique à l'étranger depuis notre pays.

Sur cette base, la Suisse s'engagera à poursuivre les agents corrompus des Etats étrangers ou organisations internationales. Au dogme qui prévalait jusqu'en 2000, selon lequel la corruption d'un fonctionnaire ne regardait que le seul Etat concerné, s'est donc substitué un devoir d'assistance qui n'est pas exempt d'un certain paternalisme. En effet, dès lors qu'il y a un point de rattachement territorial en Suisse, la poursuite peut avoir lieu même contre le gré de l'Etat victime de corruption.

En outre, comme toujours dans le domaine de la compétence fondée sur le principe de la territorialité, le droit pénal étranger ne sera pas pris en compte. Pour prendre un exemple : la Suisse peut parfaitement considérer qu'une personne, tel le conseiller personnel d'un souverain étranger, est un agent public selon sa définition matérielle de cette notion (art. 322^{octies} al. 3 CP), alors qu'il n'occupe pas une fonction publique au regard de son propre droit et que l'Etat concerné ne lui reproche aucune infraction. Il est certes peu probable que la Suisse obtienne, dans des hypothèses de ce genre, la coopération judiciaire de l'Etat touché par la corruption de son agent, que ce soit sous la forme de l'extradition ou de l'entraide. Cet obstacle n'est cependant pas toujours dirimant, les jugements par contumace étant admissibles lorsque la compétence se fonde sur le principe de la territorialité ; par ailleurs, l'affaire Borodine, concernant l'intendant du Kremlin jugé à Genève après avoir été arrêté aux Etats-Unis, a démontré qu'un agent public étranger peut commettre l'imprudence de voyager et courir ainsi le risque d'être extradé par un pays tiers.

Il reste la protection d'une éventuelle immunité, réservée par l'art. 16 Convention CE.¹⁰¹ Lorsqu'elle existe, par exemple s'agissant du personnel diplomatique et consulaire et des fonctionnaires internationaux, qui en bénéficient en vertu des accords de siège conclus avec la Suisse, l'immunité devra d'abord être levée.

Même lorsque les conditions d'un jugement dans notre pays sont réunies, la justice suisse devrait, à notre sens, se limiter aux cas dans lesquels le pays dont le corrompu est le serviteur est insuffisamment armé pour le poursuivre ou pour renoncer à une poursuite de manière régulière, par une décision qui n'est viciée ni par la contrainte ni par la corruption de l'appareil judiciaire. Il convient aussi de veiller à une application stricte du principe *ne bis in idem*, dont la portée est encore très insuffisamment affirmée, en droit international comme en droit interne.

¹⁰¹ Pour une analyse de la portée, très étroite, de cette protection, cf. BORGHI (*in toto*) ; HENZELIN (*in toto*).

3. La corruption privée

a) *La corruption privée est-elle destinée à rester un « Kavaliersdelikt » ?*

La corruption dans le secteur privé est un parent pauvre de la politique criminelle internationale, qui concentrait jusqu'il y a peu ses efforts sur la corruption publique. La Convention CE modifie cet état de fait, puisque ses art. 7 et 8 traitent de la corruption privée active et passive, comme le fera d'ailleurs la Convention des Nations Unies sur la corruption (art. 21). L'Union européenne a également adopté une Décision-cadre en 2003, obligeant les Etats membres à réprimer la corruption dans le secteur privé.¹⁰²

En Suisse, la corruption privée est encore largement perçue comme un écart de conduite d'importance mineure. Certes, le droit actuel réprime, à l'art. 4 lit. b LCD (avec l'art. 23 LCD), le fait d'octroyer un avantage illégitime à un travailleur, mandataire ou auxiliaire d'un tiers, dans le but de l'inciter à manquer à ses devoirs. Nous n'avons, cependant, connaissance d'aucune condamnation pénale prononcée sur cette base. Quant au corrompu, il ne se rend pas punissable au regard de la LCD¹⁰³ mais éventuellement pour gestion déloyale ou abus d'un pouvoir de représentation (art. 158 CP), pour autant qu'il cause un dommage patrimonial au maître.

Or, tout comme la corruption publique, la corruption privée peut amener un agent à trahir les intérêts qui lui sont confiés, dans le but de favoriser ainsi ses intérêts personnels consistant à toucher un avantage illégitime. La frontière entre les secteurs privé et public tend, par ailleurs, à s'estomper de plus en plus ; dans le cadre d'une privatisation, la corruption du même agent, fonctionnaire un jour et simple employé le lendemain, peut changer de qualification juridique, sans que les enjeux économiques et éthiques n'en soient réellement modifiés.

Dès lors, si les enjeux ne sont certes pas totalement identiques, rien ne justifie à nos yeux la banalisation encore prédominante de la corruption privée. Pourtant, les milieux économiques semblent souhaiter qu'elle reste absente des prétoires, point de vue qui a été exprimé dans l'actuelle procédure de consultation comme dans celle à propos de la révision législative de 1999.

Le projet de révision nous paraît propre à exaucer ce vœu et à assurer la pérennité de la situation actuelle.

¹⁰² Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, Journal officiel n° L 192 du 31/07/2003, 0054–0056.

¹⁰³ Le silence de la LCD en ce qui concerne le versant passif est considéré comme un silence qualifié ; le corrompu n'est donc pas punissable comme complice du corrupteur ; BAUDENBACHER, art. 4 LCD N 65; *contra* : BALMELLI, 57, n. 239.

b) *L'infraction de corruption privée de lege ferenda*

Le projet de modification propose de remplacer l'actuel art. 4 lit. b LCD par un art. 4a LCD (ci-après « 4a P-LCD »), réprimant à la fois le versant actif et passif de la corruption privée.

Cette disposition vise la corruption d'un employé, associé, mandataire ou auxiliaire d'un tiers du « secteur privé » ; cette dernière adjonction soustrait totalement à la LCD la corruption d'un agent public.¹⁰⁴ Le tiers peut être suisse ou étranger, la corruption privée transnationale étant ainsi également visée.¹⁰⁵ Quant au corrompue, il doit avoir une activité économique sur le marché ; le rapport de concurrence faussé peut exister soit avec le tiers dont l'employé est corrompu, soit avec une autre personne.¹⁰⁶

Pour le reste, les éléments constitutifs sont calqués sur la corruption publique (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) :

Le corrompue offre, promet ou octroie et le corrompu sollicite, se fait promettre ou accepte un *avantage indu* ; l'avantage peut aussi être accordé à un tiers. Selon l'al. 2, ne sont pas indus les avantages permis dans le contrat avec l'employeur ou mandant et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux. On retrouve donc ici l'exemption des cas « socialement adéquats », sur le modèle de ce qui est prévu en matière de corruption publique à l'art. 322^{octies} ch. 2 CP, dont le caractère indéterminé n'est pas sans poser des problèmes sous l'angle de la sécurité juridique.

L'avantage indu doit être octroyé ou accepté *en échange* d'un certain comportement attendu de l'agent privé ou promis par lui (*rapport d'équivalence*). Ce comportement est défini comme un acte ou une omission en relation avec l'activité professionnelle ou commerciale du corrompu, qui viole les devoirs professionnels lui incombant ou dépend de son pouvoir d'appréciation. Il n'est pas prévu d'introduire des dispositions parallèles à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage au sens des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, ce qui est parfaitement conforme aux art. 7 et 8 Convention CE.

c) *L'exigence d'un rapport de concurrence*

La corruption privée restera donc régie par la LCD, ce qui est regrettable, car l'intégration dans le CP lui aurait conféré une *meilleure visibilité*.

¹⁰⁴ L'actuel art. 4 lit. b LCD ne contenant pas la référence au « secteur privé », la doctrine admet que la corruption d'un agent public, suisse ou étranger, peut aussi tomber sous le coup de la LCD, pour autant qu'il y ait un impact sur le marché (p.ex. en cas d'autorisation accordée par un fonctionnaire à un concurrent) ; BAUDENBACHER, art. 4 LCD N 44, qui admet le concours idéal parfait entre l'art. 4 lit. b LCD et les art. 322^{ter} ou 322^{septies} CP (art. 4 LCD N 64).

¹⁰⁵ FF 2004, 6573 s.

¹⁰⁶ *De lege lata*, BAUDENBACHER, art. 4 LCD N 38 ss ; C. MÜLLER, 109, n. 1 (cependant *contra* : 108, n. 4).

La position systématique choisie a, par ailleurs, pour conséquence que la corruption privée sera limitée, quant à la matière, à des actes qui ont un *impact sur la concurrence économique*. Cela découle de l'art. 2 LCD qui déclare cette loi applicable à tout « comportement ou pratique commercial » qui « influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients ». Selon la formule consacrée par la jurisprudence et la doctrine, l'acte doit être objectivement propre à avoir un impact sur le marché,¹⁰⁷ « à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché ».¹⁰⁸

Sera ainsi visé, par exemple, l'avantage accordé par un fournisseur à un acheteur en gros pour un grand magasin, afin de l'influencer dans son choix ou la libéralité accordée à un avocat par un cocontractant de sa mandante, pour qu'il trahisse les intérêts de celle-ci dans des négociations commerciales.

La définition par rapport à la concurrence sur le marché exclut, en revanche, la « compétition » entre particuliers qui n'ont pas d'activité économique, par exemple le pot-de-vin payé au même avocat, dans le but d'obtenir de lui qu'il trahisse les intérêts de son mandant dans une procédure en divorce.

Selon le message du Conseil fédéral,¹⁰⁹ sont aussi exclus les organismes à but non lucratif, notamment les ONG.¹¹⁰ Ce point de vue mérite d'être précisé : que les organismes à but non lucratif ne participent pas à la concurrence ne signifie pas que leurs représentants ne puissent pas être amenés à intervenir dans un rapport de concurrence.¹¹¹ A supposer, par exemple, qu'une ONG spécialisée dans la protection de l'environnement établisse un « ranking » des entreprises selon la propreté de leurs pratiques, en invitant les consommateurs à privilégier les meilleures d'entre elles, elle interviendrait dans un rapport de concurrence, de sorte que celui qui fausserait le résultat par la corruption se rendrait punissable au regard de la LCD.

On peut également lire dans le message du Conseil fédéral¹¹² que l'infraction ne visera pas la corruption de membres influents d'organisations et d'associations sportives telles que le CIO et la FIFA. Cette conclusion semble difficilement soutenable au regard des exemples de corruption dont foisonne la chronique sportive, qu'il s'agisse de décisions de responsables sportifs viciées

¹⁰⁷ L'acte doit être « marktrelevant, marktgeeignet oder wettbewerbsgerichtet », BAUDENBACHER, notes précédant l'art. 2 LCD N 2.

¹⁰⁸ ATF 126 III 198, 202 ; 124 III 297, 302 ; 120 II 76, 78 ; ATF 4P.73/2002 du 26 juin 2002, consid. 2.4 ; BAUDENBACHER, notes précédant l'art. 2 N 2.

¹⁰⁹ FF 2004, 6575.

¹¹⁰ A noter que l'art. 2 § 2 de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé vise à la fois les entités à but lucratif et non lucratif ; les Etats peuvent, toutefois, faire une déclaration limitant l'application aux actes « qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux ».

¹¹¹ BAUDENBACHER, notes précédant l'art. 2 LCD N 3 ; DAVID/JACOBS, N 20.

¹¹² FF 2004, 6575.

par la corruption, d'arbitres soudoyés, de joueurs de football ou de jockeys payés par des adversaires, des annonceurs ou des bookmakers pour perdre, etc. Elle ne nous paraît d'ailleurs plus s'imposer de manière absolue. Si la compétition sportive en elle-même ne relève pas de la concurrence économique,¹¹³ le sport, surtout professionnel, va de nos jours de pair avec une série de phénomènes tels que les contrats publicitaires et le sponsoring qui s'insèrent dans un marché et ont un impact sur lui. C'est ainsi que l'opinion défendue dans le message du Conseil fédéral, selon laquelle la corruption d'un membre du CIO ou de la FIFA en vue de l'obtention de son vote en faveur d'une ville candidate à l'organisation d'une compétition ne tombe pas sous le coup de la loi, ne nous paraît pas convaincante ; il y a, au contraire, dans ce domaine une compétition féroce entre des entités fortement sponsorisées qui se battent pour un marché dans un but qu'il est difficile de ne pas qualifier d'économique.

d) *La peine et la poursuite*

Sous l'angle de la peine, l'infraction au sens de l'art. 23 LCD restera un simple délit, passible de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à Frs 100'000. Il s'ensuit que les avoirs issus de l'infraction ne sont pas susceptibles de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) et que les intermédiaires financiers qui les acceptent peuvent s'en désintéresser, notamment qu'ils n'ont pas de devoir de communication les concernant. Cela à l'exception, bien sûr, des cas dans lesquels la valeur patrimoniale peut être considérée comme le résultat d'une gestion déloyale aggravée ou d'un abus de pouvoir de représentation au sens de l'art. 158 CP.¹¹⁴

Le projet propose de maintenir l'exigence de la *plainte* (art. 23 LCD). Dans le droit actuel, cette exigence explique en partie l'absence de condamnations pour corruption privée. La poursuite d'office ne serait certes pas à elle seule de nature à augmenter le taux de renvoi de la corruption privée au système de justice pénale ; elle n'en indiquerait pas moins que ce comportement est considéré comme une infraction sérieuse. Le Conseil fédéral perpétue d'ailleurs l'ambiguïté sur ce point, puisqu'il motive le maintien de l'exigence de la plainte par le fait que, selon son appréciation, la nature des biens juridiques concernés et le degré de gravité de ces infractions ne justifieraient pas une poursuite d'office.¹¹⁵ On se souviendra, par ailleurs, que la proposition d'abandonner l'exigence de la plainte avait été très fraîchement accueillie dans la

¹¹³ DAVID/JACOBS, N 19.

¹¹⁴ Les obligations de répression en matière de blanchiment du produit de la corruption sont formulées de manière suffisamment souple, à l'art. 13 Convention CE, pour que la solution proposée n'y soit pas contraire ; cf. le Rapport explicatif de la Convention CE (précité, n. 92, § 70).

¹¹⁵ FF 2004, 6574.

procédure de consultation portant sur l'avant-projet présenté en 1998 en vue de la précédente révision législative.¹¹⁶

L'exigence de la plainte rend encore plus illusoire la protection du « *whistle blower* » (donneur d'alerte), qui est de toute façon jugée insuffisante en droit suisse.¹¹⁷ La protection des collaborateurs de justice contre des représailles est considérée comme un aspect essentiel de la lutte contre la corruption par la Convention CE (art. 22), comme par de nombreux autres textes internationaux récents.¹¹⁸

Cela étant, la *qualité pour porter plainte* en vertu de la LCD, calquée sur la légitimation active sur le plan civil (art. 23 LCD), est définie de manière large. Elle appartient, en vertu de l'art. 9 LCD, à celui qui subit l'atteinte, donc à l'employeur ou mandant du corrompu, ainsi qu'au tiers évincé et, en vertu de l'art. 10 LCD, aux clients, aux associations professionnelles et économiques, aux organisations de défense des consommateurs, voire à la Confédération, lorsqu'elle le juge nécessaire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger.¹¹⁹ Ces entités pourraient donc jouer un rôle pour imposer un standard de probité plus élevé.

Enfin, il convient de rappeler que compte tenu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la *confiscation* du produit de l'infraction pourra être ordonnée même en l'absence d'une plainte pénale.¹²⁰

e) *La responsabilité pénale de l'entreprise*

Le projet soumet la corruption privée active à la responsabilité pénale de l'entreprise en vertu de l'art. 100^{quater} al. 2 CP, dans lequel l'art. 4a al. 1 lit. a LCD sera mentionné. Sous cet angle, la corruption privée est donc traitée comme une infraction à prendre au sérieux.

L'art. 26 LCD renvoie, pour les infractions commises dans l'entreprise, aux art. 6 et 7 DPA, auxquels l'art. 100^{quater} al. 2 CP dérogera cependant explicitement.¹²¹

¹¹⁶ FF 2004, 6572.

¹¹⁷ L'absence de protection des témoins et collaborateurs de justice est critiquée par le rapport d'évaluation de la législation suisse par l'OCDE (précité, n. 21, § 43–50, 19–22), ainsi que par Transparency International (TI Suisse Newsletter 15/décembre 2004, 14 s). Le Rapport du Conseil fédéral sur la prévention de la corruption, du 16 juin 2003, souligne aussi l'importance de cette protection pour la lutte contre la corruption.

¹¹⁸ KOECHLIN/LEDERGERBER, 126 ss.

¹¹⁹ Cf. l'ATF 126 III 198.

¹²⁰ ATF 129 IV 305.

¹²¹ La situation diffère donc de celle des autres délits soumis aux art. 6 et 7 DPA ; cf. sect. II, ch. 2 a (*supra*).

Les entreprises sont ainsi encouragées à mettre sur pied une politique visant à empêcher la corruption active privée, faute de quoi elles risquent de se voir reprocher un défaut d'organisation fondant une responsabilité pénale.

4. Renonciation à l'incrimination du « trafic d'influence »

Le projet renonce à l'introduction de l'infraction de trafic d'influence, mentionnée à l'art. 12 Convention CE, qui laisse cependant aux parties la possibilité de faire une réserve dont usera la Suisse, à l'instar de nombreux autres pays.

Le trafic d'influence consiste à monnayer une influence supposée ou réelle sur la décision d'un agent public. Il s'agit d'une infraction chère aux juristes français, dont la création fut liée au scandale de la vente des décorations et fonctions qui avait éclaboussé le gendre du président Jules Grévy (1887)¹²² et mené à la démission de ce dernier.

Le droit suisse permet d'ores et déjà de réprimer certains cas de figure relevant du trafic d'influence. En effet, si l'influence promise est imaginaire, la tromperie peut être constitutive d'escroquerie¹²³ ; si elle est réelle, le droit suisse la saisit, pour autant que l'agent public ait connaissance de l'avantage et de la raison pour laquelle il est versé, promis ou sollicité, étant entendu que les art. 322^{ter} à 322^{septies} CP se contentent d'un avantage accordé à un tiers ou accordé à l'agent public de manière indirecte.

L'acte est, en revanche, impunissable *de lege lata* et le restera, s'agissant d'une personne privée qui se contente de recevoir de l'argent pour exercer son influence sur une personne revêtant une charge, sans que celle-ci connaisse l'existence du trafic. C'est un comportement dont la délimitation par rapport au lobbying, généralement considéré comme licite et éthiquement acceptable, est d'ailleurs difficile.

Le droit suisse postule donc une certaine capacité de résistance de la part des agents publics et continuera à leur accorder cette confiance. La lacune qui en résulte en matière de trafic d'influence nous paraît parfaitement acceptable.¹²⁴

Il n'appartient pas au juge pénal de réprimer toutes les pratiques douteuses sans exception, et celle-ci mérite de lui rester soustraite, à l'instar d'autres, tels le népotisme, le clientélisme, le favoritisme et le pantouflage.

¹²² Loi du 4 juillet 1998 ; cf. DE SOUSA, 268 s.

¹²³ ATF 120 IV 186.

¹²⁴ *Contra* : B. BERTOSSA, 2004, 44 s. ; QUELOZ, 443, recommandation no. 44.

V. Références bibliographiques

ARZT GUNTHER

Strafbarkeit juristischer Personen : Andersen, vom Märchen zum Alptraum, RSDA 2002, 226 ss (cité : RSDA 2002).

ARZT GUNTHER

Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, RSDA 2004, 357 ss (cité : RSDA 2004).

ARZT GUNTHER

Unternehmensstrafbarkeit – Fernwirkungen im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung), recht 2004, 213 ss (cité : recht 2004).

BALMELLI MARCO

Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne 1996.

BAUDENBACHER CARL

Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle etc. 2001.

BERTOSSA BERNARD

La punissabilité de l'entreprise. De quelques problèmes pratiques de mise en œuvre, ECS 7/2003, 27 ss (cité : 2003).

BERTOSSA BERNARD

La convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption : quelle mise en œuvre en Suisse ?, in : Les traités internationaux contre la corruption : l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse, éd. par Tiziano Balmelli, Bernard Jaggy, Lausanne 2004, 35 ss (cité : 2004).

BERTOSSA CARLO ANTONIO

Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Berne 2003.

BORGHI ALVARO

Corruption et immunité des dirigeants politiques, in : Les traités internationaux contre la corruption : l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse, éd. par Tiziano Balmelli, Bernard Jaggy, Lausanne 2004, 91 ss.

CANDRIAN ANDREA

Die Umsetzung der UNO-Konvention gegen die Korruption in das schweizerische Recht, in : Les traités internationaux contre la corruption : l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse, éd. par Tiziano Balmelli, Bernard Jaggy, Lausanne 2004, 19 ss.

CASSANI URSULA

Infraction sociale, responsabilité individuelle : de la tête, des organes et des petites mains, in : Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui, éd. par Frédéric Berthoud, Cedidac 49, Lausanne, 2002, 43 ss (cité : Cedidac).

CASSANI URSULA

Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire ?, RSDA 2003, 293 ss (cité : RDA 2003).

CHAPPUIS BENOÎT

L'utilisation de véhicules successoraux dans un contexte international et la lésion de la réserve successorale, SJ 2005 II, 37 ss.

DE SOUSA LOUIS

Hard responses to corruption : Penal standards and the repression of corruption in Britain, France and Portugal, Crime, Law & Social Change 2002, 267 ss.

DAVID LUCAS, JACOBS RETO

Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4^{ème} éd., Berne 2005.

DONATSCH ANDREAS

StGB. Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kommentar, 16^{ème} éd., Zurich 2004.

FORSTER MARC

Die Strafbarkeit der Unterstützung (insbesondere Finanzierung) des Terrorismus, RPS 2003, 423 ss (cité : RPS 2003).

FORSTER MARC

Zur Abgrenzung zwischen Terroristen und militanten « politischen » Widerstandskämpfern im internationalen Strafrecht, RJB 2005, 213 ss (cité : RJB 2005).

HEINE GÜNTER

Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.), RPS 2003, 24 ss (cité : RPS 2003).

HEINE GÜNTER

Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts, RSDA 2005, 17 ss (cité : RSDA 2005).

HEINE GÜNTER

Straftäter Unternehmen : das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, recht 2005, 1 ss (cité : recht 2005).

HENZELIN MARC

L'immunité pénale dans le domaine économique, bancaire et financier : un état de la pratique suisse et internationale, in : *Le droit international des immunités, Contestations ou consolidations ?*, éd. par Joe Verhoeven, Bruxelles 2004, 219 ss.

HOHLER CHRISTOPH, SCHMID NIKLAUS

Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100^{quater} f., PJA 2005, 515 ss.

HURTADO POZO JOSÉ

Quelques réflexions sur la responsabilité de l'entreprise, in : *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, éd. par Jürg-Beat Ackermann, Andreas Donatsch, Jörg Rehberg, Zurich 2001, 187 ss.

JEANNERET YVAN

Responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, PJA 2004, 917 ss.

JOSITSCH DANIEL

Das schweizerische Korruptionsstrafrecht : Art. 322^{ter} bis Art. 322^{octies} StGB, Zurich etc. 2004.

KOECHLIN LUCY, LEDERGERBER ZORA

Neue Tendenzen internationaler Anti-Korruptionsinitiativen : Korruption unter Privaten und Whistleblowing, in : *Les traités internationaux contre la corruption : l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse*, éd. par Tiziano Balmelli, Bernard Jaggy, Lausanne 2004, 111 ss.

LOBSIGER ADRIAN

Unternehmensstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, RPS 2005, 187 ss.

MACALUSO ALAIN

La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, thèse Lausanne, Zurich 2004 (cité : 2004).

MACALUSO ALAIN

Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 2005, 79 ss (cité : RPS 2005).

MOREILLON LAURENT

La responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 1999, 325 ss.

MÜLLER CHRISTOF

Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG, thèse St. Gall 1997.

MÜLLER PETER

Petite histoire législative : *societas delinquere non potest*, ECS 7/2003, 11 ss.

PIETH MARK

Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, RPS 2001, 1 ss (cité : RPS 2001).

PIETH MARK

Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, RPS 2003, 353 ss (cité : RPS 2003).

PIETH MARK

Der Beitrag der UN Konvention zur Bekämpfung der transnationalen Korruption, in: *Les traités internationaux contre la corruption : l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Suisse*, éd. par Tiziano Balmelli, Bernard Jaggy, Lausanne 2004, 7 ss (cité : UN Konvention).

PIETH MARK

Risikomanagement und Strafrecht, in: *Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, éd. par Thomas Sutter-Somm, Felix Hafner, Gerhard Schmid, Kurt Seelmann, Bâle 2004, 597 ss (cité : Risikomanagement).

QUELOZ NICOLAS

Prävention und Sanktion der Korruption als Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, in: *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, éd. par Jürg-Beat Ackermann, Andreas Donatsch, Jörg Rehberg, Zurich 2001, 431 ss.

ROTH ROBERT

Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion, RPS 1997, 345 ss (cité : RPS 1997).

ROTH ROBERT

L'entreprise, nouvel acteur pénal, in: *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui*, éd. par Frédéric Berthoud, Cedidac 49, Lausanne 2002, 77 ss (cité : Cedidac).

ROTH ROBERT

Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la « faute d'organisation » et de droit pénal, SJ 2003 II, 187 ss (cité : SJ 2003).

SCHMID NIKLAUS

Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in: *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, éd.

par Hans Caspar von der Crone, Rolf H. Weber, Roger Zäch, Dieter Zobl, Zurich etc. 2003, 761 ss (cité : Mélanges Forstmoser).

SCHMID NIKLAUS

Strafbarkeit des Unternehmens : die prozessuale Seite, recht 2003, 201 (cité : recht 2003).

SEELMANN KURT

Unternehmensstrafbarkeit ; Ursachen, Paradoxien und Folgen, in : Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, éd. par Jürg-Beat Ackermann, Andreas Donatsch, Jörg Rehberg, Zurich 2001, 169 ss.

STRATENWERTH GÜNTER

Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Die Straftat, 3^{ème} éd., Berne 2005.

WOHLERS WOLFGANG

Die Strafbarkeit des Unternehmens, RSJ 2000, 381 ss.

ZIMMERMANN ROBERT

La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2^{ème} éd., Berne 2004.