



Master

2020

Open Access

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

L'entraide internationale en matière pénale et les entreprises : analyses de lege lata et réflexions de lege ferenda

Baud, Grégoire Alexandre

How to cite

BAUD, Grégoire Alexandre. L'entraide internationale en matière pénale et les entreprises : analyses de lege lata et réflexions de lege ferenda. Master, 2020.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:157893>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

L'entraide internationale en matière pénale et les entreprises : analyses *de lege lata* et réflexions *de lege ferenda*

Travail effectué sous la direction de la Dr. Iur. Maria LUDWICZAK GLASSEY et de son assistante
Madame Maria Laura MARQUET dans le cadre du séminaire d'entraide pénale internationale et
européenne

Grégoire BAUD
Automne 2020-2021

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS	3
I. INTRODUCTION.....	5
II. SOURCES DE L'ENTRAIDE INTERNATIONALE EN MATIÈRE PÉNALE	6
A. EN DROIT INTERNATIONAL	6
B. EN DROIT SUISSE	7
III. LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE DANS LE DROIT PÉNAL	8
A. LE DROIT SUISSE.....	8
a) La responsabilité pénale de l'entreprise	8
i. <i>La responsabilité subsidiaire de l'entreprise</i>	8
ii. <i>La responsabilité directe et parallèle de l'entreprise</i>	9
iii. <i>La sanction</i>	10
b) La notion d'entreprise	11
i. <i>Les personnes morales</i>	11
ii. <i>Les sociétés</i>	11
iii. <i>Les entreprises en raison individuelle</i>	12
c) L'art. 102 CP: Infraction <i>sui generis</i> ou norme d'imputation ?	12
B. DROIT COMPARÉ : DEUX EXEMPLES EUROPÉENS	13
i. <i>La Belgique</i>	13
ii. <i>L'Allemagne</i>	13
IV. LE CRITÈRE DE LA DOUBLE INCRIMINATION ET LES PERSONNES MORALES.....	14
A. PRINCIPES	14
B. L'ANALYSE ABSTRAITE ET SES PROBLÉMATIQUES.....	15
C. L'ANALYSE CONCRÈTE ET SES PROBLÉMATIQUES	16
D. LA DOUBLE INCRIMINATION : UN PRINCIPE À SUPPRIMER ?	17
E. CONCLUSION.....	18
V. LA DÉLÉGATION DE LA POURSUITE.....	19
A. PRINCIPES	19
B. LA DÉLÉGATION ET LES PERSONNES MORALES : UNE RELATION OBSCURE.....	20
a) Le cas Volkswagen AG.....	20
b) L'inapplicabilité des conditions de délégation aux entités collectives	21
i. <i>Dans la délégation passive</i>	21

ii. Dans la délégation active.....	23
c) Sanctions des entreprises : un frein à la délégation ?.....	23
C. PROPOSITION D'UNE MODIFICATION DES CONDITIONS DE DÉLÉGATION.....	24
a) Dans la délégation passive	24
b) Dans la délégation active	25
VI. ENTRAIDE AU SENS STRICT ET DROIT DE PROCÉDURE.....	25
A. PRINCIPE DE L'ENTRAIDE AU SENS STRICT.....	25
B. L'ENTREPRISE DANS LA PROCÉDURE D'ENTRAIDE.....	26
C. VOIES DE DROIT	28
a) Voies de recours et actes attaquables	28
b) La qualité pour recourir.....	28
c) Une problématique choisie : l'absence de l'ayant droit économique	29
VII. CONCLUSION.....	30
BIBLIOGRAPHIE.....	31
DOCUMENTS OFFICIELS	34
ANNEXE I : MODIFICATION DE L'EIMP.....	36
ANNEXE II: MODIFICATION DE L'OEIMP	37

Liste des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BSK	Basler Kommentar
CDB 20	Convention relative à l'obligation de diligence des banques 2020
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEEJ	Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1)
Cf.	<i>confer</i> (« reportez-vous à »)
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre(s)
CNUCTO	Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (RS 0.311.54)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
CRFT	Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 (RS 0.353.22)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GAFI	Groupe d'action financière
HRC	Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (=EIMP) (RS 351.1)
JdT	Journal des Tribunaux
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
let.	lettre(s)
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (RS 956.1)

LOAP	Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (RS 173.71)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTEJUS	Loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 3 octobre 1975 (RS 351.93)
MPC	Ministère public de la Confédération
N	numéro(s) marginal/aux
OBA	Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 11 novembre 2015 (OBA ; RS 955.01).
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEIMP	Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982 (RS 351.11)
OFJ	Office fédéral de la justice
ONU	Organisation des Nations Unies
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 19. Februar 1987 (BGBl. IS. 602)
p./pp.	page/pages
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
par.	paragraphe(s)
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RDAF	Revue de droit Administratif et de droit Fiscal
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RPS	Revue Pénale Suisse
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
SàRL	Société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO)
SJ	Semaine Judiciaire
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (=CP) (RS 311.0)
StPO	Schweizerisches Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (=CPP) (RS 312.0)
TEJUS	Traité entre la Confédération Suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 25 mai 1973 (RS 0.351.933.6)
TEXUS	Traité d'extradition entre la Confédération Suisse et les États-Unis d'Amérique du 14 novembre 1990 (RS 0.353.933.6)
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
VerSanG	Verbandssanktionengesetz
Vol.	Volume
ZBJV	Revue de la Société des juristes bernois

I. Introduction

C'est en poursuivant l'objectif d'améliorer les conditions de coopération que la Suisse a adopté, le 20 mars 1981, une loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale¹. En sus d'une réforme nécessaire du droit de l'extradition, prévu par une loi obsolète datant de 1892², il était nécessaire que la Suisse se dote de moyens de coopération efficaces pour lutter contre une criminalité de plus en plus internationalisée³. À cet égard, l'EIMP fit entrer dans la législation suisse les principes directeurs pour l'entraide au sens strict⁴, la délégation et l'exécution des décisions étrangères. Cette loi se voulait en accord avec les conventions précédentes, notamment la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959⁵.

En 2003, lorsque l'entreprise⁶ a fait sa grande entrée dans le droit pénal suisse⁷, il n'a pas été question de modifier le droit de l'entraide qui, pourtant, ne la prévoyait pas. L'introduction de ce nouvel acteur pénal n'a pas été sans poser diverses problématiques, ne serait-ce que dans une première mesure ce qu'englobe exactement le terme d'entreprise⁸. De surcroît, si l'on peut attribuer, d'une façon générale, à l'être humain, la conscience de ses actions et la faculté physique de modifier son environnement, il est moins clair que l'entité immatérielle qu'est l'entreprise puisse être capable de commettre des actes, puis d'en être tenue pour responsable. Dès lors que les responsabilités des entités collectives se sont développées mondialement, la coopération internationale a dû s'adapter à cet auteur particulier. Pourtant, aucune modification législative n'a été proposée concernant l'EIMP, qui n'est pas sans contenir des conditions ne favorisant pas toujours la coopération⁹. Nous pouvons alors nous demander, tout d'abord, dans quelle mesure le droit actuel suisse de la coopération internationale en matière pénale peut-il être appliqué aux procédures visant des personnes morales ? Ensuite, quelles modifications seraient adéquates ou nécessaires pour harmoniser la responsabilité pénale de l'entreprise au droit de la coopération ?

À partir de ces deux problématiques, nous aborderons la condition classique de la double incrimination, le principe de délégation de la poursuite, puis l'entraide au sens strict, sous l'angle particulier de la procédure d'opposition. Avant d'aborder ces différents points, nous commencerons brièvement par cibler le droit pertinent en la matière, puis nous définirons

¹ Message CF, EIMP, p. 430.

² Loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux États étrangers (RS 353.0), texte abrogé le 1^{er} janvier 1983.

³ Message CF, EIMP, p. 433.

⁴ Nous utiliserons par la suite les termes de « coopération » et « entraide » pour faire référence à la matière qu'est l'entraide internationale en matière pénale. Lorsque nous ferons référence à l'entraide au sens strict, moyen de coopération prévu par les art. 63 ss EIMP, ce sera par le biais d'une précision terminologique comme « entraide au sens strict ».

⁵ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 41.

⁶ Afin d'éviter des répétitions malvenues, les termes « entreprise », « personne morale », « société » et « entité collective » seront, sans indications contraires, utilisés de façon synonymique.

⁷ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.10 ; MACALUSO/GARBARSKI, p. 99.

⁸ ROTH, Modèles de réflexion, p. 367 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 82.

⁹ LUDWICZAK, *in* GARIBIAN/JEANNERET, p. 127.

précisément quelle est la responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse¹⁰. L'objectif de cette analyse est, dans une première mesure, d'exposer *de lege lata* l'application de l'EIMP aux demandes d'entraide visant des entités collectives. Puis, de proposer, le cas échéant, une modification législative *de lege feranda* fondée sur nos réflexions préalables.

Ce découpage est le fruit d'un choix personnel, guidé par ce qui constitue, selon nous, les problématiques prépondérantes du droit de la coopération. Aussi, ce travail ne se veut pas exhaustif concernant les propositions de modifications nécessaires à l'EIMP. Nous ne traiterons pas de l'extradition, ni de l'exécution des décisions étrangères. Par ailleurs, la question de la responsabilité de la société mère pour les faits d'une de ses filiales ne sera pas traitée¹¹, malgré le fait que cette problématique pose des questions importantes dans le cadre de la coopération internationale en matière pénale.

II. Sources de l'entraide internationale en matière pénale

A. En droit international

La première étape dans le traitement d'une demande de coopération est de savoir si l'État étranger et l'État requis sont liés par une convention internationale¹². Il n'existe pas de convention universelle¹³, nonobstant, la coopération internationale est prévue dans divers instruments internationaux.

Tout d'abord, la Suisse a conclu un certain nombre d'accords bilatéraux avec différents États¹⁴. Nous pouvons mentionner à titre d'exemple le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la République fédérative du Brésil et la Confédération suisse conclu le 12 mai 2004¹⁵ qui a été la base d'une demande d'entraide émanant du Brésil au sujet de la corruption des quelques trois cadres de la société Petrobras¹⁶. La Suisse est actuellement en train de discuter et négocier des traités d'entraide notamment avec le Japon, la Chine, les Bahamas et le Kosovo¹⁷. Au niveau européen, l'entraide est principalement régie par la CEEJ¹⁸.

De façon plus substantielle, un certain nombre de normes prévoyant la coopération internationale pénale se trouve dans des conventions sectorielles, visant spécifiquement la lutte d'une forme particulière d'infraction¹⁹. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du

¹⁰ Nous n'aborderons pas la responsabilité administrative de l'entreprise (art. 7 DPA), ni les questions de responsabilités civiles (art. 41 ss CO).

¹¹ Nous renvoyons le lecteur à l'article de Maria INGOLD cité en bibliographie.

¹² LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 33.

¹³ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 34 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 12.

¹⁴ Pour une liste complète des traités multilatéraux et bilatéraux, voir <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/rechtsgrundlagen.html> (20.11.20).

¹⁵ TEJBR ; RS 0.351.919.81.

¹⁶ TPF, RR.2020.137-139 du 31 août 2020 ; ZIMMERMANN, Entraide judiciaire, p. 4.

¹⁷ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/staatsvertragsnetz.html> (20.11.20).

¹⁸ ZIMMERMANN, Coopération, N 19 ss ; OFJ, Aide-mémoire, p. 2.

¹⁹ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 34.

crime²⁰, qui prévoit à ses art. 7 ss les principes de l'entraide²¹ ou encore les art. 18 ss de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée²². De même, en matière de corruption, l'entraide est prévue aux art. 9 ss de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales²³ ou les art. 46 ss de la Convention des Nations Unies contre la corruption²⁴. Enfin, en matière de financement du terrorisme, les art. 11 ss de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme²⁵ précisent aussi la mesure de l'entraide.

B. En droit suisse

En premier lieu, il sied de rappeler que le droit interne suisse est subsidiaire aux traités bilatéraux ou multilatéraux. Cela a pour conséquence qu'il ne trouvera application que lorsqu'une problématique n'y est pas réglée ou que la réponse y est plus favorable²⁶. Le principe de faveur est un mécanisme de résolution de conflit entre deux normes qui prévoit l'application de la législation la plus favorable à l'entraide²⁷. En effet, les traités, en matière de coopération, ont pour objectif de favoriser l'entraide. Il serait absurde que la Suisse refuse sa coopération sur la base d'un traité alors que le droit interne l'en autoriserait²⁸.

La législation principale qui nous intéressera particulièrement dans ce travail est l'EIMP et l'OEIMP. Ces deux instruments règlent les procédures relatives à la coopération internationale (art. 1 al. 1 EIMP)²⁹. Cette adoption législative fait suite à la ratification par la Suisse de la CEEJ dans un but de conformité³⁰. La loi distingue quatre formes de coopération : l'extradition, l'entraide au sens strict, la délégation de la poursuite et l'exécution des décisions étrangères³¹.

Concernant les sources applicables à la procédure, les mesures s'exécutent à la lumière de la législation de l'État requis³², conformément au principe *locus regit actum*³³. À cet égard, l'art. 12 al. 1 *in fine* EIMP prévoit l'application subsidiaire du CPP par rapport aux normes de l'EIMP pour les actes de procédure³⁴. C'est aussi ce que prévoit l'art. 54 CPP dont la lettre précise

²⁰ Entrée en vigueur pour la Suisse le 11 septembre 1993, CBI ; RS 0.311.53.

²¹ DE PREUX, p. 30.

²² Entrée en vigueur pour la Suisse le 26 novembre 2006, CNUCTO ; RS 0.311.54.

²³ Entrée en vigueur pour la Suisse le 30 juillet 2000, Convention OCDE ; RS 0.311.21 ; VILLARD/BERTOSSA, p. 155.

²⁴ Entrée en vigueur pour la Suisse le 24 octobre 2009, CNUCC ; RS 0.311.56 ; VILLARD/BERTOSSA, p. 155.

²⁵ Entrée en vigueur pour la Suisse le 23 octobre 2003, CRFT ; RS 0.353.22.

²⁶ TPF, RR.2020.153-156 du 28 septembre 2020, consid. 1.1 ; ZIMMERMANN, Entraide judiciaire, p. 3.

²⁷ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 68.

²⁸ ZIMMERMANN, Coopération, N 229.

²⁹ BSK IRSG-DANGUBIC/KESHELAVA, EIMP 12 N 1 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 370 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 273.

³⁰ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 41, p. 11.

³¹ Message CF, EIMP, p. 430 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 39 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 171.

³² ZIMMERMANN, Coopération, N 272.

³³ INGLESE, p. 31 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 64.

³⁴ BSK StPO-SCHMITT, CPP 54 N 2 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 273-1 ; ZIMMERMANN, Entraide judiciaire, p. 6.

l'applicabilité subsidiaire du CPP au profit des lois fédérales ou accords internationaux en la matière³⁵.

Enfin, il nous faut faire mention de la jurisprudence, particulièrement du TPF, dont le rôle n'est pas négligeable dans la précision des normes de l'EIMP³⁶.

III. La responsabilité de l'entreprise dans le droit pénal

A. Le droit suisse

La première étape à toute coopération est l'existence, dans l'État requérant, d'une procédure pénale. Nous avons donc décidé de commencer notre analyse par la problématique suivante: est-il possible, de par la législation actuelle, d'ouvrir une procédure pénale contre une entreprise en Suisse ? Pour cela, il est nécessaire que le droit prévoie la responsabilité pénale de la personne morale. En Suisse, cette responsabilité est prévue à l'art. 102 CP³⁷.

a) La responsabilité pénale de l'entreprise

Jusqu'en 2003, le droit suisse a appliqué le principe « *societas delinquere non potest* » selon lequel une personne morale ne possède pas les capacités d'être sujette à une responsabilité sur le plan pénal³⁸. En cas d'infraction, les poursuites se tournaient naturellement vers une personne physique, particulièrement vers le dirigeant³⁹. Nonobstant sa codification dans la législation suisse, la responsabilité des entreprises est restée discrète pendant des années⁴⁰. Les procédures pénales contre les entreprises se soldent régulièrement par une ordonnance pénale et non par un jugement devant les tribunaux compétents⁴¹ ce qui a notamment pour conséquence de renforcer les flous et incertitudes autour de cette norme⁴².

Concernant plus précisément la systématique de l'art. 102 CP, ce dernier prévoit à ses alinéas premier et deuxième deux formes de responsabilité de l'entreprise. Tout d'abord, un régime principal de subsidiarité de la responsabilité (al. 1), puis un modèle direct et parallèle (al. 2).

i. La responsabilité subsidiaire de l'entreprise

Nous pouvons dégager de l'art. 102 al. 1 CP trois conditions : premièrement, la personne physique qui a commis l'infraction n'est pas identifiable. Deuxièmement, il existe un défaut d'organisation dans l'entreprise. Enfin, il y a un lien de causalité entre le défaut d'organisation et l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique. L'art. 102 al. 1 CP prévoit expressément que l'entreprise ne sera responsable du crime ou du délit – excluant ainsi la contravention⁴³ – commis dans l'exercice de ses activités commerciales uniquement dans la mesure où aucune personne

³⁵ BSK StPO-SCHMITT, CPP 54 N 2 ; JEANNERET/KUHN, N 11006.

³⁶ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 48.

³⁷ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.10.

³⁸ ATF 85 IV 95, consid. 2 ; ATF 97 IV 202, consid. 1b, in SJ 1972 p. 23 ss ; BERNASCONI, Responsabilités pénales, p. 99 ; BSK StPO-ENGLER, CPP 112 N 1 ss.

³⁹ Voir les affaires BÜHRLE ATF 96 IV 155 et VON ROLL ATF 122 IV 103, in JdT 1997 IV 124 ; BURGNER, p. 373.

⁴⁰ ASTROLOGO, p. 46 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.14.

⁴¹ Voir notamment CASSANI, Droit pénal économique, N 3.15 et MPG, communiqué.

⁴² MACALUSO/GARBARSKI, p. 99 ; OCDE, Rapport de suivi écrit sur la Suisse, phase 4, p. 11.

⁴³ StGB Kommentar-HEIMGARTNER, CP 102 N 5.

physique ne peut être identifiée en tant qu'auteur. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une responsabilité causale ; l'entreprise est tenue pour responsable uniquement du fait qu'il n'est pas possible d'en retrouver l'auteur⁴⁴. Dès lors qu'une personne physique est identifiée, la responsabilité de la société est exclue selon l'art. 102 al. 1 CP⁴⁵.

Cette responsabilité subsidiaire n'est toutefois pas sans risque. Dans son message, le Conseil fédéral faisait mention d'un possible sentiment d'iniquité à punir un auteur dont le comportement ne constitue manifestement pas l'entière de l'infraction⁴⁶. ROTH souligne un possible « effet Winkelried » qui consiste, pour la société, à désigner un coupable pour préserver sa responsabilité, à l'image du héros suisse se sacrifiant lors de la bataille de Sempach. Une solution pour pallier ce risque est de prévoir une distinction entre « matériellement possible » et « inéquitable ». En ce sens, il peut être matériellement possible d'identifier une personne physique, mais cela ne doit pas paraître inéquitable par rapport aux agissements globaux de la société⁴⁷. Ainsi, une société ne saurait éluder sa responsabilité en sacrifiant un de ses employés, désigné pour supporter toute la charge de l'inculpation.

ii. La responsabilité directe et parallèle de l'entreprise

À l'inverse du système subsidiaire, le régime de l'art. 102 al. 2 CP ne permet pas de libérer l'entreprise de sa responsabilité pénale par l'identification de l'auteur de l'infraction. Le système direct et parallèle instaure le cumul de la responsabilité de l'auteur et de la société⁴⁸. Cette indépendance des responsabilités est la principale différence entre l'alinéa premier et deuxième⁴⁹.

L'art. 102 al. 2 CP prévoit une liste exhaustive d'infractions pour lesquelles l'entreprise est punissable indépendamment de l'auteur physique. À l'instar de l'alinéa premier, c'est un défaut d'organisation qui est reproché à l'entreprise. Toutefois, il ne s'agit plus de l'impossibilité d'identifier un auteur, mais un reproche fondé sur le manque de mesures organisationnelles qui auraient dû permettre d'éviter la commission de l'infraction⁵⁰. L'entreprise a, dès lors, une obligation de prévention concernant spécifiquement les infractions mentionnées⁵¹. À titre d'exemple, nous pouvons mentionner le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), la corruption d'agents publics suisses (art. 322^{ter} CP) ou encore le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP). Nous relevons que le législateur a fait fi des infractions aux droits de l'homme en se concentrant exclusivement sur les infractions économiques. Pourtant, la Suisse possède sur son

⁴⁴ ATF 142 IV 333, consid. 4.1, *in* SJ 2017 I 181 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_124/2016 du 11 octobre 2016, consid. 4.1 ; ASTROLOGO, p. 47 ; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 24.

⁴⁵ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.26.

⁴⁶ Message CF, Modification CP, p. 1943.

⁴⁷ ROTH, Nouvel acteur, p. 95.

⁴⁸ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.32.

⁴⁹ CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 51.

⁵⁰ *Ibidem*, N 53.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_124/2016 du 11 octobre 2016, consid. 4.1.

sol un grand nombre de multinationales⁵² dont les actions ne sont pas sans lien avec la problématique des droits de l'homme⁵³.

Les entreprises, et de façon particulière les intermédiaires financiers, ont un rôle prépondérant dans la lutte contre la criminalité économique⁵⁴. La Suisse s'est dotée d'un dispositif législatif important obligeant les entreprises à adopter des mesures de surveillance et d'autorégulation⁵⁵. Ces obligations découlent notamment de la LBA, régulièrement adaptée par rapport aux recommandations du GAFI⁵⁶, ainsi que son ordonnance. Cette dernière est précisée par une ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers⁵⁷ et complétée par la loi instituant cette autorité de contrôle⁵⁸. Ainsi, chaque entreprise devra mettre en place une structure adéquate et proportionnelle vis-à-vis notamment de son activité et de sa taille, pour prévenir la commission d'infractions⁵⁹.

Concernant la preuve d'une lacune dans l'organisation de la société, que ce soit dans le cadre de l'art. 102 al. 1 ou al. 2 CP, il appartient à l'autorité pénale de démontrer une carence organisationnelle, sans présomption de celle-ci⁶⁰.

iii. La sanction

L'art. 102 al. 1 CP prévoit une amende d'un montant maximum de cinq millions de francs comme peine-menace applicable tant à la responsabilité subsidiaire que parallèle⁶¹. Cette sanction peut être accompagnée de mesures⁶², notamment d'une publication du jugement (art. 68 CP), d'une confiscation et d'une créance compensatrice (art. 69 ss CP)⁶³.

À cet égard, nous pouvons regretter que le législateur n'ait pas fait preuve d'une créativité permettant à la sanction d'épouser singulièrement le sujet auquel elle s'applique⁶⁴. Pourtant, les particularités des entités collectives permettent d'envisager différentes mesures, ne serait-ce que la surveillance de l'entreprise ou l'interdiction de certaines activités⁶⁵. La France fait office d'exemple en prévoyant, à l'art. 131-39 de son Code pénal, une douzaine de peines-menaces allant

⁵² OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 4, § 10.

⁵³ Rapport A/HRC/17/31, p. 15 ss ; UN, Principes directeurs, p. 15 ss.

⁵⁴ CASSANI, Droit pénal économique, N 7.1.

⁵⁵ Pour une présentation complète, voir notamment CASSANI, Droit pénal économique, N 7.60 ss et VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 630 ss.

⁵⁶ CASSANI, *in* CASSANI *et al.*, p. 420 ; VILLARD/BERTOSSA, p. 165.

⁵⁷ OBA-FINMA ; RS 955.033.0.

⁵⁸ LFINMA ; RS 956.1.

⁵⁹ BERNASCONI, Responsabilités pénales, p. 106.

⁶⁰ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.28 *cum* 3.41 ; CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 119.

⁶¹ FORSTER, p. 262.

⁶² *Ibidem*, p. 283.

⁶³ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.91.

⁶⁴ *Ibidem*, N 3.90.

⁶⁵ FORSTER, p. 265.

de la dissolution de l'entreprise à l'interdiction de toute aide publique, en passant par l'interdiction d'exercer une activité ou le placement sous surveillance d'une autorité judiciaire⁶⁶.

b) La notion d'entreprise

À qui s'applique cet art. 102 CP ? Tout d'abord, nous relevons qu'il est explicitement fait mention des « entreprises » et non des « personnes morales » dont la notion est plus étroite⁶⁷. Cela n'est pas anodin dans la mesure où un certain nombre de conventions internationales prévoit le contraire⁶⁸. Pourtant, le législateur suisse a décidé, nonobstant l'utilisation du terme « entreprise », de rigidifier l'application de l'art. 102 CP à travers un al. 4 en prévoyant les formes juridiques visées par la norme⁶⁹. Sont mentionnées les personnes morales de droit privé (let. a), les personnes morales de droit public, sauf corporations territoriales (let. b), les sociétés (let. c) et les entreprises en raison individuelle (let. d). À noter que les entités collectives analogues de droit étranger peuvent aussi être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 102 al. 4 CP⁷⁰.

i. Les personnes morales

Les personnes morales de droit privé possèdent la personnalité juridique et englobent notamment la société anonyme (art. 620 ss CO), la société en commandite par actions (art. 764 ss CO) et la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO)⁷¹. Concernant les personnes morales de droit public, deux critères doivent être remplis : elles doivent tout d'abord être au bénéfice de la personnalité juridique et, ensuite, elles ne doivent pas posséder une base territoriale⁷². Cette dernière condition exclut les corporations telles que la commune politique, les cantons ou la Confédération⁷³. Sont visées par exemple les Universités, la SUVA ou encore La Poste⁷⁴.

ii. Les sociétés

Le terme « société » regroupe tant des corporations, comme la société anonyme ou la SàRL, que des communautés de droit, comme la société simple (art. 530 ss CO) ou la société en nom collectif (art. 552 ss CO)⁷⁵. Les let. a et c de l'art. 102 al. 4 CP se recoupent donc puisque les corporations sont considérées comme des personnes morales⁷⁶ ; la let. c s'appliquant ainsi que pour les sociétés dépourvues de personnalité juridique⁷⁷. Concernant la société simple, généralement considérée

⁶⁶ LOYRETTE, in LIVSCHITZ *et al.*, pp. 138-139.

⁶⁷ CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 114 ; JEANNERET/DROZ, N 3 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 494.

⁶⁸ Voir notamment art. 5 § 1 CRFT, art. 10 § 2 CNUCTO et art. 3 § 2 Convention OCDE ; CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 114 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 494.

⁶⁹ CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 114 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.49, p. 118 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 496.

⁷⁰ JEANNERET/DROZ, N 5.

⁷¹ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 376 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 8.

⁷² BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 389 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 9 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.55.

⁷³ CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 10.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_124/2016 du 11 octobre 2016 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.55.

⁷⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 3.

⁷⁶ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 397 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 5.

⁷⁷ *Ibidem*.

comme un contrat⁷⁸, une partie de la doctrine soutient que, n'ayant ni de personnalité juridique ni de quasi-personnalité juridique, elle ne possède aucune substance qui pourrait être la destinataire d'un jugement fondé sur une responsabilité par l'art. 102 CP⁷⁹. Un autre courant doctrinal⁸⁰ soutient toutefois qu'il s'agit de faire une distinction entre celles qui effectuent une activité commerciale, des autres ; ces dernières n'ayant ainsi pas la capacité d'être poursuivies pénalement comme c'est le cas pour le concubinage notamment⁸¹.

iii. Les entreprises en raison individuelle

Une entreprise en raison individuelle est formée par une personne physique qui exploite, en son nom propre et sous sa responsabilité, une entreprise commerciale⁸². Le droit suisse ne connaît pas spécifiquement ce régime⁸³. Aussi, l'application de l'art. 102 CP à cette forme particulière n'est pas sans poser des difficultés⁸⁴. La doctrine relève que seule la personne physique propriétaire de l'entreprise peut être la destinataire du jugement dans la mesure où existe une indistinction entre le patrimoine de l'entreprise et celui de son propriétaire⁸⁵. De même, certains auteurs soulignent le risque d'une violation des droits procéduraux, notamment du principe *ne bis in idem*⁸⁶.

c) L'art. 102 CP: infraction *sui generis* ou norme d'imputation ?

Selon une partie de la doctrine, l'art. 102 CP constitue une infraction *sui generis*, c'est-à-dire d'un genre propre, indépendant d'autres classifications⁸⁷. Ces auteurs soutiennent notamment que la sanction de l'art. 102 CP doit être comprise au sens des art. 103 ss CP et donc soumise à un délai de trois ans selon l'art. 109 CP, dès la connaissance d'un défaut d'organisation⁸⁸.

A contrario, un autre courant doctrinal, suivi par le Tribunal fédéral, soutient que l'art. 102 CP constitue une norme d'imputation d'une infraction commise au sein de l'entreprise⁸⁹, fonctionnant comme une responsabilité sur la base d'une faute sociale. Une des conséquences concrètes est que le délai de prescription est celui qui est prévu pour l'infraction, commise par la personne physique, imputée à l'entreprise⁹⁰.

⁷⁸ CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), pp. 114-115.

⁷⁹ FORSTER, p. 125 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 85.

⁸⁰ Voir notamment BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 412 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.57 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 18.

⁸¹ FORSTER, p. 120 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 18.

⁸² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §26 N 2.

⁸³ *Ibidem*, N 3.

⁸⁴ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 416.

⁸⁵ FORSTER, p. 127 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §26 N 19.

⁸⁶ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 416 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 22 ; FORSTER, p. 127

⁸⁷ Voir notamment BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, CP 102 N 18 ss ; StGB Kommentar- HEIMGARTNER, CP 102 N 1 ; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Praxiskommentar, Art. 102 N 7.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_31/2019 du 12 décembre 2019, consid. 2.3.1 [TF, 6B_31/2019, 12 décembre 2019].

⁸⁹ TF, 6B_31/2019, 12 décembre 2019, consid. 2.4 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 2 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.45 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 516.

⁹⁰ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.47.

Sans plus de détail et pour la suite de ce travail, nous nous rattacherons à l'avis jurisprudentiel et doctrinal selon lequel l'infraction que constitue l'art. 102 CP est une norme d'imputation.

B. Droit comparé : Deux exemples européens

i. La Belgique

En 1999, la Belgique s'est dotée d'un art. 5 dans son code pénal prévoyant une forme de responsabilité de l'entité collective⁹¹. Les embryons cette responsabilité pouvaient déjà être constatés auparavant, dans la mesure où les sociétés commerciales pouvaient être tenues responsables, sous un angle civil, et être sujettes à des mesures, notamment de fermeture ou de confiscation⁹².

Aujourd'hui, la responsabilité de l'entreprise est parallèle en ce sens que la poursuite d'une personne physique n'annihile pas la responsabilité de la personne morale⁹³. Contrairement à l'art. 102 al. 2 CP, le droit belge ne prévoit aucune limitation concernant le type d'infraction susceptible de déclencher ce système parallèle⁹⁴. Il suffit que l'infraction ait été perpétrée dans la réalisation des buts ou de la défense des intérêts de l'entreprise⁹⁵. De même, les personnes morales de droit étranger ne sont pas exemptées du régime de responsabilité et peuvent également être poursuivies devant les juridictions belges⁹⁶.

Ainsi, si la Suisse est encore frileuse concernant une responsabilité totalement parallèle entre la personne physique et l'entreprise, nous constatons que la Belgique prévoit déjà un principe de poursuite cumulée applicable à toutes les infractions du Code pénal belge⁹⁷.

ii. L'Allemagne

Le droit allemand ne connaît pas, à proprement parler, de responsabilité pénale des entités collectives⁹⁸. Cependant, la société peut être amendable sur la base d'une responsabilité administrative encrée dans la loi sur les contraventions⁹⁹. Selon l'art. 30 OWiG, outre les personnes physiques, l'entreprise peut également être condamnée si le personnel de direction a commis une infraction pénale ou administrative et a ainsi violé des obligations liées à la société¹⁰⁰.

Alors que la législation en vigueur ne prévoit que l'amende comme peine-menace, le Ministère fédéral allemand de la justice et de la protection des consommateurs a présenté, en avril 2020, un

⁹¹ ADAM/COLETTE-BASECQZ/NIHOUL, p. 64 ; DE SMET/JANSSENS, p. 51.

⁹² ADAM/COLETTE-BASECQZ/NIHOUL, p. 64.

⁹³ Art. 5 Code pénal belge du 8 juin 1867 ; DE SMET/JANSSENS, p. 51.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁵ Art. 5 al. 1 Code pénal belge 8 juin 1867.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 54.

⁹⁷ DE SMET/JANSSENS, p. 52.

⁹⁸ TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, consid. 3.2.5 ; ADAM/COLETTE-BASECQZ/NIHOUL, p. 26 ; BERNDT, in LIVSCHITZ *et al.*, p. 42.

⁹⁹ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG); BERNDT, in LIVSCHITZ *et al.*, p. 36.

¹⁰⁰ BAUMS/VON BUTTLAR, p. 283.

projet de loi proposant de nouvelles sanctions applicables aux entreprises¹⁰¹. Ce projet prévoit divers instruments idoines à la poursuite et à la répression des infractions commises par les entreprises¹⁰². L'objectif est de mettre à jour les normes permettant de combattre la criminalité économique, et notamment les infractions de grands groupes commerciaux¹⁰³.

Si cette loi est adoptée, l'Allemagne se dotera d'un registre de sanctions des entreprises, fonctionnant de façon similaire à un casier judiciaire (§ 54 ss VerSanG)¹⁰⁴. Nous pouvons aussi relever que ce projet de loi prévoit d'adapter le montant de l'amende par rapport à la taille de l'entreprise. Le montant pourra atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaire annuel pour la société en ayant un supérieur à cent millions d'euros (§ 9 al. 2 VerSanG). Par ailleurs, les tribunaux seront libres de surseoir le paiement de l'amende, de n'en imposer qu'une partie ou de n'effectuer qu'un avertissement. En outre, la publication du jugement est aussi un moyen dont souhaite se doter l'Allemagne¹⁰⁵. Nous citerons encore la possibilité, pour les tribunaux, d'ordonner à une autorité la surveillance de l'entreprise, cette dernière devant attester par le biais d'un certificat, que l'entreprise possède une organisation compétente (§ 13 VerSanG)¹⁰⁶.

Ainsi, ce projet de loi illustre une réelle volonté de se doter d'une législation adéquate en matière de criminalité entrepreneuriale et devrait entrer en vigueur dans le courant de 2023¹⁰⁷.

IV. Le critère de la double incrimination et les personnes morales

A. Principes

La double incrimination est une condition classique du droit de l'entraide internationale en matière pénale¹⁰⁸. Selon ce principe, l'État recevant une demande d'entraide contrôle que l'infraction poursuivie est punissable selon les lois de l'État requérant. Selon le principe de la confiance et de la bonne foi internationales, l'État requis ne remet pas en cause les déclarations de l'autre État¹⁰⁹. Ensuite, il est nécessaire qu'il vérifie que les faits sous-tendant la demande d'entraide constituent une infraction selon son propre droit¹¹⁰. Cela permet de garantir que la coopération n'est accordée que pour des comportements répréhensibles dans les deux États¹¹¹.

¹⁰¹ Bundesministeriums, Referentenentwurf, p. 1 ss.

¹⁰² BAUMS/VON BUTTLAR, p. 272.

¹⁰³ Bundesministeriums, Referentenentwurf, p. 50 *cum* 57.

¹⁰⁴ Bundesministeriums, Referentenentwurf, p. 126 ; BAUMS/VON BUTTLAR, p. 273.

¹⁰⁵ BAUMS/VON BUTTLAR, p. 273.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 274.

¹⁰⁷ <https://home.kpmg/de/de/home/themen/2019/09/entwurf-des-verbandssanktionengesetzes-liegt-vor.html> (7.12.20).

¹⁰⁸ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 189.

¹⁰⁹ ATF 121 I 181, consid. 2c/aa ; TPF, RR.2017.131-144 du 27 mars 2018, consid. 6.2 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 56, p. 14.

¹¹⁰ GLESS, N 310 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 70 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 189 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 576.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_138/2007 du 17 juillet 2007, consid. 2.3.1.

Une telle analyse est nécessaire lorsqu'une base légale le prévoit¹¹². C'est le cas dans l'EIMP en matière d'entraide au sens strict lorsque des mesures de contrainte doivent être ordonnées¹¹³, d'extradition, de délégation de la poursuite et de l'exécution de la peine¹¹⁴. L'analyse de la double incrimination s'effectue au moment de la décision concernant la demande d'entraide¹¹⁵ et selon le droit en vigueur à ce moment¹¹⁶. Deux formes d'analyses sont à distinguer : l'une abstraite et l'autre concrète. La forme de l'approche dépend du type de coopération¹¹⁷ et cela n'est pas sans conséquence concernant une procédure visant une personne morale.

B. L'analyse abstraite et ses problématiques

Une analyse abstraite s'effectue dans le cadre d'une demande d'entraide passive¹¹⁸, d'extradition passive¹¹⁹ et de délégation active de la poursuite¹²⁰. Elle exige que l'auteur remplisse les éléments objectifs, ainsi que les éléments subjectifs d'une infraction¹²¹. Il suffit à cet égard que les faits apparaissent *prima facie* constitutifs d'une infraction en Suisse¹²². Les notions d'illicéité, de culpabilité ainsi que les conditions de répression en général doivent être laissées de côté¹²³. En somme, l'autorité compétente n'a pas à se demander si une peine aurait pu être concrètement prononcée à l'égard de l'auteur pour les faits sous-tendant la demande d'entraide¹²⁴ ; la qualité de l'auteur est un aspect inexistant dans l'analyse de la double incrimination abstraite¹²⁵.

Or, nous pouvons nous demander si l'objectif de la double incrimination ne souffre pas du fait que l'analyse omet de prendre en compte la qualité particulière de l'auteur. Chaque État possède une législation singulière en matière de responsabilité des entreprises¹²⁶. Il peut donc arriver que la Suisse reçoive une demande de coopération, par exemple pour un acte d'entraide au sens strict, sur la base d'une procédure pénale ouverte contre une entreprise à l'étranger. Dans la mesure où la Suisse se contentera d'une analyse abstraite, l'autorité se bornera à constater si les faits constituent une infraction en droit suisse, sans analyser la capacité de l'auteur à la faute. Selon cette constellation, la Suisse aurait pu, même avant de connaître une responsabilité des entreprises, accorder son aide dans des procédures visant des entités collectives¹²⁷. D'un côté, la Suisse ne

¹¹² LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 72.

¹¹³ Art. 64 al. 1 EIMP ; INGLESE, pp. 44-45.

¹¹⁴ Cf. art. 35 al. 1 let. a *cum* al. 2, art. 64, art. 86 et art. 94 al. 1 let. b EIMP ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 72 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 577.

¹¹⁵ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 189.

¹¹⁶ ATF 122 II 422, consid. 2a, *in* JdT 1998 IV 95 ; ATF 129 II 462, consid. 4.3, *in* SJ 2004 I 101 ; BSK IRSG-HEIMGARTNER, EIMP 64 N 12 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 436 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 581, p. 622.

¹¹⁷ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 73.

¹¹⁸ *Ibidem*, N 434.

¹¹⁹ *Ibidem*, N 877.

¹²⁰ *Ibidem*, N 1163.

¹²¹ ATF 112 Ib 576, consid. 11.bb, *in* JdT 1988 IV 123 ; ATF 117 Ib 64, consid. 5c, *in* JdT 1993 IV 63 ; GLESS, N 316.

¹²² ATF 124 II 184, consid. 4b, *in* JdT 2000 IV 160 ; TPF, RR.2020.153-156 du 28 septembre 2020, consid. 2.1.

¹²³ ATF 117 Ib 64, consid. 5c, *in* JdT 1993 IV 63 ; TPF, RR.2019.217-218 du 26 août 2020, consid. 5.1 ; Message CF, EIMP, p. 448 ; GLESS, N 316 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 879.

¹²⁴ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 880.

¹²⁵ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 192.

¹²⁶ FIORELLA, *in* FIORELLA et al., p. 1 ss ; HEINIGER, N 857.

¹²⁷ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 207.

souhaite pas prêter son concours à des poursuites qu'elle-même ne connaîtrait pas sur son propre sol. D'un autre côté, elle se contente d'une analyse restreinte, de quelques éléments seulement, en faisant une totale abstraction de la qualité de l'auteur. Il nous semble que ces deux conceptions sont antagonistes.

Une autre difficulté de l'analyse abstraite apparaît lorsque les entreprises sont tenues responsables sous l'angle de deux domaines différents du droit¹²⁸, à l'instar des législations allemande et suisse¹²⁹. Dans quelle mesure l'autorité suisse peut-elle considérer que la double incrimination est remplie dès lors que les fondements constitutifs de la responsabilité sont, d'un côté, administratifs, et de l'autre, pénaux ? Or, les mesures de contrainte ordonnées sur le sol suisse sont des actes restreignant les droits fondamentaux¹³⁰ et donc des atteintes graves, notamment à la liberté. Il ne va pas de soi qu'une procédure administrative allemande puisse déployer des effets pénaux en Suisse.

C. L'analyse concrète et ses problématiques

Comme présenté au sous-chapitre précédant, la dissonance des responsabilités des entreprises dans les États a pour conséquence que la condition de la double incrimination complique la coopération. L'analyse concrète n'en est pas épargnée. Cette forme d'analyse est exigée dans le cadre d'une délégation passive¹³¹ et d'une exécution en Suisse d'une décision étrangère¹³². *A contrario* de l'analyse abstraite, les autorités suisses de poursuite pénale doivent examiner concrètement, comme si l'acte avait eu lieu en Suisse¹³³, dans quelle mesure il aurait été poursuivi¹³⁴. Comme la délégation passive entraîne une délégation de compétence¹³⁵, il semble logique que la Suisse examine concrètement la possibilité de poursuivre et sanctionner l'auteur de l'infraction. Il serait en effet absurde d'accepter la délégation, puis prononcer une non-entrée en matière. De même, dans le cadre d'une exécution d'une décision étrangère, il semblerait choquant de soumettre une personne physique ou morale à une sanction sur la base d'un comportement non-pénalement répréhensible au niveau du droit suisse.

Dans la mesure où, pour accorder la coopération, la Suisse doit être concrètement en mesure de punir l'auteur, l'entraide sera refusée lorsque l'État requérant connaît une responsabilité différente de l'entreprise. Par exemple, l'autorité devrait rejeter une demande de délégation selon les art. 85 ss EIMP lorsque l'État requérant souhaite que la Suisse poursuive une société alors même que les personnes physiques responsables des crimes sont identifiées et que l'infraction n'est pas mentionnée à l'art. 102 al. 2 CP. Or, dans la mesure où les États n'ont pas une législation harmonisée en la matière, cette condition devient un obstacle à la coopération. Il semble que, pour lutter contre des acteurs multinationaux, la coopération entre les États est cardinale. Nous pouvons

¹²⁸ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 208.

¹²⁹ HEINIGER, N 857.

¹³⁰ Art. 196 CPP ; BSK StPO-WEBER, CPP 196 N 1.

¹³¹ BSK IRSG-UNSELD, EIMP 85 N 18 ; CAPUS, p. 339 ; MARKEES, FJS 424, §4.71.

¹³² LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1395.

¹³³ Cf. art. 86 al. 1 EIMP ; MARKEES, FJS 424a, §4.112.

¹³⁴ BSK IRSG-UNSELD, EIMP 86 N 2 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 185.

¹³⁵ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1247 ; Cf. *infra* p. 21.

donc légitimement poser la question : devrait-on abandonner le critère de double incrimination au profit d'une répression internationale plus efficace ?

D. La double incrimination : un principe à supprimer ?

La présence dans la législation suisse de la condition de double incrimination demande une application stricte de cette dernière. Aussi, il nous faut nous demander si cette condition ne devrait pas être adaptée, voire supprimée, concernant les entreprises. Nos propos porteront principalement sur la double incrimination requise en matière de mesures de contrainte (art. 64 EIMP) et de délégation active (art. 88 et 86 al. 1 EIMP).

Tout d'abord, dans l'optique de favoriser l'entraide en matière pénale, il serait opportun d'établir une réglementation internationale de la responsabilité des entreprises qui conduirait tous les États à posséder les mêmes instruments juridiques en la matière, facilitant ainsi la coopération¹³⁶. Or, une telle législation demanderait nécessairement aux États de restreindre leur souveraineté pour accepter un principe international en lieu et place de leur propre législation. Pourtant, nous relevons que les infractions commises par les entreprises sont régulièrement prévues dans des conventions internationales. C'est notamment le cas du blanchiment d'argent avec la CBI, du financement du terrorisme avec la CRFT et de la corruption avec la Convention OCDE ou la CNUCC. Ce système multi-conventionnel crée une base commune entre les États qui se sont engagés à poursuivre ces infractions. À terme, les États n'auront plus d'intérêt à garder le critère de double incrimination puisque la majorité se sera engagée à poursuivre des infractions communes. C'est en tout cas ce que préconise le GAFI dans ses recommandations¹³⁷. En substance, nous pouvons encore relever qu'au vu du principe de faveur, chaque État devrait appliquer les conventions internationales auxquelles il s'est engagé et ne pas faire dépendre l'octroi de leur entraide à la condition, de droit interne, de double incrimination.

Concernant uniquement la législation suisse, il est nécessaire de se demander quelle position nous souhaitons prendre par rapport à ce critère de double incrimination. Tout d'abord, si nous considérons que la Suisse ne devrait jamais prendre des mesures de contrainte dans des procédures qui touchent des personnes, physiques ou morales, qui ne seraient pas responsables en droit suisse, il faudrait que la législation le prévoit expressément. De même, si les mesures de contrainte doivent avoir pour base une procédure pénale¹³⁸, alors il faudrait refuser les demandes d'entraide fondées sur une responsabilité administrative ou civile de l'entreprise. L'autorité compétente aura pour tâche, à chaque demande de coopération, d'analyser la responsabilité de l'auteur de l'infraction ainsi que la forme de responsabilité dans l'État requérant. Sans aller jusqu'à une analyse concrète, il serait nécessaire que l'autorité compétente effectue une analyse approfondie sous l'angle de la capacité de l'auteur à être un sujet du droit pénal suisse. Pour mettre cela en œuvre, il serait nécessaire que l'autorité demande à l'État requérant tous les moyens de preuve pour analyser les conditions de l'art. 102 CP, par exemple le fait que l'auteur physique de l'infraction n'est pas identifiable. Néanmoins, cela semble drastiquement compliquer la

¹³⁶ VILLARD, *Ne bis in idem*, p. 333.

¹³⁷ Recommandations GAFI, p. 27.

¹³⁸ Art. 1 al. 3 EIMP.

coopération et il ne nous semble pas être dans l'intérêt de la Suisse de bloquer son entraide à travers des conditions aussi strictes.

Une autre appréciation de la condition de la double incrimination nous amène à considérer l'abandon de ce principe. En effet, en se fondant sur la confiance et la bonne foi internationales¹³⁹, la Suisse pourrait retenir comme prépondérante la façon dont l'État requérant considère la responsabilité des entités collectives. L'autorité n'aurait qu'à analyser si, au regard des art. 1a et 2 ss EIMP¹⁴⁰, la demande d'entraide n'est pas irrecevable et pourrait refuser, par exemple, une demande visant une communauté particulière au sens de l'art. 2 let. b EIMP. Il ne s'agirait donc pas d'un abandon total, mais simplement d'une analyse de l'infraction quant à son essence par rapport à l'ordre juridique suisse, en fondant l'octroi de l'entraide non plus sur une concordance de répression, mais sur une reconnaissance d'un droit étranger. Nous relevons que la Suisse considère déjà comme prépondérante la poursuite des infractions d'ordre sexuel avec des mineurs¹⁴¹, infraction qui constitue une exception à la double incrimination¹⁴². Or, il est tout à fait envisageable que la Suisse s'engage, à l'instar de son engagement contre la criminalité pédophile, contre la criminalité entrepreneuriale.

Concernant particulièrement la délégation passive, la difficulté de l'abandon de la double incrimination reste le fait que la Suisse doit s'assurer qu'elle puisse, concrètement et selon son propre droit, poursuivre l'entreprise¹⁴³. Une solution à cette difficulté serait la possibilité, pour l'autorité, d'appliquer subsidiairement le droit matériel de l'État délégant dès lors que l'infraction est inconnue en Suisse¹⁴⁴. Toutefois, cela compliquera nécessairement la fonction des magistrats et pourrait allonger les délais de procédure, ce qui n'est à ce jour pas souhaitable¹⁴⁵.

E. Conclusion

Une mesure optimale pour la coopération serait une reconnaissance internationale des infractions communément commises par les entreprises, à l'instar par exemple du meurtre pour les personnes physiques¹⁴⁶. Nous pouvons noter qu'il existe divers articles dans les instruments internationaux prévoyant expressément que l'absence de reconnaissance d'une responsabilité pénale de la personne morale dans une demande d'entraide ne devrait pas influencer l'octroi de la coopération¹⁴⁷. De même, le GAFI tend à retenir que la condition de double incrimination ne

¹³⁹ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 56.

¹⁴⁰ OFJ, Aide-mémoire, p. 4.

¹⁴¹ Art. 64 al. 2 let. b EIMP.

¹⁴² Message CF, Modification CP, p. 1803.

¹⁴³ Cf. *supra* p. 16.

¹⁴⁴ LUDWICZAK, Délégation, N 304 ss ; THALMANN, N 583.

¹⁴⁵ LUDWICZAK, *in* GARIBIAN/JEANNERET, p. 118.

¹⁴⁶ THALMANN, N 577.

¹⁴⁷ Voir notamment l'art. 3 ch. 2 de la Convention du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union Européenne ainsi que l'article 26 ch. 1 let. c de l'Accord de coopération entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses États membres pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêt financier du 26 octobre 2004 (RS 0.351.926.81) ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 207.

devrait plus être un obstacle trop grand à l'entraide¹⁴⁸. L'analyse de double incrimination a, par ailleurs, été supprimée dans le cadre du mandat d'arrêt européen pour trente-deux infractions¹⁴⁹.

Selon nous, les infractions susceptibles d'être commises par les entreprises sont largement prévues par le droit international, si bien que ces normes en deviendraient presque des crimes à valeurs universelles¹⁵⁰. Une lutte généralisée contre la criminalité, notamment économique, des entreprises a pour conséquence que le principe de double incrimination perd de son intérêt. Contre un acteur internationalisé, il semble qu'il n'y ait qu'une coopération efficace qui puisse atteindre le but visé, et celle-ci doit passer par les principes de faveur et de confiance, tout en se prévalant des protections usuelles contre les infractions prévues aux art. 2 ss EIMP. Aussi, nous considérons pour ces raisons que les infractions des entreprises devraient être érigées au même rang que les infractions à caractère pédophile au sens de l'art. 64 al. 2 let. b EIMP.

V. La délégation de la poursuite

A. Principes

La délégation de la poursuite est un des modes de coopération prévus par l'EIMP. Elle consiste en le transfert d'une poursuite pénale en cours, d'un État délégant à un État délégataire¹⁵¹. La téléologie de cet outil est de faire en sorte que l'État le plus à même de poursuivre soit compétent¹⁵², pour favoriser un meilleur reclassement social du prévenu¹⁵³ ainsi qu'une administration efficace de la justice¹⁵⁴. La délégation a pour effet que l'État délégant est dessaisi de l'affaire au profit de l'État délégataire qui aura la charge de poursuivre l'infraction¹⁵⁵. Ce mode de coopération peut être accompagné d'une délégation de compétence¹⁵⁶ et peut être assimilé à un traité international¹⁵⁷.

Deux formes de délégation peuvent être distinguées. Il y a une délégation active lorsque la Suisse est l'État délégant (art. 88 ss EIMP)¹⁵⁸. Il est nécessaire que l'État étranger ait une législation permettant de poursuivre et réprimer l'infraction. De même, la personne poursuivie doit remplir alternativement une des conditions suivantes : soit elle réside dans l'État délégataire et son extradition est exclue ou inopportune (art. 88 let. a EIMP), soit elle est extradée par la Suisse à cet État et le transfert de la poursuite pénale permet un meilleur reclassement social (art. 88 let. b EIMP).

¹⁴⁸ Recommandations GAFI, p. 27.

¹⁴⁹ Art. 2 al. 2 de la Décision-cadre du Conseil de l'Union Européenne (2002/584/JAI) relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres du 13 juin 2002 ; CAPUS, p. 356-357.

¹⁵⁰ LUDWICZAK, Délégation, N 1233.

¹⁵¹ *Ibidem*, N 195 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1133.

¹⁵² LUDWICZAK, Délégation, N 203.

¹⁵³ MARKEES, FJS 424a, §4.10.

¹⁵⁴ ATF 118 Ib 269, consid. 1c ; Message CF, EIMP, pp. 453-454 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1132.

¹⁵⁵ LUDWICZAK, *in* GARIBIAN/JEANNERET, p. 124.

¹⁵⁶ HARARI/JAKOB/JENNI, N 1 ; LUDWICZAK, Délégation, N 8 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 1337.

¹⁵⁷ HARARI/JAKOB/JENNI, N 18 ; LUDWICZAK, Délégation, N 6 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1134.

¹⁵⁸ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 1343.

La seconde forme de délégation est la délégation passive, prévue aux art. 85 ss EIMP. L'al. 1 prévoit que la Suisse peut réprimer un acte commis à l'étranger lorsque l'État du lieu de l'infraction en fait la demande¹⁵⁹. Les conditions d'applications sont, cumulativement, que l'extradition soit exclue (let. a), que la personne poursuivie doive répondre d'autres infractions plus graves en Suisse (let. b) et que l'État requérant fournisse à la Suisse une garantie de la forme *ne bis in idem* (let. c). De même, la Suisse ne doit posséder aucun chef de compétence (art. 85 al. 3 EIMP), cette dernière devant ainsi être déléguée¹⁶⁰.

B. La délégation et les personnes morales : une relation obscure

a) Le cas Volkswagen AG

L'affaire de la marque automobile allemande Volkswagen AG est un cas paradigmatique de la problématique de délégation de la poursuite d'une entreprise. Entre 2015 et 2016, environ deux mille plaintes ont été déposées en Suisse contre la société et ses organes, accusés de manipulations des valeurs d'échappement de gaz des véhicules vendus¹⁶¹. En octobre 2015, le procureur allemand déclare ouvrir une enquête pénale contre le constructeur automobile. Le MPC, ayant au préalable réuni les multiples plaintes suisses, effectue une délégation de poursuite à l'Allemagne sur la base des art. 88 ss EIMP. À la suite de la délégation, le MPC rend une ordonnance de non-entrée en matière en se fondant sur les art. 310 al. 1 let. c et 8 al. 3 *in fine* CPP¹⁶². Les plaignants interjettent un recours auprès de la Cour des plaintes du TPF contre l'ordonnance de non-entrée en matière. En outre, ils souhaitent que le MPC ouvre une instruction, en Suisse, contre Volkswagen AG et ses organes. Dans son arrêt, le Tribunal pénal fédéral retient qu'une délégation à l'Allemagne n'était pas possible dans la mesure où les lésés avaient un intérêt prépondérant à ce que la poursuite ait lieu en Suisse, l'art. 8 al. 3 CPP étant ainsi violé.

Quel était donc l'intérêt prépondérant des lésés à ce que la poursuite ait lieu en Suisse ? Les plaintes étaient déposées tant à l'encontre des personnes physiques, responsables des organes de la société, que de la personne morale elle-même¹⁶³. Or, l'Allemagne ne connaît pas une responsabilité de la personne morale similaire à celle de la Suisse¹⁶⁴. Le TPF a retenu que, dans la mesure où la procédure allemande ne permettait pas de faire valoir des prétentions civiles par adhésion dans le cadre des poursuites visant les organes de la société, ce que prévoit le droit suisse à l'art. 122 CPP¹⁶⁵, une délégation à l'Allemagne lésait ainsi les prétentions des recourants en Suisse¹⁶⁶.

¹⁵⁹ BSK IRSG-INGOLD, EIMP 85 N 13 ; MARKEES, FJS 424a, §4.111.

¹⁶⁰ HARARI/JAKOB/JENNI, N 19.

¹⁶¹ Les faits suivants sont tous tirés de l'arrêt du TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, partie *en faits*. Aussi, nous n'y ferons pas une référence systématique dans ce paragraphe.

¹⁶² TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, consid. 3.2.1.

¹⁶³ TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, consid. 3.2.5.

¹⁶⁴ Cf. *supra* p. 13.

¹⁶⁵ JEANNERET/KUHN, N 7035.

¹⁶⁶ TPF, BB.2016.192 du 30 novembre 2016, consid. 3.2.5.

Cette affaire illustre la difficulté à coopérer lorsque les États n'ont pas une appréciation similaire des responsabilités. La délégation de la poursuite doit permettre une meilleure administration de la justice, sans pour autant péjorer les droits des parties. *A priori*, la délégation était pertinente du point de vue de l'administration des preuves et d'un principe de regroupement des procédures¹⁶⁷. Une telle coopération permet d'éviter qu'une multitude d'affaires soit ouverte à l'encontre de la société pour des faits similaires, ce qui poserait d'autres problématiques concernant en particulier le principe de *ne bis in idem*¹⁶⁸. Toutefois, une dissonance des responsabilités pénales des entreprises peut avoir des conséquences indésirables.

b) L'inapplicabilité des conditions de délégation aux entités collectives

Bien qu'il y ait une distance temporelle conséquente entre l'EIMP de 1981 et la responsabilité pénale de l'entreprise de 2003¹⁶⁹, nous pouvons nous étonner qu'aucune modification de l'EIMP n'ait été proposée à ce jour pour introduire plus précisément l'entreprise. Pourtant, les conditions actuelles de délégation nous semblent difficilement applicables à une demande visant une entreprise.

i. Dans la délégation passive

Tout d'abord, l'art. 85 EIMP suppose une délégation de compétence puisque la Suisse ne doit avoir aucun titre pour juger l'entreprise au sens de l'art. 85 al. 3 EIMP¹⁷⁰. De plus, il est nécessaire que l'État délégant fonde sa compétence sur le principe de territorialité¹⁷¹. Selon l'art. 85 al. 1 *ab initio* EIMP et de la conception d'imputation de l'art. 102 CP¹⁷², il est nécessaire que l'infraction de base se soit réalisée dans l'État délégant¹⁷³ et non dans l'État dans lequel la société étrangère a son siège. Or, un fort taux de multinationales sont emplantées en Suisse¹⁷⁴, sans y avoir nécessairement leur siège. Il serait donc pertinent de prévoir que l'État du siège de la société délègue à la Suisse la compétence de poursuivre la société. De surcroît, la condition de territorialité pose des questions concernant les infractions de résultat, dont les contours ne sont pas toujours clairs¹⁷⁵.

En sus, trois conditions cumulatives doivent être remplies. Selon la let. a tout d'abord, l'extradition doit être exclue. Or, l'extradition d'une personne morale semble être une aporie juridique. Alors, une solution aisée pour exclure l'extradition serait de retenir que cette mesure est littéralement inapplicable aux entreprises¹⁷⁶. Toutefois, cette analyse constitue un rafistolage de la lettre de la loi au cas d'espèce. À cet égard, nous rappelons que le but de la délégation est de faire en sorte que l'État le plus à même d'instruire une enquête se charge des poursuites¹⁷⁷. Dans

¹⁶⁷ LUDWICZAK, Délégation, N 226.

¹⁶⁸ LUDWICZAK, Délégation, N 227 ; Pour une étude générale de la problématique, voir VILLARD, *Ne bis in idem*.

¹⁶⁹ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.10 ; MACALUSO/GARBARSKI, p. 99.

¹⁷⁰ BSK IRSG-INGOLD, EIMP 85 N 13 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1245.

¹⁷¹ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 1243.

¹⁷² Cf. *supra* p. 12.

¹⁷³ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 1352.

¹⁷⁴ OCDE, rapport phase 4, N 10.

¹⁷⁵ CASSANI, Droit pénal économique, N 1.39 ss.

¹⁷⁶ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 1343.

¹⁷⁷ LUDWICZAK, Délégation, N 203.

le cadre d'une procédure visant une personne physique, la condition de l'impossibilité de l'extradition sous-entend logiquement que le prévenu se trouve sur le sol suisse et que, dans la mesure où cette personne ne sera pas extradée et pour éviter des jugements *in absentia*¹⁷⁸, il est plus judicieux qu'il soit poursuivi par l'État dans lequel il se trouve¹⁷⁹. Or, si nous suivons cette réflexion dans le cadre d'une poursuite visant une entreprise, dans la mesure où cette dernière est sur le sol suisse, probablement qu'elle y a aussi son siège¹⁸⁰. Dès lors, la Suisse est compétente en vertu du principe de personnalité active ou de territorialité¹⁸¹, excluant l'application des art. 85 ss EIMP. Une interprétation littérale de la loi conduit donc à une application très restrictive de la délégation.

La let. b de l'art. 85 EIMP, conditionnant la délégation au fait que la personne morale doive répondre en Suisse d'autres infractions plus graves, nous semble mettre à mort définitivement la possibilité d'appliquer la délégation passive dans le cadre d'une procédure visant une entreprise. Tout d'abord, une instruction doit être en cours, en Suisse, contre la personne morale¹⁸². De plus, l'instruction pénale suisse doit viser une infraction dont la peine-menace est plus grave que celle qui fait l'objet de la délégation¹⁸³. Or, la peine-menace en Suisse est toujours une amende d'un montant maximum de cinq millions de francs lorsque la responsabilité des entreprises est retenue¹⁸⁴. Donc, l'entreprise ne pourrait répondre tout au plus que d'une infraction d'une gravité similaire. Néanmoins, il serait possible d'échapper à cette difficulté en retenant la peine-menace du crime ou du délit imputable à l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP. Par exemple, l'entreprise pourrait devoir répondre, en Suisse, d'une gestion fautive, dont la peine-menace est une peine privative de liberté de cinq ans au plus (art. 165 ch. 1 CP), la délégation portant sur un cas d'octroi d'un avantage, dont la sanction est une peine privative de liberté de trois ans au plus (art. 322^{quinquies} CP). Néanmoins, cette condition ne semble pas être adéquate concernant les entreprises. Il serait judicieux dès lors de fonder l'intérêt de la Suisse à poursuivre l'entreprise sur une autre base que celle de la poursuite d'une infraction antécédente et d'une gravité plus élevée.

Enfin, la let. c prévoit que l'État requérant fournit une garantie du principe *ne bis idem*. Cette condition n'est pas sans poser divers problèmes dans le cadre d'une poursuite contre une entité privée. Nous n'aborderons pas cette problématique dans ce travail. Nous souhaitons nonobstant relever qu'à nouveau, les responsabilités hétérogènes des entreprises dans les normes étatiques posent différentes difficultés dans l'analyse de cette condition¹⁸⁵. Par exemple, nous pouvons nous demander si l'entreprise non poursuivie sur la base de l'art. 102 al. 1 CP, en raison de l'identification d'un auteur physique, pourrait être poursuivie par un autre État¹⁸⁶. De même, la

¹⁷⁸ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 474.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*, N 1349.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² BSK IRSG-UNSELD, EIMP 85 N 9.

¹⁸³ *Ibidem* ; HARARI/JAKOB/JENNI, N 58.

¹⁸⁴ Art. 102 al. 1 *in fine* CP ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.90.

¹⁸⁵ VILLARD, *Ne bis in idem*, p. 322.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 326.

particularité de l'entreprise soulève des difficultés concernant les relations entre les sociétés mères et filles, voire sœurs¹⁸⁷. Dans quelle mesure le principe de *ne bis in idem* peut-il être appliqué à une société fille pour les faits de la société mère, ou inversement ?¹⁸⁸

ii. *Dans la délégation active*

Les conditions de l'art. 88 EIMP sont en principe alternatives. Toutefois, l'art. 88 let. b EIMP, prévoyant l'extradition, est pourtant d'emblée non-pertinent dans le cadre d'une poursuite contre une entreprise¹⁸⁹. Il ne reste donc plus que la condition de la let. a qui prévoit que la personne morale doit résider dans l'État invité à assumer la poursuite. A nouveau, une interprétation large et conciliante par rapport au texte de la loi est nécessaire pour inclure dans le terme « résidence » la notion de « siège » de l'entreprise¹⁹⁰.

Par ailleurs, et au-delà de cette difficulté sémantique, le fait que la Suisse ne puisse déléguer qu'à l'État du siège de la société nous invite à nous demander si cette condition est réellement adéquate. Cela a notamment pour conséquence directe qu'une poursuite contre une filiale ne pourrait pas être déléguée dans l'État de la société mère puisque les filiales sont généralement juridiquement autonomes¹⁹¹ et peuvent donc avoir leur siège dans un État différent. Pourtant, dans l'objectif d'une meilleure administration de la justice, il serait pertinent de prévoir que l'État du siège de la société mère puisse se voir déléguer les poursuites visant les filiales, ou inversement. Une délégation en chaîne de la Suisse à l'État de la filiale, et de ce dernier à l'État du siège de la société mère est toujours envisageable¹⁹². Toutefois, cette délégation devra se fonder sur le droit de l'État de la filiale, rallongera nécessairement les délais et accroîtra la complexité de la coopération.

La problématique de délégation renvoie à nouveau à nos considérations sur les responsabilités dissonantes des entreprises au niveau international. Ainsi, si selon nous la délégation devrait être possible au-delà de l'État du siège de la société, il faut faire attention à ce que la délégation ne prive pas les parties des droits qu'elles auraient pu faire valoir en Suisse.

c) Sanctions des entreprises : un frein à la délégation ?

Si les peines privatives de liberté ou autres mesures ont un certain coût, les amendes sont en général des rentrées monétaires substantielles pour les États. Les codes pénaux des États européens prévoient encore régulièrement une sanction d'ordre pécuniaire¹⁹³. Or, nous pouvons concevoir que cela constitue encore un frein conséquent, pour les États, à la délégation et au principe de faveur. Nous pouvons nous demander en quoi un État a intérêt à déléguer une

¹⁸⁷ ROTH, Modèles de réflexion, p. 368 ss.

¹⁸⁸ HEINIGER, N 564 ss ; INGOLD, p. 252 ; VILLARD, *Ne bis in idem*, p. 324.

¹⁸⁹ Cf., *supra* p. 21.

¹⁹⁰ VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 1343.

¹⁹¹ INGOLD, p. 231.

¹⁹² VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 1346.

¹⁹³ Voir notamment : Art. 102 al. 1 CP ; Art. 131-37 al. 1 Code pénal français du 22 juillet 1992 ; § 30 al. 1 OWiG ; Chapitre 36, section 7-10 Code pénal suédois du 21 décembre 1962 ; art. 9 ss *decreto legislativo* 231/01 du 8 juin 2001 ; § 4 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (BGBl. I 151/2005).

poursuite qui aboutira probablement à une amende de plusieurs millions ou à un classement avec « réparation ».

En effet, délégation de la poursuite rime logiquement avec délégation de l'application de la sanction, puisque à la base, cet instrument devait viser un meilleur reclassement social de l'individu¹⁹⁴. Nous émettons toutefois l'hypothèse si, dans le cadre d'une poursuite contre une entreprise, les sanctions pécuniaires ne devraient pas être partagées avec l'État délégant, possiblement aussi lésé.

C. Proposition d'une modification des conditions de délégation

Avant toute considération, il nous faut comprendre pourquoi la délégation de poursuite serait un outil de coopération intéressant dans le cadre d'une procédure visant une entreprise. Pour rappel, l'objectif de la délégation est de permettre à l'État le mieux placé de poursuivre l'infraction¹⁹⁵. Les entreprises, et particulièrement les groupes, sont des auteurs éparpillés mondialement. Une infraction peut être rattachée par divers moyens à une multitude d'États, établissant ainsi des conflits positifs de compétence¹⁹⁶. Il semble pourtant que la bonne administration de la justice commande un regroupement des poursuites¹⁹⁷ dans une seule paire de mains, qui gèrera la procédure dans sa totalité. Pour définir une « bonne administration de la justice », plusieurs critères entrent en jeu, par exemple, la localisation de l'entreprise¹⁹⁸, la situation des preuves, la nationalité des victimes et la capacité de l'État à poursuivre l'infraction sont notamment à prendre en compte¹⁹⁹.

a) Dans la délégation passive

Tout d'abord, une modification nécessaire serait de ne pas restreindre la demande à l'État compétent territorialement, mais de l'ouvrir à tout État, peu importe le chef de compétence. Cela permettrait d'accepter des délégations provenant, par exemple, de l'État de la société mère, et ne pas conditionner la coopération à de simples considérations de compétence territoriale. En somme, nous considérons que l'analyse de la délégation doit passer par une appréciation des caractéristiques de l'auteur, soit de la personne morale, et non des États²⁰⁰.

En nous inspirant de l'art. 85 al. 2 EIMP, nous proposons que la Suisse accepte désormais la délégation sur la base de la notion de bonne administration de la justice et d'opportunité des poursuites²⁰¹. L'objectif est de favoriser l'instrument de coopération qu'est la délégation. Nous considérons que, lorsque la Suisse reçoit une demande de délégation d'un État, l'autorité compétente devrait analyser des conditions telles que l'opportunité de poursuivre l'entreprise en Suisse, la localisation des preuves, les procédures connexes déjà engagées ou encore la pertinence

¹⁹⁴ LUDWICZAK, Délégation, N 235.

¹⁹⁵ *Ibidem*, N 202-203.

¹⁹⁶ *Ibidem*, N 227 ; VILLARD, La compétence du juge pénal suisse, N 58.

¹⁹⁷ Voir notamment art. 21 CNUCTO.

¹⁹⁸ LUDWICZAK, Domicile, p. 21.

¹⁹⁹ LUDWICZAK, Délégation, N 207.

²⁰⁰ *Ibidem*, N 238.

²⁰¹ *Ibidem*, N 295 ss.

concrète d'une telle délégation. La Suisse pourrait ainsi se voir déléguer la poursuite d'une entreprise étrangère dont les faits ont été perpétrés de façon concertée avec une entreprise suisse déjà en poursuite²⁰². De même, cette forme de délégation pourrait venir combler les lacunes d'ordres juridiques étrangers matériellement incompétent pour poursuivre certaines entreprises commettant, sur le sol, des infractions que la Suisse connaîtrait.

En substance, et au vu de l'importance de la place financière suisse²⁰³, cela permettrait à l'autorité de se voir déléguer des poursuites dont les faits sont connexes avec à ceux qui donneraient une compétence à la Confédération, sans toutefois atteindre une intensité permettant de fonder une telle compétence.

b) Dans la délégation active

Selon nous, la délégation active doit permettre à la Suisse de déléguer la poursuite à l'État du siège de la société mère. A cet égard, la délégation à l'Allemagne des plaintes suisses dans le cadre de l'affaire Volkswagen AG nous semble être, en soi, pertinente. Néanmoins, nous avons relevé précédemment que la délégation active risquait de priver les lésés de leur droit. Une mise en balance entre les intérêts des parties à ce que la cause soit jugée en Suisse et l'intérêt de la procédure à ce qu'elle soit déléguée à l'État le mieux placé devrait être effectué au cas par cas²⁰⁴. Sans aller jusqu'à une analyse de la double incrimination concrète, il serait pertinent que l'autorité analyse la forme de responsabilité de l'entreprise dans l'État étranger.

Par ailleurs, nous pourrions considérer, à la place du lieu du siège de la société, que la Suisse puisse effectuer une délégation à tout État dont la relation avec la société commande que les poursuites s'y déroulent. Il nous semble que, dans la lutte contre la criminalité des entreprises, il faut favoriser le transfert de procédure aux États les mieux placés. Or, la condition de résidence ne permet pas de s'assurer, concernant les entreprises, que la procédure sera mieux régie dans l'État étranger. De plus, dans le cadre de poursuites contre des sociétés dites « boîte-aux-lettres », cela permettrait à la Suisse de déléguer à un autre État que celui du siège de l'entreprise.

VI. Entraide au sens strict et droit de procédure

Dans ce dernier chapitre, nous souhaitons discuter de l'absence de qualité pour recourir de l'ayant droit économique. Pour cela, nous exposerons brièvement le principe de l'entraide, puis la place de l'entreprise dans la procédure pour se tourner enfin vers les conditions d'opposition.

A. Principe de l'entraide au sens strict

L'entraide au sens strict, appelée auparavant « petite entraide » ou « entraide accessoire »²⁰⁵, constitue la matière de la troisième partie de l'EIMP intitulée « autres actes d'entraide »²⁰⁶. Ce

²⁰² LUDWICZAK, Délégation, N 229.

²⁰³ Rapport sur la corruption, p. 57 ; <https://www.eda.admin.ch/aboutswitzerland/fr/home/wirtschaft/finanzplatz.html> (4.12.20).

²⁰⁴ En ce sens, voir les réflexions de LUDWICZAK GLASSEY à propos du Traité Benelux sur la transmission des poursuites LUDWICZAK, Délégation, N 510 ss.

²⁰⁵ ATF 125 II 238, in SJ 1999 I 321, consid. 4b ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 234.

²⁰⁶ Art. 63 ss EIMP.

mode de coopération peut être défini comme le soutien d'un État à un autre dans le cadre d'une procédure pénale permettant ainsi une meilleure administration de la justice²⁰⁷. Les articles 63 ss EIMP prévoient notamment la notification de documents, la communication de renseignements²⁰⁸, la recherche de moyens de preuve, la remise de dossiers ou de valeurs en vue de confiscation ou restitution à l'ayant droit²⁰⁹. Ces actes peuvent être effectués par le biais de mesures de contrainte, ordonnées aux conditions de l'art. 64 EIMP.

Deux formes d'entraide au sens strict peuvent être distinguées. Elle est dite « active » lorsque la Suisse est l'État requérant de l'aide d'un État étranger²¹⁰. *A contrario*, l'entraide est dite « passive » lorsqu'un État sollicite l'aide de la Suisse dans le cadre d'une poursuite pénale²¹¹. Dans la mesure où l'entraide active est régie par le droit de l'État requis²¹², nous nous intéresserons plus spécifiquement à l'entraide passive.

B. L'entreprise dans la procédure d'entraide

Lorsqu'un État demande le soutien à la Suisse dans une procédure, l'entraide peut notamment prendre la forme d'actes d'instruction²¹³. La Suisse va donc devoir instruire sur son propre sol et effectuera divers actes de procédure et autres actes officiels. Par « actes de procédure », il faut comprendre les actes prévus par les art. 63 ss EIMP²¹⁴. Pour rappel, l'art. 12 al. 1 *in fine* EIMP demande l'application du CPP pour la procédure lorsque l'EIMP ne prévoit rien²¹⁵. Par exemple, dans le cas d'une perquisition à domicile, les conditions des art. 244 ss CPP doivent être respectées, ou celles de l'art. 266 CPP dans le cas de l'exécution d'une saisie²¹⁶. De même, l'art. 80a al. 2 EIMP prévoit expressément que l'autorité d'exécution qui procède aux actes d'entraide doit les effectuer conformément à son propre droit de procédure²¹⁷. Lorsque l'autorité fédérale ou cantonale²¹⁸ a rendu une décision d'entrée en matière après un examen préliminaire, elle rend une décision sommairement motivée et procède aux actes d'entraide (art. 80a al.1 EIMP)²¹⁹. De façon générale, les actes d'entraide au sens strict peuvent nécessiter des mesures de contrainte, ou non. Cela peut aller de la simple notification de documents à la possibilité d'auditionner des personnes sur sol suisse, perquisitionner des locaux ou encore saisir des objets.

²⁰⁷ MARKEES, FJS 423, §3.1.

²⁰⁸ MARKEES, FJS 423b, §3.111.

²⁰⁹ ATF 116 Ib 452, consid. 5b, *in* JdT 1993 IV 159 ; BOMIO/GLASSEY, N 6 ; INGLESE, p. 26.

²¹⁰ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 296.

²¹¹ *Ibidem*, N 330.

²¹² *Ibidem*, N 298.

²¹³ *Ibidem*, N 238.

²¹⁴ BSK IRSG- DANGUBIC/KESHELAVA, EIMP 12 N 2.

²¹⁵ BSK StPO-SCHMITT, CPP 54 N 2 ; ZIMMERMANN, Coopération, N 273-1.

²¹⁶ BSK IRSG- DANGUBIC/KESHELAVA, EIMP 12 N 2.

²¹⁷ *Ibidem*, N 3.

²¹⁸ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 369.

²¹⁹ CR EIMP, EIMP 80a N 3.

L'art. 80*b* al. 1 EIMP prévoit que les ayants droit peuvent participer à la procédure. Est un ayant droit celui qui a la qualité pour recourir²²⁰. Ce droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.²²¹, s'étend à la consultation de certaines pièces du dossier, la production de preuves pertinentes, la participation à l'administration des preuves, le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents ainsi que le droit à la notification de décisions motivées²²².

Le CPP reste relativement laconique concernant l'entreprise. Il est fait expressément mention concernant notamment le for (art. 36 CPP), la représentation (art. 112 CPP) ou dans la définition des personnes appelées à donner des renseignements (art. 178 let. g CPP). Dans le chapitre intitulé « prévenu » l'art. 112 CPP prévoit que l'entreprise doit nommer un représentant unique compétent²²³, disposant d'un pouvoir général dans l'entreprise²²⁴. A titre d'exemple, nous pouvons mentionner l'administrateur de la société anonyme (art. 718 CO) ou un associé gérant dans la SàRL (art. 811 CO)²²⁵. Il ne peut ainsi donc s'agir d'un tiers-représentant par procuration²²⁶. Un cas est cependant envisageable selon l'art. 112 al. 3 CPP lorsque l'enquête pénale porte simultanément sur le représentant et l'entreprise, par exemple dans le cadre d'une application de l'art. 102 al. 2 CP. Dans cette constellation, la direction de la procédure peut nommer un tiers qualifié, comme un avocat²²⁷.

Ainsi la société, en tant que sujet de droit pénal²²⁸, aura les droits qui découlent directement du statut de prévenu²²⁹ dès lors qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction²³⁰. De surcroît, elle sera au bénéfice des droits fondamentaux dont jouit ce statut²³¹. L'application à l'entreprise de certains droits, comme celui de ne pas s'incriminer soi-même (art. 113 CPP)²³², peuvent toutefois poser quelques difficultés, notamment par rapport à l'art. 9 LBA qui oblige l'entreprise à un devoir de communication en cas de soupçon fondé de blanchiment d'argent ou du devoir de collaboration des intermédiaires financiers selon l'art. 29 al. 1 LFINMA²³³.

²²⁰ LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 387. Nous développerons la qualité pour recourir ci-dessous, Cf. *infra* p. 28.

²²¹ ZIMMERMANN, Coopération, N 472.

²²² LUDWICZAK GLASSEY, in CASSANI *et al.*, pp. 437-438 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 389.

²²³ BSK StPO-ENGLER, CPP 112 N 20 ; CR CPP-MACALUSO, CPP 112 N 5 ; CASSANI, Droit pénal économique, N 3.106 ; JEANNERET/DROZ, N 16.

²²⁴ JEANNERET/DROZ, N 19.

²²⁵ CR CPP-MACALUSO, CPP 112 N 11.

²²⁶ *Ibidem*, N 7.

²²⁷ *Ibidem*, N 12.

²²⁸ JEANNERET/KUHN, N 7006a.

²²⁹ ENGLER, p. 141.

²³⁰ JEANNERET/DROZ, N 6.

²³¹ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.114 ; CR CPP-MACALUSO, CPP 112 N 40 ; JEANNERET/KUHN, N 7005 ; StGB Kommentar-HEIMGARTNER, CP 102 N 3a.

²³² Voir aussi art. 6 § 1 CEDH, art. 14 al. 3 let. g Pacte ONU II, art. 32 al. 1 Cst ; ENGLER, pp. 141-142 ; JEANNERET/DROZ, N 13.

²³³ CASSANI, Droit pénal économique, N 3.115.

C. Voies de droit

a) Voies de recours et actes attaquables

Les voies de droit sont prioritairement régies par les lois spéciales, notamment l'EIMP, puis subsidiairement par les lois fédérales de procédure comme la LTF²³⁴. Dans le cadre d'une demande d'entraide provenant d'un État requérant, l'autorité compétente rend une décision de clôture motivée, portant sur l'octroi et l'étendue de l'entraide²³⁵ (art. 80*d* EIMP). Ce n'est que lorsque la décision d'octroi est entrée en force que l'autorité transmet les pièces à l'État requérant. La LOAP règle les compétences des autorités pénales de la Confédération et dispose à cet égard que le recours en matière d'entraide est de la compétence de la Cour des plaintes du TPF (art. 37 al. 2 let. a LOAP). Le TF siège en seconde instance lorsque les conditions sont remplies²³⁶.

Ce recours ne peut qu'être dirigé contre la décision de clôture et, conjointement, les décisions incidentes (art. 80*e* al. 1 EIMP)²³⁷. Peuvent toutefois faire l'objet d'un recours séparé, les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture, comme la saisie d'objets ou de valeurs²³⁸, si la personne touchée rend vraisemblable qu'elle subit un préjudice immédiat et irréparable²³⁹. Les motifs de recours doivent reposer uniquement sur une violation du droit fédéral ou d'une application manifestement inexacte ou illégitime du droit étranger (art. 80*i* EIMP)²⁴⁰.

b) La qualité pour recourir

L'art. 80*h* EIMP dispose que la qualité pour recourir appartient à l'office fédéral (let. a) ainsi qu'à toute personne physique ou morale personnellement et directement touchée par une mesure d'entraide et qui possède un intérêt digne de protection à l'annulation ou la modification de la décision (let. b)²⁴¹. Le TF retient néanmoins que le critère de l'intérêt digne de protection n'a pas de portée indépendante supplémentaire, si bien qu'une personne directement concernée par des mesures d'entraide judiciaires pourrait introduire un recours²⁴². L'art. 9*a* OEIMP précise l'EIMP et fixe exhaustivement, dans trois cas, qui est personnellement touché²⁴³. Par exemple, le titulaire d'un compte en banque est réputé légitime pour recourir contre une décision d'entraide portant sur la transmission, à l'État requérant, d'informations bancaires²⁴⁴ ainsi que contre la saisie d'avoirs bancaires²⁴⁵.

²³⁴ ZIMMERMANN, *Coopération*, N 490.

²³⁵ LUDWICZAK GLASSEY, *Précis*, N 400.

²³⁶ A ce sujet, voir l'art. 84 LTF.

²³⁷ *Ibidem*, N 605 ; ZIMMERMANN, *Coopération*, N 511.

²³⁸ Art. 80*e* al. 2 let. a EIMP *cum* art. 33*a* OEIMP.

²³⁹ TPF, RR.2020.137-139 du 31 août 2020, consid. 1.2 ; LUDWICZAK GLASSEY, *Précis*, N 607.

²⁴⁰ ZIMMERMANN, *Coopération*, N 519.

²⁴¹ LUDWICZAK GLASSEY, *Précis*, N 625.

²⁴² ATF 137 IV 134, consid. 5.1.2, *in* JdT 2012 IV 67 ; LUDWICZAK GLASSEY, *Précis*, N 625 ; *Contra* BOMIO/GLASSEY, N 37.

²⁴³ TPF, RR.2020.86 du 26 mai 2020, consid. 2.5.

²⁴⁴ Art. 9*a* let. a OEIMP ; TPF, RR.2020.153-156 du 28 septembre 2020, consid. 1.4.

²⁴⁵ TPF, RR.2020.136 du 31 août 2020, consid. 1.5.

Dans le cadre d'une décision de séquestre portant sur un compte en banque, la jurisprudence retient que la nécessité de faire face à des dépenses ne rend pas vraisemblable l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable²⁴⁶. De surcroît, les ayants droit économiques d'un compte bancaire ne peuvent en principe pas contester les mesures d'entraide²⁴⁷, peu importe s'ils sont les détenteurs économiques des avoirs du compte²⁴⁸. Dans le cas d'une saisie visant un compte bancaire dont le titulaire est une personne morale, le TF retient la qualité pour l'ayant droit économique de recourir uniquement si la société est liquidée²⁴⁹.

c) Une problématique choisie : l'absence d'ayant droit économique

Selon le TF, l'ayant droit économique est la personne qui a le contrôle de fait des avoirs, à laquelle les avoirs appartiennent donc d'un point de vue économique²⁵⁰. L'art. 4 al. 2 LBA précise que l'ayant droit économique identifié par l'intermédiaire financier doit être une personne physique²⁵¹.

Le fait de considérer comme indirectes les conséquences, sur l'ayant droit économique, d'une saisie ou d'un acte d'entraide portant sur un compte bancaire²⁵² est problématique. En effet, cela nous semble méconnaître les institutions juridiques comme le *trust*, la fiducie ou encore les sociétés de domicile dont les objectifs sont principalement de gérer un patrimoine d'ayants droit économiques²⁵³. Par ailleurs, il arrive régulièrement qu'un compte en banque soit ouvert au nom d'une société, dont l'ayant droit économique est, par exemple, un actionnaire unique, dont la qualité pour recourir est aussi refusée²⁵⁴. Il semble à cet égard surprenant qu'aucun droit de recours ne soit accordé aux individus qui, en dernier lieu de la chaîne, sont pourtant propriétaires des biens. De surcroît, l'ayant droit économique n'est pas un statut inconnu du droit suisse et du monde financier. Tous les intermédiaires financiers²⁵⁵ suisses ont déjà l'obligation d'identifier l'ayant droit économique d'un compte en banque, notamment lorsque celui-ci est ouvert au nom d'une société de domicile²⁵⁶. *Idem* dans le cas des trusts²⁵⁷ ou de la fiducie²⁵⁸.

Dans la mesure où l'ayant droit économique doit être préalablement identifié par la banque, il nous semble pertinent de modifier l'art. 9a OEIMP de telle façon à l'inclure dans les personnes touchées. Bien conscient que les recours prolongent nécessairement la coopération²⁵⁹, nous considérons néanmoins que le propriétaire *in fine* des comptes bancaires possède un intérêt digne de protection, ne serait-ce qu'au niveau du droit d'être entendu et de ses composantes. Cet article

²⁴⁶ ATF 128 II 353, consid. 3, in SJ 2003 I 106 ; ATF 130 II 329, consid. 2, in JdT 2006 IV 72.

²⁴⁷ ATF 139 II 404, consid. 2.1.1, in RDAF 2014 I 342.

²⁴⁸ ATF 137 IV 134, consid. 5.2.1, in JdT 2012 IV 65 ; 122 II 130 consid. 2b, in JdT 1997 IV 126.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ ATF 125 IV 139, consid. 3c, in JdT 2000 IV 51.

²⁵¹ CASSANI, Droit pénal économique, N 6.147.

²⁵² ATF 137 IV 134, consid. 5.2.1.

²⁵³ PODA, p. 60 ; OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 4, N 72.

²⁵⁴ ATF 114 Ib 156, consid. 2a, in JdT 1990 IV 96 ; LUDWICZAK GLASSEY, Précis, N 632.

²⁵⁵ Sur la notion d'« intermédiaire financier », voir CASSANI, Droit pénal économique, N 7.31 ss.

²⁵⁶ Voir art. 4 al.1 LBA, art. 18 OBA, art. 35 OBA-FINMA, art. 39 al. 1 CDB 20.

²⁵⁷ Art. 41 CDB 20 ; CASSANI, in CASSANI *et al.*, p. 421 ; PODA, p. 64 ss.

²⁵⁸ PODA, p. 56 ss.

²⁵⁹ LUDWICZAK, in GARIBIAN/JEANNERET, p. 118.

prendrait ainsi en compte l'ayant droit économique identifié par la banque comme qualité pour recourir contre une mesure de contrainte le privant de ses avoirs.

VII. Conclusion

Notre réflexion avait débuté à travers deux problématiques : premièrement, quelles sont les difficultés actuelles de l'EIMP concernant la coopération ayant pour objet une procédure pénale visant une entreprise ? Deuxièmement, quelles seraient, le cas échéant, les modifications à apporter à l'EIMP ? Ce travail s'est consciemment voulu critique. A travers les méandres de l'EIMP, nous avons souhaité aborder des difficultés qui, selon nous, entravent une coopération internationale efficace et optimale. Du point de vue de la Suisse, nous avons voulu donner des pistes analytiques pour proposer, *in fine*, des modifications législatives en annexe de ce travail.

Nous avons vu que le point de départ d'une coopération internationale en matière pénale était une procédure pénale ouverte, dans l'État requérant l'entraide. Aussi, nous avons abordé la place de la personne morale dans le droit. Au niveau suisse, cette responsabilité est ancrée à l'art. 102 CP et est divisée entre une responsabilité subsidiaire et parallèle. Alors que la responsabilité des personnes physiques tend à constituer un consensus international, la place de l'entreprise dans les droits pénaux reste, pour le moment, dissonante. Et pour cause, l'entreprise est un acteur socio-économique important pour les États. Peut-être dans la peur de les voir partir vers un lieu plus conciliant avec leurs pratiques, les États semblent encore frileux à l'idée de trop sanctionner les entreprises. Néanmoins, il semble qu'à l'instar de l'Allemagne, les pays entament un processus de légifération pour une responsabilité particulière des entreprises²⁶⁰. En Suisse, on peut noter que, même si l'initiative pour les entreprises responsables a été rejetée par les cantons, le peuple a manifesté à la majorité son souhait de contrôler plus sévèrement cet acteur international²⁶¹. Si dans la conscience populaire, le principe « *societas delinquere non potest* » semble désormais archaïque, le droit suisse reste encore fébrile par rapport aux sanctions des entreprises.

La coopération internationale est nécessairement un outil à développer dans la lutte contre des auteurs internationalisés. Aussi, il semble nécessaire que les États harmonisent la responsabilité de ces acteurs pénaux et favorisent, peut-être au détriment de leur souveraineté, une entraide internationale basée sur les principes de confiance et de bonne foi internationales et de faveur. En développant la coopération, nous développons les moyens de rendre la justice, et par ceci, nous augmentons la probabilité, pour cet acteur pénal si particulier qu'est l'entreprise, d'être tenu pour responsable de ses actions²⁶². Or, comme le disait déjà Cesare Beccaria au XVIII^{ème} « [l]a certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une

²⁶⁰ A l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil de l'Union européenne vient d'adopter un règlement concernant les mesures restrictives aux réactions des graves violations des droits de l'homme, prévoyant un gel des fonds et des ressources économiques des personnes physiques et morales soupçonnées de telles infractions. Cf., Règlement du Conseil de l'Union Européenne 2020/1998 (JO L 410/1) du 7 décembre 2020.

²⁶¹ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/votations/20201129/initiative-entreprises-responsables.html> (1.12.20).

²⁶² Rapport A/HRC/17/31, p. 15.

peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité »²⁶³. Peut-être devons-nous encore faire ce chemin réflexif concernant les entreprises et nous rendre compte que la lutte contre un auteur sans frontière reste difficile depuis une cage aux barreaux étroits.

Bibliographie

• Ouvrages et articles

ADAM S./COLETTE-BASECQZ N./NIHOUL M. (édit.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles (La Charte) 2008.

ASTROLOGO A., L'art. 102 CP : un'analisi delle recenti vicende giurisprudenziali e della realtà applicativa, *in* *Forumpoenale* 2019, p.46 ss.

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Paris (GF Flammarion) 1991.

BERNASCONI P., Nouvelles responsabilités pénales pour le conseil d'administration, *in* *Nouvelles responsabilités pour le conseil d'administration* [BERNASCONI P./CHOPARD R., dir.], Bellinzone (Méta-Editions) 2005, p. 97 ss (cité : BERNASCONI, Responsabilités pénales).

BOMIO G./GLASSEY D., La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, *in* Jusletter 13 décembre 2010, [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2010/597/_8870.html] (10.09.2020).

BURGENER F., La responsabilité pénale du chef d'entreprise, *in* *RPS* 2015, p. 368 ss.

CAPUS N., *Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Berne (Stämpfli) 2010.

CASSANI U., *Droit pénal économique*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2020 (cité : CASSANI, *Droit pénal économique*).

CASSANI U., Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, *in* *Journée de la responsabilité civile 2014, Responsabilité civile – Responsabilité pénale* [CHAPPUIS C./WINIGER B., édité.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2015, p. 103 ss (cité : CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s)).

CASSANI U. *et al.*, *Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international/Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld* (2018), *in* *SRIEL* 2019, p. 419 ss (cité : AUTEUR, *in* CASSANI *et al.*).

DE PREUX P., L'entraide internationale en matière pénale et la lutte contre le blanchiment d'argent, *in* *RSJ* 2008, p. 29 ss.

²⁶³ BECCARIA, p. 123.

DE SMET K./JANSSENS E., Criminal liability of legal entities under Belgian law: A high-level overview, *in* Compliance Elliance Journal (CEJ), Vol. 5.2, 2019, p. 49 ss [<https://www.cej-online.com/current-edition-3/>] (8.12.20).

ENGLER M., Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008.

FIGIELLA A. (édit.) *et al.*, Liability « ex crimine » of legal Entities in EU Member States, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I, Naples (Jovene Editore) 2012 (cite: AUTEUR, *in* FIGIELLA *et al.*).

FORSTER M., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Berne (Stämpfli) 2006.

GLESS S., Internationales Strafrecht, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015.

HARARI M./JAKOB R./JENNI E., La délégation de la poursuite pénale à la Suisse, *in* SJ 2013 II p. 385 ss.

HEINIGER M., Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Berne (Stämpfli) 2011.

INGLESE R., Teilnahme ausländischer Prozessbeteiligter am Verfahren der internationalen Rechtshilfe, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015.

INGOLD M., La responsabilité pénale d'une société mère suisse en cas d'infraction commise au sein de la société fille à l'étranger, *in* RPS 2015, p. 228 ss.

JEANNERET Y./DROZ G., La personne morale et l'entreprise en procédure pénale, *in* La personne morale et l'entreprise en procédure [BOHNET F./HARI O., édité.], Bâle, Neuchâtel (Helbing Lichtenhahn) 2014, p. 55 ss.

JEANNERET Y./KUHN A., Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2018.

BAUMS T./VON BUTTLAR J., Der Monitor im Unternehmensrecht, *in* Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 184/2020, p. 259 ss.

MACALUSO A./GARBARSKI A. M., La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt « La Poste Suisse », *in* PJA 2017, p. 99 ss.

MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Droit suisse des sociétés, Berne (Stämpfli) 2015.

LIVSCHITZ M. *et al.*, Unternehmensstrafrecht, Zurich (Schulthess) 2007 (cite: AUTEUR, *in* LIVSCHITZ *et al.*).

LUDWICZAK M., Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale, *in* Dodécaphonie pénale - Liber discipulorum en l'honneur du Professeur Robert Roth [GARIBIAN S./JEANNERET Y., édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2017, p. 117 ss (cité : LUDWICZAK, *in* GARIBIAN/JEANNERET).

LUDWICZAK M., La délégation internationale de la compétence pénale, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2013 (cité: LUDWICZAK, Délégation).

LUDWICZAK M., Une compétence pénale fondée sur le critère de domicile : analyse *de lege lata* et réflexions *de lege ferenda*, *in* RDS 2017, p. 3 ss (cité : LUDWICZAK, Domicile).

LUDWICZAK GLASSEY M., Entraide judiciaire international en matière pénale, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2018 (cité : LUDWICZAK GLASSEY, Précis).

PODA E., Les effets en droit privé de l'obligation de l'ayant droit économique, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2019.

ROTH R., L'entreprise, nouvel acteur pénal, *in* Droit pénal des affaires : la responsabilité pénale du fait d'autrui [BERTHOUD F., édit.], Lausanne (CEDIDAC) 2002, p. 77 ss (cité : ROTH, Nouvel acteur).

ROTH R., Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion, *in* RPS 1997, p. 345 ss (cité : ROTH, Modèles de réflexion).

THALMANN V., Reasonable and effective universality, Zurich (Schulthess) 2018.

VILLARD K., L'application du principe ne bis in idem transnational à l'entreprise, *in* RPS 2019, p. 291 ss (cité : VILLARD, *ne bis in idem*).

VILLARD K., La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise. Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, Genève, Zurich (Schulthess) 2017 (cité : VILLARD, La compétence du juge pénal suisse).

VILLARD K./BERTOSSA Y., La Suisse, l'OCDE et la corruption : enjeux actuels au regard de révisions législatives récentes, *in* SJ 2020 II, p. 155 ss.

ZIMMERMANN R., La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5^e éd., Berne (Stämpfli) 2019 (cité : ZIMMERMANN, Coopération).

ZIMMERMANN R., Les rapports entre l'entraide judiciaire internationale et la procédure pénale nationale, *in* SJ 2018 II, p. 1 ss (cité : ZIMMERMANN, Entraide judiciaire).

• Commentaires

DONATSCH A. (édit.), StGB Kommentar, 20^e éd., Zurich (Orell Füssli) 2018 (cité : StGB Kommentar-AUTEUR).

MARKEES C., Entraide internationale en matière pénale. Loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) III : Autres actes d'entraide, FJS 423, 423a, 423b, 423c, 1987 (cité : MARKEES, FJS).

MARKEES C., Entraide internationale en matière pénale. Loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) IV : Délégation de la poursuite, FJS 424, 424a, 1988 (cité : MARKEES, FJS).

MOREILLON L. (édit.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale [EIMP/TEJUS/LTEJUS/TEXUS], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2004 (cité : CR EIMP).

ROTH R./MOREILLON L. (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR).

NIGGLI M. A./WIPRÄCHTIGER H. (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art.1-110 StGB, 4^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhan) 2019 (cité : BSK StGB I-AUTEUR).

NIGGLI M. A./HEIMGARTNER S. (édit.), Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, Bâle (Helbing Lichtenhan) 2015 (cité: BSK IRSG-AUTEUR).

NIGGLI M. A./HEER M./WIPRÄCHTIGER H. (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2^{ème} éd., Bâle (Helbing Lichtenhan) 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR).

KUHN A./JEANNERET Y. (édit.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR).

TRECHSEL S./PIETH M. (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich (Dike) 2018 (cite: AUTEUR, Praxiskommentar).

Documents officiels

Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1] (7.12.20) (cité : Bundesministeriums, Referentenentwurf).

Conseil des droits de l'homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, résolution 17/4 du 16 juin 2011 (cité : UN, Principes directeurs).

Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20) du 13 juin 2018 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (cité : CDB 20).

GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, Les Recommandations du GAFI, février 2012 (cité: Recommandations GAFI).

Groupe de coordination interdépartemental sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, Rapport « La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent », avril 2019 (Cité : Rapport sur la corruption).

Message du Conseil fédéral du 8 mars 1976 concernant l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la convention européenne d'extradition, FF 1976 II 430 (cité : Message CF, EIMP).

Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal (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, FF 1999 II 1787 (cité : Message CF, Modification CP).

Ministère public genevois, Communiqué de presse du 4 juin 2015 concernant le classement de la procédure contre HSBC: la banque accepte de payer 40 millions de francs (cité : MPG, communiqué).

OCDE, La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de phase 4: Suisse, mars 2018 (Cité : OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 4).

OCDE, La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de suivi écrit phase 4: Suisse, octobre 2020 (cité : OCDE ; Rapport de suivi écrit sur la Suisse, phase 4).

OFJ, Demandes de délégation de la poursuite pénale, Aide-mémoire, état : décembre 2014, [<https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/strafrecht/wegleitungen.html>] (7.12.20) (cité : OFJ, Aide-mémoire).

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, du 21 mars 2011, UN Doc. A/HRC/17/31 (cité : Rapport A/HRC/17/31).

Annexe I : modification de l'EIMP

Troisième partie Autres actes d'entraide

Chapitre 1 Conditions

Section 1 Généralités

Art. 64 Mesures de contrainte

¹ Les mesures visées à l'art. 63 et qui impliquent la contrainte prévue par le droit de procédure ne peuvent être ordonnées que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse. Elles sont exécutées conformément au droit suisse.

² Les mesures visées à l'art. 63 et qui impliquent la contrainte prévue par le droit de procédure sont admises en cas d'impunité de l'acte en Suisse si elles tendent :

- a. à disculper la personne poursuivie ;
- b. à poursuivre un acte d'ordre sexuel avec des mineurs ;
- c. à poursuivre une entreprise pour une infraction que la Suisse s'est engagée conventionnellement à réprimer.

Quatrième partie Délégation de la poursuite pénale

Chapitre 1 Conditions

Section 1 Acceptation par la Suisse

Art. 85^{bis} Acceptation d'une poursuite visant une entreprise

¹ A la demande d'un État compétent selon son propre droit, la Suisse peut réprimer à sa place un acte commis à l'étranger si l'acceptation de la poursuite semble opportune en raison de la situation de l'entreprise, de l'infraction, ou de tout autre élément permettant à l'autorité de considérer qu'une bonne administration de la justice le commande.

² L'État étranger doit donner la garantie de ne pas poursuivre l'entreprise pour le même acte. Toutefois, les personnes physiques responsables peuvent être poursuivies personnellement et de façon parallèle par l'État étranger.

Art. 86 Droit applicable

¹ L'infraction est réprimée selon le droit suisse, comme si elle avait été commise en Suisse

^{1bis} Concernant les poursuites visant une entreprise, l'autorité compétente applique subsidiairement le droit étranger lorsque le droit suisse ne connaît pas l'infraction de l'entreprise, sous réserve des conditions générales des art. 1a ss EIMP.

² Le droit étranger s'applique s'il est plus favorable. Le juge ne peut prononcer que les sanctions prévues par le droit suisse.

³ La procédure par défaut est exclue.

Section 2 Délégation à l'étranger

Art. 88^{bis} Conditions de délégation dans le cadre d'une poursuite visant une entreprise

¹ Lorsque la poursuite pénale vise une entreprise, un État étranger peut être invité à assumer la poursuite relevant de la juridiction suisse si sa législation permet de poursuivre et de réprimer judiciairement cette infraction.

² Dans son appréciation, l'autorité compétente tient compte des éléments permettant d'escompter une meilleure administration de la justice.

³ L'autorité compétente s'assure que les parties à la procédure n'ont aucun intérêt prépondérant à ce que la poursuite ait lieu en Suisse.

Annexe II: modification de l'OEIMP

Art. 9a Personne touchée

¹ Est notamment réputé personnellement et directement touché au sens des art. 21, al. 3, et 80h EIMP:

- a. en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte ;
- b. en cas de perquisition, le propriétaire ou le locataire ;
- c. en cas de mesures concernant un véhicule à moteur, le détenteur.

² Les let. a et b sont applicables à l'ayant droit économique lorsque ce dernier est personnellement et directement touché par la mesure et qu'il a été correctement identifié par l'intermédiaire financier conformément à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0).