



Livre

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

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

Villard, Katia Anne

How to cite

VILLARD, Katia Anne. 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 : Schulthess, 2017. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:102744>

Katia Villard

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



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

CG
Collection
Genevoise

Katia Villard

La compétence du juge pénal suisse à l'égard de
l'infraction reprochée à l'entreprise



Katia Villard

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



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2017

Citation suggérée de l'ouvrage : KATIA VILLARD, *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*, « Collection Genevoise », Genève/Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 930 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Références à jour au 1^{er} avril 2017

ISBN 978-3-7255-8659-2

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2017
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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

A Liliane et Pierre Villard

REMERCIEMENTS

Cette thèse est le fruit d'un travail d'équipe. La première ligne n'aurait jamais vu le jour sans la confiance et le soutien de mes directeurs de thèse, les Professeurs Ursula Cassani et Robert Roth. La dernière n'aurait jamais été écrite sans leur curiosité et leur rigueur intellectuelles, sans leurs remarques critiques qui ont aiguillonné ma réflexion et transformé certaines pensées balbutiantes en un raisonnement construit, et sans leur bienveillance à l'égard de mes trébuchements de jeune chercheuse. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma profonde gratitude.

Mes remerciements vont ensuite aux (autres) membres qui ont composé mon prestigieux jury de thèse, les Professeurs Alexandre Flückiger, Henry Peter et Mark Pieth. Ce fut un honneur d'avoir pu échanger avec eux et leurs observations pointues ont permis la plus-value de la mouture finale.

Un immense merci à Maria Ludwiczak pour son rigoureux travail de relecture ponctué de précieuses remarques, à Sévane Garibian pour la préparation de la soutenance, et aux deux pour de belles discussions.

Merci infiniment à Nadia, Philomène et Edouard pour leur présence à mes côtés et leur soutien indéfectible, et un petit clin d'œil à Besnik qui ne me laissait pas seule au bureau 3029 le dimanche après-midi.

Ma gratitude va aussi à toute l'équipe souriante de la bibliothèque, qui a passé un temps certain à s'occuper des montagnes de livres empruntés et à faire venir de nombreux ouvrages des quatre coins de la Suisse ou de l'étranger. Je remercie également Jonathan Donzé, qui s'est occupé de la mise en page en vue de la publication.

Last but not least, merci, merci et merci à Alexandra et Alec, les premiers qui m'ont formée, et auprès de qui j'ai énormément appris.

Enfin, tout au long du parcours qui m'a conduite à l'achèvement de cette thèse, de nombreuses personnes m'ont accompagnée, passagèrement ou durablement ; certaines ont enrichi ma réflexion intellectuelle, d'autres ont joué un rôle plus personnel, sans compter, bien entendu, les doubles casquettes... Je leur adresse ici un sincère merci et j'espère qu'elles se reconnaîtront.

Genève, juin 2017

PRÉFACE

1. Il y a quatorze ans, le 1^{er} octobre 2003, la Suisse se dotait d'une norme pénale nouvelle et fondamentale (article 102 du Code pénal, CP) instituant l'entreprise comme « nouvel acteur pénal », susceptible de commettre des infractions et d'encourir de ce fait des sanctions. Dès avant son entrée en vigueur, cette nouvelle norme, complétée par une disposition procédurale très lacunaire depuis lors déplacée dans le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, a fait l'objet d'un nombre important de travaux de doctrine. Cette littérature, riche en quantité comme en qualité, offre un contraste marqué avec une pratique très pauvre. Ce contraste est-il appelé à durer ? Nul ne peut le dire aujourd'hui. Il est en revanche certain qu'avec le présent ouvrage, la littérature juridique s'est encore enrichie d'un travail aussi fondamental qu'approfondi.

Katia Villard ne s'est en effet pas contentée de compiler l'abondante doctrine mentionnée plus haut, même si un des apports de cet ouvrage est sans doute de faire litière d'une série de thèses dont l'auteure démontre le caractère erroné : la qualification de l'article 102 CP en tant qu'infraction *sui generis* et non pas en tant que norme d'imputation, thèse correcte qui va nourrir toute la démarche de Katia Villard ; l'utilisation abusive de l'analogie avec la théorie du « Durchgriff » (levée du voile), développée en droit civil mais dont la valeur heuristique dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entreprise et de l'article 102 CP est limitée. L'auteure met donc les idées bien en place, afin de développer une thèse innovatrice, voire iconoclaste, qui remet en question, bien au-delà de l'objet dont elle traite en profondeur, les catégories selon lesquelles nous pensons le droit pénal international depuis trois quarts de siècle au moins.

2. Katia Villard montre en effet que la *summa divisio* entre territorialité et extraterritorialité n'est pas/plus et ne doit pas pas/plus être étanche. En effet, non seulement la délinquance supranationale s'est développée de manière exponentielle et diversifiée, phénomène bien connu et bien étudié, mais les ordres juridiques sont bien trop imbriqués pour pouvoir traiter les questions que pose cette criminalité transnationale en admettant que « la territorialité ne se divise pas ». La responsabilité pénale de l'entreprise est à la fois un révélateur et un accélérateur de l'éclatement de la notion de territorialité, à la fois remise en cause comme fondement de la compétence et renouvelée dans son contenu.

Comme le montre Katia Villard, si le binôme territorialité-extraterritorialité a perdu son effet structurant, il est toutefois nécessaire de ne pas brader les

protections des libertés individuelles et en particulier des garanties de l'accusé traditionnellement associées au principe de territorialité. Sa thèse met en évidence de manière innovatrice le rôle de « garde-fou » que doit être amené à jouer le principe de double incrimination.

3. La question à laquelle Katia Villard répond de manière approfondie dans ce contexte changeant est simple : sur quelle(s) base(s) déterminer le comportement punissable, dans le cas d'une entreprise qui est active dans plusieurs pays ?

La thèse part de la nature de la norme, « norme d'imputation ». Autrement dit, le comportement illicite est imputé à l'entreprise comme il peut être imputé à une personne physique. Dans ce dernier cas, l'imputation est relativement simple, en tout cas lorsque la personne physique a agi : ses actes lui seront imputés si les conditions fixées par la loi (causalité, faute) sont réunies. Dans les cas où la personne n'a pas agi, les conditions sont les mêmes, mais l'établissement en particulier du rapport de causalité pose des problèmes autrement trapus, puisqu'il s'agit de rattacher un événement survenu dans le monde extérieur à l'inaction d'un individu.

L'imputation est bien plus complexe s'agissant des « comportements » d'une entreprise. L'entreprise agit par l'entremise de ses agents. Un premier modèle d'imputation consiste donc à rendre l'entreprise responsable par l'entremise de ses agents, lesquels représentent le « bras armé » de l'entreprise (modèle d'identification). Si ce modèle est retenu, il faut déterminer quels agents peuvent entraîner la responsabilité de l'entreprise. Un autre modèle consiste à rendre directement l'entreprise responsable, pour les actes commis par ses agents, sur la base d'un défaut d'organisation qui lui est propre (modèle direct).

Le droit suisse a, dans sa norme de base, retenu un troisième modèle, selon lequel l'entreprise peut être tenue pour responsable lorsque son défaut d'organisation empêche d'identifier la personne physique auteur de l'infraction (modèle subsidiaire). Ce modèle très indirect ne convainc personne, et Katia Villard, qui préconise son abolition, ne lui prête à juste titre qu'une attention réduite. La majeure partie de sa réflexion porte sur la norme d'imputation spéciale de l'article 102 alinéa 2 CP, réservée à un nombre limité de situations et d'infractions, mais ces infractions sont celles qui sont le plus sollicitées dans le cadre de la lutte contre la criminalité transfrontière : blanchiment d'argent, corruption. Dans ces cas-là, c'est le modèle *direct* qui s'applique : l'entreprise est directement responsable si l'infraction – et non la non-identification de son auteur, comme dans la norme de base – est imputable à son *défaut d'organisation*.

Ce dernier est donc la notion clef, et c'est sur cette notion que s'appuient les développements de Katia Villard en matière de rattachement territorial.

Comme l'article 102 CP est une norme d'imputation, le rattachement territorial, puisqu'il est toujours juste et nécessaire de commencer par lui, s'opère « là où l'auteur a agi » (cf. article 3 CP). Or, l'infraction au sens de l'article 102 CP contient *deux éléments de base* et non pas seulement un : les actes commis d'une part, le défaut d'organisation de l'autre. En principe, le défaut d'organisation en tant qu'élément du comportement de l'entreprise devrait être apprécié là où a été physiquement commise l'infraction. Mais cette solution n'est pas satisfaisante. Dès lors, dans le cas où les actes sont commis en Suisse par une société sise à l'étranger, le défaut d'organisation ne peut pas être analysé à l'aune du seul droit suisse ; les règles et standards qui s'appliquent à l'entreprise dans son lieu d'implantation doivent être également pris en compte.

S'agissant de la compétence territoriale fondée sur le fait que le défaut d'organisation qui a permis l'infraction commise à l'étranger peut être localisé en Suisse – critère de rattachement qu'elle limite au régime direct en vertu de l'article 102 alinéa 2 CP –, l'auteure se prononce en faveur d'une prise en compte nuancée du droit étranger : le juge suisse examine les conditions de l'article 102 alinéa 2 CP, en particulier le défaut d'organisation, sans se préoccuper du droit étranger, à l'exception de la condition que l'acte ou l'omission imputé soit constitutif d'infraction. Cette dernière condition est mesurée à l'aune du droit étranger du lieu de commission, car « c'est à l'Etat dans lequel un comportement a été adopté de décider de son caractère criminel » (N 1362).

Ainsi, l'approche garantiste des principes en matière de compétence, et en particulier la prévisibilité pour l'auteur de l'application d'un droit national gouvernant sa conduite, recommandée par Katia Villard, l'incite à adoucir le principe de la territorialité en y injectant le principe de la double incrimination, dont l'application est en général limitée aux principes extraterritoriaux.

4. Dans la recherche du juste équilibre entre les impératifs d'une répression efficace et la garantie des droits des justiciables, y compris des entreprises, Katia Villard accorde un poids prépondérant au respect des principes fondamentaux du droit pénal. Le principe de la légalité occupe une place de choix dans sa réflexion : à l'interprétation extensive, par exemple de la compétence pour juger les participants accessoires ayant contribué en Suisse à des infractions commises à l'étranger, elle préfère l'interprétation classique se fondant sur l'accessorité, renvoyant au législateur la décision éventuelle d'une délimitation plus large de la compétence territoriale.

5. En parallèle à ses positions relativement restrictives en matière de territorialité, Katia Villard préconise un raffermissement du principe de la personnalité active, dont l'application aux entreprises est sujette à controverses sur la base du droit actuel. Ce principe, consacrant la compétence juridictionnelle au siège statutaire ou réel de l'entreprise, doit selon elle s'appliquer indifféremment au régime subsidiaire (tant qu'il ne sera pas aboli) et au régime direct de la responsabilité de l'entreprise. Toutefois, il doit être aménagé, *de lege ferenda*, de manière à tenir compte des spécificités de l'entreprise, par exemple concernant l'exigence que l'acte puisse donner lieu à extradition, condition qui est inopérante pour elle. Plus important, la justification principale du principe de la personnalité active pour les personnes physiques, consistant à assurer que les ressortissants suisses, qui ne sont pas extradables, puissent néanmoins être poursuivis, est aussi dénuée de pertinence pour les entreprises. Dès lors, la personnalité active renoue, sous la plume de Katia Villard, avec la rationalité basée sur le droit/devoir de l'Etat de régir la conduite de ses sujets à l'étranger : « un Etat ne doit pas laisser "ses" entreprises se livrer à des malversations à l'étranger » (N 1369). Toutefois, cette rationalité ne s'inspire pas de considérations étroitement nationalistes, mais de la reconnaissance d'un devoir de solidarité avec les pays étrangers, en particulier ceux qui ne disposent pas des armes nécessaires pour lutter contre la criminalité sur leur sol, en premier lieu la corruption de leurs agents publics. Dans le but de conférer une application large au principe de la personnalité active à l'égard des entreprises, l'exigence de double incrimination, sans être abandonnée, est réduite à la question de la punissabilité de l'infraction de base. Peu importe, donc, que le droit étranger au lieu de commission de l'infraction permette d'établir la responsabilité de l'entreprise. Ainsi, la différence pratique entre la territorialité et la personnalité active s'estompe, à la différence près que la seconde fonde aussi une compétence en Suisse pour les infractions soumises au régime de l'article 102 alinéa 1 CP.

6. Ces principes gouvernent aussi la compétence lorsque l'infraction a été commise au sein d'un *groupe de sociétés*. Réfutant les théories qui entendent faire du groupe une seule entreprise ou qui rendent la mère responsable de ce qui se passe dans les sociétés de son groupe sur la base du « Durchgriff », la thèse prend pour point de départ le « Trennungsprinzip », en vertu duquel chaque entreprise répond de ses propres défauts d'organisation et se voit imputer les infractions commises en son sein. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une société du groupe, en général la mère, assume une position de garant en pesant de manière décisive sur l'organisation des autres, de sorte qu'elle répond des

défauts de celles-ci. Lorsque l'infraction est commise en Suisse, le principe de la territorialité permet alors de juger les deux entreprises responsables, celle dont l'agent a commis l'infraction et celle qui répond en vertu de sa position de garant, qu'elles soient ou non établies en Suisse. Le principe de la territorialité permet aussi de juger les entreprises dont le défaut d'organisation en Suisse a permis la commission d'une infraction à l'étranger, pour autant qu'elle soit soumise au régime de la responsabilité directe et sous la réserve de l'exigence que le droit étranger considère, lui aussi, cet acte comme une infraction. L'absence de prévisibilité de l'application du droit suisse interdit, en revanche, d'attirer la société mère étrangère devant le juge suisse pour une infraction commise à l'étranger, même s'il y a eu un défaut d'organisation au sein de sa filiale suisse. De même, la filiale étrangère ne saurait être jugée en Suisse pour une infraction commise à l'étranger, même si sa maison mère a son siège en Suisse et peut y être jugée du fait de la localisation de son défaut d'organisation. Enfin, l'application de la personnalité active ne présente pas de difficulté particulière, puisque la question du rattachement est déterminée séparément pour chaque entreprise qui compose le groupe, de sorte que la compétence du juge suisse se limite aux sociétés qui ont leur siège statutaire ou réel en Suisse.

7. Le lecteur est ainsi invité à un parcours au travers de toutes les problématiques contemporaines du droit pénal international de la Suisse. Ses notions classiques seront rafraîchies, en même temps qu'il sera plongé dans les débats les plus pointus qui agitent cette doctrine à laquelle l'ouvrage de Katia Villard apportera une contribution significative, contribution complétée par des propositions de révision législative qui méritent d'être largement discutées dès la parution du livre. Que le débat commence !

Prof. Ursula Cassani et Robert Roth

Genève, juin 2017

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	VII
PRÉFACE	IX
TABLE DES MATIÈRES	XV
LISTE DES ABRÉVIATIONS	XXIII
INTRODUCTION	1
1^{ÈRE} PARTIE : LA COMPÉTENCE PÉNALE INTERNATIONALE DU JUGE SUISSE	13
I. Précisions terminologiques	14
A. En lien avec la notion de compétence	14
B. En lien avec la notion d'entreprise	17
II. Le principe de solidarité des compétences législative et judiciaire	18
III. L'établissement de la compétence pénale	22
A. La compétence pénale comme composante du droit de punir	22
B. Les conflits de compétences	25
§ 1. Exposé de la problématique	25
§ 2. La résolution des conflits de compétences de lege lata	32
§ 3. Pistes de réflexion pour la prévention et la résolution des conflits de compétences	39
C. Le cadre posé par le droit international public	42
§ 1. L'exigence du lien légitime	42
§ 2. Le contrôle par le juge de la légalité de sa compétence au regard du droit international public	45
IV. La nature des normes de compétence	48
A. Droit de fond <i>versus</i> droit procédural	48
§ 1. Distinction entre compétences législative et judiciaire	48
§ 2. L'application de l'art. 7 CEDH	50
§ 3. Les conséquences de l'applicabilité de l'art. 7 CEDH à la norme de compétence législative	53
B. Classification de la norme de compétence législative	56
C. Conséquences du défaut de compétence législative	62
V. Les principes limitatifs de la portée extraterritoriale de la compétence pénale	65
A. Remarques liminaires	65
B. Prise en considération du droit pénal étranger	67
§ 1. Le principe de double incrimination	67
a) Double incrimination abstraite et concrète	68

1) Remarques générales.....	68
2) Double incrimination : appréhension de la notion.....	70
i. Double incrimination dite abstraite.....	70
ii. Double incrimination dite concrète.....	75
b) La double incrimination dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale en droit suisse.....	76
1) Portée et interprétation du principe.....	76
2) Double incrimination, entraide et entités collectives : excursus.....	80
c) Le principe de la double incrimination en matière de compétence pénale.....	83
1) Portée du principe.....	83
2) La double incrimination : l'exemple du droit suisse.....	84
3) La double incrimination comme légitimation de la poursuite pénale.....	86
4) Le principe de double incrimination comme garantie découlant de l'art. 7 CEDH.....	87
i. L'exigence de l'identité des normes ?.....	87
ii. L'étendue de l'examen.....	89
5) Le principe de double incrimination comme « régulateur » d'une loi à portée extraterritoriale.....	91
§ 2. La lex mitior sous l'angle spatial.....	92
a) Remarques générales.....	92
b) Lex mitior abstraite ou concrète ?.....	93
1) L'exemple suisse.....	93
2) Réflexions sur l'interprétation de la lex mitior en fonction de ses buts.....	95
C. Le principe ne bis in idem.....	96
VI. Le rattachement territorial en droit suisse.....	97
A. Un critère fondé sur l'acte.....	97
B. Un critère à géométrie variable.....	98
C. La notion de lieu de commission.....	102
§ 1. Le lieu de l'action.....	103
a) Le lieu de situation physique de l'auteur.....	103
b) La théorie de l'action à distance.....	106
§ 2. Le lieu de l'abstention.....	108
a) De manière générale.....	108
b) Le cas du blanchiment d'argent par omission.....	110
§ 3. Le lieu du résultat.....	112
a) Justifications de la théorie de l'ubiquité.....	112
b) La notion de résultat.....	117
1) La jurisprudence du Tribunal fédéral.....	117
2) La thèse de DYENS.....	122
c) La conception subjective du lieu du résultat.....	124
1) Exposé de la problématique.....	124
2) Analyse critique.....	127
§ 4. Quelques règles particulières.....	129
§ 5. Les règles en matière de participation.....	130
a) L'action directe.....	130
b) La coactivité.....	130
c) La participation accessoire.....	133
1) En droit suisse.....	133

2) Aperçu des droits français et allemand.....	134
3) Analyse critique.....	135
4) Excursus : compatibilité de la jurisprudence suisse avec le droit international.....	139
d) L'action médiante	141
e) La juxtaposition d'auteurs directs	142
§ 6. Le cas particulier du chef d'entreprise	143
a) Aperçu du mécanisme.....	143
b) Prise en considération du droit étranger relativement à l'infraction commise par le subordonné.....	145
D. Les conséquences de la localisation de l'infraction en Suisse : bref aperçu.....	148
§ 1. Le refus de l'entraide.....	148
§ 2. L'absence de prise en considération du droit pénal étranger	149
§ 3. La non-application du principe ne bis in idem	150
a) La double poursuite	150
b) Le principe d'imputation	151
VII. Les critères de rattachement extraterritoriaux.....	152
A. Le principe de la nationalité.....	152
§ 1. Le principe de la nationalité active	152
a) Portée du principe	152
b) Le principe de la nationalité active en droit suisse	154
§ 2. Le principe de la personnalité passive	156
B. Le principe de protection	156
C. Le principe de l'universalité	157
D. Les principes de substitution et de représentation	158
2ÈME PARTIE : LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ENTREPRISE.....	161
I. Remarques générales.....	162
A. Brève contextualisation.....	163
B. Les modèles de responsabilité	164
II. La notion d'entreprise	168
III. La nature de l'infraction reprochée à l'entreprise	171
A. Etat de la controverse.....	171
§ 1. La doctrine	171
§ 2. La jurisprudence.....	173
B. Une norme d'imputation.....	175
IV. Aperçu des conditions générales de l'article 102 CP	182
A. La commission d'un crime ou d'un délit	182
B. La condition de l'infraction commise « au sein de l'entreprise ».....	187
§ 1. En général.....	187
§ 2. En cas d'outsourcing.....	188
a) Remarques générales.....	188
b) La responsabilité des parties au contrat d'outsourcing	189
c) Outsourcing et infraction commise au sein de la société délégante.....	195
1) Responsabilité de l'entreprise délégante	195
2) Responsabilité de l'entreprise délégataire ?	196

C.	La condition de l'infraction commise « dans l'exercice d'activités commerciales conformes [aux] buts [de l'entreprise] »	198
D.	Les lacunes organisationnelles	199
V.	Aperçu des conditions spécifiques à l'article 102 al. 1 CP	202
A.	Le défaut d'imputation de l'infraction à une personne physique	202
B.	Le manque d'organisation de l'entreprise	206
VI.	Aperçu des conditions spécifiques à l'article 102 al. 2 CP	207
A.	L'indépendance des punissabilités	207
B.	Les carences organisationnelles.....	207
§ 1.	Le caractère « nécessaire et raisonnable » des mesures à prendre	208
§ 2.	Les sources juridiques	209
a)	Les sources internationales	212
1)	En général.....	212
2)	En matière de corruption	212
3)	En matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme	214
b)	Les sources suisses	215
1)	En général.....	215
2)	En matière de corruption	217
3)	En matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme	218
§ 3.	La localisation du défaut d'organisation	220
a)	Lorsque l'entreprise n'a qu'un seul établissement	220
b)	Lorsque l'entreprise est composée de plusieurs établissements	222
VII.	L'application spatiale de l'article 102 CP.....	227
A.	Remarques générales	227
B.	Exigences supranationales	227
§ 1.	Le champ d'application personnel	228
§ 2.	Les obligations internationales de la Suisse	229
a)	En matière de corruption	230
1)	Compétence territoriale et entités collectives.....	231
2)	Compétence personnelle active et entités collectives.....	232
3)	Double incrimination et lutte contre la corruption.....	237
i.	Etat de la problématique.....	237
ii.	La double incrimination, obstacle à la répression de la corruption ?	239
ii.i.	La corruption publique.....	239
ii.ii.	Les autres infractions de la Convention de l'ONU contre la corruption ..	244
iii.	Remarques conclusives	245
b)	En matière de blanchiment d'argent	247
1)	Compétence territoriale et entités collectives.....	248
2)	Compétence personnelle active et entités collectives.....	249
i.	La reconnaissance du principe de la nationalité active	249
ii.	La question de la double incrimination	249
c)	En matière de financement du terrorisme	251
1)	Compétences pénales et responsabilité des entités collectives	251
2)	La double incrimination	253
§ 3.	Aperçu de droit européen.....	255
C.	Aperçu de droit comparé	257
§ 1.	Le droit italien	258

§ 2.	Le droit autrichien.....	260
§ 3.	Le droit portugais.....	262
§ 4.	Le droit danois.....	262
§ 5.	Le UK Bribery Act 2010.....	263
§ 6.	Le Foreign Corrupt Practices Act états-unien	266
D.	Synthèse.....	269
E.	La compétence territoriale du juge suisse.....	271
§ 1.	L'infraction de base comme critère de rattachement territorial.....	271
a)	La doctrine	271
b)	La jurisprudence.....	273
c)	Analyse critique.....	275
1)	La compétence territoriale du juge suisse.....	275
2)	La prise en considération du droit étranger pour l'appréciation du défaut d'organisation de l'entreprise étrangère.....	277
§ 2.	Le défaut d'organisation comme critère de rattachement territorial ?	284
a)	Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP	284
b)	Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP	286
1)	La doctrine	286
2)	La jurisprudence.....	288
3)	Analyse critique.....	291
4)	Lorsque l'entreprise dispose de succursales	295
5)	La double incrimination eu égard à l'infraction de base	297
i.	L'exigence de double incrimination.....	297
ii.	Le contenu de la double incrimination de l'infraction de base	301
iii.	Les conséquences de l'exigence de double incrimination.....	302
iii.i.	En matière de corruption.....	302
iii.ii.	En matière de blanchiment d'argent.....	304
F.	La compétence extraterritoriale du juge suisse	305
§ 1.	L'application des conditions à l'exercice d'une compétence extraterritoriale aux entités collectives.....	305
a)	La double incrimination.....	306
1)	La double incrimination comme légitimation de la poursuite pénale.....	307
2)	Le principe de double incrimination comme garantie découlant de l'art. 7 CEDH	308
3)	Le principe de double incrimination comme « régulateur » d'une loi à portée extraterritoriale	309
b)	La lex mitior.....	309
c)	La présence de l'auteur sur le territoire	311
d)	Le défaut d'extradition.....	313
e)	Le principe ne bis in idem.....	315
§ 2.	Le principe de la nationalité active.....	316
a)	La détermination de la nationalité d'une entité collective	316
b)	L'importance du lien entre un Etat et « ses » entreprises.....	320
c)	L'application du principe de la nationalité aux succursales ?	322
d)	La portée concrète du principe de la nationalité active dans le cadre de l'art. 102 CP	322
§ 3.	Le principe du siège.....	324
a)	En général.....	324
b)	Le principe du siège de la succursale	326

§ 4.	Les autres principes de compétence extraterritoriaux	327
a)	Le principe de protection	327
b)	Le principe d'universalité	327
c)	Le principe de personnalité passive	330
d)	Les principes de substitution et de représentation	330
3ÈME PARTIE : LES GROUPES DE SOCIÉTÉS		333
I. Remarques introductives		334
II. Aperçu de quelques notions		336
A.	La notion de groupe	336
B.	La terminologie employée	339
C.	La direction unique	341
D.	Les compétences inaliénables de la filiale	343
III. Aperçu de la responsabilité civile de la société mère en lien avec les activités de ses filiales		347
A.	La théorie de l'organe double	348
B.	La responsabilité de la maison mère fondée sur la qualité d'organe de fait	349
C.	La responsabilité de l'employeur	350
IV. Aperçu de l'appréhension du groupe de sociétés par le droit international privé		352
V. L'initiative pour des multinationales responsables		354
VI. L'application de l'art. 102 CP dans le cadre des groupes de sociétés		357
A.	Aperçu de la responsabilité pénale du groupe sur le plan international	358
B.	Les mesures organisationnelles à adopter à l'échelle du groupe	362
§ 1.	En matière bancaire	362
§ 2.	En matière de corruption	366
§ 3.	En matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme	367
C.	Commission de l'infraction « au sein » de la filiale et de la société mère	369
§ 1.	La participation d'un agent de la société mère	369
§ 2.	La position de garant de l'agent de la maison mère	371
D.	Le groupe comme société simple	374
E.	La position de garant	376
§ 1.	Le raisonnement de base	376
§ 2.	Brève incursion en droit européen de la concurrence	378
§ 3.	Les critères fondant la position de garant	381
F.	En cas d'outsourcing au sein du groupe	383
G.	Le groupe comme entreprise au sens de l'art. 102 CP : la thèse de HEINIGER	386
H.	Synthèse et analyse personnelle	390
§ 1.	Comparaison entre la position de la doctrine majoritaire et celle de HEINIGER	390
§ 2.	Analyse personnelle	394
a)	Reconnaissance de l'indépendance juridique des sociétés d'un groupe	394
b)	La loi comme source fondant la position de garant de la société mère ?	395
c)	La position de garant fondée sur l'intervention effective de la société mère dans l'organisation de ses filiales	399
d)	Possible exonération de la responsabilité pénale de la filiale ?	401
e)	La responsabilité de la société sœur	403

f) Synthèse.....	405
VII. La compétence du juge suisse à l'égard du groupe	406
A. L'infraction de base est réputée commise en Suisse	406
§ 1. Compétence générale du juge suisse.....	406
§ 2. Prise en considération du droit étranger	408
a) La position de garant de la société mère	408
b) Le défaut d'organisation	410
1) La filiale a son siège en Suisse, la société mère à l'étranger	410
2) La filiale et la société mère ont leur siège à l'étranger.....	413
3) La filiale a son siège à l'étranger, la société mère en Suisse	414
B. L'infraction de base est commise à l'étranger	415
§ 1. La filiale a son siège en Suisse, la société mère à l'étranger	415
a) Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP	415
1) Sur la base du principe de territorialité.....	415
2) Sur la base du principe de la nationalité	415
b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP	416
§ 2. La filiale et la société mère ont leur siège en Suisse	421
a) Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP	422
b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP	422
§ 3. La filiale a son siège à l'étranger et la société mère en Suisse	422
a) Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP	422
b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP	423
C. Synthèse.....	424
§ 1. Sur la compétence du juge.....	424
§ 2. Quant à la prise en considération du caractère transnational du groupe	425
D. L'unité de la procédure : quelques remarques	426
VIII.Retour sur les conflits de compétences.....	428
A. Rappel de la problématique.....	428
B. La délégation de la poursuite pénale.....	429
§ 1. Brève présentation du système suisse	429
§ 2. Mise en exergue de quelques problématiques relatives à la délégation de la poursuite des entités collectives.....	430
a) La Suisse est l'Etat délégant.....	431
b) La Suisse est l'Etat délégataire	433
1) Délégation de la poursuite accompagnée d'une délégation de compétence	433
2) Délégation de la poursuite sans délégation de compétence	434
CONCLUSION	437
INDEX	453
BIBLIOGRAPHIE	461
I. Ouvrages et articles	462
II. Autres sources : rapports internationaux et nationaux, messages du Conseil fédéral, travaux préparatoires.....	506

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AIDP	Association internationale de droit pénal
AJIL	The American Journal of International Law
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral Suisse
ATPF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal pénal fédéral Suisse
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Recueil des arrêts du Tribunal fédéral allemand en matière pénale)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
CAAS	Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes
CDB 2016	Convention relative à l'obligation de diligence des banques 2016
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.
CEEJ	Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, RS 0.351.1
CEExtr	Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, RS 0.353.1
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CIJ	Cour internationale de Justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes

CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, RS 220
Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment	Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, RS 0.311.53
Convention du Conseil de l'Europe de 2005 relative au blanchiment	Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme
Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption	Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, RS 0.311.55
Convention contre la criminalité organisée	Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, RS 0.311.54
Convention contre le financement du terrorisme	Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, RS 0.353.22
Convention de l'OCDE	Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997, RS 0.311.21
Convention de l'ONU contre la corruption	Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, RS 0.311.56
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, RS 0.275.12

Convention sur la cybercriminalité	Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, RS 0.311.43
Convention contre la traite des êtres humains	Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005, RS 0.311.543
Convention contre le trafic de stupéfiants	Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988, RS 0.812.821.03
Convention unique sur les stupéfiants	Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961, RS 812.121.0, telle que modifiée par le Protocole du 25 mars 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, RS 812.121.01
CP	Code pénal suisse, RS 311.0
CPP	Code de procédure pénale suisse, RS 312.0
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974, RS 313.0
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981, RS 351.1
EJIL	European Journal of International Law
FJS	Fiches juridiques suisses
GAFI	Groupe d'action financière
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GRECO	Groupe d'Etats contre la corruption
JdT	Journal des Tribunaux
JICJ	Journal of International Criminal Justice
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.0

LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, RS 958.1.
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
OB	Ordonnance du Conseil fédéral du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.02
OBA	Ordonnance du Conseil fédéral du 11 novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.01
OBA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, RS 955.033.0
OCDE/OECD	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OIMF	Ordonnance du Conseil fédéral du 25 novembre 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, RS 958.11.
OIMF-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 décembre 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, RS 958.111
ONUDDC/UNODC	Office des Nations unies contre la drogue et le crime
Op. concord.	Opinion concordante
Op. indiv.	Opinion individuelle

Op. dissid.	Opinion dissidente
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pacte II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2
PJA	Pratique juridique actuelle
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RGDIP	Revue générale de droit international public
RDS	Revue de droit suisse
RPS	Revue pénale suisse
SJ	Semaine judiciaire
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RSC	Revue suisse de criminologie
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TREX	L'Expert Fiduciaire

INTRODUCTION

Depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle, les ordres juridiques continentaux ont progressivement renoncé au présupposé que le droit pénal réclamait nécessairement « *[a] bod[y] to be punished [and a] soul[...] to be condemned* »¹ et intégré la responsabilité des entités collectives pour les infractions commises en leur sein. En Suisse, ce n'est chose faite que depuis l'automne 2003. Le changement de paradigme a été, en résumé, motivé par le constat que la complexité et l'opacité de la structure d'une entreprise étaient génératrices de criminalité et, simultanément, empêchaient la détermination des personnes physiques qui en étaient responsables. Les infractions commises dans un cadre entrepreneurial, facilitées par une dilution des tâches et des responsabilités dans les entreprises, et tacitement approuvées par des dirigeants dont l'objectif est le profit maximal², ne peuvent être appréhendées au seul échelon individuel. La responsabilité est également collective, et celle qui incarne cette responsabilité est l'entité créatrice de l'environnement dans lequel cette criminalité a pu se développer. Une politique criminelle efficace ne pouvait faire abstraction du phénomène.

L'abandon du principe *societas delinquere non potest* soulevait d'innombrables questions, notamment quant aux modalités d'attribution d'un comportement constitutif d'une infraction à une entité abstraite. Les problématiques se multiplient à l'envi : comment concilier la responsabilité pénale d'une personne morale avec le principe « pas de peine sans faute », qui peut engager la responsabilité de l'entreprise, à quelles conditions, pour quelles infractions, etc. La variété des solutions adoptées par les Etats, tant dans la nature de la responsabilité des entités collectives que dans les exigences relatives à sa mise en œuvre, démontre la complexité du sujet. Viennent ensuite les interrogations plus concrètes : quelles sanctions doit-on prévoir à l'égard de l'entité collective, quels aménagements doivent être apportés en matière de procédure pénale, quelles conséquences doit-on tirer du rachat ou de la fusion de l'entreprise poursuivie, etc.

Sans surprise donc, le thème de la responsabilité pénale des entités collectives occupe une place de choix dans la recherche scientifique. La doctrine s'est abondamment emparée de ce nouveau sujet de droit pénal, qui n'a pas fini de susciter débats et controverses. La responsabilité pénale de l'entité collective bénéficie d'ailleurs, pour l'heure, d'un intérêt académique bien supérieur à celui

¹ Expression de Lord Chancellor THURLOW, citée dans POYNTER, p. 268.

² DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 55.

que lui portent les autorités de poursuite, notamment en Suisse, où les procédures pénales ouvertes contre une entreprise ne sont guère légion³.

- 4 En parallèle sur le plan chronologique, c'est dans la deuxième moitié du siècle dernier que le droit pénal international trouve véritablement son expansion, et que l'une de ses branches, le droit de la compétence pénale, a connu de nombreux développements. D'une part, l'essor de la justice pénale internationale a naturellement conduit à ce que théorie et pratique s'intéressent aux compétences – concurrentes, prioritaires ou subsidiaires – des juridictions nationales. D'autre part, conséquence de la mondialisation en général et du développement de l'informatique et d'internet en particulier, le crime ne se confine plus aux frontières étatiques, et les questions afférentes aux compétences des divers Etats touchés, de près ou de loin, par l'infraction se sont multipliées. A commencer par la notion de lieu de commission de l'infraction.
- 5 La localisation de l'infraction dans l'espace et, de manière plus générale, la compétence pénale sur le plan spatial sont des thèmes autant débattus que la responsabilité pénale de l'entreprise. Et, pourtant, si ces deux thématiques font couler beaucoup d'encre, leur réunion n'a guère fait l'objet de réflexions. Ce *no man's land* s'explique probablement par trois facteurs principaux : le défaut de reconnaissance universelle de la responsabilité *pénale* des personnes morales, le manque de pratique judiciaire en la matière et le fait que cette responsabilité ne soit pas – encore ? – consacrée par la justice pénale internationale⁴. En sus, il n'est pas impossible que d'aucuns soient partis de la prémisse – tout à fait erronée, comme cette étude va le démontrer – que les règles en matière de compétence pénale, telles qu'appliquées aux personnes physiques, peuvent sans difficulté s'interpréter de la même manière pour les entités collectives.
- 6 Le sujet revêt pourtant une importance pratique substantielle. Par essence, le droit de la compétence pénale intervient à partir du moment où le crime contient un élément d'extranéité. Or, la criminalité d'entreprise est largement commise dans un contexte transnational. Les exemples par excellence d'infractions perpétrées au sein des entreprises, notamment la corruption ou le blanchiment d'argent, dépassent fréquemment les frontières nationales. La dimension

³ Pour donner un ordre d'idées, en février 2016, une dizaine de procédures pénales à l'encontre d'entreprises étaient en cours au sein du Ministère public de la Confédération (GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle, p. 68). Nous pouvons supposer que les procédures ouvertes par les autorités cantonales n'étaient pas plus nombreuses, la criminalité entrepreneuriale devant régulièrement relever de la compétence de la juridiction fédérale, conformément à l'art. 24 CPP.

⁴ Proposée lors des négociations du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS 0.312.1), la responsabilité pénale des entités collectives n'a finalement pas été retenue (cf. MEYER FRANK, p. 67 s.).

internationale du crime entrepreneurial est encore accentuée par le fait qu'une entreprise, en particulier par le biais d'établissements situés dans divers Etats, exerce souvent des activités commerciales transfrontières et présente donc elle-même un visage transnational. En d'autres termes, nous partons de l'hypothèse que, dans une majorité des cas, les infractions commises au sein des entreprises transcendent les frontières étatiques. Les quelques affaires de responsabilité pénale des entreprises qui ont occupé la justice helvétique tendent à la confirmer : la quasi-totalité d'entre elles concernait des infractions de corruption ou de blanchiment d'argent perpétrées dans un contexte transnational, par des entités collectives faisant partie de groupes de sociétés à ramifications internationales. Face à ce type de situations, le droit de la compétence pénale a un rôle central à jouer.

Juridiquement, la discussion est complexe et les interrogations sont nombreuses. Dans la mesure où elle s'articule autour de la localisation de l'infraction reprochée à l'entreprise, la réflexion commande tout d'abord de s'interroger sur la nature de cette infraction : renvoie-t-elle au comportement d'une personne physique ou doit-on la concevoir différemment ? Quelles sont les composantes de l'infraction de l'entreprise et celles-ci sont-elles pertinentes pour la localisation du crime ? Où situer le fait d'une entité abstraite ? Une autre question importante est la prise en considération d'autres ordres juridiques lorsque le complexe de faits ne se confine pas aux frontières étatiques. Nous partons en effet de l'hypothèse selon laquelle, à partir du moment où le crime s'internationalise, le droit pénal ne peut faire complète abstraction de cet élément d'extranéité et peut, à certaines conditions, devoir se tourner vers la législation d'autres Etats, par exemple celui du siège de l'entité collective poursuivie. Dans ce contexte, la question des relations entre l'entité collective et l'Etat de son siège ne peut être éludée : l'entreprise entretient un rapport « privilégié » avec l'ordre juridique auquel elle a choisi de se soumettre.

Cette étude se propose ainsi d'entrer dans l'univers peu connu de « la compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise », ce en portant une attention particulière à l'entité collective que constitue le groupe de sociétés.

L'intitulé appelle quelques remarques.

Tout d'abord, il s'agit d'une étude de droit suisse, même si, bien entendu, certaines discussions revêtiront une portée générale et que nous effectuerons les inévitables incursions en droit européen, ainsi que dans certains ordres juridiques qui nous entourent. Nous soulignons à cet égard d'emblée qu'il faut

rester prudent dans les comparaisons, entre les droits nationaux, sur les questions de compétence en lien avec les entités collectives, en raison de la divergence des modèles qui fondent la responsabilité de celles-ci.

- 11 Par ailleurs, si le titre se réfère expressément à la compétence de poursuivre et de juger, il renvoie en réalité tout autant à celle de soumettre l'entreprise au droit pénal suisse, soit à la compétence de légiférer sur le plan spatial. La distinction conceptuelle entre application dans l'espace du droit pénal et compétence du juge va être soulignée, et son importance mise en évidence, dans les premières lignes de ce travail déjà. Cela étant, le dogme bien ancré qui veut que le juge pénal n'applique directement que son propre droit criminel et le fait que la compétence des tribunaux helvétiques découle des normes relatives à l'applicabilité spatiale du droit suisse nous permet l'assimilation de principe.
- 12 Ensuite, le terme « compétence » se rapporte en premier lieu à la compétence territoriale, qui reste la première base de compétence et qui présente la portée pratique la plus grande. Le principe de la territorialité et la notion de lieu de commission seront donc au cœur de cette étude. La compétence fondée sur la « nationalité » de l'entité collective fera également l'objet d'un examen relativement détaillé. Conceptuellement, ce critère de rattachement personnel apparaît significatif ; pratiquement, il revêt de l'importance sur le plan international et, en droit suisse, dans le cadre de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise. Les autres principes de compétence ne seront abordés que brièvement, en raison d'une utilité destinée à rester marginale dans l'ordre juridique helvétique.
- 13 Par ailleurs, nous traiterons essentiellement des infractions mentionnées à l'art. 102 al. 2 CP, en particulier de la corruption publique et du blanchiment d'argent. Le modèle de responsabilité consacré à l'art. 102 al. 1 CP apparaît inadéquat en lui-même et, comme nous le verrons, la compétence territoriale du juge s'en trouve restreinte par rapport à l'art. 102 al. 2 CP. En outre, comme déjà indiqué, la corruption publique et le blanchiment d'argent sont deux infractions souvent commises dans un contexte entrepreneurial.
- 14 Enfin, si la notion d'entreprise recouvre diverses formes de groupements⁵ de personnes ou de biens, nous envisagerons essentiellement l'entreprise sous la forme d'une – ou de plusieurs s'agissant d'un groupe – société(s) anonyme(s), dès lors qu'il s'agit de la forme de société la plus répandue. Cela étant, nos

⁵ C'est d'ailleurs la responsabilité pénale des « groupements » qui était prévue dans le *Corpus Juris* élaboré en 1997 par les Professeurs DELMAS-MARTY et VERVAELE dans le cadre de la création du Ministère public européen (voir art. 14, reproduit in DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. III, p. 1019).

observations s'appliqueront en principe *mutatis mutandis* aux autres formes d'entreprises.

S'agissant de la structure, cette étude se divise en trois parties.

15

La première est consacrée à des considérations générales relatives à l'application dans l'espace de la législation pénale, qui commencent par la différence de principe entre compétences législative et judiciaire, en pratique réunies au nom de la solidarité des compétences. Du fait de la confusion souvent effectuée, la distinction mérite d'être soulignée, ce d'autant qu'elle revêt une incidence sur la question des garanties fondamentales applicables en lien avec la norme de compétence. Est ensuite abordée la problématique des conflits de compétences entre Etats, exacerbée par la réception, en droit pénal, d'un « nouvel acteur »⁶, et de la construction de critères de rattachement supplémentaires qui peut en découler. Nous nous interrogerons également sur la nature de la norme de compétence pénale, en particulier sur la question de savoir s'il s'agit d'une règle de fond ou de forme. L'application de l'art. 7 CEDH – dont l'entité collective peut se prévaloir – en dépend. Nous entrerons par la suite dans une réflexion sur la prise en considération du droit criminel étranger par le juge pénal, en particulier la question de la double incrimination. Lié au caractère relatif du droit pénal, le principe de double incrimination occupe une place névralgique dans cette étude. Il constitue à notre sens un garde-fou essentiel à la tendance actuelle qui est à l'élargissement de la portée extraterritoriale des lois pénales. La prise en considération du droit étranger revêt d'autant plus d'importance dans le cadre de la responsabilité des entités collectives qu'elle peut devoir intervenir y compris dans l'exercice de la compétence territoriale du juge, traditionnellement imperméable à toute législation pénale étrangère. Une fois ces jalons posés, nous nous concentrerons sur le droit suisse, avec un exposé du principe de la territorialité et de la notion de lieu de commission. Nous attacherons une importance particulière au rattachement territorial de l'infraction perpétrée par plusieurs participants, celle reprochée à l'entreprise en étant par essence une puisqu'elle se compose d'au moins deux auteurs, la personne physique et l'entité collective elle-même. Dans ce contexte, nous aborderons la compétence du juge en lien avec des infractions commises par des employés d'une entreprise et attribuables à leur chef, la question étant d'importance de par les similitudes matérielles entre la responsabilité pénale du chef d'entreprise et celle de l'entreprise elle-même. Cette première partie

16

⁶ Expression reprise du titre de l'article de ROTH, « L'entreprise, nouvel acteur pénal ».

s'achèvera par une brève présentation des principes de compétence extraterritoriaux et de leur réception en droit suisse.

17 La deuxième partie est consacrée à la responsabilité pénale de l'entité collective. Elle débute avec la construction de l'infraction reprochée à l'entreprise. La question, très controversée parmi la doctrine helvétique, de savoir si l'art. 102 CP doit être qualifié de norme d'imputation ou d'infraction *sui generis* a en effet des répercussions importantes sur le raisonnement relatif à la localisation de l'infraction reprochée à l'entreprise. S'ensuit un exposé synthétique des conditions de l'art. 102 al. 1 et 2 CP, notamment celle du défaut d'organisation de l'entreprise, qui constitue en droit suisse la condition « pivot » permettant d'attribuer le comportement d'une personne physique à une entité abstraite. La question du cercle des agents susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entité collective sera par ailleurs abordée, en particulier en lien avec l'externalisation d'activités entrepreneuriales. Le recours croissant, par les entreprises, au mécanisme de l'outsourcing méritait de consacrer une place à quelques réflexions relatives à l'aménagement des responsabilités pénales en cas d'infractions commises dans le cadre d'un secteur d'activités externalisé à une autre entreprise. Nous réfléchirons également sur les sources concrétisant les mesures organisationnelles utiles au sens de l'art. 102 al. 2 CP et leur champ d'application dans l'espace, ainsi que sur la localisation du défaut d'organisation, notamment lorsque l'entreprise est constituée de plusieurs établissements. La « faute sociale » a en effet son rôle à jouer, comme nous le voyons au chapitre suivant, dans la détermination de la compétence du juge pénal.

18 Nous arrivons ensuite au cœur du sujet : l'application spatiale de l'art. 102 CP.

19 Le chapitre débute par une étude des conventions en matière de corruption, de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, afin d'examiner si des exigences quant à la compétence des Etats à l'égard des entités collectives peuvent en être tirées. Dans ce cadre revient la problématique de la double incrimination, qui a occupé les organismes de lutte contre la corruption. Après avoir effectué une brève incursion en droit européen, nous effectuerons un tour d'horizon de quelques ordres juridiques, européens et états-unien, qui ont consacré des règles de compétence spéciales pour les entités collectives. A cet égard, une précision s'impose. Notre étude s'est limitée à l'examen des bases légales pertinentes, sans analyse approfondie de la littérature ou de la jurisprudence. Nous avons donc sélectionné uniquement les Etats au bénéfice de normes de compétence particulières pour les entités collectives, raison pour

laquelle nous ne traitons notamment pas d'Etats proches de nous tels que la France ou l'Allemagne qui, à l'instar de la Suisse, n'ont pas de telles dispositions.

L'analyse se poursuit avec celle du droit suisse. La question de la compétence internationale du juge n'est pas soulevée dans les travaux préparatoires relatifs à la responsabilité pénale de l'entreprise. La conclusion qui s'impose semble la suivante : le législateur a dû estimer que la problématique devait se résoudre conformément aux règles générales des art. 3 à 8 CP, et que les préceptes dégagés en matière de responsabilité individuelle s'appliquaient par analogie. Cette solution n'enseigne toutefois pas encore *comment* appliquer l'analogie, où situer l'infraction attribuée à une entité abstraite.

En particulier, faut-il déduire du silence du législateur que l'infraction reprochée à l'entreprise doit se localiser comme lorsque la responsabilité pénale des entités collectives n'existait pas, soit en fonction du seul comportement typique de l'auteur physique, sans considération de l'élargissement du cercle des acteurs pénaux ? Ou faut-il admettre que le défaut d'organisation constitue un critère pertinent pour rattacher l'infraction reprochée à l'entreprise au territoire suisse ? C'est cette première hypothèse principale que cette étude se propose de vérifier. La doctrine majoritaire, suivie par le Ministère public de la Confédération, penche pour la deuxième solution, la doctrine minoritaire pour la première. Mais si les positions sont affirmées, leur justification n'a jamais fait l'objet de développements substantiels. Quant à nous, pour nous positionner à cet égard, nous utiliserons principalement trois jalons, précédemment posés dans cette étude : le concept de territorialité, qui se rattache à la localisation de l'énoncé de fait légal décrit dans la norme pénale spéciale, notre conception de l'art. 102 CP comme norme d'imputation, et la façon – différente – dont le rapport de causalité est aménagé dans le cadre des deux alinéas de l'art. 102 CP.

Dans le cadre de notre analyse, nous nous pencherons également sur la manière dont le juge suisse, qui poursuit une entreprise étrangère, doit aborder le défaut d'organisation de celle-ci, en particulier s'il peut devoir prendre en considération les règles organisationnelles extra-pénales du lieu du siège de l'entité collective.

La deuxième hypothèse à éprouver est si, dans le cas où le défaut d'organisation constitue un facteur de rattachement, la double incrimination eu égard à l'infraction de base commise à l'étranger doit être exigée. En d'autres termes, la question est de savoir si, lorsque l'infraction perpétrée par l'agent de l'entreprise s'est déroulée exclusivement à l'étranger, le caractère pénalement répréhensible

de l'acte doit s'établir sous le seul angle du droit suisse, ou également au regard de l'ordre juridique du lieu de commission.

24 Nous examinerons ensuite la compétence fondée sur le principe de la nationalité active, en soulignant le lien entre l'Etat et l'entreprise qui a délibérément choisi de s'y installer, par contraste avec la personne physique dont la nationalité ne résulte souvent pas d'un choix et qui peut n'entretenir que de faibles attaches avec son Etat d'origine. Bien plus qu'en matière de responsabilité pénale individuelle, la responsabilité de l'entité collective envisagée dans un contexte transnational se rattache à l'idée que les Etats doivent empêcher « leurs » entreprises de commettre des infractions à l'étranger, en particulier là où elles courent un risque moindre d'être inquiétées par les autorités locales. Nous effectuerons enfin un bref survol de l'applicabilité des autres principes de compétence extraterritoriaux consacrés par le droit suisse aux entreprises.

25 Une étude de l'application dans l'espace du droit pénal suisse à l'entreprise, qui appréhenderait ce sujet de droit pénal comme une seule entité, tout au plus composée de différentes unités géographiquement séparées, serait en décalage avec la réalité. L'examen de la responsabilité pénale de la firme transnationale et la compétence du juge à son égard s'impose, outre l'importance numéraire et politique de ces multinationales, pour des raisons évidentes. Tout d'abord, la taille de ces entités et le fait qu'elles soient formées de plusieurs sociétés accentuent cette dilution des responsabilités dans la commission des infractions perpétrées dans le cadre de la vie entrepreneuriale, qui a été l'un des vecteurs de la consécration de la responsabilité pénale des entreprises. Et d'une dilution déjà problématique à « une délégation » des responsabilités entre les différentes entités, il n'y a qu'un grand pas. Ensuite, plus une entreprise a de pouvoir sur la scène économique mondiale, et plus les infractions qui s'y déroulent sont susceptibles d'avoir un impact important sur la société civile⁷. Enfin, la multinationale étant implantée dans plusieurs pays, les infractions qui y sont commises devraient présenter quasi-systématiquement un visage transnational et, donc, soulever des interrogations sous l'angle de la compétence spatiale. Nous l'avons d'ailleurs déjà souligné dans cette introduction, en Suisse, la maigre pratique judiciaire en matière de responsabilité des entreprises se compose presque exclusivement d'infractions commises au sein de sociétés faisant partie d'un groupe.

⁷ Voir, pour des exemples, BEALE, p. 1483 ss ; dans le même sens OECD Convention-PIETH, p. 215 s.

La troisième partie de notre réflexion est donc consacrée à l'exemple par excellence de ces firmes multinationales que constitue le groupe de sociétés. Elle commencera par une présentation de ce « phénomène économique » et un aperçu de certains mécanismes développés par la doctrine commerciale pour attribuer à la société qui dirige un groupe une responsabilité civile en lien avec des actes commis au sein des sociétés qui lui sont soumises. Les préliminaires étant posés, nous nous intéresserons à l'application de l'art. 102 CP aux groupes de sociétés. L'analyse suppose de distinguer deux cas de figure : dans le premier, la société mère participe directement, au travers de son agent, à l'infraction commise au sein de sa filiale ; dans le second, l'attribution de l'infraction à la maison mère se construit sur la base d'une position de garant de celle-ci. Dans cette seconde constellation, il s'agira d'exposer les sources et de définir les critères permettant de rendre une société garante des infractions commises au sein de ses filiales.

26

Nous ferons ensuite le lien avec la compétence du juge suisse pour connaître d'un état de fait perpétré, pour une large majorité des cas, dans un contexte international, car si un groupe de sociétés n'est bien entendu pas *nécessairement* transnational, peu nombreux sont ceux qui ne sont implantés que dans un seul Etat. L'appréhension spatiale de l'art. 102 CP dans le contexte des groupes de sociétés s'effectuera de manière systématique, par la prise en considération des différents liens de rattachement envisageables : lieu de commission de l'infraction, défaut d'organisation de la filiale, respectivement de la maison mère, siège des deux sociétés. Ces facteurs seront combinés avec les deux types de responsabilité intra-groupe précités, ce tant dans le cadre de l'art. 102 al. 1 que de l'art. 102 al. 2 CP. Nous reviendrons également sur la problématique de la prise en considération de certaines règles extra-pénales de l'Etat du siège des sociétés étrangères pour l'appréciation du défaut d'organisation de la société qui dirige le groupe et de celui de ses filiales.

27

Nous achevons notre étude en renouant avec une problématique mise en exergue dès ses premières pages : les conflits de compétences. La troisième partie s'étant attachée à la responsabilité plurielle des sociétés d'un groupe pour un même acte à coloration pénale, le sujet pénal que constitue l'entreprise est multiplié par deux, voire davantage, en cas d'implication de plusieurs sociétés du groupe. Les conflits de compétences s'intensifient encore et l'un des instruments qui nous semble, sur le principe, le plus approprié pour les résoudre est la délégation de la poursuite pénale. Nous nous proposons donc de clore notre développement en ouvrant la réflexion sur une brève présentation

28

de ce mécanisme du droit de l'entraide internationale en matière pénale et une esquisse des problématiques que sa consécration en droit suisse soulève dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives.

29

Nous terminons cette introduction du sujet en insistant sur le manque de pratique judiciaire qui donne à cette étude un caractère prospectif. Les attentes légitimes en matière de répression suscitées par la naissance de la responsabilité pénale des entités collectives sont déçues depuis maintenant plus de dix ans. Le défaut de volonté politique à l'heure d'édicter la règle a eu pour conséquence la création d'une norme – l'art. 102 al. 1 CP – vouée à rester presque lettre morte. Le manque de réflexe – ou de volonté ? – à l'heure de l'appliquer ne donne à l'art. 102 al. 2 CP qu'une place pour l'heure marginale dans la répression de la délinquance économique⁸. Or, il est indéniable que le droit pénal a son rôle à jouer dans la lutte et la prévention des infractions imputables aux entités collectives et, de manière plus générale, dans la responsabilité sociétale des entreprises⁹. Il serait temps qu'il l'endosse et que les autorités pénales octroient à la lutte contre la criminalité d'entreprise et à la poursuite de l'entité génératrice de cette criminalité, la place qu'elle mérite dans le paysage judiciaire¹⁰.

⁸ Selon le Ministère public de la Confédération, seulement quatre condamnations ont été rendues depuis 2011 : voir <https://www.letemps.ch/suisse/2016/11/11/procureurs-federaux-sattaqueront-davantage-aux-banques> (13.11.2016).

⁹ Sur le concept de responsabilité sociétale de l'entreprise, voir PETER/JACQUEMET, p. 170 s.

¹⁰ Le Procureur général de la Confédération a récemment indiqué à la presse que les autorités de poursuite pénale de la Confédération mettent leurs efforts dans une application plus substantielle de l'art. 102 CP : <https://www.letemps.ch/suisse/2016/11/11/procureurs-federaux-sattaqueront-davantage-aux-banques> (13.11.2016).

1^{ÈRE} PARTIE : LA COMPÉTENCE PÉNALE INTERNATIONALE DU JUGE SUISSE

I. Précisions terminologiques

A. En lien avec la notion de compétence

³⁰ Cette étude se consacre à la compétence pénale internationale du juge suisse dans le contexte de la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP. Le sujet, qui se concentre sur le champ d'application spatial de l'infraction reprochée à l'entreprise, fait partie du droit pénal international au sens large. Nous définissons celui-ci comme l'ensemble des règles relatives au droit pénal, tant matériel que procédural, ayant pour vocation de s'appliquer à des événements à coloration pénale qui comportent un élément de transnationalité¹¹. Dans une acception plus subjective, le droit pénal international peut être compris comme la manière dont les ordres juridiques nationaux ou la communauté internationale¹² réagit face à ce type de situations¹³.

³¹ Si le sens commun du terme « compétence » est relativement aisé à appréhender dans un contexte donné, il est en revanche difficile de poser une définition générale et abstraite¹⁴, tant ce mot, fréquemment employé, est utilisé dans des

¹¹ KOLB/SCALIA, p. 11 ; SATZGER, p. 30 ; LA ROSA, p. 36 ; dans le même sens, BASSIOUNI : « International Criminal Law is a product of the convergence of the international aspects of municipal criminal law and the criminal aspects of international law » (An Appraisal, p. 70). Suivant la définition posée, le droit pénal international comprend quatre domaines : les règles sur le champ d'application spatial du droit national, qui fait l'objet de la présente étude ; le droit de l'entraide judiciaire (ou coopération internationale en matière pénale) qui, bien que de nature administrative en droit suisse, doit tout de même être compris comme un corps de normes relatives au droit pénal ; le droit pénal supranational ; le droit international pénal (KOLB/SCALIA, p. 12 ss ; SATZGER, p. 30). KOLB et SCALIA font ainsi la distinction entre droit pénal international et droit international pénal qu'ils définissent comme « l'ensemble des infractions pénales définies par le droit international dans des traités ou par la coutume, et potentiellement punissables, de ce fait même, devant un tribunal international », lui conférant ainsi une portée plus étroite que le droit pénal international dont il est une composante (p. 13). Dans ce contexte, on peut dire que le droit international pénal est « plus international » que le droit pénal international (la différence n'a pas cours en langue anglaise, les termes « International Criminal Law » étant utilisés de manière quasi-uniforme ; voir cependant CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST qui préfèrent utiliser les termes « Transnational Criminal Law » pour désigner le sujet qui nous occupe, dès lors qu'il est question de règles de droit interne (p. 5 s.). Si la question du vocabulaire adéquat – suivant les domaines du droit pénal international – entre « droit pénal international », « droit international pénal », « droit pénal transnational », « droit des infractions internationales » etc. a été débattue (MASSÉ, L'utopie, p. 153 ss), pour notre part, et sans nous prononcer sur l'opportunité de la distinction ou le choix des termes, nous utilisons l'expression « droit pénal international ».

¹² Pour une distinction intéressante entre communauté internationale et société internationale, voir SIMMA/PAULUS, p. 268.

¹³ Voir ASCENSIO/DECAUX/PELLET, qui voient dans le droit international pénal « la façon dont l'ordre juridique international réagit face à des crimes présentant un élément d'internationalité ». Nous reprenons ainsi cette définition pour l'adapter à celle du droit pénal international (p. V).

¹⁴ ALLAND/RIALS, p. 251.

branches du droit et des circonstances concrètes tout à fait différentes. Vu l'importance qu'il revêt dans la présente étude, nous nous proposons néanmoins d'en esquisser une définition, qui pêchera peut-être par imprécision mais aura le mérite de rester générale.

De manière schématique, le terme « compétence » peut se comprendre comme le pouvoir, reconnu ou conféré à une entité, à une institution, à un organe ou à un sujet de droit, d'agir dans une situation définie¹⁵, et qui entraîne, simultanément, une limitation de ce pouvoir au domaine concerné¹⁶.

Dans le cadre du droit pénal international, la compétence renvoie au pouvoir d'un Etat, respectivement de ses organes, ou d'une juridiction internationale, de connaître d'un événement à caractère pénal, en fonction de ses caractéristiques propres (caractère « international »¹⁷ de l'infraction, contexte dans lequel celle-ci s'inscrit¹⁸, localisation de l'infraction, etc.)¹⁹. Ce travail se focalise sur la compétence de l'Etat sous l'angle spatial, soit l'étendue dans l'espace de son pouvoir punitif²⁰. Dès lors, et sauf indication contraire, le terme « compétence », dans la suite de cette étude, fera référence à la compétence spatiale en matière pénale.

Il faut en outre effectuer d'emblée la distinction entre compétences législative, exécutive et judiciaire.

¹⁵ Voir les définitions très similaires de CORNU, p. 213 s. et SALMON, p. 210. Notons toutefois que ces auteurs utilisent la notion d'aptitude dans le cadre de leur définition de la compétence. Nous partageons leur point de vue en tant que ces auteurs se réfèrent à une aptitude au sens formel et non matériel, étant donné que l'on ne peut nier que des compétences soient attribuées à des sujets de droit dont la capacité à les exercer fait défaut. Pour une appréhension détaillée de la notion de compétence, voir ALLAND/RIALS, p. 247 ss et CAHIN, p. 9 ss.

¹⁶ Dans le même sens CAHIN, qui comprend la notion de compétence comme la « délimitation de la sphère d'action d'une autorité publique » qui « ne prend son sens qu'une fois admise l'idée que les autorités publiques sont assujetties au droit, et leurs prérogatives limitées par la fonction qu'elles assument comme par les droits et libertés des citoyens » (p. 16).

¹⁷ Sur la notion de crime international, voir BASSIOUNI, Introduction to ICL, p. 142 ss.

¹⁸ Ainsi, par exemple, l'art. 1 du Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) confère à ce dernier la compétence pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'Etats voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.

¹⁹ ALLAND/RIALS, p. 251.

²⁰ Voir AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 3.

- 35 La compétence législative²¹ – ou prescriptive²² – fait référence à l'applicabilité de la loi pénale d'un Etat²³, soit de l'ensemble des normes générales et abstraites²⁴ qui règlent les conditions et conséquences de la commission d'une infraction²⁵, à un état de fait donné.
- 36 La compétence exécutive²⁶ doit être comprise comme le pouvoir de l'Etat d'effectuer un acte matériel et individualisé²⁷ visant à « donner effet aux ordres émanant de son système juridique »²⁸. En matière pénale, les mesures de contrainte physique constituent l'exemple par excellence d'actes matériels accomplis par des organes, notamment la police, dotés d'une compétence exécutive.
- 37 La compétence judiciaire – ou compétence attributive²⁹ – vise le pouvoir d'une juridiction³⁰ « d'appliquer une règle générale à un cas particulier »³¹, soit de connaître d'une situation concrète³², c'est-à-dire, dans le domaine pénal, d'établir les faits susceptibles de constituer une infraction, de déterminer les circonstances qui les entourent et de poursuivre et juger les auteurs présumés, ce conformément à ses propres règles de procédure pénale.

²¹ L'expression « compétence législative » est abondamment utilisée par la doctrine française (notamment LOMBOIS, N 242 ; MERLE/VITU, p. 385 s. ; HUET/KOERING-JOULIN, Droit pénal, p. 202 ; LE CALVEZ, dont l'article s'intitule « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal ». Les auteurs suisses lui préfèrent des circonlocutions plus lourdes du type « champ d'application de la loi pénale dans l'espace » (notamment CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Intro aux art. 3 à 8 N 1 ; HURTADO POZO, Chapitre 7 intitulé « Application de la loi pénale dans l'espace » ; PC CP, Rem. prélim. aux art. 3 à 8, N 1). En allemand, le terme adéquat est « Strafanwendungsrecht » (voir par exemple GLESS, Internationales Strafrecht, chapitre C ; AMBOS, Internationales Strafrecht, 1^{ère} partie ; SATZGER, chapitre B). Plusieurs auteurs de Suisse alémanique utilisent toutefois des expressions équivalentes à celles utilisées par la doctrine suisse romande du type « räumlicher Geltungsbereich des Strafrechts », ce certainement en référence à la note marginale de la version allemande du CP qui s'intitule « räumlicher Geltungsbereich » (par exemple, DONATSCH/TAG, p. 47 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 1 et 2).

²² HENZELIN, Universalité, N 540.

²³ Notamment CORNU, p. 214 ; FRANCHIMONT, p. 453.

²⁴ HENZELIN, Universalité, N 540.

²⁵ AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 2.

²⁶ Parfois également dénommée compétence « coercitive » (OLIVER, p. 325).

²⁷ Voir HENZELIN, Universalité, N 540.

²⁸ SALMON, p. 210 ; voir aussi DAILLIER/FORTEAU/PELLET, p. 565.

²⁹ HENZELIN, Universalité, N 540.

³⁰ Le terme « juridiction » renvoie ici au pouvoir judiciaire. Notons toutefois qu'il n'est pas exclu qu'en fonction des législations nationales, le pouvoir exécutif puisse être amené à exercer une compétence attributive (voir HENZELIN, Universalité, N 541). Par ailleurs, le terme « juridiction » tel qu'utilisé ici ne doit pas être confondu avec la juridiction au sens large, « jurisdiction » en anglais, qui se réfère à la compétence d'un Etat, conformément au droit international, de réglementer, par des mesures législatives, exécutives ou judiciaires, le comportement de personnes physiques ou morales (CRAWFORD, p. 456).

³¹ HENZELIN, Universalité, N 540.

³² Notamment CORNU, p. 214 ; FRANCHIMONT, p. 453 s.

Contrairement aux compétences législative et judiciaire, la compétence exécutive de l'Etat soulève peu de difficultés sur le plan théorique car il n'est pas contesté qu'elle est circonscrite aux frontières étatiques³³, l'Etat devant utiliser la voie de l'entraide internationale en matière pénale pour respecter la territorialité de la compétence exécutive. En effet, si le droit international ne s'oppose sur le principe pas à l'extension d'une juridiction étatique hors de son territoire³⁴, il en prohibe en revanche catégoriquement l'exercice, sous réserve de l'accord expresse de l'Etat dans lequel l'acte matériel doit être exécuté, qui interviendra généralement dans le cadre de la coopération internationale³⁵, voire en cas d'existence d'une règle permissive tirée du droit coutumier³⁶.

Dès lors que notre réflexion ne nous mènera sur le terrain de la coopération internationale que de manière ponctuelle, la compétence exécutive ne retiendra pas notre attention plus avant.

B. En lien avec la notion d'entreprise

La notion d'entreprise, au sens du droit pénal suisse, sera examinée dans la deuxième partie de ce travail³⁷. D'emblée il faut toutefois souligner que ce concept, en matière pénale, n'est pas uniformément employé au niveau international. Plusieurs ordres juridiques ont recours à celui de responsabilité pénale de la « personne morale ». Cette dernière notion peut par ailleurs recouvrir différents types d'entités juridiques suivant la législation applicable.

Ainsi, dans cette première partie, dans laquelle la responsabilité pénale de l'entreprise est essentiellement évoquée de manière générale, nous utiliserons davantage l'expression plus neutre d'« entité collective », qui peut désigner toute forme de regroupement de personnes, voire de biens, comme la fondation ou le trust.

³³ Voir parmi beaucoup d'autres DAILLIER/FORTEAU/PELLET, p. 565 ; CRAWFORD, p. 478 s. ; GAETA, *The Need Reasonably to Expand*, p. 601 ; CIJ, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002, op. dissid. de la Juge VAN DEN WYNGAERT, § 49 ; CIJ, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002, op. dissid. du Juge ODA, § 12 ; Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 19 ; CAPUS, *Strafrecht*, p. 193 ; HENZELIN, *Universalité*, N 542 ; OLIVER, p. 325.

³⁴ CPJI, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, p. 19 ; voir N 97 ss *infra*.

³⁵ Voir ATF 133 I 234, consid. 2.7. Le consentement de l'Etat peut être donné dans un cas particulier mais il peut aussi être accordé de manière générale et abstraite dans un traité international, comme c'est le cas des art. 40 et 41 CAAS (CAPUS, *Strafrecht*, p. 203).

³⁶ CPJI, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, p. 18 s.

³⁷ Voir en particulier N 494 *infra*.

II. Le principe de solidarité des compétences législative et judiciaire

42 Au contraire du droit international privé, les compétences législative et judiciaire en matière pénale se recouvrent³⁸. En d'autres termes, l'applicabilité de la loi pénale d'un Etat entraîne d'office la compétence de ses tribunaux et, inversement, la norme qui donne compétence au juge national pour connaître d'une situation donnée rendra simultanément applicable à ce cas le droit criminel du for de la poursuite pénale³⁹. Ce principe dit de la solidarité des compétences pénales⁴⁰ est fortement ancré dans les systèmes juridiques nationaux⁴¹, même s'il est largement remis en question depuis plus de cinquante ans par la doctrine internationale⁴², notamment française⁴³.

43 En raison de ce recoupement, la distinction conceptuelle entre compétences législative et judiciaire n'est souvent pas effectuée. D'ailleurs, les législations nationales traitent régulièrement la question de la compétence en matière pénale sous un seul angle, soit celui de la compétence législative⁴⁴, soit celui de la

³⁸ Voir en particulier Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 21 ; voir aussi, outre-Atlantique, l'art. 304 du Code sud-américain de droit international privé, dit Code Bustamante, annexé à la Convention de la Havane sur le droit international privé du 20 février 1928, et reproduit *in* Harvard Research on International Law, Appendix 7, p. 643.

³⁹ Voir DESPORTES/LE GUNEHEC, N 373.

⁴⁰ HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises à l'étranger, § 49 ; DESPORTES/LE GUNEHEC, N 373.

⁴¹ AKEHURST, p. 179 ; CAMERON, p. 6 s. Pour un aperçu de diverses législations, voir les différents rapports nationaux *in* CASSESE/DELMAS-MARTY, Juridictions nationales, p. 7 ss et *in* SIEBER/CORNILS, p. 151 ss. Sur les justifications du principe, COLOMBINI, p. 100 ; LE CALVEZ, p. 14 s. ; MERLE/VITU, p. 385 ; STOUFFLET, p. 515 s. ; LOMBOIS, N 11 ; HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises à l'étranger, § 58 ; MAYER/HEUZÉ, § 107. Le principe a notamment été défendu par LOGOZ, art. 5 N 4 et SZERESZEWSKI, p. 237. Il a toutefois été fait observer que la règle n'avait rien d'ancestral, l'interdépendance des compétences législative et judiciaire ne datant que du début du XIX^{ème} siècle avec l'émergence de la conception nationaliste de l'Etat moderne (propos tenus par JESCHECK dans le cadre de la séance du 29 avril 1960 de l'AIDP concernant le thème IV du VIII^{ème} Congrès International de Droit Pénal, *in* RIDP 1960, p. 630).

⁴² La question de l'application de la loi étrangère par le juge national a été l'un des thèmes du VIII^{ème} Congrès de l'AIDP et plusieurs rapporteurs se sont prononcés en faveur d'une telle application (notamment GRUETZNER, p. 410 ss ; FURTADO DOS SANTOS, p. 567 s ; voir aussi STOUFFLET, p. 516). SATZGER qualifie la règle de la nécessaire solidarité des compétences d'archaïque (p. 34) ; voir aussi COLOMBINI, p. 100 ss. ; SCHULTZ, qui relève que, lorsque la compétence du juge se fonde sur le principe de l'universalité ou de la personnalité passive, le but n'est pas de protéger l'ordre juridique interne, qui ne présente pas de lien particulier avec l'infraction commise, mais d'empêcher l'impunité du crime, de sorte qu'il convient d'appliquer la loi du lieu de commission (Compétence des juridictions pénales, p. 310).

⁴³ Voir HUET/KOERING-JOULIN, Droit pénal, pp. 194, 197 et 202 s. ; HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises à l'étranger, § 56 ss ; DESPORTES/LE GUNEHEC N 373 ; LE CALVEZ, p. 17 ; DONNEDIEU DE VABRES, p. 161 ss et 173 ; LOMBOIS, N 25.

⁴⁴ Voir par exemple les art. 3 à 8 CP ; les §§ 3 à 9 du code pénal allemand ; les art. 3 à 5 et 6 à 10 du code pénal italien ; les art. 2 à 8 du code pénal des Pays-Bas (dont la teneur est résumée par KLEFFNER, p. 246 ss). L'Argentine traite également la question de la compétence pénale sous l'angle législatif

compétence judiciaire⁴⁵, celle qui n'est pas expressément réglée découlant alors de l'autre⁴⁶. Dans le même ordre d'idées, il arrive fréquemment que la doctrine débattenne de la compétence judiciaire en se référant aux dispositions relatives à l'application spatiale du droit pénal⁴⁷.

Si le principe de la solidarité des compétences rend compréhensible l'assimilation entre compétences législative et judiciaire, il nous semble regrettable que la dissociation entre les deux ne soit pas davantage effectuée⁴⁸. Les critiques de la doctrine à l'égard de ce principe démontrent la nécessité d'une remise en cause de cette « confusion des compétences ». Sans nous prononcer sur l'opportunité d'une application directe du droit pénal étranger⁴⁹, qui dépasserait le cadre de la présente étude, il faut souligner que le recouvrement des compétences pénales apparaît indiscutable, si l'on peut dire, « dans un sens mais pas dans l'autre »⁵⁰. Il est en effet incontestable que la

44

duquel découle la compétence des tribunaux argentins (voir AMBOS, *Les pays*, p. 479 s.). En revanche, le droit français contient des dispositions tant sur la compétence législative que judiciaire (voir les art. 113-1 à 113-13 du code pénal français et 689 du code de procédure pénale français qui traitent précisément du principe de la solidarité des compétences, en faisant dépendre – pour les infractions commises à l'étranger – la compétence des tribunaux français de l'applicabilité de la loi française).

⁴⁵ Par exemple, en Belgique, si la compétence des tribunaux belges pour juger les infractions commises sur le territoire découle de la compétence législative consacrée à l'art. 3 du code pénal belge, la compétence législative résulte de la compétence judiciaire lorsque l'infraction est commise à l'étranger. Selon l'art. 4 du code pénal belge, l'infraction commise hors du territoire n'est punie en Belgique que dans les cas déterminés par la loi, ces hypothèses étant celles énoncées dans le code d'instruction criminelle. Le chapitre II du titre préliminaire du code d'instruction criminelle prévoit en effet les conditions relatives à la compétence du juge belge pour les infractions commises à l'étranger et, selon l'art. 14 de ce même chapitre, la compétence du juge belge entraîne l'applicabilité du droit belge. Le droit espagnol traite également de la question sous l'angle de la compétence judiciaire à l'art. 23 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire 6/1985 du 1^{er} juillet 1985, dont découle l'applicabilité de la loi pénale espagnole.

⁴⁶ Pour le droit suisse, voir par exemple ATF 128 IV 145, dans lequel le Tribunal fédéral rappelle que les art. 3 à 8 CP ne déterminent pas uniquement la portée spatiale de la loi pénale suisse mais circonscrivent également la compétence internationale des tribunaux helvétiques (consid. 2) ; StGB Kommentar–DONATSCH, Art. 3 N 1 ; voir aussi, pour le droit français, DESPORTES/LE GUNEHEC, qui soulignent qu'avant la réforme du code pénal français, entrée en vigueur en 1994, la matière était exclusivement traitée sous l'angle de la compétence judiciaire, dans le code de procédure pénale, de sorte que « [l]a compétence de la loi pénale n'était alors qu'une conséquence attachée à la compétence juridictionnelle » et que la réforme a transféré les dispositions idoines dans le code pénal, avec pour conséquence que c'est dès lors « la compétence législative qui détermine (...) la compétence juridictionnelle » (N 374). Ces auteurs précisent encore qu'un tel changement, au-delà de son apparence formelle, pourrait avoir pour conséquence de « fermer la voie à toute évolution qui tendrait à admettre l'application de la loi pénale étrangère par les juridictions françaises » (N 374).

⁴⁷ Voir par exemple KLEFFNER, p. 246 ; CASSANI/GLESS/POPP/ROTH, p. 48.

⁴⁸ Voir FRANCHIMONT, qui souligne l'importance de la distinction (p. 453).

⁴⁹ Pour un aperçu des problèmes pratiques soulevés par l'application directe du droit étranger, JESCHECK, p. 394 ss.

⁵⁰ Pour DONNEDIEU DE VABRES la compétence législative et la compétence judiciaire doivent être déterminées selon des principes distincts. Ainsi, c'est l'efficacité de la justice qui doit prévaloir lors de la fixation de la compétence judiciaire, alors que la compétence législative doit être délimitée en fonction de la « *nature propre* » ou du « *but social* » de la loi (p. 173) ; dans le même sens, LOMBOIS, N 25.

compétence législative en matière pénale d'un Etat entraîne nécessairement la compétence de ses tribunaux⁵¹, sous réserve d'exceptions prévues par la loi, à l'instar des règles relatives aux immunités. Promulguer une loi pénale sans compétence simultanée du juge national pour l'appliquer signifierait la priver *ab initio* de tout effet juridique et donc l'abroger *de facto*. En revanche, la compétence d'un organe judiciaire sans applicabilité concomitante de sa loi pénale ne pose pas de problème du point de vue conceptuel.

45

Non seulement elle est préconisée par la doctrine⁵² mais, à teneur de texte, la dissociation des compétences législative et judiciaire a d'ailleurs ici et là trouvé ancrage dans le droit positif, dans le contexte particulier de l'application du principe de la *lex mitior*⁵³, entendu dans sa composante spatiale. Ainsi, l'application du droit étranger plus favorable à l'accusé était prévue par les anciens art. 5 al. 1, 6 al. 1 et 6^{bis} al. 1 aCP, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006. Elle est encore à l'heure actuelle consacrée par l'art. 19 al. 4 de la loi fédérale sur les stupéfiants (LStup)⁵⁴ et par l'art. 86 al. 2 EIMP⁵⁵. Certes, dans les faits, la *lex mitior* étrangère n'est généralement pas directement appliquée par le juge pénal : celui-ci ne condamne pas l'auteur sur la base du droit étranger mais adapte sa sanction en fonction de celui-ci, à l'instar de ce que prévoient les art. 6 al. 2 et 7 al. 3 CP⁵⁶. Le fait que l'application du droit étranger soit prévue dans un texte légal démontre toutefois que, nonobstant les difficultés pratiques, la dissociation des compétences législative et judiciaire est tout à fait concevable. D'ailleurs, même la seule prise en considération du droit étranger, par l'exigence de la double incrimination⁵⁷ s'agissant de la définition du crime, respectivement

⁵¹ Voir LUDWICZAK, La délégation internationale, N 22 ss et SCHULTZ, qui indique que la compétence du juge est la conséquence de l'applicabilité du droit pénal matériel (Auslieferungsrecht, p. 35 s.) ; dans le même sens, CAMERON, p. 14 ; HALLEVY, p. 83. En revanche, selon CORNILS, c'est la compétence judiciaire qui conditionne la compétence législative (Internationaler Geltungsbereich, p. 299 ; visiblement dans le même sens que CORNILS, BOULOC, L'influence, p. 104). Cette dernière position n'emporte pas la conviction : d'une part, dans la mesure où la fonction du juge est de dire le droit, c'est bien l'applicabilité de ce dernier qui enclenche le processus judiciaire, et non l'inverse ; d'autre part, si c'est la compétence judiciaire qui conditionne la compétence législative, cela signifierait que l'applicabilité du droit pénal étranger par le juge est conceptuellement exclue, ce qui n'est pas le cas.

⁵² Voir notes 42 et 43.

⁵³ Sur ce principe, voir N 248 ss *infra*.

⁵⁴ RS 812.121.

⁵⁵ Voir cependant HARARI/JAKOB/JENNI, selon lesquels l'art. 86 al. 2 EIMP ne crée pas pour le juge d'obligation plus large que celle de ne pas punir l'auteur plus sévèrement qu'il ne l'aurait été au lieu de commission de l'acte (p. 396 s.) ; voir aussi le Message relatif à la modification du CP, qui souligne que l'application directe du droit étranger est souvent impossible à respecter en pratique (p. 1803).

⁵⁶ A teneur des ces dispositions, « [I]e juge fixe les sanctions de sorte que l'auteur ne soit pas traité plus sévèrement qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte ».

⁵⁷ Pour un exposé complet de ce principe, voir N 153 ss *infra*.

d'une peine plafonnée au quantum maximum de la législation étrangère en ce qui concerne la sanction, revient à admettre une telle dissociation.

Enfin, reconnaître l'indépendance entre compétences législative et judiciaire est d'importance pour la question de l'applicabilité de l'art. 7 CEDH à la norme de compétence spatiale⁵⁸.

46

Cela étant, dans la mesure où, comme indiqué plus haut, les droits pénaux nationaux sont dominés par le principe de la solidarité des compétences, la référence, dans la suite de ce travail, et sauf indications particulières, à la compétence du juge pénal suisse comprendra l'application du droit pénal suisse, et inversement.

47

⁵⁸ Voir N 110 ss *infra*.

III. L'établissement de la compétence pénale

A. La compétence pénale comme composante du droit de punir

48 AUGUSTE COMTE disait : « [t]out est relatif ; voilà le seul principe absolu »⁵⁹. Le droit pénal ne fait pas exception à la règle. Comme justement formulé par RICO, « la fixation des valeurs à protéger pénalement est une décision politique qui dépend des conceptions éthico-sociales dont se prévalent les personnes et/ou les groupes au pouvoir à un moment donné de l'évolution historique d'un pays »⁶⁰.

49 Il est vrai que la globalisation a rendu nécessaire une coopération étatique étendue dans le domaine criminel⁶¹. Les conventions internationales en matière pénale ont engendré un certain rapprochement, essentiellement en matière d'incriminations, des législations pénales⁶². C'est d'ailleurs en partie sous leur influence que de plus en plus d'Etats consacrent la responsabilité des entités collectives pour les infractions commises en leur sein. On peut cela étant se demander si cette harmonisation n'est pas davantage la résultante de nécessités étatiques pratiques plutôt que d'un réel sentiment d'appartenance à des valeurs communes. Quoi qu'il en soit, le droit pénal est encore perçu comme « le symbole du relativisme national »⁶³.

⁵⁹ COMTE, Appendice général, Préface, p. II.

⁶⁰ RICO, p. 118 ; dans le même sens notamment, GRAVEN, L'infraction, p. 4 ; DONATSCH/TAG, p. 5 ; STRATENWERTH, AT I, p. 39 ; TRECHSEL/NOLL, p. 4 ; HENZELIN, qui rappelle que c'est la loi, et donc la société qui l'a édictée, qui convertit une action immorale en crime (Droit international pénal, p. 86) et ANCEL, p. 85. Il est intéressant de noter que la racine grecque « crima » provient du verbe « crinein » qui signifie « séparer », « trier », « choisir » (DELMAS-MARTY, Vers une communauté, p. 28) ; voir aussi CAPUS, s'agissant des liens étroits entre droit pénal et culture (Strafrecht, p. 87 ss).

⁶¹ Pour une réflexion sur la place prise – ou à prendre – par le droit pénal dans le cadre de la mondialisation, voir DELMAS-MARTY, Le droit pénal *in toto*, en particulier p. 1 à 3 et p. 6 ss ; voir aussi, sur l'influence grandissante des acteurs internationaux sur le droit pénal, CAPUS, Le droit pénal, *in toto*.

⁶² Les nombreuses conventions internationales qui font obligation aux Etats d'incriminer tel ou tel comportement leur laisse en revanche une marge de manœuvre quasi-entière s'agissant de la nature et de la quotité de la sanction (voir par exemple l'art. 3 de la Convention de l'OCDE ou l'art. 5 de la Convention du 13 avril 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, RS 0.353.23). Tout au plus, quelques instruments internationaux exigent-ils le prononcé de peines privatives de liberté : voir par exemple l'art. 36 § 1 de la Convention unique sur les stupéfiants ; l'art. 13 de la Convention sur la cybercriminalité ou encore l'art. 23 de la Convention contre la traite des êtres humains.

⁶³ DELMAS-MARTY, Vers une communauté, p. 28. Cette auteure souligne que « le relativisme (...) fait de la loi pénale le symbole de la souveraineté politique et de l'identité culturelle de chaque nation » (Vers une communauté, p. 21 s.) et que « l'interdit pénal reste (...) le symbole du relativisme national et le droit pénal peut même apparaître comme le moins universalisable des systèmes de droit » (Vers une communauté, p. 28).

De la dépendance du droit pénal aux conceptions nationales découle le fait qu'une loi pénale ne se conçoit qu'en lien avec une superficie donnée⁶⁴, traditionnellement limitée au territoire de l'Etat, mais qui peut être étendue, sous certaines conditions, en dehors des frontières étatiques. Ainsi, « [l]e droit pénal définit les intérêts d'une société en ce double sens qu'il les décrit et les délimite »⁶⁵, notamment spatialement. Le champ d'application dans l'espace d'une norme pénale est donc partie intégrante du *ius puniendi* de l'Etat.

Pour déterminer l'étendue, dans l'espace, de sa loi, l'Etat se fonde sur des principes de compétence⁶⁶. Les principes de compétence peuvent se définir comme des « idées directrices et abstraites » qui légitiment le droit de punir sous l'angle spatial⁶⁷ par le *nexus* qu'elles créent entre l'Etat et l'acte commis. Ces idées directrices et abstraites se rapportent avant tout aux composantes de l'Etat (territoire, population et gouvernement)⁶⁸. Il en ressort quatre principes traditionnels de compétence : le principe de territorialité (fondé sur le lieu de l'infraction) ; le principe de la personnalité active (fondé sur la nationalité de l'auteur) ; le principe de la personnalité passive (fondé sur la nationalité de la victime) ; le principe de protection (fondé sur les intérêts de l'Etat contre lesquels l'infraction est dirigée)⁶⁹. Sur le principe de territorialité se greffe celui dit du pavillon – ou quasi-territorialité –, qui donne compétence à l'Etat d'immatriculation d'un navire ou d'un aéronef pour connaître des infractions commises à son bord.

A ces principes s'ajoutent trois autres : le principe de l'universalité, qui est basé sur la nature de l'acte, supposé léser les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, et les principes de représentation et de substitution, à teneur desquels l'Etat du for de la poursuite pénale est réputé agir à la place d'un Etat « normalement » compétent, en particulier lorsque le suspect se trouve sur son territoire et que son extradition n'est pas possible⁷⁰.

⁶⁴ Voir aussi OEHLER, qui rappelle que la fonction protectrice du droit pénal réside dans la conservation d'un cercle limité et déterminé de personnes et de biens (Internationales Strafrecht, p. 127).

⁶⁵ LOMBOIS, N 233 ; voir aussi N 232 : « [l]e droit pénal spécial et les règles de compétence pénale doivent être figurées comme des barrières, érigées par une société autour de ce qu'elle considère comme ses intérêts ».

⁶⁶ Sur la distinction entre « principes de compétence » et « principes de juridiction », voir HENZELIN, Universalité, N 23 ss ; CAHIN, p. 27 ss.

⁶⁷ SWART, p. 568 s.

⁶⁸ STERN, p. 735 ; LUDWICZAK, La délégation internationale, N 76 s.

⁶⁹ Voir LUDWICZAK, La délégation internationale, N 89 ss ; CAMERON, p. 16 s.

⁷⁰ Voir HENZELIN, Universalité, N 75 ss ; LUDWICZAK, La délégation internationale, N 1186 ss. La distinction entre compétence de substitution et compétence de représentation tient au fait que, dans le cadre de la première, l'Etat exerce sa compétence de manière unilatérale en ce sens que cette dernière ne nécessite pas l'accord de l'Etat originellement compétent. Le premier agit donc à la place du second,

Ces principes s'inscrivent dans une perspective internationale : le premier se réclame d'intérêts collectifs supérieurs, les deux autres de la coopération interétatique.

53 Classiquement, on oppose compétence territoriale et compétences extraterritoriales. Fondée sur la notion moderne de souveraineté, l'idée de base est que la première constitue la règle et les secondes l'exception. Comme nous le verrons par la suite⁷¹, il en découle certaines conséquences dont, en particulier, le désintérêt de l'Etat territorial à l'égard des autres législations pénales également intéressées par le crime commis. Nous soulignons d'emblée, et y reviendrons⁷², que l'augmentation croissante des crimes transnationaux rend nécessaire une relativisation de la dichotomie.

54 Du point de vue de la légitimité de la puissance pénale, il faut encore opérer la distinction entre compétence originaire, qui repose sur une prétention propre de l'Etat à exercer l'action pénale⁷³ et compétence dérivée, soit lorsque l'Etat du for, en vertu du principe de substitution ou du principe de représentation, fonde sa compétence sur celle d'un autre Etat⁷⁴. Certains critères de rattachement peuvent être perçus, suivant les conditions auxquelles l'exercice de la compétence étatique est subordonné, comme faisant partie de l'une ou l'autre de ces deux catégories. Ainsi, le lien de rattachement que constitue la nationalité de l'auteur de l'infraction, en ce qu'il se fonde sur le devoir d'allégeance d'un citoyen à son propre Etat⁷⁵, est sans doute un principe de compétence originaire. En revanche, lorsque l'exercice de la compétence de l'Etat national est avant tout destiné à pallier l'impunité qui résulterait de l'interdiction d'extrader ses ressortissants, le fondement de la compétence est davantage à rechercher dans le principe de substitution.

mais non au nom de ce dernier. En revanche, le principe de représentation implique le consentement à tout le moins tacite de l'Etat originairement compétent (LUDWICZAK, La délégation internationale, N 1187 s.). A notre sens, le principe de substitution implique que l'Etat originairement compétent ne se désintéresse pas du cas. Il nous semble en effet artificiel de prétendre tirer sa compétence de celle d'un autre Etat si ce dernier décide librement de ne pas l'exercer et qu'il n'en est pas empêché pour des motifs tenant, par exemple, à l'impossibilité de se faire remettre l'auteur. En d'autres termes, si un Etat peut exercer sa compétence de par le simple fait que l'auteur n'est pas extradé, même si aucune requête d'extradition ne lui a été présentée, on ne peut plus parler de principe de substitution. Dans un tel cas, la compétence de l'Etat découle à notre sens du principe de l'universalité.

⁷¹ Voir en particulier N 436 ss *infra*.

⁷² Voir, en particulier, N 270 ss *infra*.

⁷³ LUDWICZAK, La délégation internationale, N 81.

⁷⁴ LUDWICZAK, La délégation internationale, N 320.

⁷⁵ Ce devoir d'allégeance peut d'ailleurs être perçu comme la contrepartie de la protection diplomatique qu'un Etat accorde à ses ressortissants (dans ce sens, MAURO, La responsabilité pénale, N 120).

L'élément qui permet à l'Etat de rattacher à sa juridiction des événements à coloration pénale est un lien factuel entre la situation d'espèce et cet Etat, qui découle des principes de compétence⁷⁶, et qui constitue, dans un cas concret, l'intérêt de celui-ci à la poursuite pénale. Dans ce contexte, la notion de lien a été définie de la manière suivante : « [a] circumstance of the commission of a crime, giving rise to questions concerning the applicability of national law »⁷⁷. Ainsi, par exemple, la nationalité de l'auteur présumé d'une infraction commise à l'étranger (élément factuel) déclenchera – parfois sous certaines conditions supplémentaires telles la double incrimination, le défaut d'extradition, etc. – la compétence de l'Etat national de l'accusé pour autant que ses lois pénales prévoient le principe de la personnalité active (principe de compétence), qui se rattache à la composante « population » de l'Etat.

B. Les conflits de compétences

§ 1. Exposé de la problématique

Au contraire du droit international privé, la norme de compétence pénale est conçue dans une perspective unilatérale, sans égard aux compétences pénales étrangères⁷⁸. Même si les éventuelles conditions posées à son application auront pour conséquence de limiter la concurrence des compétences nationales, il ne s'agit pas à proprement parler de règles de conflit.

Le défaut de prise en considération des normes de compétence étrangères engendre des conflits négatif ou positif de compétences. Le risque, à tout le moins sur un plan théorique, d'un conflit négatif de compétences, étant donné les différents liens de rattachement utilisés par les Etats et le fait que ces derniers peuvent connaître d'une situation à connotation pénale sur la base du même principe de compétence, apparaît assez restreint⁷⁹. En revanche, les conflits positifs de compétences sont fréquents et ne vont pas en diminuant, la globalisation et la transnationalisation croissantes du crime conduisant à un

⁷⁶ HENZELIN, Universalité, N 47 ; LUDWICZAK, La délégation internationale, N 32 ; SWART, p. 569 ; voir aussi LOMBOIS, N 7.

⁷⁷ VANDER BEKEN/VERMEULEN/STEVERLYNCK/THOMAS, p. 9 (italiques omis).

⁷⁸ GLESS, Internationales Strafrecht, N 116 ; AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 2 ; SATZGER, p. 34 ; SAFFERLING, p. 7.

⁷⁹ Dans le même sens, s'agissant des Etats membres du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, § 16.

accroissement des compétences nationales⁸⁰, que cela soit par l'exercice des divers principes de compétence ou une interprétation extensive de celui de la territorialité⁸¹. On observe également une tendance, dans les conventions internationales, à une multiplication des principes de compétence⁸².

58 Le risque de conflits de compétences positifs se trouve encore accentué par la reconnaissance de la responsabilité pénale des entités collectives. L'arrivée d'un nouveau sujet de droit pénal peut en effet créer des critères de rattachement supplémentaires, que la présente étude va précisément s'attacher à déterminer. L'exemple type est celui d'un acte de corruption commis dans l'Etat X et imputable à une entreprise dont le siège se trouve dans l'Etat Y.

59 De telles collisions peuvent paraître inévitables et même intrinsèques à la notion de compétence : selon ALLAND/RIALS, s'il est un dénominateur commun aux nombreux sens possibles que l'on peut attribuer au terme « compétence », « c'est l'idée de *concurrence* »⁸³. La littérature en matière de juridiction également en souligne le caractère concurrent⁸⁴.

60 Cela étant, il n'en demeure pas moins que qui dit conflit de compétences dit pluralité d'enquêtes ouvertes, ce qui débouchera sur une multiplication des coûts de procédure⁸⁵ et « une débauche inutile d'énergie, d'investigations croisées et souvent de conflits entre les autorités judiciaires »⁸⁶.

⁸⁰ Voir notamment COFFEY G., p. 59 s. ; DE LA CUESTA, p. 673 ; PANAYIDES, p. 113.

⁸¹ Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 29. Cet organe a par ailleurs désapprouvé la tendance observée à l'élargissement de la compétence pénale, estimant qu'elle semblait « dégénérer en un phénomène qui va à l'encontre des objectifs traditionnels du droit international public » (p. 41) ; le même organe, dans son Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, a également déploré l'inclinaison des Etats à une interprétation extensive du lieu de commission de l'infraction (§ 12).

⁸² Voir par exemple l'art. 3 de la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (RS 0.351.5) ; l'art. 8 de la Convention de Vienne du 26 octobre 1979 sur la protection physique des matières nucléaires (RS 0.732.031) ; l'art. 5 de la Convention internationale du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages (RS 0.351.4) ; l'art. 4 de la Convention contre le trafic de stupéfiants ; l'art. 31 de la Convention contre la traite des êtres humains ; l'art. 44 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, qui devrait être prochainement ratifiée par la Suisse.

⁸³ ALLAND/RIALS, p. 247.

⁸⁴ Ainsi, MANN rappelle que, dans une large mesure, une compétence législative par rapport à une situation donnée sera bien plutôt concurrente qu'exclusive (p. 10) ; dans le même sens, RYNGAERT : « [T]he system of jurisdiction, in (...) criminal (...) matters, is, accordingly, one of *concurrent* jurisdiction » (p. 142).

⁸⁵ BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, Freiburg Proposal, p. 7.

⁸⁶ BARBE, p. 82 ; voir aussi LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 5.

Du point de vue des individus concernés par une procédure pénale, qu'il s'agisse du prévenu, de la victime, des témoins, ou même du représentant de l'entreprise au sens de l'art. 112 CPP, une pluralité de poursuites « alourdi[t] la charge psychologique qui pèse sur elles et augment[e] les coûts et la complexité de leur représentation en justice »⁸⁷.

61

En outre, un complexe de faits à portée transnationale, qui fait l'objet de diverses poursuites nationales par « tranches », risque de ne pas être correctement considéré dans son ensemble⁸⁸, et il apparaît difficile d'apprécier de manière adéquate les degrés de responsabilité des participants à l'infraction s'ils ne sont pas poursuivis en même temps⁸⁹. De même, le fait que les divers auteurs ne soient pas jugés par les mêmes juridictions et qu'ils soient punis en vertu d'un droit différent amène à craindre le prononcé de jugements divergents les uns des autres, amenant à la décrédibilisation de la justice⁹⁰. De manière générale, il est clair que des participants à la même infraction devraient, dans la mesure du possible, être poursuivis et jugés dans la même procédure⁹¹. A nouveau, la problématique est accentuée dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives. Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, une infraction commise au sein d'une entreprise devrait impliquer deux accusés, l'auteur physique et l'entité collective elle-même. La criminalité entrepreneuriale étant rarement le fait d'une seule personne, plusieurs suspects entreraient généralement en ligne de compte, qu'ils se trouvent dans une relation horizontale (coactivité ou participation accessoire), ou verticale (responsabilité du supérieur hiérarchique). Si, en outre, et ce sera le sujet de la troisième partie de cette étude, les actes délictueux sont perpétrés au sein d'un groupe de sociétés, deux – voire plusieurs – d'entre elles peuvent se retrouver sur le banc des accusés. Sans entrer dans le débat consistant à déterminer s'il y a conflit de compétences à proprement parler lorsque la concurrence ne porte pas sur les personnes à poursuivre mais sur le complexe de faits, il est clair que, dans une majorité de cas, l'auteur physique de

62

⁸⁷ Commission des Communautés européennes, Livre Vert, p. 3 ; dans le même sens DE LA CUESTA/BLANCO CORDERO, Résolutions, p. 200.

⁸⁸ Dans le même sens, DE LA CUESTA/BLANCO CORDERO, Résolutions, p. 200.

⁸⁹ BARBE, p. 82.

⁹⁰ LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 5. ; voir aussi BARBE, p. 82.

⁹¹ Dans ce sens, voir les arrêts du TF du 19 juin 2013, 1C_515/2013, consid. 1.2. et 1C_525/2013, consid. 2.1.1 (rendus dans le cadre de la même procédure) ; voir aussi l'art. 32 de la Convention européenne du Conseil de l'Europe sur la transmission des procédures répressives, qui requiert des Etats l'examen d'une possible centralisation des procédures dans un seul et même Etat en cas de compétences concurrentes pour une infraction commise par plusieurs personnes ayant agi de concert, ce dans l'intérêt de la découverte de la vérité et de l'application d'une sanction appropriée.

l'infraction et l'entreprise qui peut en être tenue pour responsable devraient être poursuivis puis, cas échéant, jugés, par la même autorité de poursuite pénale.

⁶³ Par ailleurs, on peut également imaginer qu'un conflit positif de compétences dissuade une autorité pénale nationale d'ouvrir une enquête, l'idée sous-jacente étant que, finalement, puisque d'autres Etats sont compétents, ils peuvent tout aussi bien s'occuper, eux, de l'affaire en question. Enfin, la compétence pénale concurrente de plusieurs Etats engendre le risque d'une double poursuite⁹², le principe *ne bis in idem* ne s'appliquant pas de manière automatique au niveau international⁹³. La problématique des conflits de compétences n'a d'ailleurs pas échappé à la doctrine internationale et a récemment fait l'objet de plusieurs analyses comparatistes⁹⁴. On mentionnera également le document publié en 2003 par l'Institut Max-Planck pour le droit pénal international, intitulé « Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union »⁹⁵ qui contient une proposition de texte législatif relatif à la résolution des conflits de compétences positifs.

⁶⁴ A l'échelle internationale, aucun instrument conventionnel n'a pour vocation de déterminer la portée et les limites des compétences étatiques en matière pénale⁹⁶, que ce soit de manière générale ou en lien avec des infractions particulières⁹⁷. La tentative, effectuée en 1965 déjà par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de rédiger un projet de convention générale relative au règlement des conflits de compétences en matière

⁹² BARBE, p. 83.

⁹³ Nous rappellerons notamment que tant l'art. 4 § 1 du Protocole n° 7 à la CEDH que l'art. 14 § 7 du Pacte II ne consacrent le principe *ne bis in idem* qu'à l'échelle interne ; voir, sur le principe *ne bis in idem* tel que prévu dans les deux instruments internationaux précités, COFFEY G., pp. 65 ss et 72 ss, en particulier pp. 67 et 74. Le principe est en revanche reconnu au niveau communautaire par l'art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (COFFEY G., p. 76 s.) ; voir aussi N 263 ss et N 443 *infra*.

⁹⁴ Voir notamment les études de SINN ou de BÖSE/MEYER/SCHNEIDER.

⁹⁵ BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, Freiburg Proposal.

⁹⁶ Voir CASSANI qui appelle une telle convention de ses vœux (Die Anwendbarkeit, p. 261). En 1927 déjà, la CPJI soulignait la nécessité « d'élaborer des conventions, dont l'effet serait (...) de restreindre la liberté que le droit international laisse actuellement aux Etats [en matière de compétence pénale], en comblant ainsi des lacunes de compétences ou en faisant disparaître des concurrences de compétences résultant de la diversité des principes adoptés dans les différents Etats » (CPJI, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, p. 19).

⁹⁷ Ce à l'exception de quelques conventions relativement marginales, voir TROUSSE, p. 408 s. ; voir l'art. 1 de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence pénale en matière d'abordage et autres événements de navigation (RS 0.747.313.34) ; l'art. 19 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë (RS 0.747.305.11) ; l'art. VII de la Convention de Londres du 19 juin 1951 entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces (rappelée par la Convention de Bruxelles du 19 juin 1995 entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord et les autres Etats participant au Partenariat pour la paix sur le statut de leurs Forces ; RS 0.510.1).

répressive, qui aurait précisément eu pour objectif de prévoir un système de priorité des compétences pénales, a échoué⁹⁸. Le Comité européen pour les Problèmes criminels a en effet décidé « de ne pas suivre l'Assemblée consultative dans sa tentative de créer une hiérarchie [des] compétences »⁹⁹ et a jugé préférable d'élaborer à la place la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, qui fait la part belle à la coopération interétatique mais ne prévoit aucune norme contraignante visant le règlement de compétences concurrentes¹⁰⁰.

Les conventions, en particulier en matière de lutte contre la criminalité transnationale ou de crimes dits « internationaux », se limitent à l'établissement, obligatoire ou facultatif pour les Etats, de certains principes de compétence¹⁰¹. Elles précisent en outre régulièrement que les chefs de compétence qui y sont prévus n'affectent pas le droit des Etats d'en consacrer d'autres¹⁰². D'ailleurs, même en cas de silence de la convention à ce dernier égard, cela ne signifie pas encore que les Etats ne peuvent pas, selon le droit international, exercer leur compétence sur la base d'autres principes que ceux évoqués par le traité en question¹⁰³.

Par ailleurs, les instruments internationaux ne donnent pas de contenu aux critères de rattachement découlant des principes de compétence pénale. En

65

66

⁹⁸ Voir la Recommandation n° 420 du 29 janvier 1965 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe relative au règlement des conflits de compétences en matière répressive et le projet de Convention y relatif (Doc. 1873). La création, au niveau national et international, d'un tel système a également été préconisée par l'AIDP dans sa Résolution prise à l'issue du Congrès de Pékin en 2004, voir DE LA CUESTA/BLANCO CORDERO, *Résolutions*, p. 202.

⁹⁹ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, § 12.

¹⁰⁰ Cette convention ne conserve qu'une portée limitée puisqu'elle n'a été ratifiée que par 25 Etats. La Suisse, à l'instar de la France, de l'Allemagne, du Royaume-Uni, de la Belgique ou encore des Pays-Bas, n'est pas partie à cette convention.

¹⁰¹ Voir, parmi beaucoup d'autres, l'art. 4 de la Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (RS 0.748.710.2) ; l'art. 5 de la Convention du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (RS 0.748.710.3) ; l'art. 22 de la Convention sur la cybercriminalité ; l'art. 31 de la Convention contre la traite des êtres humains.

¹⁰² Voir entre autres, l'art. 4 al. 3 de la Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (RS 0.748.710.2) ; l'art. 22 al. 4 Convention sur la cybercriminalité ; l'art. 31 al. 5 de la Convention contre la traite des êtres humains ; l'art. 42 al. 6 de la Convention de l'ONU contre la corruption.

¹⁰³ Voir par exemple l'art. VI de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime du génocide (RS 0.311.11) qui n'impose l'établissement d'une compétence pénale que sur la base du principe de territorialité. Cette disposition ne doit toutefois pas être comprise comme affectant le droit d'un Etat d'exercer sa compétence sur la base d'un autre principe de compétence, par exemple le principe de la personnalité active ou même celui de l'universalité (voir THALMANN, en particulier p. 258 ; voir aussi arrêt CourEDH Jorgic c. Allemagne, Requête n° 74613/01, 12 juillet 2007, § 68 s.).

particulier, aucune convention ne définit la notion de « lieu de commission »¹⁰⁴. La seule indication qui se dégage assez clairement des textes internationaux est qu'il suffit qu'une partie, voire un élément constitutif de l'infraction, ait été perpétré sur le territoire pour fonder un lieu de commission¹⁰⁵. Pour le reste, il appartient aux Etats de tracer les contours de cette notion, ce qu'ils font à travers une jurisprudence souvent hésitante. Ceci entraîne comme conséquence que le principe de territorialité prévu dans les conventions internationales n'a pas nécessairement la même acceptation suivant les Etats.

⁶⁷ Les instruments internationaux en matière pénale ne connaissent pas davantage de règle équivalente à l'art. 27 CL, qui *impose*, lorsque des demandes portant sur la même affaire sont formées devant les juridictions de plusieurs Parties contractantes, à l'Etat saisi en second lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le premier Etat saisi ait statué sur sa compétence, et en cas d'affirmation de celle-ci, de se dessaisir du cas, pour cause de litispendance¹⁰⁶.

⁶⁸ Enfin, il n'existe pas, en droit international, de préséance entre les divers principes de compétence¹⁰⁷, qui aurait pour effet qu'un Etat compétent sur la base d'un principe « moins prioritaire » qu'un autre Etat, devrait renoncer à revendiquer sa compétence pour autant que le second exerce effectivement la

¹⁰⁴ CASSANI souligne la nécessité d'une délimitation du principe de territorialité sur le plan international (Die Anwendbarkeit, p. 261).

¹⁰⁵ Voir par exemple l'art. II de la Convention internationale de Genève du 12 septembre 1923 pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes (RS 0.311.42) ; l'art. 4 ch. 1 de la Convention de l'OCDE et l'art. 17 ch. 1 let. a de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption.

¹⁰⁶ Comparer avec le libellé de l'art. 30 ch. 1 et 2 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives : « [t]out Etat contractant qui, avant l'engagement ou au cours d'une poursuite pour une infraction (...), a connaissance de l'existence dans un autre Etat contractant d'une poursuite pendante contre la même personne, pour les mêmes faits, examine s'il peut, soit renoncer à sa propre poursuite, soit la suspendre, soit la transmettre à l'autre Etat » (ch. 1). « S'il estime opportun en l'état de ne pas renoncer à sa propre poursuite ou de ne pas la suspendre, il en avise l'autre Etat en temps utile et en tout cas avant le prononcé du jugement au fond » (ch. 2). Si l'on se tourne du côté outre-Atlantique, l'art 2 § 2 du Traité de Montevideo sur le droit international pénal de 1940 nous semble être un pas important en faveur de la reconnaissance d'une litispendance internationale en matière pénale : « [i]f the crime was perpetrated in more than one country, it shall come under the jurisdiction of the first State to take judicial cognizance thereof, and the laws of that State must apply » (ce traité est retranscrit *in* ZANOTTI, p. 138 ss).

¹⁰⁷ LUDWICZAK, La délégation internationale, N 232 ; HENZELIN, Universalité, N 712 ss ; RYNGAERT, p. 143 ; MAIER, p. 84 ; voir aussi LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 12 ; BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, qui relèvent qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les divers critères prévus dans le « Freiburg Proposal » pour la détermination du for adéquat en cas de multiplicité de poursuites pénales (ad sect. 1, § 1 (3), N 3, p. 14) ; BLAKESLEY, qui souligne la difficulté d'établir une telle hiérarchie des compétences (Extraterritorial Jurisdiction, pp. 46 et 82). Certains auteurs estiment indispensable l'instauration d'un tel ordre de priorité, voir YUAN/JIANPING, p. 351 ; *contra* BASSIOUNI, pour qui une telle hiérarchie semble déjà exister (A Draft, p. 191) ; visiblement dans le même sens que BASSIOUNI, KLEFFNER, p. 245 s. En matière d'extradition, l'art. 8 CEEextr permet à l'Etat requérant de refuser celle-ci si l'individu réclamé fait l'objet de sa part de poursuites pour les faits à raison desquels l'extradition est demandée, quel que soit le principe de compétence sur lequel il se fonde et même si l'Etat requis dispose d'une compétence que l'on pourrait qualifier de « préférable ».

sienne. Une telle classification n'est pas prévue par le droit conventionnel¹⁰⁸ et la problématique n'est, de manière générale, pas davantage réglée à l'échelle interne¹⁰⁹.

On observera en particulier que, si le titre de compétence fondé sur la territorialité est considéré comme le titre « suprême », incontestable et prépondérant¹¹⁰, l'on cherche en vain, dans les instruments internationaux ou dans les législations nationales, la règle qui impose à un Etat de décliner sa compétence si elle ne se fonde pas sur le principe de territorialité et si l'Etat qui base la sienne sur ce principe entend en faire usage. Ainsi, si la primauté du principe de territorialité semble conceptuellement logique, elle ne trouve pas d'ancrage dans une quelconque règle qui concrétiserait la priorité de l'Etat territorial sur les autres. A notre sens, le caractère supérieur du principe de territorialité se matérialise en réalité à d'autres égards, tels que les réserves posées à l'application du principe *ne bis in idem* lorsque l'Etat de la deuxième poursuite fonde sa compétence sur cette base ou la possibilité offerte à l'Etat territorial de refuser l'extradition¹¹¹. Pour le surplus, la subsidiarité de certains principes par rapport à d'autres transparaît tout au plus dans certaines conditions nécessaires à leur mise en œuvre, telles, par exemple, le défaut d'extradition de l'auteur (en particulier lorsqu'il faut comprendre de cette

69

¹⁰⁸ Voir, pour des exemples, BROWN, p. 393 ; GAETA qui, bien que reconnaissant qu'on ne peut tirer des instruments conventionnels une hiérarchie des principes de compétence, semble admettre qu'on puisse les organiser selon un ordre de priorité (Les règles internationales, p. 209 s.). Voir aussi l'art. 17 CEEextr qui nous semble particulièrement parlant quant à ce défaut de reconnaissance d'une hiérarchie des critères de compétence et que nous mentionnons à la suite d'HENZELIN : cette disposition prévoit en effet que, dans le cas d'une pluralité de requêtes d'extradition pour le même fait, l'Etat requis doit statuer compte tenu de toutes les circonstances et *notamment* de la gravité relative et du lieu de l'infraction, des dates respectives des demandes, de la nationalité de l'individu réclamé et de la possibilité d'une extradition ultérieure à un autre Etat (Universalité, N 714) ; voir aussi, sur le même mode, l'art. 8 en relation avec les art. 30 à 32 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives.

¹⁰⁹ SWART, p. 570 et les différents rapports nationaux rendus *in* CASSESE/DELMAS-MARTY, Juridictions nationales, p. 7 ss.

¹¹⁰ Notamment ATF 108 IV 145, consid. 3 ; Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, pp. 8, 22 et 26 ; SCHULTZ, Compétence des juridictions pénales, p. 333 ; Harvard Research on International Law, p. 445 ; BASSIOUNI, A Draft, p. 191 ; MAIER, p. 67. Sans surprise, dans le cadre de propositions visant à déterminer le for adéquat en cas de pluralité de poursuites pénales, le critère du lieu de commission est cité en premier, bien qu'il ne soit pas nécessairement prépondérant par rapport aux autres (voir DE LA CUESTA/BLANCO CORDERO, Résolutions, p. 202 ; BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, Freiburg Proposal, sect. 1, § 1, p. 9).

¹¹¹ Voir par exemple l'art. 7 ch. 1 CEEextr ; voir aussi l'art. 40 al. 1 EIMP qui octroie une priorité de principe, en cas de pluralités de demandes d'extradition, à l'Etat dont la compétence se fonde sur la territorialité.

condition que l'extradition prime sur la poursuite et concrétise donc le principe *primo dedere, secundo prosequi*)¹¹².

§ 2. La résolution des conflits de compétences de lege lata

70 A l'échelle interne, la problématique des conflits de compétences n'est généralement appréhendée qu'*a posteriori*, dans le cadre de la prise en considération d'un jugement étranger, au travers de l'application du principe *ne bis in idem* ou du principe d'imputation¹¹³. On mentionnera à titre d'exception qu'en Italie, selon l'art. 4 ch. 1 de la loi sur la responsabilité des entités collectives (*Decreto legislativo 231/01*), lorsqu'une entité collective italienne peut être rendue responsable d'une infraction commise en dehors du territoire italien, la compétence du juge est subordonnée au défaut de poursuite de cette entité collective dans l'Etat territorial¹¹⁴.

71 De manière plus générale, les conséquences indésirables des conflits de compétences sont à l'heure actuelle réglées, à tout le moins en partie, dans le cadre du droit – international et interne – de l'entraide en matière pénale et d'une coopération interétatique qui se veut de plus en plus étendue.

72 La délégation de la poursuite pénale, prévue en droit suisse aux art. 85 ss EIMP, constitue à cet égard un instrument particulièrement utile¹¹⁵. Comme nous l'esquisserons à la fin de cette étude, ses conditions, en l'état du droit suisse, la rend toutefois difficilement applicable dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives¹¹⁶.

73 Par ailleurs, plusieurs conventions internationales, dont les art. 30 ss de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, prévoient un devoir de concertation entre les Etats intéressés en cas de

¹¹² Voir aussi l'art. 6 ch. 9 let. b en lien avec l'art. 4 ch. 2 de la Convention contre le trafic de stupéfiants qui permet à l'Etat qui requiert l'extradition de s'opposer à l'exercice, par l'Etat requis qui a refusé l'extradition, de sa compétence basée sur le principe de l'universalité, ce pour préserver la compétence d'avantage légitime du premier.

¹¹³ RAFARACI souligne l'incapacité du principe *ne bis in idem* à résoudre de manière satisfaisante les problèmes de conflits de compétences (p. 104 s.) ; dans le même sens, BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, Freiburg Proposal, p. 12 ; LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 5. Sur le principe d'imputation, voir N 443 ss *infra*.

¹¹⁴ Voir sur la compétence pénale italienne en matière de responsabilité des entités collectives, N 799 ss *infra*.

¹¹⁵ Dans le même sens, arrêt du TPF du 17 mai 2013, RR 2013.22, consid. 5.4.2 ; voir, concernant le mécanisme de coopération que constitue la délégation de la poursuite, HARARI/JAKOB/JENNI *in toto* et, pour une analyse exhaustive, la thèse de LUDWICZAK, La délégation internationale, N 200 à 451.

¹¹⁶ Voir N 1333 ss *infra*.

compétences concurrentes, ce en vue d'une centralisation des poursuites dans un seul Etat¹¹⁷. En cas d'échec de la concertation, les Etats demeurent libres d'exercer leur compétence pénale comme bon leur semble.

En outre, les art. 54 à 58 CAAS reconnaissent le principe *ne bis in idem* au niveau européen. Toutefois, l'art. 55 ch. 1 CAAS permet à un Etat d'y faire obstacle si sa compétence est territoriale (pour autant que l'auteur n'ait pas déjà été jugé par un Etat qui se basait également sur le principe de territorialité), si cet Etat se prévaut du principe de protection, ou encore en cas de corruption d'un agent public national. Nous relevons à ce stade que, si les dispositions susmentionnées ont été pensées en lien avec la responsabilité pénale des personnes physiques, aucun obstacle de principe ne s'oppose à leur application dans le cadre de celle des entités collectives¹¹⁸.

Même au niveau européen, le principe *ne bis in idem* ne s'est donc pas imposé de façon absolue et n'a pas résisté à certains bastions de la souveraineté étatique. De plus, il n'interdit pas la pluralité des procédures puisqu'il n'intervient que lorsqu'une – première – décision mettant fin à la procédure a été rendue et pour autant, en cas de condamnation, que l'auteur ait exécuté la sanction prononcée à son encontre, voire que celle-ci ne puisse plus l'être, par exemple en raison de la survenance de la prescription de la peine. Ce principe ne permet par ailleurs pas de remédier aux conséquences insatisfaisantes qui peuvent résulter du fait qu'à raison du même complexe de faits l'auteur physique de l'infraction est poursuivi dans l'Etat X et l'entité collective dans l'Etat Y.

Si la coopération en matière pénale est sans doute un instrument utile pour le règlement des conflits de juridictions, ses règles ne sont pas suffisamment contraignantes pour purger la problématique de manière entièrement satisfaisante. En outre, si un conflit de compétences doit certes être *résolu*, il n'est pas inutile de prévoir certaines règles en vue de le *prévenir* en amont, en particulier par une délimitation raisonnable de la compétence pénale¹¹⁹. De telles normes aideraient d'ailleurs à la résolution du conflit en cas de divergence de vues entre les Etats.

Les conflits positifs de compétences peuvent également être atténués par le biais de règles de procédure pénale, en particulier par l'application du principe

¹¹⁷ Voir par exemple l'art. 22 al. 5 de la Convention sur la cybercriminalité ; l'art. 31 al. 4 de la Convention contre la traite des êtres humains ; dans la même optique, voir l'art. 21 de la Convention contre la criminalité organisée et l'art. 8 de la Convention contre le trafic de stupéfiants.

¹¹⁸ Sur l'applicabilité des garanties fondamentales de procédure aux personnes morales, voir N 478 *infra*.

¹¹⁹ Dans le même sens, BÖSE/MEYER, p. 337.

d'opportunité, soit de la possibilité octroyée aux autorités de poursuite pénale ou à l'exécutif d'apprécier, sous certaines conditions, l'opportunité d'ouvrir une procédure¹²⁰.

78 En droit suisse, l'art. 8 al. 2 let. c CPP, qui concrétise un principe d'opportunité dite tempérée¹²¹, fait obstacle à l'engagement d'une poursuite pénale si, sur la peine encourue pour l'infraction poursuivie, une peine de durée équivalente prononcée à l'étranger devrait être imputée, pour autant qu'aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose¹²². Cette disposition, par une sorte d'application anticipée du principe d'imputation, ouvre la porte à une prise en considération du principe *ne bis in idem* y compris lorsque la Suisse fonde sa compétence sur le principe de territorialité. On ajoutera toutefois que cette prise en considération ne reste que partielle puisqu'une peine prononcée à l'étranger ne suffit pas à bloquer l'introduction d'une procédure pénale : encore faut-il que la peine encourue soit équivalente à celle prononcée, ce qui suppose une appréciation de l'état de fait sous l'angle du droit pénal suisse. En outre, à rigueur de texte, l'application de l'art. 8 al. 2 let. c CPP suppose une condamnation, de sorte qu'une personne qui a été acquittée ne pourra en bénéficier¹²³.

79 L'art. 8 al. 3 CPP va plus loin que l'art. 8 al. 2 let. c CPP puisqu'il permet aux autorités de poursuite pénale de renoncer à engager une procédure pénale lorsque l'infraction fait déjà l'objet d'une poursuite de la part d'une autorité

¹²⁰ Le recours au principe d'opportunité a été considéré par le Conseil de l'Europe comme l'un des moyens aptes à régler les conflits de compétences pénales (Compétence extraterritoriale, p. 32) ; voir aussi Comité des ministres, Recommandation N° R (87) 18, qui prône la mise en œuvre du principe de l'opportunité des poursuites ; voir aussi CORNILS, qui souligne que ce principe permet aux autorités d'apprécier concrètement, au vu des circonstances factuelles, l'intérêt à l'introduction d'une poursuite nationale (Internationaler Geltungsbereich, p. 305 s.).

¹²¹ Voir, sur le principe d'opportunité, CR CPP- ROTH, Art. 8 N 1 ss ; pour une comparaison avec le droit allemand, qui connaît un principe d'opportunité largement plus étendu que le droit suisse, voir les §§ 153c ss du code de procédure pénale allemand. On peut considérer la *rule of reasonableness* anglo-saxonne comme une variante du principe de l'opportunité (dans le même sens, Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 32). Selon cette règle, un Etat ne doit pas affirmer sa compétence lorsqu'un tel exercice apparaîtrait exorbitant vu l'intérêt supérieur d'un autre Etat à la revendiquer (BLAKESLEY, Extraterritorial Jurisdiction, p. 40 s. ; voir aussi MAIER, p. 72). Empruntant la terminologie du droit international privé, BLAKESLEY remarque que « the rule of reasonableness is an attempt to determine the proper forum when two or more states have a traditional basis for asserting jurisdiction » (Extraterritorial Jurisdiction, p. 41).

¹²² ROTH relève que l'emploi des termes « peine prononcée » en lieu et place de la notion de « peine exécutée ou subie », condition *sine qua non*, en droit pénal suisse, de la mise en œuvre du principe d'imputation (art. 3 al. 2 CP, 4 al. 2 CP, 5 al. 3 CP, 6 al. 4 CP et 7 al. 5 CP), résulte probablement d'une inadvertance du législateur (CR CPP- ROTH, Art. 8 N 33).

¹²³ Critique à cet égard, CR CPP-ROTH, Art. 8 N 31.

étrangère ou que la poursuite est déléguée à une telle autorité¹²⁴, ce toujours sous réserve d'un intérêt prépondérant de la partie plaignante. L'action pénale peut donc être abandonnée non pas seulement lorsque la procédure à l'étranger s'est soldée par un jugement mais déjà au stade de l'ouverture de la poursuite pénale. Roth souligne à cet égard que cette disposition « marque un pas en direction d'une reconnaissance (...) [d'une] litispendance [transnationale] »¹²⁵. Soulignons toutefois que l'art. 8 al. 3 CPP est une disposition potestative, au contraire de l'art. 8 al. 2 let. c CPP dont la réalisation des conditions impose la renonciation à l'introduction d'une procédure. Ces dispositions sont sans conteste applicables aux entités collectives.

A l'échelle de l'Union européenne, la problématique des conflits de compétences a également préoccupé le législateur communautaire. A cet égard, il convient tout d'abord de mentionner, pour sa portée symbolique, l'art. 82 TFUE, qui habilite le Parlement européen et le Conseil européen à adopter des mesures visant à *prévenir* et à *résoudre* les conflits de compétences en matière pénale.

La résolution de tels conflits est également l'un des objectifs assignés à Eurojust, qui est une agence de coopération judiciaire pénale basée à la Haye, et dont le collège est composé d'un représentant par Etat membre¹²⁶. Selon l'art. 85 TFUE, Eurojust a pour mission d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave affectant deux ou plusieurs Etats membres ou exigeant une poursuite sur des bases communes¹²⁷. L'art. 85 ch. 1 let. c TFUE précise que le renforcement de la coopération judiciaire comprend la résolution des conflits de compétences. Dans ce cadre, Eurojust peut *demande*, de manière motivée, aux Etats membres d'accepter la compétence d'un seul d'entre eux, mieux placé que les autres pour l'exercer¹²⁸ et, dans sa composition

¹²⁴ Dans le contexte de cette seconde hypothèse HARARI/JAKOB/JENNI remarquent à juste titre que les autorités suisses ont l'obligation et non la seule faculté de renoncer à la poursuite pénale et que prétendre le contraire « relève du contresens » (p. 407, note 87).

¹²⁵ CR CPP-ROTH, Art. 8 N 37.

¹²⁶ BARBE, p. 88 ; pour plus de détails sur cette institution, SATZGER, p. 186 ss ; voir les art. 2 et 10 de la Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust telle que modifiée par la Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008.

¹²⁷ Pour les infractions rentrant dans la compétence d'Eurojust, voir l'art. 4 de la Décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police et son annexe, applicable par le biais de l'art. 4 ch. 1 de la Décision-cadre 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust, telle que modifiée par le point 3 de la Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008.

¹²⁸ Voir les art. 6 ch. 1 let. a ii) et 7 ch. 1 let. a ii) de la Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust telle que modifiée par les points 5 et 6 de la Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008.

en tant que collège, rendre un avis *non contraignant* sur un conflit de juridictions surgi entre deux Etats membres¹²⁹. Les Etats, bien que devant en principe motiver leur refus, restent libres de ne pas accepter la demande ou l'avis d'Eurojust¹³⁰. Ces règles sont applicables en Suisse, en vertu de l'Accord du 27 novembre 2008 entre la Suisse et Eurojust, entré en vigueur le 22 juillet 2011¹³¹. Même si son rôle dans le dénouement des conflits de compétences n'est certainement pas négligeable¹³², Eurojust n'a pas de réel pouvoir décisionnel en la matière et son rôle reste celui d'un médiateur et non d'un arbitre¹³³. De plus, il est entendu que cet organisme ne peut s'occuper à lui seul de tous les conflits de compétences qui surviennent à l'échelle européenne. En matière de criminalité entrepreneuriale, et nous pensons en particulier aux infractions de corruption ou de blanchiment d'argent, le complexe de faits à appréhender dépassera en outre régulièrement les frontières européennes, ce d'autant s'il s'est déroulé au sein d'un groupe de sociétés.

82 Par ailleurs, dans son rapport annuel 2003, Eurojust a proposé quelques lignes directrices relatives au choix de la juridiction en cas de compétences concurrentes. Il en ressort, en substance, que la question doit être réglée au regard du cas concret¹³⁴, mais avec une présomption en faveur de l'Etat fondant sa compétence sur la territorialité, soit là « où a été commise la majorité des infractions ou bien où a été subie la majorité des pertes »¹³⁵.

83 A la fin de l'année 2005, la Commission des Communautés européennes a établi un Livre Vert portant sur les conflits de compétences pénales et le principe *ne bis in idem*. Dans ce document, la Commission propose la création d'un mécanisme d'attribution des affaires aux Etats membres compétents¹³⁶, qui supposerait comme préalable, outre un système étendu d'échanges

¹²⁹ Voir l'art. 7 ch. 2 de la Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust telle que modifiée par le point 6 de la Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008.

¹³⁰ Voir l'art. 8 de la Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008, remplaçant l'art. 8 de la Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002.

¹³¹ RS 0.351.6.

¹³² Dans ce sens, BARBE, p. 88 s.

¹³³ Dans la même optique, on peut également citer l'art. 7 ch. 3 de la Décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (2000/383/JAI), qui prévoit un règlement à l'amiable des conflits de compétences, sans toutefois imposer de solution contraignante en cas d'échec.

¹³⁴ Eurojust, p. 60.

¹³⁵ Eurojust, p. 62.

¹³⁶ Selon la Commission, la décision de centraliser les procédures dans un seul Etat membre devra être prise au stade de la saisine d'une juridiction nationale puisque c'est à ce moment seulement que les autorités « auront accès aux informations nécessaires à un examen approfondi des questions de compétence » (Livre Vert, p. 8).

d'informations entre les Etats, l'édiction, dans les ordres juridiques nationaux, de règles relatives à l'interdiction d'une double poursuite lorsqu'une procédure pénale est déjà ouverte dans un Etat membre¹³⁷ (création d'une sorte de litispendance transnationale)¹³⁸. Il n'apparaît cependant pas que cette publication ait réellement été suivie d'effets¹³⁹. Par ailleurs, et à nouveau, la prohibition d'une double poursuite ne permet pas de pallier les conséquences insatisfaisantes découlant du fait que l'auteur physique et l'entreprise sont poursuivis, à raison du même complexe de faits, dans des Etats différents.

Fin 2009, la Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales a été adoptée. Malgré son titre prometteur, cette décision ne traite en réalité que du principe de l'échange d'informations et de ses modalités entre les Etats compétents. Elle n'instaure en revanche aucun critère visant à déterminer le choix d'une juridiction plutôt qu'une autre et ne touche en rien à la libre délimitation, par les Etats, de la portée de leur compétence pénale¹⁴⁰.

Par ailleurs, le droit communautaire, à l'instar du droit international, n'est pas intervenu dans la définition des critères de rattachement, notamment eu égard à la notion du lieu de commission, à une ou deux exceptions près¹⁴¹. En particulier, l'on peut déduire de quelques instruments communautaires sectoriels une compétence territoriale tant à l'endroit où l'auteur se trouvait physiquement au moment où il a agi que celui où les conséquences, en lien avec l'infraction considérée, de son comportement se sont produites¹⁴², ce qui consacre ainsi sans le nommer le principe de l'ubiquité.

¹³⁷ Commission des Communautés européennes, Livre Vert, p. 3.

¹³⁸ CR CPP-ROTH, Art. 8 N 37.

¹³⁹ Le Livre Vert a été défavorablement accueilli par le Conseil des barreaux européens qui lui a notamment reproché de ne pas prévoir la priorité du principe de territorialité et de celui de la résidence de l'accusé, et qui a également estimé que « [l']importance et la complexité des questions en jeu nécessitent une période de consultation sensiblement plus longue » (Conseil des barreaux européens, p. 4).

¹⁴⁰ Voir en particulier le Point 11 du préambule de la Décision-cadre. Le « Freiburg Proposal » préconisait, en cas de désaccord entre les Etats membres, d'octroyer à la CJCE – actuellement CJUE – la compétence de trancher le litige, le cas pouvant également être porté devant cette Cour par l'accusé (BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, § 5 § 2 et 3, p. 9).

¹⁴¹ Voir KLIP, p. 209 s.

¹⁴² Voir par exemple l'art. 12 ch. 2 de la Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil ; l'art. 4 ch. 1 de la Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

Enfin, mentionnons également, malgré un champ d'application limité à la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne et une valeur à l'heure actuelle purement scientifique, le *Corpus Juris* élaboré il y a de cela 15 ans par un groupe d'experts supervisé par les Professeurs DELMAS-MARTY et VERVAELE, en vue de la création d'un Parquet européen qui, comme nous le savons, n'a toujours pas vu le jour¹⁴³. L'art. 26 al. 2 de ce document prévoit les critères principaux suivants pour le choix de la juridiction appropriée en cas d'infraction commise sur le territoire de l'Union européenne¹⁴⁴, décision revenant, en cas de conflit, à la CJCE (actuellement CJUE)¹⁴⁵ : 1) l'Etat membre où se situe la majorité des preuves ; 2) l'Etat membre de résidence ou de nationalité de l'accusé ; 3) l'Etat membre où l'impact économique de l'infraction est le plus important. Ce choix a été largement désapprouvé : les critères ont semblé imprécis, celui relatif à la preuve inconnu et peu acceptable¹⁴⁶ et l'absence d'ordre de priorité entre eux a paru contraire au principe du « juge naturel », préétabli par la loi¹⁴⁷. Si ces critiques sont en partie fondées, nous observons toutefois que de tels critères illustrent à notre sens une approche pragmatique, très détachée des considérations relatives à la souveraineté étatique. Ils permettent de privilégier une bonne administration de la justice (premier critère)¹⁴⁸, la prise en considération des possibilités de reclassement social (deuxième critère)¹⁴⁹ et l'intérêt à la poursuite pénale de l'Etat au final le plus « lésé » par l'infraction (troisième critère). Il est, cela étant, tout à fait étonnant que l'Etat du lieu de commission n'ait pas été expressément mentionné (quitte à définir la notion de lieu de commission)¹⁵⁰.

¹⁴³ Même rédigé il y a vingt-cinq ans, il semble que ce *Corpus Juris* soit toujours d'importance dans le cadre des discussions relatives au Procureur européen (voir ZÖLLER, in BÖSE, p. 824 ss).

¹⁴⁴ Sur le principe de territorialité de l'Union européenne, voir DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. I, p. 38 s. ; le texte du *Corpus Juris* est reproduit in DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. III, p. 1015 ss.

¹⁴⁵ L'institution en elle-même, le Parquet européen, commande évidemment que d'éventuels conflits de juridictions soient impérativement résolus.

¹⁴⁶ Voir à cet égard le rapport du Luxembourg relatif au *Corpus Juris* qui souligne que le critère de la majorité des preuves « suppose une appréciation qualitative et quantitative des éléments de preuve, qui risque de se révéler fort délicate en pratique » et que « faute d'indication du moment auquel cette appréciation doit avoir lieu, ce for pourrait changer au cours d'une même procédure » (DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. III, p. 617).

¹⁴⁷ DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. I, p. 360 s. ; sur le concept du « juge naturel », voir aussi N 0 ss *infra*.

¹⁴⁸ En effet, même si la récolte des preuves peut être assurée de manière satisfaisante par le biais de la coopération interétatique, il n'en demeure pas moins qu'il sera toujours plus simple et moins coûteux de ne pas avoir à passer par la voie de l'entraide.

¹⁴⁹ Notons toutefois que les rédacteurs de l'étude de suivi du *Corpus Juris* semblent y voir davantage une émanation du principe de la personnalité active (voir DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. I, p. 360).

¹⁵⁰ En particulier, les rédacteurs de l'étude de suivi du *Corpus Juris* n'ont pas fait le rapprochement entre l'Etat où se situe la majorité des indices et le lieu de commission de l'infraction (voir DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. I, p. 360 s.), ce qui est assez suprenant du fait que l'une des principales

En définitive, la prévention et la résolution des conflits de compétences est une problématique délicate en ce qu'elle tend à faire renoncer à un Etat à établir, ou à exercer, sa compétence pénale. Même à l'échelle de l'Union européenne, dans le cadre de laquelle la coopération interétatique et la confiance mutuelle sont supposées occuper une place prépondérante, les obligations véritablement contraignantes s'épuisent dans un simple devoir de concertation. Certes, un tel constat s'avère peu surprenant vu le lien que la compétence pénale entretient avec la souveraineté étatique. En outre, les standards du droit international privé en matière de conflits de lois et/ou de juridictions semblent difficiles à atteindre dans le domaine pénal vu l'intérêt propre de l'Etat à la poursuite pénale, intérêt qui appartient aux particuliers dans le procès civil. Il n'en demeure pas moins que la souplesse des règles actuelles ne permet qu'une résolution lacunaire d'une problématique dont les débats qui y ont été consacrés soulignent l'importance. L'arrivée d'un nouveau sujet de droit de pénal, l'entité collective, dont la responsabilité est en outre aménagée différemment suivant les ordres juridiques¹⁵¹, n'est pas pour simplifier la discussion.

§ 3. Pistes de réflexion pour la prévention et la résolution des conflits de compétences

A notre sens, un consensus sur une convention générale relative à la répartition des compétences pénales paraît difficile à atteindre. Elle supposerait en effet l'établissement d'une hiérarchie abstraite des principes de compétence. Certes, un tel ordre de priorité peut se concevoir de manière schématique : fondé sur l'importance du lien de rattachement avec l'Etat du for de la poursuite pénale, il aurait certainement en tête le principe de territorialité, celui de l'universalité, qui se caractérise précisément par l'absence de lien de rattachement, fermant la marche ; quant au principe de la personnalité active, il primerait probablement celui de la personnalité passive.

Une telle classification apparaît toutefois trop grossière pour ne pas être assortie de larges exceptions destinée à tenir compte des circonstances du cas d'espèce¹⁵². Par exemple, il est tout à fait soutenable de donner la préférence, pour certains infractions commises contre la sûreté de l'Etat, à celui qui se prévaut du principe de protection, plutôt qu'à l'Etat territorial. Par ailleurs, il

justifications pratiques du principe de territorialité réside précisément dans le fait que c'est généralement au lieu de commission que se trouvent les preuves principales.

¹⁵¹ Voir, en particulier, N 484 ss *infra*.

¹⁵² Dans le même sens, VANDER BEKEN/VERMEULEN/STEERLYNCK/THOMAES, p. 23.

peut également se justifier de donner la priorité à l'Etat national plutôt qu'à l'Etat territorial. Nous pensons par exemple au cas dans lequel l'infraction serait commise dans un Etat par plusieurs coauteurs, ressortissants d'un autre Etat. L'un des coauteurs est arrêté dans le premier Etat et les autres dans le second, ce dernier n'extradant pas ses nationaux. Dans une telle configuration, et dans la mesure où il est préférable que tous les coauteurs soient jugés en même temps, la poursuite pourrait revenir à l'Etat national¹⁵³. Enfin, on peut imaginer que préséance doit être accordée à l'Etat du siège de l'entité collective là où se trouverait la majorité des preuves à l'encontre de l'employé qui a, par hypothèse, certes agi à l'étranger, mais dans le cadre de son activité professionnelle au siège de l'entreprise, où se situerait d'ailleurs également les indices pour fonder le reproche que le droit suisse doit pouvoir adresser à l'entité collective, soit le défaut d'organisation.

⁹⁰ Ces quelques cas de figure démontrent les faiblesses d'une hiérarchie préétablie de manière rigide, mais le palliatif consistant à l'assortir de dérogations aurait évidemment pour effet de réintroduire les risques de conflits de compétences.

⁹¹ En outre, une convention générale sur la répartition des compétences devrait se préoccuper des conditions supplémentaires posées à l'exercice de certaines compétences, telles que la non extradition de l'auteur et l'exigence de double incrimination. Or, ces concepts sont également sujets à interprétation. Doit-on privilégier, pour le premier, un modèle du type *aut dedere aut prosecute* ou plutôt *primo dedere secundo prosecute* ? Quant au second, doit-il s'imposer de manière générale ou, au contraire, doit-on y renoncer une bonne fois pour toutes ? Autant de questions auxquelles il semble difficile de répondre dans l'abstrait. Enfin, nul doute que la question de la définition du « lieu de commission » sur laquelle une telle convention ne pourrait faire l'impasse, vu l'importance des compétences concurrentes qui se fondent sur le principe de la territorialité, posera d'épineuses difficultés.

⁹² Il nous paraît donc plus réaliste d'envisager une approche sectorielle. Ainsi, une convention qui, en lien avec un type d'infractions données, impose divers chefs de compétence devrait en même temps élaborer une clé de répartition. Si, comme c'est le cas dans plusieurs instruments internationaux¹⁵⁴, la convention en question prévoit la responsabilité des personnes morales, une disposition

¹⁵³ Voir, pour cette constellation, les arrêts du Tribunal fédéral du 19 juin 2013, 1C_515/2013, consid. 1.2 et 1C_525/2013, consid. 2.1.1.

¹⁵⁴ Voir N 695 ss *infra*.

devrait être consacrée à l'application des titres de compétence envisagés dans le cadre de cette responsabilité.

Certes moins ambitieux, un tel procédé présenterait l'avantage de pouvoir déjà prendre en considération une circonstance tout à fait concrète, à savoir la nature de l'infraction commise. La matière ainsi délimitée, il est plus aisé de déterminer quel(s) titre(s) de compétence doi(ven)t primer, quelles sont les conditions dont va être assorti l'exercice de certaines compétences pénales, et, enfin, de définir la notion de « lieu de commission » par rapport à cette(ces) infraction(s), déterminée(s) par le champ d'application matériel de la convention. De telles règles auraient également le mérite de préciser les obligations de poursuite des Etats en lien avec les infractions couvertes par la convention.

93

Par ailleurs, pour assouplir une hiérarchie rigide des principes de compétence, LELIEUR-FISCHER a proposé une piste intéressante de réflexion, reposant sur un système de pondération des titres de compétence : chaque chef de compétence se voit attribuer un coefficient en fonction de l'importance qui lui est reconnue, les Etats concurremment compétents dans un cas concret étant classés selon le poids conféré au principe sur la base duquel ils affirment leur compétence, les coefficients s'additionnant si un (des) Etat(s) sont compétents à plus d'un titre. L'affaire est ensuite normalement traitée par l'Etat obtenant le coefficient le plus élevé¹⁵⁵. Un tel système permet une certaine flexibilité¹⁵⁶ et devrait généralement conduire en pratique à attribuer le dossier à l'Etat présentant en l'espèce les liens les plus étroits avec l'infraction. Par exemple, si une infraction de corruption commise au sein d'une entité collective se localise tant dans l'Etat A que dans l'Etat B et que l'entreprise a son siège dans l'Etat B, c'est à ce dernier que la poursuite contre l'entreprise devra être attribuée. Enfin, une règle visant à éviter que les participants à une infraction soient poursuivis et jugés dans des procédures et des Etats différents devrait également être prévue¹⁵⁷. Cette dernière prescription est particulièrement opportune pour éviter une atomisation des procédures en matière de criminalité entrepreneuriale.

94

A l'échelle interne, le recours au principe d'opportunité plutôt qu'une modération initiale dans l'établissement de sa compétence pénale apparaît plus confortable pour l'Etat. Ce principe présente en effet l'avantage de ne pas créer le risque d'un conflit négatif de compétences. Sa souplesse permet de s'adapter à la situation concrète. Le principe d'opportunité pourrait en revanche avoir

95

¹⁵⁵ LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 12 ss.

¹⁵⁶ LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 14.

¹⁵⁷ Dans le même sens, LELIEUR-FISCHER, Observations, p. 14.

pour effet pervers d'inciter le législateur à prévoir une compétence pénale très large puisque, précisément, il permet à l'autorité pénale, suivant les circonstances, de renoncer à exercer une telle compétence. En outre, en ce qu'il déroge au strict respect de la légalité des poursuites, le principe d'opportunité ne participe pas à la sécurité du droit¹⁵⁸.

⁹⁶ Ce risque se matérialise essentiellement lorsque, à l'instar de l'art. 8 al. 3 CPP, la norme laisse aux autorités le soin de décider si, oui ou non, elles entendent mettre fin à l'action pénale. Lorsque la réalisation de certaines conditions entraîne une obligation d'abandon de la poursuite pénale, la latitude laissée à l'autorité pénale est réduite à l'interprétation des exigences requises pour une telle renonciation¹⁵⁹. Suivant les notions juridiques indéterminées contenues dans ces conditions, la liberté d'appréciation de l'autorité pénale ne doit pas être sous-estimée. Cela étant, celle-ci dispose de toute façon également d'une marge de manœuvre dans l'appréciation des modalités d'exercice de sa compétence. En définitive, le principe d'opportunité restrictif nous semble un instrument adéquat dans la résolution des conflits de compétences. Il ne doit toutefois pas remplacer une détermination raisonnable, par le législateur, du champ d'application spatial de sa loi pénale¹⁶⁰. Certes, une lutte efficace contre l'impunité implique que les Etats ne se montrent pas trop restrictifs dans l'établissement de leur compétence pénale. Il ne faut toutefois pas tomber dans l'excès inverse et multiplier les chefs de compétence, ou donner une interprétation extensive à la notion de lieu de commission.

C. Le cadre posé par le droit international public

§ 1. L'exigence du lien légitime

⁹⁷ La détermination unilatérale de la compétence pénale des Etats est limitée par le droit international public. Le débat, entamé en 1927 avec la célèbre affaire du « Lotus »¹⁶¹, et relatif aux limites assignées par le droit international public en

¹⁵⁸ CR CPP-ROTH, Art. 8 N 1 ss ; WENT, p. 213 ss ; voir aussi, en lien avec la *rule of reasonableness*, BLAKESLEY, Extraterritorial Jurisdiction, p. 41.

¹⁵⁹ Voir CR CPP-ROTH, Art. 8 N 5 s.

¹⁶⁰ Egalement en faveur d'une limitation des compétences pénales, VANDER BEKEN/VERMEULEN/STEVELYNCK/THOMAS, p. 18.

¹⁶¹ CPIJ, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927.

matière de compétences pénales nationales¹⁶², dépasse toutefois le cadre de notre sujet et nous nous en tiendrons donc à quelques brefs rappels.

De manière générale, le droit international, « impose à tout Etat l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre Etat quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée »¹⁶³. A défaut, il viole le principe de non-ingérence qui, en résumé, lui interdit de s'immiscer dans les affaires d'un autre Etat¹⁶⁴.

Pour que sa compétence soit admissible au regard du droit international public, l'Etat doit se prévaloir d'un lien suffisant avec l'acte à l'égard duquel il affirme sa juridiction¹⁶⁵, toute la question, qui s'examinera au regard du cas concret, étant évidemment de savoir ce qu'il faut entendre par « suffisant »¹⁶⁶. Nous notons à ce stade qu'au vu de ce seul critère, l'admission d'une ingérence dans les affaires d'un Etat dépend uniquement du *nexus* – ou plutôt du défaut de *nexus* – entre une situation et l'autre Etat qui revendique une compétence à l'égard de cette situation. A ce critère doit ainsi encore s'ajouter celui du caractère plus ou moins contraignant des effets que produit l'exercice d'une compétence à portée extraterritoriale pour l'Etat qui s'en plaindrait¹⁶⁷. Par

¹⁶² Pour une analyse détaillée, voir HENZELIN, Universalité, N 196 ss et N 418 ss, en particulier N 502 ss ; pour une analyse concise, voir LUDWICZAK, La délégation internationale, N 34 ss et Conseil de l'Europe, compétence extraterritoriale, p. 17 ss.

¹⁶³ Sir GERALD FITZMAURICE, op. indiv. jointe à l'arrêt de la Barcelona Traction rendu par la CIJ le 5 février 1970, § 70.

¹⁶⁴ Pour une définition du principe de non-ingérence, CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), 27 juin 1986, § 205 ; CAMERON, p. 343 ; HENZELIN, Universalité, N 505.

¹⁶⁵ Parmi beaucoup d'autres OXMAN, p. 56 ; voir aussi BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 17 ; OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 124 s. ; SATZGER, p. 39 ; SAFFERLING, p. 13 ; MAIER, p. 87 ; la doctrine germanophone parle généralement de « 'hinreichender' (ou 'sinnvoller' ou encore 'legitimierender') Anknüpfungspunkt » (voir notamment AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 26 ; SATZGER, p. 39 ; SAFFERLING, p. 13), la doctrine anglophone de « 'genuine' (ou 'legitimizing') link » (entre autres, MANN, p. 46 ; AMBOS/WIRTH, p. 778 ; SATZGER, p. 39 ; SAFFERLING, p. 13). Abordant la problématique sous un angle un peu différent, le Conseil de l'Europe a émis la proposition suivante : « le droit international public impose une restriction à la liberté qu'ont les Etats d'établir des formes de compétence extraterritoriale destinées à protéger leurs intérêts propres et ceux de leurs citoyens, dans le sens que leur établissement doit être conforme à la pratique suivie par une partie notable de la communauté internationale. Cette approche est parfois dénommée 'approche des valeurs partagées' » (Compétence extraterritoriale, p. 31).

¹⁶⁶ Voir aussi SILVING, p. 321 s. note 45 : « [t]he question of the permissible scope of (...) legislative jurisdiction of one state over the territory of another or of the extent to which territorial jurisdiction may deviate from territorial sovereignty has not been uniformly answered in time or in space ».

¹⁶⁷ HENZELIN, Universalité, N 592 ; dans le même sens, MAIER, p. 78 s. ; voir aussi DAILLIER/FORTEAU/PELLET, qui, à la lueur de l'arrêt de la CIJ, Nicaragua c. Etats-Unis, soulignent l'importance de l'élément de contrainte dans l'appréciation de la licéité d'un acte étatique au regard du principe de non-ingérence

exemple, la prise en considération, par l'Etat du for de la poursuite pénale, du droit applicable dans l'Etat du lieu de commission de l'infraction permet d'atténuer la portée d'une législation pénale extraterritoriale¹⁶⁸. Rappelons encore qu'au vu du défaut de reconnaissance, au niveau international, du principe *ne bis in idem*, l'usage, par un Etat, de sa compétence pénale n'affecte pas celle des autres Etats (à l'exception de ceux qui sont parties à un traité prévoyant expressément l'application de ce principe, à l'instar des Etats parties à la CAAS).

100

Par ailleurs, certains principes de compétence sont largement reconnus en droit international, de sorte qu'ils passeront en règle générale *ipso facto* le test du lien suffisant, parfois pour autant que certaines conditions – telles la présence de l'auteur sur le territoire, le principe de double incrimination, voire une priorité accordée à la poursuite par l'Etat du lieu de commission¹⁶⁹ – tempérant les effets de la loi pénale à portée extraterritoriale, soient prévues. En outre, le fait que le principe de compétence pénale dont se prévaut un Etat à l'égard d'une infraction découle d'une obligation – voire même d'un droit – prévu(e) dans une convention internationale est un indice fort en faveur d'une reconnaissance internationale de ce principe, ce d'autant si l'accord a été largement ratifié. Il faut également relever que certains principes de compétence, en particulier les principes de l'universalité et de protection, ne sont pleinement reconnus qu'à l'égard de certains crimes, de sorte que leur application à d'autres catégories d'infractions est sujette à caution¹⁷⁰. Quant au principe de territorialité, s'il bénéficie, dans l'abstrait, d'une légitimité incontestable au regard du droit international, il n'est pas automatiquement exempt de tout reproche au vu des interprétations exorbitantes dont il fait parfois l'objet.

(p. 487 s. ; voir CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), 27 juin 1986, § 205).

¹⁶⁸ VAN DEN WYNGAERT, p. 140 ; voir aussi AKEHURST, qui indique que certains auteurs voient une violation du droit international dans le fait d'interdire un comportement qui est autorisé dans l'Etat dans lequel il est adopté, étant précisé que lui-même, constatant que la pratique des Etats ne va pas en ce sens, n'adhère pas à cette conclusion (p. 168 ; apparemment dans le même sens qu'AKEHURST, MANN, p. 153).

¹⁶⁹ Voir ASCENSIO, p. 590.

¹⁷⁰ Voir, pour le principe de protection, CAMERON, p. 306 ss.

§ 2. Le contrôle par le juge de la légalité de sa compétence au regard du droit international public

Les juridictions pénales sont tenues d'examiner d'office leur compétence¹⁷¹. L'analyse doit s'effectuer tant au regard du droit interne que du droit international public. Il appartient ainsi au juge de vérifier que sa compétence pénale n'apparaît pas si exorbitante qu'elle pose problème au regard du droit international public¹⁷². Un tel examen doit s'effectuer de manière objective, en ce sens que l'absence de protestation de(s) l'(l') Etat(s) potentiellement touché(s) par un acte normatif à portée extraterritoriale ne permet pas d'admettre *ipso facto* son admissibilité au regard du droit international¹⁷³. La personne – physique ou morale – appelée à comparaître devant une juridiction revendiquant une compétence qui violerait la souveraineté d'un autre Etat est habilitée à faire valoir un tel grief¹⁷⁴.

Par ailleurs, il ressort à notre sens de l'arrêt de la CourEDH « Jorgic c. Allemagne »¹⁷⁵ que le principe de non-ingérence est également pertinent pour apprécier la compatibilité de l'affirmation d'une compétence pénale avec le droit international des droits de l'homme. Si l'état de fait ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour n'a rien à voir avec la criminalité entrepreneuriale, l'arrêt nous semble tout de même mériter que l'on s'y arrête, du fait que, sur le plan procédural, l'on peut en déduire que la question de savoir si le juge est « établi par la loi » au sens de l'art. 6 CEDH doit aussi se vérifier au regard du droit

¹⁷¹ Dans le même sens, dans le cadre de l'exercice non autorisé de la compétence exécutive d'un Etat sur le territoire d'un autre, SCHULTZ, *Male captus* ?, p. 81.

¹⁷² Voir la décision du TPF du 25 juillet 2012, BB.2011.140, consid. 3.5.

¹⁷³ Dans le même sens, SCHUBARTH, *Faustrecht*, p. 174. L'opinion contraire est fondée sur l'idée, fortement teintée de dualisme qui veut que le principe de non-ingérence est voué à la protection exclusive de l'Etat, qui peut librement renoncer à s'en prévaloir (voir RIGAUX, p. 219 ; dans ce sens également, COMBACAU/ SUR, p. 361). Dans cette conception, une atteinte à la souveraineté ne concerne que les rapports entre Etats, doit être résolue sur le plan diplomatique, et échappe ainsi à la sphère de compétence des autorités judiciaires ; voir à cet égard RIGAUX, p. 220. Selon AKEHURST, « [t]he acid test of the limits of jurisdiction in international law is the presence or absence of diplomatic protests » (p. 176) ; dans le même sens, MAIER, p. 82. A juste titre, RIGAUX se montre critique à l'égard d'un tel critère, soulignant en particulier que l'absence de protestation de la part d'un Etat suite à l'exercice, par un autre Etat, d'une compétence pénale, ne signifie pas nécessairement que le premier l'estime licite mais peut résulter de divers facteurs, tels que la sauvegarde d'autres intérêts ou le rapport de force entre les deux acteurs étatiques (p. 220) ; dans le même sens que RIGAUX, voir l'op. dissid. du juge ALTAMIRA dans l'affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, p. 98.

¹⁷⁴ Voir la décision du TPF du 25 juillet 2012, BB.2011.140, consid. 3.5 ; voir aussi, sur le plan de la compétence des juridictions internationales, l'arrêt du 2 octobre 1995 de la Chambre d'Appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire « Le Procureur contre Duško Tadić », relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, § 55.

¹⁷⁵ Arrêt CourEDH, Jorgic c. Allemagne, Requête n° 74613/01, 12 juillet 2007.

international. *A priori*, il n'y a pas de raison que cette jurisprudence ne soit pas transposable aux autres types de criminalité.

103 Cette affaire a pour trame de fond l'affirmation d'une compétence universelle des autorités allemandes, prévue à l'ancien § 6 ch. 1 du code pénal allemand, pour connaître des actes de génocide commis durant le conflit en ex-Yougoslavie et reprochés en l'occurrence à M. Jorgic, ressortissant de Bosnie-Herzégovine et d'origine serbe. Devant la Cour, le requérant, qui avait été condamné par les juridictions allemandes pour génocide, s'est prévalu du principe de non-ingérence qui, selon lui, faisait obstacle à l'établissement d'une compétence pénale fondée sur le principe d'universalité¹⁷⁶. Il en a déduit, entre autres, que le juge allemand n'était pas un tribunal « établi par la loi » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁷⁷.

104 Selon la Cour, le cas qui lui est soumis questionne effectivement le sens des termes « établi par la loi ». Dans un premier temps, la Cour rappelle que la « loi » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH vise la législation interne relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, de sorte qu'un tribunal qui ne sera pas compétent selon son droit interne ne serait pas « établi par la loi »¹⁷⁸. Dans un deuxième temps, la Cour vérifie si la décision des juridictions allemandes de reconnaître leur compétence, en conformité avec leur droit interne, est admissible au regard du droit international public¹⁷⁹, ce à quoi elle répondra par l'affirmative, concluant que le droit international autorise la compétence universelle en matière de génocide. Ainsi, dit-elle, « l'interprétation faite par les juridictions allemandes des dispositions et règles applicables du droit international public, à la lumière desquelles [doivent] s'interpréter les dispositions du code pénal, n'[est] pas arbitraire »¹⁸⁰. Partant, les juges de Strasbourg rejettent le grief tiré de l'art. 6 § 1 CEDH.

105 Dans cet arrêt, la Cour semble franchir un pas supplémentaire par rapport à sa jurisprudence traditionnelle. Cette dernière donne classiquement aux termes « établis par la loi » une signification à prépondérance formelle : la création et la composition d'un tribunal doivent être établies par une loi adoptée par l'organe législatif et non laissées à la discrétion de l'exécutif¹⁸¹. Or, dans l'arrêt « Jorgic »,

¹⁷⁶ *Ibid.*, § 58.

¹⁷⁷ *Ibid.*, § 55.

¹⁷⁸ *Ibid.*, § 64.

¹⁷⁹ *Ibid.*, § 67.

¹⁸⁰ *Ibid.*, § 70.

¹⁸¹ Voir, entre autres, l'arrêt CourEDH, Oleksandr Volkov c. Ukraine, Requête n° 21722/11, 9 janvier 2013, § 150 s. ; l'arrêt CourEDH, Lavents c. Lettonie, Requête n° 58442/00, 28 novembre 2002, §

après s'être assurée que ces conditions classiques étaient remplies, la Cour procède, en sus, à l'examen de la légalité matérielle, au regard du droit international public, des dispositions allemandes régissant la compétence pénale. Le message paraît dès lors clair : l'exercice d'une compétence pénale exorbitante au regard du droit international public remet en cause la légalité du tribunal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH.

114 ; l'arrêt CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, Requêtes n^{os} 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 juin 2000, § 98.

IV. La nature des normes de compétence

A. Droit de fond *versus* droit procédural

§ 1. Distinction entre compétences législative et judiciaire

La question qui se pose est celle de savoir à quelle catégorie de la traditionnelle distinction entre droit pénal de fond ou lois pénales de forme les règles de compétence appartiennent. Le droit pénal de fond est constitué des normes ayant pour objet la définition des infractions, la responsabilité pénale de l'auteur et la fixation des sanctions¹⁸² ; les règles de forme visent, quant à elles, la mise en œuvre des premières, en définissant la manière dont la société va réagir face au crime¹⁸³. La réponse à la question diffère selon que l'on traite de compétence législative ou judiciaire.

La norme de compétence législative fait partie du droit de fond¹⁸⁴. En effet, les limites de la loi pénale sont déterminées par sa portée dans l'espace ; le droit pénal ne s'adresse qu'aux individus qui rentrent, d'une manière ou d'une autre, dans son champ d'application spatial. Au-delà de cette frontière, il « n'existe » en quelque sorte tout simplement pas. Or, et cela ne saurait plus être contesté, « le concept de crime suit la loi pénale »¹⁸⁵ ; sans loi pénale, « il peut bien y avoir des actions immorales mais seule la loi les transforme en [infractions] »¹⁸⁶. L'applicabilité spatiale d'une loi pénale est donc le préalable à toute incrimination, le postulat de départ sans lequel il est impossible de qualifier

¹⁸² PIQUEREZ/MACALUSO, N 6 ; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, N 8.

¹⁸³ PIQUEREZ/MACALUSO, N 2. Ainsi, SCHMID qualifie la procédure pénale de serviteur du droit pénal matériel (Handbuch, N 6).

¹⁸⁴ Dans ce sens ATF 117 IV 369, consid. 4.d) ss ; Jugement du TPF du 25 mai 2012, SK.2012.10, consid.1.2.1 ; arrêt du TPF du 2 décembre 2013, BB.2013.146, consid. 2.1 ; SCHULTZ, Loi pénale dans l'espace I, p. 2 ; HURTADO POZO, N 178 ; PC CP, Rem. prélim. aux art. 3 à 8 N 6 ; AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 6 ; BSK StGB-Popp/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 4 s. ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1639 ; FORSTER SUSANNE, p. 182 ; LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, p. 206 ; JARVERS, p. 226 ; SON, p. 242 s. ; ZERBES, p. 256 ; WEIGEND, p. 271 ; ZHAO/RICHTER, p. 153 ; TELLENBACH, p. 334 ; PETRIG, Extraterritorial jurisdiction, p. 318 ; *contra* Décision du TPF du 25 juillet 2012, BB.2011.140, consid. 2.3 (pour une critique de cette décision, voir note 191) ; dans le même sens également, voir la décision de la CourEDH sur la recevabilité dans l'affaire Ould Dah c. France, Requête n° 13113/03, 17 mars 2009, dans laquelle la Cour est entrée en matière, pour le rejeter, sur le grief tiré de l'art. 7 CEDH en lien avec la compétence législative française, ce qu'elle n'aurait pas fait si elle estimait que les normes de compétence législative ne rentraient pas dans le champ d'application de l'art. 7 CEDH.

¹⁸⁵ HENZELIN, Droit international pénal, p. 86.

¹⁸⁶ HENZELIN, Droit international pénal, p. 86 ; dans le même sens, LOMBOIS, N 11 : « [e]n droit pénal, un comportement n'est répréhensible que si une loi le qualifie de délictueux » ; dans le même sens, LE CALVEZ, p. 13 ; OEHLER, Theorie, p. 116.

d'infraction un comportement donné, puisque le concept de crime suppose une telle applicabilité. Et, dans la mesure où chaque système pénal national est susceptible d'ériger en infraction un fait qu'un autre ne réprime pas, il peut dépendre du choix de la législation pénale applicable que le comportement en question devienne ou non punissable¹⁸⁷. A partir du moment où il ignore si la norme incriminatrice lui est spatialement opposable, l'individu, à l'heure de régler sa conduite, n'est pas en mesure d'apprécier le caractère infractionnel du comportement qu'il envisage d'adopter.

En revanche, la compétence judiciaire relève du droit de procédure¹⁸⁸. En effet, ce n'est pas la compétence conférée à une autorité d'appliquer une règle pénale à un certain comportement qui rend celui-ci constitutif d'une infraction, mais l'adoption de cette norme par le législateur¹⁸⁹. La compétence judiciaire permet la poursuite du comportement pénalement répréhensible mais ce n'est pas elle qui le rend punissable. Elle peut accroître *l'efficacité* de la répression mais elle ne *l'aggrave* pas. Le caractère pénal de l'acte en question résulte de la loi que le juge compétent devra appliquer et qui, vu le principe de solidarité des compétences¹⁹⁰, sera sa loi nationale, et c'est cette dernière opération qui relève du droit pénal matériel.

En d'autres termes, lorsque l'application d'une loi pénale découle de la norme de compétence judiciaire, la règle est en réalité de nature hybride, portant tant sur la compétence législative que judiciaire, et doit être considérée comme une règle de droit de fond en tant qu'elle détermine le champ d'application spatial de la loi pénale¹⁹¹. En revanche, si la norme ne concerne que la compétence judiciaire, il s'agit d'une règle de forme.

¹⁸⁷ Voir LOMBOIS, N 7 ; dans le même sens, SCHULTZ, qui s'exprime en ces termes : « [p]ar les règles sur l'empire de la loi dans l'espace, un Etat ne soumet pas seulement des actes punissables ou des délinquants à son droit, mais il élève encore la prétention plus étendue de décider selon son droit si un acte est ou n'est pas punissable. Cette compétence qu'un Etat s'attribue par l'empire de sa loi dans l'espace, constitue sa souveraineté en matière pénale » (Loi pénale dans l'espace I, p. 2).

¹⁸⁸ Notamment SWART, p. 585 s. ; AMBOS, Der Fall Pinochet, p. 16 s. ; ZHAO/RICHTER, p. 153 ; LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, p. 206 ; JARVERS, p. 226 ; SON, p. 243 ; CORNILS, Internationaler Geltungsbereich, p. 299 ; dans ce sens également, voir la remarque de la CourEDH dans l'arrêt Ould Dah : « le requérant ne conteste pas la compétence des juridictions françaises, question qui ne relève (...) pas de l'art. 7 de la Convention » (Décision sur la recevabilité, Ould Dah c. France, Requête n° 13113/03, 17 mars 2009, p. 10).

¹⁸⁹ Dans le même sens, LUDWICZAK, La délégation internationale, N 10 ; SPIGA, p. 14 s.

¹⁹⁰ Voir N 42 ss *supra*.

¹⁹¹ Dans le même sens, GLESS, Internationales Strafrecht, N 120 ; CAPUS, Strafrecht, p. 313 ; ZERBES, p. 256 ; ZHAO/RICHTER, p. 153 ; JARVERS, p. 226 ; CORNILS, Internationaler Geltungsbereich, p. 299 ; voir aussi les travaux préparatoires relatifs à la réforme du code pénal français, entrée en vigueur en 1994, partiellement reproduits *in* MASSÉ, Le droit pénal international, p. 396 s. Dans l'arrêt du 25 juillet 2012 relatif à l'exercice de la compétence universelle du juge suisse en vertu du nouvel art. 264 m CP, la Cour des plaintes du TPF semble précisément avoir méconnu la nature mixte de cette disposition,

§ 2. L'application de l'art. 7 CEDH

La différence entre règle matérielle et droit procédural n'est pas académique : de cette classification dépend l'application du principe de la légalité des délits et des peines, tel que consacré, au niveau international, aux art. 7 CEDH et 15 du Pacte II¹⁹².

L'art. 7 § 1 CEDH est libellé comme suit : « [n]ul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». En d'autres termes, selon la formule classique des juges strasbourgeois, l'art. 7 CEDH exige que « le justiciable [puisse] savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »¹⁹³, ainsi que la sanction qu'il risque¹⁹⁴, ce afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence¹⁹⁵. Il en ressort que le principe de la légalité pénale au sens de l'art. 7 CEDH ne se rapporte qu'au droit de fond, à l'exclusion des normes de procédure¹⁹⁶.

l'appréhendant uniquement sous l'angle de la compétence judiciaire, sans tenir compte du fait que l'art. 264^m CP ne se contente pas de régler la compétence du juge suisse mais consacre également l'applicabilité du droit suisse en vertu du principe de l'universalité. Il est à cet égard symptomatique de constater que les références citées par le TPF, à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'art. 264^m CP est une norme de procédure non soumise à l'interdiction de la rétroactivité, renvoient à de la jurisprudence et de la doctrine traitant du *for intercantonal*. En outre, le TPF se réfère dans son arrêt à l'ATF 117 IV 369, consid. 4. d, qui, effectivement, rappelle que les normes de procédure ne sont pas régies par le principe de rétroactivité (BB. 2011.140, consid. 2.3). Cela étant, le TPF va trop vite en besogne car, au considérant suivant, le Tribunal fédéral soumet les règles relatives à l'étendue de la loi pénale dans l'espace à l'interdiction de la rétroactivité, leur daignant ainsi implicitement le caractère de normes formelles (ATF 117 IV 369, consid. 4. e).

¹⁹² A l'échelle interne, le principe de la légalité est généralement consacré soit par la constitution, soit directement dans le code pénal, ce qui n'empêche pas les Etats ayant opté pour la deuxième solution de lui conférer également une valeur constitutionnelle (voir par exemple l'art. 103 II de la loi constitutionnelle allemande, étant précisé que le principe est également rappelé au § 1 du code pénal allemand. Pour une liste des dispositions des divers ordres juridiques consacrant le principe de la légalité, SCALIA, p. 128 ss).

¹⁹³ Voir, parmi d'autres, l'arrêt CourEDH (GC), *Maktouf et Damjanović c. Bosnie Herzégovine*, Requêtes nos 2312/08 et 34179/08, 18 juillet 2013, § 66 ; l'arrêt CourEDH (GC), *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010, Requête n° 36376/04, § 185 ; l'arrêt CourEDH, *Jorgic c. Allemagne*, Requête n° 74613/01, 12 juillet 2007, § 100.

¹⁹⁴ Voir notamment l'op. concord. commune des juges ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN et JEBENS, relative à l'arrêt de la CourEDH (GC), *Kononov c. Lettonie*, Requête n° 36376/04, 17 mai 2010, § 6.

¹⁹⁵ Voir notamment l'arrêt CourEDH (GC), *Kononov c. Lettonie*, Requête n° 36376/04, 17 mai 2010, § 187.

¹⁹⁶ Voir parmi d'autres l'arrêt CourEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, Requêtes nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 juin 2000, §§ 144 et 148 ss ; l'arrêt CourEDH (GC), *Scoppola c. Italie* (n° 2), Requête n° 10249/03, 17 septembre 2009, § 110 ; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, N 10.

A ce stade, nous nous permettons une parenthèse : dans la mesure où l'objectif visé par l'art. 7 CEDH est de permettre au justiciable d'adapter son comportement en connaissance de ce qui est permis et interdit¹⁹⁷, il faut examiner le respect du principe de la légalité en se plaçant au moment de la commission de l'acte et non au moment du jugement. Notre remarque trouve d'ailleurs son ancrage dans les termes même de l'art. 7 CEDH : l'action ou l'omission doit constituer une infraction *au moment où elle a été commise*. Si l'on garde cette composante temporelle en mémoire, il nous semble que celle-ci clôt le débat relatif à l'applicabilité de l'art. 7 CEDH aux règles sur la prescription. En effet, la question de la prescription n'a pas d'incidence sur la question de savoir si, à l'heure de l'adoption d'un comportement déterminé, celui-ci engage ou non la responsabilité pénale de son auteur. Elle n'intervient que – très – postérieurement à la réalisation de l'acte répréhensible. Ainsi, à notre sens, indépendamment de la classification, selon les ordres juridiques internes, de la prescription dans le droit matériel ou procédural, les règles y relatives sortent du champ d'application de l'art. 7 CEDH¹⁹⁸. Le raisonnement est le même s'agissant des normes relatives à la plainte ainsi que des lois d'amnistie, qui sont précisément en principe promulguées ultérieurement à la commission de l'acte¹⁹⁹.

112

Pour en revenir au sujet qui nous occupe, la norme de compétence législative doit donc respecter l'art. 7 CEDH. En revanche, la règle de compétence judiciaire n'y est pas soumise.

113

Dans un souci d'exhaustivité, nous précisons que l'inapplicabilité de l'art. 7 CEDH à la compétence des tribunaux, n'empêche toutefois pas l'unanimité²⁰⁰. C'est ainsi que, selon LEVASSEUR, « [t]out délinquant doit savoir devant quelle juridiction il sera appelé à comparaître, et cela dès le jour même où il commet son infraction »²⁰¹. La motivation de l'auteur, guidée par le concept du « juge

114

¹⁹⁷ Voir aussi HALLEVY : le principe de la légalité découle du « supra-principe » du libre choix, p. 5.

¹⁹⁸ Apparemment dans le même sens, l'opinion concordante commune des juges ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN et JEBENS, relative à l'arrêt de la CourEDH (GC), Kononov c. Lettonie, Requête n° 36376/04, 17 mai 2010, § 6.

¹⁹⁹ Une réserve est donc faite s'agissant du cas particulier d'une loi d'amnistie adoptée avant la commission de l'infraction.

²⁰⁰ On soulignera à toutes fins utiles qu'il convient de distinguer la problématique du bien-fondé de la soustraction des normes de procédure du champ d'application de l'art. 7 CEDH de la question de la classification de telle ou telle règle dans les lois de fond ou de forme, notamment s'agissant des règles relatives à la prescription (voir notamment à cet égard, l'arrêt CourEDH, Coëme et autres c. Belgique, Requête n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 juin 2000, § 143 ss).

²⁰¹ LEVASSEUR, p. 16.

naturel »²⁰² transparaît dans la première phrase de sa contribution, par le rappel de la place névralgique occupée par le juge dans le processus pénal : « [t]oute l'organisation de la justice répressive, et toute la mise en œuvre du droit pénal lui-même sont orientées vers un moment capital : celui de la sentence »²⁰³ ; et LEVASSEUR de fustiger l'idée reçue qui veut que la nouvelle loi de compétence soit dictée par le seul souci d'une meilleure justice impartiale qui ne cherche à privilégier aucune des parties²⁰⁴. Dans le même sens, le principe de la légalité procédurale entraîne, selon VITU, « la nécessité de juridictions légalement constituées et préexistantes aux faits à juger », « [l]e délinquant [devant] à l'avance connaître son juge »²⁰⁵.

115 La critique est certes pertinente. Les préoccupations de ces deux auteurs semblent toutefois en réalité davantage se rattacher à une problématique de procès équitable que de rétroactivité. LEVASSEUR souligne ainsi que les normes de procédure « ont une importance capitale pour la protection du citoyen contre une action intempestive du pouvoir exécutif »²⁰⁶ et que le risque pour les libertés individuelles que constitue le classement des règles de procédure dans les lois de forme « est surtout apparu à l'occasion de la création des juridictions d'exception »²⁰⁷.

116 Quant à VITU, la conséquence qu'il tire de l'exigence de juridictions établies par la loi antérieurement au comportement reproché est le rejet des « tribunaux dits 'populaires', créés spontanément et sans base légale par des individus démunis de tout mandat officiel, – et les juridictions extraordinaires, constituées souvent pour punir des faits déjà commis, et des coupables déjà connus, selon une procédure mesurée au résultat à atteindre »²⁰⁸. Dans la même optique, l'auteur ajoute que l'on perd de vue le fait que le juge doit être connu du délinquant dès avant la commission de son acte, « si le législateur autorise le pouvoir judiciaire ou le pouvoir exécutif à enlever un inculpé à ses juges naturels, pour le déférer, selon les circonstances, à un autre tribunal spécialement choisi : le dessaisissement fondé, non sur une meilleure administration de la justice pénale, mais sur des raisons d'opportunité politique doit être soigneusement

²⁰² Voir LEVASSEUR, pp. 15 et 23.

²⁰³ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 17 et 21.

²⁰⁵ VITU, p. 97.

²⁰⁶ LEVASSEUR, p. 15.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 16 ; voir aussi, p. 21.

²⁰⁸ VITU, p. 97.

écarté »²⁰⁹. Or, le concept de juge naturel est lié à l'idée d'une justice impartiale, au centre de la notion de *fair trial*²¹⁰, bien plus qu'au principe de légalité au sens de l'art. 7 CEDH. Par ailleurs, nous rappelons que la CourEDH refuse de déduire de l'art. 6 CEDH le droit pour les accusés de choisir leur juridiction de jugement²¹¹.

En conclusion, s'il est effectivement illusoire de prétendre qu'une meilleure administration de la justice et les intérêts individuels des accusés convergent (ce serait plutôt l'inverse), et qu'il n'est bien sûr pas indifférent à l'individu d'être jugé par les tribunaux de tel Etat plutôt que de tel autre, ce sont avant tout les garanties du procès équitable qui doivent octroyer au mis en cause l'assurance d'un traitement égal, impartial et juste, quelle que soit la juridiction saisie. S'il appartient au juge d'appliquer la norme incriminatrice, il ne crée ni infraction, ni sanction et sa compétence échappe ainsi au champ d'application de l'art. 7 CEDH. Dans le domaine de la compétence internationale, il apparaît au surplus difficilement justifiable de permettre au délinquant d'échapper définitivement à toute poursuite en se réfugiant dans un Etat dépourvu, à l'époque de l'infraction, d'une compétence judiciaire à son égard et qui, par hypothèse, aurait une politique extrêmement restrictive en matière d'extradition. Cela étant, nous insistons encore une fois sur le fait que les considérations qui précèdent ne concernent que la compétence judiciaire et présupposent que la compétence législative satisfasse aux exigences de l'art. 7 CEDH.

117

§ 3. Les conséquences de l'applicabilité de l'art. 7 CEDH à la norme de compétence législative

La soumission de la norme de compétence législative à l'art. 7 CEDH a pour conséquence que celle-ci doit respecter toutes les facettes du principe de la légalité des délits et des peines, soit l'interprétation stricte, la prévisibilité et l'accessibilité de la loi pénale, ainsi que leur corollaire, le principe de non-rétroactivité. On rappellera que ce dernier principe s'accompagne de celui qui formellement constitue son exception, soit la rétroactivité *in mitius*²¹² (ou *lex*

118

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Voir GRAVEN JEAN, p. 210 : « [l]a forme ordinaire et moderne [du juge naturel] n'est pas la soumission à un juge irrégulier parce qu'étranger, mais à un juge irrégulier parce qu'occasionnel, établi en raison de circonstances – et le plus souvent de circonstances politiques – exceptionnelles » (italiques omis).

²¹¹ Arrêt CourEDH, Jorgic c. Allemagne, Requête n° 74613/01, 12 juillet 2007, § 65 ; ComissionEDH, Kübli c. Suisse, Requête n° 17495/90, 2 décembre 1992, § 1 de la partie en droit.

²¹² SCALIA, p. 95. La rétroactivité *in mitius* trouve sa justification dans le principe de nécessité des peines : le juge ne doit pas appliquer des lois qui, de l'avis du législateur, sont – devenues – trop sévères et

mitior sous l'angle temporel), qui doit être également déduit de l'art. 7 CEDH²¹³. De la combinaison des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius* découle le fait que le principe de la légalité « ne s'oppose de manière absolue qu'à l'application rétroactive des lois pénales de fond qui aggravent la répression »²¹⁴.

119 De tous les principes précités, c'est celui de la prévisibilité de la loi pénale qui retiendra en particulier notre attention, car il peut être mis à mal par une norme de compétence pénale à portée extraterritoriale. Le point de départ traditionnel est qu'une personne doit en premier lieu obéir aux lois de l'endroit où elle se trouve²¹⁵. C'est à la *lex loci delicti commissi* qu'elle se fie naturellement²¹⁶. En revanche, lorsqu'un Etat revendique sa compétence pour connaître d'un comportement qui n'a pas été adopté sur son territoire, se pose la question de savoir si l'application de la législation pénale de cet Etat était prévisible pour l'auteur. Si ce dernier devait s'attendre à ce que le résultat de son acte survienne sur le territoire de cet Etat ou qu'il a délibérément porté atteinte aux intérêts de ce dernier, la prévisibilité ne pose pas de problème. En revanche, si la compétence se base sur le principe de la personnalité – à tout le moins passive – ou de l'universalité, l'auteur, au moment de la commission de son acte, ne pourra souvent pas prévoir sa soumission au droit du for de la poursuite pénale. En particulier, s'agissant de ce dernier principe de compétence, il a été relevé que l'application d'une loi pénale ne résultait que du hasard du lieu ultérieur de l'appréhension de l'auteur²¹⁷. A cette dernière critique peut être opposé l'argument qu'en théorie les valeurs universelles sur lesquelles se fonde le

ne sont donc plus nécessaires (DELMAS-MARTY, *Légalité pénale*, p. 151) ; voir aussi BOULOC, qui ajoute à cette justification celle de l'intérêt individuel de l'auteur, soulignant que ce serait un contresens de lui appliquer une loi plus dure à son encontre, sous prétexte d'un principe de non-rétroactivité qui est précisément destiné à le protéger (Droit pénal, N 161).

²¹³ La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a en effet, pour la première fois, considéré dans l'affaire *Scoppola c. Italie*, Requête n° 10249/03, 17 septembre 2009 § 108 s. que l'art. 7 CEDH garantit également la rétroactivité *in mitius* (voir aussi pour une critique de la position de la Cour à cet égard, l'op. dissid. du juge NICOLAU, à laquelle se sont ralliés les juges BRATZA, LORENZEN, JOČIENE, VILLIGER et SAJÓ, p. 44 ss). Par ailleurs, le principe de la rétroactivité *in mitius* est expressément consacré à l'art. 15 du Pacte II.

²¹⁴ DESPORTES/LE GUNEH, N 322 ; dans le même sens, arrêt CourEDH, G. c. France, Requête n° 15312/89, 27 septembre 1995, § 26 s. ; voir aussi par exemple les arrêts de la CourEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, Requête n° 14307/88, 25 mai 1993, § 52 ; C.R. c. Royaume-Uni, Requête n° 20190/92, 22 novembre 1995, § 33 ; *Pessino c. France*, Requête n° 40403/02, 10 octobre 2006, § 28 ; *Rohlén c. République tchèque*, Requête n° 59552/08, 18 avril 2013, § 27, dans lesquels la Cour rappelle que l'art. 7 CEDH s'oppose à l'application rétroactive d'un droit pénal qui s'opère au détriment de l'accusé, ce qui signifie, *a contrario*, que le principe de la légalité des délits et des peines ne prohibe pas l'application d'une loi pénale rétroactive plus douce, ou même équivalente à l'ancienne.

²¹⁵ CASSANI/ROTH, p. 458 ; ROTH, *Territorialité*, p. 3 ; DONNEDIEU DE VABRES, pp. 161 ss et 174.

²¹⁶ HUET/KOERING-JOULIN, *Droit pénal*, p. 197.

²¹⁷ LOMBOIS, N 25 ; DESPORTES/LE GUNEH, N 409.

principe de l'universalité transcendent le concept de territorialité et font perdre de son importance à la notion de lieu de commission. Le caractère abject de l'acte se suffirait – presque – à lui-même et l'application d'une loi pénale plutôt que d'une autre ne serait pas déterminante. Cela étant, en pratique, les législations nationales ont, de manière générale, considérablement élargi le champ d'application matériel du principe d'universalité, de sorte que l'observation conserve sa pertinence.

D'ailleurs, c'est notamment au nom du principe de la légalité que la doctrine préconise la dissociation des compétences législative et judiciaire lorsque la deuxième se fonde sur l'un des chefs de compétence précités, et l'application de la *lex loci delicti commissi*²¹⁸.

Précisons par ailleurs que, si le principe de non-rétroactivité ne prohibe catégoriquement que les normes pénales qui *renforcent* la punition, l'on peut, par identité de motifs, en déduire que le principe de la légalité ne s'oppose de manière absolue qu'à l'application imprévisible des normes pénales matérielles qui *aggravent* la répression.

De lege lata, et comme vu sous II. *supra*, les Etats ne vont pas jusqu'à appliquer directement le droit étranger du lieu de commission, aussi extraterritoriale la portée de leur compétence soit elle. Ils tiennent en revanche compte de la loi de l'Etat territorial dans le cadre de deux principes, celui de la double incrimination et de la prise en considération du droit étranger plus favorable quant aux sanctions (*lex mitior*), pour satisfaire au principe de prévisibilité du droit pénal²¹⁹. Comme nous le verrons plus loin²²⁰, il n'est *en principe* pas question de double incrimination ni de prise en considération du droit étranger plus favorable lorsque la compétence pénale se fonde sur le principe de territorialité. Or, le principe de prévisibilité peut être mis à mal par une interprétation démesurée de la notion de lieu de commission²²¹. D'ailleurs, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose également à une acception trop large de la notion. Dès lors, une définition raisonnable du lieu de commission sert également le respect de l'art. 7 CEDH.

Le principe de double incrimination occupe une place importante dans le domaine de la compétence pénale. Il pose une série de questions, à commencer par sa signification concrète. Des interrogations supplémentaires se profilent

²¹⁸ Voir N 42 ss *supra* et GAETA, The Need Reasonably to Expand, p. 604.

²¹⁹ Dans le même sens, PETRIG, Extraterritorial jurisdiction, p. 319.

²²⁰ Voir N 439 ss *infra*.

²²¹ Voir N 270 ss *infra*.

lorsque l’auteur considéré de l’infraction est une entité collective. Nous lui consacrons donc une section à part entière et y renvoyons le lecteur pour un plus ample examen de la double incrimination dans sa dimension garantiste²²². La prise en considération de la *lex mitior*, qui va souvent de pair avec le principe de double incrimination, est également étudiée un peu plus avant dans la section en question.

B. Classification de la norme de compétence législative

¹²⁴ En Allemagne, la doctrine dominante qualifie les règles régissant le champ d’application spatial de la loi pénale de conditions objectives de punissabilité²²³. Une telle nomenclature semble pour ces auteurs essentiellement destinée à leur permettre d’exclure les normes de compétence législative de la catégorie des éléments constitutifs de l’infraction, de manière à ce qu’il soit indifférent que l’intention de l’auteur les ait, ou non, englobées²²⁴. On rappellera en effet que l’intention de l’auteur n’a pas à porter sur les conditions objectives de punissabilité²²⁵.

¹²⁵ La conception helvétique classique de la condition objective de punissabilité permet toutefois difficilement d’y inclure la norme de compétence législative²²⁶. Une liste exhaustive des conditions objectives de punissabilité a d’ailleurs été dressée en son temps par SCHAAD, dans laquelle les règles régissant le champ d’application spatial du droit pénal suisse n’ont pas été incluses²²⁷. Classiquement, la condition objective de punissabilité est décrite dans la disposition spéciale et représente matériellement un événement dommageable dont la survenance est nécessaire pour déclencher la punissabilité de l’auteur²²⁸.

²²² Voir N 153 ss *infra*.

²²³ LK-WERLE/JEBBERGER, Vor § 3 N 452 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Vorbem. §§ 3-9 N 79 ; AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 4 s. ; SAFFERLING, p. 9 ; voir aussi SATZGER, qui les qualifie de « pré »-conditions objectives de punissabilité (p. 50) ; critique, NAMAVICIUS, p. 33 ; visiblement *contra* JAKOBS, p. 111 s.

²²⁴ LK-WERLE/JEBBERGER, Vor § 3 N 452 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Vorbem. §§ 3-9 N 79 ; voir aussi TRÖNDLE, Vor § 3 N 57 ; JESCHECK/WEIGEND, p. 180 ; *contra* OEHLE, Internationales Strafrecht, p. 134 s., p. 212 s., p. 392 s.

²²⁵ SCHAAD, p. 24 s. ; TRECHSEL/NOLL, p. 77.

²²⁶ Dans le même sens, GLESS, Internationales Strafrecht, N 122.

²²⁷ Voir SCHAAD, p. 55 ss. On notera d’ailleurs que, dans sa thèse, SCHAAD précise que l’endroit où se réalise la condition objective de punissabilité ne joue aucun rôle dans la détermination du rattachement territorial, ce qui démontre bien que l’auteur n’a absolument pas entendu faire le rapprochement entre critère de rattachement et condition objective de punissabilité (SCHAAD, p. 49 ; dans le même sens, STRATENWERTH, AT I, p. 152).

²²⁸ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 337 ; voir aussi la définition plus technique donnée par SCHAAD, p. 36.

Or, il est conceptuellement difficile d'assimiler les termes « commet en Suisse (...) » ou « commet à l'encontre d'un Suisse (...) » à la notion « d'évènement dommageable ». Aussi, la doctrine suisse ne range-t-elle traditionnellement pas la norme de compétence législative dans la catégorie des conditions objectives de punissabilité.

En revanche, certains auteurs suisses s'alignent sur la doctrine allemande en ce qu'ils défendent une conception strictement objective du facteur de rattachement²²⁹. Cette opinion est rejetée par une partie importante de la doctrine helvétique, qui préconise l'appréciation du lien de rattachement entre l'auteur et l'Etat du for de la poursuite sous un angle subjectif, à tout le moins dans le cadre de l'application du principe de territorialité fondé sur la théorie de l'ubiquité²³⁰.

Une justification de la théorie objective qui ne trouverait son fondement que dans la classification dogmatique de la norme de compétence législative n'emporte pas la conviction, ce d'autant qu'elle conduit rapidement à un raisonnement circulaire : à dire que l'intention de l'auteur n'a pas à porter sur le critère de rattachement car il ne s'agit pas d'un élément constitutif de l'infraction mais d'une condition objective de punissabilité, on en vient facilement à justifier la classification de la norme de compétence législative dans cette dernière catégorie par le fait que l'intention de l'auteur n'a pas à porter dessus. En revanche, la théorie objective peut se défendre en ce sens qu'elle estime que la nécessité de punir (« *Strafbedürftigkeit* ») découle de la seule survenance objective du lien de rattachement²³¹.

Les partisans d'une théorie subjective, quant à eux, avancent en général des motifs d'ordre garantiste « [u]n auteur d'infraction ne devrait pas être poursuivi ou puni pour violation des règles d'un ordre juridique qu'il n'a pas voulu troubler (ou qu'il n'a pas prévu ou n'aurait pas dû prévoir de troubler, s'agissant d'infractions commises par négligence) »²³².

Cette fonction garantiste explique d'ailleurs pourquoi ces auteurs s'intéressent tout particulièrement au principe de territorialité, tel qu'interprété par la théorie de l'ubiquité : ce principe est finalement celui qui est le plus « dangereux » pour

²²⁹ RIKLIN, p. 583 ; SCHWARZENEGGER, *Der räumliche Geltungsbereich*, p. 126 s.

²³⁰ GERMANN, p. 243 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 7 ; ROTH, *Territorialité*, p. 4 ; CR CP I–HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 37 ; voir aussi, en lien avec le droit états-unien, FELKENES, p. 584.

²³¹ La fonction de la condition objective de punissabilité est d'ailleurs précisément de limiter le droit de punir en ce sens que la nécessité d'un châtement n'apparaît donnée qu'en raison de sa survenance (voir SCHAAD, p. 30).

²³² ROTH, *Territorialité*, p. 4 ; dans le même sens, GERMANN, p. 243.

l’auteur, puisqu’il ne prend pas en considération une quelconque *lex mitior* et ne reconnaît le principe *ne bis in idem* que de manière restreinte²³³. Une conception subjective du lien de rattachement présente d’ailleurs l’avantage de limiter une application trop étendue du principe de l’ubiquité, en ce qu’elle admet que le lieu du résultat ne fonde un lieu de commission que si la survenance du résultat à cet endroit a été envisagée par l’auteur, ou aurait dû être envisagée s’agissant d’infractions par négligence. Nous reviendrons plus en détail sur la théorie subjective en lien avec le principe de territorialité sous VI.C.§ 3.c *infra*.

130

La théorie subjective emporte notre adhésion et nous souscrivons aux arguments garantistes. Cela étant, à notre sens, elle se justifie également de manière plus générale au vu de la fonction de la norme de compétence. En dehors du champ d’application dans l’espace du droit pénal, défini par la norme de compétence législative, il n’y a pas de loi pénale. Sans loi pénale, il n’y a pas d’infraction²³⁴. Sans infraction, il n’y a pas d’illicéité. En d’autres termes, le caractère blâmable du comportement de l’auteur (« *Strafwürdigkeit* ») n’est donné qu’en fonction d’une loi pénale spatialement applicable. Or, à défaut de pouvoir reprocher à l’auteur un comportement blâmable, il n’est pas nécessaire de se poser la question de la nécessité de punir (« *Strafbedürftigkeit* »). En ce sens, l’état de fait légal n’est en réalité complet qu’en tant qu’il est lu à la lumière de la norme de compétence, qui y est donc implicitement contenue²³⁵. Ainsi, les règles régissant le champ d’application du droit pénal dans l’espace doivent être considérées comme des (pré)-éléments constitutifs de l’énoncé légal²³⁶. Dans cette conception, l’intention de l’auteur devrait en principe également porter sur les critères de rattachement, en conséquence de quoi l’art. 13 CP relatif à l’erreur sur les faits serait applicable²³⁷. Nous relevons à ce stade que l’erreur sur les faits de l’auteur physique, qui se rapporte aux éléments constitutifs subjectifs de l’infraction et, donc, à la typicité de celle-ci, profite à l’entité collective à qui l’infraction aurait pu être imputée.

131

L’admission d’une conception subjective du lien de rattachement permet également de renforcer le lien entre l’auteur de l’infraction et l’Etat qui revendique le droit de le juger, car il suppose que l’auteur ait effectivement

²³³ Voir les art. 54 et 55 CAAS et, pour le droit suisse, l’art. 3 al. 2 CP.

²³⁴ Voir N 48 ss *supra*.

²³⁵ Dans le même sens, BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 4 ; JAKOBS, p. 111 s.

²³⁶ Dans le même sens, JAKOBS, p. 111 s.

²³⁷ BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 7 ; pour une position plus nuancée, voir NAMAVIČIUS, p. 104 ss.

voulu, à tout le moins par dol éventuel, porter atteinte à cet Etat, ce qui justifie d'autant plus l'ouverture, par ce dernier, d'une poursuite pénale à son encontre.

En pratique, la question de l'intention de l'auteur ne jouera probablement un rôle que lorsque le critère de rattachement se fonde sur le territoire ou la nationalité de la victime²³⁸. En effet, tant dans le cadre de la compétence réelle que dans celui de la compétence universelle, le critère de rattachement est intrinsèquement lié à la nature du crime. L'intention de l'auteur de réaliser les éléments constitutifs de l'infraction englobera donc automatiquement le lien de rattachement. La compétence personnelle active n'entre pas en ligne de compte car, outre le fait que rares seront les cas où l'auteur ne connaît pas sa nationalité, celle-ci s'examine au moment de la poursuite pénale²³⁹. Dans le cadre du principe de la territorialité, l'intention de l'auteur englobera nécessairement le lieu où il adopte le comportement pénalement reproché. Mais sa conscience et sa volonté doivent également porter sur le résultat, ce qui inclut, comme cela sera développé plus loin²⁴⁰, le lieu de sa survenance. Reste la question de l'exigence de l'intention de l'auteur eu égard à la nationalité de la victime, en lien avec la compétence personnelle passive. A la différence des autres principes de compétence qui se basent sur le lien entre l'acte de l'auteur, ou la nationalité de ce dernier, et l'Etat qui se déclare compétent, le principe de la personnalité passive se fonde exclusivement sur le lien entre la victime et l'Etat. L'intention de l'auteur doit-elle donc englober ce facteur qui lui est finalement étranger ? La réponse est d'importance dans tous les cas où la nationalité de la victime est totalement indifférente pour la commission de l'infraction.

POPP/KESHELAVA y répondent par l'affirmative²⁴¹. OEHLER apparaît plus ambigu, ne posant qu'une exigence de prévisibilité face au caractère étranger de la nationalité de la victime (l'origine exacte n'ayant pas besoin d'être identifiable)²⁴². Le recours à la notion de prévisibilité nous semble peu satisfaisant en ce que cette notion se réfère soit à un reproche s'apparentant à une négligence, qui n'a pas sa place s'agissant de la commission d'infractions intentionnelles, soit au critère de prévisibilité découlant de l'art. 7 CEDH, qui doit donc être examiné dans ce dernier contexte, et non en lien avec l'intention de l'auteur quant au critère de rattachement fondant la norme de compétence.

²³⁸ Dans le même sens, BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 7.

²³⁹ Voir N 457 *infra* ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Art. 7 N 13 ; CR CP I–HENZELIN, Art. 7 N 4.

²⁴⁰ Voir N 360 *ss infra*.

²⁴¹ BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 7 et Art. 8 N 10.

²⁴² OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 134.

134 Une réponse positive permet de légitimer davantage un critère de rattachement déjà controversé²⁴³, en ce qu'il crée un lien entre l'auteur et l'Etat compétent, par le fait que le premier vise consciemment une victime ressortissante du deuxième. C'est toutefois un tel *nexus* entre l'auteur et son juge qui, de manière consciente et voulue, n'est pas exigé dans le cadre de la mise en œuvre du principe de la personnalité passive, celui-ci ne s'attachant qu'à un attribut propre à la victime de l'infraction. Le fait que, dans de nombreux cas, l'auteur ne connaisse pas la nationalité de sa victime, ce qui conduit à rendre tributaire du hasard la loi pénale qui lui sera applicable, est précisément un argument opposé par les détracteurs du principe de la personnalité passive²⁴⁴. En outre, s'il est généralement admis que l'intention doit englober l'acte et, pour les délits matériels, le résultat, ainsi que le lien de causalité entre les deux²⁴⁵, elle n'a en principe pas à porter sur les caractéristiques propres à la victime (sauf dans les cas où celles-ci peuvent influencer sur la culpabilité). De plus, dans la mesure où l'on ne conçoit pas le principe de la personnalité passive uniquement comme une sorte de prolongement du principe de protection, mais également comme l'expression d'une certaine défiance entre Etats²⁴⁶, ce dernier motif, indépendamment de son bien-fondé, suppose que l'Etat exerce sa compétence y compris dans le cas où la nationalité de la victime est sans importance pour l'auteur. Enfin, de manière plus pragmatique, admettre que l'erreur sur les faits puisse également se rapporter à la nationalité du lésé engendre le risque d'une appréciation différente, selon, par exemple, que la victime présente, ou non, les particularités physiques type de son Etat d'origine. En effet, si tel n'est pas le cas, l'auteur pourra se prévaloir d'une erreur inévitable en invoquant le fait qu'au vu des caractéristiques physiques de sa victime, il ne pouvait pas s'attendre à ce que celle-ci soit de telle ou telle nationalité, ce qui apparaît difficilement justifiable.

135 Quant à l'erreur sur l'illicéité, elle trouvera application si ces conditions qui, en Suisse, sont énumérées à l'art. 21 CP, sont réalisées. L'erreur sur l'illicéité suppose que l'auteur ait adopté le comportement typique tout en ayant le sentiment d'agir, de manière générale, conformément à l'ordre juridique, sans que l'on puisse lui reprocher de ne pas avoir eu de doutes quant à la licéité de son acte²⁴⁷. L'approche adoptée est restrictive et il suffit, pour exclure l'erreur

²⁴³ Voir notamment BÖSE/MEYER, p. 341 ; voir aussi N 462 *infra*.

²⁴⁴ Voir MEYER JÜRGEN, p. 113 s.

²⁴⁵ CR CP I–THALMANN, Art. 13 N 4.

²⁴⁶ Voir LUDWICZAK, La délégation internationale, N 133 s.

²⁴⁷ CR CP I–THALMANN, Art. 21 N 7 s. et 19.

sur l'illicéité, « que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit »²⁴⁸. Dans le cadre du champ d'application spatial du droit pénal, l'auteur peut avoir l'impression d'agir de manière conforme au droit si, par hypothèse, il se conforme à la législation en vigueur dans l'Etat où il se trouve, sans pouvoir prévoir qu'un autre ordre juridique revendique une compétence pour connaître de ses actes.

Par exemple, un journaliste qui tiendrait à l'étranger un « blog » contenant des propos parfaitement légaux au lieu où il se trouve mais condamnables (car par exemple diffamatoires) en droit suisse, pourrait plaider l'erreur sur l'illicéité devant la justice pénale helvétique qui le poursuivrait sur la base du principe de la compétence territoriale, vu l'accès au « blog » en Suisse. En revanche, l'employé suisse travaillant dans une entreprise étrangère et qui, connaissant le caractère condamnable en Suisse de son comportement, se livre à des actes relevant de la corruption selon le droit helvétique, mais par hypothèse licite au lieu du siège de son employeur, ne pourra se prévaloir du fait qu'il ne pouvait envisager l'application du droit pénal suisse – en l'espèce sur la base de la compétence personnelle active – car il ne pourra revendiquer le sentiment d'avoir agi en conformité avec ce qui se doit²⁴⁹. Dans une large majorité des cas, l'erreur de droit devrait finalement se recouper avec le grief tiré de l'art. 7 CEDH, soit l'imprévisibilité de l'incrimination, découlant du défaut de prédictibilité de l'application de la norme de compétence législative²⁵⁰. Nous soulignons par ailleurs que l'erreur sur l'illicéité, qui intéresse la culpabilité de l'auteur physique, ne profite pas à l'entité collective à qui l'infraction peut être imputée.

En conclusion, les liens factuels de rattachement font partie intégrante de la base légale incriminatrice de la partie spéciale. L'intention, fût-ce sous la forme du dol éventuel, doit les englober, à l'exception de la nationalité de l'auteur et de celle de la victime. En cas d'infraction par négligence, il faut que le critère de rattachement ait été reconnaissable pour l'auteur.

²⁴⁸ ATF 104 IV 217, JdT 1980 IV 2.

²⁴⁹ Voir aussi BGHSt 45, 97, p. 100 s., arrêt dans lequel le Tribunal fédéral allemand souligne qu'il ne suffit pas, pour qu'une erreur de droit soit admise, que l'auteur ait agi dans la méconnaissance de sa punissabilité et du droit applicable ; l'erreur de droit suppose en effet que l'auteur ait adopté le comportement reproché en ayant eu le sentiment – général – d'agir conformément au droit.

²⁵⁰ Visiblement dans ce sens, NAMAVIČIUS, p. 33.

C. Conséquences du défaut de compétence législative

- 138 En 1979, dans sa jurisprudence relative à la modification de la notion du résultat au sens de l'art. 8 CP²⁵¹, alors l'art. 7 aCP, le Tribunal fédéral a estimé que le défaut d'applicabilité du droit suisse devait entraîner l'acquiescement de l'auteur²⁵². Il est suivi sur ce point par une partie de la doctrine²⁵³.
- 139 La doctrine allemande, en revanche, ne parvient pas à la même conclusion, et ce malgré la classification de la norme de compétence comme condition objective de punissabilité, dont l'absence emporte normalement acquiescement de l'auteur²⁵⁴. A l'instar de la jurisprudence, elle voit, dans le défaut de compétence pénale, un empêchement de procéder et aboutit à cette solution en traitant la question sous l'angle de la compétence judiciaire : la non-applicabilité de la loi pénale entraînant l'incompétence *ratione loci* du juge allemand, qui est une condition à la poursuite pénale, elle conduit au classement de la procédure²⁵⁵. Le raisonnement nous paraît douteux sur le plan dogmatique, car il contourne le problème. La question doit d'autant plus être posée en termes de compétence législative que tant le droit suisse que le droit allemand traitent la compétence internationale sous son volet législatif, duquel découle la compétence judiciaire.
- 140 L'analyse du Tribunal fédéral apparaît, certes, cohérente avec la classification de la norme de compétence comme règle de fond. Elle méconnaît cependant le concept d'acquiescement qui constitue « une décision au fond, motivée en droit ou en fait, assortie d'une autorité de chose jugée complète, sur laquelle il est impossible de revenir sans violer le principe *ne bis in idem* »²⁵⁶. La décision d'acquiescement suppose donc que le juge ait procédé à un examen complet du dossier, en fait et en droit, des faits reprochés à l'accusé²⁵⁷. Dans cette optique,

²⁵¹ Voir N 334 *infra*.

²⁵² ATF 105 IV 326, consid. 3 g).

²⁵³ StGB Kommentar–DONATSCH, Art. 3 N 1 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 8 ; EICKER, Der räumliche und zeitliche Geltungsbereich, § 3 N 2 ; dans ce sens également DONNEDIEU DE VABRES, p. 15.

²⁵⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 833 ; SCHAAD, p. 13.

²⁵⁵ BGHSt 34, 1, p. 3 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER–ESER, Vorbem. §§ 3-9 N 7 ; LK-WERLE/JEBBERGER, Vor § 3 N 10 ; SATZGER, p. 33. Selon le § 260 al. 3 du code de procédure pénale allemand en effet, en cas d'empêchement de procéder (*Prozesshindernis*), il y a lieu de prononcer un classement ; l'art. 319 al. 1 let. d CPP prévoit la même solution.

²⁵⁶ CR CPP-ROTH, Intro. art. 319-323 N 10 (mise en évidence omise).

²⁵⁷ En procédure pénale suisse, les faits sur lesquels il appartient au tribunal de se pencher sont décrits dans l'acte d'accusation (art. 325 al. 1 CPP et 350 CPP) ; PIQUEREZ/MACALUSO soulignent ainsi que le tribunal doit « épuiser sa saisine » (N 1830).

le jugement d'acquiescement doit être rendu par un tribunal²⁵⁸, satisfaisant aux exigences de l'art. 6 CEDH.

Or, la constatation du défaut de compétence législative n'implique pas une analyse factuelle et juridique exhaustive de l'affaire, l'autorité pénale se limitant à observer que l'élément légal de l'infraction n'est pas réalisé, sans se prononcer sur les points substantiels du dossier. Le litige n'en est donc pas résolu pour autant. En conséquence de quoi, si une telle décision emporte autorité de chose jugée au niveau interne, elle ne sera pas soumise à l'interdiction de la double poursuite au niveau transnational, à défaut d'emporter jugement définitif de l'auteur²⁵⁹. La décision constatant l'inapplicabilité d'une loi pénale dans l'espace ne saurait donc être qualifiée d'acquiescement.

Ainsi, à notre sens, l'inapplicabilité dans l'espace d'une loi pénale empêche le déclenchement de l'action publique, ou l'interrompt si elle est déjà engagée, ce de manière permanente et définitive. En d'autres termes, la compétence législative est une condition à l'ouverture de l'action publique²⁶⁰. Une telle condition s'examine d'office et à tous les stades de la procédure²⁶¹. En pratique, la compétence législative sera appréciée avant même qu'une poursuite ne soit formellement introduite, mais pourra également être soumise à examen ultérieur, en particulier par le juge du fond, dans tous les cas où elle ne fait pas défaut d'entrée de cause. De telles situations seront d'ailleurs relativement fréquentes, en particulier dans le cadre du principe de la territorialité, vu les difficultés d'interprétation que pose la notion de lieu de commission.

En droit suisse, la décision qui libérera la personne mise en cause des fins de l'action pénale prendra la forme d'une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 al. 1 let. a 2^{ème} hypo. CPP)²⁶² ou d'un classement, suivant que l'instruction a déjà, ou non, été ouverte (art. 319 al. 1 let. d 1^{ère} hypo. CPP ou 329

²⁵⁸ PIQUEREZ, N 1124.

²⁵⁹ Voir l'art. 54 CAAS : le principe *ne bis in idem* ne peut trouver application que lorsque qu'une personne a été « définitivement jugée » par un Etat partie à la Convention ; voir notamment l'arrêt de la CJCE Miraglia, C-469/03, 10 mars 2005, § 30 ; ROTH, *Non bis in idem*, p. 126.

²⁶⁰ Confirmé dans l'arrêt du TF du 19 mai 2015, 6B_1045/2014, 6B_1046/2014, consid. 4.3 (publié sans le considérant précité aux ATF 141 IV 205), qui a toutefois examiné la question sous l'angle de la compétence judiciaire.

²⁶¹ PIQUEREZ, N 996.

²⁶² Dans ce sens, voir l'ordonnance de l'*Obergericht* zurichois du 27 février 2012, UE120204, consid. 2.4 ; voir aussi l'arrêt du TF du 3 septembre 2013, 6B_127/2013, consid. 4, dans lequel le TF, faisant application du principe *in dubio pro duriore*, a annulé un arrêt de l'*Obergericht* zurichois, qui confirmait une ordonnance de non-entrée en matière du Ministère public zurichois en raison d'un défaut de compétence législative.

al. 4 CPP)²⁶³, d'une décision (ou ordonnance) préjudicielle lorsqu'elle est soulevée par les parties dans le cadre des débats (art. 339 al. 2 let. b CPP), ou encore sera constatée dans une décision rendue à l'issue des délibérations ; l'art. 80 CPP réserve en effet le terme « jugement » aux prononcés qui tranchent des questions de fond.

144

Devant le juge du fond, le principe *in dubio pro reo* s'applique lorsqu'il subsiste un doute quant au critère de rattachement fondant l'applicabilité *ratione loci* de la loi pénale²⁶⁴. En effet, dès lors que ce principe se rapporte à tous les éléments de fait susceptibles d'amener au prononcé d'une condamnation²⁶⁵, l'existence du lien factuel qui fonde l'application de la loi pénale suisse doit également être tranchée, en cas de doute, *pro reo*.

²⁶³ Voir arrêt du TF du 19 mai 2015, 6B_1045/2014, 6B_1046/2014, consid. 4.3 (publié sans le considérant précité aux ATF 141 IV 205).

²⁶⁴ Dans le même sens, voir l'opinion de la Cour cantonale zurichoise, mentionnée dans l'arrêt du TF du 16 octobre 2001, 6S.331/2001, consid. 1.a ; voir aussi COLOMBINI, qui applique également le principe *in dubio pro reo* en cas de doute sur la double incrimination, étant toutefois précisé que, contrairement à l'opinion défendue ici, cet auteur conclut à l'acquittement de l'individu (p. 221 s.).

²⁶⁵ CR CPP-HOTTELLIER, Art. 10 N 48 ; SCHMID, Handbuch, N 238.

V. Les principes limitatifs de la portée extraterritoriale de la compétence pénale

A. Remarques liminaires

Si le principe de la solidarité des compétences est solidement ancré en droit pénal²⁶⁶, les Etats ne font pas totalement abstraction du droit étranger lorsqu'ils exercent une compétence extraterritoriale. Le principe de la double incrimination est un facteur limitatif de la compétence pénale puisque, s'il n'est pas satisfait, il fait obstacle à l'exercice de cette dernière. En revanche, le principe de la *lex mitior*, qui s'examine au moment du jugement, n'a pas pour vocation d'empêcher l'exercice d'une compétence pénale mais d'en atténuer la portée extraterritoriale. Quant au principe *ne bis in idem*, il s'oppose à une seconde poursuite basée sur les mêmes faits, et limite donc l'exercice de la compétence judiciaire.

145

La question de la double incrimination revêt une portée centrale dans le domaine du droit de la compétence pénale, ce d'autant que la tendance est à un élargissement du champ d'application spatial des droits pénaux nationaux.

146

Au nom de la lutte contre l'impunité, on observe, de façon globale, une remise en question de ce principe dont il nous semble pourtant que la légitimité, en matière de compétence pénale, apparaît peu discutable. Le constat vaut spécialement en lien avec les infractions faisant l'objet d'une convention internationale. La remise en cause de la double incrimination peut s'effectuer à deux niveaux : soit on abandonne carrément cette exigence – pas que la Suisse, à l'heure actuelle, n'a pas encore franchi –, soit on l'interprète largement pour qu'elle apparaisse facilement remplie.

147

Pour le sujet qui nous occupe, le principe de double incrimination prend d'autant plus d'importance que, comme nous le détaillerons par la suite, il entre en considération non pas seulement lors de l'exercice d'un chef de compétence extraterritorial, mais également dans le cadre du principe de territorialité, lorsque le critère de rattachement au territoire helvétique est le défaut d'organisation de l'entité collective²⁶⁷. Par ailleurs, la reconnaissance d'un nouvel acteur pénal pose la question de la double incrimination vis-à-vis de la

148

²⁶⁶ Voir N 42 ss *supra*.

²⁶⁷ Voir N 887 ss *infra*.

qualité d'auteur possible de l'infraction considérée et, dans le prolongement de ceci, la question de savoir si, selon les deux ordres juridiques considérés, la responsabilité de l'entité collective pour les infractions commises en son sein doit nécessairement être de nature pénale.

149 Le concept de double incrimination est largement utilisé, à des fins différentes, tant dans le droit de l'entraide internationale qu'en matière de compétence pénale. Pourtant, ces contours demeurent incertains²⁶⁸, en particulier dans ce dernier domaine. Les conceptions ne sont pas les mêmes selon les ordres juridiques et la double incrimination comme facteur limitatif de la compétence pénale n'a au final fait l'objet que de peu de développements dans la doctrine et la jurisprudence helvétiques.

150 Le présent chapitre a pour vocation la présentation de la notion de la double incrimination et de ses fonctions, et propose des pistes de réflexion en vue d'une meilleure appréhension du concept, y compris dans une perspective de *lege ferenda*. Nous traiterons également, mais plus brièvement, de la *lex mitior* sous l'angle spatial. Nous aborderons la double incrimination et la *lex mitior* spécifiquement en lien avec la responsabilité pénale des entités collectives dans la deuxième partie de cette étude, au gré des différentes thématiques dans le cadre desquelles ces principes jouent un rôle²⁶⁹.

151 L'examen de la double incrimination comme facteur limitatif de la compétence pénale suppose que l'on se penche également sur la notion telle qu'elle est comprise dans le contexte de l'entraide, ne serait-ce qu'à titre de comparaison et parce que ce principe a davantage été traité dans la littérature et la jurisprudence relatives à la coopération internationale que dans le domaine de la compétence pénale. A cette occasion, nous effectuerons un bref *excursus* relatif à la double incrimination en matière d'entraide lorsque le sujet de la poursuite pénale est une entité collective, problématique sur laquelle nous ne reviendrons plus ensuite, la coopération internationale n'étant pas le sujet de la présente étude.

152 En revanche, un examen circonstancié du principe *ne bis in idem* sort du champ de notre recherche. Nous ne lui consacrerons donc guère plus d'une ou deux remarques.

²⁶⁸ Voir VAN DEN WYNGAERT, p. 139 s. L'incertitude est d'autant plus grande que la réponse peut être différente suivant le principe de compétence applicable en l'espèce (voir WOLSWIJK, p. 340 ; VAN DEN WYNGAERT, p. 139 s).

²⁶⁹ Voir en particulier N 925 ss et 978 ss *infra*.

B. Prise en considération du droit pénal étranger

§ 1. Le principe de double incrimination

Sommairement, la double incrimination peut se définir comme le fait qu'un certain comportement est réprimé selon deux ordres juridiques considérés. Selon la conception continentale, double incrimination ne signifie en revanche pas identité des normes, de sorte que l'acte en question n'a pas à revêtir la même qualification juridique dans les deux droits²⁷⁰.

Ainsi, on peut tout à fait supposer qu'un comportement soit puni par une certaine norme dans un premier Etat et ne soit réprimé qu'à titre de tentative dans un second. Par exemple, en droit suisse, l'infraction de corruption active est déjà consommée par l'offre d'un avantage indu à un fonctionnaire en vue de la violation des devoirs de sa charge. On peut en revanche imaginer que, selon un autre ordre juridique, l'infraction de corruption n'est consommée que par l'octroi effectif de l'avantage indu, mais que le fait d'offrir un tel avantage peut être considéré comme une tentative de corruption. Dans un tel cas de figure, la condition de la double incrimination est remplie car le fait reste pénalement répréhensible selon les deux droits. Il en va de même si l'auteur direct d'une infraction, selon un ordre juridique, ne peut être que « complice » aux yeux d'un autre Etat, parce que le comportement considéré constitue un délit propre pur dans cet Etat.

Pour en revenir à la définition de la double incrimination, la problématique s'articule autour de la signification du verbe « réprimer ».

A ce stade, une précision terminologique s'impose : la doctrine parle parfois de « double punissabilité » en lieu et place de « double incrimination »²⁷¹. Sémantiquement parlant, le terme « punissabilité » apparaît plus restrictif qu'« incrimination » : ce n'est pas parce qu'un comportement est incriminé dans les deux ordres juridiques considérés qu'il y est pour autant punissable. Il

²⁷⁰ Voir, dans le cadre de la coopération internationale, notamment l'art. 43 ch. 2 de la Convention de l'ONU contre la corruption ; l'art. 25 al. 5 de la Convention sur la cybercriminalité ; voir aussi l'arrêt du TF du 19 juin 2000, 1A.32/2000, consid. 6a) (publié aux ATF 126 II 258 sans le considérant précité) ; l'arrêt du TF du 21 août 2000, 2A.150/2000, consid. 9.c) bb ; pour la doctrine notamment ZIMMERMANN, 2014, N 582 ; POPP, N 209 ; HEIMGARTNER, Auslieferungsrecht, p. 91 ; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 103, qui précisent qu'il n'est pas davantage nécessaire que le bien juridique protégé soit le même dans les deux ordres juridiques ; CORNILS, The use of foreign law, p. 73. Une petite réserve, que nous verrons sous N 234 *infra*, doit toutefois être émise lorsque l'incrimination découle directement du droit international.

²⁷¹ Voir également l'art. 35 al. 2 EIMP qui parle d'acte « punissable » en droit suisse.

semble en effet que ce dernier adjectif renvoie au caractère non seulement typique, mais également illicite et fautif, du comportement²⁷². Dès lors, l'expression « double punissabilité » renvoie, dans la suite de cette étude, à la double incrimination dite concrète.

a) Double incrimination abstraite et concrète

1) Remarques générales

¹⁵⁷ Il y a classiquement deux manières d'envisager la double incrimination : *in abstracto* et *in concreto*²⁷³. En réalité, ce n'est pas tant la distinction entre ces deux termes qui importe que les éléments qui sont pertinents dans l'analyse de la double incrimination. La jurisprudence apparaît hésitante et les auteurs divisés sur le sujet. Au gré des opinions, la double incrimination est perçue de manière « plus ou moins » abstraite, respectivement « plus ou moins » concrète et, bien entendu, plus on pose d'exigences dans l'examen de la double incrimination abstraite, et plus on se rapproche d'une vision concrète du concept, jusqu'à finalement parvenir à la même conception.

¹⁵⁸ Dans la littérature et la jurisprudence, la notion de double incrimination est examinée soit dans une perspective d'entraide, soit en lien avec le droit de la compétence pénale, de sorte que la définition qui en est donnée apparaît essentiellement fonctionnelle²⁷⁴, notamment eu égard aux justifications – différentes – du principe dans les deux domaines.

¹⁵⁹ Par ailleurs, dès lors que le concept de double incrimination s'inscrit nécessairement dans une dimension transnationale, il nous paraît opportun de ne pas appréhender la notion sous le seul prisme de la doctrine helvétique de l'infraction pénale. Ceci vaut d'autant plus en matière de compétence pénale, dans le cadre de laquelle l'examen du juge porte sur le droit étranger.

¹⁶⁰ Les lignes qui suivent ont pour objectif de donner une définition de la double incrimination en gardant à l'esprit que la nomenclature de l'infraction pénale – dont les trois composantes sont la typicité, l'illicéité et la culpabilité –, telle que nous la connaissons en Suisse (ou en Allemagne), n'est pas nécessairement celle adoptée dans les autres ordres juridiques qui nous entourent²⁷⁵. La classification

²⁷² Voir GRAVEN, L'infraction, p. 14 ; apparemment *contra* CAPUS, Strafrecht, pp. 454 et 456.

²⁷³ Pour un exemple de double incrimination *in concreto*, voir notamment la section 11 (1) du code pénal finlandais et FRÄNDE/HELENIUS, p. 74.

²⁷⁴ Dans le même sens, HENRICH, p. 102.

²⁷⁵ Dans le même sens, LAGODNY, p. 3.

de certaines conditions en exigences de forme ou de fond, à l'instar de la plainte ou de la prescription, n'est pas davantage uniforme. En outre, même au sein d'un même ordre juridique, la littérature peut être divisée sur la catégorisation de tel ou tel élément dans la structure de l'infraction pénale. La double incrimination doit s'appréhender dans une optique matérielle et non pas purement formelle, dépendante de la sémantique et de la nomenclature des composantes du crime.

Par exemple, une partie de la doctrine française qualifie l'acte autorisé ou la légitime défense de cause d'irresponsabilité pénale²⁷⁶. Or, dans la conception suisse, la notion d'irresponsabilité pénale renvoie à la composante « culpabilité » de l'infraction et l'acte autorisé ou la légitime défense intervient au niveau de l'illicéité. Dans les pays de *common law*, la légitime défense est, par opposition aux éléments constitutifs de l'« *offence* », une « *defence* », qui fait obstacle à la responsabilité pénale. Si l'on peut s'interroger sur les divergences matérielles réelles entre les conceptions, il est en revanche clair que la sémantique n'est pas la même²⁷⁷. Pour éviter de se retrouver en porte-à-faux suivant le droit étranger considéré, on se gardera donc, dans l'analyse des composantes de la double incrimination, de trancher uniquement en fonction de la classification, dans la construction de l'infraction pénale, des éléments considérés²⁷⁸.

De même, en droit suisse, la doctrine, suivant qu'elle se rattache au courant finaliste ou causaliste, est divisée sur la catégorisation de l'intention, respectivement de la négligence²⁷⁹. Or, la question de savoir si l'intention, respectivement la négligence, de l'auteur sont comprises dans l'analyse de la double incrimination ne doit pas dépendre de leur classification comme éléments de la typicité ou de la culpabilité.

²⁷⁶ Voir par exemple, DESPORTES/LE GUNEHEC, N 693. En revanche PRADEL, à l'instar de la doctrine suisse, qualifie l'acte autorisé ou la légitime défense de faits justificatifs supprimant le caractère illicite de l'acte (N 307) ; voir aussi BOULOC, qui emploie les termes « faits justificatifs » et « causes objectives d'irresponsabilité pénale » comme des synonymes (Droit pénal, N 400).

²⁷⁷ Pour une comparaison entre les droits continentaux et ceux de *common law*, qui démontre que, matériellement parlant, les différences entre les systèmes ne sont pas si importantes, DUBBER, p. 1318 s.

²⁷⁸ Voir aussi CAPUS, Strafrecht, p. 461.

²⁷⁹ La doctrine française semble également divisée sur la question, voir MAURO, La responsabilité pénale, N 76.

2) Double incrimination : appréhension de la notion

i. Double incrimination dite abstraite

163

La double incrimination, dans sa dimension la plus abstraite, peut se définir comme suit : les faits pertinents réalisent les exigences d'un énoncé légal contenu dans une loi pénale dans les deux ordres juridiques considérés. Si nous parlons de fait et non de comportement, c'est parce qu'à notre sens ce que le droit suisse qualifie de condition objective de punissabilité doit faire partie de l'examen, dans la mesure où cet élément rentre dans la définition de l'infraction²⁸⁰. Ce n'est visiblement pas la tendance helvétique²⁸¹, mais nous discernons mal pour quelle raison la différence entre condition objective de punissabilité et élément constitutif objectif, relative au fait que l'intention de l'auteur n'a pas à porter sur la première, exclurait celle-ci du champ de l'examen²⁸². La condition objective de punissabilité a précisément pour but de limiter l'intervention du droit pénal, de sorte qu'il n'y a pas de raison de ne pas tenir compte de cette limitation dans l'examen de la double incrimination. De même, les éléments subjectifs décrits dans la norme, soit les dols spéciaux, mobiles et états d'esprit, doivent, selon nous, être compris dans l'analyse de la double incrimination *in abstracto*²⁸³. L'intention et la négligence doivent aussi être prises en considération.

164

En d'autres termes, selon la terminologie helvétique et suivant la perspective finaliste, le standard minimum, pour que l'on puisse parler de double incrimination, est la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction, cas échéant des conditions objectives de punissabilité. Il engloberait donc, dans l'optique d'une partie de la doctrine française, l'élément matériel et

²⁸⁰ Dans le même sens, CAPUS, *Strafrecht*, p. 462 ; effectuant une distinction selon le type de condition objective de punissabilité, BSK ISTR-GARRÉ, Art. 35 IRSG N 28.

²⁸¹ Voir Message EIMP, p. 448 ; ATF 109 IB 317, JdT 1985 IV, p. 31, consid. 11a ; voir aussi POPP, N 227.

²⁸² Dans le même sens, avec une petite nuance, HEIMGARTNER, *Auslieferungsrecht*, p 89. Cet auteur estime en effet que lorsque la condition objective de punissabilité consiste par exemple dans la survenance d'un stade d'une procédure de poursuites et faillite, il convient, suivant les circonstances, de ne pas en tenir compte, vu le défaut éventuel d'une procédure de poursuite comparable dans l'Etat requérant ; dans le même sens que HEIMGARTNER, ATF 109 IB 317, JdT 1985 IV 31, p. 32.

²⁸³ Dans le même sens, CAPUS, *Strafrecht*, p. 463 ; HEIMGARTNER, *Auslieferungsrecht*, p. 88 ; *contra* Message EIMP, p. 448 ; critique à l'égard de l'exclusion des dols spéciaux du champ d'examen de la double incrimination, POPP, N 226.

l'élément intellectuel de l'infraction²⁸⁴ et, dans une vision anglo-états-unienne, l'*actus reus*²⁸⁵ et la *mens rea*.

Selon la définition proposée, l'idée est de se focaliser strictement sur le seul comportement qui fait l'objet de la procédure pénale et de le subsumer à la règle pénale considérée, en faisant abstraction des circonstances l'entourant – sauf en cas de condition objective de punissabilité –, des raisons qui ont poussé l'auteur à adopter l'attitude en question, et des caractéristiques propres à ce dernier. D'autres conditions à l'exercice de l'action pénale, telle la plainte du lésé, n'entrent pas davantage en considération.

Comme nous le détaillerons sous b) *infra*, cette notion de la double incrimination est celle adoptée par la jurisprudence helvétique en matière d'entraide. Elle ne convainc toutefois pas la doctrine suisse²⁸⁶. En effet, dans les ordres juridiques qui connaissent le tryptique typicité/illicéité/culpabilité, on a fait valoir qu'il n'y avait pas de distinction, du point de vue du jugement de valeur qui conditionne le reproche pénal, entre un acte atypique et un acte typique mais licite²⁸⁷. Autrement dit, il n'y a illégalisme que si l'acte commis est typique et qu'aucun motif justificatif ne le rend licite, c'est-à-dire autorisé²⁸⁸. Une différence de traitement, sur le plan de la double incrimination, entre les deux types d'actes serait donc injustifiée.

LAGODNY donne à cet égard l'exemple du « piercing » : une conception purement abstraite de la double incrimination reviendrait à considérer cette dernière comme donnée en lien avec le comportement du pierceur, si le consentement du titulaire du bien juridique protégé est perçu comme un motif

²⁸⁴ Comparer la terminologie utilisée par DESPORTES/LE GUNEHEC, N 431 et N 463 avec celle de PRADEL, N 294.

²⁸⁵ A noter que certains auteurs englobent dans l'*actus reus* l'absence de « justification » et d'« excuse » (voir ORMEROD/LAIRD, p. 56). Sans nous prononcer sur l'opportunité de la conception, et pour les besoins de cette étude, nous entendons l'*actus reus* comme ne comprenant pas ces éléments.

²⁸⁶ Voir POPP, N 222 ss ; HEIMGARTNER, Auslieferungsrecht, p. 90 ; GAFNER D'AUMERIES, p. 102 ; CAPUS, Strafrecht, p. 465 ss. Cette dernière auteure observe cela étant qu'en pratique, l'existence de motifs justificatifs et/ou exculpatatoires ne sera établie que postérieurement à la demande de coopération. Dès lors, et tout en rappelant que le juge de l'entraide n'a pas à se prononcer sur les questions de fait qui font l'objet de la procédure étrangère, elle estime que les faits justificatifs et les motifs exculpatatoires ne sont pris en considération que s'ils ressortent de manière évidente de la requête d'entraide. Il nous semble cependant que, si l'on estime que la double incrimination comprend les faits justificatifs et/ou les motifs exculpatatoires, alors il faut exiger de l'Etat requis des indications minimales sur ce point, tout comme la demande d'entraide doit comporter les renseignements utiles sur la réalisation *a priori* des éléments constitutifs de la norme incriminatrice. En effet, considérer, sur le principe, que la notion de double incrimination englobe les motifs justificatifs et exculpatatoires, tout en n'exigeant pas du juge de l'entraide qu'il doive vérifier la question sur la base de l'état de fait qui lui est soumis, n'apparaît pas très conséquent.

²⁸⁷ POPP, N 222 ; voir aussi LAGODNY, p. 3.

²⁸⁸ Voir LAGODNY, p. 3.

justificatif, ce qui serait le cas de l'Allemagne et de l'Autriche²⁸⁹. A noter qu'en Suisse, l'assentiment du lésé est, en fonction de l'infraction considérée, traité soit comme un motif exclusif de typicité, soit comme un fait justificatif, étant encore précisé que, selon un courant doctrinal, la question de l'assentiment concerne toujours la typicité de l'infraction²⁹⁰. En France également, l'on considère que certaines incriminations supposent par essence l'absence de consentement de la victime, laquelle serait donc un élément constitutif de l'infraction²⁹¹. Il semble que la conception anglo-saxonne inclut également l'absence de consentement de la victime dans l'*actus reus*²⁹².

168 Comme piste de réflexion, LAGODNY propose de remplacer la notion de double incrimination par celle de double interdiction²⁹³. La question serait donc de savoir si le comportement, selon les deux ordres juridiques considérés, est, ou non, pénalement autorisé. Cela revient toutefois à exiger que les motifs justifiant le comportement de l'auteur soient pris en considération dans l'examen.

169 Quant à nous, il nous semble tout d'abord que, dans la majorité des cas, sur le plan conceptuel – voire sémantique –, il n'apparaît pas choquant de parler de double incrimination sans y inclure les motifs justificatifs. Pour illustrer nos propos, nous prenons l'exemple du policier qui fait feu sur un prévenu en fuite présumé dangereux, le blesse grièvement, mais peut invoquer la légitime défense ou l'état de nécessité. Même s'il s'avère autorisé par les circonstances, le comportement de l'agent relève, en lui-même, du droit pénal, et le sens commun n'est pas heurté par le fait de considérer qu'il y a double incrimination dès lors que les deux ordres juridiques considérés répriment l'atteinte grave à l'intégrité physique d'autrui.

170 Restent des cas dans lesquels, effectivement, il paraît d'emblée absurde de considérer qu'ils pourraient commander l'intervention du droit pénal, en particulier en raison du caractère courant et unanimement accepté, voire même nécessaire, du comportement adopté.

171 Celui du piercing en est un. Cela étant, comme indiqué plus haut, si l'on suit plusieurs ordres juridiques, l'absence d'assentiment de la victime est un élément constitutif de l'infraction, à prendre donc en considération dans le cadre de la double incrimination. En ce qui concerne la doctrine germanophone, on peut se

²⁸⁹ LAGODNY, p. 4.

²⁹⁰ Voir ETIER/STRÄULI, p. 36 s. ; voir aussi DONATSCH/TAG, p. 258 ; STRATENWERTH, AT I, p. 225 s.

²⁹¹ DESPORTES/LE GUNEHEC, N 716.

²⁹² ORMEROD/LAIRD, p. 55.

²⁹³ LAGODNY, p. 4.

demander si le recours au concept de la *Sozialadäquanz* ne permettrait pas de considérer que la pose d'un piercing ne remplit pas l'exigence de la double incrimination, le caractère usuel et socialement admis de cet acte le faisant échapper au champ d'application du droit pénal.

On peut mentionner comme autres hypothèses dont la licéité, sur le principe, nous paraît couler de source, toutes les mesures de contrainte prises conformément aux lois de procédure pénale. En droit suisse, de tels actes autorisés – voire requis – sont des motifs justificatifs (art. 14 CP). Il en va de même pour une partie de la doctrine française²⁹⁴, d'autres auteurs les traitant comme une cause objective d'irresponsabilité pénale²⁹⁵. Dans les pays de *common law*, il s'agit d'une « *defence* ». Ici, à nouveau, il n'est pas question de nous interroger, au-delà des différences étymologiques, sur les divergences matérielles entre les conceptions, mais d'observer que l'acte autorisé ne rentre formellement pas dans les éléments constitutifs de l'infraction selon les ordres juridiques précités. Si l'on suit la définition proposée de la double incrimination, ce type d'acte autorisé ne fait donc effectivement pas partie de l'examen.

Cela étant, il faut, avant d'user de ces deux exemples pour abandonner l'idée d'une double incrimination au seul regard de la norme pénale spéciale, replacer les choses dans leur contexte.

Les auteurs auxquels nous nous sommes référés²⁹⁶ et qui critiquent l'absence de prise en considération des faits justificatifs dans l'examen de la double incrimination apprécient cette dernière condition dans le cadre de la coopération internationale.

Or, il est clair que si l'Etat requérant ouvre une procédure pénale dans le cadre de laquelle il effectue une demande d'entraide, c'est bel et bien qu'il y a eu un acte qui, selon son propre droit, pourrait *prima facie* conduire à une condamnation pénale. Un comportement qui apparaît d'emblée permis, que l'on qualifie la raison de cette autorisation de fait justificatif, de « *defence* » ou de cause d'irresponsabilité pénale, ne va pas donner lieu à l'ouverture d'une procédure pénale. Pour reprendre l'hypothèse du piercing, l'Etat dans lequel la profession est admise ne va évidemment entamer de poursuites à l'encontre d'un pierceur et la problématique devient donc *de facto* sans objet.

²⁹⁴ PRADEL, N 307.

²⁹⁵ DESPORTES/LE GUNEHEC, N 693.

²⁹⁶ Voir note 286.

Maintenant, il est bien entendu qu'une poursuite pénale pourrait être ouverte, par exemple dans le cas où des lésions corporelles par négligence résulteraient d'un piercing mal effectué. Mais il n'y a alors rien de choquant à ce que l'Etat requis considère la double incrimination comme remplie à partir du moment où son droit pénal reconnaît qu'une lésion corporelle simple peut être commise par négligence.

177 Reste le cas, largement hypothétique, dans lequel la pose de piercing est interdite dans l'Etat requérant et, donc, que le pierceur a bel et bien effectué un acte illégal selon l'ordre juridique de ce dernier. Dans cette dernière hypothèse, il ne nous paraît pas choquant que l'Etat requis, qui considère pourtant que la lésion corporelle est *justifiée*, estime néanmoins que la double incrimination est remplie et, par exemple, extradite le pierceur qui s'est livré à une activité illicite sur le territoire de l'Etat requérant.

178 Quant à l'exemple de l'acte autorisé et, plus précisément, des mesures de contrainte prises dans le cadre d'une procédure pénale, il met bien en exergue les difficultés et les incohérences qui peuvent résulter du fait qu'il puisse être inclus dans l'examen de la double incrimination.

179 Tout d'abord, en principe, le policier ou le procureur qui, comme son métier le commande, effectue une perquisition, une fouille ou encore une arrestation, ne va pas faire l'objet d'une procédure pénale à raison de cet acte et la question de la double incrimination ne se posera donc pas. Si une poursuite est néanmoins ouverte, par exemple en raison d'une éventuelle violation du principe de la proportionnalité dans l'usage de la contrainte, la justification de l'acte fera défaut et la double incrimination apparaîtra donc donnée de toute façon.

180 Ensuite, si, par hypothèse, l'acte n'est pas autorisé selon le droit de l'Etat requérant mais l'est en vertu du droit de l'Etat requis, inclure ce motif justificatif dans l'examen de la double incrimination revient à exiger que les Etats considérés connaissent des standards similaires quant à ce que les forces de l'ordre ont, ou non, le droit de faire. Cela équivaut en bref à devoir vérifier que les attributions de la police, respectivement des autorités de poursuite pénale, sont les mêmes dans l'Etat requérant et l'Etat requis. Un tel réquisit apparaît disproportionné.

181 Dans le même ordre d'idées, subordonner le concept de double incrimination à l'absence de légitime défense ou d'état de nécessité est démesuré. Ces deux motifs justificatifs renvoient au principe de proportionnalité et à une concrétisation de leur contenu par la pratique des tribunaux. Leur prise en considération dans l'analyse de la double incrimination revient donc

probablement à exiger que les jurisprudences en la matière apparaissent largement semblables dans les deux Etats considérés.

Enfin, il faut souligner que, pour un grand nombre d'infractions, en particulier en matière de criminalité financière, l'existence de faits justificatifs apparaît de toute façon difficilement concevable. Ainsi, on ne voit guère quel motif justificatif pourrait rendre licite un acte de corruption ou de blanchiment d'argent (!).

En conséquence, il n'apparaît pas critiquable d'admettre, sur le principe, qu'il puisse y avoir double incrimination au seul regard de l'énoncé de fait légal décrit dans la norme spéciale. En d'autres termes, le concept de double incrimination ne s'oppose pas à la définition telle que nous l'avons posée au début de ce chapitre.

Cela étant, comme nous allons le voir dans les lignes qui suivent, cette conclusion ne signifie pas encore qu'il faille se limiter à cette conception abstraite de la double incrimination. Le critère déterminant est l'objectif poursuivi par cette condition et la fonction de celle-ci, en particulier en matière de compétence pénale, peut requérir de lui donner une dimension davantage concrète.

ii. Double incrimination dite concrète

A la double incrimination *in abstracto* on oppose la double incrimination *in concreto*, qui suppose l'examen de toutes les conditions présidant à la punissabilité de l'auteur. COLOMBINI parle à cet égard de double incrimination judiciaire²⁹⁷. La question n'est donc pas : l'acte commis relève-t-il du droit pénal dans les deux ordres juridiques en question ? Mais : l'auteur y est-il punissable ?

Ainsi, les motifs justifiant le comportement de l'individu – qu'on les qualifie de faits justificatifs, de causes objectives d'irresponsabilité pénale ou encore de « *defences* » – ou ceux l'excusant – notamment en raison de l'état mental de l'auteur ou de son âge – doivent être pris en considération. En d'autres termes, et pour reprendre la terminologie helvétique, toutes les conditions matérielles de la punissabilité, qu'elles interviennent au niveau de la typicité, de l'illicéité ou de la culpabilité, sont comprises dans l'analyse.

Se pose encore la question de l'inclusion, dans l'examen, de certaines conditions, dont la nature, procédurale ou matérielle, est controversée, telles la plainte ou la prescription. D'aucuns se sont même interrogés sur la discrédance entre la

²⁹⁷ COLOMBINI, p. 86.

réalité factuelle et juridique du fait de l'absence de prise en considération du principe d'opportunité²⁹⁸ et, de manière plus générale, d'une décriminalisation de fait dans l'un des ordres juridiques considérés²⁹⁹.

188 Dans la mesure où l'analyse de la double incrimination n'est pas la même dans le domaine de l'entraide et dans celui de la compétence pénale et, dans le cadre de ce dernier, selon le principe de compétence exercé, c'est par rapport au contexte concerné que nous allons examiner la dimension que doit revêtir la condition de la double incrimination.

b) La double incrimination dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale en droit suisse

1) Portée et interprétation du principe

189 La double incrimination est une condition classique à la coopération internationale en matière pénale, même si elle tend aujourd'hui, comme en matière de compétence pénale, à se relativiser³⁰⁰. Saisi d'une requête d'entraide, l'Etat requis vérifie en principe que l'acte, objet de la procédure pénale étrangère, est bien constitutif d'une infraction selon son propre droit. La condition s'examine au moment de la décision relative à l'octroi de l'entraide³⁰¹. En Suisse, la double incrimination est exigée à partir du moment où l'entraide implique l'exécution de mesures de contrainte (art. 64 al. 1 EIMP)³⁰².

190 Divers motifs sont traditionnellement invoqués pour justifier la double incrimination. Un premier se rattache à la souveraineté étatique, en ce sens qu'un Etat ne peut user de son monopole de compétences en matière pénale qu'en tant que, d'après sa « souveraine appréciation », un comportement pénalement répréhensible a été adopté³⁰³. Il a également été avancé qu'une telle condition s'imposait pour des raisons d'ordre public dès lors qu'il serait choquant qu'un Etat prête son concours à la poursuite d'actes qu'il considère pénalement indifférents³⁰⁴. Sous l'angle des garanties individuelles, la

²⁹⁸ Pour une brève présentation du principe, voir N 0 ss *supra*.

²⁹⁹ Voir ARZT, Zur identischen Strafnorm, p. 425 s. ; voir aussi KILLIAS/KUHN/DONGOIS, N 1607, en particulier en lien avec la note 10.

³⁰⁰ Notamment DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 97.

³⁰¹ ZIMMERMANN, 2014, N 581 ; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 102 ; HEIMGARTNER, Auslieferungsrecht, p. 86.

³⁰² Voir la réserve de la Suisse à l'art. 5 al. 1 let. a de la CEEJ ; voir l'al. 2 de l'art. 64 EIMP pour les exceptions à l'exigence de la double incrimination.

³⁰³ BSK ISTR–HEIMGARTNER/NIGGLI, Einführung, N 44.

³⁰⁴ Voir parmi d'autres, ZIMMERMANN, 2014, N 577 ; POPP, N 203 et HEIMGARTNER, Auslieferungsrecht, p. 86, qui donnent également d'autres justifications du principe. A noter que le principe de légalité n'en est

justification avancée est la gravité de l'atteinte à la liberté personnelle que constitue l'utilisation de la force publique par l'Etat requis³⁰⁵.

En matière de coopération internationale, la tendance, dans laquelle la Suisse s'inscrit, est à un examen *in abstracto* de la double incrimination³⁰⁶. Le caractère abstrait du contrôle en droit suisse est confirmé par les termes mêmes de la loi. Selon l'art. 64 al. 1 EIMP, l'état de fait décrit dans la requête doit correspondre « aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse ». Quant à l'art. 35 al. 2 EIMP, relatif aux conditions de l'extradition, il précise expressément que, dans l'examen de la double incrimination, il ne doit pas être tenu compte des conditions particulières du droit suisse « en matière de culpabilité et de répression »³⁰⁷.

A lire l'art. 64 al. 1 EIMP, même les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction ne sont pas pris en considération, bien qu'ils soient aujourd'hui considérés comme faisant partie des éléments de typicité de l'infraction. Doctrine et jurisprudence ne vont toutefois pas jusque là et exigent que les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction apparaissent également donnés³⁰⁸. En revanche, et conformément à la définition que nous avons vue sous a)2)i. *supra*, les circonstances excluant l'illicéité de l'acte et, *a fortiori*, les éléments de culpabilité, ne sont pas pris en considération³⁰⁹. Cette conception de la double incrimination implique qu'il n'est pas davantage tenu compte des caractéristiques liées à l'auteur de l'infraction. Ceci implique à notre sens que la Suisse ne se demande pas si la personne poursuivie à l'étranger a la qualité de sujet de droit pénal selon son propre droit.

pas une, contrairement à ce qui a parfois pu être soutenu. Celui-ci exige en effet que l'acte soit punissable dans l'Etat qui poursuit l'infraction mais non pas dans celui qui lui apporte sa coopération.

³⁰⁵ ZIMMERMANN, 2014, N 577 ; GAFNER D'AUMERIES, p. 33 ; voir aussi BLAKESLEY/LAGODNY, p. 84.

³⁰⁶ Dans le même sens, VAN DEN WYNGAERT, p. 139 ; BLAKESLEY, *Ruminations*, p. 192.

³⁰⁷ Voir à cet égard la décision du TPF du 5 novembre 2007, RR.2007.128 +129, consid. 3.1.

³⁰⁸ En particulier ATF 112 Ib 576, consid. 11. bb) ; ATF 117 Ib 64, consid. 5. c) ; arrêt du TF du 4 février 2005, 1A.267/2004, consid. 5.1 ; GLESS, *Internationales Strafrecht*, N 316 ; ZIMMERMANN, 2014, N 585 ; POPP, N 221 ; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 105 ; HEIMGARTNER, *Auslieferungsrecht*, p. 87 ; BSK ISTR-HEIMGARTNER, Art. 64 IRSG N 20.

³⁰⁹ ATF 117 Ib 64, consid. 5. c) ; GLESS, *Internationales Strafrecht*, N 316 ; ZIMMERMANN, 2014, N 585 ; critique à cet égard, POPP, N 222 ss ; *contra* DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 105 ; nuancé : BSK ISTR-GARRÉ, Art. 35 IRSG N 27. Selon ce dernier auteur, si les motifs justificatifs ou exclusifs de culpabilité ressortent de la demande – *in casu* d'extradition – la coopération internationale doit être refusée, mais non pas si ces mêmes motifs sont invoqués par la personne à extraditer. A notre sens, cette question relève toutefois davantage du pouvoir d'examen de l'Etat requis quant aux faits objets de la requête d'entraide.

¹⁹³ A noter qu'il ne semble pas controversé que la double incrimination s'interprète de la même manière qu'il s'agisse d'extradition (art. 35 EIMP) ou de mesures d'entraide impliquant l'usage d'actes de contrainte (art. 64 EIMP)³¹⁰.

¹⁹⁴ Se pose encore la question de savoir si la condition de la double incrimination comprend le champ d'application spatial du droit pénal. En d'autres termes, l'entraide peut-elle être accordée même si l'Etat requérant se fonde sur un chef de compétence que l'Etat requis ne connaît pas – ou pas aux mêmes conditions ?

¹⁹⁵ A cet égard, CAPUS relève que la compétence hypothétique de l'Etat est une condition traditionnelle à l'octroi de l'entraide en droit anglo-saxon ainsi que dans certains droits continentaux³¹¹. Une telle exigence confirme d'ailleurs que, dans ces ordres juridiques, la norme de compétence législative est bel et bien considérée comme une règle de droit matérielle³¹². Selon l'art. 4 ch. 7 de la Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen³¹³, l'exécution de ce dernier peut être refusée si l'infraction considérée a été commise hors de l'Etat d'émission et que la législation de l'Etat d'exécution n'autorise pas la poursuite de cette infraction si elle est perpétrée à l'étranger. L'art. 7 ch. 2 CEEextr prévoit la même réglementation dans le cadre de l'extradition. Quant au traité régissant l'extradition entre la Suisse et les Etats-Unis³¹⁴, il dispose que celle-ci doit être accordée y compris lorsque l'infraction a été commise hors du territoire de l'Etat requérant, si la compétence hypothétique de l'Etat requis est donnée ou que la compétence de l'Etat requérant se fonde sur le principe de la nationalité active ou passive (art. 1 ch. 2 TEXUS).

¹⁹⁶ En droit suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral retient qu'il n'appartient pas aux autorités suisses, sous réserve de cas manifestement abusifs, constitutifs d'une violation du droit international public, de se prononcer sur la compétence de l'Etat requérant, car « [l]a décision concernant les limites de sa propre compétence en matière pénale appartient à chaque Etat »³¹⁵. Il en ressort que les autorités suisses ne subordonnent pas l'octroi de l'entraide à la condition que la

³¹⁰ Dans ce sens également, BSK ISTR–HEIMGARTNER, Art. 64 IRSG N 22.

³¹¹ CAPUS, *Strafrecht*, p. 440 s. ; voir aussi, en relation avec le droit états-unien, BLAKESLEY/LAGODNY, p. 62 ss et, pour le droit français, le cas « Abu Daoud », résumé par BLAKESLEY, *Ruminations*, p. 202 ss.

³¹² Voir à cet égard CAPUS, *Strafrecht*, p. 441 s. ; N 0 *supra*.

³¹³ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres.

³¹⁴ Traité d'extradition du 4 novembre 1990 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique (TEXUS, RS 0.353.933.6).

³¹⁵ ATF 126 II 212, JdT 2004 IV 105, p. 106.

norme de compétence législative sur laquelle se fonde l'Etat requérant soit connue du droit suisse³¹⁶.

A noter que, dans l'EIMP, la double incrimination est également exigée en matière d'exécution des décisions (art. 94 al. 1 let. b EIMP) et, surtout, de délégation de la poursuite pénale (art. 86 al. 2 et 88 EIMP). Dès lors que ce mécanisme de délégation de la poursuite s'inscrit dans le cadre de la coopération internationale, la systématique de la loi veut que l'EIMP traite de la problématique. Cela étant, un transfert de poursuite à la Suisse, conformément à l'art. 85 EIMP, implique une délégation de compétence, et l'application du droit pénal suisse dans ce cas de figure se fonde sur le principe de représentation. Ici, la double incrimination repose sur des motifs tirés du droit de la compétence pénale. Elle sera donc analysée à la section suivante. A ce stade, nous nous contentons de souligner que, comme cela ressort des termes de l'art. 86 EIMP – et de l'art. 88 EIMP s'agissant d'une délégation de la Suisse à un Etat étranger –, l'exigence de double incrimination va beaucoup plus loin qu'en matière d'entraide « classique », puisqu'elle doit être examinée de manière tout à fait concrète.

A notre sens, dans le domaine de la coopération internationale, le principe de double incrimination ne s'impose pas sous l'angle des garanties individuelles, excepté lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'une délégation de la poursuite pénale. L'argument tiré de la gravité de l'atteinte ne nous semble pas déterminant, dès lors que, de manière générale, il peut y avoir privation de liberté sans infraction (par exemple une détention administrative en matière de droit des étrangers).

Par ailleurs, si l'acte considéré est « proche » d'une infraction connue dans l'Etat requis³¹⁷, l'exigence de double incrimination ne nous paraît pas commandée par des motifs impératifs. L'observation vaut d'autant plus que la compétence de l'Etat requérant se fonde sur le principe de territorialité³¹⁸. L'Etat qui n'exigerait pas la double incrimination ferait simplement montre d'une certaine confiance dans la politique criminelle de l'autre Etat.

Cela étant, il peut effectivement paraître choquant qu'un Etat prête son concours à la poursuite d'un acte licite selon son propre droit, en particulier si le comportement considéré est protégé par les droits fondamentaux prévalant

³¹⁶ Dans ce sens également, CAPUS, *Strafrecht*, p. 442 s.

³¹⁷ Voir, pour un exemple, ATPF 2013 113, consid. 2.5.4.2 et 2.5.4.3, dans lequel le TPF a jugé qu'il n'y avait pas escroquerie au sens de l'art. 146 CP dans le cas de paris sportifs truqués et a, en conséquence, refusé d'accorder l'entraide à l'Italie.

³¹⁸ Dans le même sens, DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, p. 99.

dans l'ordre juridique de l'Etat requis. Nous pensons en particulier à des propos, diffamatoires ou blasphématoires, dans l'Etat requérant, mais incontestablement couverts par la liberté d'expression dans l'Etat requis, ou encore à l'homosexualité.

201 En définitive, s'il nous semble que la double incrimination ne doit pas être définitivement abandonnée en matière d'entraide, un examen *in abstracto* de cette condition est suffisant. Les motifs d'ordre pratique exposés sous a)2)i. *supra* militent également en faveur d'une analyse abstraite. Toujours dans une perspective pragmatique, il faut garder à l'esprit que la requête d'entraide doit exposer les faits pertinents – exposés de manière plus ou moins hypothétique en fonction de l'avancement de la procédure étrangère – pour l'examen. La demande d'entraide devra donc être d'autant plus détaillée qu'une analyse concrète est requise.

202 Par ailleurs, relevons que, dans l'hypothèse où la Suisse serait saisie d'une requête d'entraide, qu'une condition de punissabilité, qui ne rentrerait pas dans les éléments constitutifs de l'infraction, ferait défaut, et que le fait de ne pas en tenir compte apparaîtrait *in casu* tout à fait choquant – on pense par exemple à une requête d'extradition concernant un jeune enfant – la Suisse pourrait toujours refuser l'entraide sur la base de la réserve de l'ordre public (voir art. 1a EIMP³¹⁹). Dans le même ordre d'idées, les engagements de la Suisse en matière de droits de l'homme peuvent être un motif de refus de la coopération internationale³²⁰.

2) Double incrimination, entraide et entités collectives : excursus

203 Les développements de la littérature et de la jurisprudence relatifs à la double incrimination en matière d'entraide partent toujours du présupposé que l'auteur poursuivi est une personne physique. Cela n'a rien de surprenant vu que la responsabilité pénale des entités collectives est un phénomène relativement nouveau, surtout dans les droits continentaux.

204 En même temps, la reconnaissance croissante, par les ordres juridiques nationaux, d'une telle responsabilité confère au débat une réelle importance pratique. De manière générale, le droit de l'entraide dans le contexte d'une procédure pénale dirigée contre une entité collective mériterait certains

³¹⁹ On pourrait également envisager une application de l'art. 2 let. d EIMP.

³²⁰ Voir aussi LAGODNY, qui propose de remplacer la double incrimination par une clause d'ordre public ou de droits de l'homme (p. 5).

développements qui ne rentrent toutefois pas dans le champ de cette étude. Nous nous limitons donc ici à une ou deux observations.

Nous avons vu que, conformément à l'art. 64 al. 1 EIMP, la Suisse qui reçoit une requête d'entraide concernant une infraction pour laquelle une entité collective est poursuivie à l'étranger et qui implique l'exécution de mesures de contrainte doit vérifier que l'état de fait correspond aux éléments constitutifs d'une infraction en droit suisse.

205

Comme nous le détaillerons par la suite, selon la conception défendue dans ce travail, la responsabilité pénale de l'entité collective en droit suisse se construit sur un modèle d'imputation de l'infraction perpétrée par l'agent de l'entreprise à cette dernière³²¹. Dès lors, la notion d'infraction se réfère à celle commise par l'auteur physique. Par ailleurs, étant donné qu'en matière d'entraide la double incrimination s'analyse de manière abstraite, elle n'exige pas que l'entité collective soit également punissable selon le droit suisse pour l'infraction considérée. Il suffit que le comportement de son agent tombe sous le coup d'une disposition pénale suisse. Pour prendre un exemple, si la Suisse reçoit une demande d'entraide pour un homicide par négligence reproché à une entité collective, elle considérera la double incrimination comme remplie même si l'auteur physique du meurtre a été identifié ce qui, selon l'art. 102 al. 1 CP, fait obstacle à la responsabilité pénale de l'entreprise³²².

206

A notre sens, une telle conception va jusqu'à admettre que, même avant l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise, la Suisse aurait pu accorder l'entraide dans le cadre d'une procédure dirigée contre une entité collective, pourvu, encore une fois, que l'état de fait présenté par l'Etat requérant ait été constitutif d'une infraction pénale en droit suisse³²³. Comme nous venons de le voir, une analyse purement abstraite de la double incrimination revient à ne pas se préoccuper des qualités intrinsèques de l'auteur de l'infraction mais uniquement de l'acte commis³²⁴. Plusieurs instruments de l'Union européenne prévoient d'ailleurs que le défaut de reconnaissance de la responsabilité pénale

207

³²¹ Voir N 516 *ss infra*.

³²² Voir N 604 *infra*.

³²³ Visiblement dans le même sens, POPP, N 227 ; ZIMMERMANN, 1999, N 353, qui cite un arrêt non publié du TF à l'appui (arrêt A du 13 juin 1984), lequel semble avoir été rendu dans un contexte d'extradition. L'extradition d'une personne morale n'étant pas envisageable, la portée réelle de cet arrêt demeure obscure.

³²⁴ Voir N 163 *ss* et N 191 *ss supra*.

des entités collectives dans l'Etat requis ne doit pas faire obstacle à l'octroi de l'entraide³²⁵.

208 Une autre question est celle de savoir si l'autorité requise peut apporter sa coopération en matière pénale alors que la responsabilité des entités collectives, selon le droit de l'Etat requérant ou de l'Etat requis, n'est pas à proprement parler de nature pénale, mais de type administratif, comme c'est le cas, à tout le moins formellement, en Allemagne et en Italie³²⁶. Là encore, sous l'angle de la double incrimination, il nous semble qu'à partir du moment où une infraction a été commise selon le droit de l'Etat requérant, l'entraide peut être accordée, même si la responsabilité qui naît de cette infraction n'est pas de nature pénale³²⁷.

209 Au regard de l'art. 1 al. 3 EIMP, l'octroi de l'entraide suppose une affaire pénale dans laquelle la législation de l'Etat requérant permet de faire appel au juge. Dans la même optique, l'art. 63 al. 1 EIMP exige que les actes d'entraide « paraissent nécessaires à la procédure menée à l'étranger et liée à une cause pénale ». A notre sens, ces deux formulations apparaissent suffisamment larges pour admettre une entraide en matière pénale même si la responsabilité de l'entité collective dans l'Etat requérant est de type administratif, à condition probablement toutefois que le droit de l'Etat requérant ait instauré une voie de recours auprès d'une juridiction dont la compétence matérielle comprend le domaine pénal³²⁸. En revanche, la Suisse ne pourrait sans doute pas accorder l'entraide en matière pénale à un Etat qui ne connaîtrait qu'une responsabilité

³²⁵ Voir l'art. 3 ch. 2 de la Convention du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne ; l'art. 26 ch. 1 let. c de l'Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers du 26 octobre 2004 (RS 0.351.926.81) ; en matière d'exécution des décisions, l'art. 9 ch. 3 de la Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ; l'art. 12 ch. 3 de la Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation.

³²⁶ Voir, pour ce dernier Etat, N 799 ss *infra*.

³²⁷ Dans le cadre de la Conférence, en 2013, des Etats Parties à la Convention de l'ONU contre la corruption, l'Allemagne a d'ailleurs indiqué que son ordre juridique permettait sans autre la coopération internationale dans le cadre d'affaires relatives à des personnes morales (Conférence des Etats Parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, Etat d'avancement de l'exécution des mandats du groupe d'experts sur la coopération internationale, p. 9) ; voir aussi, sur la double incrimination en matière d'entraide en lien avec la responsabilité pénale des personnes morales, ONUDC, Etat de l'application, p. 206 s.

³²⁸ Comparer avec l'art. 3 ch. 1 de la Convention du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne : « [l']entraide judiciaire est également apportée dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de l'Etat membre requérant ou de l'Etat membre requis, ou des deux, au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale ».

civile des entités collectives, les finalités du droit civil et du droit pénal étant par trop différentes.

c) Le principe de la double incrimination en matière de compétence pénale

1) Portée du principe

La double incrimination ne revêt pas la même portée en matière de compétence que dans le domaine de l'entraide, et elle s'analyse de manière différente. Tout d'abord, l'examen ne porte pas sur le même ordre juridique. Dans le domaine de la compétence pénale, la double incrimination s'apprécie au regard du droit pénal étranger, soit de la *lex loci delicti commissi*, le juge du for de la poursuite pénale devant s'assurer que l'acte commis par « son » accusé est réprimé non seulement par son propre droit mais également par la loi pénale du lieu de commission. Si l'infraction se localise dans plusieurs Etats, il suffit que seul l'un d'eux réprime le comportement adopté³²⁹. Dans le contexte de l'entraide, l'Etat requis vérifie que la double incrimination est donnée selon son propre droit.

210

Le principe de double incrimination a plusieurs raisons d'être. Tout d'abord, CAPUS le décrit comme « ein hilfreiches Regulativ für die ansonsten unterregulierte Ordnung extraterritorial reichender Strafgewalten »³³⁰. Dans cette perspective, il tend à atténuer les effets extraterritoriaux d'une loi pénale et, en tant qu'obstacle potentiel à l'exercice de la compétence pénale, sert indirectement la prévention des conflits de compétences. Dans le même ordre d'idées, il peut se rattacher à des considérations souverainistes, en ce sens que le fait, pour un Etat, de punir un comportement licite adopté sur le territoire d'un autre Etat, peut être perçu comme une ingérence dans le droit souverain de ce dernier de décider des obligations et libertés des individus qui se trouvent sur son territoire³³¹.

211

Dans le cadre des principes de substitution et de représentation, il est une composante de la légitimation de la compétence pénale³³². De manière plus générale, il nous semble qu'il sert le principe de nécessité de la peine, qui peut faire défaut lorsque le comportement de l'individu est pénalement indifférent au lieu de commission. En outre, comme nous l'avons vu sous IV.A.§ 3. *supra*,

212

³²⁹ COLOMBINI, p. 83 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 34 ; LOMBOIS, N 374.

³³⁰ CAPUS, Strafrecht, p. 405.

³³¹ Dans ce sens, HENRICH, p. 92 s. ; TRÄSKMAN, p. 147 s.

³³² BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 34.

sous l'angle des garanties individuelles, le principe de la double incrimination peut découler de l'une des composantes du principe de la légalité, soit la prévisibilité du droit applicable³³³.

213 Davantage à notre sens qu'en matière d'entraide, la double incrimination reste un principe cardinal du droit de la compétence pénale³³⁴.

214 Reste à savoir quel contenu donner à l'examen de la double incrimination. La réponse n'est selon nous pas la même selon que cette condition est un élément de légitimation de la compétence pénale, une condition indispensable au respect de la légalité ou, de manière plus générale, sert un exercice raisonnable de la compétence pénale³³⁵. Nous allons ainsi considérer le principe en lien avec chacune des fonctions précitées, ce après une brève présentation des normes helvétiques idoines et de l'interprétation, non arrêtée, qu'en donnent la jurisprudence et la doctrine suisses.

2) *La double incrimination : l'exemple du droit suisse*

215 En droit suisse, la double incrimination est exigée pour l'exercice des compétences extraterritoriales, à l'exception du principe de protection (art. 4 CP) et du principe d'universalité au sens des art. 5 et 264^m CP.

216 La condition est libellée comme suit : le droit suisse s'applique « si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale » (art. 6 al. 1 let. a et 7 al. 1 let. a CP).

217 Une interprétation littérale plaide plutôt en faveur d'un examen *in abstracto*³³⁶. En effet, le droit suisse exige que l'acte soit réprimé au lieu de commission, non que l'auteur y soit punissable³³⁷. La formulation suggère donc que la double incrimination se rapporte aux éléments constitutifs de l'infraction, voire à l'absence de motifs justificatifs, mais non à la culpabilité et aux autres conditions régissant la punissabilité. La jurisprudence fédérale ne s'est jamais fermement

³³³ Voir aussi BSK StGB–POPP/KESHEVA, Vor Art. 3 N 34.

³³⁴ Dans le même sens, CASSANI/ROTH, p. 458.

³³⁵ Dans le sens également d'une acception différente du principe de double incrimination selon que l'Etat exerce une compétence originaire ou dérivée, HENRICH, p. 100 ; CORNILS, The use of foreign law, p. 75.

³³⁶ Comparer avec la section 11 (1) du code pénal finlandais qui prévoit une double incrimination concrète, et dont la teneur en anglais est la suivante : « [i]f the offence has been committed in the territory of a foreign State, the application of Finnish law may be based on sections 5, 6 and 8 only if the offence is punishable also under the law of the place of commission and a sentence could have been passed for it also by a court of that foreign State » ; voir à cet égard FRÂNDE/HELENIUS, p. 74.

³³⁷ Analogie, mais pour le droit néerlandais, WOLSWIJK, p. 340.

prononcée sur l'étendue de l'examen, si ce n'est qu'elle en a exclu la plainte pénale³³⁸.

Par ailleurs, une généralisation de la jurisprudence sur le blanchiment d'argent en cas de crime préalable commis à l'étranger³³⁹ est sujette à caution, car il s'agit d'une problématique différente. En effet, si cette jurisprudence se rapporte à une infraction principale perpétrée à l'étranger, celle qui fait l'objet de la procédure pénale, soit le blanchiment du produit de ce crime, a été commise en Suisse. La compétence helvétique se fonde donc sur le principe de territorialité.

Le Conseil fédéral, dans son message relatif à la modification des dispositions incriminant la corruption, a indiqué privilégier une approche abstraite, étant toutefois précisé que le message confond la question de la double incrimination abstraite *versus* la double incrimination concrète avec celle de l'identité des normes³⁴⁰.

La doctrine dominante, quant à elle, penche pour un examen concret³⁴¹, y compris s'agissant de la plainte pénale ou de la prescription³⁴². A l'appui de cette conclusion, on pourrait faire valoir le fait qu'en droit suisse, le principe de double incrimination va de pair avec celui de la *lex mitior*, ce qui revient à exiger une analyse *in concreto* du premier³⁴³. Car, si l'auteur n'est pas concrètement punissable selon la législation pénale étrangère, cette dernière lui serait forcément plus douce³⁴⁴. Comme nous allons l'expliquer sous § 2. *infra*, la notion de *lex mitior* peut toutefois s'interpréter différemment.

³³⁸ ATF 99 IV 257, consid. 5.

³³⁹ Voir ATF 136 IV 179, JdT 2011 IV 143, en particulier, p. 151.

³⁴⁰ Message Corruption, p. 3447 s. On peut y lire que « la double incrimination est interprétée en ce sens (...) qu'il suffit que l'acte en question soit également punissable au lieu où il a été commis, sans qu'il soit nécessaire que la définition de l'acte et la sanction soient identiques (double incrimination abstraite) ». Ainsi, si le Message semble confondre la problématique de la qualification juridique analogue avec celle de la différence entre double incrimination abstraite et concrète, et qu'il ne prend pas la peine d'expliquer ce qu'il entend par « punissable », l'on peut toutefois avancer sans crainte qu'au vu de sa référence expresse au caractère abstrait de la double incrimination, et de la volonté affichée que celle-ci ne constitue pas un obstacle à la lutte contre la corruption, le Conseil fédéral n'entendait pas poser des exigences élevées en la matière.

³⁴¹ COLOMBINI, p. 86 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 36 ; SCHULTZ, Loi pénale dans l'espace II, p. 11 ; GAFNER D'AUMERIES, p. 102 ; SCHWANDER, Rapport suisse, p. 589 s. ; pour le droit français, MAURO, La responsabilité pénale, N 177 ; *contra* PETRIG, The Expansion, p. 41 ; CR CP I-HENZELIN, Art. 6 N 21, cet auteur se référant toutefois à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'entraide.

³⁴² COLOMBINI, p. 92 ss ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 36 ; GAFNER D'AUMERIES, p. 102 ; en matière de prescription, voir l'arrêt du TF du 24 janvier 2006, 6S.449/2005 ; en matière de plainte, mais pas de prescription, CAPUS, Strafrecht, p. 468 ss ; en matière de plainte, POPP, N 273 s. ; *contra* en matière de plainte ATF 99 IV 257, consid. 5 ; HEIMGARTNER, Auslieferungsrecht, p. 89.

³⁴³ Dans ce sens, COLOMBINI, p. 108 s.

³⁴⁴ COLOMBINI, p. 108 s.

3) La double incrimination comme légitimation de la poursuite pénale

221 Nous avons vu sous III.A. *supra* que, lorsque l'Etat exerce une compétence originaire, il se fonde sur une prétention propre à l'exercice de l'action publique. En revanche, si la compétence de l'Etat se base sur le principe de représentation ou de substitution, sa compétence est dite dérivée, en ce sens qu'elle découle de celle, originaire, d'un autre Etat.

222 Dans le premier cas, dans la mesure où l'Etat revendique un intérêt propre au droit de punir, c'est précisément de l'application de sa propre loi dont il se réclame. Il n'a donc pas besoin de la double incrimination pour légitimer son pouvoir juridictionnel. Si, par exemple pour des motifs garantistes, la double incrimination peut néanmoins apparaître comme une condition nécessaire, nous verrons sous 4) *infra* que l'analyse doit porter sur les éléments constitutifs de l'infraction et les motifs qui suppriment le caractère interdit de l'acte.

223 En revanche, lorsque l'Etat exerce l'action pénale à la place d'un autre Etat, la double incrimination est indispensable pour justifier la poursuite pénale. Car, si dans l'Etat originairement compétent, la procédure pénale n'aurait pas été introduite, pour quelque motif que ce soit – par exemple en raison de l'absence de plainte –, il heurte le bon sens qu'un autre Etat, poursuive, à la place du premier, un auteur que ce dernier n'aurait pas poursuivi. Dans cette perspective, la double incrimination doit s'envisager dans sa dimension la plus concrète³⁴⁵ et prendre en considération tant les conditions matérielles que procédurales du droit étranger présidant à la punissabilité de l'auteur. A notre sens, même le principe d'opportunité de la poursuite, lorsqu'il impose la renonciation à la poursuite pénale³⁴⁶, voire lorsqu'il apparaît systématiquement mis en œuvre pour tel ou tel type d'infractions ou de cas, doit être considéré.

224 L'exigence d'un examen concret de la double incrimination, dans le cadre d'un transfert de poursuite, ressort d'ailleurs des termes de l'art. 7 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives : « [l]a poursuite ne peut être exercée dans l'Etat requis que lorsque le fait dont la poursuite est demandée constituerait une infraction en cas de commission dans cet Etat et lorsque, dans ce cas, *l'auteur serait passible d'une sanction également en vertu de la législation dudit Etat* »³⁴⁷. Le rapport explicatif y afférent précise encore

³⁴⁵ Dans le même sens, BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 36 ; VAN DEN WYNGAERT, p. 141 ; BSK ISTR–UNSELD, Art. 85 IRSG N 18.

³⁴⁶ Voir, pour le droit suisse, l'art. 8 al. 1 et 2 CPP ; voir aussi CORNILS, qui relève que les empêchements de procéder doivent également être pris en considération lorsque la condition de la double incrimination s'applique dans le cadre du principe de représentation (The use of foreign law, p. 80).

³⁴⁷ Nous mettons en italiques.

expressément que la double incrimination dans le cadre de cette disposition s'analyse *in concreto*³⁴⁸.

En lien avec les entités collectives cela implique, et nous y reviendrons³⁴⁹, que l'entreprise peut être effectivement tenue pour responsable de l'infraction considérée, selon les deux modèles de responsabilité prévus dans l'Etat du lieu de commission et dans celui du for de la poursuite pénale.

4) *Le principe de double incrimination comme garantie découlant de l'art. 7 CEDH*

D'emblée, il faut garder à l'esprit que le principe de double incrimination, comme condition du respect de l'art. 7 CEDH, ne doit pas être exigé dans l'application de toute norme de compétence à portée extraterritoriale, mais uniquement en tant que l'interdit pénal reproché à l'accusé n'était pas suffisamment prévisible pour ce dernier, en raison du caractère non prédictible de l'application de la législation pénale de l'Etat du for de la poursuite pénale.

En d'autres termes, plus le lien entre l'infraction et l'Etat qui exerce sa compétence est substantiel, plus le critère de prévisibilité tendra à être satisfait, l'auteur ne pouvant alors se prévaloir de l'art. 7 CEDH.

Par ailleurs, à partir du moment où l'auteur, de par ses attributs personnels, en particulier ses connaissances juridiques, *sait* que tel ordre juridique lui est applicable, il ne peut invoquer l'art. 7 CEDH, même si un individu *lambda* aurait pu s'en prévaloir. La notion de prévisibilité doit en effet, à notre sens, s'examiner au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce, caractéristiques de l'auteur comprises.

Pour prendre un exemple concret, si un juriste avisé commet à l'étranger un encouragement à la prostitution sur mineurs, alors même qu'il est conscient de l'existence de l'art. 5 al. 1 let. a CP, il ne peut faire valoir que l'art. 7 CEDH fait obstacle à sa punissabilité en Suisse si le lieu de commission ne réprime pas le comportement décrit à l'art. 195 CP.

i. L'exigence de l'identité des normes ?

Lorsque la double incrimination se fonde sur des motifs garantistes, une première question se pose s'agissant du contenu qu'il convient de donner à la notion : le juge peut-il admettre que la condition de la double incrimination est

³⁴⁸ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, ad art. 7, p. 16.

³⁴⁹ Voir N 974 ss *infra*.

remplie et qualifier les faits selon son propre droit si celui du lieu de commission en donne une qualification juridique différente ?

231 La réponse, à lire l'art. 7 § 1 CEDH, tend vers la négative : les termes de cette disposition n'interdisent au juge que de faire usage d'une loi imprévisible pour l'auteur alors que celle – prévisible – du lieu de commission ne réprime pas du tout l'acte. La jurisprudence strasbourgeoise semble confirmer cette interprétation lorsqu'elle souligne que le rôle de la CourEDH se borne à vérifier si, à l'époque de l'adoption du comportement reproché, « il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition »³⁵⁰.

232 De la même manière, dans sa jurisprudence constante relative à l'art. 7 CEDH, la Cour admet que le principe *nullum crimen sine lege* est respecté lorsque « le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »³⁵¹. En revanche, la Cour ne semble pas exiger que l'individu puisse prévoir la qualification juridique précise de son comportement.

233 Quant à la problématique de la catégorisation de l'infraction – contravention, délit ou crime pour reprendre la terminologie suisse –, la Cour n'y attache de l'importance qu'en tant qu'elle influe sur la peine (dans le cadre de la rétroactivité *in mitius*)³⁵², mais visiblement non pas au seul niveau de l'incrimination.

234 En définitive, il semble difficile de tirer de l'art. 7 CEDH une exigence de prévisibilité en ce qui concerne la dénomination juridique exacte de l'acte commis ; ce qui est nécessaire c'est que le justiciable puisse estimer la peine encourue³⁵³. En d'autres termes, le critère de l'identité des normes n'est pas

³⁵⁰ CourEDH, Décision sur la recevabilité, Ould Dah c. France, Requête n° 13113/03, 17 mars 2009, p. 11. La Cour relève également dans cette affaire, à propos du fait que la Cour d'assises française s'était référée, dans son arrêt condamnant le requérant, en sus des dispositions légales applicables au moment des faits et qui érigeaient le comportement de celui-ci en « circonstances aggravantes de crimes de violence qualifiées », à l'article consacrant de manière autonome le crime de torture introduit postérieurement, que cette modification du code pénal n'a pas eu pour conséquence la création d'une nouvelle infraction, mais un simple aménagement législatif relatif à des comportements qui étaient déjà expressément incriminés par l'ancien code pénal » (p. 14).

³⁵¹ Voir, parmi d'autres, l'arrêt CourEDH (GC), Maktouf et Damjanović c. Bosnie Herzégovine, Requêtes nos 2312/08 et 34179/08, 18 juillet 2013, § 66 ; l'arrêt CourEDH (GC), Kononov c. Lettonie, Requête n° 36376/04, 17 mai 2010, § 185 ; l'arrêt CourEDH, Jorgic c. Allemagne, Requête n° 74613/01, 12 juillet 2007, § 100.

³⁵² Voir, par exemple, l'arrêt CourEDH, G. c. France, Requête n° 15312/89, 27 septembre 1995, § 26.

³⁵³ Visiblement dans le même sens, IntKommEMRK-RENTZIKOWSKI, qui souligne que « [d]er bloße Austausch der gesetzlichen Grundlage verletzt das Rückwirkungsverbot auch dann nicht, wenn das

couvert par l'art. 7 CEDH³⁵⁴. Cette dernière considération ne sera nuancée que dans des constellations particulières, dans lesquelles l'incrimination découle d'une convention de droit international relativement à une infraction définie. Dans une telle situation, l'individu doit en effet pouvoir prévoir que son comportement est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'instrument international, ce qui suppose qu'il puisse en présager la qualification juridique. Dans cette même optique, lorsque l'applicabilité d'une loi pénale se limite à certaines infractions, le justiciable, pour pouvoir anticiper cette applicabilité, doit être en mesure de qualifier juridiquement son comportement. Cela étant, cette problématique est différente de celle qui nous occupe, à savoir la prise en considération de la *lex loci delicti commissi* lorsque la seule application de la *lex fori* ne remplit pas le critère de prévisibilité.

ii. L'étendue de l'examen

Selon VAN DEN WYNGAERT, pour satisfaire au principe de la légalité, la double incrimination doit « probablement » s'examiner *in concreto*³⁵⁵. Pour HALLEVY, en revanche, le principe de la légalité envisage l'infraction de manière abstraite :

« Because the principle of legality has to do with the applicability of the criminal norm, it relates to criminality *in abstracto*, not *in concreto*. Criminality *in abstracto* means analyzing the criminal norm in abstract terms, irrespective of individual events. Criminality *in concreto* is generally the domain of the courts, where the imposition of criminal liability on an individual in given circumstances is analyzed in specific terms. The principle of legality relates to the criminal norm and not the criminal event »³⁵⁶.

Dans cette optique, c'est la double incrimination légale qui est déterminante sous l'angle de l'art. 7 CEDH, non la double incrimination judiciaire.

C'est cette dernière approche que nous privilégions, avec cette précision que l'art. 7 CEDH requiert tout de même un degré d'analyse plus concret de la double incrimination que la définition purement abstraite que nous avons posée sous a)2)i. *supra*.

Comme indiqué plus haut, le principe de la légalité exige que le justiciable puisse reconnaître que son *acte* est pénalement répréhensible à l'heure de se déterminer sur la conduite à adopter, condition *sine qua non* pour qu'il puisse

aktuelle Gesetz zwar strenger ist, aber bei dem Angeklagten die frühere günstigere Regelung berücksichtigt wird » (Art. 7 N 66) ; SPIGA, p. 19 s.

³⁵⁴ Dans le même sens, VAN DEN WYNGAERT, p. 131 ; BOSLY/VANDERMEERSCH, p. 233.

³⁵⁵ VAN DEN WYNGAERT, p. 141 s. ; dans le même sens, HENZELIN, Droit international pénal, p. 81.

³⁵⁶ HALLEVY, p. 6.

adapter son comportement en connaissance de ce qui est permis et interdit. En d'autres termes, si l'interdit pénal était prévisible pour l'auteur, l'art. 7 CEDH est respecté et le justiciable ne peut se prévaloir du fait que l'application du système pénal du lieu de commission lui eût permis, par des circonstances ne se rattachant pas à la norme incriminatrice en tant que telle, d'échapper à la sanction. Le principe de la légalité se rattache à la base légale et la situation individualisée de l'auteur n'a de pertinence qu'en tant qu'elle influe sur l'applicabilité de la norme. Nous rappellerons en particulier que vouloir tirer de l'art. 7 CEDH une obligation de tenir compte du droit étranger en matière de plainte, de prescription ou de principe d'opportunité est se méprendre sur la portée de cette disposition³⁵⁷. En effet, il s'agit de circonstances survenant postérieurement à la commission de l'infraction et sur lesquelles l'auteur ne peut influencer au moment de se déterminer sur la conduite à adopter. Sur le plan temporel, le principe de double incrimination s'examine *ex ante*, au moment de l'acte, et non *a posteriori*, à l'ouverture de la poursuite³⁵⁸.

239

En d'autres termes, sont déterminantes pour l'examen les composantes du crime qui résultent des choix effectués par l'auteur à l'heure d'adopter la conduite répréhensible. En sus des éléments constitutifs de l'infraction, le juge doit ainsi prendre en considération les éléments qui rendent l'acte autorisé selon le droit étranger, soit ce que le droit suisse qualifie de motifs justificatifs³⁵⁹. En effet, si l'acte est justifié, cela signifie que l'auteur a le droit de le commettre, de sorte qu'il n'engage pas sa responsabilité pénale en l'accomplissant. Les règles en matière de participation doivent à notre sens également être prises en considération. Si, illustration abstraite, la *lex loci delicti commissi* devait ne pas connaître l'institution de l'instigation, le fait d'inciter un tiers à commettre une infraction ne relève pas du droit pénal dans l'ordre juridique considéré. Dans la même optique, et nous y reviendrons³⁶⁰, la double incrimination, envisagée comme condition au respect de la légalité pénale, exige que le droit pénal du lieu de commission permette de rendre responsable l'entité collective pour l'infraction considérée.

³⁵⁷ Voir N 112 *supra*.

³⁵⁸ Dans le même sens, PETRIG, *The Expansion*, p. 42 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 35, la position de ces auteurs étant toutefois confuse en ce sens qu'ils reconnaissent que c'est le moment de l'acte qui est déterminant, tout en voulant prendre en considération, dans l'examen de la double incrimination, les règles sur la prescription, voire la plainte pénale (N 36).

³⁵⁹ « *Justifications* » selon la doctrine anglo-saxonne ou, pour reprendre la terminologie d'une partie de la doctrine française, « causes objectives d'irresponsabilité pénale » (voir ORMEROD/LAIRD, p. 322 ; DESPORTES/LE GUNEHEC, N 693).

³⁶⁰ Voir N 974 *ss infra*.

En ce qui concerne les circonstances qui excluent la culpabilité, soit celles qui ne rendent pas l'acte permis mais font obstacle à la condamnation de son auteur³⁶¹, la réponse nous paraît délicate.

Une interprétation littérale de la jurisprudence strasbourgeoise tend plutôt à exclure ces éléments de l'examen, celle-ci se référant au caractère répréhensible de l'acte et non à la punissabilité de son auteur. D'un autre côté, si la culpabilité de l'auteur n'est pas donnée au moment de l'acte, sa responsabilité pénale n'est pas engagée.

A notre sens, et dans la mesure où l'essence de l'art. 7 CEDH est de permettre au justiciable de ne pas *choisir* de transgresser l'interdit pénal, de se déterminer avec conscience et volonté sur la conduite à adopter, les circonstances excluant la culpabilité ne doivent en principe pas être prises en considération car, si l'on examine les motifs exculpatoires, ceux-ci apparaissent précisément liés au fait que l'individu ne pouvait régler librement son comportement.

Que l'on prenne la contrainte, l'irresponsabilité à raison d'une incapacité de discernement passagère ou durable, ou encore l'« excuse de minorité », qui emporte une présomption irréfragable d'incapacité d'apprécier le caractère illicite de l'acte commis, dans tous ces cas, l'individu est réputé violer l'interdit pénal sans en avoir le choix. Dès lors, l'auteur ne peut prétendre que, s'il avait connu l'applicabilité de la loi, il aurait adopté une conduite différente, respectueuse de la loi pénale.

En matière de responsabilité des entités collectives, dans la mesure où, de toute façon, les circonstances excluant la punissabilité de l'auteur physique ne profitent pas à l'entreprise³⁶², elles n'ont pas à être prises en considération dans l'examen de la double incrimination.

5) *Le principe de double incrimination comme « régulateur » d'une loi à portée extraterritoriale*

De manière générale, il peut heurter le sens commun qu'un individu soit sanctionné à raison d'un comportement qu'il avait le droit d'adopter à l'endroit où il a agi. En d'autres termes, la nécessité du châtement fait défaut³⁶³. En

³⁶¹ Soit les « *excuses* » du droit anglo-saxon, ou « causes subjectives d'irresponsabilité pénale » selon le droit français (voir ORMEROD/LAIRD, p. 322 ; DESPORTES/LE GUNEHEC, N 630 ss).

³⁶² Voir N 535 *infra*.

³⁶³ Selon nous, la question de savoir si la double incrimination sert le principe de nécessité de la peine doit être examinée en particulier en fonction de la nature de l'infraction en cause : s'agissant de comportements largement prohibés et considérés comme particulièrement répréhensibles, le principe de nécessité de la peine est satisfait même en l'absence de double incrimination. Cela étant, de toute

particulier, lorsque le critère de rattachement repose sur la nationalité de l'auteur, aucun problème d'impunité préjudiciable ne résulte du principe de la non-extradition des nationaux si l'acte était licite au lieu de commission.

246 Par ailleurs, nous rappelons que, sur le plan du droit international public, un Etat pourrait voir d'un mauvais œil la punition, par un autre Etat, d'une personne – physique ou morale – pour une conduite autorisée adoptée sur son territoire, car cet autre Etat influence alors indirectement le comportement de cette personne dans un espace sur lequel il n'est pas souverain³⁶⁴.

247 Dans ce contexte, et dès lors que l'Etat du for de la poursuite pénale peut tout de même se prévaloir d'un intérêt propre au châtement, il nous semble que la double incrimination doit s'examiner de la même manière que lorsqu'elle est envisagée dans une perspective garantiste. Les éléments qui confèrent à l'acte son caractère illégal doivent être pris en considération. En revanche, l'examen n'a pas besoin de porter sur les motifs exculpatoires et d'autres conditions de punissabilité telles que plainte pénale ou absence de prescription. Il faut toutefois souligner qu'il s'agit là de standards minimaux et que rien ne s'oppose à ce qu'un Etat se montre plus exigeant dans l'analyse.

§ 2. La *lex mitior* sous l'angle spatial

a) *Remarques générales*

248 La prise en considération du droit étranger plus favorable interdit au juge de traiter plus sévèrement l'auteur qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte. Cette condition de la *lex mitior* sous l'angle spatial doit être distinguée de la *lex mitior* sous l'angle temporel, qui a trait à la non-rétroactivité des lois.

249 Double incrimination et *lex mitior* sont souvent couplées, la première pour le respect de la légalité des délits, la seconde pour celui de la légalité des peines. Ainsi, en droit suisse, ces deux conditions vont de pair (art. 6 al. 1 let. a et al. 2 CP ; art. 7 al. 1 let. a et al. 3 CP).

250

façon, dans ce cas, il y a très peu de chances que la double incrimination ne soit pas remplie. L'on peut considérer qu'il en va de même pour les infractions appréhendées par le principe de protection, l'Etat ayant un intérêt à poursuivre les atteintes dirigées contre ses intérêts fondamentaux quel que soit le droit du lieu de commission ; voir aussi COLOMBINI, qui souligne que la *ratio* du principe de double incrimination est d'« éviter que soit puni en Suisse un individu qui ne pourrait pas être poursuivi à l'étranger » (p. 86).

³⁶⁴ Voir aussi N 211 *supra*.

Par ailleurs, si le principe de la nécessité de la peine peut exiger la double incrimination, il peut également requérir la *lex mitior* en tant qu'il n'apparaît pas nécessaire de prononcer une peine plus sévère que celle qui ne l'eût été dans l'Etat du lieu de commission³⁶⁵.

b) *Lex mitior abstraite ou concrète ?*

1) *L'exemple suisse*

A l'instar de la double incrimination, on peut envisager l'examen de la *lex mitior* de manière abstraite ou concrète. Une analyse purement *in abstracto* se contente d'une comparaison des peines-menace pour l'acte considéré selon les deux droits. En revanche, une appréciation *in concreto* requiert la prise en considération de toutes les circonstances d'espèce ainsi que des modalités envisageables de la peine selon les deux droits³⁶⁶. En Suisse, doctrine et jurisprudence penchent pour la méthode concrète³⁶⁷. Cela signifie donc que le juge ne peut se contenter de déterminer la peine qui aurait pu être prononcée dans l'Etat du lieu de commission, mais davantage celle qui, vraisemblablement, l'eût été.

Une interprétation littérale des dispositions idoines, soit les art. 6 al. 2 CP et 7 al. 3 CP, va dans le même sens. Le libellé est le suivant : « [I]e juge fixe les sanctions de sorte que l'auteur ne soit pas traité plus sévèrement qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte ». L'emploi des termes « qu'il ne l'aurait été » et non pas, par exemple, « qu'il n'aurait pu l'être » place le débat dans une perspective concrète.

Nous rappelons à ce stade qu'on pourrait être tenté de tirer de cette conception de la *lex mitior* la nécessité d'examiner la double incrimination également de manière concrète³⁶⁸. Car si *tous* les paramètres doivent être pris en considération par le juge du fond, cela signifie que si la double incrimination *in concreto* n'est pas donnée, la loi étrangère sera toujours plus favorable³⁶⁹. Si l'auteur ne peut pas être condamné plus sévèrement qu'il ne l'eût été en vertu de ce droit, il devra forcément être libéré des fins de la poursuite pénale.

³⁶⁵ Dans ce sens, COLOMBINI, p. 108.

³⁶⁶ Voir sur ce dernier point, PETRIG, *The Expansion*, p. 49 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 39.

³⁶⁷ PETRIG, *The Expansion*, p. 49 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 39 ; COLOMBINI, p. 108 ; LUDWICZAK, *La délégation internationale*, N 308 s., ces auteurs se référant toutefois à des normes prévoyant, à teneur de texte, l'application directe du droit étranger plus favorable.

³⁶⁸ Voir N 220 *supra*.

³⁶⁹ COLOMBINI, p. 108 s.

- 254 Pour prendre un exemple, si le droit pénal étranger requiert, au contraire du droit suisse, une plainte pénale pour l'infraction considérée, mais que l'autorité de poursuite pénale estime qu'il ne doit pas être tenu compte de cette condition dans l'examen de la double incrimination, elle pourra exercer sa compétence. Mais, ensuite, le juge du fond constatera qu'en l'absence de plainte pénale, la loi étrangère ne permet pas de condamnation et donc, en application de la *lex mitior*, fait également obstacle au prononcé d'une peine par le juge suisse. Or, se contenter d'une analyse abstraite de la double incrimination au stade de l'ouverture de la procédure pour qu'ensuite le principe de la *lex mitior* fasse de toute façon obstacle à une éventuelle sanction relève du non-sens.
- 255 A notre sens toutefois, il est possible d'avoir une autre lecture de l'examen concret de la *lex mitior*. Si l'on garde à l'esprit que la double incrimination se rattache à l'infraction et la *lex mitior* à la peine, l'idée est de tenir compte, dans l'analyse de la *lex mitior*, de toutes les circonstances d'espèce mais qu'en tant qu'elles se rapportent à la peine. Ainsi, typiquement, la plainte pénale qui, selon les conceptions, a trait à la punissabilité de l'auteur ou est une condition de la poursuite, n'entre pas en considération dans l'examen. Il en irait de même des motifs exculpatoires. En revanche, ceux qui atténuent la responsabilité de l'auteur doivent être pris en considération, puisqu'ils influent directement sur le quantum de la peine.
- 256 Une telle interprétation reste à notre sens soutenable selon la lettre des art. 6 al. 2 CP et 7 al. 3 CP exposé plus haut. Le fait, en effet, que ces deux dispositions commencent par le postulat que « le juge fixe les sanctions » suggère que ce dernier s'est déjà prononcé sur la culpabilité et n'a donc plus à s'interroger sur les questions de punissabilité de l'auteur au stade la *lex mitior*.
- 257 Il faut, cela étant, relever que cette conception a pour conséquence que la prescription de l'action pénale, à l'inverse de celle relative à la peine, n'a pas à être prise en considération. Or, le Tribunal fédéral en a jugé autrement dans un arrêt de 2006³⁷⁰. Notons toutefois que cet arrêt a été rendu sous l'ancien droit, qui, à teneur de texte, imposait au juge l'application directe du droit étranger. La lettre de la loi permettait alors difficilement d'interpréter la *lex mitior* telle que nous venons de le faire.

³⁷⁰ Arrêt du TF du 24 janvier 2006, 6S.449/2005, consid. 2 et 3.

2) *Réflexions sur l'interprétation de la lex mitior en fonction de ses buts*

A notre sens, la *lex mitior* envisagée comme condition au respect de la légalité des peines n'exige pas que les sanctions doivent être comparées en tenant compte de tous les paramètres du cas d'espèce. En particulier, et à l'instar de ce que nous avons déjà souligné pour la double incrimination³⁷¹, toutes les circonstances survenant postérieurement à l'infraction et sur lesquelles la volonté de l'auteur, à l'heure de se déterminer sur la conduite à adopter, n'influe pas, sont sans pertinence pour juger du caractère prévisible de la sanction. Sous l'angle de l'art. 7 CEDH, le juge peut se limiter à vérifier que la peine prononcée dans l'Etat du for de la poursuite pénale n'a pas excédé celle que l'auteur pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a choisi de transgresser l'interdit pénal. En particulier, dans cette optique, la prescription selon le droit étranger n'a pas à être prise en considération.

258

En revanche, lorsque la compétence du juge découle des principes de représentation ou de substitution, il doit être tenu compte de toutes les circonstances d'espèce, prescription incluse. L'analyse s'inscrit dans le prolongement de celle de la double incrimination qui est envisagée dans sa dimension la plus concrète³⁷².

259

Lorsque l'Etat dispose d'une prétention propre à la poursuite pénale mais que la *lex mitior* sert le principe de proportionnalité de la peine, en ce sens qu'il n'apparaît pas nécessaire de prononcer une peine plus sévère que celle qui eût vraisemblablement été prononcée dans l'Etat du lieu de commission, c'est l'interprétation que nous avons proposée sous 1) *supra* que nous privilégions. Le juge procède ainsi en deux temps : tout d'abord il s'assure de la double incrimination telle qu'appréhendée sous § 1.c)5) *supra* ; ensuite, une fois qu'il est parvenu à un verdict de culpabilité, il effectue, en s'appuyant sur les paramètres pertinents pour le prononcé de la peine, une comparaison entre les deux droits et adapte la peine en conséquence.

260

Cette conception de la méthode concrète nous paraît correspondre à l'esprit de la *lex mitior* et nous semble davantage en harmonie avec les discussions actuelles relatives à l'interprétation de la double incrimination. A nouveau, si l'on interprète la *lex mitior* en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, y compris celles relatives à la punissabilité de l'auteur, cela revient à

261

³⁷¹ Voir N 238 *supra*.

³⁷² Voir N 223 *ss supra*.

considérer que le débat relatif au contenu de la double incrimination est clos, ce qui n'est manifestement pas le cas³⁷³.

262

Il est vrai que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale pourrait s'opposer à une interprétation qui peut au final s'avérer défavorable à l'accusé. Il nous semble cependant qu'elle reste suffisamment en accord avec la lettre et l'esprit de la loi pour rester conforme au principe de légalité.

C. Le principe *ne bis in idem*

263

Le principe *ne bis in idem* interdit qu'un sujet de droit pénal soit poursuivi deux fois pour les mêmes faits. Le concept soulève d'innombrables difficultés d'interprétation que nous n'évoquerons pas ici³⁷⁴. Nous nous contenterons de rappeler à ce stade qu'incontesté dans sa dimension interne³⁷⁵, ce principe, s'il tend à être reconnu sur le plan européen³⁷⁶, ne bénéficie pas d'une reconnaissance automatique au niveau transnational.

³⁷³ Voir N 220 *supra*.

³⁷⁴ A titre illustratif, on peut citer la question de savoir si *ne bis* suppose une identité de normes ou de fait. Si cette question a aujourd'hui été tranchée en faveur de la deuxième hypothèse, encore faut-il savoir ce qu'il faut entendre par « même fait » (voir notamment POPP/KESHELAVA, qui traitent du concours d'infractions : le principe *ne bis in idem* ne s'appliquera pas si le premier jugement ne comprend pas toutes les infractions, par exemple en cas de concours idéal si seule l'une des deux infractions a été retenue ou, en cas de concours imparfait, si le premier jugement ne se penche que sur l'infraction subsidiaire (BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 49)). On peut également mentionner toute la problématique relative aux exigences que la décision prise dans le cadre de la première procédure doit satisfaire, en particulier sur le pouvoir d'examen quant au fond, pour déclencher un effet extinctif. On citera en troisième exemple la signification qu'il faut donner à la sanction « subie » ou « en cours d'exécution » de l'art. 54 CAAS (par exemple FOLKA/RIEDO, renvoyant à l'arrêt *Kretzinger* rendu par l'ancienne Cour de Justice des Communautés européennes, observent qu'une sanction prononcée avec sursis est considérée comme « en cours d'exécution » tant que dure le délai d'épreuve (BSK StPO- FOLKA/RIEDO, Art. 8 N 87). De manière générale sur le principe *ne bis in idem*, voir ROTH, *Non bis in idem, in toto* ; COFFEY G., *in toto*.

³⁷⁵ Voir pour le droit suisse, l'art. 11 al. 1 CPP.

³⁷⁶ Voir les art. 54 à 58 CAAS et 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; voir aussi N 0 N 0 *supra* et N 444 s. *infra*.

VI. Le rattachement territorial en droit suisse

A. Un critère fondé sur l'acte

La compétence pénale fondée sur le rattachement territorial est incontestée et indiscutable dans son principe. Avec l'émergence de l'Etat-nation elle se retrouve à la base du droit pénal moderne³⁷⁷, sa légitimité apparaissant suffisamment évidente pour que l'on n'y consacre pas de longs développements. Nous nous contenterons de rappeler que ce principe de compétence repose principalement sur trois axes : émanation du droit de punir, motifs d'ordre garantiste, raisons pratiques.

264

Tout d'abord, le principe de la territorialité découle de la conception actuelle de la notion d'Etat, dont l'une des composantes nécessaires est le territoire, qui constitue « l'espace où s'applique le pouvoir de l'Etat »³⁷⁸. L'une des facettes de ce « pouvoir » est la faculté d'édicter les règles de comportement que l'Etat estime nécessaires à la conservation de ses intérêts. La violation de ces règles en général et de la loi pénale en particulier porte atteinte à l'autorité de l'Etat, trouble son ordre social³⁷⁹ et légitime son droit de punir³⁸⁰.

265

Ensuite, le principe de territorialité s'impose pour des motifs pragmatiques, ayant trait à la recherche de la vérité matérielle, qui constitue la finalité d'une procédure pénale : c'est en général au lieu où l'infraction a été commise que se trouve la majorité des preuves³⁸¹.

266

Le principe de la légalité milite également en faveur du principe de territorialité qui, plus que tout autre, devrait permettre de satisfaire pleinement au critère de prévisibilité de la loi pénale applicable³⁸².

267

³⁷⁷ CPJI, Affaire du « Lotus », 7 septembre 1927, p. 20 ; voir aussi les références citées sous note 110. Pour un tour d'horizon du développement historique des principes de compétence pénale en général et de la territorialité en particulier, voir OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 47 ss et TEZCAN, p. 66 ss.

³⁷⁸ DAILLIER/FORTEAU/PELLET, p. 457 ; voir aussi p. 532.

³⁷⁹ Voir parmi d'autres PRADEL, N 224 ; VERNY, p. 601 ; HUET/KOERING-JOULIN, Droit pénal, p. 186 ; DONNEDIEU DE VABRES, p. 12.

³⁸⁰ Dans cette optique, le principe de territorialité suit la même finalité que le principe de protection (voir LANGEMEIJER, p. 22 s.).

³⁸¹ Voir parmi d'autres, COLOMBINI, p. 20 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 19 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 262 ; dans ce sens également, MERLE/VITU, p. 391 ; DONNEDIEU DE VABRES, p. 11.

³⁸² Voir N 0 *supra* et, parmi d'autres, COLOMBINI, p. 20 ; GERMANN, p. 239 ss ; SCHWANDER, Rapport suisse, p. 576 s. ; TEZCAN, p. 103 ; DESPORTES/LE GUNEHEC, N 377 ; MERLE/VITU, p. 391 ; HUET/KOERING-JOULIN, Droit pénal, p. 187 s.

268 Par ailleurs, nous insistons d'emblée sur le fait que c'est bien le crime qui met en danger l'ordre public. En d'autres termes, conceptuellement parlant, le principe de territorialité se rattache à l'acte – plus précisément à l'endroit de sa survenance – et non à l'auteur. Aussi, la compétence pénale d'un Etat est-elle donnée dès qu'une infraction a eu lieu sur son territoire, et ce indépendamment de toute considération relative à son auteur, en particulier de l'endroit où il se trouve³⁸³.

269 A cet égard, le libellé de l'art. 3 CP, qui déclare la loi pénale suisse applicable à « quiconque commet un crime ou un délit en Suisse », porte à confusion en ce sens qu'il semble faire reposer le principe de territorialité sur l'auteur et non sur l'acte. En réalité, le texte doit se lire comme « le présent code s'applique lorsque l'infraction est commise en Suisse »³⁸⁴. Nous verrons plus loin la portée que revêt ce rattachement à l'acte dans le cadre des règles en matière de participation³⁸⁵.

B. Un critère à géométrie variable

270 Si le principe de territorialité, en lui-même, ne prête pas à controverse, le critère de rattachement qui en découle, soit le lieu de commission de l'infraction, est l'un des éléments les plus compliqués à manier du droit de la compétence pénale. Cette notion juridique a en effet fait l'objet d'interprétations telles qu'elle s'est éloignée de la réalité factuelle³⁸⁶. On notera d'ailleurs que cette dichotomie découle de la loi elle-même : « [u]n crime ou un délit est *réputé* commis tant au

³⁸³ Voir BOUZAT/BREDIN, p. 498 : « [le principe de territorialité] est fondé (...) sur la considération du *lieu de l'infraction* » ; AMBOS : « [d]er Territorialitäts- oder Gebietsgrundsatz knüpft an den *Tatort* an » (Internationales Strafrecht, p. 31). Dans ce sens également DONNEDIEU DE VABRES, pp. 11 et 13 ; FAYARD, p. 753 ; TEZCAN, p. 17 ; SCHULTZ, Loi pénale dans l'espace II, p. 1 ; DONATSCH/TAG, p. 51. Tous ces auteurs définissent le principe de territorialité comme la compétence législative et judiciaire de l'Etat de connaître des *actes* pénalement répréhensibles perpétrés sur son territoire.

³⁸⁴ Comparer avec le libellé du § 3 du code pénal allemand : « [d]as deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden » ou de l'art. 113-2 du code pénal français : « [l]a loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République » ; voir aussi, DYENS : « [l]a notion d'acte au sens de l'art. 8 CP (...) représente donc le comportement spécifiquement décrit et visé par l'énoncé de fait légal (*Tatbestand*) d'une infraction donnée » (Territorialité, N 252).

³⁸⁵ Voir N 371 ss *infra*.

³⁸⁶ Dans la même optique, FAYARD parle de « localisation juridique du délit » (p. 767). Le Conseil de l'Europe s'étonnait d'ailleurs des « constructions juridiques » créées par les Etats pour asseoir leur compétence territoriale (Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 9). Quant à PETRIG, elle observe que « the place of commission in Switzerland is not a natural but a constructed one » (The Expansion, p. 40).

lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit » (art. 8 CP)³⁸⁷.

Les interprétations extensives dont la notion de lieu de commission fait l'objet remettent en cause la légitimité des différences de traitement entre compétence territoriale et compétences extraterritoriales³⁸⁸. Car le fait que la première se réclame de la composante « territoire » de l'Etat n'enlève rien au fait qu'elle peut avoir une portée extraterritoriale importante, à l'instar d'une compétence fondée sur un critère de rattachement autre que le territoire. Il arrive en effet que le lien de rattachement avec le territoire apparaisse faible et que la cause présente des liens plus étroits avec un autre Etat.

D'aucuns ont d'ailleurs envisagé l'application du principe de la double incrimination, de la *lex mitior* ou du principe *ne bis in idem* y compris dans le cadre du principe de la territorialité³⁸⁹. La proposition est intéressante en ce qu'elle tend à atténuer les effets, parfois injustifiés, que l'on a attachés à la distinction entre compétences territoriale et extraterritoriales. Elle apparaît en revanche peu compatible avec la notion même de territorialité. Nous y reviendrons³⁹⁰.

Cela étant, en principe, de deux choses l'une : soit les éléments sur la base desquels peut s'effectuer le lien entre le territoire et l'infraction sont suffisamment tangibles pour que la Suisse considère que le crime a été commis sur son territoire, soit ils ne le sont pas, et il apparaît alors raisonnable que la Suisse décline sa compétence ou, cas échéant, poursuive l'auteur sur la base d'un autre principe de compétence.

Les difficultés d'interprétation du « lieu de commission » s'articulent généralement autour de trois grands points : le « saucissonnage » des actes composant le comportement typique, ce d'autant en cas d'infractions dites complexes ou continues ; le concept de « résultat » de l'infraction, et le traitement de la participation à l'infraction³⁹¹.

³⁸⁷ Nous mettons en italique. Dans le même sens, voir l'art. 113-2 § 2 du code pénal français : « [l']infraction est *réputée* commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire » (nous mettons en italique).

³⁸⁸ Dans le même sens, PETRIG : « the usual division between territorial and extraterritorial jurisdiction is, in many instances, without any substance. In such cases, the line between the two concepts blurs and the exercise of territorial jurisdiction is tantamount to what is commonly referred to as 'exercising extraterritorial jurisdiction' » (The Expansion, p. 40) ; GILBERT, p. 76.

³⁸⁹ Voir PETRIG, The Expansion, p. 40 ; SCHULTZ, Compétence des juridictions pénales, p. 314.

³⁹⁰ Voir en particulier N 439 ss *infra*.

³⁹¹ Dans le même sens Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 9.

275 A l'heure actuelle, nombre d'infractions, en particulier dans le domaine de la criminalité financière, ne sont pas commises exclusivement sur un seul territoire et présentent donc un caractère transnational. Adopter une interprétation stricte du lieu de commission, qui exigerait que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction survienne sur le territoire d'un Etat pour que ce dernier puisse revendiquer sa compétence territoriale, reviendrait à multiplier les conflits de compétences négatifs et conduirait à une impunité inacceptable. Une interprétation généreuse du principe de la territorialité est d'ailleurs expressément préconisée par les commentaires et rapports explicatifs de certaines conventions internationales, en particulier dans le domaine de la corruption, exemple par excellence d'une criminalité largement transnationale³⁹². Ainsi, le principe de la territorialité, s'il veut conserver son utilité, doit s'adapter au fait que le crime transcende les frontières. Simultanément, ceci aura comme conséquence un accroissement substantiel des conflits de compétences positifs.

276 Toutefois, si la notion de « lieu de commission » doit être suffisamment souple pour pouvoir appréhender les comportements transfrontières, elle n'est pas là pour pallier les carences – réelles ou supposées – dans la politique criminelle des autres Etats. En d'autres termes si, d'une définition raisonnable du « lieu de commission », il ressort qu'une infraction doit être considérée comme survenue uniquement sur le territoire d'un Etat qui, pour des raisons qui lui sont propres, s'en désintéresse, il n'appartient pas à un autre Etat qui estimerait, quant à lui, que le fait mérite que l'on s'en préoccupe, d'adopter une interprétation extensive du lieu de commission pour pouvoir connaître du cas³⁹³. Si, d'aventure, le crime en question devait toucher des intérêts communs à la communauté universelle, il appartiendrait alors à l'Etat qui entend ouvrir une procédure pénale de revendiquer sa compétence sur la base d'un autre chef de compétence, par exemple le principe de l'universalité.

277 La tendance qui consiste à interpréter de manière extensive la notion de « lieu de commission » est sujette à caution. Elle conduit à une multiplication des conflits de compétences et dénature le fondement du principe de la territorialité³⁹⁴, qui veut que le lien entre le territoire et l'infraction soit

³⁹² Voir par exemple OCDE, Commentaires, ad art. 4 § 1 ; Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption, § 79.

³⁹³ Dans le même sens, SCHWANDER, Rapport suisse, p. 589.

³⁹⁴ Voir aussi AKEHURST, qui constate la propension des pays de *common law* à interpréter le principe de territorialité de manière démesurée pour remédier aux lacunes découlant de leur réticence à admettre d'autres principes de compétence (p. 157).

suffisamment effectif et manifeste pour que la seconde puisse être considérée comme réalisée sur le premier. En particulier, nous déplorons la position du Tribunal fédéral, selon laquelle le risque de conflits négatifs de compétences rend nécessaire l'admission de la compétence territoriale des autorités helvétiques même si la cause ne présente pas un lien étroit avec la Suisse³⁹⁵. Elle se justifie d'autant moins que les conflits de compétences négatifs sont en réalité tout à fait rares³⁹⁶.

C'est également au nom du principe de la légalité que la doctrine préconise une interprétation raisonnable du « résultat » de l'infraction³⁹⁷.

Il appartient d'ailleurs en premier lieu aux autres principes de compétence de venir cas échéant combler les lacunes d'une application raisonnable du principe de la territorialité³⁹⁸. Certes, comme déjà mentionné, le caractère régulièrement transfrontière d'une large palette d'infractions entraîne une fragmentation du lieu de commission. Ceci ne devrait toutefois pas conduire à admettre une compétence territoriale lorsque le lien entre l'acte et le territoire est trop lâche ou apparaît artificiel³⁹⁹.

La pétition n'est pas seulement de principe vu que la compétence territoriale est le plus unilatéral des titres de compétence : non seulement elle est susceptible de constituer un frein à la coopération internationale⁴⁰⁰, mais elle fait également obstacle à l'application du principe *ne bis in idem*⁴⁰¹ ainsi qu'à la prise en considération d'une loi pénale étrangère plus douce. Il s'agit, là encore, du respect de la souveraineté territoriale⁴⁰², l'Etat devant avoir les coudées entièrement franches pour sanctionner comme il l'entend les atteintes directes à son autorité. Plus le lien entre le territoire et l'infraction s'avère ténu, moins une

³⁹⁵ Voir notamment ATF 133 IV 171, consid. 6.3 ; arrêt du TF du 3 septembre 2013, 6B_127/2013, consid. 4.2.1 ; arrêt du TF du 19 mai 2015, 6B_1045/2014, 6B_1046/2014, consid. 5.2) (publié aux ATF 141 IV 205 sans le considérant précité).

³⁹⁶ Voir LELIEUR, L'Union européenne, p. 277.

³⁹⁷ Voir CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 250 ; dans ce sens, COLOMBINI, p. 22 ; Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 26.

³⁹⁸ Visiblement *contra* BUCK, selon qui un risque d'impunité peut être réduit par une interprétation extensive de la notion de territorialité (p. 128 ss).

³⁹⁹ Dans ce sens également les considérations de l'*Obergericht* bernois : « [d]as Territorialitätsprinzip ist die primäre Grundlage des internationalen Strafrechts und darf durch eine extensive Auslegung des Ubiquitätsprinzip nicht umgangen werden » (jugement de la Cour de cassation de l'*Obergericht* bernois du 15 janvier 2009, NR. KH 08/17, partiellement reproduit in *forum*penale 6/2009, p. 352 ss, p. 354).

⁴⁰⁰ Voir l'art. 7 CEEextr qui permet à l'Etat qui revendique une compétence territoriale de refuser l'extradition ; voir aussi SCHWANDER, Das Territorialitätsprinzip, p. 367.

⁴⁰¹ L'art. 3 al. 3 CP ne prévoit l'application du principe *ne bis in idem* que lorsque l'auteur a été poursuivi à l'étranger sur requête de la Suisse.

⁴⁰² Voir CAPUS, Strafrecht, p. 58 ss.

telle justification apparaît soutenable, sans compter la mise en péril des garanties individuelles.

281 Il se pourrait par ailleurs que ce soit précisément le côté « individualiste » du principe territorial qui explique – à tout le moins en partie – son succès : la compétence territoriale est « pratique » pour le juge, facile à manier. Elle ne lui demande pas de se préoccuper d’une possible extradition, d’une loi pénale étrangère ou d’une double poursuite.

282 En outre, la notion de lieu de commission offre une marge d’interprétation beaucoup plus grande que les autres critères de rattachement. Par exemple, le facteur « nationalité » découlant des principes de la personnalité active ou passive n’est guère malléable, tout au plus peut-on discuter la question de savoir à quel moment cette nationalité doit être prise en considération. Quant aux principes de protection et de l’universalité, le législateur circonscrit les infractions à l’égard desquelles ces principes peuvent s’exercer.

283 En revanche, le caractère souple et flou du critère du « lieu de commission » confère au juge une grande liberté dans son application, y compris pour pallier les carences du législateur, là où en réalité il aurait mieux valu créer une base de compétence spéciale. On pense en particulier, comme nous le verrons plus loin, aux questions de compétence dans le domaine de la participation⁴⁰³ et de la responsabilité pénale des entités collectives⁴⁰⁴.

284 Le défi est dès lors de trouver un juste équilibre entre les impératifs de répression, dont découle la nécessité de tenir compte de la fragmentation des lieux de commission, et le respect des fondements du principe de la territorialité. L’exercice se complique lorsque la territorialité pénale est confrontée à un acteur de plus, l’entreprise ; de même quand il s’inscrit dans le cadre de la commission d’infractions largement transnationales qui, pour des motifs économiques et politiques, ont particulièrement éveillé l’intérêt des Etats ces dernières décennies. Nous pensons notamment aux infractions de corruption et de blanchiment d’argent.

C. La notion de lieu de commission

285 Les développements qui suivent ont pour but une présentation succincte de la conception helvétique du lieu de commission. Une analyse exhaustive de celle-

⁴⁰³ Voir N 377 ss *infra*.

⁴⁰⁴ Voir en particulier N 882 ss *infra*.

ci supposerait son appréhension en lien avec chaque infraction de la partie spéciale du code pénal. En outre, dans la mesure où la présente étude se focalise sur la compétence du juge à l'égard de l'entreprise, un examen détaillé du lieu de commission de l'infraction par la personne physique déborderait de notre champ d'investigations.

Dans les lignes qui suivent, nous nous concentrons sur la localisation, en Suisse, de l'infraction réalisée par la personne physique. La notion de lieu de commission et, plus généralement, l'application du principe de territorialité dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives, qui constitue le cœur de notre réflexion, fera l'objet d'un examen détaillé dans la deuxième partie de ce travail, sous VII *infra*.

286

§ 1. Le lieu de l'action

a) *Le lieu de situation physique de l'auteur*

Selon l'art. 8 CP, constitue tout d'abord un lieu de commission l'endroit où l'auteur a agi, soit là où il a commis un acte. Ce dernier terme peut se définir comme un comportement humain, généré par la volonté de son auteur⁴⁰⁵. Une action est donc exécutée au lieu où l'auteur se situe physiquement lorsqu'il adopte le comportement qui réalise les éléments constitutifs de l'infraction⁴⁰⁶.

287

Il suffit qu'une partie de l'état de fait légal ait été effectuée sur le sol helvétique pour que l'infraction soit considérée comme commise, dans son entier, en Suisse⁴⁰⁷. La localisation de l'infraction débute à l'endroit du commencement d'exécution de celle-ci⁴⁰⁸, même si, à ce stade, un élément constitutif formel n'est

288

⁴⁰⁵ Selon la conception finaliste de l'action ; voir sur les différentes théories notamment HURTADO POZO, N 406 ss ; STRATENWERTH, AT I, p. 126 ss.

⁴⁰⁶ Voir aussi OEHLER : [e]ntscheidend sei der Ort, wo der Wille des Menschen sich offenbare, da das Strafrecht auf der Schuld des Menschen aufbaue » (Internationales Strafrecht, p. 206) ; dans ce sens également, SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort, p. 149 s. En matière de criminalité informatique, jurisprudence et doctrine excluent dès lors d'ériger en lieu d'exécution l'endroit où le serveur hôte des informations est exploité (arrêt du TF du 11 août 1999, 8G.143/99 partiellement reproduit *in* Sic! 1999, p. 635 ; CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 41 ; GILLIÉRON, p. 182 ; MÜLLER, p. 308 ; SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich, p. 117 s. ; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, p. 339 ; TRECHSEL/NOLL, p. 60).

⁴⁰⁷ Entre autres CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 12 ; BRAHIER, p. 5 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 245 ; DYENS, La localisation, p. 58 ; SCHULTZ, Le lieu, p. 2.

⁴⁰⁸ Voir BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 4 ; GLESS, Internationales Strafrecht, N 154 ; DONATSCH/TAG, p. 51 s. Selon la formule consacrée du Tribunal fédéral, constitue le seuil entre actes préparatoires et tentative l'acte d'exécution « qui, dans l'esprit de l'auteur, représente la démarche ultime et décisive vers l'accomplissement de l'infraction, et après laquelle on ne revient normalement plus en arrière, sauf survenance de circonstances extérieures qui rendent l'exécution de l'infraction plus difficile ou impossible » (ATF 115 IV 270, JdT 1991 IV 104, p. 105) ; voir aussi parmi d'autres ATF 104 IV 175,

pas encore intervenu. Ceci se justifie par les liens étroits entre les actes pris en considération et l'action – soit le verbe – décrit dans la norme pénale⁴⁰⁹. En outre, dans la mesure où l'art. 8 al. 2 CP prévoit expressément un for au lieu de la tentative⁴¹⁰, il serait illogique d'admettre qu'une infraction soit soumise à la juridiction suisse si elle n'est que tentée, mais y échappe dès la survenance de sa consommation⁴¹¹. En revanche, l'infraction ne saurait être localisée en fonction du lieu de ses actes préparatoires⁴¹², sauf à ce que ceux-ci soient érigés en infraction autonome.

289

Si un élément constitutif se décompose en plusieurs actions, il suffit qu'une seule de celles-ci ait été effectuée en Suisse pour que la compétence territoriale helvétique s'étende à l'état de fait légal dans son ensemble⁴¹³. La synecdoque se conçoit aisément car l'action isolée n'est alors que la composante d'un tout : l'auteur ne l'effectue pas pour elle-même mais en vue de la réalisation de l'infraction, et tous les actes nécessaires à l'accomplissement d'une telle finalité reposent sur une seule prise de décision⁴¹⁴. En d'autres termes, les agissements de l'auteur forment une unité naturelle⁴¹⁵, dont l'appréhension est indispensable à une juste appréciation de la réalité factuelle en lien avec le for intérieur de l'auteur et, donc, de l'illégalisme pénal ; ce sans compter les lacunes dans la répression auxquelles la prise en considération des seuls actes exécutés sur le territoire suisse conduirait. *A fortiori*, un délit dit « continu » est localisé à chaque endroit où l'état de fait proscrit subsiste⁴¹⁶. De même, l'infraction dite

consid. 3 (en lien avec la compétence internationale du juge) ; ATF 119 IV 224, consid. 2 ; ATF 131 IV 100, consid. 7.2.1 ; arrêt du TF du 26 avril 2011, 6B_55/2011, consid. 2.2.3 ; arrêt du TF du 14 décembre 2011, 6B_614/2011, consid. 1.5.

⁴⁰⁹ HURTADO POZO, N 1110.

⁴¹⁰ Pour une explication détaillée de la localisation de l'infraction en cas de tentative, voir DYENS, Territorialité, N 708 ss.

⁴¹¹ Dans le même sens, COLOMBINI, p. 25.

⁴¹² Voir notamment l'arrêt du TF du 2 octobre 2012, 6B_251/2012, consid. 1.3 et les références citées sous note 408.

⁴¹³ Sur ce point, il est intéressant de noter qu'en Espagne, jusqu'en 1985, si l'auteur avait adopté le comportement énoncé dans l'état de fait légal sur sol espagnol mais que le résultat de celui-là avait lieu à l'étranger, la compétence des tribunaux espagnols se limitait aux actes exécutés sur le territoire, qui devaient donc en eux-même être pénalement répréhensibles (voir l'art. 335 de la *Ley provisional sobre organización del Poder judicial* du 15 septembre 1870 ; OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 229). En conséquence de quoi, l'auteur qui, depuis l'Espagne, tirait intentionnellement par-dessus la frontière une balle dans la tête de sa victime située en France, ne se rendait coupable en Espagne que d'une violation de permis de port d'arme (exemple tiré d'OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 229).

⁴¹⁴ Dans ce sens également, le jugement de la Cour de cassation de l'*Obergericht* bernois du 15 janvier 2009, NR. KH 08/17, partiellement reproduit *in* forum poenale 6/2009, p. 352 ss, p. 353.

⁴¹⁵ Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 524 ss ; sur la notion d'unité d'actions, voir notamment ATF 133 IV 256, consid. 4.5.3 ; HURTADO POZO, N 1442 ss.

⁴¹⁶ Entre autres CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 13 ; BSK StGB-Popp/KESHELAVA, Art. 8 N 5 ; voir pour un cas d'application ATF 111 IV 1.

« complexe » est réputée commise en chaque lieu où l'un des actes composant le comportement incriminé a été commis⁴¹⁷, chacune de ces actions représentant ici un élément constitutif de la norme pénale.

Dans la mesure où l'admission de la compétence territoriale fondée sur ce rattachement « partiel » est largement répandue, il en résulte une multiplication des fors de la poursuite pénale. Pour reprendre un exemple donné par SCHULTZ, si l'auteur, pour induire sa victime en erreur, profère dix mensonges en dix lieux différents, le seul élément constitutif de tromperie astucieuse est déjà susceptible de donner lieu à dix affirmations de compétence territoriale⁴¹⁸ (!)

Ainsi, le juge suisse est compétent territorialement dans le cas où l'auteur et sa dupe, tous deux de nationalité étrangère et résidant à l'étranger, voyagent ensemble dans un train qui transite par la Suisse et que le premier profère l'un des nombreux mensonges, constitutifs de la tromperie astucieuse, pendant que le train traverse le sol helvétique. Le bon sens nous pousse à considérer que si, d'un point de vue formel, le lien de rattachement est donné, il apparaît matériellement très ténu. Dans un cas de ce type, il nous paraît raisonnable que l'autorité de poursuite, avant d'ouvrir une procédure, se renseigne sur d'éventuelles poursuites entamées dans d'autres Etats et, cas échéant, fasse application de l'art. 8 al. 3 CPP.

Pour l'appréciation de l'aggravante du métier au regard du droit pénal suisse, le juge suisse ne doit prendre en considération que les actes commis sur le territoire helvétique⁴¹⁹. En effet, dans ce cas, les différentes infractions ne sont pas de simples composantes d'un tout ; elles existent pour elles-mêmes et chacune procède d'une prise de décision différente. En d'autres termes, si des infractions commises par métier forment, aux fins de l'application des règles relatives au concours ou à la prescription, une unité juridique, elles apparaissent naturellement distinctes⁴²⁰. Dès lors, celles qui n'ont pas été commises sur le territoire n'intéressent pas le droit pénal suisse (sauf, bien entendu, si ce dernier devait trouver application sur la base d'un autre principe de compétence)⁴²¹.

⁴¹⁷ Entre autres CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 13 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 5.

⁴¹⁸ Le lieu de commission, p. 2 s.

⁴¹⁹ Notamment CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 15 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 5 ; DYENS, Territorialité, N 537 ss ; GLESS, Internationales Strafrecht, N 163.

⁴²⁰ Sur la distinction entre unité naturelle et juridique d'actions, voir ATF 118 IV 91, JdT 1994 IV 115, p. 116 s. ; HURTADO POZO, N 1448 ss.

⁴²¹ ATF 133 IV 171, consid. 6.3 ; DONATSCH/TAG, p. 54 ; CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 15 ; analogue pour le droit allemand, OEHLE, Internationales Strafrecht, p. 217 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 9 N 13 ; LK-WERLE/JEBBERGER, § 9 N 67.

La détermination du lieu de l'action s'avère en pratique souvent délicate. Cette difficulté s'articule principalement autour de trois axes : *primo*, la traditionnelle délimitation entre actes préparatoires et tentative⁴²² ; *secundo*, la délimitation temporelle précise de l'accomplissement des éléments constitutifs⁴²³ ; *tertio*, l'appréhension concrète de la notion d'acte d'exécution, singulièrement dans le cadre de la participation.

b) La théorie de l'action à distance

En cas d'infractions réalisées par l'utilisation d'un moyen de télécommunication, certains auteurs, en vertu du principe dit « de la longue main », assimilent au lieu de l'exécution l'endroit où se répercute directement le comportement de l'auteur⁴²⁴. Ils reconnaissent ainsi comme lieu d'exécution de l'infraction tant l'endroit où l'auteur se trouve physiquement que là où se manifeste l'effet direct et immédiat de son comportement. Cette théorie, qui admet la présence virtuelle de l'auteur à un endroit où ce dernier ne se situe pas physiquement, est rejetée par la doctrine dominante⁴²⁵. On lui reproche notamment une incertitude quant à la délimitation des « répercussions » à prendre en considération⁴²⁶. Selon plusieurs auteurs, l'effet direct et immédiat du comportement de l'auteur n'a pas à être appréhendé dans le cadre de la détermination du lieu de l'action, mais doit se résoudre en fonction de la notion de résultat⁴²⁷. A notre sens, cette théorie a toutefois son rôle à jouer dans la localisation du lieu de l'action.

La théorie de l'action à distance suppose une dissociation spatiale entre un acte et le lieu de situation physique de son auteur. Une telle dissociation ne nous pose pas de problème sur le plan conceptuel, comme l'exemple qui suit va s'attacher à le démontrer. Par ailleurs, dans la mesure où l'on admet que la notion de lieu de commission est une construction juridique et non une pure réalité factuelle, le recours à une fiction ne nous semble pas poser d'insurmontables difficultés dogmatiques.

⁴²² Pour une analyse de la délicate distinction entre acte préparatoire et tentative, voir WALDER, en particulier p. 248 ss.

⁴²³ Voir ROTH, Territorialité, p. 4 s.

⁴²⁴ Voir en particulier SCHMID, Kommentar Computer, § 143 N 148, § 143^{bis} N 49 ; SCHMID, Strafprozessuale Fragen, p. 107 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 7.

⁴²⁵ CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 253 s. ; SCHWARZENEGGER, Der Räumliche Geltungsbereich, p. 117 s. ; SCHWARZENEGGER, Abstrakte Gefahr, p. 247 s. et note 28 ; HEIMGARTNER, Die internationale Dimension, p. 121 s. ; DYENS, Territorialité, N 569 ss. Pour le droit allemand, voir NAMAVIČIUS, p. 68.

⁴²⁶ Voir HEIMGARTNER, Die internationale Dimension, p. 122 ; DYENS, Territorialité, N 575.

⁴²⁷ Notamment DYENS, Territorialité, N 576 ; SCHWARZENEGGER, Der Räumliche Geltungsbereich, p. 117 s.

Nous illustrons nos propos en prenant un cas relatif au blanchiment d'argent. Un escroc, domicilié en France, reçoit sur son compte bancaire suisse l'argent provenant de son escroquerie. Depuis chez lui, il transfère, *via* son accès e-banking, les valeurs patrimoniales sur un compte bancaire situé à l'étranger. Le transfert de ces avoirs constitue un acte d'entrave au sens de l'art. 305^{bis} CP⁴²⁸.

296

Il s'agit à présent de localiser cet acte. A notre sens, il peut l'être à deux endroits : tout d'abord en France, là où l'auteur donne l'ordre *e-banking* de transfert, mais également en Suisse, au siège de la banque, ou de la succursale de la banque, dans laquelle le compte est ouvert. C'est en effet là que les valeurs patrimoniales doivent être situées, même s'il est clair que cette localisation présente un caractère fictif⁴²⁹. Les avoirs sont donc débités depuis la Suisse ; ils « partent » de notre pays. A partir de là, on peut considérer qu'il y a « transfert » depuis la Suisse. En d'autres termes, l'acte constitutif du blanchiment d'argent peut être localisé en Suisse.

297

A noter que le résultat est le même dans la situation, matériellement identique, dans laquelle l'auteur, au lieu d'utiliser l'e-banking, donne l'ordre à son banquier d'effectuer le transfert. Dans une telle constellation d'action médiate, il est admis que l'endroit où l'instrument humain agit – en l'occurrence le banquier – constitue un lieu d'exécution de l'infraction⁴³⁰.

298

Pour la théorie de l'action à distance, il ne s'agit donc pas, conceptuellement parlant, de prendre en considération n'importe quelle répercussion directe et immédiate du comportement de l'auteur, mais plutôt de se demander si l'action prohibée par la norme pénale ne peut pas, suivant les cas, être spatialement dissociée du lieu où se trouve l'auteur et se situer simultanément en deux endroits différents. A notre sens, l'exemple précité permet d'y répondre par l'affirmative. Par ailleurs, le critère de rattachement, soit le lieu de situation des valeurs patrimoniales, n'apparaît pas hasardeux.

299

Ce qui précède ne veut pas encore dire que, dans tous les cas d'utilisation d'un moyen de télécommunication, il faille appliquer automatiquement la théorie de l'action à distance et admettre plusieurs lieux de l'action. En particulier, en matière de délits d'expression, cette théorie ne signifie à notre sens pas de

300

⁴²⁸ CORBOZ, p. 635.

⁴²⁹ DYENS, La localisation, p. 61 ; JEANDIN/LOMBARDINI, p. 970.

⁴³⁰ Voir N 407 ss *infra* ; à noter que SCHMID, qui défend la théorie de « la longue main », effectue le rapprochement avec la figure juridique de l'action médiate, SCHMID, Strafprozessuale Fragen, p. 107.

localiser l'infraction en tout lieu où les propos que tient l'auteur sont simultanément accessibles. En pareil cas, seul peut être considéré comme lieu d'exécution l'endroit où l'auteur se trouve physiquement. Une telle problématique relative à la création d'une sorte de *for universal*⁴³¹ n'est cependant, et de toute façon, pas propre à la théorie de la longue main, puisqu'elle est tout autant présente si on envisage l'effet direct du comportement de l'auteur non pas comme une action mais comme un résultat. Elle doit selon nous se résoudre par le biais d'une conception subjective du résultat, que nous étudierons sous § 3.c) *infra*.

§ 2. Le lieu de l'abstention

a) De manière générale

301 Selon l'art. 8 al. 1 CP, le délit d'omission est réputé commis « au lieu où l'auteur (...) aurait dû agir ». La règle vaut tant pour les infractions d'omission proprement dites que pour celles de commission par omission au sens de l'art. 11 CP. Une partie de la doctrine localise le lieu de l'omission à tout endroit où se trouve physiquement l'auteur tant que dure son devoir d'agir et qu'il refuse de s'y soumettre, bien qu'il ait la possibilité matérielle de s'exécuter, de même que là où l'auteur est supposé se rendre pour satisfaire son obligation⁴³². Un autre courant apparaît plus nuancé, estimant que le lieu où l'auteur aurait dû agir ne se recoupe pas nécessairement avec son lieu de séjour⁴³³.

302 Selon cette dernière position, lorsque l'exécution du devoir dont la violation constitue l'infraction doit s'effectuer en un lieu particulier, comme c'est le cas notamment du domicile du créancier selon l'art. 74 al. 2 ch. 1 CO, cet endroit serait seul déterminant⁴³⁴. En revanche, lorsque le lieu de l'exécution n'est pas lié à un endroit particulier, l'infraction sera localisée au lieu de situation de l'auteur⁴³⁵. La doctrine a relevé que ce dernier cas de figure était susceptible de

⁴³¹ Voir, sur cette problématique, SJ 2005, 461 ss, p. 465.

⁴³² DYENS, Territorialité, N 588 s. ; PC CP, Art. 8 N 9. Cette position est également celle de la doctrine allemande : LK-WERLE/JEBBERGER, § 9 N 19 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 9 N 5 ; OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 213 s. ; plus nuancé SATZGER, p. 56 ; pour SCHWARZENEGGER, seul le lieu où séjourne l'auteur est déterminant, l'opinion contraire confondant l'endroit de la non-exécution avec celui où les effets de cette non-exécution se manifestent (Handlungs- und Erfolgsort, p. 149, note 28).

⁴³³ BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 11 ; STRATENWERTH, AT I, p. 108.

⁴³⁴ BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 11.

⁴³⁵ BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 11 ; arrêt du TF du 2 décembre 2014, 6B_123/2014, consid. 2.3 (arrêt publié aux ATF 141 IV 10, sans le considérant en question) ; arrêt du TF du 19 mai 2015, 6B_1045/2014, 6B_1046/2014, consid. 5.2 (arrêt publié aux ATF 141 IV 205, sans le considérant en question).

conduire à un accroissement considérable des liens de rattachements territoriaux possibles, dès lors que l'infraction sera localisée partout où l'auteur se trouve, jusqu'à ce que l'infraction soit considérée comme terminée⁴³⁶.

Le Tribunal fédéral semble se rallier à la première position dès lors qu'il a admis, dans des cas de violation de l'obligation d'entretien au sens de l'art. 217 CP, un for tant au lieu de séjour de l'auteur qu'au domicile du créancier d'aliments⁴³⁷.

Pour notre part, nous estimons tout d'abord que ce n'est pas parce que l'exécution doit intervenir en un lieu déterminé qu'une compétence à l'endroit où séjourne l'auteur est exclue⁴³⁸. C'est en effet généralement au lieu où se trouve physiquement l'auteur qu'il lui appartient de prendre les mesures utiles pour remplir son devoir.

Typiquement, dans le cas de la violation d'une obligation d'entretien, le fait que la dette d'argent soit portable au sens de l'art. 74 al. 2 ch. 1 CO signifie que le débiteur doit, d'une manière ou d'une autre, faire parvenir la somme due au domicile du créancier. Or, c'est à son lieu de séjour que l'auteur devrait réaliser les actes nécessaires à cet effet, comme, par exemple, aller à la poste⁴³⁹ ou effectuer un virement bancaire. Cela étant, si la loi fait obligation à l'auteur de se rendre dans un endroit déterminé pour accomplir son devoir, ce lieu est également pertinent, car force est de constater qu'il s'agit bien du lieu où l'auteur aurait dû agir⁴⁴⁰. Et même si, à l'heure actuelle, on ne se transporte plus physiquement pour amener à son créancier une somme d'argent, rien n'empêche théoriquement de le faire. Il s'agit donc bien d'un lieu où l'auteur doit remplir ses obligations.

Cela étant, pour circonscrire de manière raisonnable les lieux de commission par omission possibles et éviter des liens de rattachement matériellement ténus, il n'apparaît pas opportun de localiser de manière inconditionnelle l'infraction à tout endroit où l'auteur se trouve physiquement, même temporairement. Il est

⁴³⁶ CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 20.

⁴³⁷ Pour l'admission d'un for au lieu de séjour de l'auteur, voir ATF 82 IV 65, consid. 2 et ATF 99 IV 180, consid. 1 (for intercantonal) ; pour le for à l'endroit de l'exécution de l'obligation, ATF 81 IV 267 (for intercantonal) ; ATF 98 IV 205, consid. 1 (for intercantonal) ; voir aussi ATF 125 IV 14, JdT 2000 IV 29, p. 31 s. dans lequel le TF a admis que le délit d'enlèvement de mineur peut être localisé là où les enfants doivent être rendus au détenteur de l'autorité parentale (qui correspondra en principe à son lieu de domicile) ; dans le même sens, arrêt du TF du 2 décembre 2014, 6B_123/2014, consid. 2.4 (arrêt publié aux ATF 141 IV 10, sans le considérant en question) ; ATF 141 IV 205, consid. 5.3.1.

⁴³⁸ Dans le même sens DYENS, Territorialité, N 590 ss, en particulier N 594.

⁴³⁹ Voir ATF 82 IV 65, consid. 2.

⁴⁴⁰ DYENS fait observer qu'une telle circonstance de rattachement apparaît adéquate dès lors qu'il s'agit « d'un critère précis et préétabli » « qui découle du rapport juridique de base sur lequel l'obligation prend naissance » (Territorialité, N 593).

en effet des cas dans lesquels, alors même que l'obligation d'agir perdure, il ne fait pas de sens de localiser l'infraction au lieu de situation de l'auteur.

307 Ces derniers propos peuvent être utilement illustrés par l'exemple de la violation de l'obligation d'entretien. L'art. 217 CP est un délit continu, de sorte qu'il dure tant et aussi longtemps que le débiteur de la créance d'entretien ne s'est pas acquitté de la somme due (ou que le défaut de paiement n'apparaît plus fautif)⁴⁴¹. Dans un tel cas, il faut admettre que le lieu de l'omission est, outre le domicile du créancier d'aliments, l'endroit d'où l'on peut *raisonnablement attendre* du débiteur qu'il se plie à son obligation, soit qu'il fasse parvenir le montant dû à son créancier. Il s'agira, en principe, de son lieu de séjour habituel, à l'exclusion des endroits où, pendant tout le temps qu'il viole son obligation, l'auteur se rendrait à titre provisoire, tel un lieu de vacances. Il est en effet déraisonnable d'estimer que le débiteur d'aliments qui vit en France, avec un créancier domicilié en Allemagne, et qui refuse de s'acquitter de sa dette, commet une violation de son obligation d'entretien en Suisse, sous prétexte qu'il s'y serait rendu pour le week-end, voire juste pour quelques heures⁴⁴². Ce qui précède vaut quand bien même le débiteur d'aliments a matériellement la possibilité de satisfaire son devoir durant son séjour en Suisse, que ce soit en se rendant à la poste, en téléphonant à sa banque pour donner l'ordre de transfert, ou en effectuant le virement en question *via* son accès e-banking.

b) Le cas du blanchiment d'argent par omission

308 Depuis 2010 et l'ATF 136 IV 188, il est admis que les obligations contenues dans la LBA consacrent une position de garant de l'intermédiaire financier, lequel peut donc se rendre coupable de blanchiment d'argent par omission au sens des art. 305^{bis} *cum* art. 11 CP⁴⁴³. Pour reconnaître une telle position, le Tribunal fédéral s'est principalement⁴⁴⁴ basé sur les obligations de diligence des art. 3 à 8 LBA et le devoir de communiquer au sens de l'art. 9 LBA⁴⁴⁵.

309 En l'espèce, l'intermédiaire financier concerné était le directeur de la succursale zurichoise d'une banque genevoise. De l'argent issu de la corruption d'agents

⁴⁴¹ ATF 132 IV 49, consid. 3.1.2.3.

⁴⁴² Dans le même sens, relativement au droit international privé en matière de responsabilité délictuelle, BEITZKE, p. 116.

⁴⁴³ En particulier, consid. 6.2.2.

⁴⁴⁴ Dans son arrêt, le Tribunal fédéral mentionne également la circulaire de la Commission fédérale des banques relative au blanchiment de capitaux ainsi que les directives internes de la banque dans laquelle officiait l'intermédiaire financier concerné (ATF 136 IV 188, consid. 6.2.1.2 et 6.2.1.3).

⁴⁴⁵ ATF 136 IV 188, consid. 6.2.1.1.

fiscaux brésiliens a été transféré dans cette banque. Malgré l'importance des transactions, la qualité de PEP des titulaires des comptes, et les avertissements de la part du réviseur et du secrétaire du Comité de Direction locale, dont le directeur faisait partie, ce dernier n'a rien entrepris pour clarifier l'origine des fonds ou relayer la problématique à la Direction générale de la banque⁴⁴⁶. L'intermédiaire financier a finalement été condamné pour blanchiment par omission.

De manière générale, le blanchiment d'argent par omission doit se localiser au lieu où l'intermédiaire financier aurait dû satisfaire à ses obligations de diligence, soit procéder aux vérifications relatives à l'identité du client (art. 3 à 5 LBA), à d'éventuelles clarifications complémentaires (art. 6 LBA) et, cas échéant, communiquer ses soupçons au Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS) (art. 9 LBA).

Il s'agira tout d'abord du lieu où se situe l'établissement dans lequel l'intermédiaire financier officie. En matière de responsabilité individuelle, n'est en revanche à notre sens pas pertinent le lieu du siège principal de la société duquel, cas échéant, l'établissement en question dépend. En effet, indépendamment de la question des rapports de travail susceptibles de lier l'établissement principal à l'intermédiaire financier, si ce dernier n'y travaille pas physiquement, ce n'est en principe pas là qu'il doit se rendre pour procéder à ses devoirs, mais bien à son lieu habituel de travail. A notre avis, le blanchiment par omission ne peut en outre pas être localisable à chaque endroit où l'intermédiaire se trouve tant et aussi longtemps qu'il viole ses obligations découlant de la LBA. Ce qui précède vaut quand bien même les moyens de communication actuels, soit un ordinateur et une connexion internet, permettent à l'intermédiaire financier de procéder aux vérifications utiles concernant ses clients, cas échéant de contacter le MROS, où qu'il se situe, chez lui, en vacances etc. C'est au lieu de son activité professionnelle que l'on peut raisonnablement attendre de l'intermédiaire financier qu'il satisfasse à ses devoirs, et c'est donc là que son omission doit lui être reprochée.

Cela étant, on peut également envisager le cas d'un individu qui, depuis l'étranger, exerce une activité d'intermédiation financière en Suisse, par exemple gère des comptes bancaires suisses. Dans une telle constellation, si l'intermédiaire financier, bien que se doutant de la provenance délictueuse des avoirs sous gestion, ne remplit pas ses obligations découlant de la LBA, son

⁴⁴⁶ ATF 136 IV 188, consid. 6.3.

omission est localisable en Suisse. En effet, du fait que les avoirs qui ont fait l'objet de manipulations constitutives d'entrave étaient déposés sur un compte suisse, les valeurs patrimoniales sont réputées blanchies en Suisse.

313 A noter qu'il est également possible, pour l'exemple précité, de justifier la compétence des autorités helvétiques à l'encontre de l'intermédiaire financier par la notion de résultat. Les actes d'entrave peuvent en effet être considérés comme le résultat de l'omission de l'intermédiaire financier, vu le lien de causalité hypothétique entre les premiers et la seconde⁴⁴⁷.

314 Si cela ne fait pas de différence sur le plan pratique, il n'est à notre sens pas indispensable de baser le raisonnement sur la théorie de l'ubiquité : à partir du moment où des avoirs provenant d'un crime sont déposés sur un compte suisse, les transactions concernant ces valeurs patrimoniales et constitutives d'entrave peuvent être réputées perpétrées en Suisse. La compétence des autorités pénales suisses est donc donnée à l'égard de toutes les personnes à qui le blanchiment peut être reproché, que ce soit par commission ou par omission.

315 Une précision s'impose encore. En matière de blanchiment par omission envisagé dans un contexte transnational, une question doit être distinguée de celle de la compétence : celle de savoir si l'intermédiaire financier concerné est assujéti à la LBA. En effet, dans la mesure où une condamnation pour blanchiment par omission suppose une position de garant et que celle-ci découle de la LBA, il faut que l'individu y soit spatialement soumis. En d'autres termes, il faut que l'intermédiaire financier exerce ses activités en Suisse ou depuis la Suisse (voir art. 2 al. 1 let. a OBA)⁴⁴⁸. La condition devrait généralement être remplie : si l'intermédiaire financier, depuis l'étranger, gère des comptes suisses, il sera en principe réputé exercer une activité d'intermédiation financière en Suisse. A l'inverse, un intermédiaire financier qui a son domicile professionnel ou son siège en Suisse exerce son activité depuis la Suisse, et est donc soumis à la LBA, y compris pour ses opérations transfrontières.

§ 3. Le lieu du résultat

a) *Justifications de la théorie de l'ubiquité*

316 A l'instar des autres pays d'Europe continentale, la Suisse connaît le principe de l'ubiquité relative. En sus du lieu de l'action, un lien de rattachement territorial

⁴⁴⁷ Voir pour le raisonnement en général, CR CP I-CASSANI, Art. 11 N 18.

⁴⁴⁸ Sur le champ d'application territorial de la LBA, voir N 665 s. *infra*.

est créé au lieu du résultat de l'infraction. La doctrine de l'ubiquité relative s'oppose à celle dite de l'ubiquité absolue, en ce sens que la seconde prend en considération n'importe quel endroit où l'infraction a eu des effets alors que la première comprend la notion de résultat de manière plus étroite, comme un « élément spécifique de l'infraction dont la réalisation implique la lésion [ou la mise en danger] d'un bien juridique protégé »⁴⁴⁹.

Sur le plan international, la doctrine de l'ubiquité relative apparaît, sur le principe, quasi-unanimentement reconnue. Il faut toutefois rappeler qu'elle a eu à ses débuts ses détracteurs⁴⁵⁰. Ceux-ci avançaient en substance quatre arguments en faveur de la théorie de l'action, qui ne localise l'infraction qu'au lieu où l'auteur a agi.

Le premier, dogmatique, s'appuyait directement sur la notion de territorialité, dont le principe vu son « évolution historique et sa nature, se rattache en quelque sorte organiquement au moment où l'action est accomplie »⁴⁵¹. Le deuxième argument a trait au principe de légalité : le lieu du résultat étant souvent fortuit, l'auteur ne peut prévoir quelle loi pénale lui sera applicable⁴⁵². Le troisième motif est fondé sur des considérations procédurales : le lieu de l'action est à préférer du point de vue probatoire, puisque c'est là que vont se trouver les témoins ou les indices matériels de l'activité criminelle⁴⁵³. Le quatrième argument se rattache à la problématique des conflits de compétences : traditionnellement, l'on perçoit le lieu de l'action comme unique, l'auteur ne pouvant se trouver à deux endroits en même temps, alors qu'il peut y avoir de nombreux lieux de résultat, en particulier en matière d'infractions commises par voie de (télé)communications⁴⁵⁴.

Ces quatre arguments peuvent, à tout le moins en partie, être infirmés. Concernant tout d'abord celui tiré du concept même du principe de territorialité, il peut être avancé que la localisation au lieu du résultat prend

⁴⁴⁹ HURTADO POZO, N 199 ; CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 9.

⁴⁵⁰ Voir TEZCAN, p. 205 ; c'est la théorie de l'action qui a été adoptée en 1932 par le Congrès international de droit comparé de la Haye ; en revanche, l'Institut de droit international, s'il a opté également pour la théorie de l'action en 1883 au Congrès de Munich, lui a préféré celle de l'ubiquité en 1931 lors de la session de Cambridge, voir HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises en France, §§ 47 et 49.

⁴⁵¹ Voir TEZCAN, p. 119, note 183.

⁴⁵² TEZCAN, p. 206 ; dans ce sens également, HUET/KOERING-JOULIN, Droit pénal, p. 226.

⁴⁵³ TEZCAN, p. 206.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

d'avantage en considération le trouble social causé par l'infraction puisque c'est là que ses effets préjudiciables se font sentir⁴⁵⁵.

320 D'ailleurs, si la théorie de l'ubiquité semble au départ avoir été adoptée avant tout pour des motifs pragmatiques, soit éviter des lacunes dans la répression⁴⁵⁶, à l'heure actuelle, le lieu de l'action et le lieu de la survenance du résultat sont généralement mis sur un pied d'égalité.

321 Cette équivalence de traitement se fonde sur la notion matérielle d'infraction pénale, qui combine une atteinte – lésion ou mise en danger – à un bien juridique avec la violation d'une norme de comportement⁴⁵⁷. De ces deux composantes de l'infraction résulte la théorie dualiste de l'illicéité pénale, qui conjugue antijuridicité de comportement et antijuridicité de résultat⁴⁵⁸. Il faut ici préciser d'emblée que la notion de « résultat » ne doit pas être comprise comme son homonyme au sens des délits dits matériels⁴⁵⁹. Seul le cumul de ces deux éléments permet d'appréhender de manière satisfaisante la notion d'illicéité pénale. Une approche fondée uniquement sur la réprobation de l'atteinte au bien juridique protégé, respectivement à l'objet de l'infraction⁴⁶⁰, perd de vue que « [l]es biens juridiques ne sont naturellement pas protégés en tant que tels, mais exclusivement face aux atteintes imputables à certains comportements humains »⁴⁶¹. A l'inverse, une conception de l'illicéité pénale purement fondée sur la désapprobation de la violation d'un devoir juridique oublie que « l'appréciation négative d'un comportement que traduit l'antijuridicité d'acte est intrinsèquement liée au jugement de valeur négatif porté sur la conséquence que le comportement en cause provoque »⁴⁶².

322 Selon les constellations, on insiste davantage sur l'une ou l'autre de ces deux composantes de l'illégalisme pénal⁴⁶³. Ainsi, en cas de tentative, c'est l'antijuridicité de comportement qui se tiendra au premier plan, le résultat

⁴⁵⁵ HUET/KOERING-JOULIN, *Infractions commises en France*, § 51. Ces auteurs soulignent également que le lieu du résultat est généralement favorable à la victime. Selon nous toutefois, l'intérêt de la victime n'a pas à être pris en considération pour l'interprétation de la notion de lieu de commission.

⁴⁵⁶ Voir notamment OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 77 ; FAYARD, p. 756 s ; TEZCAN p. 119 note 183.

⁴⁵⁷ DYENS, *Territorialité*, N 342 ; CR CP I-STRÄULI, *Intro aux art. 24 à 27 CP* N 35.

⁴⁵⁸ Pour une explication plus détaillée voir DYENS, *Territorialité*, N 349 ss ; Pour une discussion sur la théorie de l'illicéité pénale, voir STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsunwert in toto*.

⁴⁵⁹ DYENS, N 353.

⁴⁶⁰ Sur la distinction entre ces deux notions, voir DYENS, *Territorialité*, N 345.

⁴⁶¹ DYENS, *Territorialité*, N 346 ; dans le même sens, NAMAVIČIUS : « [d]ie Handlung wird nicht um ihrer selbst willen bestraft, sondern auch im Hinblick darauf, was sie in der Aussenwelt, in der sozialen Realität, bedeutet » (p. 64).

⁴⁶² DYENS, *Territorialité*, N 356.

⁴⁶³ TRECHSEL/NOLL, p. 115.

n'étant par définition pas survenu⁴⁶⁴. Le fait que ce résultat ait été escompté par l'auteur est un élément constitutif subjectif qui fait donc partie de l'antijuridicité de comportement⁴⁶⁵. A l'inverse, l'antijuridicité de résultat occupe le devant de la scène en cas d'infractions commises par négligence⁴⁶⁶.

Abondant dans le même sens, le Tribunal fédéral voit dans la théorie de l'ubiquité la manifestation de la « tatbeständlich[e] Einheit von Handlung als Verwirklichung des Tatvorsatzes und Erfolg als Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts. Die Anerkennung des Erfolgsorts als Tatort beruht auf dem Gedanken, dass die Anwendung des inländischen Strafrechts zum Schutz der im Inland gelegenen Rechtsgüter auch dann geboten ist, wenn diese durch eine Handlung im Ausland angegriffen werden »⁴⁶⁷.

Conceptuellement, l'identité de traitement est tout à fait fondée. En pratique, elle peut se heurter au sens commun.

En effet, si un auteur fait feu sur sa victime en Suisse mais que cette dernière meurt finalement dans l'hôpital américain où elle aura été transférée en vue de soins, ne faut-il pas admettre que l'infraction présente indubitablement des liens plus étroits avec la Suisse qu'avec les Etats-Unis ? Que c'est en Suisse que l'auteur a le plus troublé l'ordre social, en faisant fi du commandement le plus élémentaire de ne pas attenter à la vie d'autrui ? Que, même si la victime n'y est pas décédée, c'est en Suisse que l'auteur a violé l'injonction « tu ne tueras point » ?

Ce qui précède nous semble également valoir en cas d'homicide par négligence, alors même que c'est l'antijuridicité de résultat qui fonde la punissabilité des infractions par négligence. Si, en Allemagne, un skieur, en violation de ses devoirs de prudence, blesse grièvement un autre skieur, qui mourra ultérieurement dans un hôpital helvétique, n'est-ce pas l'Etat dans lequel la collision a eu lieu qui apparaît le plus concerné ? On notera d'ailleurs que SCHWARZENEGGER, qui plaide depuis longtemps pour un élargissement de la notion de résultat impliquant également la prise en considération du principe de l'ubiquité dans le cadre des délits de mise en danger abstraite, estime que la poursuite pénale au lieu de l'exécution de l'infraction « erscheint am

⁴⁶⁴ TRECHSEL/NOLL, p. 115.

⁴⁶⁵ TRECHSEL/NOLL, p. 115 ; voir aussi STRATENWERTH, Handlungs- und Erfolgsunwert, p. 236.

⁴⁶⁶ TRECHSEL/NOLL, p. 115.

⁴⁶⁷ Arrêt du TF du 3 septembre 2013, 6B_127/2013, consid. 4.2.1.

sinnvollsten »⁴⁶⁸ et qu'il faudrait envisager l'application du principe de l'opportunité lorsque seul le résultat est intervenu sur le territoire⁴⁶⁹.

327 En y regardant de plus près, il nous semble que ce n'est pas la distance spatiale ou temporelle entre résultat et comportement qui fait que l'Etat de survenance du premier apparaît moins affecté par l'infraction que l'endroit où l'auteur a violé son devoir juridique. C'est à notre sens bien plus lorsque la localisation du résultat n'a pas été prévue par l'auteur, en d'autres termes lorsque celui-ci n'avait pas l'*intention* que les conséquences de son comportement surviennent dans l'Etat où elles sont finalement intervenues. Ceci nous amène à la conception subjective du lieu du résultat, que nous aborderons sous c) *infra*.

328 S'agissant ensuite de l'argument lié au caractère imprévisible du lieu du résultat, c'est précisément pour tenir compte de cette problématique que plusieurs auteurs ont proposé qu'un lieu de commission à l'endroit du résultat ne soit admis que pour autant que la survenance du résultat en ce lieu ait été prévisible pour l'auteur. Nous précisons d'emblée qu'il ne faut pas confondre la problématique de la conception subjective du lieu du résultat avec celle du caractère prévisible de la loi applicable⁴⁷⁰ : la première exige que la conscience et la volonté de l'auteur portent sur le lieu du résultat ; la seconde se rattache au caractère prédictible (mais pas nécessairement prévu ni voulu), pour l'auteur, de la loi applicable.

329 Il peut ensuite être opposé au troisième argument que des preuves utiles peuvent également être recueillies à l'endroit du résultat : c'est en effet en ce lieu que le juge est le mieux à même d'apprécier les conséquences dommageables de l'acte commis. Ainsi, si une victime est blessée en France et meurt aux Hôpitaux universitaires genevois, les preuves relatives aux circonstances du décès soit, en particulier, le rapport d'autopsie, se trouvent en Suisse⁴⁷¹. Il est en revanche exact qu'il y a plus de chances que l'auteur se trouve au lieu où il a adopté le comportement typique qu'au lieu du résultat de celui-ci, de sorte qu'il y a moins de risques, pour l'Etat du lieu de l'action, de devoir passer par une procédure d'extradition.

⁴⁶⁸ Abstrakte Gefahr, p. 247 ; dans le même sens BSK StGB-POPP/KESHELA, Art. 8 N 9 ; jugement de la Cour de Cassation de l'*Obergericht* bernois du 15 janvier 2009, Nr. KH 08/17, partiellement reproduit in *forum*penale 6/2009, p. 352 ss, p. 354.

⁴⁶⁹ Abstrakte Gefahr, p. 247 ; dans le même sens, LANGEMEIJER, p. 34.

⁴⁷⁰ Voir aussi N 354 *infra*.

⁴⁷¹ On notera également que, si sa loi de procédure le lui permet, le juge du résultat aura plus de facilité pour évaluer les prétentions civiles de la victime (HUET/KOERING-JOULIN, *Infractions commises en France*, § 51).

Enfin, en ce qui concerne le quatrième argument, nous relèverons premièrement que l'action n'est de loin pas toujours localisable en un lieu unique, dès lors qu'elle peut tout à fait être divisée en une série d'actes susceptibles d'être effectués dans des endroits différents⁴⁷² ; secondement, la prise en considération de l'intention de l'auteur dans la détermination du lieu du résultat permet également de limiter la multiplication des lieux de commission.

330

b) La notion de résultat

Conformément à l'art. 8 al. 1, 3^{ème} hypo. CP, une infraction est réputée commise en Suisse si son résultat s'y est produit.

331

Le sens à donner au terme « résultat » est généralement perçu comme la problématique la plus délicate à régler en matière de compétence territoriale. L'objectif ici n'est pas d'en discuter tous les tenants et aboutissants, mais d'effectuer une brève présentation de la conception suisse de cette notion⁴⁷³.

332

D'emblée nous précisons que, selon nous, la notion de résultat est déjà suffisamment difficile à appréhender pour ne pas l'utiliser sans réelle nécessité et rendre la notion encore plus confuse qu'elle ne l'est déjà. Une tendance consiste en effet, en particulier en matière de participation, à justifier systématiquement la compétence des autorités suisses par la construction d'un « résultat » en Suisse, alors même qu'elle peut souvent se légitimer par le concept même de territorialité. A partir du moment où le crime est localisable sur le territoire, le droit pénal suisse s'applique à l'égard de toutes les personnes qui peuvent être tenues pour responsables de l'infraction, nonobstant leur lieu de situation et la question de savoir si l'infraction perpétrée en Suisse pourrait être considérée comme le résultat de leur comportement. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons de la participation⁴⁷⁴.

333

1) La jurisprudence du Tribunal fédéral

Jusqu'en 1979, le Tribunal fédéral définissait le résultat comme « le dommage à cause duquel le législateur a rendu l'acte punissable »⁴⁷⁵. Faisant suite aux

334

⁴⁷² Voir sous N 290 *supra* l'exemple de l'escroquerie.

⁴⁷³ Pour une analyse exhaustive, voir DYENS, Territorialité, N 595 ss.

⁴⁷⁴ Voir N 371 *ss infra*.

⁴⁷⁵ Notamment ATF 97 IV 205, consid. 2 ; CASSANI relève que cette ancienne position du Tribunal fédéral revient à localiser le résultat au lieu où se situe le bien juridique protégé par la norme pénale (L'application territoriale, p. 10) ; voir aussi NAMAVICIUS, qui souligne que le critère du « Rechtsgüterschutz » est en réalité davantage une émanation du principe de protection que de celui de la territorialité (p. 132 s.).

critiques de SCHULTZ, qui lui reprochait sa vision trop large de la notion de résultat⁴⁷⁶, notre Haute Cour a modifié sa jurisprudence dans son arrêt publié aux ATF 105 IV 326 et relatif à la bigamie. Se raccrochant à la traditionnelle distinction entre infractions formelle et matérielle, elle a fait coïncider le « résultat » de l'art. 8 CP (art. 7 aCP) avec celui érigé en élément constitutif d'un délit matériel. Dès lors, la théorie de l'ubiquité ne trouvait application que dans le cadre des infractions matérielles et le résultat devait être compris comme « une notion technique fondée sur la seule atteinte portée à l'objet de l'infraction, [qui] désigne alors une modification du monde extérieur, imputable à l'auteur et faisant partie des éléments constitutifs de l'infraction »⁴⁷⁷. Constatant ensuite qu'une telle interprétation, relativement restrictive, posait problème en pratique, le Tribunal fédéral s'est rapidement distancié de cette définition pour revenir à une conception plus large du résultat⁴⁷⁸. Il n'a toutefois jamais procédé à un revirement formel de jurisprudence.

335

Dans l'ATF 109 IV 1, le Tribunal fédéral a estimé que le lieu où se concrétise l'enrichissement illégitime dont le dessein est un élément constitutif subjectif de l'infraction fonde un lieu de commission⁴⁷⁹. Ce faisant, il a admis comme critère de rattachement une circonstance survenant après la consommation formelle de l'infraction. Ce « rattachement par l'achèvement »⁴⁸⁰ a été bien accueilli par la doctrine⁴⁸¹, qui l'a étendu à d'autres infractions supposant la poursuite d'un but

⁴⁷⁶ Notamment SCHULTZ, *Le lieu*, p. 3 ss ; SCHULTZ, *Gesetzgebung*, p. 192 s. ; SCHULTZ, *Die räumliche Geltung*, p. 317 ; SCHULTZ, *Die strafrechtliche Rechtsprechung 1961*, p. 43.

⁴⁷⁷ ATF 105 IV 326, consid. 3e).

⁴⁷⁸ Notamment ATF 128 IV 145, consid. 2e).

⁴⁷⁹ A noter toutefois que l'ATF 109 IV 1 n'est pas le premier arrêt à admettre un tel critère de rattachement. C'est en effet en 1973 que, pour la première fois, notre Haute Cour fait une distinction entre exécution et accomplissement de l'infraction, et a admis un lieu de commission à l'endroit où les actes utiles à l'enrichissement de l'auteur d'une escroquerie ont été effectués, en insistant sur le fait que de tels actes contribuent à l'aggravation de l'atteinte au bien juridique protégé (ATF 99 IV 121, JdT 1974 IV 98, p. 102) ; voir aussi sur cet arrêt, DYENS qui, tout en saluant sur le principe le raisonnement juridique du Tribunal fédéral, observe qu'en l'espèce l'enrichissement de l'auteur était déjà survenu lors de la réception de chèques aux Etats-Unis, de sorte que leur encaissement ultérieur en Suisse est intervenu alors que l'infraction devait déjà être considérée comme achevée (Territorialité, N 583 s.)).

⁴⁸⁰ ROTH, *Territorialité*, p. 7.

⁴⁸¹ ROTH, *Territorialité*, p. 7 ; HURTADO POZO, N 207 ; CASSANI, *Die Anwendbarkeit*, p. 255 s. ; COLOMBINI, p. 31. CASSANI observe ainsi que l'enrichissement illégitime est le « résultat » poursuivi par l'auteur au sens commun du terme et qu'il n'y a pas de raison de faire une différence entre les infractions dont l'enrichissement (ou l'avantage) est un élément constitutif objectif (art. 157 CP par exemple) et celles dont il est un élément constitutif subjectif, qui se réalise *in casu* (art. 138 CP par exemple) (*Die Anwendbarkeit*, p. 256). Cette auteure ajoute que la prise en considération d'un élément subjectif n'est pas en contradiction avec la loi, qui en tient expressément compte en matière de tentative (art. 8 al. 2 CP [art. 7 al. 2 aCP]) et fait également observer que l'endroit où survient ce dessein présente en outre l'avantage de ne généralement pas être le fruit du hasard (p. 257) ; dans le même sens ROTH, qui effectue également le parallèle avec l'art. 8 al. 2 CP (art. 7 al. 2 aCP) en matière de tentative : vu que, dans le cas d'une infraction inachevée, on admet un lieu de commission à l'endroit

immédiat dont la réalisation effective n'est toutefois pas nécessaire à la consommation de l'infraction. Constitue ainsi le lieu du résultat de l'infraction de corruption active l'endroit où se trouve le corrompu lorsqu'il effectue l'acte contraire à ses devoirs de fonction, qui représente l'aboutissement du processus corruptionnel⁴⁸². Certains auteurs admettent d'ailleurs que ce lieu fonde également une compétence territoriale à l'égard de l'infraction de corruption passive⁴⁸³.

Dans l'ATF 124 IV 241, le Tribunal fédéral va un pas plus loin en indiquant, certes dans un *obiter dictum*, qu'à l'instar de l'appauvrissement de la dupe en matière d'escroquerie, le dommage patrimonial subi par la victime d'un abus de confiance, infraction de nature formelle et, donc, inapte à produire un résultat au sens technique, pourrait constituer un critère de rattachement⁴⁸⁴. Ce faisant, les juges lausannois réfutent non seulement la distinction, en matière de compétence, entre délit formel et matériel, mais, surtout, admettent un critère de rattachement qui ne se fonde pas sur les éléments constitutifs de l'infraction. Ils semblent privilégier l'approche pragmatique suivante : il n'y a pas de raison d'admettre un lieu de commission là où la victime d'une escroquerie a subi un dommage mais non là où le lésé d'un abus de confiance a essuyé son préjudice.

En d'autres termes, il n'y a pas de raison de « traiter plus mal » la victime d'un abus de confiance que la dupe, ou encore d'apprécier différemment deux situations factuellement assez semblables. La position esquissée ici par le Tribunal fédéral ne nous paraît pas dénuée de sens : le lien avec la Suisse n'apparaît pas matériellement plus étroit lorsqu'il se concrétise dans l'appauvrissement de la dupe plutôt que dans celle de la victime d'un abus de confiance. En d'autres termes, l'affaire ne présente pas un rattachement plus ténu avec la Suisse sous prétexte qu'elle doit se résoudre en application de l'art. 138 CP plutôt que de l'art. 146 CP.

Cela est d'autant plus vrai que l'on peut tout à fait envisager que la qualification juridique de l'acte commis – escroquerie ou abus de confiance – ne soit décidée qu'au moment du jugement sur le fond. Or, il nous semble sujet à caution de faire dépendre le critère factuel du rattachement territorial de la qualification

où le résultat devait survenir d'après les prévisions de l'auteur, il serait illogique de ne pas en admettre un lorsqu'il atteint effectivement son but (Territorialité, p. 7). Pour une critique de ce critère de rattachement, voir SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort, p. 153 s.

⁴⁸² JOSITSCH, p. 450 ; PERRIN, La répression, p. 111 s. ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 30 ; DYENS, Territorialité, N 1179.

⁴⁸³ DYENS, Territorialité, N 1228 ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 32.

⁴⁸⁴ ATF 124 IV 241, consid. 4.

juridique de l'infraction (pour autant évidemment que l'état de fait ne soit pas modifié) et de nier une compétence helvétique admise jusqu'alors.

339 Nous précisons : le problème n'est bien entendu pas la remise en cause de la compétence au moment du jugement au fond, que le juge doit de toute façon vérifier d'office, mais plutôt de la faire dépendre aveuglément d'une pure question de qualification juridique. En ce sens, une vision pragmatique se justifie. Il est clair, en revanche, qu'elle ne contribue pas à assurer la sécurité juridique dans un domaine où la jurisprudence est déjà particulièrement peu prévisible et la doctrine souvent divisée.

340 En matière de délits contre l'honneur, le Tribunal fédéral a admis un lien de rattachement là où se trouvent les destinataires des propos attentatoires, pourvu que l'auteur les ait délibérément pris pour cible⁴⁸⁵. Pour la doctrine, cette jurisprudence ne doit pas être limitée aux délits contre l'honneur et peut s'étendre à d'autres cas dans lesquels l'auteur, pour exécuter l'infraction, communique de manière ciblée avec un destinataire précis⁴⁸⁶. Constitue ainsi le lieu du résultat de l'infraction de corruption active l'endroit où se trouve le corrompu lorsqu'il reçoit l'offre de l'avantage indu⁴⁸⁷.

341 Précisons encore qu'une infraction peut avoir plusieurs résultats. Ainsi, en matière d'escroquerie, l'erreur de la dupe est un premier résultat, l'acte préjudiciable à ses intérêts pécuniaires un deuxième, l'appauvrissement de la victime un troisième⁴⁸⁸.

342 Par ailleurs, il existe une controverse quant à la question de savoir si les conditions objectives de punissabilité doivent être considérées comme un résultat au sens de l'art. 8 CP⁴⁸⁹. A notre sens, la réponse est négative⁴⁹⁰. La

⁴⁸⁵ ATF 125 IV 177, consid. 3.

⁴⁸⁶ CASSANI, L'application territoriale, p. 14.

⁴⁸⁷ CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 27 s. ; JOSITSCH, p. 449 s. ; DYENS, Territorialité, N 1222 s.

⁴⁸⁸ DYENS, La localisation, p. 58 ; SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort, p. 154. Lorsque l'acte préjudiciable se matérialise dans un transfert bancaire, le lieu de cet acte ne coïncidera pas forcément avec celui de l'appauvrissement : le premier se localisera là où se trouve la dupe au moment où elle effectue le transfert bancaire, le second au lieu de situation du compte bancaire au moment du transfert des valeurs (voir DYENS, La localisation, p. 63). Ces deux circonstances de rattachement sont toutefois susceptibles de donner la part belle au hasard, ce qui devrait avoir à notre sens comme conséquence que ce seul lien de rattachement, s'il survient accidentellement, ne devrait pas conduire à l'admission d'une compétence pénale, voir N 354 ss *infra*.

⁴⁸⁹ Affirmatifs : BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 9 ; GLESS, Internationales Strafrecht, N 159 ; pour la doctrine allemande, LK-WERLE/JEBBERGER, § 9 N 38 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESEER, § 9 N 6c ; OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 215 s. (la position de ce dernier auteur nous paraît surprenante dès lors qu'il défend une conception subjective de la notion de résultat, voir N 358 *infra*).

⁴⁹⁰ Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 707 ; SCHAAD, p. 49 ; STRATENWERTH, AT I, p. 152 ; pour le droit allemand : SATZGER, p. 62 s. ; NAMAVIČIUS, p. 155 ss, en particulier p. 158.

condition objective de punissabilité n'a que pour objet de limiter l'intervention du droit pénal dans le cadre de comportements qui ne deviennent pénalement répréhensibles qu'à la survenance d'une circonstance extérieure. La condition objective de punissabilité ne se trouve pas en lien de causalité avec le comportement typique. Si, effectivement, on peut estimer que sa survenance lèse (ou met en danger) l'objet de l'infraction, elle ne peut en revanche être considérée comme la conséquence du comportement typique. En outre, comme nous le verrons sous c) *infra*, l'approche préconisée ici de la conception subjective du lieu du résultat s'oppose à l'admission d'un for au lieu de la survenance de la condition objective de punissabilité sur laquelle l'intention de l'auteur n'a pas à porter.

Nous terminons ce résumé de la jurisprudence en mentionnant une décision de 2013, rendue en début de procédure en matière de for intercantonal par le Tribunal pénal fédéral, qui y indique que le résultat au sens de l'art. 8 CP doit se trouver « dans un rapport de connexité immédiate avec le comportement typique »⁴⁹¹.

On ne peut que saluer la prise de distance du Tribunal fédéral par rapport à la définition technique du résultat. Même si cette dernière présente l'avantage de la clarté, elle n'apparaît pas adéquate dans le cadre de la détermination de la compétence du juge suisse⁴⁹².

Tout d'abord, la classification délit formel/délit matériel n'a jamais été pensée dans le contexte de la localisation de l'infraction⁴⁹³. Ensuite, cette catégorisation est de manière générale remise en cause par une partie de la doctrine⁴⁹⁴. En outre, la liste des infractions entrant dans la catégorie des délits formels, respectivement des délits matériels, ne fait pas l'unanimité, notamment s'agissant de la diffamation au sens de l'art. 173 CP⁴⁹⁵. Or, la question de savoir si le trouble social causé au lieu du résultat justifie qu'on y fonde un lieu de commission est tout à fait concrète et ne doit pas être subordonnée à une classification théorique. Il n'est pas adéquat de faire dépendre le lieu de commission d'une infraction de débats doctrinaux relatifs à la catégorisation

⁴⁹¹ Décision du TPF du 24 janvier 2013, BG.2012.37, consid. 2.1.

⁴⁹² Dans le même sens, GLESS, *Internationales Strafrecht*, N 156 ss ; TRECHSEL/NOLL, p. 60 ; CASSANI, *L'application territoriale*, p. 12 ; SCHWARZENEGGER, *Der räumliche Geltungsbereich*, p. 123 ss. Selon la doctrine allemande également, la notion de résultat au sens du § 9 StGB ne doit pas être confondue avec le résultat de l'infraction matérielle (voir SAFFERLING, p. 17 ; NAMAVICIUS, p. 49 s. ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 9 N 6 ; SCHWARZENEGGER, *Abstrakte Gefahr*, p. 244 s.).

⁴⁹³ Dans le même sens, CASSANI, *Die Anwendbarkeit*, p. 251.

⁴⁹⁴ Voir notamment ARZT, *Erfolgsdelikt, in toto*.

⁴⁹⁵ Voir notamment ATF 125 IV 177, consid. 3.a) ; SJ 2005, 461, p. 464.

formelle de celle-ci. Enfin, la notion de résultat des infractions matérielles apparaît trop restrictive pour ne pas engendrer le risque de lacunes dans la répression.

346 Nous achevons cet aperçu du concept de résultat en soulignant que la jurisprudence y relative demeure peu prévisible. Elle l'est d'autant moins qu'elle se compose en bonne partie d'*obiter dicta* à la portée incertaine ou de décisions rendues en début de procédure. Or, à ce stade, il est, *in dubio*, tranché en faveur de la compétence helvétique. Tant le Tribunal fédéral que le Tribunal pénal fédéral effectuent généralement du « cas par cas » et décident, après une appréciation globale, si la compétence territoriale peut être admise, ce à quoi ils répondent largement par l'affirmative. Nous rappelons d'ailleurs que, de manière regrettable, la jurisprudence indique expressément reconnaître la compétence des autorités helvétiques même en l'absence de lien étroit entre l'infraction et la Suisse⁴⁹⁶.

347 Aussi délicate la notion soit-elle à manier, un revirement de jurisprudence formel, qui donnerait une définition autonome⁴⁹⁷ du résultat au sens de l'art. 8 CP, apparaît à l'heure actuelle nécessaire.

2) *La thèse de DYENS*

348 Dans une étude récente, DYENS, après une analyse approfondie, a redessiné les contours de la notion de résultat. Sa position est présentée ici en quelques lignes et nous renvoyons pour le reste le lecteur à l'ouvrage en question.

349 DYENS rattache la notion de résultat à l'« objet » de l'infraction, qu'il définit comme l'élément concret⁴⁹⁸, qui incarne, dans le cas d'espèce, le bien juridique protégé, lequel se conçoit comme un élément – objet, valeur, intérêt, but – de nature intellectuelle⁴⁹⁹. Dans cette optique, toute infraction comporte un résultat typique : l'atteinte portée à l'objet de l'infraction, atteinte qui aura pour conséquence, en fonction du type de délit, une lésion ou une mise en danger de cet objet⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Notamment 141 IV 336, consid. 1.1 ; ATF 141 IV 205, consid. 5.2. ; ATF 133 IV 171, consid. 6.3.

⁴⁹⁷ Dans ce sens, GLESS, *Internationales Strafrecht*, N 159 ; CASSANI, *L'application territoriale*, p. 12.

⁴⁹⁸ Cet élément n'est pas nécessairement matériel, il peut aussi s'agir d'une relation entre deux objets ou d'un droit (voir FIOKA, p. 186 s.). Par ailleurs, une infraction peut comporter plusieurs objets (DYENS, *Territorialité*, N 378 s.).

⁴⁹⁹ DYENS, *Territorialité*, N 345 ; SCHWARZENEGGER, *Abstrakte Gefahr*, p. 247 ; voir aussi FIOKA, p. 187 s.

⁵⁰⁰ DYENS, *Territorialité*, N 408. Ainsi, la distinction entre délits de lésion, délits de mise en danger concrète ou délits de mise en danger abstraite se joue sur le degré de probabilité (ou la certitude) de la survenance de la lésion du bien juridique protégé, incarné par l'objet de l'infraction. Notons par ailleurs que, dans cette conception, les effets purement intermédiaires de l'infraction, à part s'ils sont érigés

Quant à la différence entre délits formels et matériels, elle réside dans le fait que, pour les premiers, l'adoption du comportement typique porte en elle-même atteinte à l'objet de l'infraction, de sorte que comportement et résultat seront nécessairement concomitants, alors que, pour les seconds, il y a une dissociation, expressément effectuée par l'énoncé de fait légal, entre le comportement de l'auteur et ses conséquences⁵⁰¹. En d'autres termes, le résultat des infractions matérielles est explicitement mentionné dans la norme pénale. En revanche, le résultat des infractions formelles est implicitement contenu dans le comportement typique décrit par la disposition⁵⁰². Dès lors, DYENS définit le résultat au sens de l'art. 8 CP comme « la conséquence que produit le comportement typique sur l'objet de l'infraction, telle qu'elle est explicitement décrite par l'énoncé de fait légal de l'infraction ou implicitement englobée dans ce dernier »⁵⁰³.

A noter que, dans cette conception, même le délit formel de mise en danger abstrait comporte un résultat⁵⁰⁴. Le Tribunal pénal fédéral a récemment défendu la même position⁵⁰⁵, qu'il avait expressément rejetée dans des décisions antérieures⁵⁰⁶.

DYENS assoit enfin son raisonnement en précisant la confusion à ne pas effectuer : « le fait de considérer systématiquement un rattachement fondé sur le résultat ne signifie pas pour autant que cet élément revêtira toujours une portée propre, aux côtés du lieu de l'acte, pour définir le lieu de commission.

en éléments constitutifs, ne doivent pas être compris dans la notion de résultat, dès lors qu'en eux-mêmes ils ne portent pas atteinte à l'objet de l'infraction. Il ne saurait ainsi être question d'un lieu de commission à l'endroit où transite une lettre attentatoire à l'honneur (voir aussi SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, § 9 N 6d qui admet un lieu de commission, dans le cadre des délits de transit, dans un endroit « intermédiaire » que pour autant que l'acte de l'auteur le mette en danger, à l'instar du transport d'une charge explosive qui, pour aller d'un point A à un point B, passerait par l'Etat Y. On notera toutefois que, dans un tel cas, il est probable que ce transport fasse partie des comportements constitutifs de l'infraction, de sorte que la position de cet auteur rejoint, quant au résultat, celle de la doctrine suisse.

⁵⁰¹ DYENS, Territorialité, N 418 et N 424.

⁵⁰² DYENS, Territorialité, N 418 et N 424 ; dans le même sens, SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich, p. 125 ; SCHWARZENEGGER, Abstrakte Gefahr, p. 247 ; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, p. 344.

⁵⁰³ DYENS, Territorialité, N 445 (italiques omis) ; voir aussi SCHWARZENEGGER, qui souligne que tout comportement social comporte une conséquence (à tout le moins psychologique) sur le monde extérieur et que c'est sur ces deux revers d'une même médaille qu'est fondé le droit pénal moderne (« zwei unzertrennliche Seiten », Der räumliche Geltungsbereich, p. 124).

⁵⁰⁴ Dans le même sens, SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich, p. 124 ss ; SCHWARZENEGGER, Abstrakte Gefahr, p. 247 ; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, p. 344 ; voir, pour deux exemples – le faux dans les titres (art. 251 CP) et le faux témoignage (art. 307 CP) –, DYENS, Territorialité, N 477 ss.

⁵⁰⁵ Arrêt du TPF du 25 août 2014, SK 2014.13, consid. 2.1.1.

⁵⁰⁶ ATPF 2007 165, consid. 1.3 ; arrêt du TPF du 20 octobre 2008, SK.2007.25, consid. 3.1 ; jugement du TPF du 25 mai 2012, SK.2012.10, consid. 1.2.

Certaines infractions à l'image du vol (...), de la violation de domicile (...) ou du viol (...), ne permettent pas d'envisager la figure du délit à distance, non par absence de résultat typique en soi distinct du comportement délictueux, mais faute de pouvoir dissocier l'acte et le résultat dans l'espace, en raison de leurs caractéristiques spécifiques »⁵⁰⁷.

353 Sur le principe, la définition du résultat posée par DYENS nous semble très convaincante. Dans la mesure toutefois où elle apparaît relativement large, il n'est pas exclu qu'en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce, le rattachement au territoire apparaisse faible et, qu'en cas de conflits de compétences, la Suisse apparaisse moins touchée que d'autres Etats par l'infraction commise. A notre sens, une évaluation de la situation sous l'angle du principe d'opportunité au sens de l'art. 8 al. 3 CPP est alors indispensable, même en présence d'une définition claire du résultat⁵⁰⁸.

c) La conception subjective du lieu du résultat

1) Exposé de la problématique

354 Les positions ne sont pas unanimes quant à la question de savoir si l'intention de l'auteur doit porter sur le lieu du résultat. A cet égard, on observe souvent une certaine confusion entre la problématique de la *prévisibilité*, pour l'auteur, du lieu du résultat, lequel se rattache au principe de légalité, et les *prévisions* de l'auteur à cet égard, qui ont trait à son intention.

355 De manière générale, il est admis qu'il n'apparaît pas satisfaisant d'admettre un critère de rattachement qui n'est que le fruit du hasard⁵⁰⁹. Autre est en revanche la question de savoir si, dans l'intention de l'auteur, doit non seulement être inclus le résultat mais également son lieu de survenance. Si la majorité de la

⁵⁰⁷ DYENS, Territorialité, N 669 ; dans le même SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich, p. 124.

⁵⁰⁸ Voir aussi Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 32 ; SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich, p. 128 s. ; SCHWARZENEGGER, Abstrakte Gefahr, p. 247 ; Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 32.

⁵⁰⁹ Entre autres COLOMBINI, p. 30 ; SCHULTZ, Compétence des juridictions pénales, p. 313 s. ; Praxiskommentar-TRECHSEL/VEST, Art. 8 N 9 ; CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 37 ; BSK StGB-POPP/KESHELOVA, Art. 8 N 10 ; SCHULTZ, Bericht, p. 22 ; OEHLER, Internationales Strafrecht, p. 212.

doctrine suisse penche pour une réponse affirmative⁵¹⁰, tel ne semble pas être le cas sur un plan international⁵¹¹ en général, et en Allemagne en particulier⁵¹².

SCHULTZ, dans le cadre de l'avant-projet de révision du Code pénal, avait préconisé d'exclure un lieu de commission en Suisse lorsque la survenance du résultat en Suisse ne correspondait pas aux prévisions de l'auteur⁵¹³. La Commission d'experts a refusé cette proposition constatant, sans indiquer en quoi cela poserait problème, qu'elle conduirait « à une appréciation 'subjective' dans la détermination du lieu de commission » qui apparaissait peu opportune d'un point de vue pratique dès lors que « le texte en vigueur n'[aurait] pas révélé de lacunes, ni suscité de difficultés jusqu'ici »⁵¹⁴. Cette assertion de la Commission d'experts est d'autant plus étonnante que, dans le rapport de la Commission, le paragraphe qui précède cette affirmation traite du lieu du résultat envisagé par l'auteur en cas de tentative, donc précisément de la détermination du lieu de commission en fonction de sa conception subjective⁵¹⁵. Quant au défaut d'importance pratique, le développement d'internet qui, certes, n'en était qu'à ses balbutiements en 1993, a largement démontré les difficultés qui pouvaient survenir dans l'appréhension du lieu du résultat en matière de délits

356

⁵¹⁰ Pour : SJ 2005, 461, p. 466 (où la Cour de Cassation genevoise, de manière quelque peu maladroite, fait référence au critère de « prévisibilité » alors même qu'elle traite de l'intention de l'auteur) ; jugement du *Wirtschaftsstrafgericht* bernois du 20 juin 2008, Nr. 2007/9, partiellement reproduit in *forumpoenale* 1/2009, p. 39 ss, p. 40 ; GERMANN, pp. 243 et 245 ; SCHULTZ, Le lieu, p. 5 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 246 ; COLOMBINI, p. 30 ; ROTH, Territorialité, p. 4 ; DYENS, Territorialité, N 703 s. ; voir aussi l'op. dissid. du juge LODER dans l'arrêt « Lotus » (CPIJ, 7 septembre 1927), qui admet la théorie de l'ubiquité uniquement si « [l']auteur (...) a l'intention de nuire à un autre lieu que celui où il se trouve » (p. 37) ; voir aussi GERMANN : « [a]cts done outside a jurisdiction, but *intended to produce and producing detrimental effects within it*, justify a State in punishing the cause of the harm as if he had been present at the effect, if the State should succeed in getting him within its power » (p. 242, note 3 ; nous mettons en italiques) ; *contra* SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich, p. 126 s.

⁵¹¹ Voir Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 9 ; voir aussi le Rapport explicatif du Conseil de l'Europe sur la Convention sur la corruption, § 79 : « [l']a doctrine des effets est reconnue dans plusieurs Etats du Conseil de l'Europe (...). Cela signifie que quel que soit le lieu où un élément constitutif d'une infraction est commis ou produit des effets, ce lieu est généralement considéré comme le lieu de l'infraction. Dans ce contexte, on peut noter que *l'intention du délinquant n'est pas prise en compte et n'affecte pas la compétence fondée sur le principe de territorialité* » (nous mettons en italiques). A noter toutefois que, dans le contexte d'infractions de corruption, si l'on admet que « l'effet » constitue l'acte contraire au devoir d'agir du corrompu, le lieu de survenance de cet acte devrait en principe être connu du corrupteur et du corrompu.

⁵¹² LK-WERLE/JEBBERGER, Vor § 3 N 452 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Vorbem. §§ 3-9 N 79 ; AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 4 ; SAFFERLING, p. 9 ; nuancé, NAMAVICIUS, p. 104 ss.

⁵¹³ SCHULTZ, Bericht, p. 22. Cet auteur refusait toutefois de relier cette restriction à l'intention de l'auteur, dont, selon SCHULTZ, l'interprétation suppose que l'on se soit déjà livré à une appréciation juridique du comportement adopté. Cet argument n'est pas déterminant car la compétence pénale s'évalue de toute façon selon les critères du droit pénal suisse, en particulier s'agissant de la notion de résultat, de sorte que l'on peut très bien se livrer à une appréciation *prima facie* de l'intention de l'auteur pour décider de l'admissibilité du critère de rattachement qui fonde la compétence.

⁵¹⁴ OFJ, Rapport concernant la révision du CP, p. 19.

⁵¹⁵ OFJ, Rapport concernant la révision du CP, p. 19.

commis *via* le Web. L'opinion de la Commission d'experts a été critiquée par la doctrine favorable à une conception subjective du résultat⁵¹⁶. La littérature ne semble toutefois pas considérer comme un silence qualifié le fait que les termes proposés par SCHULTZ ne figurent pas dans l'article 8 CP⁵¹⁷.

357 Cette opinion tend d'ailleurs à être confirmée par la jurisprudence. On rappellera en effet que la conception subjective a été implicitement retenue par le Tribunal fédéral dans le cas de lettres attentatoires à l'honneur postées depuis l'étranger à deux destinataires ciblés en Suisse⁵¹⁸ ainsi que lorsque le lien de rattachement se fonde sur le lieu de l'enrichissement illégitime, lorsque l'auteur voulait que cet enrichissement se produise en Suisse et qu'il s'y est effectivement réalisé⁵¹⁹. Dans un autre arrêt, les juges fédéraux ont évoqué, de manière générale, la question du lieu de survenance du résultat en lien avec le for intérieur de l'auteur. Sans prendre vraiment position, ils ont admis un for en Suisse, lieu de l'appauvrissement de la victime d'une infraction contre le patrimoine, en précisant que cette circonstance ne constituait pas « un point de rattachement passager » et qu'elle ne contredisait pas les prévisions de l'auteur⁵²⁰.

358 Sur le plan garantiste, les tenants d'une prise en considération de l'intention de l'auteur font valoir que la position inverse ne respecte pas le principe de culpabilité : pour que l'on puisse reprocher à l'auteur d'avoir violé la loi pénale, il faut que celui-ci ait eu la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation ; pour cela, il doit savoir quel ordre juridique il doit respecter et, donc, s'être représenté le lieu du résultat⁵²¹. En effet, «[f]ür das internationale Strafrecht muss man sich von der irrigen Vorstellung frei machen, dass die Tat als solche für sich schon strafbar sei, das Strafanwendungsrecht des Staates die Verfolgung nur an sich ziehe. Vielmehr erstrecken die Normen des Strafanwendungsrechts einen bestehenden Tatbestand auf eine Tat und machen diese dadurch tatbestandsmässig für den verfolgenden Staat »⁵²². Plus concrètement, si un individu X adopte un comportement licite dans l'Etat A, le résultat de son acte devant, selon son

⁵¹⁶ CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 246 note 50 ; CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 8 N 37.

⁵¹⁷ DYENS, Territorialité, N 701 ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 24 ; voir aussi BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 10

⁵¹⁸ ATF 125 IV 177, consid. 3 ; dans le même sens, SJ 2005, 461, p. 465 s.

⁵¹⁹ ATF 109 IV 1, consid. 3 c) ; ATF 124 IV 241, consid. 4 c).

⁵²⁰ ATF 124 IV 241, consid. 4 d).

⁵²¹ OEHLER, Théorie, p. 116 s. ; voir aussi NAMAVIČIUS, p. 37.

⁵²² OEHLER, Théorie, p. 116.

intention, intervenir dans l'Etat B, lequel autorise également le comportement considéré, mais que, pour des raisons indépendantes de la volonté de X, ce résultat survient dans l'Etat C qui, lui, incrimine le fait de X, il apparaît choquant que ce dernier doive comparaître devant les tribunaux de l'Etat C pour répondre de ses actes⁵²³.

Partisan d'une conception purement objective du lieu du résultat⁵²⁴, SCHWARZENEGGER fait valoir que l'examen de l'intention s'effectue dans le cadre de l'appréciation des éléments constitutifs subjectifs, ce qui supposerait, en amont, que le droit suisse soit applicable. La compétence pénale devant se déterminer avant l'évaluation juridique du comportement reproché à l'auteur, les critères de rattachement ne feraient pas partie des éléments constitutifs. La connaissance de l'auteur n'aurait donc pas à les englober. Nous objectons à cette position que l'on ne voit pas en quoi il apparaît dogmatiquement critiquable d'utiliser les éléments constitutifs de l'infraction pour apprécier l'applicabilité du droit pénal suisse : c'est précisément comme cela qu'on procède pour déterminer si l'auteur a agi en Suisse ou si le résultat s'y est produit.

359

2) *Analyse critique*

A notre sens, il est raisonnable de dire qu'à partir du moment où l'intention de l'auteur d'une infraction doit porter sur le déroulement de celle-ci jusqu'à sa consommation, conscience et volonté doivent englober l'enchaînement des événements d'un point de vue spatial⁵²⁵. Pour reprendre la terminologie classique, le lieu du résultat ne peut être relégué au rang de ces éléments mineurs de la chaîne causale qui n'influent pas sur les grandes lignes de celle-ci⁵²⁶.

360

La prise en considération de l'intention de l'auteur quant au lieu du résultat permet, comme esquissé plus haut⁵²⁷, de mettre sur un réel pied d'égalité le lieu de survenance de l'action et du résultat. En ne se conformant pas à la norme de

361

⁵²³ Dans un tel cas, l'auteur devrait pouvoir se prévaloir devant le juge de l'Etat C d'une erreur sur les faits en lien avec le critère de rattachement. On pourrait également penser *in casu* à une erreur de droit.

⁵²⁴ POPP/KESHELAVA ont une position ambiguë puisqu'ils admettent que la condition objective de punissabilité, sur laquelle l'intention de l'auteur n'a pas besoin de porter, est un « résultat » au sens de l'art. 8 CP, tout en disant que l'erreur sur les faits est applicable au critère de rattachement (BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 9 et Vor Art. 3 N 7).

⁵²⁵ Dans cette optique, il a été proposé d'interpréter la notion de résultat comme le « but immédiat » de l'auteur (ROTH, Territorialité, p. 20 ; TEZCAN, p. 210).

⁵²⁶ Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 703.

⁵²⁷ Voir N 327 *supra*.

comportement, l'auteur viole, intentionnellement ou par négligence, les lois du pays dans lequel il se trouve et cet Etat revendiquera sa compétence pour connaître de l'infraction. Lorsque l'auteur sait et veut, ou aurait dû savoir s'agissant d'infractions punissables par négligence, que les conséquences dommageables de son comportement interviennent sur tel ou tel territoire, il en trouble tout autant la paix sociale. En revanche, celle-ci apparaît beaucoup moins mise en péril lorsque l'auteur n'a pas voulu y porter atteinte. La réglementation en matière de tentative est la meilleure illustration de l'importance de l'intention de l'auteur pour déterminer le lieu de commission : selon l'art. 8 al. 2 *in fine* CP, on considère que le crime a été perpétré là où, selon l'intention de l'auteur, devait se produire le résultat alors même que, concrètement, il ne s'est rien passé en ce lieu. Il n'est pas logique de conférer une telle importance à l'élément subjectif dans le cadre de la tentative et d'en faire fi lorsque l'infraction est consommée.

362 A titre d'exemple, il nous semble déraisonnable de localiser l'infraction en Suisse lorsque la dupe, induite en erreur et domiciliée à l'étranger, effectue lors d'un bref passage à Genève un virement par *e-banking* en faveur de l'auteur de l'escroquerie, alors même que celui-ci n'a jamais envisagé que l'acte de disposition de sa victime serait effectué sur le sol helvétique.

363 Cela étant, conformément à l'adage qui réclame toujours une exception à la règle, il faut tout de même admettre que, dans certaines circonstances particulières dans lesquelles les conséquences du comportement de l'auteur apparaissent particulièrement dommageables, la gravité intrinsèque de celles-ci peut pallier le défaut d'intention de l'auteur quant au lieu de survenance du résultat et justifier la compétence de l'Etat dans lequel ces conséquences se sont produites.

364 Pour illustrer nos propos, nous prenons l'exemple de l'individu qui, depuis l'Italie, cache une bombe dans un train, avec l'intention qu'elle explose une fois arrivé à la « Hauptbahnhof » berlinoise et dont les plans seront contrecarrés en ce sens que l'explosion se produit alors que le train transite par la Suisse.

365 Le sens commun nous pousse à considérer que, dans un tel cas de figure, c'est la Suisse qui apparaît, à tout le moins matériellement, la première concernée par le comportement de l'auteur et il semble logique qu'elle revendique sa compétence pour apprécier les faits à l'aune des art. 223 et 111 ss CP. Dans le cas de figure précité, on pourrait encore considérer que l'auteur savait que le train devait passer par la Suisse, de sorte qu'il a envisagé et accepté le risque que l'explosion y survienne. Un tel dol éventuel apparaît plus difficile à admettre si

l'auteur, qui poursuit cette fois le dessein de détruire une partie non pas de Berlin mais de Vienne, se trompe de train et place les explosifs dans celui qui part à destination de Genève, ville dans laquelle l'explosion aura finalement lieu. Pourtant, dans cette constellation également, la légitimité de la Suisse à faire valoir sa compétence territoriale apparaît difficilement contestable.

On notera par ailleurs que l'auteur ne pourra probablement pas se prévaloir d'une erreur sur les faits, celle-ci n'ayant de pertinence que si « elle est propre à modifier la gravité de l'acte et le degré de culpabilité de l'auteur »⁵²⁸. Or, vu la gravité incontestée de ce type d'infractions, il n'y a guère de chances que l'ordre juridique de l'Etat dans lequel, selon les prévisions de l'auteur, le résultat aurait dû survenir, apparaisse beaucoup plus clément que la Suisse, où ce résultat est effectivement intervenu.

Vu leurs spécificités, de tels cas devraient rester isolés.

§ 4. Quelques règles particulières

Il faut encore mentionner trois dispositions qui concernent le principe de territorialité et qui sont consacrées dans la partie spéciale du code pénal. L'art. 260^{bis} al. 3 CP prévoit que, lorsque les actes préparatoires de l'art. 260^{bis} al. 1 CP sont effectués à l'étranger, mais qu'ils visent la commission d'une infraction en Suisse, ces actes préparatoires sont réputés commis en Suisse. Dans la même optique, l'art. 260^{ter} ch. 3 CP soumet à l'application du droit pénal suisse la participation, à l'étranger, à une organisation criminelle, si cette dernière exerce ou doit exercer tout ou partie de son activité en Suisse. On retrouve dans ces deux cas une compétence qui se rattache à la conception subjective de l'auteur. Enfin, l'art. 305^{bis} ch. 3 CP précise que le blanchiment d'argent d'une infraction commise à l'étranger est punissable au même titre que si le crime préalable s'était déroulé en Suisse, pour autant que la double incrimination relativement à l'infraction de base soit donnée⁵²⁹.

⁵²⁸ ATF 109 IV 94, JdT 1984 IV 75, p. 76.

⁵²⁹ Voir ATF 136 IV 179, JdT 2011 IV 143, p. 151 s.

§ 5. Les règles en matière de participation

a) *L'action directe*

³⁶⁹ L'auteur direct d'une infraction est le « celui qui » réalise personnellement l'ensemble des éléments constitutifs objectifs et subjectifs décrits dans une norme pénale⁵³⁰. Si l'auteur adopte, même partiellement, le comportement typique en Suisse, l'autorité pénale suisse sera compétente pour en connaître et, partant, pour poursuivre tous les participants à l'infraction en question, quel que soit le lieu de leur contribution. Il s'agit là de la conséquence du fait que le principe de la territorialité se rattache au lieu de l'infraction.

b) *La coactivité*

³⁷⁰ La frontière entre participation accessoire et principale s'effectue selon la conception dite de la maîtrise des opérations⁵³¹. Les participants à une infraction qui, suivant un plan commun, apportent une contribution devant être considérée, au vu des circonstances d'espèce, notamment de la planification de l'entreprise délictueuse, à ce point indispensable à l'exécution de l'infraction que sa réalisation en dépende, sont qualifiés de coauteurs⁵³². En d'autres termes, les coauteurs « se partagent l'accomplissement des tâches qui s'avèrent essentielles à la perpétration de l'infraction envisagée »⁵³³. Sur le plan temporel, le Tribunal fédéral admet que le seuil décisif entre actes préparatoires et tentative est réputé franchi par tous les coauteurs dès que l'un d'entre eux entame la réalisation de l'infraction⁵³⁴.

³⁷¹ En matière de coactivité, l'infraction est considérée commise en chaque lieu où l'un des coauteurs a agi⁵³⁵. Lorsque le coauteur effectue un acte d'exécution sur le territoire helvétique, le raisonnement est le même qu'en cas d'action directe : l'infraction étant réputée commise toute entière sur sol suisse, l'application du

⁵³⁰ CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 26.

⁵³¹ Pour les autres théories développées, voir CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP, N 16 ss ; HURTADO POZO, N 1071 ss.

⁵³² CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 25 et 85.

⁵³³ CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 81.

⁵³⁴ Arrêt du TF du 26 avril 2011, 6B_55/2011, consid. 2.2.3 ; dans le même sens, STRATENWERTH, AT I, p. 399.

⁵³⁵ Entre autres, arrêt du TF du 16 octobre 2001, 6S.331/2001, consid. 1 c)bb) ; arrêt du Tribunal pénal fédéral du 25 octobre 2012, SK.2011.27, consid. 9.3.1 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 247.

droit suisse s'étend à tous les participants⁵³⁶. Il n'est en conséquence pas besoin de passer par la règle de l'imputation réciproque des différents comportements pour fonder la compétence helvétique à l'égard des auteurs ayant agi à l'étranger. La règle n'aura pour fonction que de permettre – ensuite – au juge de faire répondre les coauteurs d'une infraction malgré le fait qu'ils n'ont pas réalisé, chacun, l'ensemble des éléments constitutifs.

La problématique apparaît plus délicate lorsque le coauteur qui agit en Suisse ne réalise pas personnellement l'infraction. Là encore, le recours à l'imputation des diverses contributions n'est d'aucune aide : lorsque l'énoncé légal est réalisé en dehors des frontières helvétiques, mais que le comportement du coauteur a eu lieu en Suisse, la règle de l'imputation veut qu'il sera traité comme s'il avait lui-même réalisé les éléments constitutifs de l'infraction à l'étranger. Le problème reste donc entier : aucun acte d'exécution de l'infraction à proprement parler ne s'est déroulé en Suisse.

Le participant principal qui, par définition, ne commet pas lui-même l'infraction est le coauteur intellectuel. Celui-ci intervient en amont de la réalisation de l'infraction par la tenue d'un rôle clé dans l'élaboration de l'entreprise délictueuse, notamment au travers d'instructions à ses comparses⁵³⁷.

Une doctrine minoritaire ne reconnaît pas la figure du coauteur intellectuel, estimant qu'une contribution, aussi intense soit-elle, avant le franchissement du seuil de la tentative, ne remplit pas la condition nécessaire à la coactivité, soit la maîtrise fonctionnelle des opérations⁵³⁸. Sans suivre un tel courant⁵³⁹, la jurisprudence considère toutefois que l'infraction ne saurait être localisée au lieu de la participation du coauteur intellectuel⁵⁴⁰. Une telle solution, qui ne fait pas l'unanimité⁵⁴¹, a du sens : la collaboration du coauteur intellectuel a ceci de particulier qu'elle ne suppose aucun acte d'exécution de l'infraction et se limite donc en principe à des actes préparatoires. Or, on ne voit pas pourquoi une infraction devrait être réputée commise en Suisse lorsqu'elle est réalisée en commun, mais non pas quand elle est le fait d'un seul auteur, dont les

⁵³⁶ COLOMBINI souligne à cet égard qu'en s'associant à la commission de l'infraction, le coauteur accepte le risque que celle-ci soit commise dans un autre lieu que celui où il se trouve (p. 33) ; Dans le même sens pour le droit français, LOMBOIS, N 269.

⁵³⁷ Voir GRAVEN, L'infraction, p. 289.

⁵³⁸ Voir CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 97.

⁵³⁹ Voir ATF 111 IV 74, consid. 2 ; voir aussi arrêt du TF du 26 avril 2011, 6B_55/2011, consid. 2.2.2.

⁵⁴⁰ Voir ATF 91 IV 218, consid. 2 (for intercantonal) ; arrêt du TF du 5 août 2014, 6B_115/2014, consid. 2.2.1. La solution du Tribunal fédéral est approuvée par COLOMBINI, p. 33 et SCHWANDER, Das Territorialitätsprinzip, p. 371.

⁵⁴¹ Notamment DYENS, Territorialité, N 734 ; BSK StGB-POPP/KESHELA, Art. 8 N 15.

agissements en Suisse se sont limités à la préparation de l'infraction⁵⁴². Sauf disposition expresse, un acte préparatoire n'intéresse pas le droit pénal ; dès lors les faits et gestes du coauteur intellectuel sur le sol helvétique, en tant que tels, sortent du champ de la répression pénale⁵⁴³. Ils ne sauraient donc constituer un lieu de commission de l'infraction.

375 Le raisonnement doit être effectué – et nuancé – à la lumière du constat que la frontière entre comportement typique et atypique peut, suivant le cas d'espèce et l'infraction considérée, s'avérer difficile à tracer⁵⁴⁴. Si, réellement, la contribution du coauteur se borne à la réalisation d'actes préparatoires en Suisse, la compétence des autorités pénales doit être niée, comme indiqué ci-dessus, pour des motifs de cohérence : la même situation ne peut pas donner lieu à des résultats différents en matière de compétence, selon que l'auteur agit seul ou qu'il y a plusieurs participants. En revanche, si, durant l'exécution de l'infraction, le coauteur suit les événements à distance, ses actes, en eux-même atypiques, sont liés à la commission de l'infraction de manière telle que l'on peut considérer qu'ils font partie intégrante de celle-ci et, partant, admettre un for au lieu où le coauteur intellectuel contrôle physiquement les opérations. En d'autres termes, on peut admettre un lieu de commission à l'endroit où le coauteur adopte un comportement actif en vue de la réalisation de l'infraction durant la perpétration de cette dernière, même s'il n'effectue concrètement aucun acte d'exécution.

376 On notera par ailleurs que la coactivité a été admise par le Tribunal fédéral pour un comportement intervenu *après* la réalisation de tous les éléments constitutifs de l'infraction et que c'est précisément à cette occasion que les juges lausannois ont admis un lieu de commission à l'endroit où une infraction, déjà formellement consommée, s'achève⁵⁴⁵. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral règle d'abord la problématique du lieu de commission, avant d'admettre qu'une contribution suffisamment déterminante même après l'accomplissement de l'infraction peut conduire à une coactivité. Il ajoute qu'un tel constat justifie d'autant plus la compétence des autorités suisses⁵⁴⁶. En réalité, si le Tribunal fédéral voulait admettre la compétence pénale helvétique, il était

⁵⁴² Visiblement *contra* SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort, p. 157 s.

⁵⁴³ Dans le même sens, COLOMBINI, p. 33 ; SCHWANDER, qui rappelle qu'il s'agit ici de localiser l'infraction et non de déterminer qui peut en être tenu responsable (Das Territorialitätsprinzip, p. 371).

⁵⁴⁴ ROTH, Territorialité, p. 9.

⁵⁴⁵ ATF 99 IV 121, JdT 1974 IV 98, p. 101 s. ; voir aussi ATF 106 IV 295 ; pour une position plus nuancée et des précisions à cet égard, CR CP I-STRAULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 99 ss.

⁵⁴⁶ ATF 99 IV 121, JdT 1974 IV 98, p. 102.

de toute façon contraint de reconnaître une coactivité puisque, comme nous allons le voir dans les lignes qui suivent, une participation accessoire, selon sa jurisprudence, est inapte à fonder un lieu de commission.

c) La participation accessoire

1) En droit suisse

Si le complice prête une assistance physique ou psychique à l'auteur d'une infraction et, ainsi, en favorise la commission⁵⁴⁷, il occupe une place secondaire dans l'accomplissement de l'action incriminée⁵⁴⁸. A l'inverse de celle du participant principal, sa contribution n'apparaît pas indispensable. Quant à l'instigateur, s'il décide l'auteur à commettre l'infraction, il ne participe pas à son exécution. Il en découle que la complicité et l'instigation ne créent pas d'infraction autonome mais « se greffent » sur l'infraction commise par le participant principal⁵⁴⁹. Cette accessoriété se traduit notamment par la subordination de la punissabilité du participant accessoire au fait que l'acte de l'auteur principal soit typique et illicite⁵⁵⁰.

En 1955, le Tribunal fédéral a considéré que l'endroit où l'instigué réalisait l'infraction devait être considéré comme le lieu du résultat de l'instigation et créait en conséquence un for pour la poursuite de l'instigateur dont les actes d'incitation s'étaient déroulés à l'étranger⁵⁵¹. La conséquence logique du raisonnement suivi par le Tribunal fédéral devrait être la reconnaissance du lieu de l'action à l'endroit où l'instigateur se situe physiquement lorsqu'il décide l'instigué à effectuer l'acte incriminé.

Si tant est que le Tribunal fédéral ait eu conscience de cette conséquence, l'arrêt de 1955 est resté isolé. De jurisprudence constante en effet, le Tribunal fédéral, en vertu du principe de l'accessoriété, refuse de reconnaître un lieu de

⁵⁴⁷ CR CP I-STRÄULI, Art. 25 N 2.

⁵⁴⁸ ATF 98 IV 83, consid. 2c).

⁵⁴⁹ CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 136.

⁵⁵⁰ CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 137 s.

⁵⁵¹ ATF 81 IV 285, consid. II.1.b).

commission à l'endroit des agissements du participant accessoire⁵⁵². Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine⁵⁵³.

380 A l'instar de l'arrêt précité, certains auteurs ont proposé de considérer l'endroit de la contribution du complice, respectivement du comportement de l'instigateur, comme le lieu de l'action, et le lieu du résultat là où l'infraction est réalisée⁵⁵⁴.

2) *Aperçu des droits français et allemand*

381 En droit français, selon l'art. 113-5 du code pénal, le complice répond devant les juridictions françaises de sa participation, sur le territoire français, à un crime ou un délit commis à l'étranger si la condition de la double incrimination est remplie et, surtout, si l'infraction a été constatée par une décision définitive du juge étranger. En sus, le principe *ne bis in idem* est applicable à l'égard du complice.

382 Ces conditions à l'exercice de la compétence du juge français font qu'en réalité celle-ci ne relève pas du principe de territorialité⁵⁵⁵. DESPORTES et LE GUNEHEC indiquent que la règle a été conçue pour éviter des lacunes dans la répression⁵⁵⁶. Or, ce sont davantage les principes de compétence extraterritoriaux qui sont destinés à combler de telles lacunes.

383 En droit allemand, la loi pénale s'applique sans restriction au complice qui participe sur le sol allemand à une infraction commise à l'étranger. En

⁵⁵² Notamment JdT 1954 IV 82, p. 91 ; JdT 1955 IV 148, p. 150 ; ATF 104 IV 77, JdT 1980 IV 34, p. 41 ; SJ 1984, p. 160 s. ; arrêt du TF du 5 août 2014, 6B_115/2014, consid. 2.2.1. ; une conception unitaire de l'infraction est ainsi privilégiée : « les actes liés au fait principal forment un tout avec celui-ci » (Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 9 ; BRAHIER, p. 6). Dans un souci d'exhaustivité nous mentionnerons toutefois l'art. 95 al. 2 de la loi sur l'énergie nucléaire (LEnu ; RS 731.1) qui prévoit la compétence du juge suisse pour connaître des actes de participation, réalisés en Suisse, à une infraction commise à l'étranger, sans même requérir de double incrimination.

⁵⁵³ PC CP, Art. 8 N 21 ; TRECHSEL/NOLL, p. 59 ; DONATSCH/TAG, p. 54 ; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, p. 346 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 247 note 52. La position du Tribunal fédéral emporte en revanche l'adhésion de COLOMBINI (p. 35) ; voir aussi Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, qui admet que la compétence à l'égard du complice se détermine par rapport aux agissements de l'auteur principal (p. 25).

⁵⁵⁴ Voir notamment SCHULTZ, Die Räumliche Geltung, p. 307 ; SCHULTZ, Le lieu, p. 6 ; SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort, p. 159 ; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, p. 346 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 247 ; DYENS, Territorialité, N 770.

⁵⁵⁵ HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises à l'étranger, § 5 s. ; dans le même sens DESPORTES/LE GUNEHEC, N 394.

⁵⁵⁶ DESPORTES/LE GUNEHEC, N 395.

particulier, il n'est même pas nécessaire que l'infraction soit punissable selon le droit du lieu de commission (§ 9 (2) 2^{ème} phrase du code pénal allemand)⁵⁵⁷.

3) *Analyse critique*

A partir du moment où l'on admet que la punissabilité du participant accessoire dépend du caractère typique et illicite du comportement du participant principal, la solution allemande ne peut être retenue. Pour être compatible avec le concept de complicité tel que nous le retenons ici, l'admission d'un for au lieu où le complice a agi suppose le respect de la double incrimination au regard du droit du lieu de commission de l'infraction dont le complice répond à titre de participant accessoire. Cette dernière position est admise par la doctrine suisse favorable à un lieu de commission à l'endroit de la contribution du participant principal⁵⁵⁸.

Dans la même optique, il nous semble sujet à caution de ne pas tenir compte de la sanction prévue par le droit étranger pour l'infraction considérée et effectivement prononcée à l'encontre de l'auteur principal, alors même que l'art. 25 CP prévoit une atténuation obligatoire de la peine. Même si, en fonction de la culpabilité de chacun, le juge peut, en théorie, punir le complice plus lourdement que le participant principal, il ne peut être fait totale abstraction de la sentence rendue à l'étranger⁵⁵⁹. De même, si le complice a déjà été jugé en même temps que l'auteur principal, là où ce dernier a agi, ne pas appliquer le principe *ne bis in idem* heurterait le sentiment de justice et d'équité. Il a par ailleurs été fait remarquer qu'en cas de conflits de compétences, celle de l'Etat où l'acte principal a été commis devait être préférée⁵⁶⁰.

Cela étant, si on fait dépendre la compétence à l'égard du complice de toutes ces conditions, il devient difficile, comme l'a souligné à juste titre la doctrine française, de prétendre qu'elle se fonde sur la territorialité.

En outre, il est clair que la compétence à l'égard du complice ne saurait emporter compétence à l'égard de l'auteur principal qui, lui, a agi à l'étranger. Or,

⁵⁵⁷ Critiques à cet égard, LK-WERLE/JEBBERGER, § 9 StGB N 52. Certes, le principe d'opportunité, consacré au § 153c (1) ch. 1 2^{ème} hypo. du code de procédure pénale allemand, permet de renoncer à la poursuite d'un acte de complicité d'une infraction commise à l'étranger. Mais une telle disposition reste potestative et ne constitue donc pas un obstacle dirimant à ce qu'un complice soit puni en Allemagne, alors même que celui qu'il a aidé aurait adopté un comportement licite selon l'ordre juridique du lieu de commission.

⁵⁵⁸ Voir SCHULTZ, Compétence des juridictions pénales, p. 314 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 247, note 52 ; DYENS, Territorialité, N 773.

⁵⁵⁹ Voir COLOMBINI, p. 35.

⁵⁶⁰ DYENS, Territorialité, N 773.

l'admission d'une compétence à l'égard d'un participant à l'exclusion des autres est peu conciliable avec le concept de territorialité, qui se rattache à l'acte commis et non à son/ses auteur(s) : si le comportement répréhensible est réputé perpétré sur le territoire d'un Etat, ce dernier a compétence pour connaître de l'infraction dans sa globalité et, donc, pour poursuivre tous les participants, principaux ou accessoires, à celle-ci.

388 En droit suisse, si on préconise la reconnaissance d'un lieu de commission au sens des art. 3 et 8 CP à l'endroit de la contribution du participant accessoire, il nous semble difficile de prétendre au respect des conditions susmentionnées, notamment à l'exigence de la double incrimination. Aucune de ces exigences n'est évidemment prévue par les dispositions précitées. Leur introduction *de lege lata*, par voie jurisprudentielle, nous paraît compliqué au regard du principe de légalité (au sens large)⁵⁶¹.

389 Sur le plan du raisonnement, nous n'adhérons pas à l'opinion qui veut que le lieu de situation du complice soit le lieu de l'action et celui de l'infraction principale l'endroit du résultat au sens de l'art. 8 CP. Selon nous, cette dernière norme fait référence au comportement typique tel que décrit dans l'énoncé de fait légal. Ce comportement n'est pas celui adopté par le complice ou l'instigateur, mais par l'auteur principal. Le caractère accessoire de la contribution du complice ou de l'instigateur empêche, à notre sens, l'assimilation.

390 Si on prend l'instigation, l'acte de l'instigateur, par nature, intervient en amont du commencement d'exécution de l'infraction par l'auteur direct. La contribution du complice peut également intervenir au stade des actes préparatoires, voire en amont de la prise de décision⁵⁶². L'incohérence, si on admet la compétence suisse, a déjà été soulevée en matière de coactivité intellectuelle⁵⁶³ : le juge pénal serait compétent à l'égard du participant accessoire qui interviendrait par hypothèse au stade des actes préparatoires, mais non lorsque cette intervention est le fait de l'auteur direct. Reconnaître une compétence à l'endroit de toute assistance, physique ou psychique, pour autant qu'elle accroisse, même faiblement, les chances de réussite de l'infraction principale et, ainsi, assimiler au comportement décrit dans l'état de fait légal

⁵⁶¹ Visiblement *contra* SCHULTZ, Compétence des juridictions pénales, p. 314 ; nuancé, DYENS, Territorialité, N 773 s.

⁵⁶² CR CP I-STRÄULI, Art. 25 N 3 s.

⁵⁶³ Voir N 375 *supra*.

toute contribution, aussi mineure soit-elle, à l'infraction n'empêche pas notre conviction.

La suite du raisonnement, qui consiste à dire que le lieu du résultat, *au sens de l'art. 8 CP*, de la participation accessoire se situe là où l'infraction principale a été commise, ne nous convainc pas davantage. Cela revient, dans le cadre des règles en matière de participation, à donner une autre définition de la notion de résultat qui, de « conséquence, produite par le comportement typique, sur l'objet de l'infraction », passerait à « répercussion d'une conduite dépourvue d'autonomie ». Cela vaut d'autant plus qu'en matière de complicité, sera complice même celui qui, *a posteriori*, n'aura été d'aucune utilité dans la réalisation de l'infraction, pourvu que, selon une appréciation *ex ante*, il ait augmenté les chances de réussite de l'acte principal⁵⁶⁴.

391

Qualifier l'acte de l'auteur principal de résultat revient en outre à admettre qu'à l'égard du complice ou de l'instigateur, le résultat de l'infraction s'est produit là où, à l'égard du participant principal, la compétence territoriale est donnée par l'action. Cela équivaut donc à dire que, pour une même infraction, la notion fera l'objet de deux interprétations différentes, qui conduiront à un « double résultat » : le premier, qui consiste à faire de l'acte de l'auteur principal le résultat de la contribution du complice et le second, classique, qui repose sur le résultat du comportement typique.

392

Le fait que l'instigation et la complicité soient construites comme des infractions matérielles⁵⁶⁵ n'y change rien, car nous rappelons que la notion de « résultat » au sens des délits matériels n'a jamais été pensée dans le contexte de l'application spatiale du droit pénal, raison pour laquelle le « résultat » au sens de l'art. 8 CP ne lui correspond pas forcément.

393

En réalité, et comme cela ressort des critiques de la doctrine suisse à l'égard de la position du Tribunal fédéral, la volonté de construire un lien de rattachement au lieu où le complice a agi se rapporte à des impératifs de répression. Or, si la notion de lieu de commission doit s'adapter à la globalisation du crime, il n'est pas admissible de se réclamer systématiquement du principe de territorialité pour combler des lacunes – réelles ou supposées – dans la répression. Ce qui précède vaut d'autant plus que l'on entend assortir la compétence de conditions antagonistes au concept même de territorialité. Il apparaît dès lors largement

394

⁵⁶⁴ Voir CR CP I-STRÄULI, Art. 25 CP N 23.

⁵⁶⁵ Voir SCHULTZ, Le lieu, p. 6 ; CR CP I-STRÄULI, Art. 24 N 2 et Art. 25 N 2.

préférable de créer une base de compétence spéciale⁵⁶⁶. A noter d'ailleurs que la création, dans les droits allemand et français, d'une telle norme démontre que, pour ces ordres juridiques, la notion de lieu de commission, à la base, ne comprend pas l'endroit où a agi le complice.

395 La règle n'existant pas en droit suisse, il faut se demander si le refus de localiser l'infraction à l'endroit de situation du complice est concrètement susceptible d'engendrer une impunité préjudiciable. Comme nous allons le démontrer dans les lignes qui suivent, la réponse est négative.

396 Nous prenons donc l'hypothèse du participant accessoire qui a apporté, depuis la Suisse, sa contribution à une infraction commise à l'étranger et envisageons les quatre constellations suivantes :

- le participant accessoire ne se trouve plus sur le sol helvétique et l'Etat dans lequel l'acte principal a été réalisé n'a pas ouvert de poursuite pénale pour l'infraction commise ;
- même cas de figure que le premier, mais l'Etat de l'acte principal a introduit une procédure pénale ;
- le complice se trouve sur le sol helvétique et l'Etat du lieu de l'infraction principale n'a pas ouvert de poursuite pénale ;
- même hypothèse que la troisième, mais une procédure est engagée dans l'Etat territorial.

397 Dans la première constellation, l'Etat dans lequel l'infraction a été perpétrée, pour des raisons qui lui sont propres, n'entend pas poursuivre l'acte commis. On ne voit pas pourquoi, dans ce cas, la Suisse devrait substituer sa propre appréciation de la situation à celle de l'Etat précité et ouvrir une procédure pénale à l'égard du seul complice – ainsi que requérir l'extradition de ce dernier – alors même que l'Etat dont l'ordre social a été troublé par l'infraction et, donc, par la contribution du complice, se désintéresse du fait. N'y change rien le fait que le défaut de poursuite soit dû à de « mauvaises raisons », en particulier à la défaillance du système judiciaire de l'Etat territorial. Il n'appartient pas au

⁵⁶⁶ Une telle base spéciale de compétence peut apparaître souhaitable compte tenu des difficultés potentielles de délimitation entre complicité et coactivité. Bien entendu, cette question doit être de toute façon tranchée par le juge. On peut toutefois imaginer que ce dernier aura tendance à privilégier la coactivité s'il sait qu'il perd toute compétence à l'égard de l'accusé qui se trouve devant lui, dans le cas où il viendrait à lui reconnaître le statut de participant accessoire. En revanche, une telle problématique ne saurait justifier que, sous l'angle de la compétence pénale, le complice soit traité à la même enseigne que le coauteur et que l'on décide, dans le domaine, de gommer la distinction entre participation principale et accessoire (visiblement *contra* WERLE/JEBBERGER qui justifient la renonciation à la double incrimination dans le cadre de la compétence à l'égard du complice par les difficultés de délimitation entre participation principale et accessoire (LK - WERLE/JEBBERGER, § 9 N 53).

principe de territorialité d'y remédier mais, cas échéant, aux autres titres de compétence extraterritoriaux et, notamment, à la compétence universelle, si les conditions sont remplies. La justification de la compétence territoriale est le trouble causé à l'ordre social dans l'Etat du *delicti commissi* et non de suppléer aux carences des systèmes pénaux étrangers.

Dans la deuxième constellation, il appartient à l'Etat territorial de requérir, auprès de l'Etat dans lequel se trouve le participant accessoire, l'extradition de celui-ci. Si, hypothèse des plus théoriques, le premier devait ne pas connaître l'institution de la complicité, respectivement de l'instigation, on ne voit à nouveau pas en quoi la Suisse devrait s'en préoccuper, et demander l'extradition pour juger une personne dont la participation à l'infraction ne revêt pas de connotation pénale au regard du droit de l'Etat dans lequel l'acte principal a été commis.

S'agissant de la troisième constellation, la compétence de la Suisse pourra, suivant l'infraction, se baser sur les art. 5 ou 6 CP, ou encore sur l'une des règles de compétence disséminées dans le droit pénal spécial⁵⁶⁷. Si le complice est suisse, voire si la victime l'est, la compétence résultera de l'art. 7 CP.

Enfin, dans la quatrième constellation, l'Etat du lieu de l'infraction principale qui entend poursuivre le complice devrait requérir l'extradition de ce dernier. Si la Suisse devait la refuser, ce qui arrive rarement, elle pourrait, selon la situation d'espèce, poursuivre elle-même le complice sur la base de l'art. 7 CP, éventuellement des art. 6 ou 7 al. 2 let. a CP, voire encore de l'art. 85 EIMP.

Ainsi, un risque de lacunes dans la répression existe essentiellement lorsque ni la victime ni le complice n'est suisse, et que ce dernier n'a pas commis une infraction permettant l'exercice de la compétence universelle au sens des art. 5 ou 6, voire l'art. 7 al. 2 let. a CP. Il apparaît donc limité et la gravité du crime sera en principe moindre.

4) *Excursus : compatibilité de la jurisprudence suisse avec le droit international*

Sans prétendre à une analyse détaillée, nous posons encore la question de la compatibilité du principe de l'accessorité appliqué en matière de compétence pénale avec certaines conventions internationales. Plusieurs d'entre elles requièrent en effet l'incrimination des actes de participation à l'égard des

⁵⁶⁷ Voir par exemple l'art. 124 al. 2 CP, l'art. 240 al. 3 CP ou l'art. 19 al. 4 LStup.

infractions qu'elles traitent, tout en prévoyant une compétence obligatoire basée sur le principe de territorialité⁵⁶⁸.

403 La question est donc de savoir s'il faut « conjuguer » ces deux obligations conventionnelles et admettre que la combinaison implique la constitution d'un lieu de commission à l'endroit de la contribution accessoire, ou si la première est satisfaite à partir du moment où, lorsque l'infraction a été commise dans un certain Etat, ce dernier se préoccupe également des actes de participation. En l'absence de davantage de précisions, il nous semble que cette dernière lecture emporte l'adhésion. En effet, aucune de ces conventions ne définit le lieu de commission, l'interprétation de ce dernier appartenant aux Etats ; tout au plus certaines d'entre elles précisent que la compétence doit être admise même en cas de commission partielle sur le territoire. En outre, il est douteux que l'esprit de ces conventions soit compatible avec un principe de territorialité qui serait restreint par certaines conditions, telles la double incrimination. Ainsi, si on admettait que la compétence territoriale résultant des instruments internationaux idoines devait être reconnue à l'égard du participant à une infraction commise à l'étranger, même le droit français, par exemple, soulèverait des questions de compatibilité conventionnelle. Or, nous l'avons vu, le défaut de prise en considération du droit et des décisions de l'Etat du lieu de l'infraction principale dans le cadre de la poursuite contre le complice peut conduire à des résultats choquants.

404 On notera d'ailleurs que, pour tenir compte du principe d'accessorité, l'art. 36 de la Convention unique sur les stupéfiants impose aux Etats d'ériger certains actes en infractions distinctes et non pas de les traiter comme des simples actes de participation⁵⁶⁹.

405 Il faut cela étant relever que l'OCDE a exprimé des réserves quant au fait que la Suisse n'admettait pas de lieu de commission à l'endroit de la contribution du participant accessoire, vu l'interprétation large du principe de territorialité préconisé dans les instruments de lutte contre la corruption⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Voir par exemple les art. 3^{quater} let. c et 6 ch. 1 let. b de la Convention du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (RS.0.747.71) ; les art. 5 ch. 1 let. b et 15 ch. 1 let. a de la Convention contre la criminalité organisée ; les art. 1 ch. 2 et 4 ch. 1 de la Convention de l'OCDE ; les art. 27 ch. 1 et 42 ch. 1 let. a de la Convention de l'ONU contre la corruption ; les art. 2 ch. 5 let. a et 7 ch. 1 let. a de la Convention contre le financement du terrorisme.

⁵⁶⁹ Voir l'art. 36 ch. 2 let. a) de la Convention unique sur les stupéfiants et Commentaires Convention stupéfiants, p. 414.

⁵⁷⁰ OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 2, décembre 2004, § 101 ss.

d) L'action médiate

La notion d'activité médiate conduit à une conception extensive de la qualité d'auteur et c'est l'auteur médiate qui est réputé incarner le « celui qui » apparaissant en tête des incriminations pénales⁵⁷¹. En d'autres termes, le comportement typique est réalisé par l'auteur médiate, *via* l'instrument humain, de la même manière que si l'auteur avait utilisé une chose ou un animal pour mettre à exécution son intention délictueuse⁵⁷².

Doctrine et jurisprudence admettent que l'infraction se localise tant au lieu où l'auteur médiate se trouve physiquement à l'heure de manipuler son instrument humain, qu'au lieu où ce dernier exécute l'infraction⁵⁷³. Si l'instrument humain agit en Suisse, la compétence helvétique est donc donnée à l'égard de l'auteur médiate.

L'admission d'un lieu de commission là où l'instrument humain agit résulte de la réalisation des éléments constitutifs objectifs de l'acte incriminé à cet endroit, même si les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction font défaut⁵⁷⁴.

La localisation de l'infraction au lieu où se situe l'auteur médiate lorsqu'il exerce sa mainmise sur l'instrument se justifie par l'importance matérielle des agissements du premier. Même si ce n'est pas lui qui adopte, en personne, le comportement visé par la norme pénale, l'auteur médiate concrétise, par son acte d'emprise, son intention délictueuse. L'action de l'auteur médiate est si intrinsèquement liée à la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction qu'il se justifie d'admettre un lieu de commission à l'endroit de sa présence physique au moment où il influence celui dont il va se servir.

On notera d'ailleurs que le Tribunal fédéral a justifié la localisation de l'infraction à l'endroit de l'acte de l'auteur médiate par le fait que le comportement de celui-ci constitue déjà un début d'exécution de l'infraction⁵⁷⁵. Sur ce dernier point, la doctrine, qui s'est penchée sur la question dans le cadre de la détermination du seuil de la tentative, n'est pas unanime, certains estimant

⁵⁷¹ CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 7 et 33.

⁵⁷² HUBER, p. 128 s.

⁵⁷³ ATF 78 IV 246, consid. 3 (for intercantonal) ; ATF 85 IV 203 (for intercantonal) ; DYENS, Territorialité, N 738 ; CASSANI, Die Anwendbarkeit, p. 247 ; Praxiskommentar-TRECHSEL/VEST, Art. 8 N 7 ; DONATSCH/TAG, p. 53 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 15. La doctrine voit dans l'activité de l'instrument humain le résultat des agissements de l'auteur médiate et c'est donc par le résultat qu'elle localise l'infraction au lieu où l'instrument humain se trouve. Toutefois, dans la mesure où c'est bel et bien celui-ci qui adopte formellement la conduite décrite par l'état de fait légal, l'infraction se localise en fonction du lieu de l'action ; *contra*, quant au lieu de situation de l'auteur médiate, COLOMBINI, p. 33.

⁵⁷⁴ ATF 85 IV 203 (for intercantonal).

⁵⁷⁵ ATF 78 IV 246 (for intercantonal), consid. 3.

au contraire que le franchissement de ce seuil doit se déterminer au regard du comportement de l'instrument humain⁵⁷⁶. Nous tendons, quant à nous, à souscrire à la jurisprudence du Tribunal fédéral, du fait de l'étroite imbrication entre le comportement de l'auteur médiate et la perpétration des éléments constitutifs objectifs de l'infraction.

411 Pour en revenir à la localisation de l'infraction, et comme déjà indiqué, c'est par son acte d'influence que l'auteur médiate concrétise son intention délictueuse ; ses agissements sont le déclencheur de tout le processus délictueux et l'« avantage cognitif et/ou volitif »⁵⁷⁷ de l'auteur médiate, qu'il exploite par son acte d'emprise, lui assure en principe le succès de son entreprise. Le fait de l'auteur médiate a une importance à ce point déterminante pour la réalisation de l'infraction qu'il est à juste titre considéré comme un lieu de commission.

412 La figure juridique de l'action médiate trouve un écho particulier en matière de blanchiment d'argent, le rattachement avec le territoire étant donné à partir du moment où l'intermédiaire financier suisse, soit l'instrument humain, exécute des transferts de fonds provenant d'un crime sur ordre de son client qui se trouve à l'étranger⁵⁷⁸.

e) La juxtaposition d'auteurs directs

413 Il y a juxtaposition d'auteurs directs lorsqu'une infraction est le fait de plusieurs personnes qui, sans concertation commune, adoptent un comportement typique à l'encontre du même objet⁵⁷⁹. Le défaut de connivence exclut toute imputation à l'un du comportement de l'autre ; les auteurs juxtaposés sont considérés chacun comme des auteurs directs et immédiats⁵⁸⁰. La notion comprend l'hypothèse dans laquelle un individu qui occupe une position de garant n'empêche pas la commission d'une infraction⁵⁸¹.

414 Sur le plan de la compétence pénale, ceci implique que l'on détermine de manière séparée, pour chaque auteur, l'endroit de ses agissements, la

⁵⁷⁶ STRATENWERTH, AT I, p. 398 s. ; TRECHSEL/NOLL, p. 225 s. ; GRAVEN, en revanche, admet que l'exécution de l'infraction est entamée par l'acte d'influence de l'auteur médiate sur l'instrument humain (GRAVEN, L'infraction, p. 296) ; nuancé, HURTADO POZO, N 1191.

⁵⁷⁷ Formulation tirée de CR CP I–STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 36.

⁵⁷⁸ Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 1073 s. ; voir ATPF 2007 165, consid. 1.4.1 ; décision du TPF du 30 octobre 2007, SK.2006.20, consid. 3.2 ; décision du TPF du 2 décembre 2013, BB.2013.146, consid. 3.

⁵⁷⁹ CR CP I–STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 30 ; BSK StGB–FORSTER, Vor Art. 24 N 15.

⁵⁸⁰ TRECHSEL/NOLL, p. 206 ; STRATENWERTH, AT I, p. 398.

⁵⁸¹ GRAVEN, L'infraction, p. 288 ; dans le même sens, CR CP I–STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 30.

compétence pour connaître du fait de l'un n'entraînant pas compétence à l'égard de l'autre⁵⁸². En d'autres termes, on scinde les événements en autant de comportements distincts qu'il y a d'auteurs directs juxtaposés, la compétence s'examinant de manière individuelle pour chacun d'eux.

En conséquence, cela signifie que, si la compétence territoriale se base sur le résultat, l'Etat est compétent pour poursuivre tous les auteurs juxtaposés, dont le comportement a engendré ledit résultat⁵⁸³. En revanche, si le rattachement se fonde sur l'acte, peuvent être poursuivis dans l'Etat considéré seul l'(es) auteur(s) ayant agi dans cet Etat⁵⁸⁴.

415

§ 6. Le cas particulier du chef d'entreprise

a) *Aperçu du mécanisme*

A titre liminaire, il convient de rappeler quatre éléments. Premièrement, doctrine et jurisprudence rattachent la responsabilité pénale du chef d'entreprise⁵⁸⁵ à l'art. 11 CP, lequel consacre le délit d'omission improprement dit, qui peut être reproché à celui occupant une position de garant⁵⁸⁶. Deuxièmement, la responsabilité du chef d'entreprise suppose que celui-ci demeure intentionnellement passif lorsque son employé commet une infraction intentionnelle, respectivement reste inactif par négligence si celle-ci est réprimée⁵⁸⁷ (indépendamment de la question de savoir si l'employé, lui, a agi intentionnellement ou par négligence). En d'autres termes, le chef d'entreprise doit savoir que son employé s'apprête à violer la loi pénale, respectivement aurait dû le savoir en cas de négligence. Troisièmement, l'acte du subordonné doit être typique et illicite ; la culpabilité de ce dernier est en revanche sans pertinence. Quatrièmement, ce qui est reproché au chef d'entreprise est d'avoir, par son omission, permis la réalisation de l'infraction perpétrée par son subordonné. Il y a donc un rapport de causalité hypothétique entre le comportement passif de l'employeur et la perpétration de l'infraction.

416

417

⁵⁸² Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 743.

⁵⁸³ DYENS, Territorialité, N 744.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ Sur la notion de chef d'entreprise, GARBARSKI, p. 331 ss ; SCHMID, Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, p. 174 s. ; FREI, p. 64 s.

⁵⁸⁶ LIVSCHITZ, Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 158 ; ACKERMANN, § 4 N 88.

⁵⁸⁷ GARBARSKI, p. 335 ss ; LIVSCHITZ, Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 159.

Sur le terrain de la compétence, il ne semble pas avoir été remis en cause que, par le jeu de l'art. 11 CP, l'action se situe, conformément à l'art. 8 al. 1, 2^{ème} hypo. CP, à l'endroit où le chef d'entreprise a omis de prévenir l'adoption du comportement pénalement répréhensible de son subordonné.

418 Or, nous avons vu qu'une commission par omission se localise en principe là où son auteur – soit le chef d'entreprise – se trouve physiquement⁵⁸⁸. L'omission peut donc se situer à un autre endroit que celui où le subordonné commet l'infraction. Ainsi, un rattachement autonome est créé au lieu de situation du chef de l'entreprise lorsqu'il n'adopte pas le comportement que requiert sa position de garant, indépendamment de l'endroit où l'employé commet effectivement l'infraction. L'infraction est donc réputée commise dans l'Etat où se trouve le chef d'entreprise, indépendamment de celui où se situe le subordonné (ni, cas échéant, celui où le résultat du comportement de l'employé se produit).

419 A défaut de connivence entre le chef d'entreprise et son subordonné, ces derniers doivent être traités comme des auteurs directs juxtaposés⁵⁸⁹. La compétence doit donc s'examiner de manière distincte pour le chef d'entreprise et son employé. En d'autres termes, l'Etat compétent, sur la base du principe de territorialité, pour juger le chef d'entreprise est celui dans lequel l'omission de ce dernier peut être localisée et l'Etat compétent, sur la base du même principe, pour poursuivre le subordonné, est celui dans lequel l'employé a exercé son activité coupable.

420 En conséquence, la compétence à l'égard du chef d'entreprise n'entraîne pas compétence à l'égard du subordonné. Cette conclusion apparaît satisfaisante dans la mesure où elle n'étend pas l'exercice du droit de punir de l'Etat où se localise l'omission du chef d'entreprise à l'acte du subordonné.

421 En effet, si ce dernier n'a pas été réalisé sur le territoire, et sauf à considérer un autre titre de compétence, le comportement de l'employé n'a pas à être apprécié à l'aune de la loi pénale d'un Etat avec lequel il n'entretient pas de lien, sous prétexte que son supérieur hiérarchique s'y est physiquement trouvé. Même si, cas échéant, l'employé travaille régulièrement dans cet Etat, le lieu de travail ne fonde pas encore un lieu de commission, même pour les infractions commises par le subordonné dans l'exercice de sa profession. On discerne d'ailleurs mal en quoi l'Etat du lieu de situation du chef d'entreprise, s'il dispose d'une

⁵⁸⁸ Voir N 301 ss *supra*.

⁵⁸⁹ Dans ce sens DYENS, Territorialité, N 1265 ; GRAVEN, L'infraction, p. 288 s.

prétention indéniable à la poursuite de ce dernier, peut en revendiquer une à l'égard de l'employé si ni l'acte, ni le résultat dommageable composant l'infraction ne sont intervenus sur son territoire.

En revanche, l'Etat dans lequel l'infraction de l'employé est réputée commise, que le rattachement se fonde sur l'action ou le résultat, sera également compétent à l'égard du chef de l'entreprise. Le lien de rattachement peut se construire de deux manières. Tout d'abord, il nous semble tout à fait raisonnable d'estimer que l'endroit de la commission de l'infraction par le subordonné constitue un lieu où le chef d'entreprise « aurait dû agir », au sens de l'art. 8 CP, pour empêcher la réalisation de l'acte délictueux. L'omission du chef d'entreprise peut donc se localiser au lieu de l'infraction réalisée par son subordonné. Ensuite, dès lors que la responsabilité du chef de l'entreprise se construit sur la base de l'art. 11 CP, le comportement reproché à l'employeur est une omission, dont le résultat est l'acte commis par l'employeur. La compétence à l'égard du chef de l'entreprise découle donc également de la théorie de l'ubiquité.

Cette solution apparaît satisfaisante car l'Etat dans lequel l'employé a perpétré ses agissements délictueux possède un intérêt difficilement contestable à connaître de l'omission du chef d'entreprise, dès lors que celui-ci, en permettant la réalisation d'une infraction sur son territoire, en a troublé la paix sociale. Cet intérêt est donné même si le résultat de l'acte du subordonné ne s'est pas produit sur son territoire. En effet, même dans cette constellation, il n'en demeure pas moins que l'abstention du chef d'entreprise est en lien de causalité avec la violation, par l'employé, de la norme de comportement dans l'Etat considéré, et cette antijuridicité de comportement légitime la compétence de celui-ci.

b) Prise en considération du droit étranger relativement à l'infraction commise par le subordonné

Les développements qui suivent se basent sur le cas de figure suivant : le chef d'entreprise se trouve en Suisse, par exemple au siège de sa société, au moment de la commission de l'infraction, à l'étranger, par son subordonné. La question est de savoir si l'état de fait doit s'examiner exclusivement au regard du droit suisse.

Le rattachement territorial autonome au lieu de situation du chef d'entreprise conduit en principe au désintérêt du droit pénal étranger, en l'occurrence celui du lieu où l'employé a agi. Une telle conclusion signifie que le chef d'entreprise pourrait être reconnu coupable de ne pas avoir empêché la réalisation d'un acte

par hypothèse licite au lieu de commission. Une telle conséquence ne nous convainc pas.

426 Le fait que le chef d'entreprise puisse, cas échéant, plaider l'erreur de droit n'est par ailleurs pas apte à y remédier, car l'erreur de droit, qui intervient au stade de la culpabilité, présuppose un acte typique et illicite. Or, il nous semble heurter le sens commun d'admettre que le chef d'entreprise a commis, par omission, un acte illégal, alors même que le fait de son employé ne l'est pas, le comportement de ce dernier étant autorisé au lieu de commission et non couvert par le champ d'application du code pénal suisse.

427 La question de savoir si les agissements du subordonné constituent une infraction doit selon nous être résolue à la lueur du droit applicable à ce comportement. Il s'agira soit de l'ordre juridique de l'Etat où le subordonné a exécuté l'acte, soit du droit criminel de celui où le résultat du comportement de l'employé s'est produit. Il suffit que celui-ci soit incriminé selon l'un de ces deux ordres juridiques, pour autant, en ce qui concerne le lieu du résultat, que ce dernier ait été prévu par le chef d'entreprise, conformément à la conception subjective du résultat que nous défendons ici⁵⁹⁰. En d'autres termes, la double incrimination relativement à l'acte du subordonné doit être donnée.

428 En ce qui concerne le degré de punissabilité, les agissements de l'employé doivent être pénalement prohibés dans l'Etat du lieu commission, ce qui signifie qu'ils doivent réaliser les éléments constitutifs d'une norme incriminatrice, et ne pas être au bénéfice d'un motif justificatif. La culpabilité du subordonné est en revanche indifférente puisqu'elle n'entre pas en considération pour apprécier la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Les autres conditions de punissabilité, du type plainte ou prescription, n'apparaissent pas davantage pertinentes, l'Etat disposant d'un intérêt propre à l'action pénale à l'encontre du chef d'entreprise⁵⁹¹, qui a agi, par omission, sur son territoire.

429 Certes, cette prise en considération d'un droit pénal étranger, alors même que le juge suisse poursuit le chef d'entreprise sur la base du principe de territorialité, se heurte à la conception classique qui veut que la territorialité, de par son essence même, se désintéresse des autres ordres juridiques.

430 Toutefois, la transnationalisation du crime rend inévitable certains assouplissements dogmatiques, le premier étant d'ailleurs d'accepter l'apparent paradoxe qu'une compétence fondée sur la territorialité puisse revêtir une

⁵⁹⁰ Voir N 360 *ss supra*.

⁵⁹¹ Voir N 247 *supra*.

portée extraterritoriale. Précisément dans la constellation que nous envisageons ici, la loi pénale suisse a une portée extraterritoriale puisqu'elle permet de reprocher au chef d'entreprise une infraction qui a été perpétrée à l'étranger.

La prise en considération d'un ordre juridique étranger ne constitue donc pas elle-même la brèche dans le dogme mais la conséquence, pour des motifs de justice et d'équité, de celle instaurée par la portée extraterritoriale d'une compétence pénale qui se réclame pourtant du principe de territorialité.

Une telle prise en considération, dans le cadre de l'exercice du principe de territorialité, n'est d'ailleurs pas totalement inconnue de l'ordre juridique suisse. En matière de blanchiment d'argent, l'art. 305^{bis} ch. 3 CP tient expressément compte de la composante extraterritoriale de la situation lorsque l'acte préalable a été perpétré à l'étranger, celui-ci devant être incriminé également dans l'Etat territorial. Nous rappelons également que la doctrine favorable à la reconnaissance d'un lieu de commission à l'endroit de la contribution du participant accessoire exige la double incrimination de l'acte principal⁵⁹².

Par ailleurs, si on garde à l'esprit que le chef d'entreprise répond certes de l'infraction commise par son subordonné, mais ce, à raison de son propre comportement, ce n'est pas la responsabilité pénale du chef d'entreprise qui est subordonnée à la double incrimination mais l'acte générateur de cette responsabilité. Le juge n'a en effet pas à examiner si le comportement du chef de l'entreprise est répréhensible selon l'ordre juridique de l'Etat dans lequel l'employé a agi. En revanche, pour apprécier les conséquences de cette omission conformément à son propre droit, le juge doit s'assurer qu'une infraction a été commise par l'employé. Or, si les éléments constitutifs de cette infraction n'ont pas été perpétrés en Suisse, le droit suisse n'est en principe pas applicable. Preuve en est d'ailleurs que le juge suisse n'a pas compétence à l'égard de l'employé. Le caractère pénal du comportement doit donc s'apprécier au regard de l'ordre juridique du lieu de l'acte du subordonné, respectivement du lieu où le résultat de cet acte s'est produit.

Certes, une telle conclusion permet au chef d'entreprise de se libérer de sa responsabilité pénale parce que ses employés ont agi à l'étranger, alors qu'il eût été responsable si ceux-ci étaient restés sur sol suisse. Le constat est toutefois inhérent au fait que la loi pénale est délimitée spatialement. De manière générale, les individus sont libres d'aller faire dans un Etat ce qu'ils n'ont pas le

⁵⁹² Voir N 384 *supra*.

droit de faire dans un autre. Comme déjà indiqué, ce n'est pas le rôle de la territorialité que de combler les carences dans le système pénal des autres Etats.

435 Il est par ailleurs bien entendu que les agissements de l'employé doivent également être répréhensibles en Suisse, à défaut de quoi le juge n'a pas d'intérêt à la poursuite pénale. Dans ce cadre, toutes les conditions, matérielles et procédurales, de punissabilité de l'ordre juridique suisse s'appliquent pleinement, conformément au principe de territorialité. Par ailleurs, toutes les autres conditions présidant à la responsabilité du chef de l'entreprise seront bien entendu examinées selon le droit suisse exclusivement.

D. Les conséquences de la localisation de l'infraction en Suisse : bref aperçu

§ 1. Le refus de l'entraide

436 L'applicabilité du principe de territorialité, dans une optique purement souverainiste, devrait être un obstacle absolu à la coopération internationale. Si une infraction a été commise à l'intérieur des frontières d'un Etat, ce dernier, unique souverain sur son territoire, s'estimera seul compétent pour connaître du cas⁵⁹³. Les autres Etats n'ayant pas à s'en préoccuper, l'Etat territorial rejettera toute requête faisant montre de leurs velléités à se saisir de la problématique.

437 A l'heure de la globalisation du crime, qui touche bien souvent le territoire de plusieurs Etats, et de la prise de conscience de l'importance de la coopération internationale comme outil de lutte contre la criminalité, il est évident que la règle n'est pas appliquée de manière aussi rigide, en particulier lorsque les Etats sont liés entre eux par un traité d'entraide.

438 Il n'en demeure pas moins que le principe de territorialité reste un motif de refus, si ce n'est de l'entraide, à tout le moins de l'extradition. Ainsi, selon l'art. 7 CEEextr la localisation de l'infraction sur le territoire de l'Etat requis permet à ce dernier de rejeter une requête d'extradition. A défaut de convention, et sauf

⁵⁹³ Voir DONNEDIEU DE VABRES : « [L]e principe territorial a pour objet l'affirmation de la compétence *exclusive* d'un Etat, de ses juridictions et de ses lois propres, à l'égard de tous les actes punissables qui ont été commis sur son territoire » (p. 11 ; nous mettons en italiques).

circonstances particulières⁵⁹⁴, la Suisse refuse l'extradition si l'infraction relève de la juridiction suisse (voir art. 35 al. 1 *a contrario* EIMP et 36 al. 1 EIMP)⁵⁹⁵.

§ 2. L'absence de prise en considération du droit pénal étranger

Comme déjà esquissé⁵⁹⁶, on considère traditionnellement qu'il n'y a pas place pour une prise en considération du droit pénal étranger, que ce soit au regard de l'incrimination ou de la sanction, lorsque le juge fonde sa compétence sur le principe de territorialité. Ceci vaut en principe même si l'auteur a adopté le comportement répréhensible entièrement à l'étranger et que seul le résultat de celui-ci est intervenu sur le territoire helvétique.

Cela étant, nous avons déjà souligné le fait que certains auteurs, en raison de la fragmentation du lieu de commission, ont évoqué la possibilité de tenir compte du droit pénal étranger y compris en cas d'exercice d'une compétence territoriale⁵⁹⁷.

A notre sens toutefois, la notion de lieu de commission doit de manière générale faire l'objet d'une appréciation suffisamment pondérée pour qu'il n'y ait pas de raison de tenir compte du droit étranger. En particulier, si on localise le résultat en tenant compte de la conception subjective de l'auteur, il n'y a pas besoin, pour des motifs garantistes, de prendre en considération le droit du lieu de l'action. Par ailleurs, nous rappelons que nous ne localisons pas l'infraction à l'endroit de la contribution du complice de sorte que la question de la double incrimination dans ce contexte ne se pose pas.

Nous effectuons deux réserves à nos propos, qui procèdent du même raisonnement. Nous avons déjà exposé la première : la responsabilité pénale du chef d'entreprise conformément à l'ordre juridique suisse suppose que le comportement du subordonné, si ce dernier a agi à l'étranger, soit pénalement

⁵⁹⁴ Outre la possibilité d'un meilleur reclassement social, l'art. 36 al. 1 EIMP peut également trouver application pour des motifs d'économie de procédure ou afin que les coauteurs soient jugés ensemble (voir les arrêts du TF du 19 juin 2013, 1C_515/2013, consid. 1.2. et 1C_525/2013, consid. 2.1.1 et l'arrêt du TPF du 7 mai 2013, RR.2013.42, consid. 6.1, rendus dans le cadre de la même procédure).

⁵⁹⁵ Voir également ATF 103 Ia 616, dans lequel les juges fédéraux rappellent que la localisation en Suisse est un motif contraignant de refus de l'extradition, y compris en présence d'un traité si ce dernier ne règle pas la question, et ce même si l'Etat requérant se prévaut aussi du principe de la territorialité (consid. 3 b).

⁵⁹⁶ Voir notamment N 280 s. *supra*.

⁵⁹⁷ Voir N 272 *supra*.

réprimé au lieu de commission⁵⁹⁸. La deuxième exception fera l'objet d'une analyse détaillée dans la deuxième partie de ce travail : à l'instar de son chef, une entreprise ne peut être condamnée pour un acte perpétré à l'étranger et licite là où il a été réalisé⁵⁹⁹.

§ 3. La non-application du principe *ne bis in idem*

a) *La double poursuite*

443 L'une des conséquences du caractère exclusif de la territorialité est le défaut d'application automatique d'un principe *ne bis in idem* à portée transnationale⁶⁰⁰. Ainsi, lorsque la compétence pénale helvétique se fonde sur le principe de la territorialité, il ne sera fait application du principe *ne bis in idem* que dans la constellation particulière d'un jugement rendu suite à une délégation de compétence de la Suisse à l'Etat étranger (art. 3 al. 3 CP).

444 Cela étant, la tendance actuelle tend vers une reconnaissance de plus en plus large du principe, sur le plan international. La multiplication des lieux de commission possibles rend en effet indispensable la prise en considération de jugements étrangers, à tout le moins ceux rendus sur la base du principe de territorialité. Il en va des garanties individuelles, qui ne peuvent s'accomoder du fait qu'un individu puisse être jugé autant de fois qu'il y a de rattachements territoriaux pour son acte. De manière plus générale, nous rappelons le rôle important joué par *ne bis in idem* dans la résolution des conflits de compétences.

445 Cette inclinaison se reflète en particulier dans l'art. 54 CAAS, qui prévoit l'application du principe *ne bis in idem* au niveau européen. L'art. 54 CAAS est libellé comme suit : « [u]ne personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ». Nous rappelons que l'art. 55 ch. 1 CAAS permet à un Etat de ne pas appliquer le principe *ne bis in idem* si sa compétence se base sur la territorialité. En revanche, et en lien avec la problématique de l'accroissement des lieux de commission, cette réserve ne

⁵⁹⁸ Voir N 424 ss *supra*.

⁵⁹⁹ Voir N 925 ss *infra*.

⁶⁰⁰ DESPORTES/LE GUNEHEC, N 377.

s'applique pas lorsque la compétence de l'Etat du premier jugement se base également sur le principe de territorialité⁶⁰¹.

b) Le principe d'imputation

Le principe d'imputation n'interdit pas une seconde poursuite pour la même infraction mais impose au deuxième juge d'imputer la peine effectivement subie à l'étranger sur la sanction qu'il entend prononcer. Il suppose donc, en amont, une condamnation et ne tient pas compte d'un acquittement prononcé à l'étranger. Le principe d'imputation est prévu, en lieu et place du principe *ne bis in idem*, lorsque le juge suisse fonde sa compétence sur le principe de territorialité (art. 3 al. 2 CP) ou sur le principe de protection (art. 4 al. 2 CP).

Des difficultés d'application surviendront si le genre de peine subie à l'étranger est inconnu du juge suisse. Le risque est accru dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives, au vu de la diversité des sanctions qui peuvent, selon certains ordres juridiques⁶⁰², être prononcées à leur encontre. Du fait qu'en droit suisse la seule peine prévue est l'amende (art. 102 al. 1 CP), le juge helvétique pourrait être confronté à un genre de peine qu'il ne connaît pas, ce qui complique le mécanisme d'imputation de la sanction.

Cela étant, on relèvera qu'au vu du faible montant maximum de l'amende qui peut être mise à charge de l'entreprise selon l'art. 102 CP, à savoir CHF cinq millions⁶⁰³, il est largement envisageable que la sanction subie par l'entité collective à l'étranger apparaisse de toute façon plus lourde que la peine encourue en Suisse.

⁶⁰¹ Voir N 0 *supra*.

⁶⁰² Voir, par exemple, l'éventail des sanctions prévues par le droit français à l'art. 131-39 du code pénal.

⁶⁰³ En Allemagne par exemple, l'amende peut atteindre 10 millions d'euros (voir § 30 de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz*).

VII. Les critères de rattachement extraterritoriaux

449 Les liens de rattachements extraterritoriaux sont tous ceux qui, pour établir la compétence pénale, se rattachent à d'autres critères que le territoire.

450 Les lignes qui suivent consacrent une brève présentation des fondements des compétences extraterritoriales et de leur consécration en droit suisse. L'application de ces titres de compétence à l'entité collective sera en revanche discutée dans le chapitre consacré à l'application spatiale de l'art. 102 CP, dans la deuxième partie sous VII.F. *infra*.

A. Le principe de la nationalité

§ 1. Le principe de la nationalité active

a) *Portée du principe*

451 Le principe de la nationalité ou personnalité active se fonde sur le critère de la nationalité de l'auteur. Dès lors que la compétence de l'Etat se base sur le lien entre celui-ci et l'auteur de l'infraction, la nationalité de chaque participant à l'infraction doit être appréciée séparément. En d'autres termes, la compétence à l'égard d'un individu, ressortissant de l'Etat du for de la poursuite pénale, n'emporte pas juridiction à l'encontre de ses comparses⁶⁰⁴. Au principe de la nationalité s'apparente celui du domicile⁶⁰⁵. Ce dernier principe n'est pas reconnu en Suisse, à l'exception de l'art. 34 al. 4 de la loi fédérale sur le matériel de guerre⁶⁰⁶.

452 Le principe de la personnalité active a deux raisons d'être. En tant que titre de compétence originaire, il se base sur le devoir de fidélité⁶⁰⁷ ou d'allégeance de l'individu à son Etat d'origine, qui autorise ce dernier à « suivre » ses nationaux même à l'étranger⁶⁰⁸. Dans une optique légèrement différente, on peut y voir

⁶⁰⁴ AKEHURST, p. 156.

⁶⁰⁵ Sur ce principe, voir en particulier l'article de LUDWICZAK, Une compétence pénale, *in toto*.

⁶⁰⁶ RS 514.51. Notons toutefois que la résidence de l'auteur sur le sol helvétique permet, sous réserve d'autres conditions, à la Suisse d'accepter une délégation de la poursuite pénale (voir art. 85 al. 2 EIMP et, pour le droit pénal des mineurs, l'art. 10 al. 4 let. a de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin, RS 312.1) ; voir aussi en matière de circulation routière, l'art. 101 al. 1 de la loi sur la circulation routière (LCR), RS 741.01).

⁶⁰⁷ AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 46.

⁶⁰⁸ Voir DAILLIER/FORTEAU/PELLET, p. 554.

également l'intérêt de l'Etat à ce que sa « réputation » ne soit pas entachée à raison de la commission, par l'un de ses ressortissants, de faits pénalement répréhensibles à l'étranger⁶⁰⁹.

Par ailleurs, la compétence personnelle active permet de combler des lacunes dans la répression d'un auteur qui, une fois son forfait commis à l'étranger, se réfugie dans son Etat d'origine, faisant ainsi obstacle, dans la mesure où celui-ci connaît le principe de non-extradition des nationaux, à une remise à l'Etat territorialement compétent⁶¹⁰. On rappellera d'ailleurs que plusieurs conventions internationales en matière pénale ont une clause « *aut dedere, aut prosequi* »⁶¹¹. Dans cette conception, la compétence personnelle active est davantage perçue comme une compétence de substitution par rapport à celle de l'Etat territorial.

Le principe de la nationalité active est aujourd'hui largement reconnu et il est d'ailleurs régulièrement prévu dans les instruments internationaux, souvent à titre facultatif, parfois à titre obligatoire⁶¹². Reste à savoir si, dans le cadre de son exercice, le principe de la double incrimination doit être respecté. Pris au pied de la lettre, ce « droit de suite » de l'Etat d'origine impliquerait le défaut de prise en considération du droit étranger. Sous l'angle du principe de la nécessité du châtiment, voire des garanties individuelles, une telle solution ne nous apparaît cependant pas satisfaisante, car c'est avant tout aux lois de l'Etat du lieu de séjour que l'individu doit se conformer. On notera d'ailleurs que si le concept d'allégeance d'un national à son Etat d'origine peut encore avoir un sens à l'égard d'un ressortissant qui vit dans son pays, il n'est plus guère justifiable lorsque seule la nationalité rattache l'individu à l'Etat. En outre, à partir du moment où la *ratio* de ce titre de compétence se rapporte également au principe de non-extradition des nationaux, la double incrimination doit être satisfaite.

On observe cela étant une certaine propension à la renonciation de la double incrimination dans le cadre de la personnalité active pour certaines infractions traitées dans des conventions internationales, en particulier en matière de corruption. Nous y reviendrons⁶¹³. Cette tendance, influencée par les

⁶⁰⁹ Dans le même sens, MAURO, La responsabilité pénale, N 121.

⁶¹⁰ Voir notamment DONATSCH/TAG, p. 61 s.

⁶¹¹ Voir par exemple l'art. 10 ch. 3 de la Convention de l'OCDE ; l'art. 27 ch. 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; l'art. 44 ch. 11 de la Convention de l'ONU contre la corruption ; l'art. 15 ch. 3 de la Convention contre la criminalité organisée ; BLAKESLEY/LAGODNY, p. 61.

⁶¹² Voir par exemple l'art. 4 ch. 2 de la Convention de l'OCDE ; l'art. 17 ch. 1 let. b et ch. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; l'art. 42 ch. 2 let. b de la Convention de l'ONU contre la corruption ; l'art. 15 ch. 2 let. a de la Convention contre la criminalité organisée.

⁶¹³ Voir N 719 ss *infra*.

organismes internationaux, notamment l'OCDE, ne trouve cependant pas ces racines dans le devoir de fidélité à l'égard du pays d'origine, mais dans la volonté d'éliminer tous les obstacles – réels ou supposés – à la poursuite des auteurs de ces infractions.

b) *Le principe de la nationalité active en droit suisse*

⁴⁵⁶ La compétence du juge suisse fondée sur le critère de la nationalité de l'auteur est consacrée à l'art. 7 al. 1 CP. La question de savoir si cette disposition consacre le principe de la nationalité active ou celui de substitution n'est pas claire⁶¹⁴. A notre sens, malgré la rédaction laborieuse de la disposition, la base de compétence reste, à l'instar de l'ancien droit, la personnalité active. L'art. 7 al. 1 CP s'applique d'ailleurs même si aucune extradition n'est demandée, par exemple parce que l'Etat territorial se désintéresse de l'affaire et n'entend pas engager de poursuite pénale. Or, dans une telle hypothèse, nous éprouvons une certaine réticence à parler de principe de substitution⁶¹⁵. Par ailleurs, les conditions de l'art. 7 al. 1 let. a CP sont, à l'exception de modifications rédactionnelles, rigoureusement identiques à celles de l'art. 6 aCP, qui, cela n'est pas contesté, consacrait le principe de la nationalité active.

⁴⁵⁷ La nationalité de l'auteur s'examine au moment de l'ouverture de la poursuite⁶¹⁶, ce qui permet d'éviter l'impunité d'un auteur qui deviendrait suisse après la commission de l'infraction et se réfugierait dans notre pays pour faire obstacle à son extradition. Pour certains auteurs, la nationalité se détermine également au moment de la commission de l'infraction, ce qui signifie que le

⁶¹⁴ En faveur du principe de substitution, ROTH/CASSANI, p. 466. Le message du Conseil fédéral est ambigu (voir Message relatif à la modification du CP, p. 1804 s.). Les travaux préparatoires parlent également de principe de substitution sans faire de différence entre les deux alinéas de l'art. 7 CP (voir intervention Wicki, BO CE 1999, p. 1110). HENZELIN et POPP/KESHELAVA considèrent en revanche que le principe de substitution est consacré à l'art. 7 al. 2 CP et que l'art. 7 al. 1 CP traite des principes de la personnalité active et passive (CR CP I–HENZELIN, Art. 7 N 4 et 16 ; BSK StGB– POPP/KESHELAVA, Art. 7 N 1).

⁶¹⁵ Voir à cet égard, note 70.

⁶¹⁶ ATF 117 IV 369, JdT 1993 IV 127 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Art. 7 N 13 ; CR CP I–HENZELIN, Art. 7 N 4. On rappellera à cet égard que la compétence personnelle active a notamment pour fonction d'éviter que le principe encore solidement ancré de la non-extradition des nationaux ne permette au délinquant de bénéficier de l'impunité en restant sur son territoire national ; voir toutefois O'KEEFE, qui critique l'établissement d'une compétence pénale fondée sur un lien de rattachement – en l'occurrence la nationalité de l'auteur – créée postérieurement à la commission de l'infraction, estimant une telle démarche contraire au principe de la légalité (p. 743 s.). Cette dernière position n'empêche pas notre adhésion : si la norme de compétence législative existait au moment de la commission de l'infraction, l'auteur, en modifiant sa nationalité, *accepte* de s'y soumettre.

juge suisse serait compétent à l'égard d'un individu qui ne serait plus suisse au moment de l'exercice de cette compétence⁶¹⁷.

Cette dernière position n'emporte pas notre adhésion. A notre avis, et à la suite de HENZELIN, il faut se raccrocher à la lettre de la loi : l'emploi du présent dans le cadre de la personnalité active et du passé composé pour la personnalité passive indique que la compétence personnelle active doit s'apprécier – uniquement – à l'heure de l'ouverture de la procédure pénale⁶¹⁸. On relèvera en outre qu'il nous semble assez clair que, dans les faits, la déchéance d'une nationalité, quelle qu'en soient les motifs, suppose que le ressortissant ne vive plus dans son Etat national. Dès lors, dans la mesure où une telle perte supprime toute attache entre l'auteur de l'infraction et son ancien Etat d'origine, l'intérêt de ce dernier à sanctionner la violation d'un devoir d'allégeance déjà discutable, et qui n'existe plus, apparaît faible, sans compter l'intérêt de l'auteur à ne pas se retrouver devant un juge avec lequel il n'entretient plus aucun lien. Par ailleurs, dans l'éventualité dans laquelle l'auteur perdrait sa nationalité suisse après un refus d'extradition – en raison du principe de non extradition des ressortissants –, la compétence du juge suisse peut se baser sur l'art. 7 al. 2 let. a CP, évitant ainsi des lacunes dans la répression.

L'art. 7 al. 1 CP subordonne l'exercice de la compétence personnelle active à trois conditions : la double incrimination (let. a), la présence de l'auteur sur le territoire (let. b), et la non-extradition de l'accusé malgré le caractère extraditable de l'infraction (let. c).

A l'égard de cette première condition, si l'art. 7 al. 1 CP est considéré comme consacrant le principe de substitution, la double incrimination doit s'examiner dans sa dimension la plus concrète puisqu'elle constitue alors un facteur de légitimation de la poursuite pénale⁶¹⁹. Si, à l'instar de la position défendue ici, la disposition affirme le principe de la personnalité active, la double incrimination se satisfait du caractère typique et illicite, selon le droit étranger, de l'acte commis⁶²⁰.

⁶¹⁷ PC CP, Art. 7 N 2 ; DONATSCH/TAG, p. 62 (emploi du terme « auch »).

⁶¹⁸ CR CP I–HENZELIN, Art. 7 N 4.

⁶¹⁹ Voir N 223 ss *supra*.

⁶²⁰ Voir N 245 ss *supra*.

§ 2. Le principe de la personnalité passive

461 Le principe de la personnalité passive se fonde sur la nationalité de la victime de l'infraction. Né du scepticisme de l'Etat à l'égard des systèmes pénaux étrangers, en particulier s'agissant de la volonté effective des Etats de poursuivre des infractions dont le lésé leur est étranger, il est une sorte de dérivé du principe de protection. Ce dernier protégerait les intérêts collectifs de l'Etat alors que le principe de la personnalité passive serait centré sur les intérêts individuels des citoyens de ce même Etat. Cette justification se retrouve dans l'appellation allemande du principe de personnalité passive : « *Individualschutzprinzip* ».

462 Le principe de la personnalité passive a été sévèrement critiqué, en particulier dans les pays anglo-saxons⁶²¹. On lui a reproché d'être contraire au principe de la légalité dès lors qu'il soumet l'auteur à l'application d'un droit pénal dont il ne peut prévoir l'application⁶²². On rappellera en effet que le principe de la personnalité passive ne tient pas compte de la conception subjective de l'auteur, de sorte qu'il ne prend pas en considération la connaissance, par l'auteur, de la nationalité de la victime⁶²³. L'application du principe de la double incrimination apparaît dès lors incontournable.

463 En droit suisse, le principe de la nationalité passive est, à notre sens⁶²⁴, prévu à l'art. 7 al. 1 CP et, à l'instar de la compétence personnelle active, est soumis à la double incrimination (let. a), la présence de l'auteur sur le territoire (let. b) et la non-extradition de l'accusé malgré le caractère extraditable de l'infraction (let. c).

B. Le principe de protection

464 Consacré en droit suisse à l'art. 4 CP, le principe de protection (ou principe réel) permet à l'Etat de revendiquer sa compétence à l'égard des infractions commises à l'étranger et dirigées contre ses intérêts fondamentaux. Le critère se rattache ici aux valeurs essentielles de l'Etat. On soulignera d'emblée que les termes « dirigées contre » ont leur importance, car les infractions en question

⁶²¹ Voir AKEHURST, p. 162 s.

⁶²² MEYER JÜRGEN, p. 113 s. ; ECHLE, p. 60 ; PETRIG, *The Expansion*, p. 40 ; voir aussi HALLEVY, p. 124.

⁶²³ Voir N 132 ss *supra*.

⁶²⁴ Pour autant que l'on ne considère pas l'art. 7 al. 1 CP comme consacrant le principe de substitution, voir N 456 ss *supra*.

devraient intrinsèquement impliquer que l'auteur ait voulu porté atteinte aux intérêts de cet Etat.

La double incrimination n'est pas nécessaire, les Etats ne protégeant en règle générale que leurs propres intérêts fondamentaux mais non ceux des autres⁶²⁵, de sorte qu'une telle exigence reviendrait en pratique à faire obstacle à l'application du principe. En outre, dans la mesure où l'infraction porte atteinte à ses intérêts fondamentaux, il est entendu que l'Etat s'estimera concerné en première ligne par le comportement de l'auteur, de sorte qu'il sera réticent à considérer une autre loi que la sienne. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le principe de territorialité est parfois considéré comme relevant matériellement du principe de protection⁶²⁶ : les intérêts de l'Etat, en l'occurrence la paix sociale sur son territoire, sont touchés par l'infraction. On notera encore qu'en Suisse, le principe de protection est, avec le principe de la territorialité, la seule base de compétence pénale qui ne requiert pas la présence de l'auteur sur le territoire comme condition à l'ouverture de l'action pénale.

L'absence de double incrimination ne devrait en théorie pas poser de problème sur le plan garantiste. En effet, l'intention de l'auteur étant dirigée contre les intérêts fondamentaux d'un Etat, il peut s'attendre à ce que le droit pénal de celui-ci lui soit applicable. La difficulté réside cependant dans le fait que le champ d'application du principe de protection reste flou, car dépendant de ce que chaque Etat estime, de manière plus ou moins large, constituer ses intérêts essentiels⁶²⁷. En outre, pour les Etats qui ne listent pas spécifiquement les infractions tombant dans l'escarcelle du principe de protection⁶²⁸, le recours à des notions générales et vagues, telles que, par exemple, la « sécurité nationale », porte indéniablement atteinte à la prévisibilité du champ d'application du principe. En ce sens, une application large du principe de protection, outre les réserves qu'elle susciterait en droit international public, pourrait poser problème sous l'angle des garanties individuelles.

C. Le principe de l'universalité

Le principe de l'universalité se fonde sur la nature particulièrement répréhensible, aux yeux de la communauté internationale, de l'infraction

⁶²⁵ CAMERON, p. 31 ; VAN DEN WYNGAERT, p. 135.

⁶²⁶ Voir LANGEMEIJER, p. 22 s.

⁶²⁷ CAMERON, p. 49 s. ; AKEHURST, p. 158 s.

⁶²⁸ Voir CAMERON p. 49 s.

commise. Il trouve sa justification dans le fait que le crime considéré lèse les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble et, donc, de chaque société qui la compose⁶²⁹. Aucun autre lien entre les faits et l'Etat du for de la poursuite pénale n'est exigé, si ce n'est, cas échéant, la présence de l'auteur sur le territoire au moment de l'ouverture de la poursuite pénale⁶³⁰. Malgré le défaut de lien entre l'Etat du for et l'accusé, l'universalité consacre un principe de compétence originaire, basé sur la nature particulièrement abjecte du crime, qui porte une atteinte grave à des valeurs unanimement reconnues⁶³¹.

468 Si la compétence universelle a été décriée⁶³², elle est de moins en moins contestée, en partie probablement du fait de l'émergence des Tribunaux pénaux internationaux et de leur nécessaire collaboration avec les autorités pénales nationales⁶³³.

469 En bref, la compétence universelle est consacrée en droit suisse aux art. 5, 6, 7 al. 2 let. b⁶³⁴ et 264^m CP. Elle est, en sus, ponctuellement prévue dans quelques dispositions spéciales sur lesquelles nous ne nous attarderons pas⁶³⁵. Les quatre dispositions précitées conditionnent l'exercice de la compétence du juge suisse à la présence de l'accusé sur le territoire et à l'absence d'extradition. La double incrimination est exigée pour l'application des art. 6 et 7 al. 2 let. b CP.

D. Les principes de substitution et de représentation

470 Le principe de substitution est prévu à l'art. 7 al. 2 let. a CP. La compétence du juge suisse y est subordonnée à la présence de l'accusé sur le territoire, la double incrimination, et un refus d'extradition fondé sur un motif autre que la nature de l'acte⁶³⁶. On pense notamment au cas dans lequel le non-respect des droits de l'homme dans l'Etat requérant s'oppose à l'extradition (voir art. 2 let. a EIMP). Cette dernière condition suppose qu'un Etat originairement compétent ait

⁶²⁹ Dans le même sens, ZAPPALÀ, p. 197.

⁶³⁰ La question de savoir si, au regard du droit international, l'exercice de la compétence universelle est subordonné à la présence de l'auteur sur le territoire est controversée ; voir sur cette question GARIBIAN, p. 397 ss ; HENZELIN, Yerodia, p. 841 ss ; voir aussi l'arrêt de la Cour de Cassation française du 26 mars 1996, Chambre criminelle, n° de pourvoi 95-81527.

⁶³¹ Dans le même sens, LUDWICZAK, La délégation internationale, N 1172.

⁶³² Voir AKEHURST, p. 163 s.

⁶³³ On soulignera en particulier le principe de complémentarité de l'art. 17 du Statut du Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1).

⁶³⁴ EICKER, Das Schweizerische Internationale Strafrecht, p. 309 ss.

⁶³⁵ Par exemple, les art. 124 al. 2, 185 ch. 5 CP ou encore 19 al. 4 LStup.

⁶³⁶ Sur la notion de la « nature » de l'acte, CR CP I-HENZELIN, Art. 7 N 17.

présenté une requête d'extradition, ce qui démontre qu'il ne se désintéresse pas de l'infraction commise. L'art. 7 al. 2 let. a CP vise ainsi à éviter des lacunes dans la répression. La condition de la double incrimination, en tant qu'elle légitime la poursuite pénale helvétique, doit donc être concrètement remplie⁶³⁷.

Le principe de représentation implique une demande, par l'Etat territorial, de délégation de compétence au sens de l'art. 85 EIMP. L'infraction considérée ne doit pas relever de la juridiction suisse (art. 85 al. 3 EIMP)⁶³⁸. L'acceptation de la requête suppose que l'extradition de la personne poursuivie soit exclue, que celle-ci doive répondre en Suisse d'infractions plus graves que celle(s) faisant l'objet de la délégation et que le respect du principe *ne bis in idem* soit garanti par l'Etat requérant (art. 85 al. 1 EIMP).

Alternativement, la Suisse peut accepter une délégation de compétence si l'accusé a sa résidence habituelle sur le territoire, qu'aucune raison particulière ne motive une extradition et qu'une telle délégation apparaît opportune pour le reclassement social et au vu de la situation personnelle de l'auteur (art. 85 al. 2 EIMP).

La délégation de compétence implique évidemment le respect de la double incrimination, la coopération internationale en matière pénale supposant nécessairement la commission d'un fait – *a priori* – pénalement répréhensible aux yeux de l'Etat requérant. La condition doit s'analyser de manière concrète⁶³⁹. L'art. 86 al. 2 EIMP prévoit par ailleurs l'application du droit étranger au titre de la *lex mitior*, les sanctions prononcées devant toutefois rester connues de l'ordre juridique suisse⁶⁴⁰. Dans le cas de figure inverse, on notera sans surprise que l'une des conditions pour que la Suisse délègue une procédure pénale est la réalisation de la double incrimination concrète dans l'Etat délégataire, la législation de ce dernier devant lui permettre de « poursuivre et réprimer judiciairement » l'infraction considérée au sens de l'art. 88 EIMP⁶⁴¹.

⁶³⁷ Voir N 223 *supra*.

⁶³⁸ Pour être précise, notons que le principe de représentation est également prévu à l'art. 101 de la loi sur la circulation routière (LCR ; RS 741.01).

⁶³⁹ Voir N 223 ss *supra*.

⁶⁴⁰ Rappelons toutefois que selon HARARI/JAKOB/JENNI, l'art. 86 al. 2 EIMP ne crée pas pour le juge d'obligation plus large que celle de ne pas punir l'auteur plus sévèrement qu'il ne l'aurait été au lieu de commission de l'acte (p. 396 s.).

⁶⁴¹ A notre sens, l'exigence du caractère concret de la double incrimination serait mieux ressortie si la disposition avait utilisé le terme « auteur présumé » plutôt qu'infraction. Reste que la formulation employée ne laisse tout de même guère de doute quant à la volonté du législateur de donner une dimension concrète à la double incrimination, ce qui va d'ailleurs de soi, la Suisse n'entendant pas déléguer une poursuite qui ne puisse être continuée dans l'Etat délégataire.

474

La présence de l'auteur n'est pas une condition expressément consacrée par les art. 85 et ss EIMP. Elle découle toutefois à notre sens des autres exigences relatives à la délégation de compétence, en particulier de celle relative au défaut d'extradition de l'accusé. Il nous semble en effet que cette condition présuppose que la Suisse dispose de la faculté d'extrader l'auteur, ce qui implique la présence de ce dernier sur le territoire⁶⁴². En outre, même si la présence de l'auteur comme condition à la délégation de compétence et l'exclusion d'une procédure *in absentia*, telle que prévue à l'art. 86 al. 3 EIMP, constituent des problématiques différentes, l'interdiction d'une procédure par défaut, couplée avec la condition du défaut d'extradition, représente un indice fort en faveur de la conclusion qu'une délégation de compétence suppose que l'auteur se trouve en Suisse. Enfin, en pratique, on discerne mal pourquoi c'est à la Suisse que l'Etat requérant demanderait de se charger de la poursuite si l'individu concerné ne se trouve pas sur le territoire.

⁶⁴² Voir toutefois, pour l'hypothèse inverse, LUDWICZAK, La délégation internationale, N 391.

2^{ÈME} PARTIE : LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ENTREPRISE

I. Remarques générales

475 La première partie de cette étude nous a permis de présenter la compétence pénale internationale, les principes qui l'accompagnent et les principales problématiques qui y sont attachées. Nous nous sommes en particulier consacrée à l'exposé du titre de compétence primaire, le principe de territorialité, et à son corollaire, la notion de lieu de commission.

476 Il s'agit à présent de confronter la matière à la responsabilité pénale des entités collectives, de mettre en avant les différences ou les similitudes par rapport à l'exercice de la compétence pénale à l'égard d'individus et de proposer des solutions raisonnables et cohérentes pour l'application des art. 3 à 8 dans le contexte de l'art. 102 CP.

477 Cela suppose au préalable de présenter la responsabilité pénale des entreprises telle qu'elle est construite en droit suisse. Avant de s'y atteler, une précision s'impose encore.

478 Qui dit introduction d'une poursuite pénale dit restrictions importantes des droits fondamentaux de la personne mise en cause et, simultanément, respect des nombreuses garanties procédurales consacrées à l'art. 6 CEDH. La première partie de cette étude a par ailleurs démontré que la norme de compétence rentrait dans le champ d'application matériel de l'art. 7 CEDH. La question est donc de savoir si une entité abstraite peut se prévaloir des droits fondamentaux, en particulier des deux dispositions précitées. S'il n'est pas exclu que certaines normes de procédure pénale relatives aux droits du prévenu s'appliquent un peu différemment, voire de manière moins stricte, aux entités collectives, la réponse est affirmative⁶⁴³. Les droits fondamentaux qui ne sont pas indissociablement liés à la nature humaine protègent également les personnes morales⁶⁴⁴. L'entreprise prévenue dans le cadre d'une procédure pénale doit bénéficier de tous les droits reconnus à un accusé, cas échéant à un condamné une fois le jugement rendu. En particulier, elle peut se prévaloir des art. 7⁶⁴⁵ et 6 CEDH⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Voir ATF 140 II 384, JdT 2015 I 3, p. 10 ; arrêt du TF du 30 mai 2016, 1B_249/2015, consid. 8.3.3.

⁶⁴⁴ De jurisprudence constante d'ailleurs, le Tribunal fédéral admet qu'une personne morale peut se prévaloir des droits de la personnalité (Notamment ATF 138 III 337, consid. 6.1 ; arrêt du TF du 12 décembre 2013, 6B_873/2013, consid. 1.1).

⁶⁴⁵ Dans ce sens, ATF 138 I 367, consid. 5.

⁶⁴⁶ MACALUSO, La construction et ses entreprises, p. 115 ; JEANNERET YVAN, p. 917 s. ; JEANNERET/DROZ, p. 62 ; POSTIZZI, p. 19 s. ; plus spécifiquement en lien avec l'art. 6, BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 4 ; pour

A. Brève contextualisation

En bref, on peut dire que la responsabilité pénale de l'entreprise dans l'ordre juridique suisse est née de deux impulsions, l'une internationale, l'autre nationale.

Tout d'abord, la rupture du législateur helvétique avec le principe *societas delinquere non potest* suit l'évolution générale des pays continentaux, que l'on peut schématiquement faire remonter à la deuxième moitié du 20^{ème} siècle⁶⁴⁷. A cet égard, nous mentionnerons en particulier la Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe de 1988, qui encourage les Etats membres à rendre les entreprises responsables des infractions perpétrées dans l'exercice de leurs activités⁶⁴⁸. La nécessité d'un changement de paradigme par rapport à la responsabilité individuelle classique s'était en effet imposée suite au constat que celle-ci n'était plus à même d'embrasser le phénomène criminel que constituait la criminalité dite entrepreneuriale.

Ensuite, la responsabilité pénale de l'entreprise s'insère dans la continuité de celle du chef de l'entreprise, consacrée par le Tribunal fédéral dans ses deux arrêts « Bührle » (1970) et « Von Roll » (1996), et encore confirmée dans l'arrêt « Rothornbahn » (1998)⁶⁴⁹. En particulier, le reproche adressé au chef d'entreprise dans ces deux dernières décisions, relatives à des infractions commises par négligence, évoque fortement celui articulé contre l'entreprise dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, puisqu'il se fonde sur l'omission du dirigeant de prendre les mesures organisationnelles utiles à la prévention de l'infraction commise par le subordonné⁶⁵⁰.

Sérieusement envisagée depuis 1991⁶⁵¹, la responsabilité pénale de l'entité collective fait son entrée dans le système répressif suisse en automne 2003⁶⁵².

un cas d'application dans lequel le Tribunal fédéral n'a pas remis en question l'application des art. 6 et 7 CEDH dans le cadre d'une procédure administrative en matière de cartels ouverte à l'encontre d'une entreprise : ATF 139 I 72, JdT 2013 I 202, p. 207 ss.

⁶⁴⁷ Les débuts de la responsabilité pénale des entreprises dans les Etats anglo-saxons, peuvent, quant à eux, être situés plus tôt, entre le milieu du 19^{ème} siècle et le début du 20^{ème} (voir, pour un résumé de l'historique de la responsabilité pénale des entités collectives au plan international, STESENS, p. 494 ss).

⁶⁴⁸ Comité des ministres, Recommandation N° R (88) 18.

⁶⁴⁹ Respectivement ATF 96 IV 155, 122 IV 103 et 125 IV 9 ; sur les arrêts « Bührle » et « von Roll », voir notamment CASSANI, Infraction sociale, p. 58 ss ; Sur les trois arrêts voir CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 110 ss ; FREI, p. 59 ss.

⁶⁵⁰ CASSANI, Infraction sociale, p. 65 ; CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 113.

⁶⁵¹ Voir DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 51 ss.

⁶⁵² Voir sur l'évolution législative, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 392 ss.

Elle n'a toutefois été que peu éprouvée en pratique⁶⁵³ et les quelques procédures engagées à l'encontre d'entreprises se sont régulièrement soldées par une ordonnance de classement⁶⁵⁴. Pour le reste, elles se sont généralement terminées par le biais d'une ordonnance pénale, soit une décision souvent succinctement motivée et rendue à huis clos.

483 Le faible taux d'application de l'art. 102 CP peut probablement s'expliquer pour l'essentiel par trois motifs. Premièrement, la responsabilité pénale de l'entreprise n'est pas encore ancrée dans la culture juridique suisse, le réflexe des magistrats (voire des avocats) est la recherche de l'auteur physique de l'infraction, et non de la structure entrepreneuriale en arrière-plan. Deuxièmement, pour une écrasante majorité des infractions, l'identification d'une personne physique fait obstacle à la responsabilité pénale de l'entreprise. Troisièmement, une entreprise peut avoir intérêt à négocier un accord financier en début de procédure, l'autorité de poursuite pénale étant peut-être d'autant plus encline à un tel arrangement que la seule peine possible à l'encontre de l'entreprise est une sanction pécuniaire. Le résultat – le versement par l'entreprise d'une certaine somme d'argent – revient, sur le plan de la sanction, au même, et à l'intérêt à la condamnation est substituée l'économie de procédure réalisée⁶⁵⁵. L'opération est bénéfique pour l'entreprise qui préserve sa réputation et évite un procès et un jugement publics.

B. Les modèles de responsabilité

484 Dans l'examen de la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP et, en particulier, dans le contexte de son application spatiale, nous effectuerons des brèves incursions dans certains ordres juridiques qui nous entourent, ainsi

⁶⁵³ Nous rappelons que quatre condamnations seulement ont été prononcées par le Ministère public de la Confédération entre 2011 et octobre 2016 (note 8). Le constat ne semble pas propre à la Suisse. Dans un rapport de 2015, l'ONUUDC relevait, de manière générale, le manque de pratique judiciaire en matière de responsabilité pénale des personnes morales (voir ONUUDC, Etat de l'application, p. 83).

⁶⁵⁴ Par exemple MPC, Communiqué Alstom ; MPC, Communiqué Siemens.

⁶⁵⁵ Ainsi, dans l'affaire Alstom, la procédure contre la maison mère Alstom SA a été classée sur la base de l'art. 53 CP, après versement par cette société d'un montant de CHF un million à la Croix-Rouge. Par ailleurs, une créance compensatrice de CHF 36,4 millions a été payée par la filiale condamnée d'Alstom SA, Alstom Network Schweiz AG (MPC, Communiqué Alstom ; sur cette affaire, voir N 895 ss *infra*). C'est cette créance compensatrice qui a en réalité représenté la réelle sanction pénale, vu qu'elle est plus de 14 fois supérieure au montant de CHF 2.5 millions infligé à Alstom Network AG à titre d'amende. Par ailleurs, après avoir brièvement ouvert une poursuite pénale contre la filiale suisse de la banque HSBC sur la base de l'art. 305^{bis} ch. 2 CP, le Ministère public genevois a mis fin à la procédure moyennant le versement par l'entreprise de CHF 40 millions (Ministère public genevois, Communiqué HSBC).

que dans la législation états-unienne. Dans la mesure où le type de responsabilité et le mode d'imputation de l'infraction à l'entité collective diffèrent selon les ordres juridiques, les lignes qui suivent ont pour objectif une présentation succincte des principaux modèles de responsabilité envisageables, ce pour faciliter la compréhension du lecteur lorsque nous nous référerons à d'autres ordres juridiques.

La responsabilité des entités collectives pour des comportements pénalement répréhensibles commis en leur sein est à l'heure actuelle largement répandue. Cela est en partie dû à l'impulsion d'instruments internationaux en matière pénale à portée (quasi)-universelle qui, tout en laissant une marge d'appréciation aux Etats dans la mise en œuvre, prévoient la responsabilité de principe des entités collectives pour les infractions qu'ils traitent.

S'agissant tout d'abord du type de responsabilité, les conventions laissent généralement le choix entre une responsabilité pénale, administrative, ou même civile. Certains Etats n'ont pas opté pour le droit pénal et lui ont préféré la voie administrative⁶⁵⁶. On soulignera d'emblée que la différence entre les deux n'est souvent que formelle et qu'une responsabilité dite « administrative » peut présenter des forts relents de droit pénal⁶⁵⁷.

En ce qui concerne le mécanisme d'attribution de l'infraction à l'entreprise, on distingue classiquement trois modèles principaux : le modèle identificatoire, le modèle vicarial et le modèle direct. La démarcation entre les trois est fluctuante et plusieurs systèmes connaissent des modèles mixtes⁶⁵⁸. Les deux premiers se fondent sur le seul comportement, sous un angle objectif et subjectif, de l'auteur physique de l'infraction, le dernier exige au surplus une faute propre de l'entreprise.

La théorie de l'identification se base sur la position de dirigeant de l'auteur physique de l'infraction⁶⁵⁹. La position de ce dernier fait que l'on ne dissocie pas sa volonté de celle de l'entreprise : son acte volontaire (ou négligent) est réputé être celui de l'entreprise⁶⁶⁰. Une telle construction revient à exiger que l'acte commis soit non seulement typique et illicite, mais encore que le dirigeant de

⁶⁵⁶ Notamment l'Allemagne et l'Italie.

⁶⁵⁷ On pense en particulier au modèle italien, voir N 799 ss *infra*.

⁶⁵⁸ VILLANI, Compliance Programs, p. 251 s.

⁶⁵⁹ Par « dirigeants » il faut comprendre « members of board of directors, the managing director and other senior officers » (LOW, p. 617 ; voir aussi COFFEY J, p. 9 ; WELLS, Corporations, p. 85).

⁶⁶⁰ TRAPASSO, p. 252 s. ; voir aussi TAUPIAC-NOUVEL, p. 231 s. ; VILLANI, Compliance Programs, p. 250 s. ; ORMEROD/LAIRD, p. 294.

l'entreprise ait agi de manière coupable⁶⁶¹. Conceptuellement parlant, l'entreprise répond de son propre fait⁶⁶² et l'on peut effectuer ici un parallèle avec le droit civil qui, conformément à l'art. 55 al. 2 CC, rend la société responsable des agissements de ses organes. Un tel modèle revient finalement à admettre une responsabilité objective de l'entité collective, qui n'est pas autorisée à faire la preuve de son « bon comportement » et, ainsi, à se « désolidariser » du fait de son dirigeant⁶⁶³. En même temps, il restreint de manière importante la responsabilité de l'entreprise, qui n'est engagée que si l'infraction est commise par « l'une de ses têtes pensantes ».

489 Dans le modèle vicarial, au contraire, le cercle des agents susceptibles d'engager la responsabilité de l'entité collective n'est pas limité : il va du dirigeant au simple employé⁶⁶⁴. L'infraction est imputée à l'entreprise si son agent agit dans le cadre de l'exercice de ses fonctions et qu'elle profite, à tout le moins en partie et même indirectement, à l'entité collective⁶⁶⁵. Ce modèle de responsabilité se base sur la théorie du droit civil du « *respondeat superior* »⁶⁶⁶, qui correspond, peu ou prou, à la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 55 CO. Il a été souligné qu'il s'agissait d'une responsabilité du fait d'autrui⁶⁶⁷.

490 Le troisième modèle se fonde sur un reproche propre adressé à l'entreprise : la faute d'organisation. Ce modèle, prévu à l'art. 102 al. 2 CP, présente l'avantage d'adopter un critère d'imputation centré sur l'entité collective elle-même, dont la « volonté » n'est pas automatiquement assimilée à celle de son organe⁶⁶⁸. Le

⁶⁶¹ Visiblement dans ce sens, SULLIVAN BOB, p. 31.

⁶⁶² TRICOT, *Corporate Criminal Liability*, p. 147. La doctrine de l'identification, qui provient du droit anglo-saxon, permet d'attribuer à l'entreprise la volonté de ses dirigeants et, ainsi, de la faire répondre d'infractions qui exigent la réalisation d'éléments constitutifs subjectifs (au contraire des infractions dites de « strict liability ») (voir JEAN-RICHARD-DIT BRESSEL, p. 84 ss, en particulier pp. 85 et 113 ; VERMEULEN/DE BONDY/RICKMAN, p. 59). Ce modèle suppose donc l'identification de l'auteur physique (JEAN-RICHARD-DIT BRESSEL, p. 116 s. ; dans le même sens, ROY, p. 239 s. ; VERMEULEN/DE BONDY/RICKMAN, p. 60 ; MAURO, *Responsabilité sociale*, p. 517) ; visiblement *contra* TRICOT, pour qui le modèle identificatoire n'exigerait qu'une identification « abstraite » du dirigeant, avec un recours possible à des présomptions (*Corporate Criminal Liability*, p. 152). Dans le même sens, Bulletin officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, p. 5. Le droit finlandais, qui connaît le modèle identificatoire, renonce expressément à l'identification obligatoire de l'auteur physique (chap. 9 section 2 (2) du code pénal finlandais). Par ailleurs, selon JEAN-RICHARD-DIT BRESSEL, la doctrine de l'identification a ceci de commun avec le modèle direct qu'elle est une invitation à une meilleure structure d'organisation (JEAN-RICHARD-DIT BRESSEL, p. 118) ; pour plus de détails sur le modèle identificatoire, voir aussi ROEF, p. 287 ss.

⁶⁶³ FIORELLA ET AL., *Introduction*, p. 7.

⁶⁶⁴ COFFEY J., p. 9 ; WELLS, *Corporations*, p. 85 ; NANDA, p. 65.

⁶⁶⁵ NANDA, p. 65 ; COFFEY J., p. 9 ; WELLS, *Corporations*, p. 133 s.

⁶⁶⁶ NANDA, p. 65 ; COFFEY J., p. 9 ; WELLS, *Corporations*, p. 85.

⁶⁶⁷ Voir notamment MAURO, *Responsabilité sociale*, p. 516 ; pour plus de détails sur le modèle vicarial, voir VERMEULEN/DE BONDY/RICKMAN, p. 58 s. ; ROEF, p. 285 ss ; ORMEROD/LAIRD, p. 310 ss.

⁶⁶⁸ FIORELLA ET AL., *Introduction*, p. 7.

critère de la « faute d'organisation » a gagné en popularité⁶⁶⁹ et a intégré des ordres juridiques qui ne le connaissaient pas et qui se fondaient traditionnellement sur le modèle identificatoire ou vicarial⁶⁷⁰.

La différence qui subsiste entre ces derniers ordres juridiques et ceux qui se réclament du modèle direct se situe à notre sens essentiellement au niveau du fardeau de la preuve : dans les premiers, il appartient à l'entité collective de prouver sa bonne organisation alors que, dans les seconds, la charge de la preuve des lacunes organisationnelles revient à l'accusation.

Par ailleurs, le sujet de la responsabilité pénale peut différer selon les ordres juridiques. Ainsi, certains Etats ne soumettent au droit pénal que les personnes morales, à l'exception des entités dépourvues de personnalité juridique⁶⁷¹. En outre, certains types d'entités juridiques peuvent être déchargés de toute responsabilité pénale, à l'instar des corporations territoriales en droit suisse (art. 102 al. 4 let. b *in fine* CP).

A noter que la diversité des systèmes et des types de responsabilité des entités collectives entre les Etats est susceptible de faire obstacle à une lutte efficace contre la criminalité transnationale, en particulier en ce qu'elle peut constituer un frein à la coopération internationale⁶⁷².

⁶⁶⁹ Voir notamment ADAM/BLAISE/COLETTE-BASECQZ, p. 441 ; MANACORDA, La responsabilité des personnes morales, p. 31 ; VILLANI, Responsabilité (pénale), p. 73 s. Le modèle identificatoire apparaît en revanche très présent dans le droit européen (voir MANACORDA, La responsabilité des personnes morales, pp. 35 et 41).

⁶⁷⁰ Par exemple, la notion – liée à celle de défaut d'organisation – de négligence comme condition à la punissabilité de la personne morale a été introduite en droit anglais par le « *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* » de 2007 (voir en particulier la section 1 de la loi ; TAUPIAC-NOUVEL, p. 233 s. ; voir aussi WELLS, *Corporate Criminal Liability*, p. 103 s.).

⁶⁷¹ Voir par exemple l'art. 121-2 du code pénal français.

⁶⁷² Voir NIHOUL, p. 11 ; voir aussi les données empiriques recueillies dans l'étude, datant de 2012, de VERMEULEN/DE BONDY/RICKMAN, p. 125 ss.

II. La notion d'entreprise

494 En introduisant en Suisse la responsabilité pénale de « l'entreprise », le législateur a opté, *a priori* du moins, pour une approche centrée sur la réalité économique. Le concept d'entreprise est plus souple et plus large que celui de personne morale. Il a en particulier été utilisé en droit européen, en matière de concurrence, et est défini par la Cour de l'Union européenne comme suit : « la notion d'entreprise (...) doit être comprise comme une unité économique, même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »⁶⁷³.

495 On soulignera d'emblée, avant de traiter ce point plus en détail dans la troisième partie de cette étude, que cette définition a permis à la Cour de l'Union européenne d'éviter l'écueil de l'indépendance juridique, et non seulement d'imputer à la société mère le comportement de sa filiale, mais également d'établir une présomption de responsabilité de la première, en cas de la détention par celle-ci de la (quasi-)totalité du capital de la deuxième⁶⁷⁴.

496 L'approche, à première vue souple, du droit suisse quant aux types d'entités collectives susceptibles d'engager leur responsabilité pénale apparaît toutefois rigidifiée par l'art. 102 al. 4 CP. Cette dernière disposition dresse une liste des entreprises devant être considérées comme telles au regard de l'art. 102 CP : les personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public (à l'exception des corporations territoriales), les sociétés et les entreprises en raison individuelle. Par cette énonciation, le législateur semble restreindre le champ

⁶⁷³ CJUE, Elf Aquitaine SA c/ Commission européenne, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011, § 2. Voir aussi l'art. 2 al. 1^{bis} de la loi sur les cartels (LCart, RS 251) : « [e]st soumise à [la LCart] toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique ». L'art. 2 let. b de l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORC, RS 221.411) définit l'entreprise comme « une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier ». Nous lui préférons toutefois, pour le sujet qui nous occupe, la notion telle que développée par la CJUE, qui met davantage en exergue la composante collective de l'entreprise.

⁶⁷⁴ CJUE, Akzo Nobel NV e.a. c/ Commission des Communautés européennes, Affaire C-97/08 P, 10 septembre 2009, §§ 58 ss ; CJUE, Elf Aquitaine SA c/ Commission européenne, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011, en particulier §§ 53 ss ; CJUE, Versalis SpA et Eni SpA c/Commission européenne, Affaires jointes C-93/13 P et C-123/13 P, 5 mars 2015, §§ 40 ss ; voir sur le sujet N 1180 ss *infra*. A noter que le recours à des présomptions, du fait de l'existence d'un groupe de sociétés, n'est pas inconnu du droit suisse. En effet, en matière d'action révocatoire au sens des art. 286 et 288 LP, les libéralités et actes effectués entre les sociétés d'un groupe emportent présomption d'une disproportion entre prestation et contre-prestation (art. 286 al. 3 LP), respectivement présomption de l'intention de nuire et de son caractère reconnaissable par la société bénéficiaire (art. 288 al. 2 LP).

d'application de la norme aux entreprises précitées⁶⁷⁵. On notera en particulier qu'en est exclue la succursale.

Certains auteurs, refusant de voir dans l'art. 102 al. 4 CP une « nouvelle » notion d'entreprise, qui conjuguerait l'approche économique à l'exigence que l'entité en question revête l'une des formes prévues à l'art. 102 al. 4 CP, font le lien entre l'art. 102 al. 1 et al. 4 CP en effectuant une distinction entre « destinataire de la norme » et « sujet de la sanction »⁶⁷⁶. Ainsi, l'article 102 CP s'adresserait à toute entité qui forme une unité et qui exerce une activité économique (« *Unternehmen* ») ; il appartient en revanche à l'entité qui, dans cette unité, est titulaire de droits et d'obligations de répondre de l'amende infligée (« *Unternehmensträger* »)⁶⁷⁷.

A notre sens, il faut se poser la question de l'utilité du recours à une telle distinction. Tout d'abord, la formulation large de l'art. 102 al. 4 CP, qui englobe toutes les personnes morales de droit privé et les sociétés en général permet probablement d'inclure la quasi-totalité des entreprises dans l'une ou l'autre de ces catégories. Ensuite, s'agissant de la succursale, le défaut de mention de celle-ci dans la liste de l'alinéa 4 de l'art. 102 CP ne signifie pas encore que le législateur ait entendu rentrer dans le débat de savoir si la succursale doit être considérée comme une entreprise à part entière ou comme une partie de celle-ci. En effet, dans la mesure où, au final, c'est de toute façon l'établissement principal qui va faire l'objet de poursuites pénales et, cas échéant, être condamné, la controverse n'a pas d'incidence pratique sur la mise en œuvre de l'art. 102 CP.

La question de savoir si la notion d'entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP est plus large que les entités énoncées à l'art. 102 al. 4 CP a en revanche une influence dans le cadre des groupes de sociétés, sur le raisonnement permettant d'imputer à une société mère les infractions commises au sein de l'une de ses filiales.

En effet, si, à l'instar de HEINIGER, qui fait justement cette distinction entre « destinataire de la norme » et « sujet de la sanction », on considère que le groupe de sociétés, aux fins de l'application de l'art. 102 CP, forme une seule

⁶⁷⁵ Raison pour laquelle la doctrine probablement majoritaire retient une approche juridique de la notion d'entreprise, voir notamment, BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 370.

⁶⁷⁶ HEINIGER, N 442.

⁶⁷⁷ HEINIGER, N 443 s. ; FORSTER M., p. 100 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 91. La jurisprudence communautaire semble également recourir à cette dichotomie en matière de droit de la concurrence (voir notamment CJUE, Akzo Nobel NV e.a. c/Commission des Communautés européennes, Affaire C-97/08 P, 10 septembre 2009, §§ 55-57 ; SKOCZYLAŠ, p. 48 s.).

entreprise, l'infraction doit être considérée comme réalisée au sein, non pas de l'une des sociétés du groupe, mais du groupe en général⁶⁷⁸. Dans le prolongement du raisonnement, l'attribution de la responsabilité pénale à l'une et/ou l'autre des sociétés du groupe s'effectue en fonction de la question de savoir à quelle société peut être reproché un défaut d'organisation, et non pas par le recours à une position de garant de la société mère. Nous reviendrons en détail sur cette problématique dans le cadre de la troisième partie de ce travail, tout comme nous nous interrogerons sur les incidences pratiques de la différence de raisonnement⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Voir HEINIGER, N 442 ss.

⁶⁷⁹ Voir N 1175 ss *infra*.

III. La nature de l'infraction reprochée à l'entreprise

A. Etat de la controverse

§ 1. La doctrine

Depuis que le droit suisse connaît la responsabilité pénale de l'entreprise, la doctrine est divisée quant à la question de savoir si l'article 102 CP crée une nouvelle incrimination *sui generis*⁶⁸⁰, position défendue en particulier par NIGGLI et GFELLER, ou s'il s'agit d'une norme d'imputation⁶⁸¹. Un troisième courant considère que l'art. 102 CP doit avant tout être perçu comme une règle particulière en matière de participation⁶⁸². Le Conseil fédéral, dans son Message relatif à la loi sur le casier judiciaire, semble adhérer à la position de NIGGLI et GFELLER⁶⁸³.

Les tenants de la première théorie voient en l'art. 102 CP une infraction d'omission proprement dite, dont les lacunes organisationnelles constituent les éléments constitutifs objectifs. En revanche, les partisans de la seconde estiment que l'infraction reprochée à l'entreprise est celle commise par son agent.

Le débat n'est pas uniquement typologique, loin de là. Tout d'abord, conceptuellement parlant, l'importance donnée à l'infraction de base, respectivement au défaut d'organisation, diffère selon les conceptions.

Si on qualifie l'art. 102 CP d'infraction *sui generis*, l'accent est mis sur les carences d'organisation de l'entreprise. Les éléments constitutifs objectifs consistent donc

⁶⁸⁰ En ce sens, BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 19 ss, en particulier N 25 ; NIGGLI/MAEDER, § 8 N 21 ; GFELLER, p. 279 ; JOSITSCH, p. 328 ; Praxiskommentar–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 102 N 7 ; MEYER FRANK, p. 73 ; HEINIGER, N 270 ; ENGLER, p. 19 ; dans le même sens, ROTH MONIKA, N 6 ; apparemment également, à tout le moins s'agissant de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP, HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 37 ; HEINE, Praktische Probleme, p. 19.

⁶⁸¹ En ce sens MACALUSO, La responsabilité pénale, N 508 ss ; MACALUSO, L'ordonnance pénale, N 44 s. ; MACALUSO, Infractions de corruption, p. 25 ; ARZT, Die kommende Strafbareit, p. 82 ; BERNASCONI, p. 127 ; KUCHOWSKY/RYSER, p. 588 ; PERRIN, La répression, p. 299 ; GEIGER, p. 21 ; SCHMID, Die Prozessuale Seite, p. 205 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 99 ; CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 117 ss ; DYENS, Territorialité, N 1278 ; PERRIN, La responsabilité pénale, p. 268 s. ; LIVSCHITZ, Das Unternehmensstrafrecht, p. 6 ; MONTAVON, p. 84 ; apparemment également, PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, p. 60 s.

⁶⁸² FORSTER M., p. 73 ; MACALUSO et GARBARSKI relèvent que ce troisième courant n'est pas forcément incompatible avec la qualification de l'art. 102 CP comme norme d'imputation (p. 324).

⁶⁸³ Message Casier judiciaire, p. 5658 s. ; voir aussi Message relatif à l'allongement des délais de prescription, p. 8551.

généralement en la transgression de règles administratives ou civiles dont l'entreprise doit répondre pénalement à partir du moment où cette violation est en lien de causalité avec une infraction commise en son sein, respectivement avec l'impossibilité d'identifier l'auteur de celle-ci. Les partisans de cette conception voient dans l'infraction commise par la personne physique une condition objective de punissabilité⁶⁸⁴. Dans cette conception, deux infractions coexistent : celle de mauvaise organisation de l'entreprise et celle perpétrée par la personne physique.

505 En revanche, l'appréhension de l'art. 102 CP comme une norme d'imputation met l'accent sur l'infraction de la personne physique, dont l'entreprise est tenue responsable pour autant qu'on puisse lui reprocher une faute d'organisation. Ce dernier élément est considéré comme nécessaire pour éviter la création d'une responsabilité pénale objective, incompatible avec le principe du droit pénal fondé sur la faute, raison pour laquelle il est mis en parallèle avec la culpabilité de la personne physique⁶⁸⁵. Dans cette optique, il y a une infraction unique, celle commise par l'agent de l'entreprise, dont deux sujets de droit pénal peuvent avoir à répondre⁶⁸⁶.

506 Ensuite, la controverse conduit à des points de vue différents en matière de catégorisation de l'infraction, de prescription, de confiscation ou encore de compétence pénale, toutes ces problématiques ne se résolvant pas, selon les auteurs qui considèrent l'art. 102 CP comme une infraction *sui generis*, en fonction de l'infraction de base.

507 Tout d'abord, l'art. 102 CP, étant donné la sanction prévue, soit l'amende, n'est qu'une simple contravention (art. 103 CP)⁶⁸⁷. Le produit de la confiscation porterait sur les valeurs patrimoniales que le défaut de mise en place des mesures organisationnelles utiles a fait économiser à l'entreprise⁶⁸⁸. Quant à la prescription, elle commencerait à courir dès l'instant où le défaut d'organisation cesse⁶⁸⁹. Les conséquences de la controverse quant au champ d'application

⁶⁸⁴ HOFFMANN/WYSER, p. 37 ; NIGGLI/MAEDER, § 8 N 22 ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 26 ; nuancé, JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 41 ss.

⁶⁸⁵ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 511 ss.

⁶⁸⁶ Dans ce sens ROTH, Nouvel acteur, p. 99.

⁶⁸⁷ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 40 ss, en particulier N 40 et N 44 ; ENGLER, p. 17 ss, en particulier, p. 19 ; Praxiskommentar–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 102 N 7 ; Message Casier judiciaire, p. 5659 ; voir toutefois HEINIGER, qui considère l'art. 102 CP comme un délit (N 302 ss, en particulier N 307).

⁶⁸⁸ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 356.

⁶⁸⁹ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER. Ces auteurs appréhendent l'infraction de mauvaise organisation comme une infraction continue (Art. 102 N 40 ss, en particulier N 47 et 49) ; dans le même sens, Message relatif à l'allongement des délais de prescription, p. 8551 ; HEINIGER, quant à lui, calcule le délai de prescription de manière différente suivant qu'il s'agit de la responsabilité subsidiaire ou primaire de

spatial de l'art. 102 CP seront, quant à elles, détaillées sous VII.E.§ 1.a) et VII.E.§ 2.b)1) *infra*.

§ 2. La jurisprudence

L'*Obergericht* soleurois s'est déterminé sur la nature de l'art. 102 CP dans l'affaire Postfinance SA. Il s'agit à notre connaissance, pour l'heure, de la seule procédure engagée contre une entreprise ayant conduit à un jugement au fond par un tribunal. La Poste Suisse SA a été condamnée en 2011 pour blanchiment d'argent par l'*Amtsgerichtspräsident* de Soleure-Lebern. Elle a attaqué la décision et la deuxième instance soleuroise a été amenée, dans un jugement du 17 avril 2012, à se prononcer sur l'appel interjeté, sous l'angle de sa recevabilité, conformément à l'art. 403 CPP⁶⁹⁰. Dans ce cadre, l'*Obergericht* a dû examiner si l'art. 102 CP créait une nouvelle incrimination *sui generis* et si, dans ce cas, elle constituait une contravention au sens de l'art. 103 CP, ou si la norme devait être considérée comme une règle d'imputation. La qualification de l'art. 102 CP comme contravention aurait en effet eu des répercussions non seulement quant à la prescription de l'action pénale mais, surtout, relativement aux griefs invocables par l'appelante (voir art. 398 al. 4 CPP). Le Tribunal a considéré que tant l'art. 102 al. 1 CP que l'art. 102 al. 2 CP constituaient des normes d'imputation⁶⁹¹.

En 2014, le Tribunal fédéral, dans l'affaire « Nestlé », expose la controverse sans prendre position, mais il y précise que, quelle que soit la nature de l'infraction reprochée à l'entreprise, la prescription de l'infraction de base s'oppose à la punissabilité de l'entreprise, à tout le moins dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP⁶⁹².

En octobre 2016, le Tribunal fédéral tranche définitivement l'affaire Postfinance précitée. Sur le fond, l'*Obergericht*, dans un jugement du 19 novembre 2015⁶⁹³, avait acquitté la Poste Suisse SA de l'infraction de blanchiment d'argent, considérant que l'accusation n'avait pas apporté la preuve de la commission de cette infraction. Si les agents de l'entreprise impliqués dans l'affaire avaient

l'entreprise. Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, il adhère au raisonnement de NIGGLI/GFELLER ; en revanche, il qualifie l'art. 102 al. 2 de délit de résultat, consommé par l'infraction, dont la commission serait le point de départ du délai de prescription (N 317 ss) ; voir aussi Praxiskommentar–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 102 N 7.

⁶⁹⁰ Arrêt de l'*Obergericht* soleurois du 17 avril 2012, STBER 2011.32, reproduit en partie *in* *forumpoenale* 1/2013, p. 8 ss.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Arrêt du TF du 21 juillet 2014, 6B_7/2014, consid. 3, en particulier consid. 3.4.4.

⁶⁹³ Jugement de l'*Obergericht* soleurois du 19 novembre 2015, STBER 2011.2011.32, p. 26, consid. 4.5.

réalisé les éléments constitutifs objectifs du blanchiment, l'élément subjectif leur faisait défaut. En conséquence, le délit de blanchiment n'était pas réalisé et, à défaut d'une infraction commise en son sein, la Poste Suisse SA ne pouvait être qu'acquittée⁶⁹⁴.

511 Le Tribunal fédéral rejette le recours interjeté par le Ministère public contre le jugement de l'*Obergericht* soleurois et, dans ses considérants, se rallie apparemment à la doctrine de l'infraction *sui generis*⁶⁹⁵. En effet, sans dire expressément que l'art. 102 CP n'est *pas* une norme d'imputation mais consacre une *nouvelle* incrimination, le Tribunal fédéral indique tout d'abord que, pour les deux variantes de l'art. 102 CP, l'infraction commise par la personne physique constitue une simple condition objective de punissabilité. Il ajoute à cet égard que les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction de base doivent être remplis, à défaut de quoi il en découlerait une responsabilité causale de l'entreprise⁶⁹⁶. Les juges fédéraux relèvent ensuite que, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, il faut un rapport d'imputation entre le défaut d'organisation et l'infraction commise par la personne physique. Finalement, le Tribunal fédéral indique que l'art. 102 CP constitue un délit d'omission par négligence et que l'entreprise assume une position de garant⁶⁹⁷. Cette argumentation ne résiste pas à l'examen pour plusieurs motifs.

512 Il faut tout d'abord relever que le Tribunal fédéral n'avait pas besoin d'effectuer les considérations susmentionnées pour trancher le cas qui lui était soumis. En effet, la question de savoir si les éléments constitutifs objectifs *et* subjectifs de l'infraction de blanchiment devaient être établis pour que la responsabilité pénale de la Poste Suisse SA puisse être engagée se rattache à la condition « de l'infraction commise » et est indépendante de la catégorisation de cette condition et de la nature de l'art. 102 CP en général.

513 Ensuite, il est contradictoire de qualifier l'infraction de base de condition objective de punissabilité tout en indiquant qu'elle se trouve dans un rapport d'imputation avec le défaut d'organisation de l'entreprise, et que le délit reproché à l'entreprise constitue une infraction par négligence. Au contraire du *résultat* d'une infraction, une condition objective de punissabilité ne se trouve justement *pas* dans un rapport d'imputation avec le comportement de l'auteur,

⁶⁹⁴ Voir, sur la condition de l'infraction commise en général et l'affaire Postfinance en particulier, N 537 *ss infra*.

⁶⁹⁵ ATF 142 IV 333, consid. 4 ; pour un commentaire de cet arrêt, MACALUSO/GARBARSKI, La responsabilité pénale, *in toto*.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, consid. 4.1.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, consid. 4.2.

et la négligence de celui-ci n'a pas à englober la condition objective de punissabilité. Dans la mesure où, effectivement, l'art. 102 al. 2 CP suppose un rapport d'imputation entre le défaut d'organisation de l'entreprise et la commission de l'infraction de base, cette dernière n'est pas qu'une seule condition « externe » pour la punissabilité de l'entreprise. Preuve en est d'ailleurs qu'elle est le premier critère pour la fixation de la peine au sens de l'art. 102 al. 3 CP⁶⁹⁸. Or, la condition objective de punissabilité n'a pas à intervenir au stade de la détermination de la peine.

Par ailleurs, la question de la réalisation des éléments objectifs et subjectifs de l'infraction n'a rien à voir avec la problématique de la responsabilité causale de l'entreprise. C'est la condition du défaut d'organisation qui est pertinente pour éviter l'introduction d'une telle responsabilité.

Enfin, on discerne mal à quoi le Tribunal fait référence lorsqu'il parle de délit d'omission par négligence. Car si l'idée est de dire que l'entreprise a contribué, par négligence, à une infraction intentionnelle – en l'occurrence un blanchiment – cela revient à condamner l'entreprise par négligence pour un délit qui ne peut être commis qu'intentionnellement. En revanche, si ce que le Tribunal fédéral sous-entend, c'est que l'art. 102 CP constitue une infraction de « mauvaise organisation », soit une infraction d'omission par négligence *proprement dite*, il n'y a pas besoin de recourir à une position de garant de l'entreprise. Cette figure juridique entre en considération pour les délits d'omission *improprement dits* et permet en particulier de rendre le chef d'entreprise responsable pénalement des agissements de ses subordonnés. Mais c'est bel et bien de l'infraction commise par ses employés dont le garant répond par omission et non d'une infraction de mauvaise organisation.

B. Une norme d'imputation

A notre sens, il ne fait pas de doute que l'art 102 CP doit être qualifié de norme d'imputation.

L'argument est d'abord littéral : l'art. 102 CP dit expressément « [u]n crime ou un délit commis au sein d'une entreprise (...) est *imputé* à l'entreprise (...) » (« wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen *zugerechnet* » ; « il

⁶⁹⁸ Voir aussi l'avant-projet de 1991, qui prévoyait une sanction pouvant aller jusqu'à CHF 5 millions en cas de délit et CHF 10 millions en cas de crime (DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 57).

crimine o il delitto è *ascritto* all'impresa »)⁶⁹⁹. Or, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre, supposée exprimer et respecter la volonté du législateur. HEINIGER semble justifier l'emploi du terme « imputé » par le fait que ce sont toujours des actes d'individus qui sont attribués à l'entreprise, qu'il s'agisse de l'infraction de base ou du défaut d'organisation⁷⁰⁰. Cette explication est contredite par le fait que, dans l'art. 102 CP, le sujet du verbe « imputer » est l'infraction commise par l'agent de l'entreprise et non les actes ou décisions des personnes physiques qui constitueraient les manquements à une bonne organisation.

518 Il ne ressort par ailleurs en rien de la norme que l'infraction reprochée à l'entreprise serait moins grave – s'agissant d'une contravention selon la théorie de l'infraction *sui generis* – que celle commise par la personne physique. Du point de vue systématique, on notera que l'art. 102 CP se situe dans la partie générale du Code pénal, et non dans la partie spéciale, vouée à l'énumération des différentes infractions ; ce au contraire, par exemple, de la punissabilité du responsable d'une publication pour les délits commis par voie de presse au sens de l'art. 322^{bis} CP⁷⁰¹.

519 En ce qui concerne l'interprétation historique, il est difficile de tirer des débats parlementaires des indications claires relatives à la nature de l'infraction reprochée à l'entreprise. On relèvera néanmoins qu'à l'observation de Monsieur EGGLY qui, réfractaire à l'introduction d'une responsabilité pénale pour les entreprises, mettait en garde contre le changement de paradigme que constituait le fait que « la mauvaise organisation de l'entreprise [devienne] un délit »⁷⁰², il lui a été répondu que la novelle n'avait pas pour effet l'introduction d'une nouvelle incrimination⁷⁰³. On notera également que, dans son Message, le Conseil fédéral a traité les lacunes organisationnelles sous le volet « culpabilité » de l'entreprise, en tant que condition nécessaire pour éviter l'irruption d'une responsabilité causale en droit pénal⁷⁰⁴.

520 L'interprétation téléologique parle également en faveur d'une norme d'imputation. L'art. 102 CP ne s'applique pas en cas de commission d'une

⁶⁹⁹ Dans le même sens, arrêt de l'*Obergericht* soleurois du 17 avril 2012, consid. II.4.c), STBER 2011.32, reproduit en partie *in* *forumpoenale* 2013, p. 8 ss ; CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 118.

⁷⁰⁰ HEINIGER, N 269.

⁷⁰¹ Dans le même sens CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 119.

⁷⁰² BO CN 2001, p. 593.

⁷⁰³ Intervention SIEGRIST, BO CN 2001, p. 597 ; voir aussi l'intervention DE DARDEL, BO CN 2001, p. 598 ; dans le même sens, CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 118.

⁷⁰⁴ Message relatif à la modification du CP, p. 1947 ss.

contravention, soit d'un cas dit de bagatelle. Or, il est illogique de prétendre exclure la responsabilité pénale de l'entreprise pour les cas de peu d'importance tout en prétendant que la norme elle-même n'est qu'un cas de bagatelle, car une simple contravention.

Au-delà de cette incohérence et de manière plus générale, l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise, qui intervient dans le contexte d'une prise de conscience globale du risque criminogène de la vie entrepreneuriale, est un signal fort à l'égard des entreprises : la création, puis l'existence, d'une entité collective ne doit pas permettre de faciliter, voire d'inciter à la commission d'infractions, à défaut de quoi le facteur de risque, soit l'entreprise elle-même, est tenue responsable. Or, quel poids peut avoir un tel signal si le message est finalement que, quels que soient la gravité et le nombre d'infractions commises dans l'entreprise, il n'est reproché à cette dernière qu'une omission aussi bénigne que le dépassement de quelques kilomètres de la vitesse autorisée pour un automobiliste ?

En outre, le fait d'ériger en éléments constitutifs objectifs la violation de règles indéterminées de droit administratif, de droit commercial, de directives, de normes d'autorégulation, ou encore de *softlaw*, apparaît peu compatible avec le principe de la légalité⁷⁰⁵. Le fait que la violation d'une seule de ces règles ne suffit pas encore à admettre *ipso facto* un défaut d'organisation, ajouterait encore à l'incertitude⁷⁰⁶. Et on peut souligner ici une différence entre responsabilité pénale de l'entreprise et responsabilité pénale du chef de l'entreprise : dans le cadre de la seconde, il est exigé, si l'infraction est intentionnelle, que le chef de l'entreprise ait à tout le moins été animé d'un dol éventuel. Les mesures qu'il eut dû prendre pour empêcher la commission de l'infraction par son subordonné sont donc temporellement et matériellement circonscrites par la présence de cet élément constitutif subjectif. Rien de tel pour la responsabilité pénale de l'entreprise : l'art. 102 CP n'exige pas, au contraire par exemple du modèle identificatoire, d'attribuer à l'entreprise la volonté de ses dirigeants, ce afin de construire une « intention » de l'entité collective.

Nous relevons également que l'appréhension de l'art. 102 CP comme infraction *sui generis* de mauvaise organisation ne va pas sans poser des difficultés en cas d'exercice d'une compétence extraterritoriale, qui requiert la double incrimination⁷⁰⁷. Si les éléments constitutifs de l'art. 102 CP résident dans les

⁷⁰⁵ Dans le même sens, CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 119.

⁷⁰⁶ Voir à cet égard N 601 s. *infra*.

⁷⁰⁷ Voir N 964 ss *infra*.

carences organisationnelles de l'entreprise, la double incrimination ne sera donnée qu'à condition que le droit du lieu de commission connaisse également le délit de « mauvaise organisation » voire, à tout le moins, qu'il subordonne la responsabilité pénale de l'entité collective à un défaut d'organisation. En revanche, si le modèle identificatoire prévaut dans l'ordre juridique considéré, la double incrimination fera défaut.

524 En sus, on peut se demander si la condition du caractère extraditionnel de l'infraction, au sens de l'art. 7 al. 1 let. c CP peut être remplie lorsque l'on envisage l'art. 102 CP comme une simple contravention, puisqu'elle ne l'est pas s'agissant des contraventions commises par une personne physique (voir art. 35 al. 1 let. a EIMP).

525 Dans le cadre de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise, la qualification de l'art. 102 al. 1 CP comme incrimination *sui generis* poserait la question du bien juridique protégé par la norme. NIGGLI et GFELLER semblent y voir une infraction contre l'administration de la justice⁷⁰⁸. Dans un *obitum dictum* rendu dans le cadre de l'affaire « Nestlé », le Tribunal fédéral indique qu'une telle conclusion aurait probablement pour effet de dénier toute qualité de partie plaignante aux personnes lésées par l'infraction de base dans le cadre de la procédure dirigée contre l'entreprise⁷⁰⁹. Le raisonnement du Tribunal fédéral s'appuie sur sa jurisprudence relative à l'art. 305 CP, qui ne reconnaît, pour l'heure, pas de bien juridique individuel protégé à côté de l'intérêt collectif au bon fonctionnement de la justice⁷¹⁰. Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, il nous semble toutefois qu'un parallèle avec l'art. 305^{bis} peut être effectué⁷¹¹, et que le lésé par l'infraction de base devrait de toute façon pouvoir se constituer partie plaignante à l'encontre de l'entreprise. Cela étant, la position exprimée par le Tribunal fédéral démontre, une fois de plus, le caractère inadéquat de la construction de l'infraction *sui generis*.

526 Il n'est par ailleurs pas inutile de souligner que les travaux de la doctrine internationale relatifs à la responsabilité pénale des entités collectives utilisent, à l'instar des auteurs suisses favorables à la norme d'imputation, le défaut d'organisation comme élément moral de l'infraction, pour concilier

⁷⁰⁸ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 24.

⁷⁰⁹ Arrêt du TF du 21 juillet 2014, 6B_7/2014, consid. 1.2. A noter qu'une telle conséquence se trouve en contradiction flagrante avec « l'esprit » de l'initiative sur les multinationales responsables, qui tend à faciliter, sur le plan civil, les voies de droit à disposition des victimes pour faire valoir leurs prétentions à l'encontre de l'entreprise (sur cette initiative, voir la troisième partie sous V *infra*).

⁷¹⁰ Voir notamment arrêt du TF du 21 mai 2014, 1B_182/2014, consid. 2.2 ; arrêt du TF du 10 octobre 2012, 1C_382/2012, consid. 2.6.

⁷¹¹ Voir ATF 129 IV 322, consid. 2.

responsabilité pénale d'une entité abstraite avec les impératifs de culpabilité du droit pénal⁷¹².

Les divers ordres juridiques qui nous entourent ne traitent en revanche pas l'infraction reprochée à l'entreprise comme une infraction différente de celle perpétrée par l'auteur physique. Si certains d'entre eux ont effectivement consacré une infraction de mauvaise organisation, ils l'ont expressément érigée en état de fait légal autonome, applicable selon d'autres conditions et en sus du mécanisme général de responsabilité des entités collectives pour les infractions commises en leur sein.

Ainsi, si le *UK Bribery Act 2010* incrimine, à sa section 7, l'infraction de défaut de prévention de corruption, la responsabilité pénale de l'entreprise peut aussi être recherchée pour des infractions de corruption selon la théorie, applicable en droit anglo-saxon, de l'identification⁷¹³. On peut également mentionner l'Allemagne, qui prévoit, de manière générale, une responsabilité administrative des personnes morales aux conditions de l'art. 30 de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG) pour les infractions commises en leur sein et, à l'art. 130 de la même loi, une responsabilité spécifique du chef d'entreprise, applicable aux personnes physiques et morales, pour violation d'un devoir de surveillance⁷¹⁴.

L'un des arguments principaux de NIGGLI et GFELLER à l'encontre de la norme d'imputation est de dire que, si l'art. 102 CP constituait une norme d'imputation, il n'y aurait aucune raison de limiter la responsabilité pénale de l'entreprise au cas dans lesquels un défaut d'organisation peut lui être reproché⁷¹⁵. Ces auteurs perdent de vue que cette condition vise à éviter l'introduction d'une responsabilité objective, ce qui est d'autant plus important que l'infraction de base peut être commise par n'importe quel agent de l'entreprise et non pas seulement par ses organes ou ses dirigeants⁷¹⁶. Pour effectuer un parallèle, le défaut d'organisation permet d'imputer à l'entreprise l'infraction commise par

⁷¹² Voir ADAM/BLAISE/COLETTE-BASECQZ, p. 447 ; GIUDICELLI-DELAGE, Introduction, p. 15.

⁷¹³ Voir, pour plus de détails à cet égard, N 814 *infra*, en particulier note 1080.

⁷¹⁴ Voir, sur l'art. 130 OWiG, ENGELHART, p. 184 s.

⁷¹⁵ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 20 et 23.

⁷¹⁶ On notera d'ailleurs que l'avant-projet de 1991 fondait la punissabilité de l'entreprise non pas sur le défaut d'organisation mais sur la qualité d'organe, respectivement de dirigeant, de la personne physique ayant commis l'infraction, les carences organisationnelles n'étant d'importance que lorsque l'infraction pénale ne pouvait être imputée à aucune personne déterminée (Voir, DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 57 ; pour plus de détails sur cet avant-projet, voir MACALUSO, La responsabilité pénale, N 392 ss).

la personne physique de la même manière que la concertation commune permet l'imputation respective des actes des coauteurs.

530 En outre, toujours selon ces auteurs, si l'art. 102 CP était une norme d'imputation, les infractions de base et leurs peines devraient être attribuées à l'entreprise, en ce sens que celle-ci devrait répondre de blanchiment d'argent, corruption etc., et non pas de l'art. 102 CP⁷¹⁷. Aussi, estiment-ils, il n'est pas logique de prétendre *imputer* une infraction mais d'en faire répondre celui à qui on l'attribue sur la base d'une autre disposition et d'une autre sanction⁷¹⁸.

531 On objectera tout d'abord à l'argument qu'il ne fait guère de doute que des sanctions spéciales doivent être prévues pour l'entreprise. Le fait que la peine soit l'amende, si l'on peut déplorer l'emploi de ce terme sujet à confusion⁷¹⁹, ne signifie pas encore que l'art. 102 CP constitue une simple contravention. Si le Message du Conseil fédéral indique que cette sanction apparaît « la plus appropriée que l'on puisse infliger à une entreprise »⁷²⁰, il ne prétend absolument pas que le choix de cette peine renvoie à la classification des infractions. D'ailleurs, l'amende comme sanction première de l'infraction reprochée à l'entreprise est couramment citée par la doctrine internationale⁷²¹. On ajoutera ensuite qu'il est une technique législative raisonnable de prévoir une norme générale destinée à la punissabilité des entreprises, plutôt que d'inclure dans chaque disposition spéciale, en une répétition sans fin, les conditions dans lesquelles l'entreprise peut être tenue pour responsable de l'infraction en question. C'est d'ailleurs sans surprise la technique législative utilisée dans les autres pays⁷²². Cela ne signifie pas encore que l'art. 102 CP crée une nouvelle infraction.

532 Enfin, NIGGLI et GFELLER, suivis par HEINIGER, font valoir que la construction de l'art. 102 al. 1 CP est incompatible avec la théorie de la norme d'imputation, puisque cette disposition limite la punissabilité de l'entreprise au cas dans lequel un auteur physique ne peut être identifié⁷²³. Or, même à supposer que l'on considère l'art. 102 CP comme une infraction *sui generis*, on ne voit pas pourquoi l'identification de l'auteur physique devrait exclure la responsabilité

⁷¹⁷ BSK StGB –NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 20.

⁷¹⁸ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 20.

⁷¹⁹ La sanction pécuniaire prévue par l'avant-projet de 1991 était « l'assujettissement à une obligation financière » (DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 57).

⁷²⁰ Message relatif à la modification du CP, p. 1950.

⁷²¹ Voir ADAM/BLAISE/COLETTE-BASECQZ, p. 456 ; NIETO MARTÍN, *Sanction System*, p. 92.

⁷²² Voir par exemple l'art. 121-1 du code pénal français ; l'art. 30 OWiG.

⁷²³ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 23 ; HEINIGER, N 268.

de l'entreprise, en d'autres termes pour quelles raisons le manque d'organisation est en lien de causalité avec le défaut d'identification de l'auteur. Le caractère inadéquat de la construction de l'art. 102 al. 1 CP ne peut être guéri par la classification de l'art. 102 CP en infraction *sui generis* plutôt qu'en norme d'imputation. Il est à rechercher dans le mauvais compromis trouvé en vue de ménager les intérêts des milieux entrepreneuriaux en règle générale et bancaire en particulier, réfractaires à l'introduction d'une responsabilité des entités collectives.

Avant de conclure, il faut encore dire deux mots de la position de FORSTER qui, nous le rappelons, estime que l'art. 102 CP crée avant tout une forme particulière de participation⁷²⁴. L'analyse nous paraît erronée dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, dans la mesure où ce qui est reproché à l'entreprise n'est pas d'avoir permis la commission d'une infraction mais le défaut d'identification de son auteur. Elle nous semble en revanche compatible avec l'art. 102 al. 2 CP pour autant que l'on ne perçoive pas le terme « participation » comme supposant une concertation commune entre l'auteur physique et l'entreprise⁷²⁵. Cela étant, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, nous préférons qualifier les carences organisationnelles de « contribution » de l'entreprise à l'infraction plutôt que de « participation ». Le terme apparaît plus neutre.

533

⁷²⁴ FORSTER M., p. 73.

⁷²⁵ Sur le défaut de concertation commune entre l'entreprise et son agent, voir HEINIGER, N 263 ; voir aussi JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 41.

IV. Aperçu des conditions générales de l'article 102 CP

A. La commission d'un crime ou d'un délit

534 La responsabilité pénale de l'entreprise implique la réalisation – ou la tentative de réalisation –, sans motif justificatif, par un agent de l'entité collective, des éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'une interdiction pénale, que la loi élève au rang de crime ou de délit⁷²⁶. Il peut s'agir de n'importe quel crime ou délit, à l'exception des contraventions⁷²⁷.

535 Selon la formule traditionnelle, l'acte considéré doit donc être typique et illicite. En revanche, les motifs exculpatoires de la personne physique ne profitent pas à l'entreprise⁷²⁸. Il importe peu que l'agent ait agi en qualité d'auteur principal ou accessoire⁷²⁹.

536 Nous rappelons que les auteurs qui qualifient l'article 102 CP d'infraction *sui generis* analysent l'infraction de base comme une condition objective de punissabilité⁷³⁰, ce qui conduit d'ailleurs à dénier à l'entreprise toute responsabilité pénale en cas de seule tentative⁷³¹.

537 Pour une partie de la doctrine, les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction n'ont pas besoin d'être réalisés par un seul individu, mais peuvent être réunis dans le chef de plusieurs personnes, leur « addition » constituant ensuite l'infraction reprochée à l'entreprise⁷³². Il a en effet été argumenté qu'en raison du morcellement du processus décisionnel et de la fragmentation des tâches dans une entreprise, une infraction ne pouvait souvent pas être imputée

⁷²⁶ Notamment CR CP I–MACALUSO, Art. 102 N 40.

⁷²⁷ S'agissant des contraventions soumises au droit pénal administratif, le DPA prévoit à son art. 7 *cum* art. 6 DPA un régime spécial s'agissant de la responsabilité pénale des entités collectives (sur l'articulation entre les art. 102 CP et 7 DPA, MACALUSO, Vers un véritable droit pénal, p. 262 ss).

⁷²⁸ Notamment FORSTER M., p. 189 ; HEINE, Praktische Probleme, p. 18 ; Praxiskommentar–TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 102 N 9.

⁷²⁹ CASSANI, La responsabilité pénale, p. 43.

⁷³⁰ HOFFMANN/WYSER, p. 37 ; NIGGLI/MAEDER, § 8 N 22 ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 26 ; nuancé, JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 41 ss.

⁷³¹ NIGGLI/MAEDER, § 8 N 51 ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 63.

⁷³² Dans ce sens, HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 33 ; HEINE, Straftäter Unternehmen, p. 6 ; HEINE, Europäische Entwicklungen, p. 38 ; HILF, p. 191 ss ; VON GLEICHENSTEIN, pp. 32 et 43 s. ; PONCET/MACALUSO, p. 531 s. ; visiblement également MACALUSO, Premiers cas d'application, p. 110 ; dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, GEIGER, p. 29 s. ; KUCHOWSKY/RYSER, p. 585 ; voir aussi SEELMANN, pour qui aucune des solutions n'est entièrement satisfaisante (p. 174 ss).

à un seul individu⁷³³ et qu'il ne fallait pas que la structure de l'entreprise permette à celle-ci de s'exonérer de sa responsabilité.

La construction d'une telle infraction agrégée apparaît toutefois douteuse⁷³⁴. Tout d'abord, selon le texte de l'art. 102 CP, la responsabilité pénale de l'entreprise est subordonnée à la commission d'un crime ou d'un délit au sein de celle-ci. Or, selon la théorie finaliste dominante en Suisse, il n'y a pas typicité sans réalisation des éléments subjectifs. Un acte effectué sans l'intention ou la négligence requise est pénalement neutre. La conception de l'élément subjectif aggrégé revient donc à admettre que l'addition d'actes pénalement irrelevants peuvent devenir pénalement répréhensibles.

En réalité, le mécanisme d'imputation des actes effectués ou des décisions prises par plusieurs personnes doit se faire déjà au niveau des individus entre eux, et non pas à l'échelon de l'entité collective, notamment *via* les concepts de coactivité et de participation accessoire⁷³⁵. Ceci ne veut pas dire qu'une telle imputation soit aisée, et nous songeons en particulier aux théories développées dans la perspective de rendre individuellement responsable les membres d'un collège pour les décisions prises en commun⁷³⁶. C'est toutefois bien à ce stade qu'il faut examiner si, oui ou non, un individu peut être tenu responsable d'un acte ou une décision qu'il n'a pas effectué, respectivement pris, tout seul.

En cas d'infraction intentionnelle, ce sont les règles en matière de participation – coactivité, action médiate, etc. – qui permettront l'imputation des éléments constitutifs objectifs⁷³⁷. S'agissant des éléments constitutifs subjectifs, nous insistons tout d'abord sur le fait que l'intention ne se divise pas : elle est, ou non, donnée, mais elle ne peut l'être à moitié. Si intention il y a, il faudra, comme nous venons de le dire, passer par les concepts développés en matière de participation pour déterminer les responsabilités. Si, en revanche, une intention ne peut pas être établie, il n'y a tout simplement pas d'infraction. Il est exclu de faire répondre l'entreprise d'un acte commis sans intention et qui n'est pas punissable par négligence.

Par exemple, si un gérant de fortune effectue un transfert bancaire de valeurs patrimoniales provenant d'un crime, alors qu'il aurait dû se douter de l'origine

⁷³³ Voir MACALUSO, Premiers cas d'application, p. 110.

⁷³⁴ Dans le même sens, CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 123 ; KIM, p. 195 ss ; STRATENWERTH, Voraussetzungen, p. 4 ss ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 30 ss ; GFELLER, p. 281 ss ; WOHLERS, Festschrift Riklin, p. 295 s.

⁷³⁵ Voir aussi CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 106 s.

⁷³⁶ Sur cette problématique, voir EICKER, Haftung für Dritte, p. 683 ss ; voir aussi ACKERMANN, § 4 N 51 ss.

⁷³⁷ Dans le même sens, JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 79.

illicite des fonds, il est hors de question, au nom du principe de la légalité, de condamner l'entreprise pour ce qui constitue un blanchiment d'argent par négligence⁷³⁸. Cette approche est d'ailleurs celle du Tribunal fédéral, dans son arrêt confirmant l'acquittement prononcé par l'*Obergericht* soleurois à l'égard de La Poste Suisse SA⁷³⁹. Dans son jugement, la deuxième instance soleuroise, s'appuyant sur de nombreux auteurs, soulignait le fait que l'art. 102 CP suppose la réalisation des éléments constitutifs objectifs *et* subjectifs d'une infraction, ce même si l'auteur demeure inconnu⁷⁴⁰. Le Tribunal fédéral lui a donné raison⁷⁴¹.

542 En revanche si, par hypothèse, le supérieur, ou un collègue du gérant de fortune en question, qui occuperait une position de garant, est, quant à lui, au courant de la provenance illicite des valeurs patrimoniales, il pourra cas échéant être reproché à ce collaborateur un blanchiment par omission dont la banque pourrait être tenue responsable.

543 Il n'en va pas autrement des infractions par négligence : le mécanisme d'imputation doit s'effectuer au niveau des personnes physiques. Si, pour reprendre les termes de l'art. 12 al. 3 CP, l'imprévoyance commise, au vu de la situation personnelle de l'auteur par exemple, ne peut être considérée comme contraire au devoir d'agir⁷⁴² de ce dernier, il n'y a pas négligence et le fait n'intéresse pas le droit pénal. A nouveau, il nous semble difficilement concevable de prétendre que la somme de comportements atypiques puisse être pénalement relevante.

544 On peut par ailleurs se demander si l'exigence d'une négligence dans le chef d'une seule personne est si difficile à remplir. Après tout, l'inobservance d'une seule règle de prudence en lien de causalité avec la lésion d'un bien juridique protégé par le droit pénal peut déjà être constitutive d'une négligence, le caractère plus ou moins grave de celle-ci s'appréciant au stade de la fixation de la peine.

⁷³⁸ Dans le même sens, CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 123.

⁷³⁹ Arrêt du TF du 11 octobre 2016, 6B_124/2016, consid. 5 et 6, publié aux ATF 142 IV 333 sans le consid. 6 ; jugement de l'*Obergericht* de Soleure du 19 novembre 2015 dans la cause STBER.2011.32 ; voir N 510 ss *supra*.

⁷⁴⁰ Jugement de l'*Obergericht* de Soleure du 19 novembre 2015 dans la cause STBER.2011.32, consid. 4.5 des considérants juridiques (p. 26 ss) ; voir à cet égard les commentaires de STRASSER et VILLARD, p. 203 ss et 205 ss.

⁷⁴¹ Arrêt du TF du 11 octobre 2016, 6B_124/2016, consid. 6, publié aux ATF 142 IV 333 sans le consid. en question.

⁷⁴² La version française de l'art. 12 al. 3 CP induit en erreur en ce qu'elle parle d'imprévoyance coupable, comme si cette imprévoyance avait trait uniquement à la culpabilité. Il nous semble donc préférable d'utiliser les termes « contraire aux devoirs d'agir » qui est une traduction de la version allemande (*pflichtwidrige Unvorsichtigkeit*).

En outre, le concept de causalité cumulative permet d'admettre que le lien de causalité est donné même si d'autres causes ont également concouru au résultat⁷⁴³, de sorte que, sous cet angle également, l'imputation de l'infraction à un ou plusieurs individus ne nous semble pas trop compliquée.

Par ailleurs, dans le cadre des infractions par négligence également il est envisageable que la punissabilité du « sous-fifre » fasse défaut, mais que le supérieur hiérarchique puisse, quant à lui, être tenu pour responsable du fait de son subordonné par le biais de l'art. 11 CP. Nous rappelons à cet égard que la responsabilité pénale du chef de l'entreprise ne requiert en effet pas la culpabilité de l'auteur physique. D'ailleurs, le processus de morcellement et de dilution des responsabilités a certes pour effet de diminuer la contribution de chacun, mais sans l'effacer complètement. Si c'est l'accumulation de petites imprudences qui conduit à la lésion du bien juridique, il n'en demeure pas moins que, bien que légères, ces imprévoyances demeurent.

Il est vrai que ce morcellement des responsabilités peut conduire à ce qu'il ne puisse être reproché, personnellement, à un employé son imprudence. Cela étant, cela ne veut pas encore dire qu'aucun des individus composant la « chaîne » des imprévoyances ayant conduit à l'infraction ne peut être blâmé. En outre, la responsabilité du supérieur hiérarchique qui a omis de former et d'instruire ses employés, entraînant ainsi la lésion d'un intérêt protégé par la loi pénale, entre également en considération. Or, à partir du moment où un acte relevant du droit pénal peut être reproché à une seule personne (même si cette dernière n'est pas concrètement identifiée), maillon de la chaîne précitée, la condition de l'infraction commise sera remplie.

Enfin, il n'est pas impossible qu'une manière de résoudre les difficultés résiduelles d'imputation dues au morcellement des actes, à la fragmentation du processus décisionnel et à la dilution des responsabilités soit de considérer la figure de la coactivité par négligence, admise par une doctrine qui semble encore minoritaire⁷⁴⁴. Sans entrer dans le débat, nous relevons que, dans une perspective pragmatique, elle présente indéniablement l'avantage de faciliter grandement l'admission du lien de causalité entre la contribution du coauteur

⁷⁴³ Dans ce sens CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 116.

⁷⁴⁴ Voir WOHLERS, *Intensivierung*, p. 107 ss, en particulier, p. 111 s.; CR CP I-STRÄULI, *Intro aux art. 24 à 27 CP* N 115 ss; RIEDO/CHVOJKA, p. 156 ss; pour une étude exhaustive, voir la thèse de HÄRING précisément consacrée à cette figure juridique, en particulier, p. 192 ss; *contra* arrêt du TF du 24 novembre 2011, 6B_477/2011, consid. 1.1; TRECHSEL/NOLL, p. 206; KIM, p. 109 ss, en particulier, p. 161. Il semble par ailleurs qu'au contraire de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence suisses, les auteurs allemands tendent à admettre une coactivité par négligence (voir HEINE, *Europäische Entwicklung*, p. 28).

par négligence et le dommage au bien juridique protégé⁷⁴⁵. Il suffit en effet de démontrer que les actes des coauteurs, pris dans leur ensemble, ont conduit au résultat pour admettre la punissabilité de tous les participants par négligence, puisque chacun se voit imputer les faits commis par les autres. En même temps, la construction de figures juridiques en vue d'alléger le fardeau de la preuve des autorités pénales nous paraît un exercice dangereux.

549 En définitive, il nous semble que le risque concret que la condition du crime ou du délit commis ne soit pas réalisée en rejetant la conception de l'infraction agrégée reste relativement modéré. Nous ne minimisons cela étant pas la difficulté, pour l'autorité de poursuite, de *prouver* la réalisation des éléments constitutifs objectifs, et surtout subjectifs, de l'infraction lorsqu'aucun auteur physique ne peut être identifié. La complexité d'une telle tâche ne justifie cependant pas de faire répondre l'entreprise de délits qui n'en sont pas et d'alléger le fardeau de la preuve par l'invention d'« infractions agrégées ». Et ces difficultés sont peut-être le véritable motif qui se cache derrière une telle construction : ce n'est pas que l'on veuille créer des infractions qui n'existent pas mais c'est surtout qu'elle permet de n'avoir à en prouver la réalisation que dans une moindre mesure.

550 Il appartiendra donc à l'autorité de poursuite de réunir un faisceau d'indices lui permettant de démontrer la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'une infraction. Dans certains cas, et pour reprendre les termes de MACALUSO, les autorités pénales pourront argumenter que « l'intention *résulte à l'évidence* des faits commis »⁷⁴⁶, ce même si l'auteur direct demeure inconnu. Dans la même optique, NIGGLI et GFELLER proposent le recours au concept de *generelle Anlassstäterschaft*, qui consiste, lorsque cela est possible, à déduire l'élément subjectif des circonstances objectives du cas d'espèce⁷⁴⁷. Un tel exercice devra d'ailleurs toujours être effectué dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, qui suppose justement que l'identification de l'auteur fasse défaut.

⁷⁴⁵ Voir, pour une illustration, ATF 113 IV 58 (arrêt dit des « Rolling Stones »), consid. 2.

⁷⁴⁶ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 715.

⁷⁴⁷ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 58 ; dans le même sens, NADELHOER DO CANTO, p. 133 ; pour plus de détails sur ce concept, voir FORSTER M., p. 162 ss.

B. La condition de l'infraction commise « au sein de l'entreprise »

§ 1. En général

Pour qu'une infraction soit considérée comme commise « au sein » d'une entreprise, il faut que l'auteur physique entretienne un lien hiérarchique et organisationnel suffisant avec celle-ci⁷⁴⁸. En particulier, il n'est pas nécessaire que l'individu occupe une fonction importante dans l'entreprise, il peut s'agir d'un simple collaborateur.

On peut à cet égard effectuer un parallèle avec la responsabilité pénale du chef d'entreprise : ce dernier n'occupe une position de garant que si l'auteur direct de l'infraction, selon l'organisation de l'entreprise, travaille dans le domaine de compétences du chef d'entreprise⁷⁴⁹.

En conséquence, le mandataire, de par son indépendance, ne rentrera en principe pas dans le cercle des personnes susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise⁷⁵⁰. Il faut toutefois se garder d'exclure de manière générale une catégorie professionnelle déterminée, l'examen du lien organisationnel et hiérarchique devant s'effectuer en fonction des circonstances concrètes et faire l'objet d'une appréciation matérielle. Le rapport juridique formel qui lie l'individu et l'entreprise n'est pas déterminant.

Sur le plan terminologique, nous qualifions celui qui engage la responsabilité de l'entreprise d'« agent ». Ce terme nous semble le plus adéquat, en raison de son caractère large et neutre. Cela étant, pour éviter de trop nombreuses répétitions, nous aurons parfois recours aux termes « collaborateur », voire « employé ». Sauf indication contraire, ceux-ci doivent être compris comme un équivalent du mot « agent », sans que nous entendions donner de l'importance au rapport juridique – en particulier le contrat de travail – entre l'entité collective et le « collaborateur » ou l'« employé ».

Nous précisons par ailleurs que les termes « au sein de » n'exigent en aucun cas un lien de nature spatiale entre l'infraction commise et l'entreprise⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Parmi d'autres, CASSANI, *Actualité législative*, p. 681 ; DONATSCH/TAG, p. 395 s. ; MACALUSO, *Premiers cas d'application*, p. 108.

⁷⁴⁹ EICKER, *Haftung für Dritte*, p. 687 s.

⁷⁵⁰ AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 68 ; RYSER, N 208.

⁷⁵¹ GEIGER, p. 27.

§ 2. En cas d'outsourcing

a) Remarques générales

556 Economique avant d'être juridique⁷⁵², la notion d'outsourcing n'est pas uniforme. Elle recouvre les situations les plus diverses, que ce soit quant à son objet ou quant aux relations entre les cocontractants. La notion est généralement appréhendée de manière fonctionnelle et se nuance selon qu'elle est envisagée sous son aspect contractuel, commercial, ou sous l'angle du droit de la surveillance. Dès lors, notre réflexion gardera un caractère schématique, à défaut de pouvoir saisir toutes les variations possibles d'outsourcing.

557 De façon générale, l'outsourcing peut se définir comme le fait, pour une entreprise, de charger un tiers d'assurer pour elle, de manière indépendante et durable, une tâche en lien avec ses activités commerciales et, donc, relevant normalement de son ressort⁷⁵³. La palette des tâches qui peuvent être externalisées est extrêmement large et va des services tout à fait annexes tels que le nettoyage des locaux à des pans entiers de l'activité entrepreneuriale, en passant par toutes les tâches en lien fonctionnel avec les activités commerciales de l'entreprise délégante, telles que l'informatique ou la fonction de *compliance*⁷⁵⁴. A noter qu'en matière de droit de la surveillance, la notion d'outsourcing est restreinte aux tâches essentielles à l'entreprise, soit en résumé, celles qui sont dans un rapport de fonctionnalité avec ses activités commerciales⁷⁵⁵. Par ailleurs, dans le secteur des banques et des entreprises d'assurance, selon la nouvelle circulaire de la FINMA, seules les tâches opérationnelles de *compliance* pourront être externalisées, mais non la gestion de la *compliance* dans son intégralité⁷⁵⁶.

⁷⁵² RYSER, N 1 ; BRÄNDLI, N 8.

⁷⁵³ CASSANI/VILLARD, p. 586. Nous renonçons ici à restreindre, contrairement à une large partie de la doctrine, l'outsourcing aux activités que l'entreprise délégante assumait *déjà*, avant de les externaliser (Voir RYSER, N 22 ; BRÄNDLI, N 13 ; ALTHAUS STÄMPFLI, p. 195). Une telle distinction n'est en effet pas déterminante en droit pénal. Elle n'est d'ailleurs pas effectuée en matière de surveillance bancaire (Voir Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », § 3 ; FINMA, Rapport explicatif « *Outsourcing* », p. 7).

⁷⁵⁴ Voir sur ces différentes catégories de tâches, BRÄNDLI, N 502 ss.

⁷⁵⁵ Voir Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », § 2, qui définit également ce qu'il faut comprendre par « prestations essentielles ». La circulaire contient par ailleurs des annexes avec des exemples de ces prestations essentielles. En est notamment exclu le service de nettoyage (voir p. 9 s.). La nouvelle circulaire de la FINMA relative à l'outsourcing et destinée à entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2017 reprend pour l'essentiel la même définition (Circ.-FINMA 17/xx « *Outsourcing* – banques et assurances », § 4) ; voir aussi les art. 11 et 12 OIMF.

⁷⁵⁶ Circ.-FINMA 17/xx « *Outsourcing* – banques et assurances », § 13 ; FINMA, Rapport explicatif « *Outsourcing* », p. 9 s.

En principe, toutes les prestations peuvent être externalisées, sous réserve d'un interdit légal ou contractuel⁷⁵⁷ ; en particulier, les attributions inaliénables du Conseil d'administration de l'art. 716a CO ne peuvent pas être outsourcées⁷⁵⁸.

La définition précitée se réfère à l'outsourcing externe : l'entreprise délègue une partie de son activité à une autre entité qui lui est juridiquement et économiquement indépendante⁷⁵⁹. En cas d'outsourcing interne, en revanche, l'activité en question est déléguée à un secteur de l'entreprise qui lui est juridiquement lié mais qui peut bénéficier d'une certaine indépendance économique⁷⁶⁰. Dans cette dernière hypothèse, l'infraction reste de toute façon commise « au sein » de l'entreprise délégante. En revanche, en cas d'outsourcing externe, se pose la question de savoir si celle-ci peut être rendue responsable de l'infraction commise dans le cadre de l'activité déléguée.

b) La responsabilité des parties au contrat d'outsourcing

Lorsque le crime est commis dans le cadre d'activités outsourcées, cela signifie qu'il est en principe⁷⁶¹ perpétré par un agent de l'entreprise délégataire. Doit également être considéré comme tel l'individu qui, bien que formellement employé par l'entreprise délégante, est détaché dans les locaux de la délégataire et intégré à son organisation⁷⁶². On ne voit par ailleurs guère quelle infraction ne ferait pas partie des risques typiques liés à l'activité de la société outsourcée. C'est ainsi en premier lieu à l'entreprise délégataire de répondre de l'infraction qui a été commise en son sein et à qui il appartenait de prendre les mesures organisationnelles relatives au domaine d'activités externalisé.

Reste la question plus délicate de savoir si l'entreprise outsourçante peut être tenue responsable de l'infraction commise en lien avec des tâches dont elle a délégué l'exercice.

Malgré l'indépendance de principe de l'entreprise délégataire, une partie de la doctrine y répond, parfois sous certaines réserves, par l'affirmative⁷⁶³, l'argument étant que la société délégante ne doit pas pouvoir se décharger du

⁷⁵⁷ THELESKLAFF, p. 451.

⁷⁵⁸ CASSANI/VILLARD, p. 586 ; voir également Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », § 16 ; dans le même sens, Circ.-FINMA 17/xx « Outsourcing – banques et assurances », § 12.

⁷⁵⁹ RYSER, N 8.

⁷⁶⁰ RYSER, N 10.

⁷⁶¹ Voir, pour une exception, CASSANI/VILLARD, p. 596.

⁷⁶² Dans le même sens, CASSANI/VILLARD, p. 599.

⁷⁶³ SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit, p. 772 ; PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung, p. 360.

risque pénal en externalisant ses activités à risque⁷⁶⁴. Comme exemple type d'agent d'une entreprise exerçant une activité externalisée, PERRIN cite celui de l'intermédiaire qui aide l'entité collective à intégrer un marché étranger (avec les risques de corruption qu'une telle activité comporte)⁷⁶⁵. Un autre courant doctrinal considère qu'en principe, faute de lien hiérarchique ou organisationnel suffisamment étroit entre l'entreprise délégante et l'auteur physique qui est un collaborateur de l'entreprise délégataire, la première ne peut voir sa responsabilité pénale engagée⁷⁶⁶. La reconnaissance d'une telle responsabilité suppose qu'il incombe à l'entreprise délégante, en vertu du droit civil ou administratif, de prendre, pour l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise, certaines mesures qui eussent permis d'empêcher la commission de l'infraction, respectivement, d'identifier l'auteur de celle-ci⁷⁶⁷. En d'autres termes, l'entité collective outsourçante doit occuper une position de garant⁷⁶⁸.

563 Pour les développements qui suivent, il faut tout d'abord distinguer deux cas de figure : Premièrement, l'hypothèse « classique », dans laquelle les services outsourcés sont accomplis par les collaborateurs du délégataire qui ne sont intégrés d'aucune manière dans l'entreprise délégante⁷⁶⁹ ; deuxièmement, l'éventualité dans laquelle des employés du délégant seraient dépêchés dans la société outsourcée, pour assumer les tâches externalisées.

564 Dans cette seconde hypothèse, l'employé détaché dans l'entreprise délégataire qui commet une infraction dans le cadre des activités outsourcées devrait en principe continuer d'entretenir un lien hiérarchique suffisant avec son employeur pour que l'infraction puisse être réputée réalisée au sein de l'entreprise délégante. Cette dernière conserve en effet un devoir de surveillance

⁷⁶⁴ Notamment CASSANI, *Actualité législative*, p. 681 ; CASSANI, *Sur qui tombe le couperet ?*, p. 76 s. ; dans le même sens, *Praxiskommentar–TRECHSEL/JEAN-RICHARD*, Art. 102 N 11 ; nuancé, FORSTER M., p. 158 s. ; ENGLER, p. 30 s. ; réticents, NIGGLI/SCHMUKI, p. 349 ; voir aussi l'art. 8.3 de la norme ISO 19600 « Systèmes de management de la compliance » : l'outsourcing ne doit pas conduire à un abaissement des standards de l'entreprise délégante en matière de *compliance* (MONTIGNY, in BÜHR/PETSCHÉ/TOLAR, p. 94 s.).

⁷⁶⁵ PERRIN, *La responsabilité pénale*, p. 275.

⁷⁶⁶ RYSER, N 337 ss ; NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 76 ; GFELLER, p. 285 ; nuancé MACALUSO, *La responsabilité pénale*, N 732 ss.

⁷⁶⁷ RYSER, N 346 ; dans le même sens, DONATSCH/TAG, p. 396.

⁷⁶⁸ RYSER, N 346 ; GFELLER, p. 285.

⁷⁶⁹ Ces employés peuvent d'ailleurs par le passé avoir été ceux de l'entreprise délégante si l'outsourcing des activités s'est accompagné d'un transfert des rapports de travail au sens de l'art. 333 CO (voir à cet égard BRÄNDLI, N 126 ss).

à l'encontre de son travailleur qui officie finalement, dans le cadre des activités outsourcées, pour le compte de son employeur⁷⁷⁰.

Dans la première hypothèse, la responsabilité de la société outsourçante doit s'apprécier en fonction du but de l'exigence du lien hiérarchique et organisationnel entre l'auteur physique de l'infraction et l'entreprise. Cette condition a manifestement pour objectif de ne pas mettre à la charge de l'entreprise des obligations exorbitantes en la rendant responsable du comportement d'une personne sur lequel elle n'a pas *et ne doit pas avoir* de contrôle. Or, l'entreprise délégante n'a, à l'origine, pas de pouvoir de maîtrise sur les collaborateurs de la société délégataire et sur l'organisation de celle-ci.

565

Pour cette raison, il ne se justifie pas d'exiger automatiquement de l'entreprise délégante la prise des mêmes mesures organisationnelles dans le domaine outsourcé que dans ceux qui demeurent de sa compétence. En effet, si l'on estime que l'infraction perpétrée dans le cadre d'une activité outsourcée doit être *ipso facto* considérée comme commise au sein de l'entreprise délégante, cela revient à considérer que celle-ci, pour l'application de l'art. 102 CP, est destinataire, y compris pour le secteur outsourcé, de toutes les normes extrapénales définissant les mesures organisationnelles, en particulier celles qui seront énoncées sous VI.B.§ 2. *infra*. Or, en corollaire à son obligation découlant du contrat d'outsourcing d'assurer la bonne exécution des tâches externalisées, c'est en première ligne à l'entreprise délégataire qu'il appartient de mettre en place les mesures organisationnelles relatives au secteur outsourcé. En outre, il faut garder à l'esprit que le principe même de la délégation de tâches est autorisé et que l'externalisation de certaines activités à des spécialistes en la matière participe à une bonne gouvernance d'entreprise⁷⁷¹. Or, accepter la licéité, voire l'opportunité, d'un transfert de compétences tout en refusant d'y attacher une quelconque conséquence pour la responsabilité de la société délégante nous semble manquer de cohérence.

566

Il en va cela étant différemment si un devoir juridique, en particulier une obligation légale, impose à l'entreprise délégante de superviser le secteur d'activités externalisé. Dans une telle hypothèse en effet, la société outsourçante se doit de surveiller son partenaire contractuel, ce qui signifie qu'elle *doit avoir un certain pouvoir de contrôle* sur les collaborateurs de celui-ci. Si la société délégante fait fi de cette obligation, et que sa passivité est en lien de causalité avec la commission d'une infraction dans le cadre des activités externalisées,

567

⁷⁷⁰ Dans ce sens, CASSANI/VILLARD, p. 599.

⁷⁷¹ CASSANI/VILLARD, p. 603.

respectivement le défaut d'identification de l'auteur, elle engage alors sa responsabilité pénale même si l'auteur physique est un collaborateur de l'entreprise délégataire. En d'autres termes, nous adhérons à la position selon laquelle l'entreprise délégante doit occuper une position de garant.

568 Par ailleurs, il est clair que si l'entreprise outsourçante délègue illicitement une activité – à l'instar des tâches intransmissibles du Conseil d'administration au sens de l'art. 716a CO – soit qu'elle transgresse son obligation première d'assumer elle-même la tâche en question, elle ne peut se libérer de sa responsabilité pénale.

569 La responsabilité de l'entreprise délégante pour les activités outsourcées peut se fonder sur plusieurs sources, en fonction de l'activité et de l'infraction en question, et nous nous limitons ici à un bref aperçu des principales bases légales.

570 Tout d'abord, l'art. 8 LBA, lorsqu'il consacre le devoir de formation et de contrôle du personnel, s'adresse également à l'entreprise délégante, la notion de « personnel » comprenant les mandataires⁷⁷². L'art. 27 OBA-FINMA précise l'art. 8 LBA en exigeant que « [l']intermédiaire financier veille à ce que le personnel soit sélectionné avec soin et à ce que tous les collaborateurs concernés reçoivent une formation régulière ; cette formation couvre les aspects essentiels pour eux de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme »⁷⁷³. Par ailleurs, l'art. 28 al. 1 OBA-FINMA autorise expressément l'outsourcing des tâches afférentes à la vérification de l'identité du cocontractant, du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique, pour autant que l'intermédiaire financier déléguant sélectionne, instruit et contrôle avec soin son partenaire contractuel. Le contrat d'outsourcing ne libère pas la société délégataire de sa responsabilité au regard du droit de la surveillance (art. 29 al. 1 OBA-FINMA). Les dispositions précitées consacrent une position de garant de l'entreprise délégante, pour autant que celle-ci soit soumise à la LBA. Par ailleurs, ce statut de garant, étant donné l'objectif de l'arsenal anti-blanchiment, doit être circonscrit aux infractions des art. 305^{bis} et 305^{ter} CP, ainsi que 260^{ter} et 260^{quinquies} CP⁷⁷⁴. Malgré le pont qui peut être jeté entre corruption

⁷⁷² FORSTER M., p. 235 ; RYSER, N 35 ; dans le même sens, GwG Kommentar-Wyss, Art. 8 N 4.

⁷⁷³ Relevons également que, si la 4^{ème} directive anti-blanchiment de l'Union européenne ne contient aucune « obligation juridique spéciale » vu que les destinataires sont les Etats, elle préconise de mettre à la charge de la société outsourçante le respect des obligations découlant de la directive, lorsque l'entité outsourcée n'y est pas soumise (Directive 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) no 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, ch. 36 du préambule).

⁷⁷⁴ RYSER, N 359.

et blanchiment⁷⁷⁵, il nous semble difficile de construire, sur la base de l'art. 8 LBA, une position de garant de la société délégante pour d'éventuelles infractions de corruption perpétrées dans le cadre des activités externalisées, ce qui ne veut bien entendu pas dire qu'une telle position ne puisse pas résulter d'autres obligations légales.

Les entreprises outsourçantes soumises à la LIMF ont le devoir de soigneusement sélectionner, instruire et contrôler leur cocontractant et, dans le prolongement de ceci, exercer une surveillance permanente sur les prestations fournies (art. 11 al. 3 OIMF)⁷⁷⁶. Au regard du droit de la surveillance, le contrat d'outsourcing ne libère pas l'entreprise délégante de sa responsabilité quant au respect des obligations découlant de la LIMF (art. 11 al. 3 LIMF). Cette dernière disposition, si elle n'emporte pas de conséquence directe sur le plan de la responsabilité *pénale* de l'entreprise délégante, démontre que le législateur a estimé que le contrat d'outsourcing ne devait en aucun cas faire office de « blanc seing » pour l'entreprise délégante.

Reste à savoir si ces obligations fondent une position de garant des entreprises auxquelles la LIMF s'applique, même si le droit des marchés financiers ne tend pas directement à empêcher la criminalité entrepreneuriale. Nous sommes tentée d'y répondre par l'affirmative.

En effet, la prévention d'une telle criminalité sert également les objectifs de bon fonctionnement du marché et de protection de ses participants (art. 1 al. 2 LIMF), ainsi que le but, plus général, de préservation de l'intégrité et de la réputation de la place financière suisse. A notre avis, ces règles consacrent donc une position de garant pour les infractions commises dans le cadre des activités externalisées et que l'on pourrait qualifier d'économiques au sens large, soit celles contre le patrimoine, la corruption, le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme ou encore l'organisation criminelle.

La FINMA impose par ailleurs de nombreuses obligations à la banque délégante : strict encadrement des prestations du délégataire, diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de celui-ci, contrôle interne s'étendant au domaine d'activités externalisé, etc.⁷⁷⁷. Quant à l'art. 43 CDB 16, il autorise la

⁷⁷⁵ Voir en particulier GAFI, Corruption, p. 2.

⁷⁷⁶ Voir aussi les deux nouvelles lois relatives aux services et aux établissements financiers, appelées à entrer en vigueur dans ces deux prochaines années, qui reprennent la même exigence des trois *curae* de l'entreprise délégante (art. 25 P-LSFin et art. 13 al. 1 P-LEFin).

⁷⁷⁷ Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », § 19 ss ; Circ.-FINMA 17/xx « Outsourcing – banques et assurances », § 23 ss. Nous mentionnons également, même si cette source ne revêt pas les qualités nécessaires pour fonder une position de garant (voir RYSER, N 365), le principe n° 10 du document

délégation à un tiers en matière d'identification de l'ayant droit économique, pour autant que la banque délégante soit en mesure de contrôler l'activité du délégataire (art. 43 al. 1 let. b CDB). Les obligations nées de ces deux instruments créent à notre sens une position de garant de la banque outsourçante⁷⁷⁸. La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme est d'ailleurs expressément mentionnée comme l'un des objectifs poursuivis par la CDB 16 (art. 1 let. c CDB).

575 En résumé, les principales et communes obligations de l'entreprise délégante, consacrées dans les dispositions susmentionnées, sont les trois *curae*, originellement prévues à l'art. 55 CO relatif à la responsabilité civile de l'employeur : la société outsourçante a un devoir de sélection rigoureuse, d'instruction adéquate et de surveillance appropriée de son partenaire contractuel. De cette obligation il découle que l'entreprise outsourçante a un certain devoir de contrôle des collaborateurs de la société délégataire. A noter cela étant qu'il ne peut être exigé d'elle du micromanagement : la délégante n'est pas tenue de contrôler les moindres faits et gestes des employés subalternes de la délégataire. Il convient de rester raisonnable dans l'appréciation du degré de surveillance requis de l'entreprise outsourçante et l'examen doit s'effectuer au cas par cas, notamment en fonction de la réalité que recouvre l'outsourcing dans le cas particulier.

576 En poussant le raisonnement un pas plus loin, on peut se demander si le respect des trois *curae* doit être observé de manière générale par toute entreprise qui délègue une partie de ses activités à un tiers⁷⁷⁹. A notre sens, la réponse est négative. A défaut d'une obligation juridique spéciale, la société outsourçante n'est pas pénalement tenue de choisir, d'instruire, et de surveiller la société délégataire. En effet, ni l'art. 55 CO, ni l'art. 101 CO ne consacrent une telle obligation : l'entreprise outsourçante n'est pas l'employeur de son partenaire contractuel, et l'art. 101 CO tend, sur le plan civil, à la protection du cocontractant de l'entreprise outsourçante, mais non à prévenir des infractions commises dans le cadre des activités externalisées⁷⁸⁰. Suivant les circonstances, l'externalisation d'un domaine d'activités particulièrement à risque, sans que la société délégante ne s'interroge sur les compétences et l'intégrité de son

« Compliance » du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, et à teneur duquel la supervision de la fonction de *compliance* reste du ressort de la société outsourçante.

⁷⁷⁸ A l'égard de la Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », voir RYSER, N 353 s.

⁷⁷⁹ Dans ce sens, BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 77 ; *contra* RYSER, N 363.

⁷⁸⁰ RYSER, N 363. Tout au plus pourrait-on envisager une position de garant de l'entreprise délégante si celle-ci externalise une prestation et que l'infraction est commise au détriment du bénéficiaire de celle-ci.

partenaire contractuel, pourrait toutefois être constitutive de la création d'un risque au sens de l'art. 11 al. 2 let. d CP⁷⁸¹.

Nous rappelons encore qu'outre la position de garant de l'entreprise délégante, le lien de causalité hypothétique entre les manquements de celle-ci et l'infraction commise, respectivement le défaut d'identification de son auteur, doit être donné.

Par ailleurs, il n'y a pas de raison que la responsabilité de l'entreprise délégante dégage celle de la délégataire. S'agissant du lien de causalité entre les carences des deux entreprises et la commission de l'infraction (respectivement le défaut d'identification de l'auteur), on aura recours au concept de causalité cumulative. Celle-ci est admise en cas de comportements adoptés par des personnes qui agissent de manière indépendante l'une de l'autre et qui, pris isolément, apparaissent incapables à engendrer une conséquence qui résulte de la conjonction de ces comportements⁷⁸².

c) *Outsourcing et infraction commise au sein de la société délégante*

1) *Responsabilité de l'entreprise délégante*

Dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entreprise, la doctrine traite de l'outsourcing en lien avec la condition de l'infraction commise « au sein » de l'entité collective. Il faut toutefois mentionner un cas de figure différent, qui se rattache aux carences organisationnelles : si une infraction est perpétrée au sein d'une entreprise, mais que les mesures organisationnelles qui eussent pu identifier son auteur, respectivement en empêcher la commission, ont été outsourcées, l'entreprise délégante peut-elle se décharger de sa responsabilité en plaçant que les carences constatées sont le fait de l'entité collective délégataire ?

Pour donner un exemple, on peut penser au cas de l'entreprise délégataire qui doit, en vertu du contrat d'outsourcing, se charger du service *compliance* de son partenaire contractuel et qui faillit à sa tâche, ce qui mène à la commission – éventuellement par omission – d'une infraction de blanchiment d'argent par un collaborateur de l'entreprise délégante.

⁷⁸¹ Voir, pour plus de détails, RYSER, N 371 ss.

⁷⁸² ETIER/STRÄULI, p. 105 ; CASSANI/VILLARD, p. 598.

A notre sens, si la société outsourçante a scrupuleusement respecté les obligations que la loi lui imposait, en particulier en matière de surveillance et de contrôle, il ne peut lui être reproché un défaut d'organisation. Le manque d'organisation de l'entité délégataire ne peut pas être *ipso facto* imputé à l'entreprise délégante⁷⁸³. Cette condition doit toujours s'examiner dans le chef de l'entreprise considérée, faute de quoi on introduit une responsabilité causale de l'entité collective.

Il ne s'agit pas de permettre aux entreprises de s'exonérer de leur responsabilité en déléguant leurs activités à risque, mais de ne pas admettre une responsabilité pénale quasi-objective. De la même manière que l'entreprise ne peut être punie si, malgré toute sa vigilance, son agent déjoue les mesures mises en place, elle ne doit pas davantage l'être si, malgré l'observation des règles – et elles sont nombreuses, en particulier en matière bancaire – que lui imposait sa qualité d'entreprise outsourçante, l'entité délégataire présente des carences organisationnelles. Toutefois, dans une large majorité des cas, si l'entreprise délégataire accomplit ses tâches de façon défectueuse, un manque de surveillance devrait pouvoir être reproché à la délégante.

De manière générale, on peut effectuer un parallèle s'agissant de la responsabilité pénale de l'entreprise dans le cadre d'activités outsourcées avec celle du chef d'entreprise qui délègue ses compétences : si le transfert des tâches a été effectué dans les règles de l'art, en particulier si les incombances imposées au titre de la délégation ont été respectées, il y a place pour une exonération de la responsabilité pénale⁷⁸⁴. En d'autres termes, le chef d'entreprise – ou l'entreprise dans notre hypothèse – qui confie certaines tâches de manière licite à un tiers peut, sous condition du respect des obligations que sa position de délégant(e) requiert, se prévaloir du principe de la confiance⁷⁸⁵.

2) Responsabilité de l'entreprise délégataire ?

Lorsque l'infraction est perpétrée par un agent de l'entreprise délégante, elle n'est en principe pas commise « au sein » de la société délégataire. Cette dernière ne peut donc être recherchée que si elle assume une position de garant⁷⁸⁶.

⁷⁸³ CASSANI/VILLARD, p. 600.

⁷⁸⁴ Sur l'exonération du chef d'entreprise, voir EICKER, Haftung für Dritte, p. 688 ; BURGNER, p. 388 ss.

⁷⁸⁵ Sur le principe de la confiance, voir notamment GARBARSKI, p. 396 ss.

⁷⁸⁶ CASSANI/VILLARD, p. 602.

La reconnaissance d'une telle position suppose une source juridique fondant un devoir qualifié d'agir, en l'occurrence celui de prendre les mesures organisationnelles utiles. Un tel devoir ne découle pas de la loi, les normes relatives à l'outsourcing étudiées sous b) *supra* s'adressant à la société *délégante*. 585

On peut en revanche se demander si le contrat d'outsourcing est susceptible de fonder une position de garant conformément à l'art. 11 al. 2 let. b CP. RYSER y répond par la négative, mais envisage la problématique sous l'angle de la responsabilité de l'entreprise *délégante*⁷⁸⁷. Il relève à cet égard que, pour que le contrat d'outsourcing fonde une position de garant, il faut que son objet ait pour but la mise en place, par la société *délégante*, des mesures organisationnelles exigées par l'art. 102 CP dans le domaine d'activités externalisé. Or, l'objet du contrat d'outsourcing est le transfert d'un secteur d'activités à l'égard duquel l'entreprise *délégante* entend précisément se décharger de sa responsabilité sur le plan organisationnel⁷⁸⁸. Le contrat d'outsourcing ne peut donc en principe fonder une position de garant de cette dernière société⁷⁸⁹. 586

Cela étant, si on applique le raisonnement de RYSER sous l'angle de la position de garant de l'entreprise *délégataire*, on peut tout à fait imaginer que la tâche confiée à celle-ci consiste dans la mise sur pied de mesures organisationnelles destinées à la prévention de la criminalité entrepreneuriale au sein de la *délégante*. Nous pensons en particulier à l'outsourcing du service *compliance*, dans le cadre duquel l'entreprise *délégataire* s'engage à assurer le contrôle des risques typiques liés à l'activité de l'entreprise *outsourçante*, ce qui la place dans une position de garant⁷⁹⁰. 587

Il est en revanche clair que l'existence d'un contrat d'outsourcing ne rend pas automatiquement la société *délégataire* responsable des infractions commises « à cause » du domaine d'activités externalisé. Il faudra au préalable s'assurer que l'objet du contrat d'outsourcing comprenait – et qu'il s'agissait là d'une obligation importante – la prise des mesures organisationnelles destinées à empêcher la commission des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, respectivement à en identifier l'auteur. 588

En conclusion, l'entreprise *délégataire* peut être tenue pour responsable des infractions commises au sein de la société *délégante* si elle occupe une position 589

⁷⁸⁷ RYSER, N 368.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ Dans ce sens, CASSANI/VILLARD, p. 602. Dans la même optique, en matière de responsabilité individuelle, le contrat (de travail) peut constituer une source fondant la position de garant du *compliance officer* (BLÖSCH/RÜEFLI, p. 248).

de garant et que c'est à elle que peut être reproché le défaut d'organisation. A nouveau, il y a place pour une responsabilité cumulative si des carences organisationnelles sont également constatées dans le chef de la société déléguante.

C. La condition de l'infraction commise « dans l'exercice d'activités commerciales conformes [aux] buts [de l'entreprise] »

590 La condition de l'infraction commise dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise vise à limiter les infractions dont l'entreprise peut être rendue responsable à celles découlant des risques typiques – généraux à toute entreprise ou spécifiques à celle considérée – liés à l'activité commerciale de l'entité collective⁷⁹¹.

591 Sont en revanche exclus du champ d'application de la norme les « Exzesstaten », soit les infractions qui ne rentrent pas dans les risques typiques liés aux activités de l'entreprise⁷⁹². Il n'est par ailleurs pas nécessaire que l'infraction soit commise au bénéfice – même indirect – de l'entreprise. Le fait que l'infraction lui porte également préjudice n'exonère pas l'entité collective de sa responsabilité. Celle-ci ne devrait toutefois pas être engagée, vu l'absence d'intérêt à punir⁷⁹³, si la norme pénale violée protège uniquement des intérêts individuels et porte atteinte à un bien juridique dont l'entreprise est seule titulaire⁷⁹⁴.

592 La notion d'activités commerciales est interprétée largement en ce sens qu'elle comprend toutes les activités qui concourent à la vente de biens ou à la prestation de services⁷⁹⁵, même si elles sont menées en vue d'atteindre un but idéal.

⁷⁹¹ Notamment, MACALUSO, La punissabilité, p. 10 ; CASSANI souligne à cet égard le caractère *fonctionnel* du lien entre l'infraction et les risques typiques découlant de l'activité entrepreneuriale (Responsabilité(s) pénale(s), p. 123).

⁷⁹² HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 34 ; dans le même sens, JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 264 ; PIETH, Internationale Anstösse, p. 14 ; PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung, p. 361 ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 189 ss ; VON GLEICHENSTEIN, p. 33 ; SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit, p. 774.

⁷⁹³ Voire en application de l'art. 54 CP.

⁷⁹⁴ Dans le même sens notamment, HEINIGER, N 572 ; BERNASCONI, p. 118 ; HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 34 s.

⁷⁹⁵ MACALUSO, Premiers cas d'application, p. 109.

D. Les lacunes organisationnelles

Le défaut d'organisation est le critère d'imputabilité de l'infraction à l'entreprise, nécessaire pour éviter l'introduction en droit suisse d'une responsabilité causale de l'entité collective⁷⁹⁶. Les lacunes organisationnelles sont le pendant de la faute en matière de responsabilité pénale des personnes physiques⁷⁹⁷. Elles ne doivent cependant pas y être assimilées⁷⁹⁸, car le défaut d'organisation reproché à l'entreprise et la culpabilité de la personne physique présentent des caractéristiques difficilement comparables.

La faute d'un individu, constellations de participation mises à part, est indissociable, sur le plan spatial et temporel, de la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction. La « faute sociale » de l'entreprise est objectivée et se fonde sur des éléments matériels⁷⁹⁹. Temporellement et spatialement détaché de l'infraction, le défaut d'organisation de l'entreprise ne se mesure pas à un moment donné dans un espace donné. Il est composé de divers manquements qui s'inscrivent dans la continuité, à divers échelons de l'entreprise et qui, appréciés dans leur globalité et à la lueur de la situation entrepreneuriale, amèneront le juge à conclure au manque d'organisation exigé par l'art. 102 CP. Ainsi, GEIGER souligne que le reproche adressé à l'entreprise n'est pas l'omission d'une action déterminée mais la mise en œuvre insuffisante d'un dispositif adéquat de mesures préventives⁸⁰⁰.

La condition du défaut d'organisation n'est pas libellée de la même manière aux deux alinéas de l'art. 102 CP. Le premier traite d'un « manque d'organisation », le second reproche à l'entreprise de ne pas avoir adopté « toutes les mesures raisonnables et nécessaires ». Ces deux locutions ont cela étant la même portée. En effet, si le contenu des carences organisationnelles diffère entre les deux alinéas, la notion en elle-même reste la même. En d'autres termes, le caractère raisonnable et nécessaire des mesures s'examine également dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP et, selon l'art. 102 al. 2 CP, c'est bien un manque d'organisation que l'on reproche à l'entreprise.

⁷⁹⁶ Message relatif à la modification du CP, p. 1946 s. ; voir aussi LÜTOLF, p. 298 s. ; similaire, pour le droit italien, AMALFITANO, p. 162 s.

⁷⁹⁷ Message relatif à la modification du CP, p. 1948 ; dans le même sens, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 511 ss ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSER, p. 1 s. (dans le cadre de l'alinéa 2 de l'art. 102).

⁷⁹⁸ Message relatif à la modification du CP, p. 1950.

⁷⁹⁹ Dans ce sens CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 2.

⁸⁰⁰ GEIGER, p. 93.

596 La notion d'organisation comprend un aspect conceptuel, instrumental et institutionnel⁸⁰¹. Le premier appréhende l'organisation d'une entreprise comme une activité créatrice ; le second considère la structure entrepreneuriale et les processus de travail en fonction du but de l'entreprise ; le troisième s'occupe de la division interne de l'entreprise⁸⁰².

597 Depuis l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise, il a été souligné à plusieurs reprises que les lacunes organisationnelles s'apparentaient fortement à de la négligence⁸⁰³, soit à la violation de devoirs de diligence. Notion juridique indéterminée⁸⁰⁴, les mesures organisationnelles que les entreprises doivent mettre en œuvre sont concrétisées, à l'instar des devoirs de prudence en matière de négligence, dans des règles extra-pénales⁸⁰⁵.

598 De la même manière que, dans le cadre d'une infraction commise par négligence, le juge recherche les normes matérialisant les obligations de diligence que l'auteur a violées⁸⁰⁶, l'analyse du défaut d'organisation suppose qu'il s'interroge sur les sources des mesures qui auraient dû être prises par l'entreprise.

599 Les mesures concrètes à adopter ne sont pas les mêmes selon que l'on se trouve dans le cadre de l'art. 102 al. 1 ou 2 CP : dans le cadre de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise, elles doivent permettre d'identifier l'auteur physique de l'infraction, alors qu'en cas de responsabilité primaire elles doivent viser à empêcher la commission de l'une des infractions énoncées à l'art. 102 al. 2 CP.

600 Toutefois, les mesures nécessaires à l'imputation de l'infraction à une personne physique, qui ont essentiellement trait à la gestion des ressources humaines – organigramme clair, organisation structurée de la hiérarchie, procédures définies en matière de délégation des tâches et de conduite des activités, supervision des opérations, etc.⁸⁰⁷ – serviront également à la prévention des infractions de l'art. 102 al. 2 CP. « L'irresponsabilité organisée » d'une entreprise, qui fait obstacle à l'identification des auteurs de l'infraction, est

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ Notamment ARZT, Die kommende Strafbarkeit, p. 83 ; ARZT, Unternehmensstrafbarkeit, p. 214 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 58 ; CASSANI, Actualité législative, p. 683.

⁸⁰⁴ AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 58.

⁸⁰⁵ Voir parmi d'autres, PIETH, Risikomanagement, p. 607 ; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, p. 69 ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 195 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 63.

⁸⁰⁶ Voir CR CP I-CORBOZ, Art. 12 N 134.

⁸⁰⁷ CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 48.

également susceptible d'encourager la commission d'actes répréhensibles⁸⁰⁸, ne serait-ce qu'en raison des perspectives d'impunité qu'une structure entrepreneuriale défaillante fait entrevoir à l'auteur physique.

Cela étant, si les règles organisationnelles idoines guideront le juge dans son appréciation, ce dernier n'est pas lié par elles⁸⁰⁹ et apprécie au final, en faisant usage de la large marge de manœuvre qui lui est accordée, le défaut d'organisation de façon globale. La réflexion de base s'articule autour de la question de savoir si, vu les circonstances du cas d'espèce, l'organisation de l'entreprise, comprise dans tous ses aspects, était apte à réduire suffisamment les risques de commission de l'infraction perpétrée.

Finalement, et dès lors que le risque zéro n'existe pas, cela revient probablement à se demander si l'entreprise a dépassé la limite du risque autorisé⁸¹⁰. Il est ainsi en théorie concevable de conclure à un manque d'organisation alors même que l'entreprise n'a, à proprement parler, violé aucune règle de conduite extra-pénale⁸¹¹. Dans ce cas, c'est sur le terrain de la motivation de la condamnation que la problématique se situera. A l'inverse, le constat de la violation d'une règle d'organisation ne conduit pas automatiquement à admettre un défaut d'organisation au sens de l'art. 102 CP⁸¹². Nous reviendrons plus en détail sur le contenu et l'identification de ces normes extra-pénales dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP⁸¹³.

⁸⁰⁸ Dans ce sens, JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 57.

⁸⁰⁹ Voir notamment ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 197 s. ; MACALUSO, La responsabilité pénale, N 842.

⁸¹⁰ Voir DONATSCH/BLOCHER, p. 58 ; dans le même sens également PIETH, qui utilise la notion de *risk based approach* (Anwendungsprobleme, p. 227).

⁸¹¹ Dans le même sens, ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 202 ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 274 ; plutôt réticents, CR CP I- MACALUSO, Art. 102 N 59 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 67.

⁸¹² Dans ce sens PIETH, Risikomanagement, p. 608 ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 274.

⁸¹³ Voir N 638 ss *infra*.

V. Aperçu des conditions spécifiques à l'article 102 al. 1 CP

603 Plusieurs auteurs ont fait remarquer que, matériellement, l'art. 102 al. 1 CP correspond à un délit contre l'administration de la justice : les carences organisationnelles, dès lors qu'elles empêchent l'identification de l'auteur physique, entravent l'action pénale⁸¹⁴.

A. Le défaut d'imputation de l'infraction à une personne physique

604 La responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP est subordonnée à la condition que l'infraction commise ne puisse être imputée à « aucune personne physique déterminée ». L'impossibilité d'imputation signifie que l'auteur n'a pas pu être *identifié*, soit qu'il n'a pas été trouvé, soit que plusieurs individus entrent en considération, sans que l'on puisse déterminer précisément le responsable, le principe *in dubio pro reo* s'opposant à une condamnation collective⁸¹⁵.

605 Il faut souligner à cet égard que la possibilité de faire répondre l'entreprise d'une infraction perpétrée par l'un de ses collaborateurs ne doit pas inciter les autorités de poursuite pénale à la paresse, et ce n'est qu'à l'issue de toutes les investigations nécessaires visant à établir l'identité de l'auteur physique que l'entité collective peut être recherchée⁸¹⁶. Si le juge pénal n'est compétent qu'à l'égard de l'entreprise mais non pour juger l'agent physique, l'identité de celui-ci devra être recherchée à titre préjudiciel.

606 Ce modèle de responsabilité subsidiaire de l'entité collective a été justifié par le concept « d'irresponsabilité organisée » de l'entreprise, laquelle doit se voir attribuer l'infraction commise par son agent si l'opacité de sa structure

⁸¹⁴ ARZT, *Strafbarkeit juristischer Personen*, p. 227 ; ARZT, *Unternehmensstrafbarkeit*, p. 213 ; NIGGLI/GFELLER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 165 ; voir aussi CASSANI, *Actualité législative*, p. 675 ; JEANNERET YVAN, p. 922 ; VON GLEICHENSTEIN, p. 36.

⁸¹⁵ MACALUSO, *La responsabilité pénale*, N 803 ss ; SCHMID, *Einige Aspekte der Strafbarkeit*, p. 778. A noter que les adhérents de la théorie de « l'infraction agrégée » donnent comme autre cas de figure l'individu qui ne peut être condamné, faute de réunir tous les éléments constitutifs objectifs et subjectifs dans le chef de sa seule personne (voir notamment MACALUSO, *La responsabilité pénale*, N 808).

⁸¹⁶ Message relatif à la modification du CP, p. 1947 ; MACALUSO, *La responsabilité pénale*, N 805.

entrepreneuriale permet de garantir l'impunité d'actes délictueux réalisés en son sein⁸¹⁷.

Pour une partie de la doctrine, il suffit que l'infraction puisse être attribuée à un seul individu pour faire échec à la responsabilité de l'entreprise, quel que soit le nombre de personnes qui auraient pu être tenues pour responsables de l'acte commis, à titre d'auteurs directs, de participants, ou encore de garants⁸¹⁸. D'autres auteurs, en revanche, font valoir que l'identification d'un seul responsable, en cas de pluralité de participants, revient à une élucidation seulement partielle des faits⁸¹⁹. Se contenter d'une clarification fragmentaire des agissements qui se sont déroulés au sein de l'entité collective irait à l'encontre de l'objectif de l'art. 102 CP, qui est d'appréhender les événements pénalement répréhensibles de la vie entrepreneuriale dans leur globalité⁸²⁰.

A teneur du texte légal, la responsabilité de l'entreprise fondée sur l'art. 102 al. 1 CP ne peut être mise en œuvre que si l'infraction ne peut être attribuée à *aucune* personne déterminée. L'examen des travaux préparatoires tend plutôt dans le même sens : le texte de l'art. 102 al. 1 CP a été voté alors même que la problématique du « lampiste » a été soulevée et décriée⁸²¹. Il a aussi été souligné que, s'agissant des petites et moyennes entreprises, la responsabilité de l'entrepreneur devait exclure celle de l'entreprise elle-même⁸²², ce qui nous semble de toute façon découler du principe de proportionnalité. De manière plus générale, le législateur nous paraît clairement avoir opté pour une

⁸¹⁷ Entre autres, Message relatif à la modification du CP, p. 1947 ; GARBARSKI, p. 403 ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 57 ; HEINE, *Modelle*, p. 122 ; JEANNERET YVAN, p. 922 ; ROTH, *Modèles de réflexion*, p. 350 ; WOHLERS, *Die Strafbarkeit*, p. 383 ; WOHLERS, *Intensivierung*, p. 84 s. ; voir aussi Comité des ministres, Recommandation N° R (88) 18, à teneur de laquelle l'adoption de la responsabilité pénale de l'entreprise se justifie notamment par « la difficulté que pose l'identification des personnes physiques responsables d'une infraction, compte tenu de la structure souvent complexe des entreprises ». Ce concept d'« irresponsabilité organisée », résultante d'une dilution des responsabilités due à la structure entrepreneuriale est, de manière générale, l'un des motifs invoqués pour justifier la responsabilité pénale des entités collectives (voir par exemple MAURO, *Responsabilité sociale*, p. 514).

⁸¹⁸ Notamment SCHMID, *Einige Aspekte der Strafbarkeit*, p. 778 s. ; dans le même sens, MACALUSO, *La responsabilité pénale*, N 810 ss ; lorsque l'infraction peut être imputée au chef de l'entreprise : DONATSCH/TAG, p. 391 s. ; FORSTER, p. 208 s.

⁸¹⁹ HEINIGER, N 492 ; dans le même sens, GEIGER, p. 120 ; voir aussi *Praxiskommentar*—TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 102 N 17.

⁸²⁰ HEINIGER, N 488 ss.

⁸²¹ Voir les interventions MÉNÉTREY-SAVARY, BO CN 2001 595 et DE DARDEL, BO CN 2001 597 s. ; voir aussi le Message relatif à la modification du CP : « [I]l a lacune [NdR : *le défaut de reconnaissance de la responsabilité pénale des entités collectives*] ne paraît pas importante au point qu'il faille poursuivre l'entreprise parallèlement à la personne physique, *même si, parfois, en cas d'infractions commises au sein d'une entreprise, il peut paraître choquant de ne poursuivre que la personne physique* », p. 1947 s. ; nous mettons en italiques.

⁸²² Voir l'intervention MERZ, BO CE 1999 1136.

responsabilité purement *subsidaire* de l'entité collective, excluant que celle-ci se retrouve, *aux côtés* d'un auteur physique, sur le banc des accusés⁸²³.

609 En revanche, la seconde position doctrinale reflète davantage l'esprit de la norme. En effet, « l'irresponsabilité organisée » d'une entreprise, qui sert précisément de justification au législateur dans le choix de son modèle de responsabilité atténuée de l'entité collective, ne sera jamais sanctionnée à la hauteur de son ampleur si l'élucidation d'une partie seulement de la nébuleuse exclut toute répression de l'entité collective.

610 Aussi insatisfaisante la conclusion soit-elle, l'exigence de l'interprétation stricte de la loi et la volonté du législateur nous font pencher, de *lege lata* et sur le principe, pour une exclusion de la responsabilité de l'entreprise à partir du moment où l'infraction peut être imputée à une personne physique. L'interprétation historique revêt d'autant plus de poids que la responsabilité pénale de l'entreprise est une innovation récente. La volonté du législateur, à l'heure d'adopter l'art. 102 CP, ne peut donc être considérée comme obsolète ; les enjeux étaient déjà connus il y a quinze ans. Cela étant, à partir du moment où le complexe de faits consacre plusieurs infractions, en concours réel ou idéal, l'auteur (ou les auteurs) physique(s) doi(ven)t pouvoir répondre pour le tout ; à défaut, l'entreprise pourra être rendue responsable des pans de l'activité délictueuse qui n'ont pas pu être attribués à une personne physique⁸²⁴. De même, et *a fortiori*, si plusieurs complexes de faits, qui ne forment pas entre eux une unité naturelle d'actions, font l'objet de poursuites, l'exclusion de la responsabilité pénale de l'entreprise suppose qu'une personne physique ait pu être identifiée pour chaque complexe de faits.

611 Le caractère subsidiaire de la punissabilité de l'entreprise est vivement critiqué en doctrine. En particulier, les auteurs reprochent au législateur de donner à l'entité collective la possibilité d'échapper à sa responsabilité pénale par la présentation, à la justice pénale, d'un « bouc émissaire »⁸²⁵.

612 On peut en outre se poser la question de la compatibilité de l'art. 102 al. 1 CP avec les clauses internationales qui, lorsqu'elles requièrent des Etats l'adoption

⁸²³ Voir aussi le Message relatif à la modification du CP : « quand ce ne sont ni des insuffisances policières ni l'habileté particulière de l'auteur qui ont conduit à l'insuccès [des investigations], mais des déficits évitables dans l'organisation de l'entreprise, il s'avère à la fois nécessaire et légitime de demander pénalement des comptes à l'entreprise en tant que telle, afin d'éviter la survenance d'une *impunissabilité choquante* », p. 1947 ; nous mettons en italiques.

⁸²⁴ Dans le même sens, HEINIGER, N 488 ss.

⁸²⁵ WOHLERS, Die Strafbarkeit, p. 383 ; dans le même sens, PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung, p. 357.

d'une responsabilité entrepreneuriale pour les infractions couvertes par la convention considérée, prescrivent qu'une telle responsabilité doit être mise en place « sans préjudice » de celle des auteurs physiques⁸²⁶.

Il est vrai que la formulation utilisée donne plutôt à penser qu'une telle clause vise le cas de figure inverse, soit celui dans lequel la responsabilité de l'entité collective ferait obstacle à celle de la personne physique. L'OCDE a cependant relevé à cet égard que la condamnation de la personne morale pouvait constituer une solution équitable par rapport à celle d'un simple employé subalterne de l'entreprise, dont les actes ont pu être influencés par des pressions exercées par sa hiérarchie⁸²⁷. Or, c'est précisément ce que l'art. 102 al. 1 CP ne permet pas.

Par ailleurs, la subordination de la punissabilité de l'entreprise au défaut d'identification de son agent se heurte à la Recommandation du Comité des Ministres de 1988, qui préconise que la responsabilité de l'entité collective ne dépende pas de la possibilité d'imputer, ou non, l'infraction à une personne physique déterminée⁸²⁸.

En outre, les instruments internationaux requièrent que les sanctions prévues pour les entreprises apparaissent efficaces et dissuasives. Or, on peut s'interroger sur le caractère efficace et dissuasif d'une sanction qui ne présente qu'un faible risque d'être appliquée, vu le peu de probabilité, en amont, que l'entreprise puisse être recherchée.

A cet égard, nous ajoutons en passant que, quoi qu'il en soit, il est douteux qu'une amende de CHF 5 millions, peine maximale à laquelle une entité collective peut être condamnée, soit efficace et dissuasive pour une entreprise multinationale. Peut-être que la seule sanction qui puisse être considérée comme satisfaisant aux adjectifs susmentionnés est la possibilité de prononcer une confiscation ou une créance compensatrice sur la base des art. 70 et 71 CP. Ces sanctions, en outre, requièrent la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'une infraction, mais non la punissabilité de l'entité collective, de sorte que, même en cas d'identification de l'auteur physique, elles peuvent être prononcées. A cet égard, il est douteux que l'entreprise puisse être considérée comme un tiers de bonne foi au sens de l'art. 70 al. 2 CP et, en tout

⁸²⁶ Voir par exemple l'art. 26 ch. 3 de la Convention de l'ONU contre la corruption ; l'art. 18 ch. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; l'art. 10 ch. 3 de la Convention contre la criminalité organisée.

⁸²⁷ OCDE, Glossaire, p. 71.

⁸²⁸ Voir le point 2 de l'annexe à la Recommandation N° R (88) 18.

état de cause, que la confiscation du produit de l'infraction commise au sein de l'entreprise apparaisse d'une rigueur excessive pour celle-ci.

B. Le manque d'organisation de l'entreprise

⁶¹⁷ Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, le manque d'organisation de l'entreprise entretient un rapport de causalité hypothétique avec le défaut d'imputation de l'infraction à une personne physique. Ce lien de causalité exige que l'on puisse affirmer, avec un haut degré de vraisemblance, que, si l'entreprise avait satisfait à tous ses devoirs organisationnels, l'auteur physique de l'infraction aurait pu être identifié⁸²⁹.

⁶¹⁸ Sur le plan du risque pénal, les devoirs organisationnels ne se rattachent donc pas à la prévention d'infractions mais à l'identification de leur auteur⁸³⁰. Comme déjà esquissé⁸³¹, les mesures en question ont essentiellement trait au management et à la gestion des ressources humaines, telles qu'une délimitation claire des tâches de chacun, la mise en place de procédures définies en matière de délégation des compétences, la surveillance de l'activité des collaborateurs, etc.⁸³². FORSTER observe à cet égard que, si ces mesures mériteraient d'être concrétisées dans des règles de conduite extra-pénales, les sources sont maigres et peu précises⁸³³.

⁶¹⁹ Dans la mesure où, comme nous le verrons ultérieurement, le défaut d'organisation de l'art. 102 al. 1 CP n'est pas un critère pertinent pour apprécier la compétence du juge à l'égard de l'entreprise⁸³⁴, nous ne détaillons pas davantage les devoirs d'organisation de l'entreprise dans le cadre de cet alinéa.

⁸²⁹ Voir pour la définition de la causalité hypothétique, ATF 130 IV 7, consid. 3.2 ; en faveur de la théorie de la vraisemblance, GEIGER, p. 72 ; *contra* FORSTER M., qui rejette la théorie de la vraisemblance au profit de celle de l'élévation du risque dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, faisant valoir que la preuve du haut degré de vraisemblance serait trop difficile à apporter (p. 225).

⁸³⁰ Pour des exemples des mesures à prendre par l'entreprise dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, voir BERNASCONI, p. 117.

⁸³¹ Voir N 600 *supra*.

⁸³² Voir notamment, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 838 ss ; JEANNERET YVAN, p. 922 ; HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 37 ; voir aussi, BERNASCONI, p. 117 ; pour plus de détails, FORSTER M., p. 214 ss ; plus spécifiquement en lien avec la corruption privée, GFELLER, p. 295 ss.

⁸³³ Voir, avec un aperçu de ces sources, FORSTER M., p. 215 ss ; dans le même sens, SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit, p. 780.

⁸³⁴ Voir N 883 ss *infra*.

VI. Aperçu des conditions spécifiques à l'article 102 al. 2 CP

A. L'indépendance des punissabilités

Au contraire de l'alinéa 1, l'alinéa 2 de l'art. 102 CP consacre l'indépendance des punissabilités entre l'entreprise et son agent. Pour les infractions exhaustivement énoncées à l'art. 102 al. 2 CP, l'entreprise répond donc aux côtés, et non pas en lieu et place, de son collaborateur. L'art. 102 al. 2 CP s'applique de la même manière si aucun individu ne peut être identifié. Cela étant, une infraction prévue à l'art. 102 al. 2 CP pourra également être imputée à l'entreprise, par le biais de l'art. 102 al. 1 CP dans les cas, qui devraient néanmoins rester tout à fait marginaux, dans lesquels le lien de causalité entre manque d'organisation et infraction ne peut être établi mais, qu'en revanche, le défaut d'organisation a empêché l'identification de l'auteur physique.

620

B. Les carences organisationnelles

Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le défaut d'organisation apparaît matériellement comme la « contribution »⁸³⁵ de l'entreprise à l'infraction, les lacunes organisationnelles ayant permis à l'agent de l'entreprise de commettre son forfait. La théorie du défaut d'organisation emprunte ses caractéristiques tant à la figure juridique du garant⁸³⁶ qu'à la construction des infractions par négligence⁸³⁷.

621

A l'instar de la responsabilité subsidiaire, la responsabilité primaire de l'entreprise exige un rapport de causalité hypothétique. En revanche, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le lien doit être établi entre le défaut d'organisation et la commission de l'infraction. En d'autres termes, l'infraction sera imputée à l'entreprise si l'on peut affirmer, avec un haut degré de vraisemblance, que, si

622

⁸³⁵ DYENS, Territorialité, N 1361 s., étant précisé que cet auteur voit dans le défaut d'organisation la contribution de l'entreprise à l'infraction dans le cadre des deux modèles de responsabilité. Toutefois, étant donné que le défaut d'organisation de l'entreprise dans le cadre de 102 al. 1 CP n'entretient pas de lien de causalité avec l'infraction, il ne peut être qualifié de contribution à celle-ci.

⁸³⁶ Voir notamment HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 38 ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 196 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 98 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 62.

⁸³⁷ Notamment PIETH, Risikomanagement, p. 604 ss. ; dans le même sens, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 855 ss ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 200 s.

la seconde avait satisfait à ses devoirs organisationnels, la première n'aurait pas été perpétrée.

623 L'exigence du lien de causalité, appréhendé sous l'angle de la théorie de la vraisemblance, implique que le non respect d'une mesure organisationnelle, probablement *a fortiori* s'il ne s'agit pas d'une règle de droit « dur », n'entraîne pas *ipso facto* le constat d'un défaut d'organisation au sens de l'art. 102 al. 2 CP⁸³⁸.

§ 1. Le caractère « nécessaire et raisonnable » des mesures à prendre

624 La présente section n'a pas pour objectif de détailler le contenu des mesures organisationnelles à mettre en place pour prévenir la commission des infractions énumérées à l'art. 102 al. 2 CP, exercice qui sortirait du cadre de cette étude et a déjà été effectué à plusieurs reprises⁸³⁹. De manière générale, la détermination des devoirs organisationnels d'une entreprise fait appel à ces notions, empruntées à l'anglais et en vogue, de *corporate governance*, *compliance*, *due diligence*, *risk management*, etc.⁸⁴⁰. Nous nous limitons ici à quelques remarques.

625 Certaines mesures organisationnelles élémentaires doivent être prises dans toute entreprise, ce non seulement pour éviter le reproche du défaut d'organisation, mais également en vue d'empêcher la commission d'infractions au détriment de l'entité collective – comme par exemple la gestion déloyale⁸⁴¹. De manière générale par ailleurs, les mesures que doivent adopter les entreprises en vertu du droit des marchés financiers, notamment en matière de transparence, serviront à la prévention d'infractions.

626 Ensuite, on déduit de l'adjectif « raisonnable » que la détermination des mesures utiles appelle un examen concret et individualisé⁸⁴² : celles-ci dépendent de la taille et de l'envergure de l'entreprise⁸⁴³, du marché sur lequel l'entité collective

⁸³⁸ Par exemple, la seule violation des conditions formelles relatives à la délégation des compétences au sens de l'art. 716b CO n'entraîne pas encore un reproche pénal (voir DONATSCH/BLOCHER, p. 62).

⁸³⁹ Voir, pour les banques, GEIGER, en particulier, p. 35 ss et 140 ss ; VON GLEICHENSTEIN, p. 51 ss ; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 266 ss.

⁸⁴⁰ Voir notamment PIETH, Risikomanagement, p. 606.

⁸⁴¹ Comme exemple de mesure d'organisation générale, AUGSBURGER-BUCHELI et PERRIN citent la division des fonctions d'autorisation, d'approbation et de paiement pour les dépenses de l'entreprise (p. 59).

⁸⁴² Voir MACALUSO, La responsabilité pénale, N 888 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 62 s.

⁸⁴³ L'OCDE, tout en exhortant toutes les entreprises à respecter ses Principes directeurs, a reconnu que les PME n'avaient pas les mêmes ressources financières que les grandes (Principes directeurs, p. 20 ch. 6) ; dans le même sens, KUCHOWSKY/RYSER, p. 587 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 66 ; PIETH,

est active, de la partie du globe où elle exerce son industrie, etc.⁸⁴⁴. A noter sur ce dernier point que les mesures raisonnables et nécessaires sont fonction du type d'infractions que l'entreprise cherche à prévenir et, donc, de son secteur d'activités⁸⁴⁵. Dans la même optique, on exigera davantage d'une entreprise active dans un Etat gangrené par la corruption que dans un pays arrivant en tête du classement de Transparency International⁸⁴⁶.

Par ailleurs, comme en matière de négligence, le juge, dans l'appréciation du défaut d'organisation pourra effectuer une comparaison avec les mesures qu'une entreprise « raisonnable », et du même type que celle considérée, aurait prises⁸⁴⁷.

En définitive, c'est par l'interprétation du caractère « raisonnable » des mesures à adopter qu'il appartiendra au juge d'exiger de l'entreprise qu'elle limite au maximum les risques criminogènes liés à son activité entrepreneuriale, tout en faisant preuve d'une certaine pondération, car le risque n'est jamais nul et les attentes d'organisation doivent rester rationnelles. On en revient finalement au concept, sous-jacent, de proportionnalité⁸⁴⁸.

S'agissant du terme « nécessaire », une mesure répond à cet adjectif si elle apparaît indispensable pour prévenir la commission de l'une des infractions mentionnées à l'art. 102 al. 2 CP, aucune mesure moins lourde, notamment financièrement, pour l'entreprise n'apparaissant suffisante.

§ 2. Les sources juridiques

Schématiquement, on peut diviser les sources relatives à une bonne organisation de l'entreprise en deux catégories : celles qui définissent les mesures d'organisation générales que l'entreprise doit mettre en œuvre pour

Risikomanagement, p. 609 ; HELFENFINGER, p. 245 ; en ce qui concerne le critère de la taille, *contra* GEIGER, p. 89 s.

⁸⁴⁴ PIETH, Internationale Anstösse, p. 14 s. ; NADELHOFER DO CANTO, p. 134 ; BERNASCONI, p. 106 ; spécifiquement en lien avec la corruption, DE PREUX, p. 1093. L'adjectif « raisonnable » peut également permettre de circonscrire différemment les devoirs d'une entreprise en fonction du statut de son agent. Ainsi, selon AUGSBURGER-BUCHELI et PERRIN, si l'entreprise doit choisir et instruire avec soin l'intermédiaire étranger, il ne saurait lui être imposé une obligation de surveillance en raison de l'indépendance dont jouit l'intermédiaire (p. 68) ; voir aussi l'art. 3 al. 2 OBA-FINMA qui permet à la FINMA de « tenir compte des particularités liées aux activités des intermédiaires financiers en accordant des allègements ou en ordonnant des mesures de renforcement, notamment en fonction du risque de blanchiment d'argent de l'activité ou de la taille de l'entreprise ».

⁸⁴⁵ BERNASCONI, p. 106.

⁸⁴⁶ AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 63.

⁸⁴⁷ Voir GEIGER, p. 77.

⁸⁴⁸ CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 120.

décourager la criminalité entrepreneuriale – y compris les infractions commises au détriment de l'entité collective – et celles qui sont spécifiquement vouées à la prévention de chaque infraction mentionnée à l'art. 102 al. 2 CP⁸⁴⁹.

631 Le champ est large et divers : sources internationales ou internes, règles administratives, civiles (en particulier commerciales) ou pénales, droit dur ou *soft law*, normes d'autorégulation⁸⁵⁰, règlements et directives internes, etc.⁸⁵¹. Il faut par ailleurs s'intéresser au champ d'application de ces règles, tant sous l'angle spatial que matériel, pour déterminer celles applicables à l'entreprise en cause.

632 Notre objectif n'est pas l'étude du contenu des normes que doivent respecter les entreprises mais une présentation succincte des principales sources, internationales et suisses, du devoir de bonne organisation en vue de la prévention des infractions énumérées à l'art. 102 al. 2 CP, en particulier la corruption publique et le blanchiment d'argent, ce sous l'angle de leur champ d'application spatial.

633 D'emblée, nous relevons que les deux critères de rattachement principaux pour l'application spatiale des sources considérées vont être le siège et la territorialité : de manière générale, une entreprise doit se conformer au droit de l'Etat dans lequel elle a son siège⁸⁵², et à celui dans lequel elle exerce ses activités⁸⁵³.

634 Nous rappelons également, s'agissant du champ d'application matériel que, s'il est avant tout fonction du secteur d'activités que la norme d'organisation

⁸⁴⁹ AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 59.

⁸⁵⁰ Qu'il s'agisse de normes professionnelles, généralement édictées par l'association faîtière de la profession en cause ou de normes internes de l'entreprise (voir BERNASCONI, p. 104).

⁸⁵¹ A noter que, selon une jurisprudence du Tribunal fédéral, une norme privée, en l'occurrence la Convention de diligence des banques, ne représente pour le juge qu'une aide à l'interprétation des devoirs requis par la norme pénale (voir ATF 125 IV 144, JdT 2000 IV 51, p. 57). A juste titre, la doctrine souligne que c'est donner trop peu d'importance aux normes de *soft law* (GFELLER, p. 299 s. ; GEIGER, p. 75 s. ; PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung, p. 364 ; PIETH, Risikomanagement, p. 607 ; voir aussi HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht, p. 39). Cela vaut d'autant plus que, comme nous le verrons par la suite, lorsque l'art. 102 CP s'inscrit dans un contexte transnational, les standards internationaux sont un référentiel indispensable pour le juge. Or, ces standards sont essentiellement concrétisés par des instruments de *soft law*.

⁸⁵² Voir OCDE, Principes directeurs, p. 19 ch. 2 : « [I]es entreprises ont pour obligation première de se conformer à la législation de leur pays ».

⁸⁵³ Le lieu de l'exercice des activités est une émanation du principe de la territorialité du droit administratif, voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 158 ; voir, de manière plus large, la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1974 dans sa Résolution 3281 (XXIX), art. 2b : « [C]haque Etat a le droit de réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale ».

cherche à réguler, il dépend également de la taille (voire du type) de l'entreprise⁸⁵⁴. Ainsi, par exemple, le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise ne s'adresse directement qu'aux entreprises suisses cotées en bourse⁸⁵⁵.

Une application par analogie des règles relatives à une branche d'industrie à une autre, ou une généralisation de celles visant spécifiquement les entreprises d'une certaine taille est cela étant tout à fait envisageable, pour autant que les mesures imposées restent raisonnables pour l'entreprise considérée⁸⁵⁶. En effet, l'analogie n'est pas interdite puisqu'il s'agit de règles extra-pénales et, vu l'indépendance entre droit civil et droit criminel, le juge pénal n'est, sur le principe, pas lié par le champ d'application du premier⁸⁵⁷.

Cela étant, il faut garder à l'esprit que, sur le plan de la faute, il peut être difficile de reprocher à l'entreprise un défaut d'organisation à raison du non-respect de règles qui ne lui sont pas applicables. En particulier, en matière d'outsourcing, si les mesures d'organisation omises devaient découler de règles qui ne s'appliquent qu'à l'entreprise délégataire, il nous paraît exclu de les appliquer à l'entreprise délégante.

En définitive, lorsque le juge pénal se réfère à une mesure d'organisation découlant d'une norme dont l'entité collective poursuivie n'est pas destinataire, il doit se demander si une application par analogie, vu la situation d'espèce, apparaît équitable. Le juge ne doit en tout cas pas y recourir lorsque l'on peut déduire de la règle d'organisation que celle-ci ne veut précisément pas inclure l'entité collective en question dans son champ d'application. En effet, même si le juge pénal apprécie le défaut d'organisation de manière autonome et qu'il n'est pas formellement lié par le champ d'application des normes auxquelles il se réfère pour apprécier les devoirs organisationnels de l'entreprise poursuivie, il est contestable d'étendre à un sujet de droit des règles qui ne lui sont pas adressées. Cela vaut d'autant plus que l'application de ces règles ne serait que peu prévisible pour l'entreprise. Cette approche se recoupe avec la condition du caractère « raisonnable » des mesures à prendre.

⁸⁵⁴ On notera par exemple que Transparency International a édicté des principes de conduite des affaires pour lutter contre la corruption s'adressant spécifiquement aux PME (Transparency International, PME).

⁸⁵⁵ CSBP, p. 6.

⁸⁵⁶ Voir notamment BERNASCONI, qui préconise une application analogique de l'art. 8 LBA à d'autres secteurs que l'intermédiation financière (p. 107).

⁸⁵⁷ CASSANI, Infraction sociale, p. 73 ; voir aussi HELFENFINGER, p. 246 ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 197 s.

a) Les sources internationales

1) En général

638 Ces dernières décennies ont vu croître l'intérêt de la société à l'égard de la bonne gouvernance d'entreprise. Non plus limitées à la seule protection des actionnaires, les règles relatives à la gouvernance d'entreprise dessinent le « comportement » qu'une entité doit adopter afin qu'elle ne soit pas nuisible à la société mais, au contraire, contribue à son bien-être⁸⁵⁸.

639 Dans cette optique, les organismes internationaux ont édicté des normes de *soft law* qui esquissent les contours d'un bon gouvernement d'entreprise. Si ces règles ne sont pas spécifiquement destinées à prévenir les agissements visés à l'art. 102 al. 2 CP, elles font indiscutablement partie des mesures organisationnelles aptes à empêcher la perpétration de ces infractions.

640 A titre d'illustration, nous pouvons citer les principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE. Si ces principes s'adressent en première ligne aux pouvoirs publics⁸⁵⁹, ils contiennent également des recommandations, en particulier sur les tâches et responsabilités du Conseil d'administration, dont les entreprises peuvent directement s'inspirer⁸⁶⁰.

641 On peut aussi mentionner les « Principes de gouvernance d'entreprise à l'intention des banques » du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. En particulier, les principes 6 à 9 relatifs à la gestion des risques – notion qui comprend le risque infractionnel – et à la *compliance* contiennent des informations tout à fait détaillées sur les mesures à mettre en place par les banques.

642 Enfin, les entreprises seront également inspirées de se référer aux normes ISO et nous pensons notamment à la norme ISO 19600, qui trace des lignes directrices pour un système de management de la *compliance* efficace au sein des entreprises⁸⁶¹.

2) En matière de corruption

643 Les mesures préventives évoquées par les conventions internationales de lutte contre la corruption restent formulées en termes généraux, la tâche de les

⁸⁵⁸ Voir BURGENER, p. 369 ; pour une définition technique de la notion de gouvernance d'entreprise, voir FISCHER, p. 19.

⁸⁵⁹ OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise, p. 15 ss.

⁸⁶⁰ OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise, p. 59 ss.

⁸⁶¹ Pour un commentaire de la norme ISO 19600, voir BÜHR/PETSCH/TOLAR, *in toto*.

concrétiser revenant en première ligne aux Etats parties, aux fins du respect de leurs engagements conventionnels⁸⁶². En revanche, plusieurs organismes supranationaux ont établi, à l'attention des entreprises, des règles organisationnelles de *soft law* visant à lutter contre la corruption.

Ainsi, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales décrivent des mesures destinées à prévenir la corruption⁸⁶³. Ils s'adressent aux entreprises multinationales⁸⁶⁴ qui exercent leurs activités dans ou à partir de pays adhérents à l'OCDE⁸⁶⁵. Leur caractère non-contraignant et leur champ d'application centré sur les multinationales n'empêchent pas le juge suisse de s'en inspirer pour apprécier la responsabilité de toute entreprise qu'il considère tomber sous le coup de sa juridiction pénale. D'ailleurs, les Principes directeurs invitent également les PME à leur respect « dans toute la mesure du possible »⁸⁶⁶. De toute façon, nombre des mesures décrites dans ce texte et qui restent formulées de manière assez générale, se recoupent avec des exigences du droit suisse, notamment en lien avec la tenue de la comptabilité. En sus de ces Principes, l'OCDE a également adopté, en 2010, un guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité, qui s'adresse à toutes les entreprises, PME comprises⁸⁶⁷.

Du côté de Transparency International, on peut mentionner les *Business Principles for Countering Bribery*. Ces principes s'adressent à toutes les entreprises et requièrent du comité de direction un engagement actif et visible dans la lutte contre la corruption au sein de l'entreprise. Ils précisent qu'il incombe au directeur (*Chief Executive Officer*) de contrôler la mise en œuvre effective du programme anti-corruption décrit dans les *Business Principles* (point 6.1.2. des *Business Principles*). Dans le même esprit, le World Economic Forum a édicté des *Global Principles for Countering Corruption*, qui apparaissent toutefois moins détaillés que les *Business Principles for Countering Bribery*. A l'instar de ces derniers, les *Global Principles for Countering Corruption* s'adressent à toute entité dans la conduite de ses activités commerciales et exigent du comité de direction

⁸⁶² Ainsi, l'art. 8 de la Convention de l'OCDE fait obligation aux Etats d'édicter des normes d'ordre comptable et le chapitre II de la Convention de l'ONU contre la corruption énonce diverses mesures préventives à mettre en place par les Etats (voir art. 12).

⁸⁶³ Les mesures spécifiques de lutte contre la corruption se trouvent au chapitre VII.

⁸⁶⁴ Sur la notion d'entreprise multinationale, voir OCDE, Principes directeurs, p. 19.

⁸⁶⁵ OCDE, Principes directeurs, p. 3.

⁸⁶⁶ Voir OCDE, Principes directeurs, p. 20.

⁸⁶⁷ OCDE, Guide de bonnes pratiques, p. 1.

un engagement visible et actif dans l'implantation de programmes anti-corruption, dont le suivi doit être assuré par le directeur⁸⁶⁸.

La Chambre de Commerce internationale édicte également régulièrement des recommandations pour combattre la corruption⁸⁶⁹. Ces règles s'adressent à toutes les entreprises, leur mise en œuvre s'effectuant différemment en fonction des risques et de la nature des activités entrepreneuriales⁸⁷⁰. La notion d'entreprise est définie de manière large comme « toute personne physique ou morale engagée dans des activités économiques, à but lucratif ou non, y compris toute entité contrôlée par un État ou par une de ses subdivisions territoriales ; [elle] englobe les sociétés mères et les filiales qu'elles contrôlent »⁸⁷¹.

Par ailleurs, il faut souligner la publication de la norme ISO 37001 « Systèmes de management anti-corruption ». Cette norme contient une série de mesures visant à la prévention, la détection et le traitement des problèmes de corruption au sein des entreprises. Elle s'adresse à toutes les entités collectives et peut être adaptée en fonction de la taille et de la nature des activités de celles-ci⁸⁷².

Enfin, les instruments voués à la prévention du blanchiment d'argent, en particulier les Recommandations du GAFI, dont il est question à la section suivante, servent aussi la lutte contre la corruption⁸⁷³.

3) *En matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme*

Comme en matière de corruption, les conventions internationales de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme donnent quelques indications sur les mesures préventives qu'il appartient aux Etats de prendre⁸⁷⁴. Formulées de manière générale, ces mesures doivent être mises en œuvre par les Etats, qui décideront de leur champ d'application.

⁸⁶⁸ WEF, Global Principles, p. 6.

⁸⁶⁹ AUGSBURGER-BUCHELI et PERRIN préconisent également de s'inspirer du *Business Integrity Management System* de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) (p. 65), étant précisé qu'en 2011 cet organisme a également publié des *Guidelines for Integrity Management (FIM) in the consulting industry, Part 1 – Policies and principles : describes the FIDIC Integrity Management System (FIMS)*.

⁸⁷⁰ Chambre de Commerce internationale, Règles d'ICC, p. 5.

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² Voir http://www.iso.org/iso/fr/home/news_index/news_archive/news.htm?refid=Ref2125 (07.11.2016).

⁸⁷³ Voir en particulier GAFI, Corruption, p. 2.

⁸⁷⁴ Voir l'art. 18 par. 1 let. b de la Convention contre le financement du terrorisme ; l'art. 7 par. 1 let. a de la Convention contre la criminalité organisée ; l'art. 14 par. 1 let. a de la Convention de l'ONU contre la corruption ; pour plus de détails sur ces dispositions, CASSANI, L'internationalisation, p. 352 ss.

Dans le domaine de la *soft law*⁸⁷⁵, l'instrument majeur est les Recommandations du GAFI, qui prévoient un panel de mesures concrètes à mettre en place par les institutions financières⁸⁷⁶. Cela étant, ces Recommandations ne s'adressent directement qu'aux Etats⁸⁷⁷. Même si certaines visent expressément les institutions financières, c'est aux Etats qu'il appartient d'édicter les règles pour leur mise en œuvre.

650

En revanche, le Groupe Wolfsberg, une association composée de 13 banques internationales, a édicté les « *Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking* » qui, eux, s'adressent spécifiquement aux banques, dans le cadre d'une relation de correspondance bancaire. A noter que ces principes s'appliquent également s'agissant d'une relation de correspondance bancaire intra-groupe⁸⁷⁸. De manière générale, cette association a élaboré divers documents destinés à lutter contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la corruption⁸⁷⁹.

651

On peut également mentionner le document du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire intitulé « *Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism* »⁸⁸⁰ qui a remplacé le « *Customer due diligence for banks* » du 14 octobre 2001, relatif aux exigences en matière de connaissance de la clientèle. A l'instar du Groupe Wolfsberg, le Comité de Bâle établit régulièrement des recommandations décrivant des mesures d'organisation pour prévenir le blanchiment.

652

Les publications des deux organismes précités s'adressent de manière générale à toutes les banques.

653

b) Les sources suisses

1) En général

La doctrine relative à la responsabilité pénale du chef de l'entreprise, puis de l'entreprise elle-même, a emprunté au droit civil les classiques trois *curae* de la responsabilité de l'employeur découlant de l'art. 55 CO : l'entreprise doit

654

⁸⁷⁵ Voir, pour les instruments de *soft law*, PIETH, *Der Einfluss*, p. 242 ss ; CASSANI, *L'internationalisation*, p. 235 ss et 259 ss.

⁸⁷⁶ GAFI, *Recommandations*, p. 14 ss ; sur la notion d'institution financière, voir p. 126.

⁸⁷⁷ Voir GAFI, *Recommandations*, p. 7 s.

⁸⁷⁸ Groupe Wolfsberg, *Principles*, p. 2 ss.

⁸⁷⁹ Pour les diverses publications du Groupe Wolfsberg : <http://www.wolfsberg-principles.com/standards.html> (07.11.2016).

⁸⁸⁰ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Guidelines*.

choisir, instruire et surveiller avec soin les agents susceptibles d'engager sa responsabilité pénale⁸⁸¹. L'exigence d'une « organisation rationnelle du travail dans l'entreprise », également déduite par la doctrine de droit civil de l'art. 55 CO⁸⁸² est aussi d'importance pour apprécier la gestion de l'entité collective sous l'angle de l'art. 102 CP.

655 Les règles du droit des sociétés et celles, civiles ou administratives, relatives à la tenue de la comptabilité (art. 957 ss CO) participent à une bonne organisation de l'entreprise⁸⁸³. En matière bancaire, ces dernières seront complétées par des dispositions dans la LB (art. 6) et l'ordonnance y afférente (art. 25 ss OB)⁸⁸⁴. Une tenue scrupuleuse de la comptabilité vise en particulier, dans le domaine qui nous occupe, à empêcher la constitution de « caisses noires » destinées à alimenter les processus de corruption.

656 Pour les entreprises qui y sont soumises, sont également pertinentes la loi sur les bourses⁸⁸⁵ (notamment l'art. 15 LBVM) et son ordonnance d'application⁸⁸⁶ (notamment les art. 19, 20, 30 et 31 OBVM), ainsi que la LIMF, complétée par l'OIMF et l'OIMF-FINMA (notamment les art. 8 ss LIMF et 6 ss OIMF). De manière générale, les mesures organisationnelles requises par le droit de la surveillance des marchés financiers serviront également à la prévention de la criminalité entrepreneuriale.

657 Les différentes circulaires de la FINMA sont aussi d'importance. Même si elles n'ont pas spécifiquement pour objectif la lutte contre les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, elles contiennent un éventail d'exigences organisationnelles aptes à empêcher la commission d'infractions au sein de l'entreprise.

⁸⁸¹ Voir notamment HELFENFINGER, p. 245 ; HOFFMANN/WYSER, p. 31 ; PIETH, Risikomanagement, p. 605 ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 199 s. ; BERNASCONI, p. 110. Dans ce cadre, AUGSBURGER-BUCHELI et PERRIN insistent sur la nécessité, dans le cadre de la prévention de la corruption transnationale, de choisir avec soin l'intermédiaire local qui aide une entreprise à intégrer un marché étranger (p. 68 ; dans le même sens, DE PREUX, p. 1093). A noter d'ailleurs que ces trois *curae* sont expressément repris à l'art. 28 al. 1 OBA-FINMA relatif à la délégation, à des tiers, de certaines vérifications fondamentales à la prévention du blanchiment d'argent (l'identification du cocontractant, du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique, ainsi que les clarifications complémentaires en cas de risque accru).

⁸⁸² CR CO I-WERRO, Art. 55 N 25.

⁸⁸³ Notamment BERNASCONI, p. 104.

⁸⁸⁴ Voir aussi Circ.-FINMA 15/1 « Comptabilité banques », p. 7 ss.

⁸⁸⁵ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), RS 954.1.

⁸⁸⁶ Ordonnance du Conseil fédéral du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM), RS 954.11.

En matière d'outsourcing, la circulaire de la FINMA y relative⁸⁸⁷ s'applique aux banques et négociants en valeurs mobilières organisés en vertu du droit suisse, ainsi qu'aux succursales d'entreprises étrangères établies en Suisse (§ 4). On notera que la circulaire fait obligation aux entités collectives suisses de s'assurer que leurs succursales et les sociétés étrangères du même groupe respectent les principes helvétiques en matière d'outsourcing, ce sous réserve de l'existence d'une réglementation étrangère (§ 5)⁸⁸⁸. Par ailleurs, au premier juillet 2017 entre en vigueur la nouvelle circulaire de la FINMA relative à la gouvernance d'entreprise en matière bancaire⁸⁸⁹.

658

Les carences d'organisation peuvent également se matérialiser dans l'inobservance de règles suisses de *soft law*, telles les directives de l'Association Suisse des Banquiers ou le Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise. Ce dernier document contient des recommandations qui, sans être précisément vouées à empêcher la criminalité entrepreneuriale, contribueront à la prévenir. Ce code s'adresse aux sociétés suisses – soit celles qui ont leur siège social en Suisse⁸⁹⁰ – cotées en bourse mais indique, sans que la portée de la disposition ne soit très claire, que les entreprises non cotées d'une certaine importance économique peuvent s'inspirer des lignes directrices qu'il contient⁸⁹¹.

659

2) En matière de corruption

La législation suisse ne dispose pas d'un arsenal préventif spécifique de lutte contre la corruption. Tout au plus peut-on mentionner, en matière de *soft law*, une brochure édictée en 2008 par le SECO, vouée à la prévention de la corruption à l'étranger par des entreprises suisses et qui prodigue certains conseils à ces dernières, essentiellement en lien avec la formation et la surveillance du personnel⁸⁹².

660

Pour le reste, c'est en première ligne aux entreprises qu'il appartient de définir les mesures qui doivent être mises en œuvre pour assurer une politique anti-corruption efficace, en particulier par l'édiction et la mise sur pied d'un véritable

661

⁸⁸⁷ Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques ».

⁸⁸⁸ La nouvelle circulaire de la FINMA est en revanche muette à cet égard (Circ.-FINMA 17/xx « Outsourcing – banques et assurances »).

⁸⁸⁹ Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », en particulier §§ 52 ss, en lien avec la gestion des risques.

⁸⁹⁰ Sur la nationalité des sociétés, voir N 1009 ss *infra*.

⁸⁹¹ CSBP, p. 6.

⁸⁹² SECO, p. 25 ss.

programme à cet effet⁸⁹³. Dans cette optique, l'entreprise sera bien inspirée d'établir des *codes of conduct* et directives internes suffisamment détaillés, par le biais d'une approche fondée sur le risque corruptionnel encouru. Elle pourra en particulier s'appuyer sur les normes, internationales et internes, en matière de gouvernement d'entreprise. Par ailleurs, les mesures à prendre en vertu de la législation anti-blanchiment serviront également la lutte contre la corruption.

3) *En matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme*

Le pivot du système préventif est la LBA, complétée par deux ordonnances d'application, l'une du Conseil fédéral (OBA), l'autre de la FINMA (OBA-FINMA).

Ratione personae, la LBA et ses ordonnances d'application s'adressent avant tout aux intermédiaires financiers⁸⁹⁴. La notion d'intermédiation financière est décrite de manière large à l'art. 2 al. 2 et al. 3 LBA⁸⁹⁵.

L'obligation de principe de prendre des mesures en vue de prévenir des actes de blanchiment est ancrée à l'art. 8 LBA, qui prévoit à cet effet des obligations de formation et de contrôle du personnel⁸⁹⁶. Ces mesures sont précisées dans l'OBA-FINMA, qui a pour but de détailler « les obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme que les intermédiaires financiers (...) doivent respecter » (art. 1 al. 1 OBA-FINMA).

Du point de vue spatial, la législation anti-blanchiment s'adresse aux intermédiaires financiers qui exercent leur activité en Suisse ou depuis la Suisse (art. 2 al. 1 OBA)⁸⁹⁷. Si l'intermédiaire financier a son siège à l'étranger, c'est à la lueur des circonstances du cas d'espèce qu'il faudra apprécier s'il doit être considéré comme exerçant une activité en Suisse⁸⁹⁸. Des opérations sporadiques en Suisse ne suffisent pas encore à admettre que l'intermédiaire financier exerce

⁸⁹³ Voir à cet égard notamment DE PREUX, p. 1094 s.

⁸⁹⁴ Depuis le 1^{er} janvier 2016, la LBA s'applique aussi très partiellement aux négociants qui reçoivent, pour une transaction, un montant en espèces supérieur à CHF 100'000.- (art. 2 al. 1 LBA et 8^a LBA). Nous ne nous attardons pas ici sur les quelques obligations consacrées par la LBA et l'OBA à l'égard des négociants, vu leur caractère anecdotique.

⁸⁹⁵ Ainsi, par exemple, est un intermédiaire financier l'entreprise qui fait du commerce de métaux précieux ou de matières premières (voir art. 2 al. 3 let. c LBA).

⁸⁹⁶ Voir aussi l'art. 27 al. 1 OBA-FINMA : « [I]a lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme exige un personnel intègre et formé de manière adéquate ».

⁸⁹⁷ A noter que, jusqu'au 1^{er} janvier 2016, le rattachement s'effectuait, non pas en fonction de l'activité, mais du siège de l'intermédiaire financier en Suisse (voir art. 2 al. 1 let. a de l'ancienne Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel, du 18 novembre 2009).

⁸⁹⁸ Département fédéral des finances, Rapport explicatif, p. 4 s.

à titre professionnel une activité sur le sol helvétique⁸⁹⁹. Par exemple, le gestionnaire de fortune qui a son siège à l'étranger, et auquel a été conféré le pouvoir de disposer de valeurs patrimoniales déposées sur un compte bancaire suisse ou d'ouvrir un compte bancaire en Suisse pour son client, n'est pas encore assujéti, de ces seuls faits, au dispositif helvétique anti-blanchiment⁹⁰⁰. Il en va bien entendu autrement si l'intermédiaire financier *gère*, depuis l'étranger, les comptes bancaires suisses de son client.

L'arsenal anti-blanchiment ne s'applique pas aux succursales et filiales étrangères d'une société suisse, pour autant que le fait de se servir des premières pour l'activité d'intermédiation financière n'ait pas pour but de contourner la législation suisse⁹⁰¹. En d'autres termes, si cette activité est, en réalité, gérée depuis la Suisse, on ne tiendra pas compte du fait que la relation avec le client a été formellement nouée avec la succursale, ou la filiale, étrangère⁹⁰². Cela étant, les art. 5 et 6 de l'OBA-FINMA font obligation aux intermédiaires financiers suisses de s'assurer du respect, par leurs succursales à l'étranger et les sociétés étrangères de leur groupe qui exercent une activité dans le secteur financier, de certains fondamentaux de l'arsenal anti-blanchiment⁹⁰³.

Sur le plan de l'autorégulation, la CDB 16 est également vouée, entre autres, à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (voir la let. c du préambule à la CDB 16). Elle détaille à cet effet bon nombre de mesures organisationnelles, notamment en matière d'identification et de vérification du cocontractant et de l'ayant droit économique (chap. 2 à 4 CDB 16). La CDB 16 s'adresse à tous les « comptoirs », situés en Suisse, de banques et négociants en valeurs mobilières (art. 1 al. 1 CDB 16). Conformément au principe de territorialité, elle ne vise en revanche pas les établissements de banques suisses situés à l'étranger (art. 1 al. 1 CDB 16).

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁰¹ Voir Circ.-FINMA 11/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA », p. 8 § 28 ; arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 5.2., in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss ; voir aussi l'art. 1 al. 2 de la CDB (16).

⁹⁰² Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, en particulier consid. 5.1 et 5.2, in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss.

⁹⁰³ Pour plus de détails sur ces dispositions, voir N 1153 ss *infra*.

§ 3. La localisation du défaut d'organisation

a) Lorsque l'entreprise n'a qu'un seul établissement

668 Les lignes qui suivent se focalisent sur la localisation du défaut d'organisation dans une société, en particulier une société anonyme. Il s'agit en effet de la forme de société la plus répandue, à tout le moins s'agissant d'activités commerciales s'exerçant à une échelle d'une certaine importance. Par ailleurs, si un groupe peut être composé de divers types de sociétés, il s'agira, en pratique, essentiellement de sociétés anonymes.

669 En revanche, dès lors que les deux formes d'entités que constituent la société simple et l'entreprise individuelle ne devraient pas jouer un grand rôle dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entreprise, et encore moins dans le contexte de celle du groupe de sociétés, nous n'effectuerons pas l'exercice de déterminer si la localisation du défaut d'organisation dans ces deux types d'entités doit s'apprécier différemment⁹⁰⁴.

670 Si l'entreprise n'est constituée que d'un seul établissement, la localisation du défaut d'organisation ne pose guère de difficultés. Rappelons que, matériellement parlant, les carences organisationnelles constituent la contribution de l'entreprise à l'infraction qui lui est imputée. De la même manière que, pour les personnes physiques, leurs agissements ou omissions se localisent à l'endroit de leur présence, le défaut d'organisation se situe là où on doit considérer l'entreprise comme présente, soit au lieu de son siège⁹⁰⁵. Nous précisons à cet égard que la localisation des insuffisances organisationnelles s'effectue en fonction du lieu de situation de l'entreprise et non des personnes dirigeantes qui la composent ou des employés qui y travaillent. Ceci vaut d'autant plus que l'article 102 al. 2 CP vise le manque d'organisation de l'entreprise en général et ne le rattache pas aux personnes physiques qui sont responsables de ce défaut.

671 Si l'entreprise a son siège à l'étranger, mais exerce une activité commerciale en Suisse, sans toutefois y avoir d'établissement secondaire, le défaut d'organisation n'est pas localisable en Suisse, l'entité collective n'ayant de

⁹⁰⁴ La doctrine dominante considère en effet que, dès lors que l'entreprise individuelle est mentionnée dans la liste des entreprises soumises à l'art. 102 CP la société simple fait également partie des entreprises visées à l'art. 102 al. 4 CP, même si, en réalité, elle n'est pas considérée comme une société mais comme un simple contrat (Notamment CASSANI, *Actualité législative*, p. 679 ; KUCHOWSKY/RYSER, p. 584).

⁹⁰⁵ Voir, s'agissant de la condition de la « présence » de l'entité collective, comme condition d'exercice d'une compétence extraterritoriale, N 987 *ss infra*.

« présence » dans notre pays que de manière ponctuelle, au gré des déplacements de ses employés⁹⁰⁶. Il est exclu de construire une présence fictive et temporaire de l'entreprise là où n'importe lequel de ses agents se trouve, ce qui conduirait au chaos assuré. Cela étant, si le défaut d'organisation ne peut être situé en Suisse, mais que l'infraction de base est réalisée dans le cadre des activités que l'entreprise exerce sur le territoire, elle pourra probablement y être localisée, et c'est donc par là que le lien entre l'entreprise et la Suisse s'effectuera⁹⁰⁷.

Par ailleurs, suivant l'intensité de l'activité commerciale de l'entreprise étrangère sur le territoire helvétique, il n'est pas exclu de considérer l'existence d'une succursale de fait sur le sol suisse⁹⁰⁸. Nous pensons notamment à l'hypothèse de l'administration effective d'une société étrangère en Suisse⁹⁰⁹. La notion d'administration effective doit se comprendre comme le lieu où s'exerce l'activité principale de l'entreprise (*hauptsächliche Betriebsstätte*), là où se déroulent les réunions du Conseil d'administration ou celles de l'Assemblée générale, ou encore là où l'on s'occupe de l'administration de la société⁹¹⁰. Dans cette configuration, l'entreprise ne doit plus être considérée comme constituée d'un seul établissement et la localisation du défaut d'organisation au siège de la succursale se pose. Si l'administration effective de la société se situe en Suisse, il est à notre sens possible de raisonner également sur la base de la notion du siège réel⁹¹¹ : un défaut d'organisation peut se localiser à l'endroit du siège réel de l'entreprise.

Il n'est par ailleurs guère contestable que l'entreprise ne peut se décharger de ses devoirs organisationnels au lieu de son siège statutaire sous prétexte que son administration effective se trouve ailleurs. Ainsi, le défaut d'organisation devrait dans tous les cas se localiser au siège statutaire de l'entreprise, cas échéant également au lieu du siège réel.

⁹⁰⁶ Si l'on prend l'un des rares cas de responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP ayant occupé la justice helvétique, soit celui de l'employé d'une entreprise française ayant commis, dans le cadre de son travail, un excès de vitesse sur sol suisse, il n'a à juste titre pas été prétendu qu'un défaut d'organisation devait être localisé dans notre pays.

⁹⁰⁷ Voir N 837 ss *infra*.

⁹⁰⁸ Voir ATF 108 II 122 *in toto*. On rappellera à cet égard que l'inscription au registre du commerce d'une succursale n'est pas constitutive, mais déclarative (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 18).

⁹⁰⁹ Voir KOBEL/SCHMID/ROTH, p. 82 s.

⁹¹⁰ NOBEL, p. 49.

⁹¹¹ Sur cette notion, voir N 1010 ss *infra*.

b) Lorsque l'entreprise est composée de plusieurs établissements

674 Une entreprise d'une certaine envergure n'est souvent pas exploitée en un seul endroit, mais se compose d'un établissement principal et de comptoirs secondaires, géographiquement séparés du premier, et qui lui permettent d'étendre spatialement le cadre de ses activités. Se pose dès lors la question de savoir si le défaut d'organisation reproché à l'entreprise peut être localisé dans le chef de ses composantes. La réponse est d'importance puisque, si c'est de toute manière l'établissement principal qui répond de l'infraction, la localisation des carences organisationnelles au lieu de situation de l'établissement secondaire pose la seconde question de la compétence pénale du juge de l'endroit d'exploitation de cet établissement. Cette deuxième problématique sera traitée sous VII.E.§ 2. *infra*.

675 A notre sens, à partir du moment où une infraction est perpétrée dans le cadre des activités commerciales d'un comptoir secondaire et qu'elle apparaît en lien de causalité avec un manque d'organisation de l'entreprise, il y a localisation de ce défaut au lieu de situation dudit établissement. En effet, c'est à cet endroit que les mesures propres à empêcher la commission d'infractions liées à l'exploitation de l'établissement secondaire auraient dû être implantées, dans le respect des normes organisationnelles applicables au lieu où se trouve l'établissement en question. Nous rappelons d'ailleurs à cet égard que, conformément à l'art. 2 al. 1 OBA, tout intermédiaire financier considéré comme exerçant une activité en Suisse est soumis à la législation anti-blanchiment, ce qui est le cas de celui qui exploite un comptoir en Suisse. Même si l'établissement principal est situé à l'étranger, c'est au lieu où se situe l'établissement secondaire qu'il eût fallu implanter les mesures utiles⁹¹².

676 La question qui se pose ensuite est de savoir si le défaut d'organisation doit également être localisé au siège de l'établissement principal. Dans la majorité des cas, la réponse devrait être positive : si c'est à l'endroit de l'exploitation secondaire que les mesures doivent être implantées, c'est au siège de l'établissement principal qu'elles doivent être adoptées et mises en place. Ces deux phases seront d'ailleurs souvent indissociables. De manière générale, les carences organisationnelles seront probablement composées d'une « culture d'entreprise défaillante » de l'établissement principal couplée d'un défaut de surveillance des exploitations secondaires.

⁹¹² Dans le même sens CASSANI, La responsabilité pénale, p. 42.

A notre sens cela étant, dans certaines configurations, il est possible que le défaut d'organisation ne doive être localisé qu'à l'endroit de l'exploitation secondaire.

677

A cet égard, il faut effectuer la distinction entre établissement secondaire au sens strict et succursale. Cette deuxième notion est plus étroite que la première en ce sens que, si toute succursale peut être qualifiée d'établissement secondaire, tout établissement secondaire n'atteint pas le degré d'autonomie suffisant vis-à-vis de l'établissement principal pour pouvoir être considéré comme une succursale⁹¹³.

678

L'établissement secondaire, notion que l'on trouve à l'art. 50 LP⁹¹⁴, recouvre toute activité économique, quelle qu'en soit la forme – représentation, agence, bureau, magasin, etc. –, déployée pour une certaine durée à l'aide de ressources humaines et de biens ou de services⁹¹⁵. Dans la mesure où l'établissement secondaire n'a guère d'indépendance par rapport à l'établissement principal, c'est à celui-ci qu'il appartient d'adopter, respectivement d'implanter, les mesures organisationnelles utiles⁹¹⁶. Le défaut d'organisation se localise alors au siège de l'établissement principal, là où les mesures organisationnelles auraient dû être prises, et au lieu de l'exploitation secondaire, là où elles auraient dû être mises sur pied.

679

La succursale, quant à elle, se distingue par son degré d'autonomie. La jurisprudence la définit comme :

680

« [T]out établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires [...] [L]'établissement est autonome lorsqu'il pourrait, sans modifications profondes, être exploité de manière indépendante ; il n'est pas nécessaire que la succursale puisse accomplir toutes les activités de l'établissement principal ; il suffit que l'entreprise locale, grâce à son personnel spécialisé et à son organisation propre, soit à même, sans grande modification, d'exercer d'une façon indépendante son activité d'agence locale ; il s'agit d'une autonomie dans les relations externes, qui s'apprécie de cas en cas d'après l'ensemble des circonstances, quelle que soit la subordination ou la centralisation interne »⁹¹⁷.

⁹¹³ On peut également distinguer la succursale de l'établissement stable au sens de l'art. 4 al. 2 de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11), qui est une notion plus large que la première. La notion d'établissement stable devrait en principe se recouper avec celle d'établissement secondaire.

⁹¹⁴ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1.

⁹¹⁵ OCHSNER, p. 8.

⁹¹⁶ Dans le même sens, PERRIN, Corruption active, p. 267.

⁹¹⁷ Parmi d'autres : ATF 108 II 122, consid. 1. Cette définition implique une autonomie effective et pas seulement apparente (voir MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 10).

681 Cette autonomie implique des locaux séparés de l'établissement principal⁹¹⁸. Il faut en outre que la succursale dispose de sa propre organisation de bureau, d'un directeur autorisé à la représenter, et de la présence constante d'au moins un employé investi du pouvoir de signer les courriers importants⁹¹⁹. Si la direction peut être domiciliée au siège principal, elle doit être organisationnellement intégrée à la succursale et agir de manière autonome, et non pas seulement comme une partie de l'établissement principal⁹²⁰. L'indépendance d'une succursale se manifeste également dans le fait que celle-ci entretient des relations directes avec la clientèle⁹²¹. En résumé, la succursale bénéficie d'un accès direct au marché⁹²². Elle doit être inscrite au registre du commerce de son lieu de situation⁹²³.

682 En raison de cette autonomie, il a été souligné que la succursale devait être considérée comme une entreprise à part entière⁹²⁴. Comme vu sous II. *supra*, la discussion nous paraît revêtir peu de portée pratique dès lors que c'est de toute façon l'établissement principal qui sera poursuivi, à défaut pour la succursale d'avoir une quelconque capacité juridique. En revanche, le fait que ces auteurs qualifient la succursale d'entreprise pourrait signifier qu'ils admettent que le défaut d'organisation puisse se localiser exclusivement en son sein. Mais, là encore, il n'y a pas besoin de qualifier la succursale d'entreprise pour y situer le manque d'organisation : on peut tout à fait considérer que l'infraction a été commise au sein de l'entreprise, constituée de l'établissement principal et de la succursale mais que c'est dans cette dernière qu'il faut situer le défaut d'organisation.

683 L'indépendance dont jouit la succursale a donc à notre sens pour conséquence que le défaut d'organisation sera parfois localisable au seul siège de celle-ci. Nous pensons à des constellations de « petite » criminalité entrepreneuriale, lorsque, par exemple, seul un ou deux actes de blanchiment ont été commis dans un secteur particulier assumé par la succursale et que le défaut d'organisation n'apparaît pas trop important. En cas d'infractions commises à plus grande échelle, révélatrices d'une culture d'entreprise défaillante en revanche, un

⁹¹⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 10. Il n'est en revanche pas nécessaire que les locaux soient utilisés exclusivement par la succursale (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 10 ; ATF 108 II 122, consid. 3a).

⁹¹⁹ ATF 117 II 85, consid. 4.a).

⁹²⁰ *Ibid.*, consid. 4.b).

⁹²¹ *Ibid.*, consid. 4.a).

⁹²² *Ibid.*, consid. 4.b).

⁹²³ Voir les art. 641 CO, 778a CO, 836 CO et 935 CO.

⁹²⁴ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 564 ss ; FORSTER M., p. 146.

manque d'organisation devrait toujours être localisable (également) au siège de l'établissement principal.

La localisation des carences organisationnelles exclusivement au siège de la succursale dépend avant tout du degré d'autonomie, très variable, de celle-ci – en d'autres termes de la répartition des tâches entre l'établissement principal et sa succursale – et de la nature du défaut d'organisation. En particulier, si les lacunes organisationnelles s'inscrivent dans le cadre de la marge de manœuvre de la succursale, elles devront être localisées au seul lieu de situation de celle-ci. Par exemple, si l'engagement du personnel de la succursale d'une entreprise de crédit est du ressort exclusif de l'établissement secondaire et que l'un des collaborateurs de ce dernier, mal choisi et mal surveillé, commet un blanchiment d'argent par omission, le défaut d'organisation, qui se concrétise ici dans une gestion défaillante des ressources humaines, sera réalisé dans le chef de la succursale. Il importe peu à cet égard que les rapports de travail soient formellement noués avec l'établissement principal, pour autant que la gestion des ressources humaines soit de la compétence exclusive de la succursale. En revanche, si l'établissement principal avait son mot à dire quant au choix l'employé, avait un devoir de surveillance à son égard, et que l'infraction commise par l'agent résulte des lacunes de l'établissement principal en la matière, le défaut d'organisation se localisera tant dans la succursale qu'au siège de l'établissement principal.

684

A noter encore que les tâches intransmissibles du Conseil d'administration au sens de l'art. 716a CO ne peuvent être déléguées à la succursale. Le respect des ch. 1 et 5 de la disposition précitée implique, notamment, la mise en place de programmes anti-corruption⁹²⁵ et la prévention du blanchiment d'argent. Ainsi, si le mauvais choix et la surveillance insuffisante de l'agent auteur de l'infraction peuvent être considérés comme résultant – à tout le moins en partie – d'un défaut de mise en place effective d'un programme anti-corruption, le défaut d'organisation sera également localisable au siège de l'établissement principal.

685

En outre, l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO impose au Conseil d'administration, sans délégation possible, la haute surveillance sur le personnel chargé de la gestion, aux fins d'assurer le respect de la *compliance* au sens strict, soit l'observation des lois, statuts, règlements applicables, ainsi que les instructions données. Dès lors, même si l'établissement principal n'est pas soumis au même ordre juridique que sa succursale, le Conseil d'administration doit contrôler que la direction de la

686

⁹²⁵ DE PREUX, p. 1094 s. ; dans ce sens également, CASSANI, La lutte contre la corruption, p. 52 ; voir aussi, Transparency International, Business Principles, ch. 6.2.1. ; WEF, Global Principles, p. 6.

succursale respecte la réglementation à laquelle cette dernière est soumise. On précisera toutefois que la notion de « haute surveillance » suppose que, si le Conseil d'administration doit contrôler les aspects principaux de l'activité de ceux à qui la gestion a été déléguée, il n'est pas tenu d'en surveiller les détails⁹²⁶.

687

Pour résumer, une succursale peut bénéficier d'une autonomie suffisante pour que le défaut d'organisation puisse être réalisé dans son seul chef. La localisation du défaut d'organisation s'apprécie à la lueur des circonstances d'espèce et dépend, en définitive, de savoir qui, de l'établissement principal ou de la succursale, était tenu de mettre en œuvre les mesures organisationnelles qui ont été omises. La réponse suppose que l'on évalue les mesures concrètes qui auraient dû être prises, puis que l'on détermine, à la lueur de la répartition des tâches entre établissement principal et succursale, qui était responsable de leur mise en place. Si le défaut d'organisation résulte de plusieurs omissions, les unes imputables à l'établissement principal, les autres à la succursale – ce qui devrait régulièrement être le cas –, le défaut d'organisation se situera à deux endroits différents.

⁹²⁶ CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 716a N 35.

VII. L'application spatiale de l'article 102 CP

A. Remarques générales

L'application spatiale de l'art. 102 CP n'est pas évoquée dans les travaux préparatoires. Pourtant, les infractions commises dans le cadre de la vie entrepreneuriale, en particulier le blanchiment d'argent et la corruption, présenteront régulièrement un caractère transnational. C'est d'autant plus le cas que la plupart des entreprises d'une certaine envergure exercent leurs activités de manière transfrontière et possèdent des ramifications dans plusieurs Etats.

688

Il faut selon toute probabilité inférer de ce silence que le législateur a estimé que les art. 3 à 8 CP devaient être appliqués, dans le cadre de l'art. 102 CP, de la même manière qu'en matière de responsabilité des personnes physiques. Cette solution ne nous enseigne pas encore comment combiner, dans un cas concret, les dispositions précitées.

689

Comme nous allons le voir à présent, le sujet soulève de délicates questions. Le législateur aurait été mieux inspiré de régler expressément la problématique et d'élaborer une base de compétence spéciale pour l'entreprise, par exemple fondée sur le critère du siège. Nous concédons cependant à cette omission qu'elle s'inscrit dans la tendance européenne puisque, comme nous le verrons sous C. *infra*, nombre d'Etats européens ne disposent pas davantage de règles de compétence spécifiques en lien avec la responsabilité pénale des entités collectives.

690

B. Exigences supranationales

Avant de passer à l'examen, sous l'angle national, de l'application spatiale de l'art. 102 CP, nous allons examiner si l'on peut dégager d'instruments supranationaux des règles relatives à la compétence pénale des Etats à l'égard des entités collectives.

691

Dans cette optique, nous n'analyserons que les conventions relatives aux infractions énumérées à l'art. 102 al. 2 CP. La construction de l'art. 102 al. 1 CP est de toute manière sujette à caution au regard des exigences internationales de

692

sorte que, de quelque manière que l'on en conçoive le champ d'application spatial, c'est la norme toute entière qu'il conviendrait de revoir⁹²⁷.

693 En particulier, la subordination de la punissabilité de l'entreprise au défaut d'imputation de l'infraction à une personne physique limite de manière drastique le risque pénal pour l'entreprise. Or, comme déjà esquissé⁹²⁸, une sanction qui ne présente qu'une probabilité moindre d'être appliquée ne remplit pas les impératifs d'efficience et de dissuasion requis par les instruments internationaux. Les sanctions civiles et administratives prévues par le droit suisse ne les satisfont pas davantage. Le Conseil fédéral lui-même le souligne, à l'appui de son Message précédant la ratification de diverses conventions de lutte contre le terrorisme : « [i]l y a (...) bien longtemps que le Conseil fédéral a pris conscience du fait que seules des sanctions de droit pénal pouvaient être suffisamment efficaces et dissuasives pour les entreprises »⁹²⁹.

694 Nous effectuerons également, dans un deuxième temps, une brève incursion, qui se voudra non- exhaustive, dans le droit européen, comme source d'inspiration.

§ 1. Le champ d'application personnel

695 Les instruments supranationaux traitent toujours de la responsabilité des « personnes morales » (*legal persons*). La notion ne comprend donc que les entités collectives dont la personnalité juridique est reconnue par le droit qui leur est applicable. Y échappent en particulier les groupes de sociétés et d'autres formes d'entités collectives, telles la société en nom collectif du droit suisse. Comme nous allons le voir dans les sections qui suivent, cela ne signifie pas encore que le phénomène du groupe de sociétés échappe à l'intérêt des textes internationaux.

696 Le choix de la notion de « personne morale » apparaît dicté par la variété des systèmes nationaux quant aux types d'entités collectives sujettes à responsabilité⁹³⁰, et par le fait que la condamnation, assortie d'une sanction,

⁹²⁷ Voir à cet égard CASSANI, Chronique 2010, p. 516 ss ; PIETH, Der Einfluss, p. 264.

⁹²⁸ Voir N 615 *supra*.

⁹²⁹ Message relatif à la répression du financement du terrorisme, p. 5030.

⁹³⁰ Par exemple, la France a opté pour la solution restrictive de « personne morale » (voir art. 121-2 CP français) ; quant à la législation autrichienne, elle traite des « *Verbände* », qui comprennent les personnes morales, les sociétés de personnes dûment enregistrées ainsi que les Groupements européens d'intérêts économiques (GEIE) (§ 1 (2) *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* (VbVG)) (voir, pour plus d'exemples, GIUDICELLI-DELAGE, Le champ, p. 26 ss).

d'une entité sans personnalité juridique pose des problèmes, en particulier s'agissant du destinataire de la peine⁹³¹. En revanche, les législations nationales connaissent toutes, même si les formes sont différentes, le concept de « personne morale »⁹³². Ce critère « détermine le champ d'application *minimum* des dispositifs nationaux de responsabilité collective »⁹³³. Suivant le droit national étudié, il convient donc de remplacer la notion de « personne morale » par celle utilisée par l'ordre juridique considéré.

Pour notre part, dans la suite de l'analyse et pour éviter de trop nombreuses répétitions, nous utiliserons indistinctement les termes « entité collective » ou « personne morale » lorsque nous nous référerons aux dispositions supranationales. L'emploi de cette deuxième notion ne signifie donc pas que nous restreignons nécessairement nos propos aux entités avec personnalité juridique.

697

§ 2. Les obligations internationales de la Suisse

En raison du rôle phare qu'elles jouent dans la société civile et de leur potentiel de nuisance, les entités collectives captent de plus en plus l'attention du droit international. Dans le cadre de cette évolution, diverses conventions liant la Suisse imposent l'instauration d'une responsabilité des personnes morales pour les infractions dont elles traitent, cette responsabilité pouvant être de nature pénale, civile ou administrative, pourvu que les sanctions prévues par le droit interne soient « efficaces, proportionnées et dissuasives »⁹³⁴. Certains instruments internationaux donnent également des indications quant au mode d'imputation de l'infraction à l'entité collective.

698

Ainsi, l'art. 18 de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe adopte un modèle de responsabilité par identification, lié à la fonction

699

⁹³¹ SELVAGGI, p. 11.

⁹³² GIUDICELLI-DELAGE, Le champ, p. 20.

⁹³³ GIUDICELLI-DELAGE, Le champ, p. 20. Notons également que les Principes directeurs relatifs à la responsabilité pénale des entités juridiques au sein de l'UE, proposés dans le cadre d'une étude comparatiste récente, s'adressent aux personnes morales, même s'il est expressément indiqué que les Etats membre peuvent étendre la responsabilité aux entités dépourvues de personnalité juridique (voir FIORELLA ET AL., Guidelines, Paragraph 1 ch. 2 et 2 ch. 5 p. 437).

⁹³⁴ Voir par exemple l'art 23 de la Convention contre la traite des êtres humains ; l'art. 13 de la Convention sur la cybercriminalité ; l'art. 5^{bis} de la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime du 10 mars 1988 (RS RS 0.747.71) telle qu'amendée par le Protocole du 14 octobre 2005 y relatif (RS 0.747.712) ; les art. 2 et 3 de la Convention de l'OCDE ; les art. 18 et 19 ch. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; l'art. 26 de la Convention de l'ONU contre la corruption ; l'art. 10 de la Convention contre la criminalité organisée ; l'art. 5 de la Convention contre le financement du terrorisme.

dirigeante de la personne physique qui a commis l'infraction (ch. 1) ou qui, par une absence de contrôle ou de surveillance adéquats, a rendu possible sa commission par l'un de ses subordonnés (ch. 2)⁹³⁵. Le mode d'imputation est en revanche laissé à l'appréciation étatique dans la Convention de l'ONU contre la corruption (art. 26) ou la Convention contre la criminalité organisée (art. 10 ch. 1). Il en va de même de la Convention de l'OCDE (art. 2), étant toutefois précisé que, conformément au guide de bonnes pratiques de l'OCDE, le régime de responsabilité doit être aménagé de façon souple, pour couvrir une large palette de situations⁹³⁶. De manière générale, l'exigence de l'efficacité et de l'effet dissuasif des sanctions prévues suppose, en amont, l'adoption d'un modèle de responsabilité approprié. La quasi-totalité⁹³⁷ des instruments internationaux qui prévoient une responsabilité des personnes morales contiennent également des dispositions relatives à la compétence, mais aucune d'elles ne considère la seconde *en lien* avec la première.

a) En matière de corruption

700 La Suisse est partie à trois conventions pénales spécifiquement vouées à la lutte contre la corruption : la Convention de l'OCDE ; la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; la Convention de l'ONU contre la corruption. L'incrimination de la corruption est également prévue à l'art. 8 de la Convention contre la criminalité organisée.

701 La responsabilité – civile, pénale ou administrative – des personnes morales est prévue à l'art. 2 de la Convention de l'OCDE, à l'art. 18 ch. 1 et 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption et à l'art. 26 ch. 1 et 2 de la Convention de l'ONU contre la corruption. On retrouve l'exigence des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives aux art. 3 ch. 1 et 2 de la Convention de l'OCDE, à l'art. 19 ch. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption et à l'art. 26 ch. 4 de la Convention de l'ONU contre la corruption.

⁹³⁵ Pour une approche identique, voir l'art. 10 de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 relative au blanchiment ; voir aussi l'art. 5 de la Convention contre le financement du terrorisme qui prévoit un modèle proche des conventions du Conseil de l'Europe, en instaurant la responsabilité des personnes morales pour les actes commis, dans l'exercice de ses fonctions, par une personne responsable de la direction ou du contrôle de la personne morale.

⁹³⁶ Voir OCDE, Bonnes pratiques corruption, point B).

⁹³⁷ Fait exception la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment.

1) *Compétence territoriale et entités collectives*

Les trois instruments précités imposent l'établissement d'une compétence territoriale (art. 4 ch. 1 de la Convention de l'OCDE ; art. 17 ch. 1 let. a de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; art. 42 ch. 1 let. a de la Convention de l'ONU contre la corruption). Le principe de territorialité doit être interprété largement⁹³⁸. Il appartient donc aux Etats de se reconnaître compétents relativement aux incriminations prévues par ces instruments⁹³⁹, dès lors que l'infraction est réalisée en tout ou partie sur leur territoire.

En matière de corruption active, la doctrine suisse reconnaît, par exemple, un lieu de commission tant au lieu où l'avantage indu a été promis, offert ou octroyé, que là où l'agent public a agi ou, s'agissant d'une *omission* contraire aux devoirs de fonction, là il aurait dû agir⁹⁴⁰. En outre, l'acte du corrupteur peut se localiser en plusieurs endroits s'il est effectué au moyen de télécommunications⁹⁴¹.

Nous rappelons à ce stade que le principe de territorialité se rattache au crime, ce qui est d'ailleurs bien souligné par le fait que le texte des trois conventions de lutte contre la corruption lie la compétence territoriale à l'infraction de corruption commise, et non à son auteur⁹⁴². De ce rattachement à l'infraction découle l'obligation, pour l'Etat dans lequel une infraction de corruption est réputée commise, de poursuivre toute personne, physique ou morale, rendue responsable, selon son droit interne⁹⁴³, de l'acte perpétré, sans considération du lieu de situation ou de la nationalité de l'auteur.

⁹³⁸ Voir OCDE, Commentaires, ad art. 4 § 1 ; Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption, § 79 ; dans le même sens, ONUDC, Guide législatif corruption, § 504.

⁹³⁹ Pour autant qu'elles n'aient pas fait l'objet d'une réserve, comme l'a fait la Suisse à l'égard du trafic d'influence prévu à l'art. 12 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption.

⁹⁴⁰ CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 25 et p. 29 s.

⁹⁴¹ Voir CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 26 ss.

⁹⁴² Les libellés sont les suivants : « [c]haque Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire » (art. 4 ch. 1 de la Convention de l'OCDE ; nous mettons en italiques) ; « [c]haque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence relativement à une infraction pénale établie en vertu des articles 2 à 14 de la présente Convention, lorsque l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire » (art. 17 ch. 1 let. a de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; nous mettons en italiques) ; « [c]haque Etat Partie adopte les mesures nécessaire pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention (...) [I]orsque l'infraction est commise sur son territoire » (art. 42 ch. 1 let. a de la Convention ONU contre la corruption ; nous mettons en italiques).

⁹⁴³ Cas échéant conformément à ses obligations internationales, soit, notamment, aux dispositions prévoyant la responsabilité des personnes morales.

En conséquence, ces instruments internationaux imposent aux Etats de se reconnaître compétents à l'égard d'une personne morale, indépendamment de l'endroit de son siège, si l'acte de corruption tel que décrit dans la convention est réputé commis sur leur sol⁹⁴⁴. Il n'apparaît pas que cette exigence ait posé de difficultés aux Etats parties. A notre connaissance, aucun d'entre eux n'a indiqué restreindre le champ d'application de la responsabilité des entités collectives à celles ayant leur siège sur le territoire⁹⁴⁵.

2) *Compétence personnelle active et entités collectives*

Selon l'art. 4 ch. 2 de la Convention de l'OCDE, les Etats qui connaissent le principe de la nationalité active doivent l'appliquer à la corruption d'agents publics étrangers, aux conditions prévues par leur droit interne pour l'exercice de ce titre de compétence. La Convention de l'ONU contre la corruption prévoit l'établissement facultatif du principe de la personnalité active (art. 42 ch. 2 let. b). L'art. 17 ch. 1 let. b de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption impose la reconnaissance du principe de la nationalité active mais, conformément à l'art. 17 ch. 2, les Etats peuvent formuler une réserve à la disposition précitée, notamment l'assortir de conditions. La Suisse a fait usage de cette réserve : la compétence de la Suisse ne peut être exercée qu'à condition que la double incrimination soit remplie, que l'auteur se trouve sur le territoire et qu'il ne soit pas extradé.

Ces trois conventions prévoient par ailleurs, sur la base d'une clause *aut dedere aut prosequi*, que les Etats parties ont une obligation de poursuite de leurs ressortissants, s'ils refusent une demande d'extradition en vertu du principe de non-extradition des nationaux (art. 10 ch. 3 de la Convention de l'OCDE ; art. 42 ch. 3 de la Convention de l'ONU contre la corruption ; 17 ch. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption).

Lorsque l'infraction s'est déroulée entièrement à l'étranger, la compétence des Etats à l'égard des personnes morales est envisagée, dans les travaux internationaux relatifs à la corruption transnationale, sous l'angle du principe

⁹⁴⁴ Le raisonnement est le même s'agissant du principe du pavillon, prévu de manière contraignante à l'art. 42 ch. 1 let. b de la Convention de l'ONU contre la corruption.

⁹⁴⁵ Voir toutefois OCDE, Bilan, qui relève que la Grèce et l'Italie ont suggéré que la compétence territoriale à l'égard des personnes morales étrangères pourrait soulever des difficultés (§ 243). Cela étant, s'agissant de ce dernier pays, en 2004, un tribunal milanais a reconnu l'applicabilité du droit italien à l'entreprise Siemens pour faits de corruption réalisés en Italie (voir MANACORDA, Limiti Spaziali, p. 97).

de la nationalité active⁹⁴⁶. Nous détaillerons l'application de ce principe aux entités collectives en droit suisse sous F.§ 2. *infra*.

Une problématique qui a largement préoccupé les organismes de lutte contre la corruption est celle de la compétence de l'Etat du siège de la personne morale pour juger des actes commis au sein d'une entité collective liée à cette personne morale (généralement une filiale), et qui est basée à l'étranger⁹⁴⁷. Indépendamment de la question de l'imputation des actes ou omissions d'une personne morale à une autre⁹⁴⁸, il faut, au préalable, que l'Etat soit compétent sur le principe pour connaître d'actes perpétrés à l'étranger, et dont une entité collective nationale peut être amenée à répondre. Le Guide technique de la Convention de l'ONU contre la corruption suggère de considérer une société comme nationale si elle a été constituée conformément à la législation de l'Etat considéré ou si elle a son siège dans cet Etat⁹⁴⁹. Nous traiterons de la nationalité d'une entité collective sous F.§ 2.a) *infra*.

L'application du principe de la personnalité active à la personne morale apparaît en règle générale tout à fait acceptée par les Etats⁹⁵⁰ et de nombreuses Parties à la Convention de l'OCDE, telles que l'Afrique du Sud⁹⁵¹, l'Australie⁹⁵²,

⁹⁴⁶ Voir notamment Conférence des Etats Parties, Convention de l'ONU contre la corruption, examen des art. 40 à 42, p. 3 ; OECD Convention-PIETH p. 343 s. ; voir aussi l'art. VIII § 1 de la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996 qui dispose que « [s]ous réserve de sa Constitution et des principes fondamentaux régissant son système juridique, chaque Partie interdira et sanctionnera l'acte d'offrir ou de donner à un fonctionnaire d'un autre Etat, directement ou indirectement, tout objet de valeur pécuniaire ou tout autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages en échange de la réalisation par ce fonctionnaire de tout acte ou omission dans l'exercice de ses fonctions, en liaison avec une transaction économique ou commerciale, lorsque cet acte aura été commis (...) par des entreprises qui y sont domiciliées » ; les art. 7 § 1 point d de la Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne et 6 ch. 1 let. d du premier protocole, établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (96/C 313/01), qui prévoient l'établissement d'une compétence pénale au lieu du siège de l'institution communautaire lorsque l'auteur de l'infraction est fonctionnaire de l'institution en question.

⁹⁴⁷ Ce souci transparaît dans plusieurs documents relatifs aux instruments internationaux de lutte contre la corruption (voir notamment OCDE, Réexamen dix ans après, § 40).

⁹⁴⁸ Cette question sera traitée dans la 3^{ème} partie de ce travail.

⁹⁴⁹ ONUDC, Guide technique corruption, p. 153 ; voir aussi OCDE, Bilan, § 240. Il faut noter que les deux alternatives se recoupent, dès lors qu'une société constituée sous la législation d'un Etat y aura en principe son siège statutaire. On peut en revanche se demander si le « siège » peut inclure le siège « réel » lorsque la société est effectivement administrée en un lieu différent de son siège statutaire (voir N 1011 *infra*).

⁹⁵⁰ Voir notamment ONUDC, Guide technique corruption, p. 153 ; OCDE, Bilan, § 238.

⁹⁵¹ Section 35(1)(d) et (e) du Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 2004, reproduit in OCDE, Phase 3, South Africa, p. 83 s.

⁹⁵² § 70.5(b)(iii) Criminal Code Amendment Bribery of Foreign Officials Act 1999, reproduit in OCDE, Rapport sur l'Australie, phase 3, octobre 2012, p. 81 s.

l'Autriche⁹⁵³, la Belgique⁹⁵⁴, le Canada⁹⁵⁵, le Danemark⁹⁵⁶, l'Estonie⁹⁵⁷, la Finlande⁹⁵⁸, la France⁹⁵⁹, l'Irlande⁹⁶⁰, Israël⁹⁶¹, le Portugal⁹⁶², la République tchèque⁹⁶³, le Royaume-Uni⁹⁶⁴, la Suisse⁹⁶⁵ ou encore les Etats-Unis⁹⁶⁶ ont indiqué disposer d'une compétence basée sur le principe de la nationalité pour poursuivre les personnes morales à raison d'infractions de corruption intégralement commises à l'étranger. Devrait faire exception l'Allemagne, dès lors que le champ d'application spatial de l'OWiG, fondement légal de la responsabilité des entités collectives, est limité aux infractions commises sur le territoire allemand (voir § 5 OWiG)⁹⁶⁷.

711 La compétence personnelle active à l'égard de la personne morale doit s'apprécier de manière autonome, indépendamment de la nationalité de l'auteur physique⁹⁶⁸. Rattacher l'exercice de cette compétence à la citoyenneté de l'individu fait fi du critère de rattachement qui fonde le principe de la nationalité, puisqu'un Etat pourrait alors poursuivre une entreprise étrangère, pour un acte perpétré à l'étranger, pour autant que l'agent de l'entreprise soit un ressortissant de cet Etat. Or, dans cette hypothèse, le lien de rattachement entre l'Etat et le sujet sur lequel il exerce son droit de punir fait précisément défaut.

712 A l'inverse, il n'y a aucune raison de subordonner la compétence de poursuivre une entreprise dite « nationale » à la citoyenneté de l'auteur physique⁹⁶⁹. Nous

⁹⁵³ Section 12 (1) et (2) *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* cum § 64 ch. 2a du code pénal autrichien.

⁹⁵⁴ Article 10 *quater* § 2 du code d'instruction criminelle belge, applicable par analogie aux personnes morales (OCDE, Rapport sur la Belgique, phase 3, octobre 2013, § 21 ss).

⁹⁵⁵ Art. 5(1) let. c. de la loi du 19 juin 2013 modifiant la loi sur la corruption d'agents publics étrangers ; OCDE, Canada, Follow-up to the Phase 3, mai 2013, § 2.

⁹⁵⁶ OCDE, Rapport sur le Danemark, phase 3, mars 2013, § 107.

⁹⁵⁷ Section 7 (2) 2 du code pénal estonien (OCDE, Phase 3, Estonia, juin 2014, p. 66 et § 38).

⁹⁵⁸ Section 6 (1) cum Section 9 du chapitre 1 du code pénal finlandais (voir aussi OCDE, Rapport sur la Finlande, phase 3, octobre 2010, § 51).

⁹⁵⁹ OCDE, France, phase 2, janvier 2004, § 120.

⁹⁶⁰ OCDE, Phase 3, Ireland, décembre 2013, § 78.

⁹⁶¹ OCDE, Israel, Phase 2, décembre 2009, § 157 s.

⁹⁶² Voir l'art. 5 § 1 let. g du code pénal portugais ; voir aussi OCDE, Rapport sur le Portugal, phase 3, juin 2013, § 102.

⁹⁶³ OCDE, Phase 3, Czech Republic, mars 2013, § 51.

⁹⁶⁴ Voir Section 12 (4) (h) du UK Bribery Act 2010.

⁹⁶⁵ OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 2, décembre 2004, § 104.

⁹⁶⁶ ONUDC, Country Review USA, p. 149.

⁹⁶⁷ BöSE, p. 245.

⁹⁶⁸ Cette dépendance a parfois pu être constatée dans certains Etats (ONU, Guide technique corruption, p. 153 ; OCDE, Bilan, § 241 ; OCDE, Phase 3, Estonia, juin 2014, § 39).

⁹⁶⁹ Dans le même sens, Conseil de L'Europe, Liability, p. 59.

rappelons à ce stade que, pour l'application du principe de la personnalité active, la nationalité de chaque participant à l'infraction se détermine de manière indépendante⁹⁷⁰. On notera d'ailleurs que, dans un contexte de corruption d'un agent public étranger, si l'infraction est commise par un intermédiaire local, celui-ci sera régulièrement de nationalité étrangère.

La non-reconnaissance du principe de la nationalité est susceptible de créer d'importantes lacunes en matière de corruption d'agents publics étrangers, car cette infraction se déroulera souvent à l'étranger⁹⁷¹, même s'il ne faut pas perdre de vue que l'interprétation large donnée au concept de territorialité permet de soumettre bon nombre de cas au champ d'application du principe éponyme.

En outre, pour la responsabilité de la personne morale, se pose la question de savoir si le défaut de compétence de l'Etat du siège n'est pas contraire, si ce n'est à la lettre, du moins à l'esprit des instruments de lutte contre la corruption.

Une réponse négative pourrait être dégagée du commentaire de l'art. 8 de la Convention de l'OCDE, qui a trait à l'obligation étatique d'établir des normes comptables dont la violation doit faire l'objet de sanctions appropriées. On peut y lire en effet que « les infractions comptables visées à l'article 8 se produisent généralement dans le pays d'origine de la société, alors que l'infraction de corruption a pu être commise dans un autre pays, ce qui peut permettre de combler certaines lacunes dans le champ d'application effectif de la Convention »⁹⁷². Cette proposition suggère que les rédacteurs de la Convention ont envisagé le cas d'un Etat qui ne serait pas compétent sur la base du seul critère du siège, et qu'ils ont voulu pallier cette carence en prévoyant une infraction spéciale, pour laquelle l'Etat du siège de la personne morale serait compétent sur la base du principe de la territorialité. Si un tel cas a été considéré, c'est logiquement qu'il ne consacrait pas une violation de la Convention de l'OCDE.

On notera en revanche que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, dont le chapitre VII est consacré à la lutte contre la corruption, s'adressent tant aux entreprises exerçant leurs activités sur le territoire d'un gouvernement adhérent qu'opérant depuis celui-ci⁹⁷³. Dans ce

⁹⁷⁰ Voir N 451 *supra*.

⁹⁷¹ Dans le même sens, OCDE, Réexamen dix ans après, § 42. La latitude laissée aux Etats pour l'établissement de la compétence personnelle active a également été critiquée par Transparency International (voir OCDE, Compilation of responses, p. 102).

⁹⁷² OCDE, Commentaires, ad art. 8, § 29.

⁹⁷³ Voir le point I de la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales des gouvernements adhérents du 25 mai 2011 (p. 10).

même chapitre, au point 76, on trouve par ailleurs l'indication selon laquelle les instruments de l'OCDE « ont pour but d'éliminer l' 'offre' de pots-de-vin à des agents publics étrangers, chaque pays étant compétent *pour les activités de ses entreprises* et les actes commis sur son territoire »⁹⁷⁴. En outre, le point C du guide de bonnes pratiques de l'OCDE invite les Etats à s'assurer qu'une entité collective ne puisse se soustraire à sa responsabilité par le recours à un intermédiaire, notamment une personne morale qui lui est liée, pour commettre l'infraction⁹⁷⁵. Or, à défaut de reconnaissance d'un chef de compétence extraterritorial, les Etats ne pourront satisfaire à cette exigence lorsque l'entité collective liée, au sein de laquelle l'infraction a eu lieu, a son siège à l'étranger.

717

En 2013, à l'occasion de la conférence des Etats parties à la Convention de l'ONU contre la corruption, a été considéré comme un « bon élève » un Etat⁹⁷⁶ qui avait établi un principe de nationalité étendu, entre autres applicable aux personnes morales constituées selon le droit interne, filiales nationales de sociétés étrangères comprises⁹⁷⁷. Lors de la session de 2011, les Etats abritant des sociétés multinationales ont été exhortés à mettre en place des mesures sévères à leur rencontre pour lutter contre la corruption transnationale⁹⁷⁸. On notera par ailleurs que l'art. 26 de la Convention de l'ONU contre la corruption, tel que proposé par le Mexique dans le cadre des négociations pour l'élaboration de la Convention, imposait aux Etats parties l'adoption des normes nécessaires pour l'établissement de la responsabilité des entreprises « *située[s] sur [leur] territoire ou constituée[s] sous l'empire de [leur] législation*, lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de ladite personne morale a, en cette qualité, commis une infraction énoncée dans la présente Convention »⁹⁷⁹. Le texte proposé par le Mexique, relatif à l'art. 42 de la Convention, ne contenait en revanche aucune indication quant à la compétence à l'égard des personnes morales⁹⁸⁰. Si l'on ne peut tirer du texte de l'art. 26 de la Convention de l'ONU contre la corruption, tel qu'initialement proposé par le Mexique, une vraie règle de compétence, il donne une indication quant au fait qu'il était dans l'esprit des

⁹⁷⁴ Nous mettons en italiques.

⁹⁷⁵ OCDE, Bonnes pratiques corruption.

⁹⁷⁶ Le document ne précise pas lequel.

⁹⁷⁷ Conférence des Etats Parties, Convention de l'ONU contre la corruption, examen des art. 40 à 42, p. 3.

⁹⁷⁸ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, Marrakech, Statement submitted by Christian Aid, Global Witness and Tearfund, non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council, p. 3.

⁹⁷⁹ Nous mettons en italiques ; ONUDC, Travaux préparatoires, p. 247.

⁹⁸⁰ ONUDC, Travaux préparatoires, p. 342 s.

rédacteurs de la Convention que l'Etat du siège de l'entité collective doit prendre des mesures à l'encontre de celle-ci.

En définitive, il est difficile de dégager des instruments de lutte contre la corruption et des documents y relatifs une obligation explicite pour les Etats d'établir une compétence au siège de la personne morale. Une telle exigence est cela étant probablement nécessaire pour une application efficace des conventions en la matière, en particulier dans le cadre de la corruption d'agents publics étrangers⁹⁸¹. Si l'infraction est perpétrée dans un Etat à corruption endémique, la probabilité est grande qu'elle ne donne pas lieu à l'ouverture d'une poursuite pénale. Limiter la compétence à la territorialité, même interprétée largement, revient donc à réduire le champ d'application effectif des conventions internationales. En outre, les règles relatives à la territorialité peuvent se contourner, en particulier par la création de sociétés étrangères affiliées, ce que justement les instruments de lutte contre la corruption tendent à combattre. On peut également douter qu'une telle restriction soit compatible avec l'exigence de sanctions efficaces et dissuasives, puisqu'une base légale qui ne s'applique que dans un nombre limité de cas et que l'on peut au surplus éluder ne remplit pas plus le critère d'efficacité que celui de la dissuasion. La reconnaissance d'une compétence au lieu du siège de l'entité collective apparaît indispensable pour empêcher qu'une entreprise puisse se soustraire à sa responsabilité « by 'delegating' bribery to others »⁹⁸².

718

3) *Double incrimination et lutte contre la corruption*

i. Etat de la problématique

La condition de la double incrimination a été examinée par les organismes internationaux de lutte contre la corruption. De manière générale, tant l'OCDE que le GRECO plébiscitent la renonciation à une telle exigence⁹⁸³ et déplorent

719

⁹⁸¹ Voir aussi OCDE, Réexamen dix ans après, p. 19.

⁹⁸² OECD Convention-ZERBES, p. 148.

⁹⁸³ Voir OCDE, Rapport sur la Finlande, phase 3, octobre 2010, p. 25 ; OCDE, Rapport sur l'Autriche, phase 3, décembre 2012, p. 18 ; GRECO, Troisième Cycle, Albanie, 28 mars-1^{er} avril 2011, §§ 20 à 23 ; GRECO, Troisième Cycle, Arménie, 3-7 décembre 2012, §§ 32 à 35 ; GRECO, Troisième Cycle, Azerbaïdjan, 15-19 octobre 2012, §§ 41 à 44 ; GRECO, Troisième Cycle, Finlande, 5-9 décembre 2011, § 23 s. ; GRECO, Troisième Cycle, Géorgie, 17-21 juin 2013, §§ 25 à 28 ; GRECO, Troisième Cycle, Lituanie, 17-21 juin 2013, §§ 29 à 32 ; GRECO, Troisième Cycle, Luxembourg, 7-11 juin 2010, §§ 32 à 34 ; GRECO, Troisième Cycle, Monténégro, 3-7 décembre 2012, §§ 24 à 27 ; GRECO, Troisième Cycle, Roumanie, 3-7 décembre 2012, §§ 43 à 45 ; GRECO, Troisième Cycle, Espagne, 28 mars-1^{er} avril 2011, §§ 45 à 48 ; GRECO, Troisième Cycle, Suède, 28 mars-1^{er} avril 2011, § 13 s. ; GRECO, Troisième Cycle, ex-République yougoslave de Macédoine, 20-23 mars 2012, §§ 28 à 31 ; GRECO, Troisième Cycle, Estonie, 14-18 octobre 2012, §§ 32 à 35.

son maintien⁹⁸⁴. Dans un rapport récent sur l'état de l'application de la Convention de l'ONU contre la corruption, l'ONUDC partage la même position⁹⁸⁵, étant toutefois précisé qu'il consacre largement plus de développements à la problématique de la double incrimination comme condition de la coopération internationale⁹⁸⁶.

720 Suivant les recommandations de l'OCDE et du GRECO, de nombreux Etats ont abandonné l'exigence de la double incrimination pour les infractions de corruption⁹⁸⁷. Cela n'a pas été le cas de la Suisse, qui a souligné son attachement à cette « émanation du principe de légalité », qui constitue « une règle fondamentale du droit pénal suisse »⁹⁸⁸. Nous rappelons également, de manière plus générale, la fonction régulatrice de la portée extraterritoriale d'une compétence pénale que revêt le principe de double incrimination.

721 Lorsque les normes incriminant le processus corruptionnel diffèrent dans les deux ordres juridiques considérés, le juge doit tout d'abord s'assurer qu'il existe bel et bien un décalage de fond entre les dispositions et que les divergences apparentes ne s'expliquent pas simplement par des considérations linguistiques⁹⁸⁹. En d'autres termes, il est tout à fait admissible que les Etats, lors de la transposition de leurs obligations internationales, utilisent des termes différents de ceux des conventions idoines, pourvu que, conformément au principe d'équivalence fonctionnelle, la définition choisie par le droit national couvre le comportement que les instruments internationaux imposent d'incriminer⁹⁹⁰.

722 Par ailleurs si, lors de la comparaison entre deux normes pénales nationales, l'une apparaît plus restrictive que l'autre, mais que celle-là reste conforme aux

⁹⁸⁴ Voir GRECO, Troisième Cycle, Suisse, 14-18 octobre 2013, § 29 ; OCDE, Rapport sur le Danemark, phase 3, mars 2013, § 104 ; GRECO, Troisième Cycle, Danemark, 23-27 mai 2011, §§ 21 à 23 ; OCDE, France, Rapport de suivi, phase 3, décembre 2014, p. 9 ; GRECO, Troisième Cycle, Andorre, 12-16 octobre 2015, § 32 ss ; GRECO, Troisième Cycle, Grèce, 20-22 juin 2012, § 34 ; GRECO, Troisième Cycle, Monaco, 16-20 juin 2014, §§ 58 à 60 ; GRECO, Troisième Cycle, Pays-Bas, 7-11 juin 2010, §§ 22 à 25 ; GRECO, Troisième Cycle, République de Serbie, Strasbourg, 27 septembre-1^{er} octobre 2010, § 78 ; GRECO, Troisième Cycle, Slovaquie, 14-16 mai 2012, §§ 6 à 11 ; voir aussi MACAULEY, p. 56 s.

⁹⁸⁵ ONUDC, Etat de l'application, p. 180.

⁹⁸⁶ ONUDC, Etat de l'application, pp. 188 s., 210 s.

⁹⁸⁷ Par exemple l'Afrique du Sud, l'Irlande, le Portugal, l'Autriche, le Canada, la Finlande, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, la Pologne, la Lettonie, l'Estonie et la République de Serbie.

⁹⁸⁸ GRECO, Troisième Cycle, Suisse, 14-18 octobre 2013, § 27. Voir aussi BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 34. A cet égard, nous soulignons que le consensus international sur le caractère répréhensible des actes de corruption ne les rend pas encore « criminel[s] d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » de sorte que le principe de la légalité ne peut être contourné par l'application de l'art. 7 § 2 CEDH.

⁹⁸⁹ Voir, en lien avec la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption, MACAULEY, p. 10 s.

⁹⁹⁰ ONUDC, Etat de l'application, p. 65.

exigences internationales, le maintien, par l'Etat qui connaît une définition plus large de la corruption, de la double incrimination ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre des conventions puisque les obligations qui y sont contenues demeurent respectées.

Enfin, dans la mesure où le principe de la nationalité active est facultatif selon l'art. 42 ch. 2 de la Convention de l'ONU contre la corruption, la compétence peut, *a fortiori*, être soumise à conditions. L'art. 44 ch. 1 de cette Convention prévoit d'ailleurs expressément la double incrimination en matière d'entraide. Par ailleurs, la réserve prévue à l'art. 17 ch. 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption permet aux Etats de subordonner la compétence personnelle active à des conditions. L'art. 4 ch. 2 de la Convention de l'OCDE indique que l'exercice du principe de la nationalité a lieu selon les mêmes principes que ceux prévus dans les diverses législations nationales. Ces dernières peuvent donc le subordonner à la condition de la double incrimination. Quant aux clauses prévoyant une obligation *aut dedere aut prosequi* en lien avec le principe de non-extradition des nationaux, elles impliquent une demande d'extradition, ce qui suppose que l'Etat requérant réprime l'infraction. La double incrimination sera donc *de facto* donnée. En matière de responsabilité des entités collectives, les clauses précitées ne trouveront de toute façon pas application vu qu'il ne saurait être question d'extradition s'agissant d'entités collectives. En conclusion, les Etats qui exigent la double incrimination ne contreviennent pas à leurs engagements internationaux.

723

Reste en revanche à savoir, dans la pesée des intérêts entre les impératifs de répression de la corruption et le maintien d'un principe dont nous avons souligné l'importance, de quel côté la balance doit pencher. La réponse suppose que l'on vérifie tout d'abord s'il existe un risque concret que la double incrimination s'oppose à la poursuite d'infractions de corruption.

724

ii. La double incrimination, obstacle à la répression de la corruption ?

ii.i. La corruption publique

Pour déterminer si la double incrimination constitue concrètement un obstacle à la répression de la corruption, nous prenons comme base, vu son caractère universel, la Convention de l'ONU contre la corruption, étant en outre précisé que la définition du processus corruptionnel y est la même que dans les Conventions du Conseil de l'Europe et de l'OCDE.

725

726 Par ailleurs, dans la mesure où, dans le cadre de la responsabilité des personnes morales en matière de corruption transnationale d'agents publics, c'est le versant actif de la corruption, et des infractions qui lui sont apparentées, qui entrent en ligne de compte, nous ne nous pencherons que sur ce volet.

727 La Convention de l'ONU contre la corruption prévoit l'incrimination obligatoire de la corruption active d'agents publics, nationaux ou étrangers, ou de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. L'infraction est définie comme le « fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles » (art. 15 let. a et 16 ch. 1 de la Convention de l'ONU contre la corruption). L'art. 2 let. a de la Convention donne une définition large de l'agent public. Les Etats doivent en outre envisager d'incriminer le trafic d'influence (art. 18 let. a), la corruption privée (art. 21) et la soustraction de biens dans le domaine privé (art. 22).

728 La Convention de l'ONU contre la corruption compte 181 Etats parties⁹⁹¹. Un bon nombre des Etats non parties à cette convention ont, en revanche, adhéré à d'autres instruments de lutte contre la corruption. Ainsi, Andorre et Monaco sont parties à la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption. Le Japon et la Nouvelle-Zélande ont, quant à eux, ratifié la Convention de l'OCDE. La Gambie est partie à la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003. Le Belize, Grenade, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Vincent-et-les-Grenadines et le Suriname ont ratifié la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996. A l'exception de la Convention de l'OCDE, qui ne traite que de la corruption d'agents publics étrangers, les autres instruments internationaux précités prévoient également l'incrimination des infractions de corruption d'agents publics nationaux⁹⁹².

729 Ainsi, *sur le plan théorique*, le nombre d'Etats qui ne sont pas tenus, sur la base de leurs engagements internationaux, de rendre punissable la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers est extrêmement faible.

⁹⁹¹ Etat au 12 décembre 2016, voir <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (17.03.2017).

⁹⁹² Voir les art. 2, 4, 5 et 6 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption ; l'art. 4 ch. 1 *cum* 5 ch. 1 de la Convention de l'Union africaine contre la corruption ; art. VI à VIII de la Convention interaméricaine contre la corruption) ; à noter toutefois que l'art. VIII de cette dernière convention réserve les principes juridiques de chaque Etat partie s'agissant de la poursuite de la corruption active d'agents publics étrangers.

Cela étant, l'ONUDC, dans un rapport de 2015 relatif à l'état de l'application de la Convention de l'ONU contre la corruption, fait état de sérieux problèmes de mise en œuvre des exigences de la Convention, notamment s'agissant de la notion d'agent public, de l'acte constitutif de corruption, ainsi que de l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers⁹⁹³. En particulier, cet organisme a relevé que, dans plusieurs Etats, la législation ne permettait pas d'embrasser toutes les catégories d'agents publics visées par la Convention⁹⁹⁴. De même, dans certains d'entre eux, la seule promesse d'un avantage indu, sans octroi effectif, n'est pas encore constitutive de corruption. Cela étant, l'ONUDC relève simultanément qu'un tel comportement, dans la plupart des cas, reste punissable, en particulier au titre d'une tentative⁹⁹⁵. Dans un tel cas, la double incrimination est donc satisfaite.

L'Office des Nations Unies a également constaté des lacunes dans l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers, précisant à cet égard que vingt-cinq Etats parties n'auraient pas criminalisé le comportement en question, ou seulement de manière limitée⁹⁹⁶. Par ailleurs, de nombreux pays n'incrimineraient que le versant actif de la corruption d'agents publics étrangers. Cela étant, si l'on suit la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a examiné la question en lien avec un blanchiment d'argent issu de la corruption passive d'un agent public étranger, qui avait eu lieu avant l'entrée en vigueur de l'art. 322^{septies} CP, la Suisse devrait considérer la double incrimination comme donnée même si l'Etat considéré ne criminalise pas le volet passif de la corruption d'agents publics étrangers⁹⁹⁷. Le raisonnement est le suivant : si un agent public étranger se laisse corrompre dans son Etat national, la double incrimination est satisfaite, même si l'infraction a été perpétrée avant l'incrimination, en droit suisse, de la corruption passive d'agents publics étrangers. En effet, l'élément déterminant est que notre ordre juridique connaisse, au moment de la commission de l'infraction, la corruption d'agents publics *nationaux*, qui est en l'occurrence, selon le droit étranger, l'infraction réalisée par le corrompu⁹⁹⁸. Cette jurisprudence, adaptée à la constellation dans laquelle c'est au regard de l'ordre juridique étranger que la double incrimination doit être satisfaite, donne ceci : si un agent public a été corrompu dans son Etat

⁹⁹³ ONUDC, Etat de l'application, pp. 7 ss, 16 et 8 ss.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁹⁷ ATF 136 IV 179, JdT 2011 IV 143.

⁹⁹⁸ ATF 136 IV 179, JdT 2011 IV 143, en particulier p. 151 s.

national, peu importe que ce dernier n'incrimine pas la corruption passive d'agents publics *étrangers*, pourvu que l'acte soit réprimé au titre de corruption passive d'agents publics *nationaux*. La Suisse considérera la double incrimination comme remplie et elle poursuivra l'agent public en question pour corruption passive d'agents publics étrangers. A noter toutefois que cette hypothèse, si la compétence de la Suisse repose sur le principe de la nationalité active, ne devrait pas se présenter souvent, car il n'est pas fréquent qu'un agent public étranger possède la nationalité suisse. Elle reste toutefois envisageable, en particulier si l'agent public considéré est binational.

732 Par ailleurs, peut également faire obstacle à la bonne application des exigences internationales une législation qui, sans forcément apparaître d'emblée lacunaire, manque de clarté ou utilise une terminologie incohérente⁹⁹⁹.

733 Cela étant, aucun Etat n'a, à notre connaissance, indiqué qu'il aurait dû renoncer à poursuivre un cas de corruption transnationale en raison du défaut de double incrimination.

734 En définitive, les lacunes dans la transposition des exigences de la Convention de l'ONU contre la corruption engendrent un risque qui existe, mais qui ne semble toutefois pas s'être matérialisé, que l'exigence de la double incrimination fasse obstacle à la répression d'infractions de corruption.

735 A cet égard, il faut encore souligner qu'il nous semble difficile, au regard de la Convention de l'ONU contre la corruption, de considérer la double incrimination comme satisfaite dès que le comportement considéré relève des infractions prévues par cette convention. Tout d'abord, un tel raisonnement ne pourrait être soutenu que dans des Etats à tradition moniste. Dans un Etat dualiste en revanche, la norme internationale suppose de toute façon une transposition dans un acte juridique interne pour pouvoir déployer des effets à l'égard des particuliers.

736 En outre, les dispositions conventionnelles relatives à l'incrimination des actes de corruption ne sont pas directement applicables car elles ne s'adressent qu'aux Etats, en leur enjoignant de criminaliser, dans leur droit interne, le comportement en question. La Convention de l'ONU contre la corruption ne contient d'ailleurs pas de disposition similaire à l'art. 9 ch. 2 de la Convention de l'OCDE qui, en matière de coopération internationale, prévoit que « [l]orsqu'une partie subordonne l'entraide à une double incrimination, celle-ci

⁹⁹⁹ Voir, pour une mise en exergue du défaut de clarté de certaines législations nationales, MACAULEY, pp. 10, 29 à 32, ou encore 33 ss ; ONUDC, Etat de l'application, p. 9.

est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la présente Convention ». Bien plutôt, selon l'art. 30 ch. 9 de la Convention, la définition des infractions établies par celle-ci relève à titre exclusif de l'ordre juridique interne, et celles-ci sont poursuivies et punies conformément à ce droit.

De manière plus générale, déduire une incrimination directement d'un traité international soulève des difficultés sur le plan de la légalité pénale. En droit suisse, une infraction doit être prévue dans une loi au sens formel, à tout le moins lorsqu'elle est passible d'une peine privative de liberté, comme c'est le cas de la corruption¹⁰⁰⁰.

Par ailleurs, les carences constatées dans la mise en œuvre de la Convention de l'ONU contre la corruption ne justifient à notre sens pas, à elles seules, une renonciation globale à la double incrimination, à défaut de disposition expresse, dans la Convention, en ce sens.

En effet, il appartient avant tout à l'Etat concerné de remédier aux lacunes de sa législation, et le procédé qui consiste à exiger des Etats parties l'abandon de la double incrimination pour pallier la transposition défailante, par d'autres Etats parties, de leurs obligations internationales, nous paraît sujet à caution.

L'alternative, qui existe par ailleurs, et qui consiste à épauler les Etats dits « déficients » – voire faire pression sur eux –, notamment par la mise sur pied d'un processus intergouvernemental d'examen de l'application des conventions contre la corruption, aux fins de l'adaptation des législations défailantes aux standards internationaux, nous semble meilleure. D'une manière générale, il semble d'ailleurs que les Etats tiennent bien compte des recommandations du GRECO et adaptent leur droit en conséquence¹⁰⁰¹.

Punir un individu à raison d'un comportement qui n'était pas pénalement interdit, au moment où il l'a commis, à l'endroit de sa commission, représente une brèche suffisamment importante dans les fondamentaux du droit pénal pour que l'on ne puisse reprocher aux Etats de ne pas sacrifier la double incrimination sur l'autel des impératifs de répression.

En outre, il faut bien admettre que si, de manière générale, le caractère répréhensible des infractions de corruption fait l'objet d'un consensus international, le degré de réprobation qui s'attache à de tels comportements apparaît largement dépendant de la gravité des actes commis, gravité qui nous

¹⁰⁰⁰ ATF 124 IV 23, consid. 1 ; encore plus restrictif ATF 134 I 322, consid. 2.6.3.

¹⁰⁰¹ Voir MACAULEY, p. 12 s.

semble se traduire essentiellement en termes quantitatifs. S'avèrent particulièrement blâmables les actes de corruption systématisés et perpétrés à une échelle importante. Font l'objet d'une désapprobation moins forte les « bakchichs » conférés en échange d'accès à certaines prestations étatiques, parfois élémentaires. Et c'est s'aventurer sur une pente glissante que de faire une distinction, du point de vue de la double incrimination, entre les cas dits « graves » et ceux qui le sont moins, vu le caractère relatif et incertain de la notion de gravité.

743 Par ailleurs, lorsque le principe de la personnalité active s'exerce à l'encontre d'un ressortissant qui réside de manière permanente dans son Etat national, on pourrait encore argumenter que le lien tangible qui unit l'Etat et l'individu, et le fait que ce dernier évolue dans un environnement intolérant à toutes les formes de corruption, permettent d'exiger du citoyen qu'il se conforme à sa culture, y compris à l'étranger. En revanche, la seule nationalité ne nous paraît pas un lien suffisamment concret pour prétendre soumettre, sans prise en considération du droit pénal étranger, un individu qui ne vit pas dans son pays à son droit pénal national.

ii.ii. Les autres infractions de la Convention de l'ONU contre la corruption

744 En ce qui concerne les autres infractions prévues dans la Convention de l'ONU contre la corruption, soit le trafic d'influence, la corruption privée et la soustraction de biens dans le domaine privé, le caractère potestatif de leur incrimination démontre l'absence de consensus quant à l'impérieuse nécessité de réprimer pénalement ces actes. On notera d'ailleurs que le droit suisse ne connaît, en tant que telle, ni l'infraction de trafic d'influence ni celle de soustraction de biens dans le domaine privé.

745 Or, c'est mettre la charrue avant les bœufs que de vouloir renoncer à la double incrimination afin d'éviter la paralysie d'une poursuite pénale pour un comportement dont la Convention elle-même n'exige pas l'incrimination. C'est en effet en premier lieu par le biais d'une obligation de répression de l'acte que ce que l'on tend à considérer comme une lacune doit être comblé. Et il apparaît déraisonnable de supprimer la double incrimination lorsque les intérêts à protéger ne font pas l'objet d'un large consensus international. C'est à notre sens aller contre le principe de *l'ultima ratio* du droit pénal.

iii. Remarques conclusives

Selon nous, la renonciation à la double incrimination est envisageable sous l'angle des garanties individuelles si l'individu réside de manière permanente dans son Etat national¹⁰⁰² et qu'il peut lui être reproché des actes de corruption d'une certaine gravité, dont le caractère répréhensible apparaît (quasi-)universellement reconnu. Dans un tel cas en effet, le principe de prévisibilité nous semble satisfait. Cela étant, faire dépendre la condition de la double incrimination de la notion de gravité, notamment en termes quantitatifs, des actes de corruption ouvre la porte à une insécurité juridique certaine.

746

Dans tous les cas, on ne peut reprocher à un Etat, qui a correctement transposé ses obligations internationales, de refuser de pallier la défaillance d'autres Etats en abandonnant une exigence qui tend au respect du principe de la légalité pénale et de la nécessité du châtement.

747

Pour les infractions dont l'incrimination est facultative, la renonciation à la double incrimination met en péril les garanties individuelles et, si l'on considère que ce principe fait obstacle aux impératifs de répression, c'est tout d'abord, indiscutablement, par la « transformation » de l'incrimination facultative en poursuite obligatoire du comportement visé qu'il faut passer.

748

Par ailleurs, il est clair que ce n'est pas l'exigence de double incrimination qui constitue l'écueil le plus important à l'éradication du processus corruptionnel. A cet égard, les Etats¹⁰⁰³ qui n'ont pas renoncé à la double incrimination n'ont pas indiqué aux organismes de lutte contre la corruption avoir rencontré des difficultés, en raison de cette exigence, dans l'exercice de leurs compétences extraterritoriales. Nous énonçons là une évidence : le premier obstacle à la lutte contre la corruption est le défaut d'application effective de l'arsenal législatif préventif et répressif des ordres juridiques internes, soit, pour dire les choses de manière plus grossière, le manque de volonté politique de prévenir efficacement et de poursuivre effectivement la corruption.

749

En outre, si l'infraction de base a été commise à l'étranger, l'Etat du for de la poursuite pénale devra régulièrement solliciter la coopération de l'Etat territorial. Or, dans la mesure où la double incrimination reste une exigence classique à l'octroi de l'entraide, si cette condition n'est pas remplie, il s'expose à un refus de l'Etat requis, susceptible de bloquer la procédure pénale.

750

¹⁰⁰² Dans le même sens, en lien avec l'art. 5 CP, CASSANI/ROTH, p. 458.

¹⁰⁰³ Par exemple la Suisse, le Danemark, la Grèce, les Pays-Bas, la Slovénie et la France pour certaines infractions.

Un autre argument au maintien de la double incrimination nous semble d'importance : l'égalité de traitement. En effet, si le principe de la nationalité active est exercé à l'encontre du complice, ce dernier pourra être condamné en raison d'une assistance à des actes pour lesquels l'auteur direct ne sera pas inquiété, vu le caractère pénalement irrelevante, au lieu de commission, de son comportement.

D'ailleurs, l'abandon de la double incrimination revient, en matière de responsabilité des entités collectives, à avoir à l'égard des entreprises des exigences plus élevées qu'à l'encontre de l'individu. L'auteur physique doit se conformer aux lois du pays dans lequel il agit, mais l'entreprise doit « faire en sorte » qu'il respecte également la législation de l'Etat dont elle est réputée avoir la nationalité¹⁰⁰⁴. A défaut, elle peut être condamnée alors même que l'on ne peut juridiquement rien reprocher à son agent. Le caractère insatisfaisant de cette situation nous semble encore accentué dans l'hypothèse où l'agent travaille au sein d'une succursale étrangère : il peut être reproché à l'établissement principal la désobéissance de son agent à des lois avec lesquelles celui-ci n'entretient aucun lien, à défaut pour lui de travailler dans l'Etat du for de la poursuite pénale. Nous reviendrons sur cette problématique sous E.§ 2.b).5 *infra*.

Dès lors, les impératifs de lutte contre la corruption ne justifient pas d'exiger des Etats la renonciation à la double incrimination. Nous penchons quant à nous pour un maintien de ce principe.

Par ailleurs, comme nous le verrons par la suite, le principe de la double incrimination dans le cadre de la compétence personnelle active exercée à l'égard d'une entité collective n'exige à notre sens pas que le droit du lieu de commission connaisse la responsabilité pénale des personnes morales¹⁰⁰⁵. L'examen se limite donc au comportement adopté par la personne physique, conformément à notre opinion selon laquelle l'infraction commise par l'agent de l'entreprise est *imputée*, sous certaines conditions, à celle-ci.

Certes il pourrait nous être opposé l'argument pragmatique de la délocalisation, soit que la position ici défendue permettrait aux entreprises d'exercer leurs activités dans des juridictions dont la loi pénale est particulièrement clément.

Cela étant, si l'entreprise délocalise entièrement ses activités, soit transfère son siège social à l'étranger, les actes commis après ce départ ne sont de toute façon

¹⁰⁰⁴ Voir N 1009 ss *infra*.

¹⁰⁰⁵ Voir N 1034 ss *infra*.

plus soumis à la juridiction suisse, à défaut de lien entre celle-ci et l'entité collective, respectivement les faits perpétrés. Si la délocalisation n'est que partielle, la situation n'est pas différente de toute autre entreprise qui a son siège dans un pays et exerce une activité transfrontière. Et il n'est pas – encore ? – question d'interdire aux entreprises nationales de faire des affaires dans un Etat présentant un indice élevé de corruption.

Il appartient avant tout aux juridictions défaillantes de se rapprocher du « *level playing field* » que leurs engagements internationaux commandent, assistées en cela par les organismes de lutte contre la corruption et les autres Etats parties, notamment par le biais des mécanismes d'évaluation par les pairs. Ce travail-là peut être exigé des Etats, bien plus que la renonciation à un principe fondamental de leur droit interne.

757

b) En matière de blanchiment d'argent

Le dispositif international de lutte contre le blanchiment d'argent se compose principalement de la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment, de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 relative au blanchiment, à laquelle la Suisse n'est pas partie, et de dispositions disséminées dans les conventions sectorielles suivantes : la Convention contre le trafic de stupéfiants (art. 3 ch. 1, let. b et art. 3 ch. 1, let. c, point i) ; la Convention contre la criminalité organisée (art. 6) ; les trois conventions contre la corruption étudiées au chapitre précédent (Convention de l'OCDE (art. 7) ; Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption (art. 13) ; Convention de l'ONU contre la corruption (art. 23)).

758

La Convention contre le trafic de stupéfiants et la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment ne contiennent pas de dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales. L'art. 10 de la Convention contre la criminalité organisée consacre la responsabilité des personnes morales. A l'instar des trois conventions contre la corruption, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative pourvu que les sanctions prévues soient efficaces, proportionnées et dissuasives. La responsabilité des personnes morales est prévue à l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 relative au blanchiment.

759

Par ailleurs, le GAFI préconise l'introduction d'un régime de responsabilité des personnes morales pour le blanchiment de capitaux et, corollairement, de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives. Tout en laissant aux Etats le

760

choix du type de responsabilité, le GAFI marque sa préférence pour l'option pénale¹⁰⁰⁶. D'ailleurs, un modèle de responsabilité efficace de la personne morale suppose des pouvoirs d'enquête et de procédure efficaces¹⁰⁰⁷. Or, il est généralement dévolu aux autorités pénales des pouvoirs plus étendus qu'aux autorités administratives, et surtout civiles.

761 Ni la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 relative au blanchiment ni la Convention contre la criminalité organisée ne traitent de la compétence pénale *en lien* avec la responsabilité des personnes morales.

1) *Compétence territoriale et entités collectives*

762 La Convention contre le trafic de stupéfiants instaure de façon contraignante les principes de territorialité et de quasi-territorialité (art. 4 ch. 1 let. a). Il en va de même de la Convention contre la criminalité organisée (art. 15 ch. 1).

763 La doctrine suisse considère l'infraction de blanchiment perpétrée tant au lieu où le donneur d'ordre a donné ses instructions qu'au lieu de leur exécution¹⁰⁰⁸. Le blanchiment est donc réputé commis en Suisse si le blanchisseur, depuis la Suisse, ouvre des comptes à l'étranger et y dépose de l'argent provenant d'un crime. Il en va de même si l'auteur, depuis l'étranger, donne à un intermédiaire financier suisse un ordre de virement du produit du crime¹⁰⁰⁹. Selon DYENS, à juste titre à notre sens, doit également être considéré comme un lieu de commission, en cas de transfert bancaire, l'endroit où les valeurs patrimoniales sont transférées¹⁰¹⁰. Pour le Tribunal pénal fédéral toutefois, le seul fait que des valeurs patrimoniales soient transférées en Suisse ne suffit pas encore à fonder la compétence des autorités helvétiques¹⁰¹¹.

764 Les Conventions du Conseil de l'Europe de 1990 et de 2005 relative au blanchiment ne contiennent aucune clause juridictionnelle. Elles se limitent à préciser que la compétence pour connaître de l'infraction préalable n'est pas déterminante pour apprécier celle relative à l'acte de blanchiment (art. 6 ch. 2 let. a de la Convention du Conseil de l'Europe de 1990, respectivement art. 9 ch. 2 let. a de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005). A cet égard, il suffit que l'infraction principale soit réprimée au lieu où elle a été commise, sans

¹⁰⁰⁶ Voir GAFI, Recommandations 3, p. 36 s.

¹⁰⁰⁷ Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Responsabilité des personnes morales, p. 6.

¹⁰⁰⁸ Voir notamment CASSANI, L'internationalisation, p. 381 ; DYENS, Territorialité, N 1074.

¹⁰⁰⁹ CASSANI, L'internationalisation, p. 381 ; DYENS, Territorialité, N 1085 ss.

¹⁰¹⁰ DYENS, Territorialité, N 1085 ss.

¹⁰¹¹ Jugement du TPF du 25 mai 2012, SK.2012.10, consid. 1.2.

qu'elle ne doive nécessairement constituer une infraction préalable au blanchiment au lieu de commission¹⁰¹².

En droit suisse, la double incrimination est satisfaite à partir du moment où le droit du lieu de commission contient une disposition pénale similaire à la législation helvétique¹⁰¹³. Nous rappelons par ailleurs que l'infraction préalable doit constituer un crime, au sens de l'art. 10 al. 2 CP, ou un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP.

Tout comme en matière de corruption, la reconnaissance obligatoire du principe de territorialité dans la Convention contre le trafic de stupéfiants et la Convention contre la criminalité organisée doit emporter la compétence des Etats parties à l'égard de toutes les entités collectives, nationales ou étrangères, qui peuvent être tenues responsables de blanchiment de valeurs patrimoniales commis sur leur territoire et provenant d'une infraction au sens de l'une des deux conventions précitées.

2) *Compétence personnelle active et entités collectives*

i. La reconnaissance du principe de la nationalité active

La Convention contre la criminalité organisée fonde, à son art. 15 ch. 2 let. b, une compétence facultative sur le principe de la nationalité active. En vertu de l'art. 15 ch. 3 de la Convention, la compétence devient toutefois obligatoire lorsque l'Etat refuse l'extradition de l'auteur présumé sur le seul motif de la non-extradition des nationaux. La même réglementation est prévue à l'art. 4 ch. 1 let. b i) et ch. 2 let. a ii) de la Convention contre le trafic de stupéfiants.

La compétence personnelle active, appliquée à l'entité collective, peut être utile pour éviter qu'une entreprise suisse constitue une société de paiement dans une juridiction réputée laxiste dans son contrôle en matière de transactions financières pour contourner la règle de la territorialité.

ii. La question de la double incrimination

Si les conventions de lutte contre le blanchiment d'argent ne prévoient le principe de la personnalité active que de manière facultative, les Etats peuvent, *a fortiori*, l'assortir de conditions, en particulier celle de la double incrimination.

¹⁰¹² Art. 6 ch. 2 let. c de la Convention contre la criminalité organisée ; voir pour le droit suisse l'art. 305^{bis} ch. 3 CP et, pour le droit allemand, § 261 ch. 8 du CP allemand. La non-exigence de l'inclusion de l'infraction principale dans la liste des infractions préalables au blanchiment au lieu de commission a été critiquée par une partie de la doctrine suisse (voir CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} N 15 ; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 67).

¹⁰¹³ ATF 136 IV 179, JdT 2011 IV 143, en particulier, p. 151 s.

Dans le contexte des clauses *aut dedere aut prosequi*, la double incrimination sera *de facto* satisfaite vu que ces dispositions supposent une demande d'extradition par l'Etat étranger.

770 Les problématiques de compétence à l'égard des entités collectives et de double incrimination comme condition à l'exercice de la compétence personnelle active ne sont soulevées, à notre connaissance, dans aucun des documents relatifs à la Convention contre la criminalité organisée. Un rapport sur l'application de la Convention, établi en 2008 dans le cadre de la 4^{ème} session de la Conférence des Parties, se limite à constater que la double incrimination est exigée dans bon nombre d'Etats, sans se prononcer de manière critique sur la question¹⁰¹⁴. Par ailleurs, un modèle de législation en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme publié par l'ONUUDC et le Fonds monétaire international en 2005 prévoit la double incrimination, dans le cadre de la coopération internationale, comme condition à l'extradition¹⁰¹⁵.

771 De manière générale, une renonciation globale à la double incrimination en matière de blanchiment, sans égard au type d'infraction préalable commise, apparaît exclue.

772 L'infraction de blanchiment est en première ligne conçue comme un instrument de lutte contre certaines infractions, dont les formes les plus graves sont traditionnellement commises dans un contexte de criminalité organisée. Son but initial est donc en quelque sorte d'« assister » la norme pénale dans la défense du bien juridique qu'elle protège, raison pour laquelle l'acte préalable doit revêtir une certaine gravité, pour qu'une incrimination supplémentaire, au service de sa lutte, apparaisse justifiée.

773 Le contexte est également important : en sus de la gravité du crime préalable, la nécessité de lutter contre le blanchiment apparaît avant tout dans le contexte de la criminalité organisée, dont la survie dépend des ressources financières. Ces dernières sont précisément constituées du produit des crimes, dont on perd ensuite la trace de par son infiltration dans l'économie légale. Ce « soutien » aux intérêts protégés par la norme pénale de base est illustré par l'introduction de la répression du blanchiment dans les conventions sectorielles de lutte contre le trafic de stupéfiants, la corruption et, de manière plus générale, dans la Convention contre la criminalité organisée. En second lieu seulement, on

¹⁰¹⁴ Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Informations consolidées reçues des Etats pour le premier cycle de collecte d'informations, p. 10.

¹⁰¹⁵ UNODC/International Monetary Fund, p. 43.

reconnaît au blanchiment une finalité propre qui consiste, comme en droit suisse par exemple, en la protection de la bonne administration de la justice pénale¹⁰¹⁶. Le caractère répréhensible du blanchiment ne se conçoit que difficilement pour lui-même, sans considération du crime préalable, et seules certaines de ces infractions font l'objet d'un consensus interétatique.

En ce qui concerne le blanchiment d'argent en lien avec des crimes spécifiques, et nous pensons notamment à ceux consacrés dans la Convention contre la criminalité organisée, la condition de la double incrimination devrait, *en théorie*, ne pas constituer un obstacle à la lutte contre le blanchiment en relation avec les actes précités, vu le caractère universel de la convention susmentionnée¹⁰¹⁷. De manière générale, l'ONUDC a relevé que l'incrimination du blanchiment d'argent ne posait pas de problème¹⁰¹⁸.

Pour le surplus, et pour les mêmes raisons que nous avons dégagées dans le cadre des infractions de corruption, nous ne sommes pas favorables à une suppression de l'exigence de la double incrimination en matière de blanchiment, même en lien avec une infraction préalable spécifique¹⁰¹⁹.

c) *En matière de financement du terrorisme*

1) *Compétences pénales et responsabilité des entités collectives*

La Suisse est partie à la Convention contre le financement du terrorisme depuis 2003. La responsabilité des personnes morales y est prévue à l'art. 5, avec une latitude étatique en matière de type de responsabilité et les exigences d'efficacité et d'effet dissuasif eu égard aux sanctions¹⁰²⁰.

Au contraire des instruments internationaux précédemment étudiés, la Convention contre le financement du terrorisme donne, indirectement certes, une indication quant à la compétence des autorités répressives à l'égard des entités collectives. En effet, aux termes de l'art. 5 de la Convention, les Etats parties doivent prendre les mesures utiles pour établir « la responsabilité des personnes morales situées sur [leur] territoire ou constituées sous l'empire de [leur]

¹⁰¹⁶ Voir CASSANI, Commentaire, Art. 305^{bis} N 3.

¹⁰¹⁷ La convention contre la criminalité organisée compte 187 Etats parties : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=_en (08.11.2016).

¹⁰¹⁸ ONUDC, Etat de l'application, p. 63 ss.

¹⁰¹⁹ Voir N 738 ss *supra*.

¹⁰²⁰ Voir aussi l'art. 10 de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme, qui devrait être prochainement ratifiée par la Suisse (voir Suisse, 11^{ème} rapport, p. 6841 s.).

législation (...) lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction visée à l'art. 2 [de la Convention] »¹⁰²¹.

778 La Convention contre le financement du terrorisme impose par ailleurs aux Etats de reconnaître leur compétence de manière large. En effet, en sus des principes de territorialité et de quasi-territorialité (art. 7 ch. 1 let. a et b), le principe de la personnalité active y est prévu de façon contraignante (art. 7 ch. 1 let. c), de même que le principe de l'universalité, sous la forme de la clause *aut dedere aut prosequi* (art. 7 ch. 4)¹⁰²².

779 La Résolution 1373 du Conseil de sécurité du 28 septembre 2001¹⁰²³ contient implicitement quelques indications relatives à la compétence des Etats et, de manière plus détournée, sur la responsabilité des entités collectives. Elle requiert des Etats qu'ils érigent en infraction le financement du terrorisme « par leur nationaux ou sur leur territoire » (§ 1.b)) et qu'ils interdisent à « leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire » la mise à disposition de fonds à des personnes se livrant à des activités terroristes (§ 1. c)). Quant au GAFI, il invite les Etats à prévoir la responsabilité, si possible pénale, des personnes morales pour l'infraction de financement du terrorisme¹⁰²⁴.

780 On peut s'interroger sur la question de savoir si, au vu de la formulation de l'art. 5 de la Convention contre le financement du terrorisme, qui traite des entités collectives *se trouvant sur le territoire* des Etats parties, ces derniers pourraient ne pas se reconnaître habilités à poursuivre une personne morale étrangère, y compris lorsque leur compétence se fonde sur le principe de territorialité. Si une interprétation strictement littérale de la disposition précitée va dans ce sens, une telle conclusion irait toutefois à l'encontre de l'objectif affiché de la Convention de consacrer des compétences étatiques étendues en matière de financement du terrorisme. Elle s'oppose également au concept de territorialité pénale, qui se focalise sur l'endroit du crime, indépendamment du lieu de situation de son auteur.

¹⁰²¹ Nous mettons en italiques ; voir aussi, pour la même formulation, l'art. 5^{bis} du Protocole de 2005 relatif à la Convention du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (RS 0.747.712).

¹⁰²² Voir aussi l'art. 14 de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme.

¹⁰²³ S/RES/1373 (2001).

¹⁰²⁴ Voir GAFI, Recommandations, p. 39.

Par ailleurs, les standards internationaux en matière de financement du terrorisme imposent, à notre sens, l'application du principe de la personnalité active aux personnes morales. Un tel impératif découle en particulier de la combinaison des art. 5 et 7 ch. 1 let. c de la Convention contre le financement du terrorisme : à partir du moment où les Etats *doivent* prévoir la responsabilité de « leurs » entreprises, ainsi que reconnaître le principe de la nationalité, il paraît logique que ce dernier vaille également à l'égard des entités collectives¹⁰²⁵.

781

2) *La double incrimination*

A notre sens, la Convention contre le financement du terrorisme n'exclut pas le maintien de la double incrimination pour l'exercice de la compétence personnelle active, même si cette dernière y est prévue de façon contraignante. En effet, à défaut d'indications contraires, il nous paraît clair que le législateur international a entendu consacrer obligatoirement la compétence personnelle active dans son principe, mais qu'une marge d'appréciation étatique subsiste s'agissant des modalités d'exercice de la compétence. La double incrimination reste à l'heure actuelle une exigence classique à l'exercice d'une compétence extraterritoriale, de sorte que, s'ils avaient voulu l'abolir, les rédacteurs de la Convention l'auraient expressément indiqué. Et, si l'on devait déduire du silence de la Convention quant aux conditions d'application du principe de la nationalité qu'aucune restriction n'est permise, cela signifierait que les Etats ne pourraient pas davantage subordonner l'exercice de ce principe à la présence de l'auteur sur le territoire, ou à une clause *aut dedere aut prosequi*, autres traditionnelles conditions en matière d'extraterritorialité. Une telle conclusion va manifestement trop loin.

782

De manière générale, les développements dont la double incrimination fait l'objet dans la documentation internationale relative à la lutte contre le terrorisme se rapportent à la coopération internationale et non au droit de la compétence¹⁰²⁶. Vu les fonctions différentes que revêt la double incrimination en matière d'entraide par rapport à sa raison d'être en matière de compétence pénale, ils ne peuvent à notre sens être transposées à ce dernier domaine¹⁰²⁷.

783

En théorie, l'exigence de double incrimination en cas d'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale ne devrait pas faire obstacle à la lutte contre

784

¹⁰²⁵ Sur la nationalité des entités collectives, voir N 1009 *ss infra*.

¹⁰²⁶ ONUDC, Guide pour l'incorporation législative terrorisme, p. 90 et l'art. 34 du projet de loi contre le terrorisme (p. 100).

¹⁰²⁷ Voir N 210 *supra*.

le financement du terrorisme vu que la Convention contre le financement du terrorisme a été ratifiée par la quasi-totalité des Etats de la planète. Encore faut-il que les Etats aient effectivement transposé leurs obligations internationales dans leur ordre juridique interne.

785 Pour prendre le cas de la Suisse, l'art. 260^{quinquies} al. 3 CP sort du champ d'application du crime de financement du terrorisme les « combattants pour la liberté », soit ceux dont les actes servent l'établissement d'un régime démocratique ou d'un Etat de droit, ou encore le respect des droits de l'homme. Or, cette disposition a pu être considérée comme contraire aux exigences de la Convention contre le financement du terrorisme¹⁰²⁸. Le risque que la double incrimination fasse obstacle à l'application effective de la Convention en raison d'une transposition déficiente, par les Etats, de leurs obligations internationales semble donc exister.

786 Cela étant, et pour les mêmes motifs que ceux développés en lien avec les infractions de corruption¹⁰²⁹, nous n'estimons pas que, dans la pesée des intérêts entre impératifs de répression et double incrimination, ce soit la deuxième qui doit céder le pas devant les premiers. Les carences dans la transposition des obligations internationales doivent être comblées avant tout par l'Etat « défaillant », cas échéant avec l'appui, voire sous la forte incitation, des autres Etats parties. En outre, il est clair que ce n'est pas la double incrimination qui constitue l'un des obstacles principaux à la lutte contre le terrorisme (!). Nous rappelons par ailleurs que des motifs d'égalité de traitement, dans des constellations impliquant plusieurs participants, plaident également en faveur de la double incrimination¹⁰³⁰.

787 S'agissant du crime de financement du terrorisme, deux arguments supplémentaires nous semblent encore pouvoir être invoqués.

788 Cette infraction apparaît étroitement liée à la notion, politique et donc relative, de terrorisme¹⁰³¹. Abandonner la double incrimination en matière de financement du terrorisme revient à examiner l'objectif visé, l'acte considéré « terroriste », sous le seul angle du droit du for de la poursuite pénale. Or, même si la Convention contre le financement du terrorisme circonscrit ce dernier terme, tout d'abord par renvoi à des infractions prévues dans d'autres

¹⁰²⁸ Voir GAFNER, p. 208 s. ; voir aussi, sur les problèmes de délimitation soulevés par une telle clause, CASSANI, Le train de mesures, p. 299 ss.

¹⁰²⁹ Voir N 738 ss *supra*.

¹⁰³⁰ Voir N 751 *supra*.

¹⁰³¹ Dans ce sens, CASSANI, Le train de mesures, p. 299.

conventions internationales (art. 2 ch. 1 let. a), puis à l'aide d'une définition générale (art. 2 ch. 1 let. a), les Etats peuvent adopter une autre technique législative. La Suisse donne ainsi sa propre définition du terrorisme à l'art. 260^{quinquies} CP. Par ailleurs, les Etats qui connaissent le crime de terrorisme en tant que tel utilisent certainement la technique du renvoi à leur notion interne de terrorisme lorsqu'ils incriminent le financement de ce dernier. Des disparités dans les définitions existent probablement. Il nous semble donc sujet à caution, lorsque l'infraction de financement du terrorisme est réalisée à l'étranger, d'apprécier la notion de terrorisme au regard du seul droit national, sans considération de l'ordre juridique dans lequel le financement de l'acte s'est déroulé.

En outre, il n'apparaît pas cohérent d'abandonner la double incrimination dans le cadre de la poursuite pénale d'un individu qui fournit ou réunit des fonds dans le but de financer l'un des comportements énumérés aux conventions auxquelles la Convention contre le financement du terrorisme renvoie, alors même que la double incrimination pourrait être maintenue dans le cadre d'une compétence extraterritoriale exercée à raison de la commission de l'un de ces actes. A titre d'illustration, la Suisse n'incrimine pas le terrorisme de manière autonome, de sorte qu'elle appréhendera un acte relevant d'une telle catégorie par ses dispositions pénales de droit commun¹⁰³². Sauf à considérer que l'infraction puisse, par exemple, être considérée comme un crime contre l'humanité¹⁰³³, la double incrimination, si l'acte a été perpétré à l'étranger, sera requise (étant toutefois précisé que, vu le type d'actes envisagés, la condition devrait toujours être remplie).

789

§ 3. Aperçu de droit européen

Au contraire des conventions internationales, plusieurs décisions-cadres et directives de l'Union européenne contiennent des normes relatives à la compétence des Etats en cas d'implication d'une personne morale¹⁰³⁴.

790

Le mécanisme est généralement le suivant : la décision-cadre enjoint chaque Etat membre à établir sa compétence lorsque l'infraction a eu lieu sur son territoire, ou a été commise par l'un de ses ressortissants ou pour le compte d'une

791

¹⁰³² Voir pour des exemples d'infractions susceptibles d'entrer en ligne de compte, CASSANI, *Le train de mesures*, p. 297 s.

¹⁰³³ Dans ce cas en effet, la compétence du juge suisse découle, sans exigence de double incrimination, de l'art. 264*m* CP.

¹⁰³⁴ Voir à cet égard, TRICOT, *L'acquis « indirect »*, p. 51 ss.

personne morale établie sur son territoire. Le même article autorise cependant simultanément les Etats membres à refuser d'exercer leur compétence dans les deux dernières hypothèses, ou à ne l'admettre que sous conditions (par exemple celle de la double incrimination)¹⁰³⁵. Seule la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme impose aux Etats membres l'établissement d'une compétence au lieu du siège de la personne morale. On notera à ce stade que, en sus du principe du siège, cette décision-cadre prévoit, à l'instar de la Convention contre le financement du terrorisme, une palette étendue et obligatoire de principes de compétence¹⁰³⁶. Quant aux directives, elles prévoient d'ordinaire l'établissement obligatoire de la compétence territoriale, voire personnelle active, et celui, facultatif, de la compétence de l'Etat de la nationalité de la victime, parfois de celui de la résidence habituelle de l'auteur ou de la victime, ainsi que celle de l'Etat du siège de la personne morale¹⁰³⁷.

792 On notera à ce stade que les instruments précités de l'Union européenne appréhendent le critère du siège de la personne morale comme un lien de rattachement extraterritorial, raison pour laquelle l'établissement d'une compétence pénale fondée sur ce facteur n'est que facultative¹⁰³⁸.

793 Nous mentionnons également un projet de recherche financé par l'Union européenne et intitulé « Responsabilité pénale des personnes morales et programmes de conformité », dans le cadre duquel une proposition de directive

¹⁰³⁵ Voir l'art. 9 de la Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil, du 28 mai 2001, concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces ; l'art. 6 de la Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains ; l'art. 4 de la Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ; l'art. 7 de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ; l'art. 8 de la Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ; l'art. 7 de la Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ; l'art. 9 de la Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

¹⁰³⁶ Sont en effet prévus les principes de territorialité, du pavillon, de la personnalité active, du domicile, de protection ainsi que celui de l'universalité, sous la forme d'une clause *aut dedere aut prosequi* (voir l'art. 9 de la Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme).

¹⁰³⁷ Voir l'art. 10 de la Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ; l'art. 17 de la Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil ; l'art. 12 de la Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil.

¹⁰³⁸ Voir Commission européenne, Exposé des motifs, ad art. 9 (c).

portant sur l'harmonisation de la responsabilité des personnes morales a été élaborée¹⁰³⁹.

Le paragraphe 5 de cette proposition de directive traite de la compétence à l'égard des personnes morales et établit comme critère principal de rattachement le lieu de commission de l'infraction dont la personne morale peut être tenue responsable (par. 5 ch. 2). A titre subsidiaire, dans le cas où l'Etat territorial n'engage pas de poursuites, le paragraphe 5 ch. 3 prévoit, comme critère de rattachement, le siège (« *headquarters* ») de la personne morale¹⁰⁴⁰. En cas de conflits de compétences, celle de l'Etat territorial prévaut (par. ch. 4).

Il a été souligné que la compétence de l'Etat du siège apparaissait justifiée du fait que l'Etat qui autorise des entités collectives sur son territoire dispose d'un intérêt légitime à leur poursuite lorsque celles-ci adoptent un comportement criminel¹⁰⁴¹. Il est également intéressant de noter que le choix du critère du siège de l'entité collective a également été motivé par la considération que c'est généralement en ce lieu qu'un défaut d'organisation se manifesterait¹⁰⁴².

Lorsque l'acte dont l'entreprise répond a été commis hors du territoire de l'Etat du for de la poursuite pénale, d'aucuns ont insisté sur la nécessité de la double incrimination : « were it otherwise, the Member-State of the legal person's headquarters would impose its legal imperium as to the punishability of infractions against legal interests, even if such a perpetration had taken place in another legal order that does not classify it as a crime »¹⁰⁴³.

C. Aperçu de droit comparé

Il ressort d'une étude récente sur la responsabilité des personnes morales dans l'Union européenne qu'il n'y a que peu d'Etats qui ont adopté des normes de compétences spéciales à l'égard des entités collectives, les critères applicables à celles-ci étant dès lors présumés les mêmes que ceux utilisés pour les personnes physiques¹⁰⁴⁴. La conclusion qui en est tirée est que la localisation de l'infraction

¹⁰³⁹ GIUDICELLI-DELAGE, Introduction, p. 15.

¹⁰⁴⁰ Voir FIORELLA ET AL., Guidelines, Paragraph 5, p. 439.

¹⁰⁴¹ KAIAFA-GBANDI, p. 146.

¹⁰⁴² Voir FIORELLA ET AL., Guidelines, Paragraph 5, p. 440.

¹⁰⁴³ KAIAFA-GBANDI, p. 146 s.

¹⁰⁴⁴ NIETO MARTÍN, Criminal Liability, p. 366 ; BÖSE/MEYER/SCHNEIDER p. 414 ; pour le droit français, voir LELIEUR, Country Report, p. 114 ; pour le droit lithuanien ŠVEDAS, p. 300 s. ; pour le droit espagnol, NIETO MARTÍN/GARCÍA-MORENO, p. 392.

s'apprécie exclusivement au regard de l'acte – ou de l'omission – de la personne physique¹⁰⁴⁵. C'est notamment le cas en France¹⁰⁴⁶ et en Allemagne¹⁰⁴⁷.

L'objectif des lignes qui suivent est de pointer quelques ordres juridiques qui nous entourent et qui contiennent, à défaut d'un régime complet, une norme de compétence spéciale pour les personnes morales¹⁰⁴⁸. Nous ne prétendons pas à l'exhaustivité, notre analyse se limitant généralement à l'interprétation des normes idoines à l'aide du seul texte légal. Nous dirons également quelques mots du champ d'application spatial de la législation états-unienne en matière de corruption.

§ 1. Le droit italien

Bien que la responsabilité de l'entité collective en droit italien soit formellement de nature administrative, elle présente toutes les caractéristiques d'une responsabilité pénale¹⁰⁴⁹.

La responsabilité des entités collectives a été introduite par le *decreto legislativo* 231/01 du 8 juin 2001, en application de la loi n° 300/2000 et des obligations conventionnelles de l'Italie en la matière (ci-après : la loi du 8 juin)¹⁰⁵⁰. A l'instar de l'art. 102 al. 2 CP, la responsabilité de l'entité collective est subordonnée à la condition du défaut d'organisation, en lien de causalité avec l'infraction

¹⁰⁴⁵ NIETO MARTÍN, *Criminal Liability*, p. 366 ; voir aussi BÖSE/MEYER/SCHNEIDER, qui précisent que certains pays prennent également en considération, en sus du lieu de commission de l'infraction de base, le siège de l'entreprise (p. 414) ; pour le droit français, voir LELIEUR, *Country Report*, p. 114 ; pour le droit lithuanien SVEDAS, p. 300 s. ; pour le droit néerlandais voir WOLSWIJK, qui mentionne également le lieu où l'entreprise est enregistrée, tout en soulevant le fait qu'il est difficile, d'un point de vue conceptuel, de qualifier le lieu de l'enregistrement de lieu du délit et que ce critère de rattachement est davantage envisagé comme le pendant de la personnalité active pour les personnes physiques (p. 333 s.) ; voir aussi la section 9 du chapitre 1 du code pénal finlandais et FRÂNDE/HELENIUS, p. 68 ; pour le droit belge, voir MISONNE, p. 99 s. ; VANDERMEERSCH, p. 244 ss.

¹⁰⁴⁶ Voir MAURO, La responsabilité pénale, N 73 ss et 183 ss. Cette auteure va toutefois plus loin car elle envisage de localiser l'infraction commise à l'étranger au siège de la société française par le biais de l'élément moral de l'infraction : l'élément moral du représentant de la personne morale – auteur physique de l'infraction – est imputable à celle-ci et se situe au siège de la société (*Ibid.*).

¹⁰⁴⁷ Voir CARACAS, p. 57 s.

¹⁰⁴⁸ Voir aussi : pour le droit tchèque, les sections 2 à 4 de la loi tchèque n° 418 du 27 octobre 2011 relative à la responsabilité pénale des personnes morales (Act 418/2011 *Coll., on Liability of Legal Persons and Proceedings against Them*, in OCDE, Phase 3, Czech Republic, mars 2013, p. 65) ; pour le droit roumain, les art 135 et 9 du code pénal roumain ; pour le droit slovène, l'art. 3 de la loi spéciale sur la responsabilité des personnes morales (abrégé ZOPOKD en slovène) et SALVINA VALENZANO, *Eastern european countries*, p. 547 s. ; pour le droit bosniaque, les art. 123 et 124 du code pénal bosniaque.

¹⁰⁴⁹ Voir VILLANI, *Liability*, p. 14 ; dans le même sens, ADAM/BLAISE/COLETTE-BASECQZ, p. 438 ; voir aussi MANACORDA, *La responsabilité des personnes morales*, p. 30 ; sur la nature de la responsabilité des entités collectives en droit italien, voir DE MAGLIE, p. 253 s.

¹⁰⁵⁰ VILLANI, *Liability*, p. 14.

commise¹⁰⁵¹. Il s'agit donc d'une responsabilité directe, indépendante de, et concurrente à celle de l'auteur physique¹⁰⁵².

Selon l'art. 4 ch. 1 de la loi du 8 juin, si la personne physique a commis l'infraction à l'étranger, la loi italienne s'applique aux entreprises dont le siège principal est localisé en Italie, à la condition que l'Etat dans lequel l'infraction a été commise n'engage pas de poursuite à l'égard de l'entité collective¹⁰⁵³. L'art. 4 introduit ici un principe analogue à celui de la personnalité active¹⁰⁵⁴. Cette disposition ne trouverait en revanche pas application si seul le siège secondaire (*sede secondaria*) ou un établissement stable de l'entreprise est situé en Italie¹⁰⁵⁵. Nous saluons le fait que le législateur italien subordonne, lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, l'exercice de la compétence italienne au défaut de poursuite dans l'Etat territorial. Cette condition permet d'éviter un conflit de juridictions¹⁰⁵⁶.

Il ressort *a priori* de l'art. 4 ch. 1 de la loi du 8 juin que le lieu de commission de l'infraction doit s'apprécier au regard de l'acte réalisé par la personne physique¹⁰⁵⁷. Si une partie de la doctrine en déduit que la compétence du juge italien s'étend, pour autant que le comportement de l'agent de l'entreprise soit réputé commis en Italie, aux entités collectives étrangères, un autre courant semble plus réservé à cet égard¹⁰⁵⁸. MANACORDA est sceptique quant à l'admission de la grande capacité attractive du principe de territorialité dans le cadre de la responsabilité des entités collectives, et fait valoir à cet égard le défaut de renvoi, dans la loi du 8 juin, aux normes générales du CP italien¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵¹ Voir la combinaison des art. 5, 6 et 7 de la loi du 8 juin. Si l'infraction est commise par une personne en position apicale, il y a renversement du fardeau de la preuve à charge de l'entreprise (voir art. 5, 6 et 7) (VILLANI, *Liability*, p. 18 ; DE MAGLIE, p. 256 s.). Ici, le système italien adopte le modèle identificatoire (AMALFITANO, p. 166).

¹⁰⁵² Voir l'art. 8 ch. 1 let. a de la loi du 8 juin ; AMALFITANO, p. 156.

¹⁰⁵³ VILLANI, *Liability*, p. 14 ; MILITELLO/MANGIARACINA, p. 263 ; voir toutefois MANACORDA qui pose, sans y répondre, la question de savoir si le « fait commis à l'étranger » mentionné à l'art. 4 du décret correspond nécessairement à l'acte de l'auteur physique ou si ces termes pourraient faire l'objet d'une interprétation différente (Limiti spaziali, p. 14 s.).

¹⁰⁵⁴ MANACORDA, *Appunti*, p. 413. Cet auteur estime ainsi qu'*a contrario* le principe de la personnalité passive et de l'universalité ne s'applique pas aux entités collectives, en d'autres termes que le fait que la loi du 8 juin ne traite pas de ces deux principes est un silence qualifié, et non une lacune qui permettrait de recourir aux normes générales relatives à la compétence à l'égard des personnes physiques (p. 413).

¹⁰⁵⁵ MANACORDA, *Appunti*, p. 414.

¹⁰⁵⁶ Voir à cet égard, MANACORDA, *Limiti Spaziali*, p. 108 ss.

¹⁰⁵⁷ Dans ce sens, voir MANACORDA, *Appunti*, p. 413 ; MANACORDA, *Limiti Spaziali*, 97 s. ; encore plus affirmatifs à cet égard, MILITELLO/MANGIARACINA, p. 263 s.

¹⁰⁵⁸ Voir MANACORDA, *Appunti*, p. 418 ; en faveur de l'admissibilité de la compétence italienne à l'égard des entreprises étrangères, MILITELLO/MANGIARACINA, p. 263.

¹⁰⁵⁹ MANACORDA, *Appunti*, p. 418.

D'autres auteurs semblent également invoquer le fait qu'il ne faut pas seulement prendre en considération l'acte de l'auteur physique, mais également « le comportement » de l'entreprise, soit le défaut d'organisation, qui devrait également prendre place sur le territoire italien¹⁰⁶⁰. MANACORDA va encore plus loin, si ce n'est dans le résultat, à tout le moins dans le raisonnement, en se demandant si le *locus delicti commissi* ne devrait pas se localiser uniquement au lieu du défaut d'organisation¹⁰⁶¹. Cet auteur justifie sa position par la nécessité, vu le concept très large de la territorialité en droit italien, de ne pas attirer des entreprises étrangères sur la base d'un lien de rattachement trop lâche. Une telle compétence serait d'autant plus sujette à caution que la conduite en question ne serait pas punissable dans l'Etat d'appartenance de l'entité collective¹⁰⁶².

§ 2. Le droit autrichien

803

La responsabilité des entités collectives est prévue dans la loi relative à la responsabilité des associations en matière délictuelle (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* ; VbVG). Si le législateur autrichien s'est gardé d'adjoindre à cette responsabilité l'adjectif « pénal », et bien que celle-ci présente certaines caractéristiques de nature administrative, elle revêt un aspect pénal indiscutable¹⁰⁶³. Selon le § 3 (1) ch. 1 et 2 VbVG, l'entité collective est rendue responsable d'une infraction si celle-ci a été commise à son bénéfice ou a consisté dans la violation d'un devoir qui lui incombait. Si l'auteur physique de l'infraction est un dirigeant de l'entité collective, la responsabilité de cette dernière n'est donnée que lorsqu'il a agi de manière illicite et coupable (§ 3 (2)). S'il s'agit, au contraire, d'un simple employé, l'entité collective sera punissable lorsque la commission de l'acte illicite a été rendue possible, ou à tout le moins considérablement facilitée, par le défaut de mise en place, par les dirigeants de l'entreprise, des mesures propres à en empêcher la commission (§ 3 (3)).

¹⁰⁶⁰ Voir MANACORDA, Appunti, p. 419.

¹⁰⁶¹ MANACORDA, Appunti, p. 419 ; voir aussi MANACORDA, Limiti Spaziali, p. 99 s.

¹⁰⁶² MANACORDA, Appunti, p. 420.

¹⁰⁶³ Parmi les caractéristiques pénales les plus notables on citera l'inscription au casier judiciaire et l'applicabilité, sauf disposition particulière, des codes pénal et de procédure pénale autrichiens (voir § 12 et 14 de la VbVG ; COMPAGNA, p. 442 s.).

Le § 12 (1) VbVG prévoit de manière générale que les dispositions du code pénal s'appliquent aux entités collectives. Le lieu de commission de l'infraction doit s'apprécier au regard de l'acte commis par la personne physique¹⁰⁶⁴.

Quant au § 12 (2) VbVG, il précise qu'en cas d'exercice d'une compétence autrichienne extraterritoriale en application du principe de la nationalité active ou du domicile, le critère déterminant, pour les entités collectives, est le siège, ou le lieu de l'exploitation (« *Betrieb* ») ou de l'établissement secondaire (« *Niederlassung* »)¹⁰⁶⁵. Ces deux principes sont donc également reconnus à l'égard des entités collectives.

Dans la mesure où le § 12 (2) VbVG se réfère non seulement au siège de l'entité collective, mais également au lieu de l'exploitation et à l'endroit de l'établissement secondaire, on peut se demander si le législateur autrichien entendait admettre qu'une entité collective – étrangère – puisse être considérée comme domiciliée à l'endroit où elle est exploitée en Autriche ou au siège de sa succursale autrichienne.

Une telle interprétation élargirait de manière importante la compétence du juge, dès lors que celle-ci engloberait non seulement les entreprises nationales, mais également les entreprises étrangères possédant un établissement sur le territoire autrichien. En d'autres termes, si le principe du domicile s'applique à l'infraction considérée, l'Autriche serait compétente à l'égard d'une entreprise étrangère, à raison d'un acte perpétré à l'étranger, à la seule condition que l'entité collective poursuivie exploite un établissement sur sol autrichien. A notre sens, cette interprétation va trop loin et ne peut être soutenue que si l'infraction est commise dans le cadre des activités de l'établissement autrichien, soit, en particulier, par un collaborateur de celui-ci¹⁰⁶⁶.

En ce qui concerne la double incrimination, l'Autriche n'y a pas renoncé de manière générale dans le cadre de l'exercice de la compétence personnelle active – et donc de celle fondée sur le siège –, mais en lien avec certaines infractions spéciales, telles que la corruption, la falsification de monnaie ou l'organisation criminelle (§§ 64 et 65 du CP autrichien).

¹⁰⁶⁴ ZEDER, § 12 N 2. Cet auteur observe qu'il eût été envisageable de considérer que l'omission, par le dirigeant, des mesures organisationnelles utiles au sens du § 3 (3) de la VbVG fondât un critère de rattachement territorial, mais qu'il convient de rejeter une telle interprétation dès lors que c'est en premier lieu par la commission de l'infraction de base que l'ordre social est troublé (§ 12 N 2).

¹⁰⁶⁵ Voir §§ 64 et 65 du CP autrichien ; ZEDER, § 12 N 2.

¹⁰⁶⁶ Voir à cet égard, pour le droit suisse, N 1047 *ss infra*.

§ 3. Le droit portugais

809

Le code pénal portugais prévoit la responsabilité des entités collectives à son art. 11 (2). Celle-ci est subordonnée à la condition alternative que l'infraction ait été commise au nom de l'entité collective et dans l'intérêt collectif, par un dirigeant, ou qu'elle ait été perpétrée par un membre de l'entreprise se trouvant sous l'autorité d'un dirigeant ayant violé les devoirs de surveillance qui lui incombaient¹⁰⁶⁷. L'entité collective ne peut être tenue responsable que des infractions mentionnées à l'art. 11 (2) du code pénal portugais, ou en vertu d'une disposition spéciale¹⁰⁶⁸. Lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, l'art. 5 g) du code pénal consacre la compétence du juge portugais à l'égard des entités collectives ayant leur siège sur le territoire¹⁰⁶⁹. Il est intéressant de noter, qu'alors même que l'exercice du principe de la personnalité active pour les personnes physiques est subordonné au respect de la double incrimination selon l'art. 5 e) ii) du code pénal portugais, l'art. 5 g) ne fait pas mention d'une telle condition.

§ 4. Le droit danois

810

La responsabilité pénale des personnes morales au Danemark est ancrée au chapitre 5 du code pénal danois¹⁰⁷⁰. Elle est donnée lorsqu'une infraction a été commise dans le cadre des activités de l'entité collective et qu'une faute peut être reprochée soit à une personne qui lui est associée, soit à l'entité elle-même¹⁰⁷¹. Le reproche adressé à l'entité collective se construit donc soit sur le modèle vicarial, soit sur le critère du défaut d'organisation, qui constitue la faute de l'entreprise elle-même¹⁰⁷².

811

Le code pénal danois contient une disposition expresse relative à la localisation de l'infraction reprochée à la personne morale : selon sa section 9, l'infraction se situe au lieu où l'acte, ou les actes, sur le(s)quel(s) repose la responsabilité des personnes morales ont été commis. La doctrine déduit de cette disposition que, lorsque la responsabilité se fonde sur une faute propre à l'entité collective,

¹⁰⁶⁷ ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, p. 223.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 227.

¹⁰⁶⁹ La compétence s'étend aux entreprises immatriculées au Portugal même si elles ont été constituées sous un autre droit (OCDE, Rapport sur le Portugal, phase 3, juin 2013, § 102).

¹⁰⁷⁰ SALVINA VALENZANO, Northern european countries, p. 464.

¹⁰⁷¹ SALVINA VALENZANO, Northern european countries, p. 466 s.

¹⁰⁷² La « personne associée » peut en effet être aussi bien un dirigeant qu'un subordonné ; elle doit par ailleurs avoir réalisé la condition de la faute (intention ou négligence) exigée par la norme pénale violée (SALVINA VALENZANO, Northern european countries, p. 468 s.).

l'infraction doit être localisée non seulement au lieu où la personne physique a agi mais également au lieu du défaut d'organisation, soit au siège de l'entreprise, là où les dirigeants ont violé les devoirs qui leur incombaient¹⁰⁷³.

§ 5. Le UK Bribery Act 2010

A titre liminaire, il faut préciser que, si le Royaume-Uni reconnaît depuis longtemps, dans son principe, la responsabilité pénale des entités collectives, son ordre juridique ne connaît pas de mécanisme de responsabilité pénale des entreprises, prévu dans un texte ou une jurisprudence de portée générale, et applicable à toutes les infractions¹⁰⁷⁴. Cette responsabilité est en effet aménagée de manière différente suivant l'incrimination considérée¹⁰⁷⁵. De manière générale, lorsque la loi se réfère à une « personne », cela comprend les entités collectives¹⁰⁷⁶.

A l'heure actuelle, la responsabilité pénale des entreprises est discutée principalement en lien avec les infractions contre la vie et les infractions de corruption, dans le cadre du « *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 (CMCHA)* » et du « *UK Bribery Act 2010* ». Dès lors que le premier ne contient aucune particularité quant à la compétence des juridictions britanniques¹⁰⁷⁷ et que notre sujet se concentre essentiellement sur les infractions de corruption et de blanchiment d'argent, les lignes qui suivent ne traiteront que du *UK Bribery Act 2010*.

Le champ d'application matériel du *UK Bribery Act* s'étend à la corruption – tant publique que privée –, sous son versant actif et passif, ainsi qu'à la corruption active d'agents publics étrangers¹⁰⁷⁸. En sus de ces trois incriminations, la section 7 du *UK Bribery Act* crée une nouvelle infraction, qui s'adresse spécifiquement aux entités collectives : le défaut de prévention de la corruption.

¹⁰⁷³ CORNILS/GREVE, p. 190 s. ; le *Danish Standing Committee for Criminal Law* parvient visiblement à la même conclusion (voir TOFTEGAARD NIELSEN, p. 329).

¹⁰⁷⁴ TAUPIAC-NOUVEL, p. 225.

¹⁰⁷⁵ Ainsi, selon les infractions, la responsabilité de l'entité collective se fondera sur la théorie de l'identification, voire sur le modèle vicarial, ou encore sur une norme spéciale (TAUPIAC-NOUVEL, p. 226 ; TRAPASSO, p. 244).

¹⁰⁷⁶ WELLS, *Corporate Responsibility*, p. 506.

¹⁰⁷⁷ L'application du CMCHA dépend en effet du principe de territorialité, de sorte qu'il en a été conclu que la compétence du Royaume-Uni faisait défaut si le décès survient au sein d'une filiale étrangère de la maison mère britannique (MONGILLO, CMCHA, p. 300).

¹⁰⁷⁸ Voir sections 1, 2, 3 et 6 du UK Bribery Act (il a été fait remarquer à cet égard que la section 6 du UK Bribery Act était en réalité superflue car la notion large du corrompu telle que décrite dans les trois premières sections comprenait déjà l'agent public étranger, voir SULLIVAN BOB, p. 26).

L'entité collective sera condamnée en vertu de la disposition précitée en cas de commission, par une personne qui lui est associée¹⁰⁷⁹, d'une infraction de corruption, à moins qu'elle ne prouve la mise en place de mesures adéquates pour prévenir l'infraction¹⁰⁸⁰.

815 Le *UK Bribery Act* revêt une portée spatiale étendue, en particulier s'agissant de l'incrimination prévue à la section 7. Le *UK Bribery Act* trouve application lorsque l'acte de corruption est commis, en tout ou partie, sur le territoire du Royaume-Uni (section 12 § 1)¹⁰⁸¹ ou, en cas d'infraction perpétrée à l'étranger, lorsqu'un lien étroit (« *a close connection* ») existe entre l'auteur et le Royaume-Uni (section 12 § 2). La section 12 § (4) dresse une liste exhaustive des éléments constitutifs d'un lien étroit. Pour les entités collectives, le critère est celui de l'incorporation selon la législation du Royaume-Uni (section 12 § (4) (h) *UK Bribery Act*)¹⁰⁸².

816 La compétence des autorités britanniques apparaît encore plus étendue dans le cadre de l'infraction du défaut de prévention de la corruption. Selon la section 12 § 5, la section 7 est applicable, indépendamment de la localisation des actes ou omissions constitutifs de l'infraction, à toute entité collective qui a été constituée conformément à la législation du Royaume-Uni ou y déploie, même

¹⁰⁷⁹ Le terme « personne associée », doit être ici compris comme toute personne qui agit pour le compte de, ou au nom de l'entité collective en question (voir section 8 (1) et (3) *UK Bribery Act*). En particulier, une filiale peut être, suivant les circonstances, considérée comme une personne associée (voir section 8 (3) *UK Bribery Act*; voir aussi MONTY, N 5.17). Elle ne sera toutefois pas automatiquement considérée comme telle, dès lors qu'une filiale peut agir indépendamment de la société qui la contrôle (Ministry of Justice, Guidance, § 36). L'infraction ne sera imputée à la société mère que si l'agent de la filiale agit dans l'intention d'obtenir un avantage pour la société mère ; un bénéfice indirect ne suffit pas (Ministry of Justice, Guidance, § 42). Pour déterminer, au préalable, si la filiale a commis un acte de corruption, l'on appliquera la théorie de l'identification (OCDE, Rapport sur le Royaume Uni, phase 3, mars 2012, § 43).

¹⁰⁸⁰ Précisons que, sur la base du modèle identificatoire, l'entité collective peut également être tenue pour responsable de l'une des autres infractions prévues par le *UK Bribery Act* (SULLIVAN G., p. 99). La section 7 apparaît toutefois plus attractive pour les autorités de poursuite au vu, notamment, du cercle beaucoup plus large d'auteurs physiques susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise (SULLIVAN G., p. 99). Le recours au modèle identificatoire est cependant toujours possible, en particulier lorsque l'entité collective parvient à faire la preuve de sa bonne organisation (SULLIVAN G., p. 99 ; SULLIVAN BOB, p. 32). Dans ce cas de figure, la compétence des autorités britanniques est donnée si l'infraction de corruption a eu lieu en tout ou partie sur le territoire ou si l'entité collective a été constituée selon le droit britannique (section 12 (1) et (2) (4) (h) *UK Bribery Act*). Selon SULLIVAN BOB, le caractère exhaustif de la liste de la Section 12 (4) exclut probablement l'application de la jurisprudence relative à « la levée du voile », de sorte qu'une maison mère britannique ne pourrait se voir reprocher les infractions commises à l'étranger au sein de sa filiale sur la base de la Section 12, mis à part éventuellement dans des cas extrêmes (p. 33). Pour cette raison également, la Section 7 apparaît davantage attrayante pour les autorités de poursuite pénale.

¹⁰⁸¹ Pour des exemples de localisation de l'infraction au Royaume-Uni, voir O'SHEA, p. 256 s.

¹⁰⁸² Voir aussi WELLS, Corporate Responsibility, p. 507.

partiellement, ses activités commerciales (sec. 7 (5) § 2 *UK Bribery Act*)¹⁰⁸³. Le critère de rattachement est personnel : la compétence du Royaume-Uni se fonde sur le lien que cet Etat entretient avec l'entité collective¹⁰⁸⁴.

Le critère est très large vu qu'il comprend toute entreprise exerçant une activité économique, même partielle, au Royaume-Uni. Selon le Ministère de la Justice, l'appréciation de l'exercice d'une activité commerciale au Royaume-Uni doit s'effectuer selon une approche basée sur le « sens commun », ce qui signifie que l'entité collective doit avoir « *a demonstrable business presence* » au Royaume-Uni¹⁰⁸⁵. En particulier, le simple fait qu'une société mère ait une filiale au Royaume-Uni ne suffit pas encore à admettre que la première y fait des affaires¹⁰⁸⁶.

Le Directeur du *Serious Fraud Office* (SFO), qui est le principal organe britannique voué à la lutte contre la corruption transnationale¹⁰⁸⁷, a indiqué aux experts de l'OCDE que la notion « d'exercice d'une activité commerciale » ne devait pas revêtir une acception trop technique et devait se comprendre comme une activité d'achat ou de vente au Royaume-Uni. Dans cette optique, la compétence des autorités britanniques s'étendrait à toutes les entités collectives ayant un « engagement économique » au Royaume-Uni (échanges commerciaux, levées de fonds, exercices de fonctions ou encore relations avec diverses parties prenantes au Royaume-Uni¹⁰⁸⁸). La générosité de l'interprétation ainsi préconisée accentue encore l'étendue de la compétence britannique.

¹⁰⁸³ A l'égard des personnes physiques, la compétence des autorités britanniques est donnée si un élément constitutif (action ou omission) de l'infraction de corruption a lieu au Royaume-Uni ou si l'auteur de l'acte ou de l'omission en question a un lien étroit avec cet Etat (Section 12 (1) et 12 (2) et (3) *UK Bribery Act*) ; les critères permettant d'admettre un lien étroit sont listés à la Section 12 (4) *UK Bribery Act* ; voir aussi O'SHEA, p. 134 et 254 ; MONTY, N 3.58.

¹⁰⁸⁴ Voir toutefois SULLIVAN BOB, qui estime que, dans la mesure où la section 7 s'applique indépendamment de savoir si l'infraction a été ou non commise au Royaume-Uni, la compétence de cet Etat doit être qualifiée d'universelle (p. 33 s.). On objectera à cette position que le principe de l'universalité n'exige aucun lien entre l'Etat et l'acte, respectivement l'auteur de l'infraction. Or, ici, aussi lâche soit-il, il y a bel et bien un lien entre le Royaume-Uni et l'entité collective.

¹⁰⁸⁵ Une telle présence peut notamment résulter du fait que l'entité collective possède un établissement ou des employés au Royaume-Uni (CARR, p. 151) ; voir aussi, à propos de la notion d'activité commerciale, WELLS, *Corporate Responsibility*, pp. 508 et 510 et, pour une analyse détaillée, O'SHEA, p. 137 ss.

¹⁰⁸⁶ Ministry of Justice, *Guidance*, § 36. Par ailleurs, le simple « *trading* » sur la *London Stock Exchange* ne suffirait pas non plus pour admettre l'exercice d'une activité commerciale au Royaume-Uni (*Guidance*, § 36) ; voir aussi O'SHEA, p. 141 ss et p. 263.

¹⁰⁸⁷ OCDE, *Rapport sur le Royaume Uni*, phase 3, mars 2012, § 217 ; voir Section 10 (1) et (2) *UK Bribery Act*.

¹⁰⁸⁸ OCDE, *Rapport sur le Royaume Uni*, phase 3, mars 2012, § 39.

819 A notre sens, et en particulier à défaut d'indications contraires dans le texte, il nous paraît clair que la compétence des autorités britanniques n'est pas subordonnée au respect de la double incrimination. Elle pourra être exercée à l'égard de toute entité collective déployant, même partiellement, une activité commerciale au Royaume-Uni, à la seule condition qu'une personne associée à cette entreprise adopte, où que ce soit dans le monde, l'un des comportements décrits à la section 1, 2 ou 6 du UK Bribery Act, indépendamment du caractère répréhensible de l'acte au lieu où il a été commis¹⁰⁸⁹.

§ 6. Le Foreign Corrupt Practices Act états-unien

820 Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) date de 1977¹⁰⁹⁰. Comme son nom l'indique, le texte se concentre sur la corruption d'agents publics étrangers. En résumé, le FCPA se décompose en deux parties : la première contient des règles comptables (§ 78m du Titre 15 [*Commerce and Trade*] U.S.C.), la seconde traite de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers (§ 78dd-1-2-3 du Titre 15 [*Commerce and Trade*] U.S.C.)¹⁰⁹¹. Le FCPA a fait l'objet de deux amendements importants, en 1988 puis en 1998, suite à la ratification de la Convention de l'OCDE¹⁰⁹². Cette dernière révision a, entre autres, considérablement élargi la compétence pénale états-unienne¹⁰⁹³. La loi s'adresse tout autant aux entités collectives qu'aux personnes physiques, étant rappelé que l'élaboration du FCPA s'inscrit dans le cadre d'affaires de corruption perpétrées à large échelle par des grandes entreprises¹⁰⁹⁴. Selon le droit états-unien, il suffit, pour que l'entreprise puisse se voir imputer une infraction, que cette dernière ait été commise par un employé, dans l'exercice de son travail¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁹ L'on soulignera, pour la corruption d'agents publics étrangers, que la punissabilité de la personne physique est subordonnée à la condition que la loi de l'agent public n'autorise pas l'avantage octroyé (voir section 6 (3) (b) en lien avec 6 (7) (c) *UK Bribery Act*. Il ne s'agit toutefois pas de double incrimination mais simplement de prendre en considération, dans la définition de l'infraction de corruption d'agent public étranger, la loi applicable au statut de ce dernier. Si cette dernière autorise l'avantage octroyé, il ne peut y avoir corruption, infraction qui suppose, intrinsèquement, que la prestation offerte soit indue.

¹⁰⁹⁰ Sur l'historique législatif du FCPA, voir KOEHLER, p. 1 ss.

¹⁰⁹¹ OBIDAÏRO, p. 63.

¹⁰⁹² Pour une explication de ces amendements, OBIDAÏRO, p. 63 ss.

¹⁰⁹³ OBIDAÏRO, p. 68.

¹⁰⁹⁴ L'importance de la corruption d'entreprise est illustrée par les travaux préparatoires qui traitent en abondance de ces *corporate payments* de provenance douteuse (voir KOEHLER, p. 2 ss).

¹⁰⁹⁵ OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 3, octobre 2010, § 98.

La compétence à l'égard des entités collectives s'exerce de manière très diverse suivant l'entreprise en cause. 821

Le champ d'application du FCPA couvre tout d'abord tout émetteur ayant une catégorie de titres enregistrés auprès de la *Securities Exchange Commission* (SEC), conformément à la sec. 12 du *Securities Exchange Act* de 1934, ou tenu de fournir des rapports au SEC conformément à la sec. 15(d) du *Securities Exchange Act* (§ 78dd-1 (a) U.S.C.)¹⁰⁹⁶. Il s'agit, par exemple, de toute société détenant des titres négociés sur une bourse américaine, telles la NYSE ou la NASDAQ¹⁰⁹⁷. Le FCPA s'adresse également à toute entreprise nationale, c'est-à-dire toutes les entités collectives ayant leur siège aux Etats-Unis, ou constituées selon la loi états-unienne ou celle de l'un de ses Etats, de ses territoires, de ses possessions ou du Commonwealth (§ 78dd-2 (a) et § 78dd-2 (h) (1) (B) U.S.C.)¹⁰⁹⁸. 822

Si l'émetteur visé au § 78dd-1 (a) U.S.C. est étranger, la compétence des Etats-Unis à son égard est subordonnée à un lien de rattachement territorial, soit à l'utilisation, dans le cadre du processus de corruption, du courrier postal ou de tout autre moyen ou instrument de commerce entre Etats, (§ 78dd-1 (a) U.S.C.)¹⁰⁹⁹. 823

Le commerce entre Etats recouvre toutes les transactions, le commerce, le transport et la communication entre les Etats fédérés, ou entre un Etat fédéré et un pays étranger, et inclut l'utilisation de n'importe quel moyen de communication entre Etats¹¹⁰⁰. Cette condition du « rattachement au commerce inter-Etats »¹¹⁰¹ est le *nexus* entre l'acte de corruption et le territoire des Etats-Unis. Ce lien crée une compétence territoriale très large puisqu'il est donné dès qu'un moyen de communication ou un autre instrument du commerce – par exemple un transfert bancaire – « touche » les Etats-Unis d'une quelconque manière, soit qu'il parte des Etats-Unis, y parvienne ou encore y transite¹¹⁰². Le 824

¹⁰⁹⁶ U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA, p. 11.

¹⁰⁹⁷ OCDE, Etats-Unis, Phase 1, 1999, p. 2.

¹⁰⁹⁸ Lorsque, dans la suite de ce travail, nous parlerons d'entreprise constituée selon la loi des Etats-Unis, nous comprenons également celle constituée selon la loi d'un des Etats, d'un territoire, d'une possession des Etats-Unis ou du Commonwealth.

¹⁰⁹⁹ NICHOLLS QC/DANIEL/BACARESE/HATCHARD, p. 571.

¹¹⁰⁰ OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 2, octobre 2002, § 103 ; § 78dd – 2 (h) (5) U.S.C.

¹¹⁰¹ OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 2, octobre 2002, § 103. Cette condition tiendrait à la répartition des compétences pénales entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés : la compétence de l'Etat fédéral est liée à l'exigence du rattachement au commerce entre Etats (OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 1, 1999, p. 16).

¹¹⁰² U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA, p. 11. On notera en particulier que la présence sur le territoire états-unien d'un serveur, par lequel a transité des e-mails, écrits depuis une adresse mail états-unienne et relatifs au processus de corruption, a été considérée comme un lien suffisant (voir KOEHLER, p. 115). Relevons que l'OCDE a toutefois exprimé une certaine

moyen ou l'instrument utilisé n'a pas besoin de constituer l'activité corruptrice – l'offre, le paiement, etc. – ; il suffit qu'il serve à celle-ci d'une façon ou d'une autre¹¹⁰³. Les mêmes conditions sont prévues au § 78dd-2 (a) U.S.C., dans le cadre de la compétence états-unienne à l'égard des entreprises nationales.

825 En outre, en vue de la ratification de la Convention de l'OCDE, les Etats-Unis ont introduit en 1998 le principe de la nationalité active, de sorte que le FCPA s'applique à toute entreprise constituée selon la loi des Etats-Unis et ayant commis à l'étranger un acte de corruption, la condition du rattachement au commerce inter-Etats n'étant pas exigée (§ 78dd-2 (i) U.S.C.)¹¹⁰⁴. On notera qu'à première vue, le champ d'application du principe de la personnalité active est plus étroit que la notion d'entreprise nationale (voir § 78dd-2 (h) U.S.C.), puisqu'à teneur de texte il ne recouvre que les entreprises constituées selon la loi états-unienne et non celles ayant leur siège aux Etats-Unis. Mais les deux critères, en réalité, se recoupent, car la loi qui régit une société est en principe celle de son siège social¹¹⁰⁵. On peut toutefois se demander si la notion de « siège » comprendrait le siège réel, dans le cas d'une société étrangère effectivement administrée aux Etats-Unis.

826 Lorsque l'entité collective n'est ni un émetteur, ni une entreprise nationale, la compétence des autorités états-uniennes est subordonnée à la condition qu'un acte s'inscrivant dans le processus de corruption se déroule sur le sol états-unien¹¹⁰⁶. Cette compétence découle également de la ratification de la Convention de l'OCDE, le principe de territorialité n'exigeant pas de lien entre l'auteur et l'Etat qui exerce la poursuite pénale.

827 Nous soulignons enfin que les Etats-Unis sont de loin l'Etat qui a le plus largement exercé sa compétence à l'égard des entreprises. Plus de cent poursuites basées sur le FCPA auraient été introduites à l'encontre d'entités

préoccupation quant au potentiel de cette condition à faire obstacle à la lutte contre la corruption, par exemple si le paiement est proposé en personne (voir OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 2, octobre 2002, § 103). Les Etats-Unis ont fait valoir, probablement à juste titre, qu'il était en pratique peu probable qu'il y ait autorisation ou paiement d'un pot-de-vin sans l'utilisation d'aucun instrument de commerce inter-Etats (OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 1, 1999, p. 16 ; OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 2, octobre 2002, § 104).

¹¹⁰³ OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 1, 1999, p. 15 s. ; pour des exemples d'application, voir OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 2, octobre 2002, § 104 et KOEHLER, p. 115.

¹¹⁰⁴ NICHOLLS QC/DANIEL/BACARESE/HATCHARD, p. 571.

¹¹⁰⁵ Voir CR LDIP-GUILLAUME, Art. 154 N 3 ss ; voir aussi N 1009 ss *infra*.

¹¹⁰⁶ U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA, p. 11 s. ; voir aussi NICHOLLS QC/DANIEL/BACARESE/HATCHARD, p. 571 s. On notera qu'une société fille a pu être considérée comme l'agent de la société mère, la compétence états-unienne s'étendant en conséquence à cette dernière (CERUTTI/VON TAAFFE, p. 140).

collectives pour des infractions de corruption transnationale¹¹⁰⁷. De manière plus générale, les Etats-Unis sont enclins à se reconnaître compétents à l'égard des entreprises étrangères, du seul fait qu'une présence économique aux Etats-Unis puisse être démontrée¹¹⁰⁸.

D. Synthèse

De façon générale, les règles de compétence dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives se calquent sur celles relatives aux personnes physiques. La compétence des juridictions nationales ne se limite notamment pas aux entreprises qui ont leur siège sur le territoire. 828

Les Etats qui ont consacré des normes de compétence spéciales à l'égard des entités collectives ont repris les principes existants, en particulier celui de la nationalité active, pour les transposer à la personne morale. Que le critère de rattachement soit le siège – ce qui souligne le lien spatial entre l'Etat et l'entreprise présente sur son territoire – ou la nationalité – qui met l'accent sur le rattachement personnel –, ne change rien. Si le siège et la nationalité peuvent conceptuellement être perçus comme des critères différents, ils se recoupent d'ordinaire de toute façon¹¹⁰⁹. Est réservée l'hypothèse dans laquelle le critère du siège s'étendrait à celui de la succursale¹¹¹⁰. 829

Le principe de territorialité s'examine au regard du comportement de la personne physique¹¹¹¹, car les Etats qui nous entourent construisent, à l'instar de la conception défendue ici, la responsabilité de l'entreprise par un mécanisme d'imputation de l'acte commis par l'agent à l'entité collective. 830

Le défaut d'organisation comme critère de rattachement territorial n'est pas totalement inconnu, mais reste largement marginal. Ceci peut probablement s'expliquer en partie par le fait que cet élément, malgré son gain de popularité, n'est pas utilisé dans tous les Etats, ou seulement comme preuve exculpatoire à charge de l'entreprise dans certains. En outre, il est vrai que le mécanisme de 831

¹¹⁰⁷ Pour un résumé de ces poursuites, voir OCDE, *Steps taken*, p. 165 ss.

¹¹⁰⁸ THAMAN, p. 490 ; voir, pour un exemple en matière de blanchiment, 18 U.S. Code § 1956 - Laundering of monetary instruments 18 U.S.C § 1956, (b) (2) (C).

¹¹⁰⁹ Voir N 1041 ss *infra*, cette dernière section mentionnant des exceptions, largement théoriques, à ce recoupement.

¹¹¹⁰ Voir N 1046 ss *infra*.

¹¹¹¹ Dans le même sens, Conseil de L'Europe, *Liability*, p. 58.

L'imputation incite à ne tenir compte que du comportement de la personne physique.

832 Lorsque l'infraction de base est perpétrée à l'étranger, les Etats, qu'ils aient, ou non, adopté une règle spéciale pour les entités collectives, se reconnaissent compétents pour poursuivre « leurs » entreprises¹¹¹². A juste titre, l'importance du lien entre l'Etat et « son » entité collective ressort des travaux internationaux relatifs à la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : les Etats doivent faire en sorte que « leurs » entreprises ne commettent pas d'infractions, incombance sur laquelle on insiste beaucoup moins dans le cadre du principe de la nationalité appliqué aux personnes physiques. L'idée sous-jacente, qui a d'ailleurs été l'un des arguments en faveur de la responsabilité des entités collectives, est de ne pas permettre aux entreprises nationales de profiter des défaillances de certains systèmes étrangers pour s'y livrer à des actes répréhensibles.

833 La condition de la double incrimination, au nom des impératifs de répression, est de moins en moins exigée. L'objectif semble finalement que les Etats imposent leurs standards à leurs entreprises, qui doivent les respecter indépendamment du caractère interne ou transfrontière de leurs activités.

834 Séduisante à première vue, cette conception jette un peu rapidement aux oubliettes un principe cardinal du droit de la compétence pénale. Le risque que la double incrimination fasse obstacle à la répression existe, mais aucun Etat n'a indiqué qu'il se serait matérialisé et que la double incrimination aurait fait obstacle à l'exercice de sa compétence, conformément aux instruments internationaux étudiés.

835 En matière de corruption, les Etats-Unis et le Royaume Uni reconnaissent leur juridiction de manière très large : y sont soumises non seulement « leurs » entreprises, mais également toute entité collective étrangère réputée exercer une activité sur le territoire états-unien, respectivement britannique. Le droit britannique ne se préoccupe pas du lieu du processus corruptionnel, la loi états-unienne se contente du fait que celui-ci « touche » d'une manière ou d'une autre le territoire. La compétence des autorités britanniques, respectivement états-uniennes, apparaît donc donnée même lorsque l'infraction est commise dans le cadre d'activités qui ne sont pas celles conduites sur leur territoire.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 59.

Le problème du critère de l'exercice des activités réside dans son imprécision¹¹¹³. En outre, si l'infraction n'est pas commise dans le cadre de celles que l'entreprise conduit aux Etats-Unis, respectivement au Royaume-Uni, et que l'entité collective en cause est étrangère, on peut douter de l'intérêt légitime de ces deux Etats à la poursuite pénale. Cela vaut d'autant plus que ni le Royaume-Uni ni les Etats-Unis n'envisagent leur compétence de manière subsidiaire par rapport à celle d'autres Etats, par exemple celui du siège de l'entreprise.

E. La compétence territoriale du juge suisse

§ 1. L'infraction de base comme critère de rattachement territorial

a) *La doctrine*

Les auteurs qui, à l'instar de la conception défendue dans cette étude, estiment que l'art. 102 CP est une norme d'imputation, admettent sans réserve un rattachement territorial au lieu où l'infraction de la personne physique est réputée commise¹¹¹⁴, que le lien s'effectue par le comportement ou le résultat. Un tel raisonnement découle de la notion d'imputation : dans la mesure où c'est de l'acte perpétré par son agent dont l'entreprise a à répondre, il n'y a guère de discussion quant à la compétence de l'Etat dans lequel cet acte, respectivement son résultat, est survenu.

Si la compétence du juge suisse est donnée sur cette base, la doctrine quasi-unanime admet qu'elle s'étend à toutes les entreprises, qu'elles soient suisses ou étrangères¹¹¹⁵. Seul SCHMID s'est prononcé contre l'application de l'art. 102 CP aux entreprises situées à l'étranger. Selon lui, en effet, la poursuite, par les autorités pénales helvétiques, d'une entité collective située à l'étranger, supposerait au moins qu'en sus de reconnaître la responsabilité pénale des

¹¹¹³ On peut noter à cet égard que, lors de l'élaboration de la Convention contre le financement du terrorisme, il avait été proposé que les Etats se reconnaissent compétents non seulement sur la base du principe du siège mais plus généralement à l'égard de toute entreprise exerçant ses activités sur le territoire. Cette alternative a toutefois été supprimée, justement en raison de son manque de précision (ONU, Mesures visant à éliminer le terrorisme, p. 66 s.). Dans la même optique, le Conseil de l'Europe a estimé que le critère du siège représentait probablement le seul critère acceptable sur le plan de la prévisibilité (Compétence extraterritoriale, p. 29 s.).

¹¹¹⁴ Entre autres, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1028 ; PERRIN, La répression, p. 317 ; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, p. 39 ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 33.

¹¹¹⁵ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1028 ; HEINE, Criminal Liability, p. 315 ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 34 ; NADELHOFER DO CANTO, p. 133.

personnes morales, le droit étranger connaisse les mêmes standards organisationnels¹¹¹⁶. Anticipant également plusieurs obstacles procéduraux, il préconise, pour des motifs pratiques, de limiter l'application de l'art. 102 CP aux entreprises suisses¹¹¹⁷.

839 Le raisonnement relatif au rattachement territorial par le biais de l'infraction de base est différent pour la doctrine, en particulier NIGGLI et GFELLER, qui considère l'art. 102 CP comme une infraction *sui generis*. Ces auteurs ont recours à la théorie de l'ubiquité : le lieu du défaut d'organisation est le lieu de l'action ; quant au résultat, il constitue, dans le cadre, de l'art. 102 al. 2 CP, l'infraction commise par la personne physique et, dans le contexte de l'art. 102 al. 1 CP, l'impossibilité d'identifier son auteur¹¹¹⁸. Le lieu du résultat au sens de cette dernière disposition serait donc là où les autorités de poursuite pénale ne peuvent identifier l'auteur de l'infraction, soit à l'endroit où celle-ci fait l'objet d'une procédure pénale¹¹¹⁹.

840 Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le raisonnement prête le flanc à la critique en ce sens que les tenants de la théorie de l'infraction *sui generis* voient dans l'infraction de la personne physique une condition objective de punissabilité¹¹²⁰. Or, nous l'avons vu, la question de savoir si une telle condition fonde un lieu de commission est largement controversée, et la théorie subjective du résultat y donne une réponse négative¹¹²¹. La construction juridique des partisans de l'infraction *sui generis* ne permet donc pas de considérer l'infraction de base comme un résultat au sens de la théorie de l'ubiquité¹¹²². En conséquence, si l'on suit la conception de l'infraction *sui generis*, le juge suisse n'est pas compétent pour poursuivre une entreprise étrangère pour une infraction – de corruption par exemple – commise sur sol suisse (!) Nous l'avons vu plus haut, une telle conséquence emporte probablement violation des engagements internationaux

¹¹¹⁶ Sur la problématique des standards organisationnels lorsque l'entreprise est étrangère, voir N 859 ss *infra*.

¹¹¹⁷ SCHMID, Die Prozessuale Seite, p. 210.

¹¹¹⁸ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 431 ; GFELLER, p. 321 s. ; voir aussi HEINIGER qui considère que l'infraction de base constitue un résultat au sens de l'art. 8 CP tant pour l'art. 102 al. 2 CP que l'art. 102 al. 1 CP (N 822 ss).

¹¹¹⁹ GFELLER, p. 321.

¹¹²⁰ ATF 142 IV 333, consid. 4.1 ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 26 s. ; NIGGLI/MAEDER, § 8 N 22 ; HEINIGER, N 276.

¹¹²¹ Voir N 342 *supra*.

¹¹²² Seul HEINIGER a discuté la problématique, dans le cadre de l'application de la théorie de l'ubiquité à l'art. 102 CP, de la condition objective de punissabilité au regard de la notion de résultat et a conclu, contrairement à la position défendue ici, que cette notion comprenait la condition objective de punissabilité (N 822 ss).

de la Suisse¹¹²³. Comme nous le voyons à la section suivante, des entreprises étrangères ont d'ailleurs déjà été condamnées en Suisse pour des infractions commises sur le territoire.

L'observation vaut *mutatis mutandis* pour l'art. 102 al. 1 CP : si l'on considère que la théorie de l'infraction *sui generis* amène, dans le cadre de cette dernière norme, à voir une condition objective de punissabilité non seulement dans l'infraction de base, mais également dans l'impossibilité d'identifier l'auteur de cette infraction, ce défaut d'identification ne peut être considéré comme un résultat au sens de l'art 8 CP.

Soulignons encore que l'on trouve, ça et là, dans la doctrine favorable à l'infraction *sui generis*, l'opinion selon laquelle l'acte de l'agent de l'entreprise ne jouerait pas de rôle dans l'appréciation de la compétence helvétique¹¹²⁴. La portée réelle de cette position demeure incertaine, en particulier dans la mesure où elle a notamment été soutenue par NIGGLI et GFELLER, qui l'ont justifiée par le fait que l'infraction de base constituait une condition objective de punissabilité¹¹²⁵. La position de ces derniers auteurs semble irrémédiablement contradictoire : d'un côté, dans leur commentaire de l'art. 102 CP, ils dénie à l'infraction de base, en raison de son statut de condition objective de punissabilité, toute pertinence dans la détermination de l'application spatiale du droit pénal suisse ; de l'autre, quelques pages plus loin et toujours dans ce même commentaire, ils considèrent, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, l'infraction de base comme le résultat, au sens de l'art. 8 CP, de la mauvaise organisation de l'entreprise¹¹²⁶.

b) La jurisprudence

Si la jurisprudence relative à l'art. 102 CP en général est déjà maigre, elle l'est encore davantage s'agissant de l'application spatiale de la responsabilité pénale de l'entreprise.

La première décision en la matière est une ordonnance pénale du 5 janvier 2005, rendue dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, par le Juge d'instruction du Canton de Fribourg à l'encontre d'une entreprise française. Cette dernière avait loué un véhicule qui avait été enregistré sur l'autoroute A1 Yverdon-Berne à une vitesse

¹¹²³ Voir N 705 *supra*.

¹¹²⁴ JOSITSCH, p. 451 s. ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 30.

¹¹²⁵ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 30.

¹¹²⁶ BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 431.

largement supérieure à celle autorisée. Dans le cadre de l'enquête, la société française n'a pas été en mesure d'indiquer lequel de ses employés était au volant du véhicule lors de l'excès de vitesse, ce qui a été considéré par le juge d'instruction comme un défaut d'organisation de l'entreprise. En conséquence, cette dernière a été reconnue coupable de violation grave des règles sur la circulation routière. L'ordonnance pénale ne contient aucune analyse relative à l'examen, par le juge, de sa compétence ; il faut certainement en conclure que celle-ci a été admise sans discussion¹¹²⁷.

845 Statuant sur le bien-fondé d'une ordonnance de non-entrée en matière, rendue suite à une plainte pénale dirigée, entre autres, contre deux sociétés étrangères, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a reconnu, sur le principe, sa compétence à l'égard des sociétés étrangères, pourvu qu'il y ait un lien de rattachement spatial entre la Suisse et l'infraction¹¹²⁸.

846 Dans le cas Alstom, qui sera analysé plus loin¹¹²⁹, le Ministère public de la Confédération a admis que l'infraction de base était un critère de rattachement territorial permettant à la Suisse d'exercer sa compétence tant à l'égard de la filiale helvétique qu'à l'encontre de la maison mère française¹¹³⁰.

847 Cette position a été confirmée dans l'affaire du groupe Siemens¹¹³¹. Le Ministère public de la Confédération a admis sa compétence pour connaître d'infractions de corruption d'agents publics étrangers reprochées à une filiale suédoise du groupe. Le critère de rattachement était les pots-de-vin octroyés au moyen de comptes bancaires en Suisse, l'infraction étant de ce fait réputée commise sur le territoire¹¹³². Il en a été de même dans les procédures pénales suisses menées en lien avec l'affaire brésilienne « Petrobras » : la compétence des autorités helvétiques pour poursuivre trois sociétés brésiliennes résultait du fait que les paiements corruptifs avaient été débités de, ou crédités sur des comptes bancaires suisses¹¹³³.

¹¹²⁷ Voir, pour un commentaire de cette décision, MACALUSO, Premiers cas d'application, p. 113 ss, en particulier, p. 120, où cet auteur approuve la poursuite en Suisse de la société étrangère, vu la localisation de l'infraction sur le territoire helvétique.

¹¹²⁸ Décision de la Cour des plaintes du TPF du 11 octobre 2011, BB.2011.45, consid. 4.1.

¹¹²⁹ Voir N 895 ss *infra*.

¹¹³⁰ Ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, Remarque liminaire n° 2.

¹¹³¹ Ordonnance de classement du 5 septembre 2013, SV.13 0805-KOU, point 1.6.

¹¹³² Ordonnance de classement du 5 septembre 2013, SV.13 0805-KOU, point 1.7.

¹¹³³ Ordonnance de classement du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN ; ordonnance pénale du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN ; voir aussi MPC, Communiqué Petrobras.

c) *Analyse critique*

1) *La compétence territoriale du juge suisse*

Nous rappelons tout d'abord que, pour que l'infraction de base soit réputée commise en Suisse, un participant principal à l'infraction doit avoir agi en Suisse, que ce soit en qualité d'auteur direct, de coauteur ou d'auteur médiate. En revanche, si la participation de l'agent de l'entreprise doit être qualifiée d'accessoire et que l'acte principal a été commis à l'étranger, l'infraction imputable à l'entreprise ne sera, selon notre conception¹¹³⁴, pas considérée réalisée en Suisse¹¹³⁵. Si l'agent doit être considéré comme l'instrument humain d'un auteur médiate, extérieur à l'entreprise, le problème ne se pose pas en termes de compétence, mais sur le terrain de la condition de « l'infraction commise ». Le juge suisse sera par principe compétent pour connaître de l'infraction puisque celle-ci se localise notamment là où se trouve l'instrument humain. En revanche, la responsabilité de l'entreprise dépendra de la question de savoir si l'on peut considérer que l'instrument humain a réalisé les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction¹¹³⁶.

848

A partir du moment où l'on considère que l'art. 102 CP constitue une norme d'imputation, l'infraction de base apparaît comme le premier critère de rattachement territorial. Si l'infraction attribuée à l'entreprise se localise en Suisse, le lien de rattachement avec le sol helvétique est donné et le principe de territorialité trouve pleine application. Précisons ici que la localisation de l'infraction de base reprochée à l'entreprise s'effectue au seul regard du comportement de l'auteur physique et du résultat de ce comportement, conformément aux règles dégagées dans la première partie sous VI.C. *supra*. En particulier, il n'est pas question de considérer une quelconque conception subjective¹¹³⁷ de l'entreprise, *indépendante de celle de son agent*, quant au lieu de commission de l'infraction. Une telle construction ne pourrait probablement être admise que dans un modèle de responsabilité basé sur l'omission,

849

¹¹³⁴ Sur la controverse, voir N 377 ss *supra*.

¹¹³⁵ Visiblement *contra* MACALUSO qui, tout en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au défaut de reconnaissance d'un lieu de commission là où le participant accessoire a agi, s'appuie sur le fait que l'entreprise est toujours considérée comme auteur principal de l'infraction (Infractions de corruption, p. 34). L'argumentation ne nous convainc pas. L'application de l'art. 102 CP dépend ici de la question de savoir si l'infraction commise par la personne physique est ou non considérée comme commise en Suisse. Si l'agent de l'entreprise n'a que le statut de complice, la réponse est négative et la qualité de participant principal de l'entreprise n'y change rien.

¹¹³⁶ Voir en ce sens, GRAVEN, L'infraction, p. 297 ; voir aussi FREI, qui n'admet la punissabilité de l'instrument humain qu'en matière d'infractions par négligence (p. 53).

¹¹³⁷ Voir en matière de responsabilité individuelle, N 354 ss *supra*.

intentionnelle ou par négligence si celle-ci est réprimée, d'un dirigeant de prévenir une infraction commise au sein de l'entreprise, la conscience et la volonté de ce dirigeant étant attribuées à l'entité collective.

850 Dès lors, la compétence du juge helvétique s'étend à tous ceux qui, selon le droit pénal suisse, peuvent être rendus responsables de l'infraction. A l'instar du lieu de situation de l'auteur physique, le siège de l'entreprise n'a aucune incidence sur la compétence du juge, conformément à la conception de ce critère de rattachement, fondé sur l'acte et non sur les caractéristiques propres aux auteurs de l'infraction. Aucune raison ne justifie dans ce contexte de traiter l'entité collective différemment de la personne physique. Le fait que le droit national de l'entreprise étrangère ne connaisse pas la responsabilité pénale des entités collectives est indifférent, puisque c'est l'art. 102 CP qui s'applique.

851 De manière plus générale, la légitimité de la Suisse à poursuivre toute entreprise, suisse ou étrangère qui, selon la conception helvétique, doit répondre d'une infraction commise sur le sol suisse est incontestable.

852 Par ailleurs, la compétence au lieu de l'infraction de base permet, pour les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, de poursuivre, dans le cadre de la même procédure, l'auteur physique et l'entité collective, ce qui sert le principe d'économie de procédure et évite le risque de décisions contradictoires.

853 Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, les autorités du lieu de commission de l'infraction de base engagent une poursuite, recherchent les auteurs physiques, et si, malgré la mise en œuvre de tous les moyens d'investigation utiles, elles ne parviennent pas à identifier les responsables, se tournent vers l'entité collective.

854 Cette solution se justifie également si l'on effectue l'analogie, sur un plan matériel, entre l'art. 102 al. 1 CP et l'entrave à l'action pénale au sens de l'art. 305 CP : la théorie de l'ubiquité permet à la Suisse de revendiquer sa compétence à l'égard de tout acte d'entrave à la justice pénale suisse, où que l'acte ait été commis (et où que son auteur se trouve)¹¹³⁸. Si l'infraction de base est commise en Suisse, mais que les autorités helvétiques n'arrivent pas à en identifier l'auteur en raison du manque d'organisation de l'entreprise, il y a, en quelque sorte, entrave à la justice pénale suisse et la légitimité matérielle du juge helvétique pour poursuivre la responsable, suisse ou étrangère, de cet acte d'entrave n'apparaît guère contestable.

¹¹³⁸ Sur la compétence des autorités helvétiques dans le cadre de l'art. 305 CP, DYENS, Territorialité, N 824 ss.

L'application du principe de territorialité en lien avec l'infraction commise par la personne physique est de manière générale, comme vu dans le cadre de l'examen des législations étrangères, également l'approche adoptée par les autres Etats et les organismes internationaux.

Limiter la compétence de la Suisse au cercle des entreprises nationales poserait d'ailleurs des problèmes de compatibilité avec les conventions internationales, qui imposent une application généreuse du principe de la territorialité. La compétence territoriale des autorités helvétiques serait largement restreinte si elle était subordonnée à l'exigence supplémentaire d'un lien de rattachement personnel entre l'entreprise poursuivie et la Suisse.

Par ailleurs, s'il est évidemment possible que la poursuite d'entreprises étrangères se trouve confrontée à certaines embûches, qui, pour l'instant d'ailleurs, n'ont pas été concrètement identifiées, celles-ci ne justifient pas de limiter l'application de l'art. 102 CP aux entreprises suisses. Ces complications ne sont d'ailleurs pas insurmontables, comme en témoigne le fait que des procédures conduites à l'égard d'entreprises étrangères ont pu être menées à bien. En outre, des obstacles pratiques se présentent aussi dans le cadre de procédures ouvertes à l'encontre de personnes physiques qui se trouvent à l'étranger, sans que l'on songe à en tirer un argument pour limiter la compétence pénale suisse. Les difficultés à cet égard doivent être aplanies par le biais d'une coopération internationale étendue, voire d'une harmonisation partielle des règles relatives à la responsabilité pénale des entités collectives¹¹³⁹.

Cela étant, comme nous allons en discuter à présent, l'application de principe de l'art. 102 CP aux entreprises étrangères ne signifie pas encore qu'il faille faire entière abstraction du fait que l'entreprise poursuivie n'a pas de rattachement personnel à la Suisse.

2) *La prise en considération du droit étranger pour l'appréciation du défaut d'organisation de l'entreprise étrangère*

Comme déjà indiqué, le juge apprécie le défaut d'organisation de l'entité collective de manière globale et autonome, mais les sources circonscrivant les devoirs organisationnels à charge d'une entreprise lui serviront de référentiel¹¹⁴⁰. En outre, l'ampleur du défaut d'organisation est un critère de

¹¹³⁹ Nous laissons de côté, vu le caractère marginal pour la problématique ici traitée, la question de l'application de l'art. 102 CP lorsque l'entreprise visée ne peut être assimilée à l'une ou l'autre des formes d'entité collective de l'art. 102 al. 4 CP, comme cela pourrait être le cas d'un trust.

¹¹⁴⁰ Voir N 597 ss *supra*.

fixation de la peine au sens de l'art. 102 al. 3 CP. Même si le manque d'organisation se détermine dans son ensemble, il apparaîtra d'autant plus important si le juge établit la violation de nombreuses règles organisationnelles.

860 Nous avons également vu plus haut, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, que les mesures en question sont disséminées dans diverses sources internationales et internes, de droit dur ou de *soft law*, et relevant du droit civil, administratif ou encore commercial¹¹⁴¹. Certaines de ces règles, à l'instar de l'art. 8 LBA, sont spécifiquement destinées à la prévention des infractions listées à l'art. 102 al. 2 CP. Les autres poursuivent certes un but immédiat différent – par exemple la protection des créanciers et des investisseurs –, mais serviront aussi, indirectement, à empêcher la criminalité entrepreneuriale.

861 S'agissant de la portée spatiale de ces règles, une norme organisationnelle relevant du droit administratif s'adressera généralement à une entité collective ayant son siège en Suisse, ou à une entreprise étrangère, si cette dernière exerce une activité en Suisse¹¹⁴². Si la norme est de droit commercial, elle sera destinée aux entreprises ayant leur siège social en Suisse, une société étant régie, selon les art. 154 et 155 LDIP, par le droit de son incorporation. La norme d'autorégulation s'adressera aux entreprises membres de l'entité qui l'a édictée. Quant aux standards internationaux, leur champ d'application, sous l'angle matériel et spatial, est essentiellement fonction de l'organisme qui les a établis¹¹⁴³, mais transcende bien entendu les frontières étatiques. En tant qu'ils sont censés représenter un « étalon » international, ces standards peuvent souvent servir de référentiel même à l'égard d'entités qui ne rentrent pas dans leur champ d'application *stricto sensu*.

862 Il est clair que si l'infraction a été commise en Suisse et que l'entreprise y a son siège social, le juge helvétique s'appuiera exclusivement sur ses propres règles extra-pénales. La question qui se pose ensuite est celle de savoir s'il en va de même lorsqu'il poursuit une entreprise étrangère.

863 La doctrine, dans la mesure où elle s'est exprimée sur ce point, estime que le défaut d'organisation d'une entité collective étrangère doit toujours être apprécié selon les exigences suisses¹¹⁴⁴. MACALUSO a justifié cette position en invoquant le rapport d'équivalence entre organisation défaillante et intention,

¹¹⁴¹ Voir N 638 ss *supra*.

¹¹⁴² Voir N 0 ss *supra*. ; dans le même sens, MACALUSO, Premiers cas d'application, p. 120.

¹¹⁴³ Voir N 638 ss *supra*.

¹¹⁴⁴ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1030 ss ; CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 25 ; CASSANI, Actualité législative, p. 680 ; PERRIN, La répression, p. 317 ; plus nuancé, DYENS, Territorialité, N 1408 s.

respectivement négligence, qui découlerait de leur qualité de conditions subjectives de l'infraction¹¹⁴⁵. Dans la mesure où le juge helvétique analyse toujours l'intention et la négligence selon la conception juridique suisse, indépendamment de la nationalité ou de la résidence de l'auteur, il devrait en faire de même s'agissant des lacunes organisationnelles¹¹⁴⁶.

Cette approche mérite cependant d'être nuancée¹¹⁴⁷. En réalité, le défaut d'organisation n'est pas un critère subjectif et une comparaison avec l'intention, respectivement la négligence, d'une personne physique nous semble difficile vu les dissemblances matérielles importantes entre les concepts. L'intention se déduit du for intérieur de l'auteur au moment de la commission de l'infraction. Il en va de même de la négligence, qui réside dans la reconnaissabilité, par l'auteur des éléments constitutifs objectifs de l'infraction¹¹⁴⁸.

La condition du manque d'organisation est objectivée puisqu'elle se rapporte au non-respect de règles d'une bonne organisation entrepreneuriale. Elle est temporellement et spatialement dissociable de l'infraction de base¹¹⁴⁹. La « faute » d'organisation s'appuie sur les sources juridiques existantes qui définissent les standards organisationnels aptes à prévenir l'infraction dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, ou permettant l'identification de l'auteur physique dans celui de l'art. 102 al. 1 CP.

Certes, le défaut d'organisation est une notion pénale et, dans l'appréhension globale de cette condition, le juge suisse aura recours à ses propres critères, tels que, par exemple, celui du dépassement du risque autorisé¹¹⁵⁰. Pour procéder à une telle appréciation, le juge commencera par examiner l'organisation de l'entreprise dans son ensemble. Mais, ensuite, il identifiera, au moins dans les grandes lignes, les mesures qui auraient dû être prises. Pour ce faire, il s'inspirera, dans la mesure où elles existent, de règles relevant de la matière civile ou administrative.

Sur le plan dogmatique, la compétence territoriale du juge ne s'oppose pas à une prise en considération du droit étranger relativement aux règles

¹¹⁴⁵ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1031 s. ; CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 25.

¹¹⁴⁶ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1031 s. Cet auteur admet toutefois que l'exercice peut se révéler délicat et esquisse le recours à d'« indispensables transpositions » (MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1031 s. ; CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 25).

¹¹⁴⁷ Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 1408 s.

¹¹⁴⁸ ETIER/STRÄULI, p. 36.

¹¹⁴⁹ Voir déjà N 593 ss *supra*.

¹¹⁵⁰ Voir, sur l'obligation pénale de ne pas accroître un risque, ATF 133 IV 158, consid. 5.2.3 ; voir aussi N 601 s. *supra*.

organisationnelles pertinentes pour apprécier les carences de l'entreprise en la matière. Le principe de la territorialité du droit pénal ne s'oppose en effet pas à la prise en considération de règles civiles ou administratives étrangères¹¹⁵¹.

868 La délimitation entre normes pénales et règles extra-pénales n'est pas toujours aisée, et elle commande de séparer, dans les composantes de l'infraction pénale, les concepts pénaux originels du « matériel » emprunté au droit civil ou administratif. Elle apparaît d'autant plus difficile à apprécier que, selon une conception matérielle de la loi pénale, celle-ci comprend la somme de toutes les normes juridiques – y compris civiles et administratives – en vertu desquelles une action déterminée est assortie d'une sanction¹¹⁵². Reste qu'il n'est guère contestable que certaines notions contenues dans une norme pénale relèvent des domaines civil ou administratif et que le but de la disposition pénale peut requérir qu'elles soient interprétées conformément au droit auquel elles appartiennent originellement.

869 Dans le cadre de l'interprétation de ces notions extra-pénales, le juge pourra être amené à se tourner vers des règles civiles ou administratives étrangères. Pour prendre un exemple simple, lorsque le juge détermine si une chose a été confiée au sens de l'art. 138 CP, il doit analyser le rapport juridique qui liait l'auteur à sa prétendue victime, et qui, par hypothèse, était régi par un ordre juridique étranger. Dans ce cas, une appréciation correcte de l'illégalisme pénal suppose que la relation juridique s'examine à la lueur du droit étranger.

870 A titre d'illustration, nous envisageons le cas d'une entreprise étrangère, qui exerce ses activités à l'étranger, et dont l'un des agents corrompt, à l'étranger, un fonctionnaire. L'avantage indu est transféré sur un compte bancaire suisse dont l'agent public est titulaire. Le seul lien entre l'infraction et la Suisse est le transfert de l'avantage indu sur un compte suisse mais il suffit pour fonder la compétence territoriale des autorités helvétiques¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ Dans le même sens, COLOMBINI, p. 137 ; pour la doctrine allemande, NOWAKOWSKI, p. 637 ; plus nuancé LIEBELT, en particulier p. 195 ss. Cet auteur admet toutefois la prise en considération des règles étrangères de la circulation routière (celles du lieu où elles ont été potentiellement violées) dans le cadre d'un homicide par négligence (p. 67 s., note 198) ; voir également la thèse de CORNILS relative à l'application du droit étranger en matière pénale, qui traite de la problématique en lien avec l'exercice de compétences extraterritoriales, dans le cadre desquelles les normes idoines précisent explicitement que la loi allemande s'applique indépendamment du droit du lieu de commission (Die Fremdrechtsanwendung, en particulier p. 71 ss pour les normes de droit civil, p. 86 ss pour les règles administratives et p. 121 s. pour le résumé).

¹¹⁵² CORNILS, Die Fremdrechtsanwendung, p. 62 s.

¹¹⁵³ Arrêt du TPF du 27 janvier 2016, RR.2015.280, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 3 mars 2016, RR.2015.292, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 16 mars 2016, RR.2015.297, consid. 6.3 ; décision du TPF du 12 mai 2015, BB.2014.191, consid. 2.7 ; Jugement du TPF du 12 juillet 2016, SK.2016.17, consid. 1.2.1.2 ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 29.

Dans la mesure où l'entité collective considérée n'a pas de siège social en Suisse, elle n'est pas organisée selon le droit suisse. Par exemple, l'art. 716a CO ne lui est pas applicable. Or, même si le juge pénal suisse n'est pas formellement lié par le champ d'application spatial de la disposition précitée, il ne nous paraît guère raisonnable qu'il invoque, dans son jugement, cette disposition pour en tirer la conclusion que, conformément à l'art. 716a ch. 5 CO, le contrôle de la *compliance* ne pouvait être délégué par le Conseil d'administration, alors même que le droit du siège de l'entreprise autoriserait par hypothèse une telle délégation. Pour donner un autre exemple, le juge ne pourrait prendre, comme indice d'une organisation défaillante, le fait que l'entité collective n'ait pas soumis ses comptes au contrôle ordinaire d'un organe de révision au sens des art. 727 ss CO, si l'ordre juridique qui la régit n'exige, pour ce type d'entreprise, que l'équivalent de ce qui, en Suisse, constitue un contrôle restreint (art. 727a CO). A l'inverse, si l'ordre juridique du siège de l'entité collective dispose d'un arsenal législatif préventif pour les infractions de corruption, le juge peut s'en inspirer pour apprécier les standards qui étaient exigibles de l'entreprise. Il pourra également s'appuyer sur les règlements et directives internes à l'entité collective considérée.

871

Lorsqu'il entend faire usage, dans l'appréciation du défaut d'organisation, d'une norme extra-pénale suisse à laquelle l'entreprise étrangère n'est pas soumise, le juge devra s'assurer qu'il pouvait être exigé de celle-ci le respect de la règle considérée. Il en va de l'exigence du caractère « raisonnable », au sens de l'art. 102 al. 2 CP, de la mesure à prendre. En d'autres termes, le juge doit s'assurer qu'il peut bien *reprocher* à l'entreprise de ne pas s'être conformée à la prescription.

872

En particulier, en cas d'équivalence fonctionnelle entre les standards suisses et étrangers, l'application des premiers, cas échéant avec quelques aménagements, n'apparaît pas critiquable. Nous pensons notamment aux trois *curae* du droit suisse, qui trouvent certainement leur pendant dans d'autres ordres juridiques. Par ailleurs, les standards internationaux, pertinents tant pour les entreprises suisses qu'étrangères, seront un étalon d'autant plus important du fait du caractère transnational de la situation. Il est par ailleurs clair que l'entreprise étrangère ne peut soulever l'argument du « facteur culturel » comme justification d'une organisation défaillante.

873

En lien avec les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, le juge s'inspirera en particulier des divers instruments de *soft law*, élaborés par des entités à vocation supranationale, publiques ou privées, telles l'OCDE, le GAFI, Transparency

874

International, la Chambre internationale du Commerce, ou encore le Groupe Wolfsberg et le Comité de Bâle. On peut également mentionner les normes internationales en matière d'audit (les normes ISA), les normes comptables reconnues (en particulier les IFRS (International Financial Reporting Standards)) ou encore les normes ISO 19600 et 37001 en matière de *compliance* et de corruption¹¹⁵⁴. Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, dans la mesure où les devoirs organisationnels se rattachent à la possibilité d'identifier l'auteur de l'infraction, le juge devra dégager quels sont, en comparaison internationale, les standards raisonnablement exigibles en matière de gestion et de surveillance des ressources humaines, voire de règlement d'organisation et d'organigramme.

875 Dans son examen, le juge tiendra également compte de la nature de la règle suisse sur laquelle il entend appuyer sa motivation : la prise en considération d'une loi fédérale se justifiera davantage qu'une norme d'autorégulation élaborée par une association faîtière dont l'entreprise étrangère n'est pas membre. C'est d'ailleurs davantage vers les règles d'autorégulation de l'institution dont l'entreprise étrangère fait partie que le juge doit se tourner. De même, il est plus facile d'exiger le respect d'une norme rédigée en termes généraux, qui concrétise une sorte de « principe organisationnel », qu'une règle portant sur un point précis. En particulier, s'inspirer d'une règle ne présentant qu'un faible degré de reconnaissance apparaît déraisonnable¹¹⁵⁵. Par ailleurs, il nous semble plus facile de justifier la prise en considération de normes spécifiquement destinées à la prévention de l'infraction de base perpétrée en Suisse, telles l'arsenal anti-blanchiment, qu'une règle qui ne sert que de manière médiate un tel but.

876 Il faut encore envisager le cas – certes marginal – d'une contradiction réelle entre le droit national de l'entreprise et le droit suisse, soit lorsque la législation du premier empêche l'adoption d'une mesure exigée par l'ordre juridique helvétique. On pourrait, par exemple, imaginer une mesure de surveillance des employés que le droit du siège de l'entité collective interdirait au nom de la protection du travailleur. Dans une telle hypothèse, le recours au droit suisse nous paraît exorbitant. Il en va probablement à notre sens ainsi même si, sur ce point, c'est le droit suisse qui apparaît conforme au modèle international. Car, dans une telle hypothèse, aucun reproche ne peut être fait à l'encontre de

¹¹⁵⁴ Voir, pour une énumération des normes comptables reconnues, l'ordonnance du Conseil fédéral du 21 décembre 2012 sur les normes comptables reconnues (ONCR ; RS 221.432).

¹¹⁵⁵ Voir aussi ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 205 s.

l'entreprise. Ceci ne vaut bien entendu que pour autant que l'entité collective étrangère ne rentre pas dans le champ d'application des normes organisationnelles suisses, de par sa présence commerciale sur le territoire. Si tel est le cas, l'entreprise se trouve certes dans une position délicate¹¹⁵⁶, mais le juge suisse, lui, se référera à ses propres règles¹¹⁵⁷.

Nous relevons encore que le fait de tenir compte du droit du siège de la société permet une certaine cohérence avec le droit international privé, qui prévoit l'application générale de l'ordre juridique en vertu duquel la société est organisée notamment pour tout ce qui a trait à l'organisation de celle-ci (art. 154 s. LDIP, en particulier art. 155 let. e LDIP), ainsi qu'avec le principe de territorialité du droit administratif.

Il n'est par ailleurs pas inutile de souligner qu'en matière de responsabilité individuelle, certains auteurs, il y a de cela longtemps déjà, ont discuté la prise en considération, lorsque l'infraction est commise sur le territoire par un étranger, de certaines règles pénales nationales de l'accusé, relatives aux circonstances personnelles de la responsabilité¹¹⁵⁸.

En définitive, il doit être tenu compte de la caractéristique « étrangère » de l'entreprise au même titre que sa taille, le secteur dans lequel elle exerce ses activités, etc.

Il ne faut cela étant pas surestimer les difficultés quant à l'appréciation de la prise en considération, ou non, de normes organisationnelles extra-pénales, suisses ou étrangères. En effet, si celles-ci servent de repères au juge, ce dernier considère le défaut d'organisation de manière globale et conserve un certain recul par rapport à ces règles spécifiques. Il dispose, dans son analyse, d'un large pouvoir d'appréciation. On rappellera ainsi que l'omission d'une mesure particulière ne conduit pas encore à un manque d'organisation au sens de l'art. 102 CP. A l'inverse, le juge peut théoriquement conclure à des carences de l'entreprise même si aucune norme organisationnelle particulière n'a été transgressée¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ Cette problématique s'inscrit dans le contexte plus général de compétences législatives concurrentes (non pas uniquement pénales) et en amont de l'intervention du juge pénal : *quid* lorsqu'une loi interdit ce qu'une autre permet, ou même impose, les deux étant pareillement applicables ? (voir à cet égard AKEHURST, p. 167 s.).

¹¹⁵⁷ On réservera le cas particulier dans lequel l'entreprise pourrait invoquer une violation du droit international de par le caractère par trop extraterritorial de la loi suisse.

¹¹⁵⁸ Voir SCHWANDER, Rapport suisse, p. 578 s. ; voir aussi DONNEDIEU DE VABRES, p. 202 ss.

¹¹⁵⁹ Voir N 601 s. *supra*.

881

Les exigences de principe en matière de transparence, de documentation, de traçabilité des transactions, de répartition claire des tâches, de surveillance du personnel et d'entretien d'une « culture d'intolérance » à l'égard de la criminalité entrepreneuriale, restent pertinentes, que l'entreprise soit suisse ou étrangère. Ce qui doit avant tout guider le juge dans la détermination des critères organisationnels applicables à l'entreprise est la notion de reproche, soit la question de savoir si on peut, ou non, *reprocher* à l'entreprise étrangère la non-observation de la règle organisationnelle considérée.

§ 2. Le défaut d'organisation comme critère de rattachement territorial ?

a) Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP

882

Comme nous le détaillerons à la section suivante consacrée à l'art. 102 al. 2 CP, la doctrine dominante admet, dans le contexte de l'art. 102 CP en général, que l'infraction reprochée à l'entreprise se localise – aussi – au lieu du défaut d'organisation. Elle ne se penche toutefois guère sur le manque d'organisation comme critère de rattachement territorial spécifiquement dans le cadre de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise. Or, le défaut de lien de causalité entre les carences organisationnelles et la commission de l'infraction reprochée à l'entreprise exclut que la localisation de celle-ci puisse s'effectuer en fonction de celles-là.

883

Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, il n'y a pas de rapport de causalité entre le manque d'organisation et l'infraction puisque le premier ne se rapporte qu'au défaut d'identification de l'auteur physique. Est sans pertinence la question de savoir si la « faute sociale » a également eu pour effet de favoriser l'adoption du comportement pénalement répréhensible¹¹⁶⁰. En d'autres termes, l'entreprise n'apporte matériellement aucune contribution à l'infraction et n'y participe donc pas¹¹⁶¹. Il n'y a dès lors aucune raison de localiser l'infraction imputée à l'entreprise là où se situe un élément étranger à la réalisation de cette infraction. Ainsi, si l'agent d'une entreprise ayant son siège en Suisse commet un acte

¹¹⁶⁰ On peut en effet imaginer que l'auteur physique soit davantage enclin à commettre une infraction s'il sait qu'il ne pourra être démasqué en raison du manque d'organisation de l'entreprise.

¹¹⁶¹ Voir MACALUSO, qui souligne que, si l'on peut considérer que l'art. 102 al. 1 CP instaure une fiction qui donne à l'entreprise la qualité de participant – au sens formel – à l'infraction, « il s'agit d'une participation *sui generis*, exorbitante des règles habituelles qui prévalent en matière de participation et qui ne saurait pallier l'absence de relation de causalité entre le comportement reproché à l'entreprise et la commission de l'infraction (...) » (Quelques aspects procéduraux, p. 95).

répréhensible à l'étranger, l'infraction ne saurait être réputée commise en Suisse, même si l'auteur ne peut être ultérieurement identifié en raison d'un défaut d'organisation localisable sur le territoire.

D'ailleurs, dans la mesure où la Suisse ne peut revendiquer sa compétence à l'égard de l'auteur physique qui a agi à l'étranger, le défaut d'organisation de l'entreprise ne constitue pas, pour elle, un obstacle à l'élucidation de l'infraction.

884

En outre, si l'on se souvient que plusieurs auteurs ont souligné que la responsabilité subsidiaire de l'entreprise s'apparente matériellement à une infraction d'entrave à l'action pénale¹¹⁶², la reconnaissance de la compétence territoriale helvétique à l'égard de l'entreprise dont l'agent a agi à l'étranger revient à protéger la justice pénale étrangère, qui ne peut réparer le trouble social causé par l'infraction grâce à la condamnation de son auteur, faute d'identification de ce dernier. C'est en effet la justice étrangère qui est ici entravée dans la bonne marche de sa justice pénale puisqu'elle ne peut poursuivre, en raison des carences organisationnelles de l'entreprise, l'auteur de l'infraction perpétrée sur son territoire. Or, l'art. 305 CP ne protège pas les atteintes à l'administration de la justice étrangère, à l'exception des crimes imprescriptibles et à la condition – qui va de soi – qu'une procédure pénale soit ouverte à l'étranger (art. 305 al. 1^{bis} CP). Admettre un rattachement territorial au lieu des carences organisationnelles causales pour le défaut d'identification d'un auteur qui a commis une infraction à l'étranger équivaut à punir une potentielle entrave à l'action pénale étrangère en lien avec toutes les infractions du code pénal suisse, et alors même qu'une procédure pénale ne serait pas ouverte à l'étranger. A ce dernier égard, cela reviendrait d'ailleurs à créer une infraction de mise en danger abstraite, alors même que l'art. 305 CP est un délit de mise en danger concrète.

885

Dès lors, la Suisse ne peut poursuivre, sur la base du principe de territorialité, une infraction réalisée à l'étranger dont une entreprise suisse pourrait être rendue responsable conformément à l'art. 102 al. 1 CP. Comme nous le verrons plus loin, l'entité collective peut en revanche être poursuivie sur la base du principe de la personnalité active¹¹⁶³.

886

¹¹⁶² Voir N 603 *supra*.

¹¹⁶³ Voir N 1006 *ss infra*.

b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP**1) La doctrine**

887 La doctrine majoritaire crée un rattachement territorial tant au lieu de commission de l'infraction de base qu'à l'endroit du défaut d'organisation, soit là où les mesures raisonnables et nécessaires qui auraient pu empêcher la commission de l'infraction n'ont pas été prises¹¹⁶⁴.

888 Selon LIVSCHITZ, l'admission de ce second lien de rattachement est d'ailleurs nécessaire pour satisfaire à l'esprit de l'art. 2 de la Convention de l'OCDE, qui pose le principe de la responsabilité des personnes morales, afin que celles-ci ne puissent éluder les règles suisses relatives à leur responsabilité pénale par la création de structures *off shore*¹¹⁶⁵. Cette approche peut d'emblée être rejetée : comme examiné plus haut, les conventions internationales se focalisent sur le siège de la personne morale. Situer l'infraction reprochée à l'entreprise au lieu du défaut d'organisation pour, à l'aide du postulat selon lequel il y aura toujours manque d'organisation au siège de l'entreprise, créer un lien de rattachement à l'endroit du siège, procède d'un raisonnement douteux sur le plan méthodologique. En outre, il n'est pas exclu que ce postulat puisse être invalidé, en particulier si le défaut d'organisation devait se localiser uniquement dans le chef de la succursale¹¹⁶⁶. Nous rappelons également que les Etats européens de manière générale ne fondent pas leur compétence territoriale sur le lieu du défaut d'organisation, si tant est d'ailleurs que la responsabilité de leurs entités collectives s'inscrive dans ce modèle de responsabilité.

889 Les auteurs qui considèrent l'article 102 CP comme une infraction autonome voient dans le défaut d'organisation le premier critère de rattachement territorial : dans la mesure où la disposition est perçue comme un délit d'omission proprement dit¹¹⁶⁷, c'est l'art. 8 al. 1, 2^{ème} hypo. CP qui s'applique et le lieu de l'action se situe là où l'entreprise a négligé de prendre les mesures d'organisation utiles¹¹⁶⁸.

890

¹¹⁶⁴ BSK StGB – NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 431 ; GFELLER, p. 321 s. ; Praxiskommentar–TRECHSEL/VEST, Art. 8 N 5a ; CASSANI, La lutte contre la corruption, p. 52 ; LENZ/MÄDER, p. 36 ; ROTH MONIKA, N 4 ; NADELHOFER DO CANTO, p. 129 ; LIVSCHITZ, Strafrechtliche Risiken, p. 65 s. ; PIETH, Die strafrechtliche Haftung, p. 1147 ; dans le même sens apparemment HEINIGER, N 759 et 806 ss ; dans le même sens, MEYER FRANK, p. 73 ; PC CP, Art. 8 N 23 ; voir toutefois apparemment *contra* PC CP, Art. 102 N 30.

¹¹⁶⁵ LIVSCHITZ, Das Unternehmensstrafrecht, p. 21.

¹¹⁶⁶ Voir N 674 ss *supra*.

¹¹⁶⁷ HEINIGER, N 461 ; voir aussi BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 246 ss.

¹¹⁶⁸ HOFFMANN/WYSER, p. 37 ; GFELLER, p. 321 ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 431.

Le raisonnement se tient mais ne vaut qu'en tant que l'on conçoive l'art. 102 CP comme une incrimination autonome. Si l'art. 102 CP est considéré comme une norme d'imputation, le « crime » ou « délit » mentionné à l'art. 8 CP se rapporte à l'infraction commise par la personne physique et l'« auteur » au sens de la même disposition est l'agent de l'entreprise. Le « lieu où l'auteur a agi » ne se réfère donc pas à l'endroit où les carences organisationnelles peuvent être constatées, mais là où l'auteur physique a adopté le comportement répréhensible. Quant au résultat, il ne constitue pas la conséquence de l'omission de l'entreprise, mais pour reprendre la définition de DYENS, celle « que produit le comportement typique sur l'objet de l'infraction »¹¹⁶⁹, soit le résultat de l'acte ou de l'omission de l'auteur physique.

Opposée à la doctrine dominante, l'opinion minoritaire estime que le lien de rattachement ne s'établit qu'au regard de l'infraction commise par la personne physique, le lieu du défaut d'organisation n'ayant pas d'incidence sur la compétence territoriale¹¹⁷⁰. Le raisonnement consiste dans ce cas à appliquer les règles générales relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace, sans égard à l'élargissement du cercle des auteurs pénaux¹¹⁷¹.

JOSITSCH, quant à lui, admet comme critère de rattachement tout lien de connexité entre l'infraction et une entreprise ayant son siège en Suisse¹¹⁷², ce qui revient à établir un for au lieu du siège helvétique. Le lieu d'exécution de l'infraction ne jouerait en revanche aucun rôle¹¹⁷³. L'auteur justifie sa conception par la nécessité de ne pas écarter la punissabilité de l'entreprise lorsque le lieu de l'infraction de base ne peut être déterminé, et par sa position de principe quant à la nature *sui generis* de l'art. 102 CP, qui relègue l'importance de l'infraction commise par la personne physique au second plan¹¹⁷⁴. Dans le cadre de l'application spatiale de l'art. 102 al. 2 CP, c'est donc le défaut d'organisation

¹¹⁶⁹ Nous reprenons ici la définition du résultat de DYENS, Territorialité, N 445.

¹¹⁷⁰ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1027 ss ; DONATSCH/TAG, p. 392 ; BICHOVSKY, p. 31 s. ; apparemment dans le même sens, INGOLD, p. 254. Dans ce sens également, en matière de droit international privé, BEITZKE, pp. 117 et 121.

¹¹⁷¹ Voir MACALUSO, La punissabilité, p. 8.

¹¹⁷² JOSITSCH, p. 451 ; du même avis, DE PREUX, p. 1097 s. ; visiblement dans le même sens, EICKER : « [s]ieht das Gesetz die ersatzweise Strafbarkeit einer juristischen Person vor, wie im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB (...), so wird an den Sitz der Unternehmung angeknüpft; lässt sich die Tat einer Schweizer Betriebsstätte zuordnen, so gilt deren Standort als Tatort » (Der räumliche und zeitliche Geltungsbereich, § 3 N 5 ; italiques omis). La position de cet auteur apparaît toutefois ambiguë car, plus loin dans la même contribution, il relève que « im Sinne des aktiven Personalitätsprinzips (art. 7 StGB) ein in der Schweiz niedergelassenes, aber im Ausland deliktisch handelndes Unternehmen sich nach Schweizer Strafrecht zu verantworten hat » (Der räumliche und zeitliche Geltungsbereich, § 3 N 25).

¹¹⁷³ JOSITSCH, p. 451 s.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

qui serait déterminant¹¹⁷⁵. Le raisonnement semble considérer que l'omission des mesures utiles doit toujours se localiser au siège de l'entreprise, d'où l'admission de principe d'un lieu de commission à cet endroit¹¹⁷⁶. Au niveau de l'argumentaire, nous relevons qu'à notre sens un critère de rattachement fondé sur la notion de « lien de connexité » apparaît, sans autre précision, trop vague sous l'angle du principe de la légalité.

893 JOSITSCH a été suivi dans son raisonnement par AUGSBURGER-BUCHELI et PERRIN dans une contribution de 2006¹¹⁷⁷. Deux ans plus tard, ce dernier auteur, dans sa thèse consacrée à la corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP), reconnaît sans discuter une compétence territoriale également au lieu où la personne physique a commis l'infraction¹¹⁷⁸. En outre, il précise sa position par rapport à celle de JOSITSCH, en soulignant le fait que, si le critère déterminant est bien le défaut d'organisation, il convient de se concentrer sur la localisation de l'administration effective de l'entreprise plutôt qu'au lieu de son siège, dans le cas où le siège réel différerait du siège statutaire¹¹⁷⁹. Dans leur raisonnement, tant PERRIN que JOSITSCH mettent l'accent sur l'autonomie de la compétence pénale pour poursuivre l'entreprise par rapport à l'auteur physique¹¹⁸⁰.

894 BERNASCONI attache également de l'importance à la localisation du siège de l'entreprise, tout en précisant qu'il faut aussi prendre en considération « son centre décisionnel, (...) la localisation des défauts d'organisation de l'entreprise et (...) la localisation de l'infraction commise au sein de l'entreprise »¹¹⁸¹.

2) *La jurisprudence*

895 A notre connaissance, la seule affaire dans laquelle une autorité de poursuite pénale, en l'occurrence le Ministère public de la Confédération, a effectué des développements relatifs à l'application spatiale de l'art. 102 al. 2 CP est l'affaire Alstom. Dans cette affaire, ont été poursuivies tant la maison mère, Alstom SA, ayant son siège en France, que sa filiale suisse Alstom Network Schweiz AG. Seule la deuxième a été condamnée, par ordonnance pénale, la première s'étant vue notifier une ordonnance de classement, en application des art. 319 let. e CPP,

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 452.

¹¹⁷⁶ Dans le même sens que JOSITSCH, HOFFMANN/WYSER, p. 37.

¹¹⁷⁷ AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 67 s.

¹¹⁷⁸ PERRIN, La répression, p. 317.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 318.

¹¹⁸⁰ JOSITSCH, p. 451 s. ; PERRIN, La répression, p. 318.

¹¹⁸¹ BERNASCONI, p. 101.

8 al. 1 CPP et 53 CP¹¹⁸². Nous soulignons d'emblée la faible portée jurisprudentielle de ces décisions, qui ont probablement fait l'objet de certaines négociations et qui n'ont pas été portées devant un tribunal.

Alstom Network Schweiz AG a été constituée en vue d'assurer, avec deux autres sociétés du groupe Alstom, l'une britannique et l'autre française, l'essentiel des fonctions de *compliance* du groupe¹¹⁸³. L'enquête diligentée par le Ministère public a révélé des cas de corruption dans le cadre de l'attribution de marchés publics à des sociétés sœurs d'Alstom Network Schweiz AG, par des entreprises étatiques lettones, tunisiennes et malaisiennes. Il a été établi que des consultants engagés par les sociétés du groupe Alstom avaient assuré l'attribution du marché public, ou paré à des actions en justice pour exécution défectueuse du contrat par Alstom, grâce à des pots-de-vin versés à des cadres des entreprises étatiques, ou à d'autres personnes susceptibles d'influencer la marche des affaires en cause. Il appartenait à Alstom Network Schweiz AG de transférer les honoraires aux consultants et c'est cet argent qui s'est révélé être « l'avantage octroyé » dans le cadre du processus corrompue.

Il a été reproché à Alstom Network Schweiz AG d'avoir failli à sa mission, notamment en ce que les règles en matière de choix des consultants et de paiement des montants qui leur étaient effectivement dus (et non de sommes notablement supérieures) n'avaient pas été respectées. Le défaut d'organisation s'est en particulier concrétisé dans un manque de personnel, au surplus insuffisamment formé¹¹⁸⁴.

La question de la compétence spatiale n'est pas évoquée dans l'ordonnance pénale contre la filiale suisse. En revanche, dans l'ordonnance de classement contre la société mère, le Ministère public, se référant à CASSANI¹¹⁸⁵, a considéré que l'infraction reprochée à l'entreprise – littéralement le Ministère public parle de lieu de l'action (« *Handlungsort* ») – devait être localisée tant au lieu de commission de l'infraction de base qu'à l'endroit du défaut d'organisation¹¹⁸⁶.

Le Ministère public de la Confédération parvient dès lors à la conclusion suivante : « Unternehmen mit Sitz im Ausland unterstehen vor diesem

¹¹⁸² Pour une analyse de cette affaire, voir CASSANI, Corporate Responsibility, p. 500 ss.

¹¹⁸³ Ordonnance pénale du 22 novembre 2011, EAI.04.0325-LEN, ch. 4.

¹¹⁸⁴ Ordonnance pénale du 22 novembre 2011, EAI.04.0325-LEN, ch. 5.

¹¹⁸⁵ Grenzüberschreitende Korruption, p. 33.

¹¹⁸⁶ Ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAI.04.0325-LEN, ch. 2 des remarques préliminaires ; dans le même sens, s'agissant toutefois d'un *obiter dictum*, Ordonnance de classement du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1 (rendue dans le cadre de l'affaire « Petrobras/Odebrecht »).

Hintergrund dann dem schweizerischen Unternehmensstrafrecht, wenn die Straftat in der Schweiz begangen wurde oder wenn der Organisationsfehler (auch) in einem in der Schweiz gelegenen Teil des Unternehmens auftritt »¹¹⁸⁷. Et le Ministère public de noter que le défaut d'organisation de la maison mère s'était également répercuté en Suisse, de sorte que sa compétence devait être admise¹¹⁸⁸.

900 Cela étant, en réalité, la compétence de la Suisse résultait déjà de la localisation de l'infraction de base sur le territoire. En effet, l'argent ayant servi à rémunérer les corrompus semble à chaque fois avoir été versé depuis la Suisse, ce par l'intermédiaire de collaborateurs d'Alstom Network AG, qui avait pour tâche de transférer les montants dus aux consultants¹¹⁸⁹. Or, une infraction de corruption est réputée réalisée en Suisse à partir du moment où les valeurs patrimoniales constituant l'avantage indu sont transférées depuis la Suisse, ce même si le corrupteur ne se trouve pas sur le territoire helvétique¹¹⁹⁰. Par ailleurs, si l'individu – par exemple un intermédiaire financier – qui effectue le transfert méconnaît le caractère illicite du versement, il est alors considéré comme un instrument humain¹¹⁹¹ et l'endroit où se trouve ce dernier constitue également un lieu de commission.

901 Dès lors, de deux choses l'une : soit les collaborateurs d'Alstom ignoraient le fait que l'argent qu'ils transféraient était un pot-de-vin, et ils constituaient alors les instruments humains des corrupteurs, à savoir les consultants engagés par Alstom ; soit ils connaissaient, à tout le moins par dol éventuel, le caractère illicite du paiement, auquel cas ils sont eux-mêmes auteurs directs d'actes de corruption, et donc corrupteurs au même titre que les consultants. Dans les deux cas, le rattachement au territoire suisse est donné. En l'espèce, il semble que des employés d'Alstom SA et d'Alstom Network AG aient été directement impliqués¹¹⁹².

¹¹⁸⁷ Ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, ch. 2 des remarques préliminaires.

¹¹⁸⁸ Ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, ch. 3 des remarques préliminaires.

¹¹⁸⁹ Ordonnance pénale du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, ch. 12.4 et 14.4.

¹¹⁹⁰ Arrêt du TPF du 27 janvier 2016, RR.2015.280, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 3 mars 2016, RR.2015.292, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 16 mars 2016, RR.2015.297, consid. 6.3 ; décision du TPF du 12 juin 2015, BB.2014.191, consid. 2.7 ; voir aussi jugement du TPF du 1^{er} octobre 2014, SK.2014.24, consid. 2.2.1 ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 29 ; PERRIN, La répression, p. 116 ; JOSITSCH, p. 450.

¹¹⁹¹ CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 29.

¹¹⁹² Ordonnance pénale du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, ch. 12.5 ; CASSANI, Corporate Responsibility, p. 501 ; voir aussi MPC, Communiqué Alstom.

Les considérations du Ministère public de la Confédération relatives à la localisation, au lieu du défaut d'organisation, de l'infraction reprochée à l'entreprise ont été reprises dans les affaires Siemens et Odebrecht¹¹⁹³. Cela étant, dans les deux cas d'espèce, la compétence helvétique découlait de la commission de l'infraction de base sur le territoire. Les entreprises poursuivies avaient leur siège à l'étranger et leur défaut d'organisation ne se situait donc pas en Suisse¹¹⁹⁴.

902

3) *Analyse critique*

Tant la doctrine que la jurisprudence admettent que le défaut d'organisation constitue un critère de rattachement territorial mais n'en discutent ni les justifications ni les conséquences. La démonstration ne nous apparaît pourtant pas si simple et la localisation de l'infraction reprochée à l'entreprise au lieu du défaut d'organisation engendre certaines conséquences qui n'ont peut-être pas toujours été considérées.

903

Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le défaut d'organisation est en relation de causalité avec la commission de l'infraction : c'est lui qui a permis la réalisation de cette dernière. Le lien de causalité étant ici nécessairement hypothétique¹¹⁹⁵, il convient de se demander si la prise des mesures omises aurait, « selon toute vraisemblance »¹¹⁹⁶ empêché la personne physique d'adopter le comportement pénalement répréhensible. D'un point de vue matériel, les carences d'organisation représentent la contribution de l'entreprise à l'infraction perpétrée par son agent¹¹⁹⁷. La question est de savoir si cette contribution, lorsqu'elle est commise sur sol suisse, trouble l'ordre social helvétique de telle manière qu'elle justifie que l'on y localise l'infraction reprochée à l'entreprise¹¹⁹⁸.

904

Comme vu sous VI.B.§ 2. *supra*, le défaut d'organisation se matérialise dans le non-respect de standards, de principes et de règles organisationnels

905

¹¹⁹³ Ordonnance de classement du 5 septembre 2013, SV.13 0805-KOU, point 1.4 s. ; ordonnance pénale du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1 ; ordonnance de classement du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1.

¹¹⁹⁴ Ordonnance de classement du 5 septembre 2013, SV.13 0805-KOU, point 1.7 ; ordonnance pénale du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1 ; ordonnance de classement du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1.

¹¹⁹⁵ Voir CR CP I-CASSANI, Art. 11 N 57.

¹¹⁹⁶ Voir ATF 135 IV 56, JdT 2010 IV 43, p. 50.

¹¹⁹⁷ DYENS, Territorialité, N 1364.

¹¹⁹⁸ Voir, de manière générale, FAYARD : « [la] localisation partielle d'une infraction ne justifie la compétence d'une loi et d'une juridiction que dans la mesure où l'acte attributif de compétence a, en soi, un caractère délictueux et trouble en ce lieu l'ordre social » (p. 766).

internationaux ou internes, qui trouvent leur origine dans des normes extra-pénales et qui peuvent appartenir au droit dur ou relever de la *soft law*. Si le défaut d'organisation se localise en Suisse, cela signifie que l'entreprise y a son siège ou y possède une succursale. L'ordre juridique suisse étant, de manière générale, applicable aux entreprises suisses ou aux succursales helvétiques d'entreprise étrangères, les standards organisationnels violés font partie de notre ordre juridique. Il s'agit dès lors d'apprécier si cette transgression constitue un lien de rattachement suffisamment fort pour fonder la compétence territoriale des autorités suisses pour connaître de l'infraction reprochée à l'entreprise.

906 La réponse est affirmative bien qu'il faille reconnaître qu'elle n'est pas totalement exempte de reproches sur le plan dogmatique. Le législateur aurait à notre sens été mieux inspiré de prévoir une base de compétence spéciale, tel le critère du siège, plutôt que de contraindre à une interprétation audacieuse, mais nécessaire en ce qu'elle consacre la solution la plus juste, de l'art. 8 CP. Nous admettons donc que le lieu du défaut d'organisation fonde la compétence territoriale des autorités suisses. Les arguments en faveur de cette solution ont largement plus de poids que ceux qui vont à son encontre.

907 Il est vrai qu'un tel critère de rattachement ne bénéficie que d'une faible reconnaissance sur le plan international. Ceci est probablement en partie dû au fait que la condition du défaut d'organisation n'est pas présente dans tous les modèles de responsabilité des entités collectives, ou ne constitue qu'une condition exculpatoire dont le fardeau de la preuve incombe à l'entreprise. En outre, nous rappelons que, de manière générale, la compétence du juge à l'égard de l'entreprise est un domaine peu exploré, de sorte que des « nouveaux » facteurs de rattachement par rapport à ceux applicables en matière de responsabilité individuelle ne se sont pas encore imposés. Cela étant, la compétence de l'Etat du siège de l'entreprise, soit là où se localise en principe le défaut d'organisation, est tout à fait reconnue, même si le raisonnement ne se construit pas à l'aide de ce dernier critère.

908 Il faut également reconnaître qu'à partir du moment où l'on considère l'art. 102 CP comme une norme d'imputation, le raisonnement qui consiste à considérer que la compétence fondée sur le lieu de l'acte se détermine uniquement au regard de l'infraction commise par la personne physique est tout à fait logique. Il fait toutefois trop peu de cas de l'importance des carences organisationnelles, pièce maîtresse du mécanisme d'attribution de l'acte de l'agent de l'entreprise à cette dernière. La construction de l'art. 102 CP s'articule autour de deux

éléments : l'infraction de l'auteur physique et le manque d'organisation de l'entreprise. Il apparaît donc raisonnable que le rattachement par l'acte puisse être effectué sur la base de ces deux éléments, lorsque le second entretient un rapport de causalité avec la première.

Il est par ailleurs clair que le défaut d'organisation ne représente pas une circonstance de rattachement à ce point exorbitante que l'on puisse reprocher au juge suisse un élargissement démesuré de sa compétence pénale. En effet, ce sont les carences organisationnelles qui ont permis la réalisation de l'infraction. Elles ne l'ont pas seulement favorisée : si les mesures nécessaires avaient été prises, il n'y aurait très vraisemblablement pas eu d'infraction. Cette « contribution » de l'entreprise apparaît donc essentielle à la commission de l'acte pénalement répréhensible. Nous rappelons que, de manière générale, les agissements ou omissions de ceux qui sont considérés comme des participants principaux constituent un lien de rattachement territorial.

Un autre argument en faveur de la solution préconisée est le parallèle qui peut être effectué avec la responsabilité pénale du chef de l'entreprise. Nous avons vu en effet que l'omission du chef d'entreprise constituait un critère de rattachement territorial¹¹⁹⁹. Or, l'omission reprochée au chef d'entreprise, en particulier dans le cadre d'infractions par négligence, résidera dans un manquement organisationnel, par exemple un défaut de surveillance de ses employés¹²⁰⁰. Matériellement parlant, les reproches adressés au chef de l'entreprise et à l'entreprise elle-même apparaissent largement similaires et nous avons déjà souligné le lien entre ces deux types de responsabilité¹²⁰¹. La cohérence du système commande que si l'omission du chef d'entreprise fonde un lieu de commission, il en aille de même des carences de l'entité collective.

Nous insistons toutefois sur le fait que le raisonnement qui crée un rattachement territorial au lieu du défaut d'organisation de l'entreprise n'est pas le même que celui qui conduit à construire un lien de rattachement à l'endroit où se trouve le chef d'entreprise lorsqu'il viole ses devoirs de garant. Nous rappelons en effet que l'on fonde classiquement la responsabilité pénale du chef de l'entreprise sur l'art. 11 CP, qui traite de l'infraction par omission, alors que, précisément, nous considérons l'art. 102 CP comme une norme d'imputation et non un délit d'omission.

¹¹⁹⁹ Voir N 417 ss *supra*.

¹²⁰⁰ Voir les arrêts Bührle (ATF 96 IV 155) et von Roll (122 IV 103), commentés in CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 110 ss.

¹²⁰¹ Voir en particulier N 481 *supra*.

- 912 Par ailleurs, dans la mesure où le défaut d'organisation se localise au siège de l'entreprise, celle-ci sera également liée au juge qui la poursuit par un rattachement personnel. L'argument ne se veut pas dogmatique : si la compétence se base sur la territorialité, le lien entre l'infraction et le territoire doit exister pour lui-même et il doit être suffisamment tangible ; le raisonnement ne doit pas se construire sur l'existence d'autres éléments qui ne se rapportent pas au concept de territorialité. Cela étant, de manière pragmatique, le fait que l'Etat ait un « double » lien avec les faits dont il a à connaître justifie d'autant plus l'exercice de sa compétence pénale¹²⁰².
- 913 Nous relevons encore incidemment qu'en matière d'infractions par négligence, l'action, au sens de l'art. 8 al. 1 CP, se situe au lieu de la violation de la diligence requise, et nous avons déjà évoqué la similitude entre défaut d'organisation et négligence¹²⁰³.
- 914 Enfin, les règles d'interprétation généreuse du principe de territorialité qui prévalent actuellement se contentent souvent d'une localisation très partielle de l'infraction sur le territoire et de liens de rattachement largement moins importants que les carences organisationnelles de l'entreprise. S'il est à notre sens parfois nécessaire de se montrer plus scrupuleux dans l'admission du lien de rattachement territorial, il ne serait pas cohérent de refuser, *de lege lata*, le critère du défaut d'organisation, alors que d'autres, matériellement plus minces, sont régulièrement retenus comme propres à fonder la compétence territoriale.
- 915 L'admission d'une compétence territoriale à l'endroit du défaut d'organisation n'entraîne pas de compétence à l'égard de l'auteur physique de l'infraction de base. La légitimité du juge du lieu des carences organisationnelles, pour poursuivre, sous prétexte de ce dernier critère de rattachement, l'agent de l'entité collective, fait clairement défaut. Les considérations effectuées à cet égard dans le cadre de la responsabilité pénale du chef de l'entreprise valent *mutatis mutandis*¹²⁰⁴. On doit par ailleurs également garder à l'esprit que, si l'entreprise contribue à l'infraction de base de l'auteur physique, ce dernier ne « participe » pas, au sens du droit pénal, aux carences organisationnelles de l'entité collective.

¹²⁰² Voir également à cet égard, la « méthode » préconisée par LELIEUR-FISCHER pour résoudre les conflits de compétences et qui se base, entre autres, sur la combinaison de divers critères de rattachement (N 0 *supra*).

¹²⁰³ Voir N 597 *supra*.

¹²⁰⁴ Voir N 419 ss *supra*.

Pour justifier ce défaut d'attraction de compétence, on pourrait être tenté de raisonner à l'aide du concept de juxtaposition d'auteurs directs, figure que nous avons déjà vue dans le cadre de la responsabilité pénale du chef de l'entreprise¹²⁰⁵ et qui implique une détermination individuelle, pour chaque auteur, du lieu de commission, à l'endroit de sa seule contribution.

Cela étant, il faut bien reconnaître que, si cette construction juridique peut être utilisée pour justifier le fait que la compétence du juge de l'endroit du défaut d'organisation ne s'étend pas à l'auteur physique de l'infraction, cette conséquence ne vaut pas pour la compétence du juge du lieu de l'infraction de base. Nous rappelons en effet qu'il est incontestable que ce dernier, comme vu sous § 1. *supra*, est également compétent pour poursuivre l'entreprise. Il nous semble dès lors plus « propre » d'abandonner la figure de la juxtaposition d'auteurs directs, ce d'autant que celle-ci nous paraît conceptuellement peu conciliable avec la construction de l'art. 102 CP. En effet, le mécanisme d'imputation de l'infraction reste relativement éloigné de la notion d'auteurs directs juxtaposés.

4) *Lorsque l'entreprise dispose de succursales*

Comme vu sous VI.B.§ 3.b) *supra*, le défaut d'organisation peut également se situer au siège de la succursale. Ceci a pour conséquence que, si une entreprise étrangère dispose d'une succursale – même de fait – en Suisse, et que l'on peut localiser des carences organisationnelles dans le chef de cette dernière, le juge suisse sera compétent pour poursuivre l'entreprise étrangère. Le défaut d'organisation se situe également en Suisse s'il faut considérer que l'entreprise y a son siège réel, ce qui devrait de toute façon conduire à l'admission d'une succursale de fait sur le sol helvétique.

En pratique, il est probable que l'infraction commise dans le cadre des activités de la succursale puisse être localisée, au moins partiellement, sur le territoire suisse, si bien que la compétence territoriale sera déjà donnée par ce premier critère de rattachement. L'hypothèse inverse n'est toutefois pas inconcevable, de sorte que le défaut d'organisation comme critère de rattachement territorial peut conduire à admettre l'application du droit pénal suisse à une entreprise étrangère, à qui sera imputée une infraction commise à l'étranger. Cette dernière conséquence n'infirme pas celle à laquelle nous sommes parvenus au chapitre précédent. Une entreprise qui ouvre un établissement sur le territoire suisse doit s'attendre à être soumise à la législation helvétique, et nous rappelons

¹²⁰⁵ Voir N 419 *supra*.

notamment qu'une entreprise d'intermédiation financière étrangère qui possède une succursale en Suisse rentre dans le champ d'application de l'arsenal anti-blanchiment puisqu'elle est alors réputée exercer des activités sur le territoire (voir art. 2 al. 1 OBA). Par ailleurs, la Suisse a un intérêt légitime à ce que les activités des établissements – même secondaires – qui se trouvent sur son territoire ne contribuent pas, par la violation de ses standards organisationnels, à la criminalité entrepreneuriale.

920 Cela étant, la multiplication des liens de rattachement aboutit à un accroissement des conflits de compétences. Ainsi, l'Etat du siège de l'établissement principal pourrait également revendiquer un titre de compétence, qu'il s'agisse, par exemple, d'une compétence territoriale fondée sur un défaut d'organisation au siège principal, ou sur le lieu de commission de l'infraction de base, ou encore d'une compétence exercée à raison de la nationalité de l'entreprise. Et c'est sans compter la compétence de l'Etat de l'infraction de base si celle-ci est perpétrée dans un pays tiers.

921 Dans de telles constellations, une concertation entre Etats s'avère indispensable, et il nous semble que, de manière générale, la préférence devrait être accordée à l'Etat du lieu de commission de l'infraction de base. Si on évalue le « degré » de légitimité, c'est tout de même en principe son ordre social à lui qui a été le plus troublé par les manquements de l'entité collective. En outre, cet Etat pourra revendiquer une compétence à l'égard de tous les participants à l'infraction, soit les personnes physiques et l'entité collective, alors que les Etats du siège de l'établissement principal et de la succursale ne pourront en principe poursuivre que l'entreprise.

922 Nous précisons encore que, si l'autorité suisse est compétente à raison du défaut d'organisation localisé dans la succursale de l'entité collective, il lui appartient ensuite bien entendu d'appréhender le manque d'organisation de l'entreprise qu'elle poursuit dans sa globalité soit y compris les manquements organisationnels qui se situent dans le chef de l'établissement principal situé à l'étranger. Ceci vaut d'autant plus que l'ampleur du défaut d'organisation est un critère de fixation de la peine (art. 102 al. 3 CP). Et il faut garder à l'esprit que, dans une large majorité des cas, l'on devrait constater des carences organisationnelles tant dans le chef de la succursale que dans celui de l'établissement principal.

923 Pour apprécier le défaut d'organisation au niveau de la succursale, le juge se référera, en tant que de besoin, à ses propres normes extra-pénales de bonne organisation. Pour l'appréhension du manque d'organisation au sein de

l'établissement principal, le juge suisse devra, conformément aux développements effectués sous § 1.c)2) *supra*, tenir compte du fait que l'entreprise est étrangère. Ensuite, il effectuera une appréciation globale du manque d'organisation de l'entité collective, prise dans son ensemble.

A l'inverse, si le défaut d'organisation d'une entreprise suisse devait se localiser exclusivement au sein de la succursale étrangère, et pour autant, bien entendu, que l'infraction de base soit commise à l'étranger, la compétence territoriale du juge suisse fera défaut. En effet, si l'infraction est commise à l'étranger, dans la conduite des activités de la succursale étrangère, et que cette dernière disposait de suffisamment d'autonomie pour que le défaut d'organisation soit localisable uniquement dans son chef, le lien entre le juge suisse et l'infraction apparaît inexistant. La compétence helvétique devra donc se baser sur le lien entre l'établissement principal et le territoire, soit, comme nous le verrons ultérieurement, sur le principe de la personnalité active¹²⁰⁶.

924

5) La double incrimination eu égard à l'infraction de base

i. L'exigence de double incrimination

Nous l'avons déjà souligné, la prise en considération du droit pénal étranger apparaît en contradiction avec le concept originel de territorialité. Cela étant, nous rappelons également qu'à partir du moment où ce principe se satisfait d'une localisation partielle de l'infraction sur le territoire et, partant, conçoit plusieurs lieux de commission, se dessine l'érosion de l'hermétisme total au contenu du droit criminel étranger, en particulier celui d'un autre Etat territorial. Plus la composante extraterritoriale de la situation est importante, plus il apparaît légitime de ne pas faire entière abstraction des autres ordres juridiques intéressés.

925

Dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entité collective, la question se pose avec une acuité particulière. En effet, à partir du moment où le rattachement territorial se fonde sur le – seul – défaut d'organisation, c'est « toute » l'infraction de base qui constitue l'élément d'extranéité.

926

Dès lors, l'application exclusive du droit pénal suisse peut conduire à poursuivre l'entreprise pour un acte licite commis par son agent, puisqu'autorisé au lieu de commission. Et si l'infraction de base est entièrement commise à l'étranger, le droit pénal suisse ne s'applique pas à celle-ci. Il n'y a donc, à proprement parler, ni crime, ni délit, et la condition de « l'infraction

927

¹²⁰⁶ Voir N 1031 ss *infra*.

commise » n'est en réalité pas satisfaite. On se rappelle en effet que l'existence d'une infraction suppose notamment que le champ d'application spatial de la loi pénale couvre le comportement considéré¹²⁰⁷.

928 A l'instar des considérations déjà dégagées à cet égard dans le cadre de la responsabilité pénale du chef d'entreprise¹²⁰⁸, la légitimité d'une poursuite pénale pour un acte qui ne revêt pas de coloration pénale à l'endroit de sa commission fait à notre sens défaut¹²⁰⁹. L'ouverture d'une telle procédure reviendrait finalement à conférer au code pénal suisse une application plus large, dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives, qu'il n'en a à l'égard des personnes physiques. En poussant le raisonnement jusqu'au bout, s'il n'y a pas d'infraction selon le droit du lieu de commission, et à défaut pour le droit suisse de s'étendre à un acte perpétré à l'étranger, condamner l'entreprise pour le comportement adopté par son agent revient à considérer que les carences organisationnelles deviennent une infraction en elles-mêmes. Cela va à l'encontre de notre conception qui fait de l'art. 102 CP une norme d'imputation.

929 Sur le plan du reproche pénal, il nous paraît difficile de condamner une entreprise pour avoir permis que son agent effectue ce qu'il avait le droit de faire là où il l'a fait.

930 Pour certaines infractions, un argument supplémentaire peut être invoqué, soit l'exigence de prévisibilité découlant de l'art. 7 CEDH. Conformément à cette disposition, l'entreprise doit pouvoir prévoir les actes susceptibles d'engager sa responsabilité pénale. A partir du moment où l'on conçoit l'art. 102 CP comme une norme d'imputation, la notion d'acte correspond au comportement adopté par l'agent de l'entité collective.

931 L'applicabilité de la loi érigeant le comportement de la personne physique en infraction doit donc être prévisible pour l'entreprise. C'est bien entendu le cas si la loi applicable est celle du lieu de commission de l'infraction de base. Il est en effet clair que l'entité collective doit s'attendre à ce que l'Etat dans lequel son agent s'est livré à des agissements pénalement répréhensibles, ou dans lequel le résultat de ces actes est survenu, revendique une compétence pour poursuivre tous les responsables de l'infraction. La condition que l'acte de l'agent s'inscrive dans le cadre des activités commerciales de l'entreprise, doublée d'une interprétation raisonnable de la notion de lieu de commission, devrait permettre

¹²⁰⁷ Voir N 50 ss *supra*.

¹²⁰⁸ Voir N 424 ss *supra*.

¹²⁰⁹ Dans le même sens, MACALUSO, *Infractions de corruption*, p. 35.

d'éviter que l'infraction ne survienne dans un endroit totalement fortuit pour l'entité collective. Si, en revanche, l'Etat dans lequel l'employé de l'entité collective a commis un certain acte n'incrimine pas ce dernier, il n'est pas évident d'admettre que l'entreprise aurait dû prévoir que cet agissement, pour lequel son agent ne peut pas être inquiété, allait entraîner sa responsabilité pénale à elle.

Si l'infraction en question, à l'instar des crimes de corruption, est décrite et prévue à titre contraignant dans une convention internationale largement ratifiée, on peut estimer que l'exigence de prévisibilité est remplie. Il n'en va, selon nous, pas de même si l'incrimination n'est que facultative, ce qui démontre l'absence de consensus quant au caractère pénalement répréhensible de l'acte considéré. Nous pensons notamment à certaines infractions apparentées à la corruption, telles l'abus de fonctions ou le trafic d'influence (voir les art. 18 et 19 de la Convention de l'ONU contre la corruption).

932

Il est clair que la prise en considération du droit pénal du lieu de commission revient à effectuer une différence de traitement entre une entreprise dont toutes les activités sont exécutées en Suisse et celle qui exerce une partie de son industrie à l'étranger. Un argument à l'encontre de notre position serait donc l'incitation à la délocalisation, par l'entreprise, de ses activités à l'étranger, pour contourner la loi pénale suisse.

933

A ce raisonnement nous opposons le fait que la divergence de traitement est inhérente à la différence de situations entre les deux entreprises considérées et au fait qu'une législation, qu'elle soit pénale ou administrative, a un champ d'application limité. L'extension de ce dernier ne peut résider dans le seul motif de la délocalisation : l'ordre juridique suisse ne peut s'étendre à toutes les entités collectives – ou à des parties d'entités collectives suisses – établies à l'étranger, sous prétexte d'éviter qu'un transfert des activités de l'entreprise permette à cette dernière d'échapper à la loi suisse.

934

Pour ce qui est des personnes physiques d'ailleurs, elles sont également, en principe, libres d'aller faire dans un Etat ce qu'elles n'ont pas le droit de faire dans leur Etat de résidence, sans que cela heurte le sentiment de justice. Ainsi, par exemple, le juge suisse ne poursuivra pas l'employé suisse, domicilié sur le territoire, et qui s'est livré à l'étranger à un acte de corruption privée au sens des art. 322^{octies} ou 322^{novies} CP, si l'Etat territorial n'incrimine pas cette forme de corruption. Il n'y a pas de raison qu'il le fasse à l'encontre de l'entreprise qui a son siège en Suisse.

935

- 936 En outre, si l'entreprise transfère l'entier – voire une partie importante – de ses activités à l'étranger, le défaut d'organisation ne sera plus localisable en Suisse et, à ce moment là, il ne peut plus être contesté que la compétence territoriale du juge suisse fera défaut. En d'autres termes, l'argument de la délocalisation ne vaudrait que si l'entité collective ne transfère que partiellement, mais non totalement, ses activités à l'étranger.
- 937 De manière générale, comme nous l'avons déjà souligné¹²¹⁰, c'est par des efforts en matière d'harmonisation du droit pénal de fond et de transposition effective, dans le droit interne, des standards internationaux que la lutte contre la criminalité transnationale doit passer.
- 938 Par ailleurs, dans la mesure où la condition de la double incrimination reste une exigence classique en matière d'entraide, la Suisse, qui aurait par hypothèse besoin de la coopération de l'Etat du lieu de commission de l'infraction de base pour la poursuite de l'entité collective, s'expose à un refus de l'entraide si le comportement de l'agent de l'entreprise est autorisé dans l'Etat territorial.
- 939 En conséquence, la notion d'infraction contenue à l'art. 102 CP doit s'examiner en premier lieu au regard du droit applicable au comportement de l'agent de l'entreprise. Cette dépendance de l'art. 102 CP à l'ordre juridique du lieu de commission de l'infraction de base est conforme à la nature de norme d'imputation de cette disposition. Il est par ailleurs entendu que le comportement de l'agent doit également être incriminé selon le droit suisse, à défaut de quoi il n'y a pas d'intérêt à punir. En d'autres termes, lorsque le juge fonde sa compétence sur le défaut d'organisation, il doit, dans la subsumption de l'art. 102 al. 2 CP à la situation concrète, vérifier que la double incrimination relativement à la condition de « l'infraction commise » est remplie. Nous soulignons à cet égard que, conceptuellement parlant, le fait que la double incrimination de l'infraction de base ne soit pas donnée ne fait pas obstacle à la compétence du juge suisse mais empêche de considérer qu'un acte illicite a été perpétré.
- 940 Si l'infraction de base se localise dans plusieurs Etats, il suffit que l'un d'eux incrimine le comportement considéré. Le juge suisse peut notamment admettre que la double incrimination est donnée même si seul l'Etat du lieu du résultat, tel que défini dans la première partie de ce travail, réprime l'acte de l'agent de l'entreprise.

¹²¹⁰ Voir N 738 ss *supra*.

Il n'est par ailleurs pas nécessaire que l'Etat du lieu de commission érige le comportement de l'agent en crime ou en délit, encore moins qu'il donne à ces deux dernières notions la même définition que l'art. 10 CP. Il suffit qu'il le considère comme illicite et que l'acte commis constitue un délit ou un crime selon le droit suisse. En effet, à partir du moment où l'auteur physique a violé l'interdit pénal, conformément à la loi applicable à son comportement, la légitimité du juge pénal suisse pour poursuivre l'entreprise dont le défaut d'organisation s'est manifesté sur le territoire n'apparaît plus contestable. Nous pouvons à cet égard effectuer un parallèle avec l'art. 305^{bis} ch. 3 CP qui exige, lorsque le crime préalable au blanchiment a été commis à l'étranger, qu'il y soit également punissable, mais non que l'Etat considéré le qualifie également de crime dans le sens que l'art. 10 al. 2 CP donne à cette dernière notion. Cela étant, s'agissant des comportements énoncés à l'art. 102 al. 2 CP, qui font l'objet de conventions internationales, il est peu probable qu'un Etat les incrimine tout en les attachant d'une sanction maximale de moins de trois ans de peine privative de liberté (voir art. 10 al. 3 CP).

941

ii. Le contenu de la double incrimination de l'infraction de base

La responsabilité pénale de l'entreprise suppose la commission d'un acte typique et illicite, la culpabilité de l'auteur physique étant en revanche indifférente. Le juge doit donc apprécier si l'acte de l'agent était, au moment de sa réalisation, pénalement interdit à l'endroit où il a été perpétré, cas échéant là où son résultat a eu lieu. Cet examen ne doit pas s'effectuer en fonction de la seule classification formelle des éléments à prendre en considération. Par exemple, si le comportement de l'employé, adopté en France, satisfait à l'état de fait d'un énoncé pénal, mais que, selon le droit français, l'acte en question est considéré comme « autorisé », la responsabilité pénale de l'entreprise est exclue, même si une partie de la doctrine française y voit une cause dite « d'irresponsabilité pénale »¹²¹¹. Le « test » est matériel : l'acte, malgré le fait qu'il réalise les conditions d'une norme pénale spéciale, est-il justifié/autorisé par l'ordre juridique du lieu de commission ou mérite-t-il, en lui-même, soit indépendamment des questions relatives à la culpabilité de l'auteur, une sanction ?

942

Il faut cela étant de toute façon rappeler que, dans le cadre des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, l'existence de faits justificatifs apparaît peu concevable. Le seul exemple auquel nous pensons et que nous mentionnons pour l'exercice

943

¹²¹¹ Voir à cet égard, N 160 ss *supra*.

consiste, en matière de corruption, dans les avantages autorisés ou conformes aux usages sociaux. Si, en droit suisse, selon l'art. 322^{decies} al. 1 CP, le caractère autorisé ou conforme à l'usage social de l'avantage exclut la composante indue de celui-ci et, donc, la typicité, il nous semble envisageable qu'un autre ordre juridique traite ce point sous l'angle du fait justificatif. Mais, du point de vue du juge pénal suisse, si l'avantage est licite, il n'y a de toute manière pas corruption selon son ordre juridique à lui.

944 Par ailleurs, le juge n'a pas à se préoccuper d'éventuelles autres conditions requises par le droit étranger pour la poursuite pénale de l'infraction considérée, telles que la plainte pénale.

945 Quant à la question de la responsabilité de l'entreprise selon le droit étranger, elle n'entre évidemment pas en ligne de compte ici, la double incrimination se rapportant uniquement à la condition de « l'infraction commise » de l'art. 102 CP, et non pas à la norme de manière générale. A partir du moment où l'agent de l'entreprise transgresse l'interdit pénal dans l'Etat du lieu de commission, la double incrimination est satisfaite, même si cet Etat ne peut pas, pour quelque motif que ce soit, poursuivre le comportement considéré.

iii. Les conséquences de l'exigence de double incrimination

946 Les lignes qui suivent n'ont pas pour vocation un examen approfondi des infractions de corruption et de blanchiment, qui sortirait du champ de cette étude. L'objectif est plus modeste : mettre en avant les principaux éléments des infractions précitées que le juge devra examiner dans le cadre de la double incrimination.

iii.i. En matière de corruption

947 Selon les art. 322^{ter} et 322^{septies} CP, le comportement punissable réside dans l'offre, la promesse ou l'octroi d'un avantage indu. Le juge, dans l'examen de la double incrimination, n'est bien entendu pas tenu par la formulation utilisée par le droit étranger. Que ce dernier, par exemple, utilise le terme « accorder », plutôt qu'« octroyer », ne change rien.

948 Selon le rapport de l'ONUDC de 2015 sur l'application de la Convention de l'ONU contre la corruption, il y a, de manière générale, un certain consensus sur l'incrimination de l'octroi d'un avantage. Il n'en va en revanche pas de même des comportements en amont, soit de l'offre et de la promesse d'un avantage¹²¹². Ainsi, si c'est l'un de ces deux derniers actes qui peut être reproché à l'agent de

¹²¹² ONUDC, Etat de l'application, p. 16.

l'entreprise et que le droit du lieu où ce dernier a agi n'incrimine que l'attribution effective d'un avantage, l'exigence de double incrimination pourrait faire obstacle à la punissabilité de l'entreprise.

Nous utilisons toutefois à dessein le conditionnel car, même si l'Etat du lieu de commission n'incrimine directement que l'octroi d'un avantage, nous rappelons qu'il se peut qu'il réprime l'offre ou la promesse de celui-ci sous l'angle de la tentative, auquel cas la double incrimination est satisfaite.

Ensuite, le droit suisse définit le cercle des personnes devant être considérées comme des agents publics. La notion est matérielle : en sus des agents publics formellement désignés comme tels, tout particulier qui effectue une tâche publique est assimilé à un agent public (art. 322^{decies} al. 2 CP). Il est ainsi possible que l'Etat du lieu de commission de l'infraction, qui pourrait d'ailleurs ne pas être l'Etat national de l'agent public corrompu, connaisse une définition plus restreinte de la notion. Suivant la qualité de la personne corrompue, la double incrimination fera donc défaut.

En ce qui concerne l'art. 322^{quinquies} CP, soit l'octroi d'un avantage, les considérations qui viennent d'être effectuées relativement au comportement incriminé et à la notion d'agents publics s'appliquent *mutatis mutandis*.

Spécifiquement en lien avec cette infraction, le juge suisse, sous l'angle de la double incrimination, devra s'assurer que le droit étranger incrimine le comportement du corrupteur, même s'il n'est « que » destiné à ce que le corrompu accomplisse son activité officielle future.

Relevons à cet égard que si, en droit suisse, l'octroi d'un avantage et la corruption font l'objet de deux dispositions séparées, le premier entre dans la définition de la corruption telle que posée par les instruments internationaux, qui exigent simplement que l'objectif du pacte de corruption soit un acte effectué « dans l'exécution/l'exercice des fonctions officielles » de l'agent public (art. 1 par. 1 de la Convention de l'OCDE, art. 15 let. a et 16 ch. 1 de la Convention de l'ONU contre la corruption, art. 2 et 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption)¹²¹³. La quasi-totalité des Etats de la planète a donc en théorie l'obligation d'incriminer l'octroi d'un avantage à un agent public¹²¹⁴. Nous soulignons en passant que la législation suisse pourrait bien poser problème au regard des exigences internationales puisqu'elle ne réprime ce comportement qu'en tant que l'agent public est un national. Il

¹²¹³ KAHSNITZ, p. 273.

¹²¹⁴ Voir ONUDC, Etat de l'application, p. 24.

semble, cela étant que, de manière générale, cette obligation d'incrimination soit relativement bien respectée¹²¹⁵.

954 En matière de corruption privée, il faut tout d'abord rappeler que si son incrimination est imposée par les art. 7 et 8 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption, elle est facultative, même si fortement recommandée, au regard de la Convention de l'ONU contre la corruption.

955 Nous relevons ici incidemment que c'est surtout le versant actif de la corruption privée qui est pertinent pour la responsabilité pénale de l'entreprise, dès lors que seule la corruption privée active est soumise au régime direct de l'art. 102 al. 2 CP, la corruption privée passive n'étant donc appréhendée que par le biais du régime subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP¹²¹⁶.

956 La double incrimination fera ainsi défaut lorsque l'Etat du lieu de commission ne reconnaît que la corruption dans le secteur public¹²¹⁷. Ensuite, il semble que les législations divergent quant au cercle des potentiels corrompus¹²¹⁸. Enfin, il est envisageable que des éléments supplémentaires soient exigés en sus du comportement « de base ». Ainsi, jusqu'au 1^{er} juillet 2016, en Suisse, la corruption privée n'était réprimée que lorsqu'elle s'inscrivait dans un rapport de concurrence (voir l'ancien art. 4a al. 1 let. a LCD).

957 Par ailleurs, nous rappelons que la double incrimination n'exige pas l'identité des normes. Ainsi, même si l'Etat du lieu de commission ne réprime pas la corruption dans le secteur privé, il est tout à fait possible que le comportement considéré tombe tout de même sous le coup de sa loi pénale¹²¹⁹, par exemple au titre de gestion déloyale ou d'abus de biens sociaux.

iii.ii. En matière de blanchiment d'argent

958 Pour le blanchiment d'argent, il nous semble que l'examen de la double incrimination tournera principalement autour des deux éléments suivants : l'infraction préalable et la question de savoir si les deux droits reconnaissent que l'auteur du crime préalable puisse être son propre blanchisseur.

¹²¹⁵ Voir ONUDC, qui mentionne le cas « atypique » d'un Etat n'incriminant que les pots-de-vin au sens strict (Etat de l'application, p. 24).

¹²¹⁶ Pour une critique du fait que la corruption privée passive ne fait pas partie des infractions énoncées à l'art. 102 al. 2 CP, voir CASSANI, *Prise de position*, p. 3 s. ; CASSANI/MAY, p. 366.

¹²¹⁷ Selon l'ONUDC, les pays du Groupe des Etats d'Asie et du Pacifique semblent en particulier réfractaires à l'incrimination de la corruption privée (Etat de l'application, p. 61).

¹²¹⁸ ONUDC, *Etat de l'application*, p. 58 s.

¹²¹⁹ Voir ONUDC, *Etat de l'application*, p. 58.

S'agissant de la première, il faut en effet que le crime commis en amont soit une infraction préalable au blanchiment tant dans l'Etat du lieu de commission qu'en Suisse pour qu'il y puisse y avoir blanchiment selon ces deux ordres juridiques. Nous ne sommes en effet pas dans le cas visé par l'art. 305^{bis} CP, dans lequel le crime préalable a certes été perpétré à l'étranger mais le blanchiment des valeurs patrimoniales a eu lieu en Suisse ; dans notre hypothèse, l'acte de blanchiment s'est déroulé à l'étranger, seul le défaut d'organisation de l'entité collective étant localisable en Suisse.

959

Notons que si l'Etat du lieu de commission de l'infraction de base est membre du GAFI, les divergences dans le cercle des infractions préalables ne devraient en théorie pas être trop importantes.

960

S'agissant de la seconde problématique, la jurisprudence suisse qui veut que l'auteur du crime préalable puisse être son propre blanchisseur essuie les critiques de la doctrine, du fait du risque d'une double peine, la première pour le crime préalable, la seconde pour le blanchiment du produit de l'infraction¹²²⁰. Il est donc largement possible qu'un droit étranger ne réprime pas le blanchiment, par un individu, du produit de son propre crime.

961

Enfin, le juge devra vérifier que l'acte d'entrave fait partie des comportements prohibés par la législation pénale étrangère¹²²¹. On notera par exemple que l'art. 6 de la Convention contre la criminalité organisée effectue une distinction suivant les actes : si le transfert ou la conversion de biens découlant d'un crime fait l'objet d'une obligation d'incrimination, l'acquisition ou la détention de tels biens ne doit être érigée en infraction que si cela est conforme aux concepts juridiques fondamentaux des Etats parties.

962

F. La compétence extraterritoriale du juge suisse

§ 1. L'application des conditions à l'exercice d'une compétence extraterritoriale aux entités collectives

Si l'infraction de base n'est pas commise en Suisse et, dans le contexte de l'art. 102 al. 2 CP, que le défaut d'organisation ne peut être localisé sur le territoire, la compétence du juge helvétique devra se fonder sur un chef de compétence

963

¹²²⁰ Voir CASSANI, La lutte contre le blanchiment d'argent, p. 23.

¹²²¹ L'ONUDC a fait état à cet égard de certaines difficultés d'application s'agissant du comportement visant au déguisement ou à la dissimulation de biens (Etat de l'application, p. 66).

extraterritorial. Or, l'exercice d'une compétence extraterritoriale est généralement soumis à certaines exigences, qu'il convient d'interpréter, voire d'adapter, à la responsabilité pénale des entités collectives. Ainsi, avant de passer à l'application des principes de compétence extraterritoriaux aux entreprises, nous allons examiner comment appréhender les conditions subordonnant l'exercice de ces principes lorsque la personne poursuivie est une entité collective.

964 Le droit suisse connaît classiquement trois conditions à l'exercice d'un chef de compétence extraterritorial : la double incrimination, la présence de l'auteur sur le territoire et la non-extradition de l'accusé¹²²². La double incrimination est couplée avec le principe de la *lex mitior*. Par ailleurs, le principe *ne bis in idem*, dans sa dimension internationale, s'applique en principe lors de l'exercice d'une compétence extraterritoriale.

a) La double incrimination

965 La notion de double incrimination et ses raisons d'être ont été discutées dans la première partie sous V.B.§ 1. *supra*. Sur la base des considérations effectuées dans la section précitée, nous allons analyser le contenu qu'il convient de donner à la double incrimination dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives. De même que pour les personnes physiques, ce contenu varie suivant la fonction du principe, dépendant du titre de compétence extraterritorial considéré.

966 Lorsque nous avons traité de la double incrimination en lien avec la punissabilité des personnes physiques, nous l'avons envisagée dans une perspective générale, et non pas seulement au regard d'une conception purement helvétique de la construction de l'infraction pénale. Nous serons moins ambitieuse en matière de responsabilité des entités collectives, puisque nous partirons du mécanisme helvétique d'imputation de l'infraction à l'entreprise. Une réflexion plus globale nécessiterait une étude davantage approfondie, notamment dans une perspective comparatiste, vu les divergences entre les modèles et les conditions de responsabilité des entités collectives suivant les ordres juridiques.

¹²²² Voir art. 6 al. 1 CP et 7 al. 1 CP ; voir aussi l'art. 264m al. 1 CP, dans le cadre duquel la double incrimination n'est toutefois pas exigée.

Nous soulignons d'emblée que, de manière générale, la doctrine admet que, dans le cadre du principe de la double incrimination en matière de responsabilité pénale de l'entreprise, l'analyse comprend la norme étrangère prévoyant une telle responsabilité pour l'infraction considérée¹²²³. La double incrimination ne serait donc pas donnée si le droit étranger ne connaît pas, pour le crime en question, la responsabilité pénale des entités collectives. Certains auteurs appuient leur position sur la nécessité d'un examen *in concreto* de cette condition¹²²⁴.

1) *La double incrimination comme légitimation de la poursuite pénale*

Nous avons vu que, lorsque la compétence d'un Etat dérive de celle d'un autre, la double incrimination est nécessaire à la légitimation de la poursuite pénale dans le premier. Cela a pour conséquence qu'elle doit s'envisager dans une perspective tout à fait concrète.

Lorsque la personne poursuivie est une entreprise, l'examen *in concreto* de la double incrimination impose des exigences élevées au juge. L'entreprise devant être punissable au regard du droit étranger, il faut tout d'abord que ce dernier reconnaisse, dans son principe, la responsabilité des entités collectives pour les infractions commises en leur sein. Cela étant, à notre sens, la double incrimination peut être considérée comme remplie même si la responsabilité prévue par le droit étranger est de type administratif, pour autant qu'elle soit matériellement de nature pénale, comme c'est le cas du droit italien ou du droit allemand¹²²⁵. Il ne se justifie en effet pas d'adopter une approche trop formaliste : que l'entreprise soit punie d'une amende pour une infraction commise en son sein sur la base de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz* allemande ou du code pénal suisse ne fait matériellement pas de différence, ce d'autant qu'il n'y a pas de corrélation entre le recours au droit pénal et le montant de l'amende. En revanche, et comme en matière d'entraide¹²²⁶, si le droit étranger ne connaît

¹²²³ CR CP I-HENZELIN, Art. 6 N 22 ; ROTH, Modèles de réflexion, p. 376 ; CASSANI, L'internationalisation, p. 382 ; PETRIG, The Expansion, p. 41 s. ; PETRIG, Extraterritorial jurisdiction ; p. 320 ; GAFNER, p. 254 ; BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 35 ; NIGGLI/GFELLER, étant précisé que leur raisonnement se justifie par le fait qu'ils envisagent l'art. 102 CP comme une infraction *sui generis* (Strafrechtliche Verantwortlichkeit, p. 178) ; pour la doctrine française, DELMAS-MARTY, Personnes morales, p. 259 s. ; MAURO, Application dans l'espace, p. 14 ; MAURO, La responsabilité pénale, N 178 ss.

¹²²⁴ GAFNER, p. 254 ; apparemment dans le même sens mais ambigu : MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1042 ss ; voir aussi pour la doctrine française, MAURO, Application dans l'espace, p. 14.

¹²²⁵ On peut probablement effectuer un parallèle avec la notion d'accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH ; *contra* au regard du droit français, MAURO, La responsabilité pénale, N 178 ss.

¹²²⁶ Voir N 208 s. *supra*.

qu'une responsabilité civile des entités collectives, la double incrimination n'est pas donnée.

970 Par ailleurs, si l'ordre juridique étranger ne reconnaît que la responsabilité pénale des personnes morales et que l'entité collective, selon le droit qui régit son organisation, ne possède pas la personnalité juridique, la double incrimination concrète fera défaut. En effet, dans un tel cas, l'entreprise n'a pas la qualité de sujet de droit pénal dans l'Etat du lieu de commission.

971 L'analyse commande à notre sens de s'interroger également sur le cercle des agents susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise. En effet si, selon le droit étranger, l'entité collective répond uniquement des infractions de ses dirigeants, elle n'y est pas punissable si l'auteur physique est un simple employé.

972 De même, et pour aller encore un pas plus loin, l'examen impose de vérifier l'indépendance des punissabilités entre l'agent et l'entreprise. Car si, comme c'est le cas en droit suisse dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, l'identification de la personne physique fait obstacle à la responsabilité pénale de l'entité collective, toute poursuite à l'encontre de l'entreprise est exclue, ce à partir du moment où une procédure pénale est introduite contre un auteur physique et tant qu'elle n'est pas abandonnée, ainsi que, de toute manière, en cas de condamnation de ce dernier.

973 En définitive, au vu des divergences, à plusieurs niveaux, des modèles et des conditions de responsabilité des entités collectives entre les Etats, l'exigence de double incrimination *in concreto* devrait régulièrement poser problème.

2) *Le principe de double incrimination comme garantie découlant de l'art. 7 CEDH*

974 Conformément à l'art. 7 CEDH, les actes susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise doivent être prévisibles pour celle-ci. Nous rappelons que, dès lors que l'art. 102 CP constitue selon nous une norme d'imputation, la notion d'acte correspond au comportement adopté par l'agent de l'entité collective.

975 Nous suivons la doctrine sur l'exigence de la double incrimination en lien avec la norme prévoyant la responsabilité pénale de l'entreprise pour les infractions commises en son sein¹²²⁷. Les règles en matière de participation doivent être prises en considération dans l'examen de la double incrimination lorsque celle-ci est une condition au respect du principe de prévisibilité découlant de l'art. 7

¹²²⁷ Voir N 967 *supra*.

CEDH. L'entreprise ne peut s'attendre à voir sa responsabilité engagée si elle ne peut prévoir le principe même de cette responsabilité. Pour cela, il faut qu'elle soit en mesure de reconnaître sa qualité de sujet de droit pénal, et il faut donc que l'applicabilité de la norme permettant de lui attribuer l'acte de son agent soit prévisible. Pour aller encore un pas plus loin, il nous semble que la double incrimination doit inclure le cercle des agents susceptibles de déclencher la responsabilité pénale de l'entité collective. Car, là aussi, l'entreprise ne peut anticiper l'engagement de sa responsabilité si elle ne peut prévoir qui est susceptible de l'entraîner. De même, la double incrimination doit être donnée en ce qui concerne les types d'entités collectives assujetties au droit pénal.

En revanche, la question de l'indépendance des punissabilités entre auteur physique et entités collectives n'a pas besoin d'être résolue de la même manière selon les deux droits. En effet, la problématique de l'identification de l'individu intervient après la commission de l'infraction. L'entité collective ne peut invoquer le fait qu'elle ne pensait pas engager sa responsabilité pénale car elle escomptait l'identification de l'auteur physique, laquelle ferait obstacle à sa propre condamnation (!). Dès lors, le fait que l'Etat du lieu de commission ne connaisse qu'une responsabilité subsidiaire de l'entreprise est sans pertinence.

976

3) *Le principe de double incrimination comme « régulateur » d'une loi à portée extraterritoriale*

Lorsque la double incrimination a comme objectif de réguler une loi à vocation extraterritoriale, son contenu peut varier en fonction de savoir jusqu'à quel point l'Etat veut étendre la portée de sa loi. Dans la mesure où il dispose d'une prétention propre à l'exercice de l'action pénale, l'Etat peut à notre sens limiter l'examen de la double incrimination au caractère illégal du comportement adopté par l'agent de l'entreprise. Cela étant, rien ne l'empêche d'avoir une interprétation plus généreuse de la double incrimination, et d'y inclure la norme relative à la responsabilité pénale de l'entreprise.

977

b) *La lex mitior*

Au contraire de la double incrimination, qui se rattache à l'acte, la *lex mitior* se rapporte à l'auteur. En lien avec les entités collectives, le principe signifie que les sanctions prononcées à l'encontre de l'entreprise ne doivent pas être plus sévères que celles qui auraient été vraisemblablement prononcées à son encontre dans l'Etat territorial.

978

Or, si le droit étranger ne prévoit pas la responsabilité pénale des entités collectives – ou à tout le moins une responsabilité administrative présentant un caractère pénal, aucune peine ne peut être prononcée selon l'ordre juridique du lieu de commission et le principe de la *lex mitior* s'oppose donc à une sanction dans l'Etat du for de la poursuite pénale¹²²⁸.

Par ailleurs, nous avons établi dans la première partie sous V.B.§ 2.b) *supra* qu'à notre sens l'examen de la *lex mitior* se concentre sur les paramètres relatifs à la peine, ceux déterminant la punissabilité étant considérés au stade de l'analyse de la double incrimination.

Ainsi, en ce qui concerne le cercle des agents susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise et l'indépendance des punissabilités entre auteur physique et entité collective, il nous paraît soutenable d'estimer que ces problématiques ne doivent pas être prises en considération dans l'examen de la *lex mitior*. A notre sens, il en va de même des formes d'entités assujetties au droit pénal. D'ailleurs, le choix du type d'entités soumises à la législation pénale n'est généralement pas dicté par des considérations relatives au caractère injustifié de l'application du droit pénal à telle ou telle forme d'entreprise¹²²⁹, mais par des raisons pragmatiques liées aux difficultés d'application d'une sanction à une entité dépourvue de personnalité juridique.

Dès lors, seule l'inexistence d'une norme prévoyant une responsabilité, à tout le moins administrative, de l'entité collective pour l'infraction considérée doit être prise en considération dans le cadre de l'examen de la *lex mitior*.

En conséquence, dans un premier temps, le juge vérifie que la double incrimination est donnée. L'examen peut se limiter au caractère illégal de l'infraction de base si, *in casu*, la fonction de cette condition s'épuise dans son caractère régulateur ; il s'étend à la norme prévoyant la responsabilité pénale de l'entité collective en question et au cercle des agents susceptibles d'engager une telle responsabilité lorsque la double incrimination est nécessaire pour garantir la prévisibilité du droit applicable ; enfin, tous les éléments pertinents pour apprécier la culpabilité de l'entreprise doivent être pris en considération si le juge exerce une compétence dérivée.

Si la double incrimination est donnée selon les modalités précitées, le juge, pour autant que le droit étranger reconnaisse, sur le principe, la responsabilité des

¹²²⁸ Dans le même sens, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1050 ; MEIER, p. 259.

¹²²⁹ On peut réserver le cas de l'entreprise individuelle, mais pour des motifs tendant au respect du principe *ne bis in idem* dans le cas où le chef d'entreprise est également poursuivi.

entités collectives pour l'infraction commise, ne se préoccupe plus de la punissabilité de l'entreprise au stade de la *lex mitior*. Une fois la culpabilité de l'entreprise admise sur la base de l'art. 102 CP, il comparera, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce pertinentes pour la fixation de la sanction (voir art. 102 al. 3 CP), le droit suisse et le droit étranger puis, cas échéant, ajustera la peine en conséquence.

Nous soulignons par ailleurs qu'au vu du fait que l'art. 102 al. 1 CP ne prévoit que l'amende comme sanction applicable à l'entreprise, le juge suisse, qui ne peut prononcer un genre de peine que son droit ne connaît pas, examinera uniquement les sanctions pécuniaires applicables à l'entreprise selon le droit étranger.

On peut par ailleurs imaginer que le principe de la *lex mitior* fasse obstacle au prononcé d'une confiscation ou d'une créance compensatrice, au sens des art. 70 et 71 CP, ces deux mesures étant considérées comme des sanctions au sens de l'art. 7 CEDH¹²³⁰. Ainsi, si le droit étranger devait ne pas connaître l'institution de la confiscation ou, plus probablement, celui de la créance compensatrice, le juge suisse, en application du droit plus favorable, pourrait être amené à ne pas pouvoir faire application des deux dispositions précitées. Dans la mesure toutefois où les deux systèmes pénaux doivent être appréciés dans leur ensemble pour déterminer la *lex mitior*, il faudrait que la comparaison entre, d'un côté, l'amende et la créance compensatrice du droit suisse et, de l'autre, le montant des sanctions pécuniaires applicables aux entreprises selon le droit du lieu de commission, fasse apparaître le dernier comme plus favorable¹²³¹.

c) La présence de l'auteur sur le territoire

La condition de la présence de l'auteur sur le territoire doit être interprétée en fonction de son but. Classiquement, cette exigence est perçue comme le lien de rattachement minimum entre l'Etat du for de la poursuite pénale et l'accusé,

¹²³⁰ CASSANI, La confiscation, p. 245 s. ; voir aussi sur ces deux dispositions, N 616.

¹²³¹ Les sanctions pécuniaires à l'égard des entreprises peuvent varier fortement d'un Etat à l'autre. Par exemple, l'amende maximale en droit allemand est de 10 millions d'euros (§ 30 (2) ch. 2 OWiG). Elle dépend de l'infraction commise en droit français puisqu'elle est généralement cinq fois plus élevée que celle prévue pour les personnes physiques (art. 131-38 du code pénal français) ; ainsi, en matière de blanchiment, l'amende maximale est de 3'750'000 d'euros mais peut être élevée au quintuple de la moitié de la valeur des sommes blanchies (art. 324-1 et 324-3 cum 131-38 du code pénal français). Elle est de 5'000'000 d'euros, montant pouvant être porté à 10 fois le produit tiré de l'infraction en matière de corruption (art. 433-1 cum 131-38 du code pénal français). L'amende prononcée en vertu de la section 7 du *UK Bribery Act* n'a pas de limite maximale (sect. 11 (3) *UK Bribery Act* ; MONGILLO, *Bribery Act*, p. 319).

pour justifier l'intérêt du premier à la mise en œuvre de son droit de punir¹²³². Par ailleurs, elle permet la limitation des conflits de compétences. Enfin, la présence de l'auteur sur le territoire est également un présupposé à l'exercice de la clause *aut dedere aut prosequi*. Vu que cette dernière fonction se rapporte à l'extradition de l'auteur, elle ne revêt guère de pertinence si le sujet de la procédure pénale est une entité collective.

988 A noter qu'il est clair que la notion d'auteur doit se référer à l'entreprise, et non pas à l'auteur physique de l'infraction de base, ni à un quelconque organe de l'entreprise (par exemple le représentant de l'entreprise au sens de l'art. 112 CPP)¹²³³.

989 Il paraît tout d'abord logique de considérer qu'une entreprise doit être réputée présente dans l'Etat où elle est enregistrée¹²³⁴, soit là où elle a son siège social¹²³⁵. En droit suisse, une entreprise sera en tout cas présente en Suisse si elle est organisée selon la législation helvétique, conformément à l'art. 154 al. 1 LDIP¹²³⁶. Nous verrons à la section suivante que la condition se recoupera donc en pratique avec celle de la nationalité, de sorte que le lien de rattachement entre l'Etat et l'entreprise apparaît indiscutable.

990 Cela étant, on peut se demander si une entité collective peut également être « présente » à l'endroit de son siège réel, ce en considération de la fonction que la condition revêt dans le contexte de l'exercice d'une compétence extraterritoriale.

991 En pratique, il ne faut pas perdre de vue que, souvent, c'est au lieu du siège réel que l'infraction perpétrée dans le cadre des activités de l'entreprise sera, à tout le moins partiellement, localisable, ou qu'un défaut d'organisation pourra y être situé. La compétence du juge se basant alors sur le principe de territorialité, la condition de la présence de l'auteur n'est pas pertinente. Pour les besoins de la démonstration nous admettons donc que ni l'infraction, ni le défaut d'organisation (ou seulement dans le contexte d'une infraction de l'art. 102 al. 1 CP) ne se localise dans l'Etat du siège réel de l'entreprise.

992 Un lien de rattachement tangible existe manifestement entre une entreprise et l'Etat dans lequel elle a le centre de ses activités, bien plus d'ailleurs que par rapport à un auteur physique qui peut ne se trouver sur le territoire que pour

¹²³² Dans ce sens notamment, LUDWICZAK, La délégation internationale, N 86.

¹²³³ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1035 s. ; CR CP-I CASSANI, Art. 5 N 14.

¹²³⁴ Dans le même sens, ZERK, p. 22.

¹²³⁵ Dans le même sens, CR CP-I CASSANI, Art. 5 N 14.

¹²³⁶ Dans ce sens également MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1038.

quelques heures. En outre, le siège réel d'une entité collective se situant à un seul endroit, le risque d'un conflit de compétences se trouve limité. On notera par ailleurs incidemment que des preuves importantes, notamment en lien avec le défaut d'organisation de l'entreprise, se localiseront régulièrement à l'endroit du siège réel.

L'admission d'une « présence » de l'entreprise à l'endroit de son siège réel signifie, si ce dernier devait ne pas coïncider avec le siège social, que l'entité collective peut simultanément se trouver présente en deux endroits. Dogmatiquement, dans la mesure où la présence de l'entité collective est toujours fictive, la construction nous paraît admissible. Elle conduit en revanche à un conflit de compétences potentiel entre l'Etat du siège social et celui du siège réel, qui nécessitera cas échéant une concertation entre ces Etats pour que seul l'un d'eux se charge de la poursuite. Il nous semble en effet que les deux Etats peuvent légitimement retenir « la présence » de l'entité collective sur leur territoire, ce qui ne signifie pas encore qu'ils y sont obligés. La seule obligation en la matière provient des clauses internationales consacrant le principe *aut dedere aut prosequi* et, comme déjà indiqué, ces dispositions ne sont manifestement pas applicables à une entité collective.

En revanche, on ne peut à notre sens retenir de présence en Suisse du seul fait que l'entreprise y exerce une partie de ses activités, même sous forme de succursale, en Suisse. Si l'infraction est commise dans le cadre de l'activité en question, elle sera probablement de toute façon réputée perpétrée en Suisse ; en lien avec l'art. 102 al. 2 CP, le défaut d'organisation devrait en sus y être localisable. En revanche, si l'infraction est réalisée dans le cadre d'activités exercées dans une autre partie du globe, il n'y a pas de raison d'admettre une présence de l'entreprise en Suisse sous prétexte que l'entreprise y fait des affaires, et de la poursuivre pour une infraction qui n'entretient pas de lien avec les activités de l'entreprise en Suisse. En outre, créer une présence de l'entité collective à chaque endroit où celle-ci exerce une activité revient à multiplier les fors possibles.

d) Le défaut d'extradition

S'agissant de la condition du défaut d'extradition de l'auteur, il faut tout d'abord rappeler que celle-ci suppose au préalable le caractère extraditable de l'infraction.

996 Cette première exigence signifie que, conformément à l'art. 35 al. 1 let. a EIMP, la peine maximale pour l'infraction considérée doit s'élever à une année au moins. Le but de cette règle est de soustraire à la compétence du juge suisse les infractions commises à l'étranger de peu d'importance¹²³⁷, l'intérêt à punir étant alors moindre.

997 Dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entreprise, et dans la mesure où l'art. 35 al. 1 let. a EIMP se réfère à « l'infraction », on examinera quelle est la sanction attachée à celle-ci dans la norme pénale spéciale. En d'autres termes, on s'attachera à la peine prévue pour les personnes physiques, laquelle détermine la gravité de l'infraction imputée à l'entité collective. Nous rappelons d'ailleurs que la gravité de l'infraction est le premier critère de fixation de l'amende de l'art. 102 al. 3 CP. La condition de l'art. 35 al. 1 let. a EIMP devrait en pratique être largement satisfaite puisque la responsabilité pénale de l'entreprise ne peut être déclenchée en cas de contravention et qu'il n'y a qu'une infime partie des délits dont la peine-menace n'atteint pas le plafond d'un an¹²³⁸.

998 Pour l'exigence du défaut d'extradition, deux voies nous semblent envisageables. D'une part, suivant une interprétation littérale, on peut estimer que, dans la mesure où il est physiquement impossible d'extrader une entité collective, la condition de la non-extradition ne joue pas de rôle dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives. En d'autres termes, dès lors qu'une entreprise ne peut être extradée, on considère cette exigence comme *de facto* toujours satisfaite. Cette solution crée toutefois le risque d'un conflit de juridictions entre la Suisse et un autre Etat compétent.

999 La deuxième voie est plus audacieuse car elle va au-delà du texte légal mais s'intéresse au but de la condition. En résumé, l'idée est qu'un auteur ne doit pas rester impuni si, pour quelque raison que ce soit, y compris, cas échéant, parce que l'Etat territorial n'a pas engagé de poursuite pénale¹²³⁹, l'Etat d'accueil ne l'extrade pas. En conséquence, soit l'auteur est extradé dans un autre Etat compétent – en principe celui du lieu de commission –, l'extradition étant une

¹²³⁷ CR CP I-HENZELIN, Art. 7 N 9.

¹²³⁸ On peut envisager, comme exemple d'exception, une atteinte à l'honneur au sens de l'art. 173 CP, dont la peine menace ne peut excéder 180 jours-amende, commise au sein d'une entreprise de médias, qui est probablement l'un des seuls domaines où l'on peut considérer que les infractions contre l'honneur font partie des risques typiques de l'entreprise. Pour les infractions réalisées par le biais de publication par un média, la punissabilité en cascade des art. 28 et 322^{bis} CP devrait presque toujours permettre l'imputation de l'infraction à un individu, ce qui ferait obstacle à la punissabilité de l'entreprise (voir toutefois à cet égard, N 607 s. *supra*). La punissabilité de l'entreprise n'entrera donc en ligne de compte qu'en cas de défaut d'identification de la personne responsable au sens de l'art. 322^{bis} CP (CR CP I-WERLY, Art. 28 N 34).

¹²³⁹ Dans ce sens, ATF 116 IV 244, consid. 4a).

condition nécessaire pour que la procédure pénale puisse être menée à bien dans cet Etat, soit il est poursuivi par l'Etat dans lequel il se trouve. Ainsi, l'exigence de la non-extradition de l'auteur pourrait être « remplacée », dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales, par la condition qu'aucune poursuite ne soit engagée contre l'entreprise dans l'Etat territorial, voire qu'une procédure ait été introduite mais qu'elle ne puisse être menée à terme en raison du fait que la Suisse refuse sa coopération internationale.

Cette « adaptation » de la condition du défaut d'extradition en lien avec les entités collectives nous paraît correspondre à l'objectif de cette dernière exigence et présente l'avantage de ne pas multiplier les procédures pénales. A notre sens, dans la mesure où elle correspond à l'esprit de la loi et ne désavantage pas l'entreprise, la condition du défaut d'extradition peut être interprétée dans ce sens, sans nécessiter une modification législative.

1000

e) *Le principe ne bis in idem*

Dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives, le principe *ne bis in idem* mériterait un examen qui sortirait largement de notre champ d'investigations. Nous nous limitons donc à quelques brèves observations.

1001

De même que pour les personnes physiques, la notion de « même acte » au sens des art. 5 al. 2, 6 al. 3 et 7 al. 4 CP doit s'apprécier dans une dimension matérielle¹²⁴⁰. Une telle solution s'impose d'autant plus vu la diversité des types de responsabilité des entités collectives adoptés par les législateurs nationaux.

1002

Vont dans ce cadre être déterminants les faits constitutifs de l'infraction à raison de laquelle l'entreprise est condamnée, indépendamment du modèle de responsabilité choisi par les Etats. Par exemple, si une entité collective est condamnée pour un acte de corruption commis par l'un de ses dirigeants, conformément au modèle identificatoire, le principe *ne bis in idem* s'oppose à ce qu'elle soit ensuite poursuivie au Royaume Uni sur la base de la section 7 du *UK Bribery Act*, qui consacre, à charge de l'entreprise, une infraction de défaut de prévention d'un acte de corruption.

1003

Par ailleurs, une approche économique du concept de groupe de sociétés peut conduire à opposer le principe *ne bis in idem* à la poursuite d'une société mère pour des faits sur la base desquels l'une de ses filiales, intégrée à 100%, a déjà été condamnée¹²⁴¹. A cet égard, nous précisons d'emblée que, quant à nous, nous

1004

¹²⁴⁰ Voir notamment CR CP I-HARARI/LINIGER GROS, Art. 3 N 41 ss.

¹²⁴¹ Dans ce sens, HEINIGER, N 564 ss.

privilegions une conception davantage juridique du groupe, qui ne fait pas obstacle à la condamnation conjointe de la maison mère et de sa filiale.

1005 Enfin, une condamnation de type administratif dans un Etat peut faire obstacle à l'ouverture d'une procédure pénale à l'endroit de la même entité collective dans un autre Etat, la première sanction devant sans doute être qualifiée de pénale, dès lors que la condamnation repose sur la commission d'une infraction. En revanche, le jugement d'un tribunal civil rendu à l'encontre d'une entité collective sur la base de faits à coloration pénale ne déclenchera pas l'application du principe *ne bis in idem* et une poursuite pénale dans un autre Etat pourra être engagée.

§ 2. Le principe de la nationalité active

1006 La question de l'application du principe de la nationalité active aux entités collectives a été abordée essentiellement dans le cadre de l'examen, par l'OCDE, de la mise en œuvre de sa convention contre la corruption transnationale. Comme déjà indiqué, la réponse des Etats, y compris la Suisse, a été, pour une très large majorité, positive¹²⁴².

1007 Cette position doit être approuvée sans réserve mais, avant de détailler plus avant les motifs pour lesquels elle emporte notre adhésion, il faut se pencher sur la notion de nationalité d'une entité collective.

1008 Par ailleurs, nous rappelons que, dès lors que le principe de la nationalité active se rattache à l'auteur de l'infraction, la compétence du juge à l'égard de l'entreprise n'emportera pas compétence à l'encontre de l'auteur physique, et inversement.

a) *La détermination de la nationalité d'une entité collective*

1009 Au contraire de ce qui prévaut pour la nationalité des individus, les ordres juridiques internes n'ont en principe pas de législation établissant un statut de ressortissant pour les personnes morales¹²⁴³. La nationalité d'une société est donc essentiellement considérée de manière fonctionnelle, en particulier en droit international privé. En droit international public, la question de la

¹²⁴² Voir N 710 *supra*. Pour la Suisse, OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 2, décembre 2004, § 104 ; dans le même sens, Message relatif à la Convention pénale sur la corruption, p. 6574. L'application du principe de la nationalité aux entités collectives est approuvée par la doctrine, voir CR CP I–HENZELIN, Art. 7 N 5 ; MACALUSO, La responsabilité pénale, N 1038 ss ; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, p. 41.

¹²⁴³ ANGELET, p. 479.

nationalité des sociétés s'est principalement posée dans le contexte de la protection diplomatique.

En résumé, les critères suivants peuvent être utilisés pour apprécier la nationalité d'une personne morale : le siège réel de la société (soit le lieu où se situe le centre de ses activités)¹²⁴⁴, la nationalité de ses actionnaires (théorie du contrôle), son siège statutaire (ou siège social) ou encore la législation sous l'empire de laquelle la société a été constituée¹²⁴⁵.

1010

Pour éviter toute confusion, deux précisions s'imposent à ce stade. Même si, en théorie, le critère du siège statutaire et celui de l'incorporation peuvent être dissociés, soit que rien ne s'oppose à ce qu'un Etat admette qu'une société puisse être constituée sous l'empire de sa législation alors même que cette société choisirait un autre Etat pour son siège statutaire, les deux critères se recoupent en pratique : la personne morale est incorporée au lieu du siège indiqué dans son acte constitutif¹²⁴⁶. Dès lors, dans cette étude, le critère de l'incorporation correspond à celui du siège statutaire, et inversement.

1011

Par ailleurs, la doctrine utilise également la notion de « siège social ». La terminologie peut être trompeuse car, si ces termes font généralement référence au siège statutaire de la société, il peut aussi arriver qu'ils soient employés dans le sens « siège réel » de la personne morale¹²⁴⁷. Dans cette étude, le « siège social » signifie le « siège statutaire », c'est-à-dire le lieu où la société est enregistrée. Il faut en effet à notre sens, pour être totalement précis, parfois recourir à la notion de « siège social » plutôt que de « siège statutaire », soit lorsque la société considérée n'a pas de statuts, comme c'est notamment le cas d'une société en nom collectif ou en commandite¹²⁴⁸. Dans le cas où une société de ce type, en violation de ses obligations, ne se serait pas inscrite au registre du commerce, son siège social doit être considéré comme étant au lieu où elle aurait dû procéder à l'inscription requise (ce qui correspondra à l'endroit de son siège réel)¹²⁴⁹.

1012

¹²⁴⁴ Voir CR LDIP-GUILLAUME, Art. 154 N 6.

¹²⁴⁵ Pour une description détaillée des liens de rattachement envisageables, voir CAFLISCH, p. 124 ss.

¹²⁴⁶ Voir notamment CR LDIP-GUILLAUME, Art. 154 N 4 ; NOBEL, p. 46 s.

¹²⁴⁷ Voir par exemple MAURO, La responsabilité pénale, N 140 ss.

¹²⁴⁸ Nous renonçons à discuter du siège d'une société simple, vu l'importance, destinée à rester tout à fait marginale, de ce type de sociétés dans le contexte de la responsabilité des entités collectives.

¹²⁴⁹ S'agissant de petites sociétés, le centre des activités d'une société en nom collectif ou en commandite ne devrait pas être difficile à déterminer.

- 1013 Chaque critère a ses avantages et ses inconvénients¹²⁵⁰. Si le critère du siège réel présente l'avantage de s'attacher à une certaine réalité factuelle, il pêche par manque de sécurité juridique en ce que sa détermination, qui se fait par indices¹²⁵¹, n'est pas toujours aisée. Celui de la nationalité des actionnaires comporte l'avantage de prendre en considération la réalité économique, mais fait fi de l'indépendance juridique entre une société et ses ayant droits économiques ; en outre, il pose probablement des problèmes insolubles quant à la détermination du statut personnel de la société à défaut d'un actionnariat, largement majoritaire, de même nationalité. Quant au critère du siège statutaire, s'il peut parfois paraître détaché de la réalité factuelle¹²⁵², il présente en revanche l'avantage de la sécurité juridique¹²⁵³.
- 1014 De manière générale, les Etats ont adopté le critère du siège réel ou celui de l'incorporation. La théorie du contrôle ne s'est en revanche pas imposée sur le plan international¹²⁵⁴. Dès lors, l'Etat du siège de la société mère ne peut en principe revendiquer un lien de rattachement personnel avec la société fille¹²⁵⁵. Est réservé le cas dans lequel, pour les Etats qui connaissent le critère du siège réel, la filiale doit être considérée comme effectivement administrée au siège de la société mère.

¹²⁵⁰ Pour un développement sur les avantages et les inconvénients, au regard du droit français, des critères de l'incorporation, du contrôle et du siège « social », utilisé ici dans l'acception siège « réel » (ou effectif), voir MAURO, La responsabilité pénale, N 123 ss.

¹²⁵¹ Voir CR LDIP-GUILLAUME, Art. 154 N 6.

¹²⁵² On pourrait en particulier envisager, par une certaine analogie avec l'affaire Notthebom soumise à la Cour de Justice, dans laquelle cette dernière a admis l'inaopposabilité à un Etat d'une nationalité qui n'était pas effective, qu'un Etat puisse faire grief à un autre de revendiquer sa compétence pénale à l'égard d'une personne morale avec laquelle il n'entreprendrait pas de lien de rattachement effectif (voir CIJ, Affaire Notthebom (Liechtenstein c. Guatemala) du 6 avril 1955, en particulier, p. 23 ss ; voir aussi DAILLIER/FORTEAU/PELLET, p. 549 : « la nationalité doit traduire un *fait social de rattachement réel* »).

¹²⁵³ Apparemment dans le même sens, le Conseil de l'Europe semblant bel et bien se référer au siège statutaire, Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale, p. 29 s.

¹²⁵⁴ MARAUHN/SIMON, p. 30 ; voir aussi l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, du 5 février 1970. Dans son jugement, la CIJ pose comme principe - sans exclure certaines exceptions - que la protection diplomatique à l'égard d'une personne morale s'exerce par l'Etat du siège de celle-ci (§§ 70 ss.). Dans cette affaire, le fait que la société Barcelona Traction, dont le siège se trouvait au Canada, mais dont la grande majorité des participations était détenue par des personnes physiques ou morales belges, doive être considérée comme une société canadienne - et non belge - n'a jamais été remis en cause, pas même par la Belgique (en particulier, § 74) ; dans le même sens, voir l'op. indiv. du juge JESSUP, § 39 ; pour un avis un peu plus nuancé, voir l'op. indiv. de Sir GERALD FITZMAURICE, § 33 s. ; voir aussi la Résolution de l'ONU, Diplomatic Protection, qui pose comme premier critère l'Etat d'incorporation, à l'exception du cas dans lequel la personne morale n'est pas contrôlée par des nationaux de cet Etat et n'y exerce aucune activité commerciale, hypothèse dans laquelle la personne morale doit être considérée comme nationale de l'Etat dans lequel est située sa direction principale et le contrôle financier (p. 4.).

¹²⁵⁵ MARAUHN/SIMON, p. 30 ; dans le même sens, ZERK, p. 51.

Dans l'ordre juridique suisse, le droit international privé a opté pour la théorie de l'incorporation (art. 154 al. 1 LDIP et 21 LDIP)¹²⁵⁶, même si, à titre subsidiaire, le droit du siège réel peut trouver à s'appliquer (art. 154 al. 2 LDIP). Pour être précis, il faut souligner que le droit international privé suisse n'appréhende pas le critère du siège comme déterminant la nationalité d'une personne morale, dont il ne dit rien (art. 22 et 23 *a contrario* LDIP), mais son domicile. Reste que le siège statutaire est le critère de rattachement personnel d'une société à la Suisse.

1015

Dans le cadre de l'application de la Convention de l'OCDE, les autorités suisses ont indiqué qu'aux fins de l'exercice de la compétence personnelle active, la nationalité des entreprises devait être déterminée par leur siège statutaire¹²⁵⁷.

1016

Cette position doit être approuvée. Dans un souci de cohérence de l'ordre juridique, il apparaît opportun que le droit pénal utilise le même critère que le droit international privé pour déterminer le statut personnel de l'entreprise. En outre, comme déjà indiqué, le rattachement par le siège statutaire a l'avantage de la sécurité juridique, particulièrement bienvenue en matière de droit pénal.

1017

Le critère du siège réel nous semble en revanche potentiellement trop incertain pour déterminer la nationalité d'une société aux fins de la détermination de la compétence pénale à l'égard de cette entreprise. En outre, si une société peut être considérée comme ayant le centre de ses activités en Suisse, cela aura régulièrement comme conséquence que l'on considérera qu'une succursale – à tout le moins de fait – de cette société est exploitée dans notre pays, ce qui pourra entraîner, s'agissant des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, la compétence territoriale du juge suisse par le biais du lien de rattachement que constitue le défaut d'organisation (si l'infraction de base n'est pas déjà réputée commise en Suisse).

1018

Nous précisons cela étant que, lorsque nous donnons la préférence au critère du siège social, nous nous inscrivons dans une perspective helvétique et qu'un rattachement en fonction du siège réel pourrait en particulier se justifier dans un ordre juridique dont le droit international privé aurait adopté un tel critère. Dans cette hypothèse, on peut espérer que la notion de siège réel ait été circonscrite par la doctrine et la jurisprudence – cas échéant celles relatives au droit international privé – de manière à atténuer les risques d'insécurité juridique.

1019

¹²⁵⁶ Au contraire de la France, l'Allemagne et l'Italie s'attachent à la théorie du siège réel (voir NOBEL, p. 26).

¹²⁵⁷ OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 2, décembre 2004, § 104.

b) L'importance du lien entre un Etat et « ses » entreprises

1020 La légitimation de la compétence se construit sur les liens tangibles entre le juge pénal et le cas, soit l'infraction et les circonstances l'entourant, qui lui est soumis. Or, le lien entre l'entreprise et son Etat d'appartenance nous apparaît important, et même régulièrement plus fort que celui entre une personne physique et son Etat national. Son caractère substantiel justifie la compétence du juge à l'égard de « ses » entreprises¹²⁵⁸, y compris lorsque l'infraction a été commise à l'étranger.

1021 Lorsque la nationalité d'une société est déterminée par son siège statutaire, l'entité collective a délibérément choisi l'Etat dans lequel elle entend s'établir, à tout le moins formellement. Dans la règle, le siège statutaire correspondra au lieu où se trouve le centre d'exploitation de l'entreprise et son administration principale. Même si tel devait ne pas être le cas, il n'en demeure pas moins que l'appartenance de l'entité collective à un Etat et, partant, sa soumission à la législation de cet Etat, résulte de la volonté de la société. Il n'en va pas autrement dans le cas où la nationalité de l'entreprise serait déterminée par son siège réel. L'implantation de ses activités, respectivement de son administration, principales procède d'un choix. En revanche, à l'exception des cas de naturalisation, un individu ne décide pas de sa nationalité, elle lui est imposée par les liens du sang ou le hasard de son lieu de naissance. De plus, une personne physique peut posséder la nationalité d'un Etat mais ne pas y habiter et n'y avoir que peu d'attaches.

1022 En outre, comme vu sous § 1.c) *supra*, le siège statutaire (ou le siège réel si ceux-ci devaient ne pas coïncider), vont être déterminants pour apprécier l'Etat dans lequel l'entreprise va être considérée comme présente. Or, cette « présence » constitue également un critère de rattachement pour l'application d'une législation. Ainsi, en choisissant de s'implanter statutairement et/ou effectivement dans un Etat, l'entité collective ne se soumet pas seulement à la législation dont le champ d'application se base sur le critère de la nationalité mais également – et peut-être surtout – à celle qui se fonde sur le principe de territorialité, ce qui est le cas de la plupart des lois, notamment administratives. Nous rappelons à ce stade que les mesures que les entreprises doivent mettre en place pour éviter d'engager leur responsabilité pénale peuvent trouver leur source dans des règles extra-pénales, dont le champ d'application spatial

¹²⁵⁸ Dans le même sens, KAIKIFA-GBANDI, p. 146.

couvre, de manière générale, les sociétés ayant leur siège sur le territoire, ou y exerçant leurs activités.

Ainsi, le siège, qui détermine non seulement la nationalité de l'entreprise, mais également sa localisation géographique, constitue un critère substantiel de rattachement entre le juge pénal et l'entité collective¹²⁵⁹.

L'importance de ce lien se remarque d'ailleurs dans les recommandations et rapports que les organismes de lutte contre la corruption et ceux de protection des droits de l'homme adressent aux Etats : ces derniers doivent tout mettre en œuvre pour que « leurs » entreprises se conforment à leurs obligations en matière de prévention de la corruption et de respect des droits de l'homme¹²⁶⁰, y compris, et même surtout, dans le cadre de leurs activités transfrontières. L'Etat national est le premier à qui l'injonction s'adresse, l'idée sous-jacente étant de pallier les carences, en matière de système judiciaire et d'indices de corruption ou de respect des droits humains, de l'Etat territorial. Et les Etats ont un intérêt indéniable à ne pas être pointés du doigt par la communauté internationale du fait des malversations auxquelles se sont livrées leurs entreprises à l'étranger.

On notera, à titre d'illustration que, selon l'un des premiers principes directeurs que l'OCDE formule à l'attention des entreprises multinationales, « [l]es entreprises ont pour obligation première de se conformer à la législation de *leur* pays »¹²⁶¹.

Par ailleurs, il a également pu être souligné que la responsabilité de l'Etat national pour poursuivre « ses » entreprises était d'autant plus importante qu'une personne morale ne peut être extradée, de sorte que cela pourrait faire obstacle à une poursuite dans un Etat qui ne connaît pas la procédure par défaut¹²⁶². S'il n'est pas avéré qu'une telle crainte soit fondée, dès lors qu'il n'y a guère d'Etats qui ont indiqué être réfractaires à la poursuite de personnes morales étrangères si l'infraction était commise sur leur sol, il fait peu de doutes qu'il sera souvent plus simple de poursuivre une entreprise au lieu de son siège.

¹²⁵⁹ Voir également KAHSNITZ : cet auteur plaide pour un critère de rattachement fondé sur le lieu d'origine de l'entreprise (soit sa nationalité, respectivement son siège, les deux coïncidant en principe) en raison du lien entre l'infraction commise et l'entreprise, la première n'étant pas « détachée » de la deuxième, p. 189 ss.

¹²⁶⁰ Voir ONU, Principes directeurs droits de l'homme, p. 5.

¹²⁶¹ Voir OCDE, Principes directeurs, p. 19 ; nous mettons en italiques.

¹²⁶² Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Responsabilité des personnes morales, p. 7.

c) L'application du principe de la nationalité aux succursales ?

- 1027 La question de l'application du principe de la nationalité aux succursales nous semble mériter d'être brièvement évoquée. Soit une infraction perpétrée – à l'étranger – dans le cadre des activités commerciales d'une succursale, qui a son siège dans un Etat différent de l'établissement principal. Le juge de l'Etat de la succursale peut-il considérer cette dernière comme une entreprise nationale et, pour ce motif, se reconnaître compétent pour connaître de l'infraction, sachant que le sujet de la poursuite pénale ne peut être que l'établissement principal – étranger –, à défaut pour la succursale d'être titulaire de droits et d'obligations ?
- 1028 La réponse nous paraît en tout cas négative si l'Etat de la succursale ne connaît que la responsabilité pénale *des personnes morales*. Car, dans ce cas, il ne peut appliquer le principe de la personnalité active qu'aux personnes morales et la succursale n'en étant pas une, il ne peut conceptuellement pas la considérer comme une personne morale nationale.
- 1029 *Quid si*, en revanche, le concept utilisé pour la responsabilité pénale est celui d'entreprise, et que l'on admet qu'une succursale répond à la définition¹²⁶³ ?
- 1030 A notre sens, la réponse est également négative. Le principe de la nationalité active se rapporte au sujet de la poursuite pénale, qui reste l'établissement principal. Le lien de rattachement entre le juge et « son » accusé fait dès lors défaut. Nous rappelons que cela ne signifie toutefois pas qu'il faille nécessairement dénier toute compétence à l'Etat de la succursale. Ainsi, en droit suisse, si un défaut d'organisation peut être reproché à la succursale et que l'infraction commise est l'une de celles mentionnées à l'art. 102 al. 2 CP, la compétence du juge se fondera sur le principe de territorialité.

d) La portée concrète du principe de la nationalité active dans le cadre de l'art. 102 CP

- 1031 Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, le principe de la personnalité active devrait être applicable à toute entité collective suisse dont l'un des agents – non identifié – a commis un crime ou un délit à l'étranger ou a participé, comme complice ou instigateur, en Suisse, à une infraction perpétrée à l'étranger. Dans la mesure où nous avons vu sous § 1.c) *supra* que toute entreprise suisse peut être considérée comme présente en Suisse, la condition de la présence de l'auteur sur le territoire sera automatiquement donnée.

¹²⁶³ Voir, pour l'application de la notion d'entreprise à la succursale, N 496 ss *supra*.

Dans le contexte de l'art. 102 al. 2 CP, le principe de la personnalité active perd largement de son importance à partir du moment où l'on admet que le défaut d'organisation fonde un rattachement territorial. En effet, dans tous les cas où l'entreprise ne dispose que d'un seul établissement, le défaut d'organisation sera localisé au lieu du siège de l'entreprise de sorte que le principe de la territorialité prendra le pas sur celui de la nationalité active. Il en va de même si l'entité collective dispose de plusieurs établissements mais que le défaut d'organisation peut (également) être localisé au siège principal.

1032

En revanche, nous rappelons que, dans les hypothèses, probablement marginales¹²⁶⁴, dans lesquels le manque d'organisation ne se situe qu'au siège de la succursale étrangère, la compétence territoriale du juge suisse fera défaut et le principe de la nationalité pourra trouver à s'appliquer à l'égard de l'entreprise suisse.

1033

S'agissant de la condition de la double incrimination, le juge exerce, sur la base du principe de la nationalité, une compétence qui lui est propre. Comme souligné sous b) *supra*, la légitimité du juge à revendiquer sa compétence à l'égard des entreprises nationales nous paraît incontestable. La fonction de la double incrimination est ici la régulation d'une loi à portée extraterritoriale, qui s'applique à une infraction commise à l'étranger.

1034

Par ailleurs, si la responsabilité pénale de l'entité collective est prévue par « son » droit national, le principe de prévisibilité nous paraît satisfait à partir du moment où la double incrimination est donnée eu égard à l'infraction de base, même si la *lex loci delicti commissi* ne connaît pas la responsabilité des entreprises (ou ne connaît, par exemple, que la responsabilité des personnes morales, l'entreprise considérée n'en étant pas une). Le lien de rattachement substantiel entre l'entreprise et le pays dans lequel elle choisit d'avoir son siège rend prévisible l'application de la législation pénale de cet Etat, même si l'infraction est commise dans la conduite, à l'étranger, de ses activités commerciales. En d'autres termes, la double incrimination relativement à la norme consacrant la responsabilité pénale des entités collectives ne s'impose pas pour des motifs garantistes. La condition s'épuise ainsi dans le caractère pénalement interdit de l'infraction de base.

1035

Cela étant, il ne faut pas oublier que, dans l'exercice de la compétence personnelle active, la double incrimination, comme condition à l'ouverture de l'action pénale, s'accompagne du principe de la *lex mitior* (art. 7 al. 3 CP). Or,

1036

¹²⁶⁴ Voir N 676 ss *supra*.

nous avons vu que, *de lege lata*, le principe de la *lex mitior* peut faire obstacle à la condamnation d'une entité collective, en ce sens que, si le droit du lieu de commission ne connaît pas la responsabilité des entités collectives, il leur est forcément plus favorable et le juge, selon le droit étranger, ne peut appliquer aucune sanction à l'égard de l'entité collective vu que celui-ci n'en prévoit pas.

1037 Dès lors, en pratique, l'autorité de poursuite pénale sera bien inspirée de vérifier, au moment de l'examen de la double incrimination, que l'Etat du lieu de commission de l'infraction de base connaît une responsabilité, de nature matériellement pénale, des entités collectives pour l'acte considéré. Cela évite de mener une procédure à l'encontre d'une entreprise qui, de toute façon, sera au final libérée de toute sanction au nom de la *lex mitior*.

1038 Nous ajoutons à cet égard que l'exigence de la *lex mitior* dans le cadre du principe de la nationalité active vis-à-vis des entités collectives ne nous convainc guère. Nous estimons, en effet, qu'en raison du lien tout à fait concret entre l'Etat et ses entreprises, le juge est légitimé à punir les entités collectives nationales sur la seule base de son propre droit, à partir du moment où les faits considérés sont pénalement sanctionnés par le droit du lieu de commission.

1039 Ce principe ne devrait toutefois pas constituer un obstacle pratique trop important à la poursuite des entreprises nationales, dès lors que la responsabilité, à tout le moins administrative, de celles-ci, pour les infractions commises en leur sein apparaît à l'heure actuelle largement reconnue¹²⁶⁵.

1040 S'agissant, enfin, du défaut d'extradition, selon l'interprétation que nous proposons de la condition¹²⁶⁶, le juge suisse devrait suspendre l'exercice de sa compétence si l'Etat du lieu de l'infraction exerce la sienne à l'égard de l'entreprise.

§ 3. Le principe du siège

a) En général

1041 Le siège est le critère de rattachement spécifique aux entités collectives. Il rattache une entreprise à la juridiction dans laquelle elle a son siège principal¹²⁶⁷. Il a été souligné que le principe du siège représentait, matériellement, la

¹²⁶⁵ Dans ce sens, ONUDC, Etat de l'application, p. 81.

¹²⁶⁶ Voir N 999 ss *supra*.

¹²⁶⁷ MARAUHN/SIMON, p. 30 ; AMBOS, Internationales Strafrecht, p. 47.

transposition du principe de la personnalité active aux personnes morales¹²⁶⁸. Si l'on peut opposer à cette position que le siège d'une société renvoie davantage à la notion de domicile¹²⁶⁹, voire de « présence » sur le territoire, la controverse n'a pas d'incidence pratique : le siège d'une société est en principe déterminé, tout comme sa nationalité, par son siège statutaire, cas échéant son siège réel, suivant le critère choisi par l'Etat qui établit sa compétence pénale.

Des exceptions sont théoriquement concevables, par exemple si un Etat refuse de reconnaître le principe de nationalité sans exercice effectif de celle-ci. Ce serait par exemple le cas si une entreprise, pour des motifs fiscaux, a son siège statutaire dans un Etat, mais n'y exerce aucune activité. Toutefois, dans un tel cas, il est aussi envisageable que l'Etat ne considère pas davantage le siège – fictif – que l'entreprise a voulu créer sur son territoire. A l'inverse, certains Etats pourraient interpréter le critère du siège comme comprenant, en sus – voire à la place – du siège statutaire, le siège réel. Dans cette dernière hypothèse, un Etat pourrait exercer sa compétence fondée sur le siège à l'égard d'une entreprise qui exerce ses activités principales sur son territoire, sans toutefois considérer celle-ci comme nationale, s'il détermine la nationalité par le critère de l'incorporation par exemple.

Cela étant, de telles configurations restent marginales et, en principe, le siège statutaire et le siège réel d'une société se recoupent. Nous relevons par ailleurs à ce stade que toutes les normes établissant le principe du siège que nous avons examinées dans le cadre de cette étude se réfèrent manifestement au siège statutaire de l'entité collective.

Si le principe du siège est bien connu du droit international privé, il reste – pour l'heure – peu développé en matière de compétence pénale. Nous avons d'ailleurs vu plus haut que nombreux sont les Etats qui ne connaissent pas de règles de compétences spéciales pour les entités collectives. Comme déjà indiqué, ce chef de compétence a été essentiellement consacré dans plusieurs décisions-cadres et directives de l'Union européenne qui le prévoient, en règle générale, à titre facultatif¹²⁷⁰.

A notre sens, le principe du siège n'est pas superflu et mériterait d'être plus largement prévu par les ordres juridiques internes, même si l'application par analogie du principe de la nationalité active aux personnes morales n'apparaît

¹²⁶⁸ AMBOS, *Internationales Strafrecht*, p. 47.

¹²⁶⁹ Voir, en droit international privé, CAFLISCH, p. 126 s.

¹²⁷⁰ Voir N 790 ss *supra* et, en particulier, l'art. 7 de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

pas contestée. En effet, ce dernier est régulièrement soumis – comme c'est le cas en Suisse – à des conditions destinées aux personnes physiques, qui, dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives, doivent donner lieu à des interprétations et transpositions. Il nous apparaît donc plus approprié de prévoir un chef de compétence spécifique pour les entreprises, et d'adapter les éventuelles exigences posées à sa mise en œuvre au sujet de droit pénal considéré. Ensuite, que l'on qualifie cette compétence spéciale de « principe du siège » ou de « principe de la nationalité » ne fait pas de différence.

b) Le principe du siège de la succursale

1046 Nous avons plus haut que, conceptuellement parlant, le principe de la nationalité active ne permettait pas de poursuivre l'établissement principal au siège de la succursale¹²⁷¹.

1047 La question est maintenant de savoir si, lorsque l'infraction est perpétrée à l'étranger, dans l'exercice des activités commerciales de la succursale, une compétence spéciale permettant de poursuivre l'établissement principal au siège de la succursale peut se justifier. On notera que le for de la succursale est largement reconnu en droit privé¹²⁷². Le législateur autrichien s'est d'ailleurs visiblement doté d'une telle compétence¹²⁷³.

1048 Une telle base de compétence ne nous apparaît pas exorbitante. Il nous semble en effet que l'Etat de la succursale dispose d'un intérêt légitime à poursuivre l'entité qui peut être rendue responsable des infractions commises dans le cadre des activités commerciales des succursales qui sont installées sur son territoire. Cela vaut d'autant plus si le défaut d'organisation de l'entreprise se matérialise dans la transgression de prescriptions organisationnelles en vigueur dans l'Etat de la succursale.

1049 Nous rappelons par ailleurs que, s'agissant d'une infraction relevant de l'art. 102 al. 2 CP, et si des lacunes organisationnelles propres peuvent être reprochées à la succursale, le critère du siège se recoupera avec celui du défaut d'organisation.

1050 Cela étant, pour éviter les conflits de compétences, le principe du siège de la succursale devrait en principe être aménagé de manière subsidiaire à celui de l'établissement principal. Nous réservons le cas dans lequel la compétence du

¹²⁷¹ Voir N 1027 *supra*.

¹²⁷² Voir par exemple l'art. 5 ch. 5 CL ou l'art. 129 LDIP.

¹²⁷³ Voir N 803 ss *supra*.

juge découle également d'un défaut d'organisation localisable au sein de la succursale, auquel cas l'Etat du siège de la succursale peut apparaître tout autant légitimé que celui du siège de l'établissement principal à poursuivre l'entreprise responsable d'une infraction qui a eu lieu dans l'exercice d'une activité conduite sur son territoire. Dans ces constellations, une concertation entre les Etats, en vue de déterminer, au regard des circonstances du cas d'espèce, lequel apparaît le plus concerné par l'affaire et apte à une poursuite pénale efficiente, sera nécessaire.

§ 4. Les autres principes de compétence extraterritoriaux

Si les principes de compétence extraterritoriaux autres que celui de la nationalité active ne sont théoriquement pas exclus dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives, les exigences du droit suisse en matière de compétence extraterritoriale et la construction de l'art. 102 al. 1 CP rendent leur importance pratique marginale. Nous n'y consacrerons dès lors que de brèves observations.

1051

a) Le principe de protection

Aucune raison dogmatique ne militant pour exclure l'exercice du principe de protection à l'égard d'une entité collective, celui-ci s'applique à l'entreprise, comme à tout autre sujet que l'ordre juridique suisse soumet au droit pénal.

1052

L'article 4 CP n'exige pas la présence de l'auteur sur le territoire, de sorte qu'il est applicable tant à l'entreprise suisse qu'étrangère, au sein de laquelle un crime ou un délit au sens des art. 265 à 278 CP a été perpétré à l'extérieur des frontières étatiques. La double incrimination n'étant pas requise, le comportement de l'agent de l'entreprise s'appréciera au seul regard du droit suisse.

1053

b) Le principe d'universalité

Sur le principe, rien ne s'oppose à l'exercice de la compétence universelle à l'égard d'une entreprise. Il n'y a pas de raison que le champ d'application spatial du code pénal suisse diffère entre la responsabilité des individus et celle des entités collectives, celles-ci pouvant être tenues pour responsables de tous les crimes et délits consacrés en droit suisse.

1054

- 1055 On rappellera d'ailleurs que la responsabilité des entités collectives avait été envisagée dans le cadre de l'élaboration du Statut de Rome¹²⁷⁴.
- 1056 Nous rappelons que le principe de l'universalité est consacré aux art. 5, 6, 7 al. 2 let. b¹²⁷⁵ et 264^m CP. Il est également ponctuellement prévu dans quelques dispositions spéciales, sur lesquelles nous ne nous attardons pas.
- 1057 Les infractions de l'art. 5 CP relèvent de l'art. 102 al. 1 CP et se conçoivent difficilement dans l'exercice d'activités commerciales licites, à l'exception de la traite d'êtres humains, ici surtout en lien avec l'exploitation du travail. Une entreprise suisse¹²⁷⁶ – et donc présente en Suisse – peut être poursuivie sur la base de l'art. 5 CP. Il en va de même d'une entreprise étrangère si elle peut être considérée comme ayant son siège réel en Suisse. La double incrimination ayant été, de manière douteuse à notre sens¹²⁷⁷, abandonnée dans le cadre de l'art. 5 CP, le caractère licite du comportement de l'agent dans l'Etat territorial ne fait obstacle ni à la punissabilité de l'auteur physique ni, par conséquent, à celle de l'entreprise. Dans les mêmes termes, une entité pourra être poursuivie par le juge suisse sur la base de l'art. 264^m CP.
- 1058 Les art. 6 et 7 al. 2 let. b CP requièrent la double incrimination. Si, dans le cadre du principe de l'universalité, le juge fait valoir une compétence originaire, l'application de la loi pénale de l'Etat qui se fonde sur un tel chef de compétence pose un problème sous l'angle du principe de prévisibilité. Cela vaut d'autant plus que l'art. 6 CP ne vise pas que ces infractions particulièrement graves que l'on qualifie de « *core crimes* ». Dès lors, la double incrimination apparaît non seulement nécessaire pour atténuer la portée extraterritoriale de la loi pénale, mais également au regard des exigences de l'art. 7 CEDH. Or, nous avons vu qu'à l'égard de l'entité collective, lorsque la double incrimination s'impose pour des motifs garantistes, l'examen ne s'arrête pas au caractère illicite de l'infraction de base, mais inclut la reconnaissance, par la *lex loci delicti commissi*, de la responsabilité pénale de l'entité collective poursuivie, ainsi que celle de l'aptitude de l'auteur physique d'engager cette responsabilité¹²⁷⁸.
- 1059 Cela étant, dans la mesure où les art. 6 et 7 CP exigent la présence de l'auteur sur le territoire, cela signifie que la compétence du juge se limite aux entreprises

¹²⁷⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, RS 0.312.1 ; voir MEYER FRANK, p. 67 s.

¹²⁷⁵ Voir EICKER, Das Schweizerische Internationale Strafrecht, p. 309 ss.

¹²⁷⁶ On rappellera en effet que l'art. 5 CP prime l'art. 7 CP.

¹²⁷⁷ Dans le même sens, CASSANI/ROTH, p. 457 s.

¹²⁷⁸ Voir N 975 ss *supra*.

ayant leur siège – social, voire réel – sur le territoire suisse. Or, si l'entreprise a son siège social en Suisse, la compétence du juge helvétique découle également du principe de la nationalité active. Dans cette hypothèse, la prévisibilité de l'incrimination, exigée par l'art. 7 CEDH, est satisfaite à partir du moment où la double incrimination est donnée eu égard à l'infraction de base, même si le droit du lieu de commission ne considère pas l'auteur physique comme susceptible d'engager la responsabilité de l'entité collective. Dès lors, même si les art. 6 ou 7 al. 2 let. b CP devaient ne pas trouver application pour défaut de double incrimination en lien avec la reconnaissance, dans l'Etat du lieu de commission, de la responsabilité de l'entité collective pour les infractions perpétrées en son sein, la compétence du juge suisse pourrait alors se fonder sur l'art. 7 al. 1 CP.

On peut se demander s'il en va de même lorsque l'entreprise doit être considérée comme étrangère parce qu'elle a son siège à l'étranger, mais qu'en réalité son siège réel se situe en Suisse. Dans ce cas, elle pourrait être considérée comme présente en Suisse mais elle ne sera pas considérée comme une entreprise suisse, de sorte que le juge ne pourra pas fonder sa compétence sur le principe de la nationalité active. La notion de siège réel n'est pas toujours aisée à déterminer, en particulier s'agissant du degré « d'intégration » de l'entreprise en Suisse. La prévisibilité de l'application du droit suisse nous paraît donc plus aléatoire et il nous semble raisonnable que l'analyse de la double incrimination s'étende aux conditions de la norme consacrant la responsabilité des entités collectives.

1060

Par ailleurs, en ce qui concerne la condition du défaut d'extradition, le juge devrait éviter d'exercer sa compétence si une poursuite pénale a déjà été introduite dans l'Etat territorial, voire dans l'Etat national, si seul le siège réel de l'entreprise se trouve en Suisse.

1061

Notons enfin que, dans le cadre de l'art. 6 CP, si la compétence dérive d'une convention relative à l'une des infractions prévues à l'art. 102 al. 2 CP, le rattachement par le défaut d'organisation restreint drastiquement le champ d'application de cette disposition. Tout au plus pourrait-on imaginer le cas d'une entreprise suisse qui a une succursale à l'étranger et d'une infraction commise dans le cadre des activités de cette succursale, avec un défaut d'organisation qui doit se localiser uniquement dans le chef de cette dernière. Mais dans ce cas, et même si, formellement, l'art. 6 CP prime l'art. 7 CP, la compétence du juge découlera également du principe de la nationalité active.

1062

c) Le principe de personnalité passive

1063 En vertu du principe de personnalité passive, la Suisse peut poursuivre une entreprise pour un crime ou un délit commis à l'étranger contre l'un de ses ressortissants.

1064 A cet égard, les considérations effectuées sous b) *supra* dans le cadre du principe de l'universalité valent *mutatis mutandis*, en particulier celles relative à la double incrimination.

1065 Le sujet de cette étude est l'entreprise auteur de l'infraction et non victime de celle-ci. Nous profitons toutefois pour préciser que l'application du principe de la personnalité passive aux entités collectives a été admise par le Tribunal fédéral, à tout le moins s'agissant d'une personne morale¹²⁷⁹.

d) Les principes de substitution et de représentation

1066 Les principes de substitution et de représentation sont des titres de compétence dérivés, de sorte que la double incrimination s'examine dans sa dimension la plus concrète. Le juge doit donc s'assurer, à la lueur de toutes les circonstances du cas d'espèce, que l'entreprise est punissable au lieu de commission de l'infraction de base. En d'autres termes, il doit vérifier que, dans le cas où les soupçons à la base de la poursuite pénale à l'encontre de l'entreprise s'avèraient fondés, l'entreprise serait effectivement condamnée dans l'Etat territorial.

1067 Concrètement, les seuls cas dans lesquels les principes de substitution et de représentation pourraient être amenés à jouer un rôle en matière de responsabilité pénale des entités collectives seraient ceux dans lesquels, en lien avec les infractions de l'art. 102 al. 1 CP, une entreprise avec siège social à l'étranger peut être considérée comme ayant son siège réel en Suisse. Dans le cadre des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, il devrait découler du siège réel en Suisse un défaut d'organisation localisable sur le territoire, de sorte que c'est sur la base de ce dernier critère de rattachement que la compétence du juge suisse se fondera.

1068 A notre sens, au vu de son esprit, l'art. 7 al. 2 let. a CP, qui consacre le principe de substitution, n'apparaît que difficilement applicable aux entités collectives. En effet, cette disposition repose sur le refus d'extradition de la Suisse – et la nécessité subséquente qu'un tel refus ne soit pas synonyme d'impunité pour l'auteur – mesure inenvisageable s'agissant d'une entité collective. Les autorités

¹²⁷⁹ Voir ATF 121 IV 145.

ouvriront donc une procédure pénale à l'égard de l'entreprise étrangère et mèneront leur enquête (éventuellement avec la coopération de l'Etat du siège). Elles tiendront ensuite des débats dans le cadre desquels l'entité collective pourra comparaître par le biais d'un représentant¹²⁸⁰, et c'est au moment de l'exécution de la sanction que l'Etat qui a jugé l'entreprise étrangère aura (cas échéant à nouveau) besoin de la collaboration de l'Etat du siège, soit de l'endroit où l'entreprise est considérée comme présente.

Quant à l'application de l'art. 85 EIMP à l'égard des entreprises, elle fera l'objet d'un bref *excursus* à la fin de cette étude¹²⁸¹. En effet, le mécanisme de la délégation de compétence, sur le principe, est un instrument adéquat pour résoudre les conflits de compétences qui se multiplient à mesure que le cercle des potentiels participants à une infraction s'élargit, comme c'est le cas, nous allons le voir à présent, lorsqu'une infraction est perpétrée au sein d'une/de société(s) faisant partie d'un groupe.

1069

¹²⁸⁰ Les problématiques liées à la présence du représentant physique de l'entreprise ne sont pas à négliger mais il s'agit- là d'une autre question.

¹²⁸¹ Voir N 1335 ss *infra*.

3^{ÈME} PARTIE : LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

I. Remarques introductives

1070 Nous l'avons vu en introduction, les motifs généralement avancés pour justifier la responsabilité pénale des entités collectives s'articulent autour de la structure d'une entreprise, en particulier des risques criminogènes qui découlent de sa complexité voire de son opacité¹²⁸². La répartition diffuse des compétences, la division du travail et la mauvaise transmission des informations « peuvent déboucher sur un effacement de la conscience individuelle de responsabilité et sur le sentiment commode que quelqu'un d'autre va se charger des éclaircissements et des contrôles indispensables, et que de toute manière, les organes supérieurs savent parfaitement ce qu'ils ont à faire »¹²⁸³. L'impression d'une approbation tacite, par la hiérarchie, d'une culture d'entreprise défaillante abaissera encore le seuil d'inhibition¹²⁸⁴. Une fois les malversations accomplies, la fragmentation des tâches et la complexité des relations organiques et fonctionnelles dans l'entreprise font obstacle à l'établissement des responsabilités individuelles¹²⁸⁵. *Ex ante*, cette perspective d'impunité est susceptible d'encourager encore davantage la volonté criminelle.

1071 Les risques précités apparaissent donc proportionnels à la complexité de la structure entrepreneuriale, soit, bien souvent, à la taille de l'entreprise¹²⁸⁶. Or, la forme de structure par excellence qui présente un haut degré de complexité et qui est utilisée pour des activités commerciales d'une ampleur importante est le groupe de sociétés, soit la réunion de plusieurs sociétés, dirigées par l'une d'elles, pour la poursuite d'un objectif commercial commun. Le phénomène est aujourd'hui largement répandu, la plupart des entreprises d'une certaine taille adoptant ce schéma. C'est en particulier le cas lorsque l'entreprise exerce ses activités transfrontières, ce qui nécessite souvent une présence commerciale dans plusieurs Etats.

1072 Des infractions de corruption sont par exemple commises lors de l'attribution de marchés d'importance dans des Etats à risque. Or, les entreprises qui concourent pour l'octroi de ces marchés font généralement partie d'un groupe.

¹²⁸² Voir notamment DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 54.

¹²⁸³ DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 55.

¹²⁸⁴ DFJP, Rapport explicatif 1991, p. 54.

¹²⁸⁵ ROTH, Modèles de réflexion, p. 350 ; voir aussi Comité des ministres, Recommandation N° R (88) 18, § 4 du préambule.

¹²⁸⁶ Voir notamment la récente étude de l'OCDE qui tend à démontrer qu'en matière de corruption, les grandes entreprises sont largement plus criminogènes que les PME (OCDE, Rapport Corruption transnationale, p. 22).

Pour ne donner que trois exemples, nous mentionnerons les cas Siemens, Alstom et Odebrecht. Le blanchiment d'argent est avant tout réalisé au sein d'établissements bancaires. Toute banque d'une certaine ampleur dirige en principe d'autres sociétés.

En bref, c'est ne considérer que la pointe de l'iceberg que d'ignorer le phénomène « groupe de sociétés » lorsque l'on parle de criminalité entrepreneuriale, *a fortiori* s'agissant d'infractions souvent commises dans un contexte transnational. Et ce serait passer à côté de la réalité que de considérer chaque société individuellement et de faire complète abstraction de son appartenance à un groupe et de sa soumission à une autre société. Cela fait d'ailleurs bien longtemps que cette réalité est prise en considération s'agissant de l'attribution des responsabilités contractuelle et aquilienne au sein d'un groupe de sociétés.

1073

Cette troisième partie est donc consacrée à l'appréhension, sous l'angle pénal, de ce concept particulier que constitue le groupe de sociétés et de sa répercussion sur le plan de la compétence du juge suisse. Elle n'a en revanche pas pour vocation une étude générale du groupe de sociétés, et nous nous limiterons donc aux explications nécessaires à l'aménagement des responsabilités criminelles au sein du groupe.

1074

II. Aperçu de quelques notions

A. La notion de groupe

1075 A l'instar de la plupart des Etats¹²⁸⁷, le droit suisse ne connaît pas de droit des groupes de sociétés (« *Konzernrecht* »). Notre ordre juridique n'a en effet pas codifié ce que la doctrine germanophone qualifie traditionnellement de « *wirtschaftliches Phänomen* »¹²⁸⁸. La législation helvétique ne donne ainsi pas de définition générale du groupe de sociétés. La notion y apparaît çà et là¹²⁸⁹ et est donc essentiellement fonctionnelle¹²⁹⁰. En réalité, dans la mesure où le groupe se caractérise en fonction des relations entre les différentes sociétés qui le composent, il y a autant de définitions qu'il y a de groupes.

1076 Classiquement, pour déterminer les éléments de base communs à tout groupe de sociétés, la doctrine se référait à l'ancien art. 663e CO qui concernait l'obligation d'effectuer des comptes de groupe. La disposition précitée imposait l'établissement de comptes consolidés aux sociétés qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunissent avec elles, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés. Suivant cette définition, les dénominateurs communs à tout groupe sont : 1) une pluralité d'entités juridiquement indépendantes ; 2) réunies sous une direction unique effective¹²⁹¹. Ces sociétés forment ainsi une unité sur le plan économique¹²⁹². A noter que le droit allemand, qui est l'un des rares à connaître un véritable droit des groupes, définit également, au § 18 de l'*Aktiengesetz*, le groupe de sociétés (« *Konzern* ») par les deux éléments précités. Par ailleurs, si la forme juridique

¹²⁸⁷ A l'exception notable de l'Allemagne (BLANC, p. 13).

¹²⁸⁸ Notamment KUNZ, *Konzernhaftungen*, p. 50 ; voir aussi VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 1 s. Le défaut de réglementation en matière de groupes est critiqué en doctrine (KUNZ, *Konzernhaftungen*, p. 50 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 39 ; DRUEY, p. 30 ; *contra* VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 2 ; voir aussi BLANC, p. 20).

¹²⁸⁹ Pour un panorama des bases légales traitant des groupes, voir VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 5 ss.

¹²⁹⁰ Voir aussi BLANC, qui souligne qu'au vu de la diversité des formes que peuvent prendre les groupes de sociétés, une définition générale ne pourrait être que grossière, raison pour laquelle cet auteur préconise de définir le groupe en fonction du but recherché et du domaine visé (p. 22) ; dans le même sens, PETER, *L'action révocatoire*, p. 37.

¹²⁹¹ KUNZ, *Konzernhaftungen*, p. 51 ; VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 16 ; PETER, *L'action révocatoire*, p. 38 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 36 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 666 ; SAUERWEIN, p. 9 ; voir aussi DRUEY, p. 3. Sur les différentes catégories de groupes, voir VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 28 ss.

¹²⁹² BÖCKLI, § 11 N 3.

des entités qui composent un groupe n'est pas déterminante, celui-ci est, dans une large majorité des cas, constitué de sociétés anonymes¹²⁹³.

Le critère de la direction unique est également évoqué à l'art. 728 al. 6 CO relatif à l'indépendance des réviseurs, à l'art. 963 al. 4 CO, qui traite de la délégation de l'obligation d'effectuer des comptes consolidés, à l'art. 11 al. 1 let. a de la loi sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR)¹²⁹⁴, relatif à l'indépendance des réviseurs, ainsi qu'à l'art. 13 de la loi sur la TVA¹²⁹⁵, qui concerne l'imposition de groupe. A noter toutefois que, selon l'art. 15 de l'ordonnance sur la TVA¹²⁹⁶, l'exigence de la direction unique est déjà réputée satisfaite lorsque le comportement d'un sujet de droit est contrôlé par la détention de la majorité des voix, par contrat ou de toute autre manière, condition qui ne semble pas requérir un exercice effectif de la direction unique. En d'autres termes, malgré l'emploi peu opportun de l'expression « direction unique », l'ordonnance précitée fait référence au principe du contrôle, dont il est question au paragraphe suivant.

Depuis 2013, l'art. 663e CO a été remplacé par l'art. 963 CO qui impose l'établissement de comptes consolidés en cas de contrôle d'une entreprise par une autre personne morale. Selon la loi, il y a contrôle lorsque la personne morale, alternativement : 1) dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême (soit de l'assemblée générale s'agissant d'une société anonyme) ; 2) dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou révoquer la majorité des membres qui composent la direction ou le conseil d'administration ; 3) peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues (art. 963 al. 2 ch. 1, 2 et 3 CO)¹²⁹⁷. Ce principe dit du contrôle est également utilisé à l'art. 659b CO (acquisition par la filiale des actions de la société mère), à l'art. 4 al. 3 let. b de la loi sur les cartels¹²⁹⁸ (notion de concentration d'entreprises), ainsi qu'à l'art. 21 al. 1 OB, en lien avec l'art. 3c al. 1 LB, qui définit la notion de groupe financier.

La différence entre le critère de la direction unique et celui du contrôle réside dans le fait que le premier exige l'exercice effectif, sur les sociétés filles, du

¹²⁹³ PETER, L'action révocatoire, p. 38 ; BLANC, p. 34.

¹²⁹⁴ RS 221.302.

¹²⁹⁵ Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA), RS 641.20.

¹²⁹⁶ Ordonnance du Conseil fédéral du 27 novembre 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA), RS 641.201.

¹²⁹⁷ Le principe du contrôle est celui retenu en matière de comptes consolidés en droit européen (voir art. 1 de la septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés).

¹²⁹⁸ RS 251.

pouvoir de domination, alors que le second se contente de la simple détention d'un tel pouvoir¹²⁹⁹. L'abandon du principe de la direction unique au profit de celui du contrôle a été justifié, pour l'essentiel, par des motifs tendant à l'allègement de la preuve, celle d'une influence effective ayant été estimée trop difficile à apporter¹³⁰⁰. Malgré le fait que la modification de l'un des éléments « clé » du groupe ne concerne que le droit comptable, certains auteurs y voient, de manière plus générale, un changement de paradigme dans la notion de groupe¹³⁰¹.

1080 L'opinion n'est pas partagée par tous, et il a notamment été relevé que le principe du contrôle ne peut de manière générale être retenu s'agissant des questions relatives à la responsabilité du groupe pris dans son ensemble (« *Konzernhaftung* »)¹³⁰². En d'autres termes, à défaut de base légale expresse, et nous pensons notamment au devoir de prêter assistance pour les groupes bancaires (art. 21 et 22 OB), la responsabilité d'une société pour le fait d'autres sociétés ne peut être envisagée en l'absence d'une direction unique effective de la première sur les deuxièmes. Il doit en aller de même, *a fortiori*, s'agissant d'une responsabilité pénale¹³⁰³. Un recours à l'argument de l'allègement du fardeau de la preuve ne résisterait d'ailleurs pas en matière pénale.

1081 Ainsi, sans nous prononcer sur la question de savoir si, de manière générale, le critère de la direction unique doit continuer à être employé comme élément constitutif d'un groupe de sociétés, la réponse est en tout cas affirmative lorsqu'il s'agit de considérer l'imputation de responsabilités, sur le plan pénal, au sein du groupe. Dès lors, dans la suite de cette étude, nous utilisons la notion de groupe comme la réunion, sous une direction unique, de sociétés anonymes juridiquement indépendantes. Le concept est forcément schématique¹³⁰⁴ mais une définition globale du groupe tel que nous le comprenons dans ce travail est un outil nécessaire pour la suite de l'analyse.

1082 Pour que le critère de la direction unique soit rempli, il faut un certain degré de centralisation des pouvoirs de direction en mains de la société qui détient le

¹²⁹⁹ KUNZ, *Konzernhaftungen*, p. 51 s. ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 36 s. ; BLANC souligne qu'une direction unique effective est nécessaire pour que l'on puisse parler d'unité économique entre les sociétés (p. 37).

¹³⁰⁰ Message concernant la révision du CO, p. 1543.

¹³⁰¹ Voir MONSCH/VON DER CRONE, p. 453 ; dans le même sens, KUNZ, *Konzernhaftungen*, p. 52.

¹³⁰² Voir NICOLUSI/ZWIRCHMAYR, p. 86.

¹³⁰³ En lien avec la responsabilité de l'entreprise en droit international pénal, STOITCHKOVA, p. 154.

¹³⁰⁴ Voir PETER, *L'action révocatoire*, p. 45.

groupe¹³⁰⁵. Cette concentration des pouvoirs de direction se combine avec le caractère décentralisé de l'organisation du groupe¹³⁰⁶.

Par ailleurs, la société qui exerce la direction unique peut détenir « ses » sociétés à (quasi) 100% ou celles-ci peuvent comprendre un actionnariat minoritaire. Dans une majorité des cas, c'est la première option qui est préférée, la direction unique étant plus difficile à exercer en présence d'actionnaires indépendants. Cela étant, la distinction n'est pas pertinente sur le plan pénal. Il n'y a en effet pas de raison que l'existence d'actionnaires minoritaires soit un critère d'appréciation de l'attribution de la responsabilité pénale au sein du groupe.

1083

B. La terminologie employée

Plusieurs qualificatifs sont utilisés pour désigner les sociétés qui composent un groupe. La société qui exerce la direction unique et qui donc, pour dire les choses de manière imagée, « se trouve au sommet de la pyramide », est qualifiée de « société mère », « société de contrôle », ou encore « maison mère ». Le terme « filiale » est généralement employé pour désigner les sociétés sur lesquelles la direction unique est exercée, celles-ci étant parfois également dénommées « sociétés filles ». Entre ces dernières sociétés, l'on parle de « sociétés sœurs » et, suivant la complexité du groupe, l'on peut encore envisager des « relations familiales » plus larges, du type « tante/niece/cousine »¹³⁰⁷.

1084

Dans cette étude, nous utilisons indistinctement les termes « société mère » ou « maison mère » pour désigner l'entité qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, exerce la direction unique sur le groupe. Nous éviterons en revanche l'expression « société de contrôle » pour ne pas faire de confusion avec le critère du contrôle. A noter que, dans les grands groupes, une société de management est souvent créée pour exercer les tâches de direction¹³⁰⁸ ; se pose alors la question de l'étendue des compétences qui peuvent lui être transférées¹³⁰⁹. Certains auteurs admettent que la société de management est réputée exercer la direction unique sur le groupe, alors que d'autres, s'appuyant sur l'art. 716a CO relatif aux attributions inaliénables du

1085

¹³⁰⁵ VON BÜREN, Der Konzern, p. 31.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 35.

¹³⁰⁷ Pour la terminologie germanophone largement plus abondante, ainsi que sur l'opportunité des notions utilisées, voir VON BÜREN, Der Konzern, p. 12 ss.

¹³⁰⁸ VON BÜREN, Der Konzern, p. 50 s. ; BLANC, p. 33.

¹³⁰⁹ Voir sur cette répartition des compétences, la thèse de RUEPP, consacrée précisément à la question, en particulier p. 71 ss et, pour un résumé, p. 151 ss.

conseil d'administration, limitent les fonctions qui peuvent lui être transmises¹³¹⁰. Nous tendons à souscrire à la deuxième opinion. Cela étant, même à imaginer que la direction, dans son entier, du groupe soit transférée à la société de management, qui serait alors réputée exercer la direction unique sur le groupe, sur mandat de la société qui la contrôle à 100%, la société de management ne saurait être qualifiée de maison mère au sens où nous l'entendons dans ce travail. En effet, elle reste dépendante de la société qui la détient et son pouvoir de gouverner le groupe peut lui être retiré par celle qui le lui a octroyé¹³¹¹. Dans la suite de notre analyse, nous nous référerons donc à la direction unique exercée par la société mère.

1086 Le terme « holding » sera réservé à la société qui détient les participations dans les filiales, mais sans user effectivement des pouvoirs qui en découlent. En d'autres termes, la « holding » au sens où nous l'entendons ici n'exerce pas la direction unique sur les sociétés qui lui sont affiliées. Ces dernières seront indifféremment appelées filiales ou sociétés filles. Enfin, nous ne traiterons pas spécifiquement de ces rapports plus larges qui font d'une société d'un groupe, la tante, la nièce ou encore la cousine d'une autre. Cela étant, les réflexions que nous développerons dans les lignes qui suivent, relatives à la domination effective, à l'immixtion, ou encore à la délégation, peuvent également être appliquées à ces « autres relations ».

1087 Dans un contexte international, les groupes répondent au qualificatif de société – ou entreprise – transnationale ou multinationale. Ces termes ont été définis par le Conseil économique et social de l'ONU, dans le domaine de la responsabilité des entités collectives en matière de droits humains, comme désignant toute « entité économique opérant dans plus d'un pays ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays, quelle que soit leur forme juridique, que ce soit dans le pays du siège ou le pays d'activité et que les entités en question soient considérées individuellement ou collectivement »¹³¹².

1088 Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales comprennent ces dernières comme des « entreprises ou (...) autres entités

¹³¹⁰ Pour : VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 50 s. ; SAUERWEIN, p. 8 ; *contra* BÖCKLI, selon lequel ne peuvent être transférées à la société de management que les tâches déléguables du Conseil d'administration mais non celles de l'art. 716a al. 1 CO (§ 11 N 254 s.) ; sur la délégation de la gestion, au sens de l'art. 716b CO, au sein d'un groupe de sociétés, voir ATF 137 III 503, consid. 3.

¹³¹¹ Dans le même sens, PETER, qui relève que, bien que la direction unique soit exercée de manière décentralisée, elle reste dépendante de la maison mère (*La responsabilité*, p. 36 s.).

¹³¹² Conseil économique et social, *Normes sur la responsabilité*, § 20.

établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières »¹³¹³. L'entreprise multinationale est ici entendue de manière large et inclut, outre les groupes, la société qui déploie ses activités au travers de succursales uniquement, voire également des sociétés liées entre elles par un contrat du type « joint venture ». Les groupes transnationaux restent, cela étant, l'exemple par excellence de l'entreprise multinationale. Une définition plus restreinte de la société transnationale se focalise d'ailleurs sur le phénomène du groupe de sociétés : « [o]n appelle entreprise multinationale (EMN) ou société transnationale (...), un groupe multinational de sociétés, c'est-à-dire un ensemble de sociétés réparties dans des Etats différents et obéissant à une stratégie commune définie par une ou plusieurs sociétés mères »¹³¹⁴.

C. La direction unique

PETER définit la direction unique de la manière suivante : « un individu ou un groupe d'individus qui exercent le pouvoir dont ils disposent de déterminer l'orientation économique de plusieurs entités juridiquement indépendantes, en fonction d'objectifs généraux établis par eux »¹³¹⁵. Le pouvoir dont il est question dans la définition précitée est qualifié de pouvoir de contrôle¹³¹⁶. Eu égard à cette dernière notion, PETER explique que « '[c]ontrôler' une société, c'est détenir le contrôle de ses biens sociaux (droit d'en disposer comme un propriétaire) de telle sorte que l'on soit maître de l'activité économique de l'entreprise sociale »¹³¹⁷.

1089

Le contenu, en particulier l'intensité, de la direction unique, diffère dans chaque groupe, en fonction de sa taille, de ses domaines d'activités, de la localisation des filiales, de leur marge de manœuvre, etc.¹³¹⁸. Dans certains groupes, la société mère interfère dans les affaires de ses filiales de manière très incisive et à tous les échelons de la vie entrepreneuriale ; à l'autre bout de l'échiquier, elle se contente de directives générales à ses filiales, et leur laisse pour le surplus les

1090

¹³¹³ OCDE, Principes directeurs, p. 19.

¹³¹⁴ LEBEN, p. 777.

¹³¹⁵ PETER, L'action révocatoire, p. 39.

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ *Ibid.* p. 39 note 42.

¹³¹⁸ BLANC, p. 38.

coudées franches, leur conférant ainsi une large indépendance¹³¹⁹. Bien entendu, plus le degré de décentralisation est élevé, plus l'intensité de la direction unique sera faible et plus les tâches de direction des filiales seront importantes¹³²⁰. A noter toutefois que si la direction apparaît trop décentralisée, elle ne pourra plus être qualifiée d'unique, et il n'y aura donc plus groupe au sens où nous l'entendons dans cette étude¹³²¹.

1091 De manière schématique, pour déterminer les fonctions minimales généralement assurées par la société mère, BLANC fait la distinction, parmi les diverses étapes de la vie entrepreneuriale, entre les tâches de direction – planification, contrôle – et les tâches d'exécution, qui visent à mettre en œuvre les décisions prises¹³²². La planification et le contrôle restent dans le chef de la direction unique, alors que l'exécution ressortira des différentes entités composant le groupe, étant précisé qu'en fonction du degré de centralisation du groupe, certaines tâches d'exécution seront également assumées par la maison mère¹³²³. « [D]ans un premier temps, il s'agira [donc] pour la direction unique de fixer une orientation générale pour les activités – le but du groupe étant de coordonner les activités de la filiale –, puis, dans un deuxième temps, d'être capable de vérifier si ces choix sont bien compris et correctement appliqués »¹³²⁴. En particulier, dès lors qu'un groupe de sociétés se caractérise par son unité économique, c'est la société mère qui décide des ressources qui doivent être mises à disposition des filiales pour mener à bien leur activité¹³²⁵.

1092 Plus concrètement, la doctrine estime, de façon générale, que les composantes de la direction unique correspondent aux tâches intransmissibles du conseil d'administration au sens de l'art. 716a CO¹³²⁶. Ainsi, la direction unique comprend au moins les attributions suivantes : détermination des objectifs stratégiques ; décisions sur les structures de direction et la structure juridique du groupe ; désignation des membres du conseil d'administration des filiales (et

¹³¹⁹ BLANC, p. 38 ; SAUERWEIN, p. 9 ; PETER, L'action révocatoire, p. 46 s.

¹³²⁰ BLANC, pp. 38 et 368.

¹³²¹ BLANC, p. 39 ; VON BÜREN, Der Konzern, p. 31 ; voir aussi PETER, L'action révocatoire, p. 46 s.

¹³²² BLANC, p. 39.

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ *Ibid.*, p. 40.

¹³²⁵ Voir VON BÜREN, Der Konzern, p. 55.

¹³²⁶ BLANC, p. 297 ; VON BÜREN, Der Konzern, p. 57 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 716a CO N 47 ; BÖCKLI, § 11 N 243 ; SAUERWEIN, p. 10 ; HANDSCHIN, p. 45 s. ; PETER, De quelques conséquences, p. 178 ; voir aussi l'art. 9 CSBP qui dispose que « [l]e Conseil d'administration, nommé par les actionnaires, exerce la haute direction et la haute surveillance de la société ou du groupe ».

ainsi indirectement de la direction) ; organisation du système financier et de la comptabilité ; surveillance des filiales¹³²⁷.

Dans le cadre de l'exercice de la haute direction au sens de l'art. 716a al. 1 CO, le conseil d'administration de la société mère sera appelé à décider des domaines d'activités du groupe et des services et/ou produits proposés, ainsi qu'à fixer les objectifs commerciaux et financiers du groupe¹³²⁸. La mise en œuvre de la stratégie générale établie par le conseil d'administration sera du ressort de la direction générale de la maison mère, conjointement avec les organes de la filiale¹³²⁹.

Des devoirs de *compliance* à l'échelle du groupe incombent en outre à la société mère¹³³⁰. La doctrine déduit cette obligation en premier lieu de l'art. 717 al. 1 CO relatif aux devoirs de diligence et de fidélité du conseil d'administration¹³³¹. Il nous semble en effet guère contestable que le respect, par les filiales, des normes en vigueur est réputé servir les intérêts de la société mère au sens de la disposition précitée. Dans l'exercice de la haute surveillance sur le groupe conformément à l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO, il appartient à la maison mère de surveiller les aspects principaux des activités de ceux à qui la gestion a été déléguée, mais non le détail de celles-ci¹³³². Pour ce faire, il incombe au conseil d'administration d'établir un « système lui permettant d'être informé sur toutes les activités majeures et les éventuels problèmes du groupe ainsi que, en cas de besoin, d'intervenir rapidement »¹³³³.

D. Les compétences inaliénables de la filiale

Une question qui fait débat en droit commercial est celle de savoir si l'art. 716a CO, relatif aux attributions inaliénables du conseil d'administration de la filiale,

¹³²⁷ VON BÜREN, Die einheitliche Leitung, p. 431.

¹³²⁸ BLANC, p. 298.

¹³²⁹ BLANC, p. 299.

¹³³⁰ KUNZ, Grundlagen, N 355.

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² Voir CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 716a CO N 35. En pratique, l'établissement des mesures visant à s'assurer que les différentes sociétés du groupe respectent la réglementation en vigueur reviendra à la direction générale de la société mère (BLANC, p. 328) ; voir à cet égard l'art. 4.1.3 du Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK ; code allemand pour le gouvernement d'entreprise) : « [d]er Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance) ».

¹³³³ BLANC, p. 309 (mise en évidence omise) ; voir aussi, s'agissant de l'exigence d'un contrôle interne consolidé, p. 300.

qui, à teneur de texte, ne pourraient donc pas être du ressort de la maison mère, doit revêtir une portée différente dans le cadre d'un groupe de sociétés¹³³⁴.

1096 Une partie de la doctrine estime que l'application de l'art. 716a CO est en contradiction avec la notion même de direction unique, et donc de groupe, à tout le moins lorsque la filiale est contrôlée à 100% par la maison mère¹³³⁵. Certains vont jusqu'à estimer que l'art. 716a CO est inapplicable aux groupes, de sorte que le conseil d'administration de la filiale serait déchargé de sa responsabilité dans tous les domaines dans lesquels la société mère exerce la direction unique¹³³⁶.

1097 Un autre courant doctrinal considère que, malgré l'antagonisme entre la réalité du groupe et l'art. 716a CO, il eût appartenu au législateur de réduire la portée de cette disposition¹³³⁷. Pour résoudre au mieux la contradiction, BLANC propose, en présence d'un groupe de sociétés, de donner un sens purement formel à l'art. 716a CO¹³³⁸. Ainsi, si l'accord de principe du conseil d'administration de la filiale doit être donné, la société mère peut très bien être « le concepteur des décisions prises »¹³³⁹. Selon cet auteur, l'art. 716a CO conserve toutefois une importance matérielle, car le conseil d'administration de la filiale ne peut se contenter d'accepter aveuglément les décisions découlant de cette disposition et adoptées par la maison mère, en particulier si elles violent l'ordre juridique. Bien plus, une fonction de vérification lui est dévolue à ce stade¹³⁴⁰.

1098 VON BÜREN adopte une position un peu différente : les compétences de la société mère se limitent à celles indispensables au maintien de l'unité économique¹³⁴¹. Concrètement, les attributions minimales de la filiale sont les suivantes : transposition de la stratégie du groupe à l'échelle de la filiale (art. 716a al. 1 ch. 1 CO) ; fixation de l'organisation de manière détaillée, la société mère ne traçant que les grandes lignes du fonctionnement du groupe (art. 716a al. 1 ch. 2 CO) ; transposition des principes de comptabilité au niveau local (art. 716a al. 1 ch. 3 CO) ; nomination et révocation des gestionnaires et des représentants de la

¹³³⁴ BLANC, p. 349 s. ; voir aussi VON BÜREN, Der Konzern, p. 58 ss ; SAUERWEIN, p. 27 ss ; BÖCKLI, § 11 N 288 ss ; VOGEL, p. 618.

¹³³⁵ BLANC, p. 354 s. ; dans ce sens également, BÖCKLI, § 11 N 290. Pour cet auteur, l'art. 716a CO doit en revanche trouver pleine application lorsqu'il y a des actionnaires minoritaires (§ 11 N 353) ; SAUERWEIN, p. 29.

¹³³⁶ BERTSCHINGER, N 303.

¹³³⁷ BLANC, p. 356.

¹³³⁸ BLANC, p. 357 ; dans le même sens, DRUEY, p. 15.

¹³³⁹ BLANC, p. 358.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 366.

¹³⁴¹ VON BÜREN, Der Konzern, p. 62.

filiale (art. 716a al. 1 ch. 4 CO) ; devoir de surveillance sur les personnes chargées de la gestion (art. 716a al. 1 ch. 5 CO)¹³⁴² ; établissement du rapport de gestion, préparation de l'assemblée générale et exécution des décisions qui y ont été prises (art. 716a al. 1 ch. 6 CO) ; avis de surendettement (art. 716a al. 1 ch. 7 CO)¹³⁴³.

On peut toutefois s'interroger sur la question de savoir si, en pratique, les positions de ces deux auteurs divergent vraiment, vu que VON BÜREN semble admettre que cette répartition des compétences puisse n'être que théorique¹³⁴⁴. Ainsi, les décisions, formellement prises par le conseil d'administration de la filiale, sont au préalable approuvées par la société mère¹³⁴⁵.

BÖCKLI, qui défend l'opinion que l'art. 716a al. 1 CO ne peut être appliqué tel quel au groupe de sociétés, énumère les compétences résiduelles suivantes du conseil d'administration de la filiale : organisation et adoption d'un concept adéquat pour les activités, le fonctionnement et l'équilibre financier de la société (en lieu et place de la haute direction de l'art. 716a al. 1 ch. 1 CO) ; surveillance, au niveau de la filiale, de l'organisation telle que décidée par la société mère (voir art. 716a al. 1 ch. 2 CO) ; accompagnement et supervision du processus financier, de la solvabilité et d'une rentabilité minimale de la filiale (voir art. 716a al. 1 ch. 3 CO) ; accompagnement et supervision des dirigeants de la filiale mis en place par la maison mère (voir art. 716a al. 1 ch. 4 CO) ; vérification des capacités du conseil de direction et de ses résultats, de même que contrôle du respect des lois applicables à la filiale (voir art. 716a al. 1 ch. 5 CO) ; intervention lorsque la maison mère s'immisce dans les compétences minimales de sa société fille¹³⁴⁶. En tous les cas, conformément à l'art. 716b CO, la gestion de la filiale peut être déléguée à des membres de la société mère¹³⁴⁷.

¹³⁴² Pour BÖCKLI, cette tâche est en réalité assurée par la société mère, tout comme la révision et le système de contrôle interne (§ 11 N 323).

¹³⁴³ VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 63 ; voir aussi, MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 673 s.

¹³⁴⁴ VON BÜREN, *Der Konzern*, pp. 63 et 65.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹³⁴⁶ BÖCKLI, § 11 N 299 ss. Cet auteur souligne à cet égard que, si les compétences minimales qui reviennent à la filiale sont en réalité exercées par la société mère, c'est alors qu'il ne se justifie plus de considérer les deux entités comme distinctes (§ 11 N 305). Il revient par ailleurs quelques pages plus loin sur le devoir du conseil d'administration de la filiale de s'assurer du respect des lois (§ 11 N 325).

¹³⁴⁷ BLANC, p. 350 s., qui rappelle par ailleurs la position de la doctrine selon laquelle la gestion ne peut être déléguée qu'à une personne physique (p. 351) ; dans ce sens également BÖCKLI, § 11 N 244 ss. Selon DRUEY en revanche, le transfert des compétences au sein d'un groupe de sociétés n'est pas un cas de délégation au sens de l'art. 716b CO, car la validité d'un tel transfert n'est subordonnée à aucun ancrage statutaire ou réglementaire (p. 15).

1101

Reste en revanche de la compétence du conseil d'administration de la filiale la tâche de s'assurer que l'éventuel système de *cash pooling* ne met pas en péril sa solvabilité et, si tel est le cas, de refuser sa participation à un tel système¹³⁴⁸. Plus important encore pour le sujet qui nous occupe, le conseil d'administration de la filiale ne peut se décharger de sa responsabilité quant au respect de l'ordre juridique¹³⁴⁹. En particulier, il doit refuser les instructions de la société mère qui violeraient le droit impératif¹³⁵⁰. En d'autres termes, la filiale doit garder la fonction importante d'« instance de contrôle » des décisions que la société mère prend vis-à-vis d'elle¹³⁵¹.

¹³⁴⁸ BLANC, p. 362 s.

¹³⁴⁹ BLANC, p. 363 s. ; dans le même sens BÖCKLI, § 11 N 304 et 325 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 672 ; VOGEL, p. 618.

¹³⁵⁰ BLANC, p. 363.

¹³⁵¹ *Ibid.*, p. 381 (italiques omis).

III. Aperçu de la responsabilité civile de la société mère en lien avec les activités de ses filiales

La doctrine et la jurisprudence ont développé divers mécanismes pour attribuer à la société mère une responsabilité, en matière civile, pour des faits commis au sein de sa filiale. Le droit civil constitue donc potentiellement une source d'inspiration pour l'agencement des responsabilités pénales au sein d'un groupe, qui n'en est qu'à ses balbutiements. La cohérence de l'ordre juridique commande par ailleurs une certaine harmonisation, dans la mesure du possible, des critères principaux à prendre en considération pour l'imputation des responsabilités. Cela vaut d'autant plus lorsque la responsabilité civile résulte d'un acte illicite, qui se recoupe régulièrement avec une infraction pénale. Les diverses théories du droit civil utilisent d'ailleurs des termes, tels que le garant, l'usurpation des compétences, ou encore la responsabilité de l'employeur, qui sont également connus du droit pénal, soit qu'ils aient été empruntées par celui-ci à la matière civile, soit qu'ils ressortent davantage, originellement, du domaine pénal. Dans les lignes qui suivent, nous ne nous occuperons que des mécanismes qui peuvent être utiles pour la doctrine pénale relative aux groupes.

1102

Le point de départ reste le *Trennungsprinzip*, soit le respect de l'indépendance juridique entre les sociétés¹³⁵². Seule la société directement concernée répond des dommages qu'elle a causés à raison d'une violation contractuelle ou d'un acte illicite¹³⁵³. On rappellera en particulier qu'en principe, le seul devoir de la société mère réside dans la libération de ses actions, conformément à l'art. 680 al. 1 CO¹³⁵⁴.

1103

Suivant les circonstances, la société mère peut toutefois être amenée à répondre des agissements de ses filiales. Les théories fondant une telle responsabilité sont diverses, certaines s'appuient sur un comportement propre de la maison mère, d'autres imputent à celle-ci le fait des sociétés qu'elle détient. Les conditions d'application des théories permettant d'attribuer à la maison mère le

1104

¹³⁵² VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 177 ; KUNZ, *Konzernhaftungen*, p. 56. Le « Trennungsprinzip » ou « entity-law-theory » en droit anglo-saxon s'oppose à l'« enterprise-theory », qui tend à faire abstraction de l'indépendance juridique du groupe au profit de la réalité économique (voir VON BÜREN, pp. 174 s. et 583 s. ; PETER, *De quelques conséquences*, p. 177).

¹³⁵³ VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 177.

¹³⁵⁴ Notamment VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 179 ; voir aussi BÖCKLI, § 11 N 455.

comportement de ses filiales sont strictes et la responsabilité de la société mère qui en découle demeure l'exception¹³⁵⁵.

- 1105 La doctrine admet par ailleurs que la filiale ne peut s'exonérer envers les tiers de sa propre responsabilité contractuelle en invoquant son appartenance à un groupe de sociétés et, conséquemment, sa soumission « forcée » aux instructions de la maison mère¹³⁵⁶.

A. La théorie de l'organe double

- 1106 Il arrive régulièrement que la maison mère délègue du personnel dans le conseil d'administration de ses filiales, qui peut être soit une personne externe à la maison mère, par exemple un conseil juridique, soit l'un de ses propres collaborateurs¹³⁵⁷.

- 1107 Selon la théorie de l'organe double, les actes illicites commis par les dirigeants de la société mère en leur qualité d'organes des filiales sont attribués directement à la première par le biais de l'art. 722 CO ou de l'art. 55 al. 2 CC, ces dirigeants étant à la fois des organes de la filiale et de la société mère¹³⁵⁸. La notion d'organe au sens de l'art. 55 CC « recouvre toutes les personnes qui, de par la loi, les statuts ou l'organisation effective, participent à la formation de la volonté sociale et qui sont dotés d'une compétence décisionnelle correspondante de fait ou de droit »¹³⁵⁹. Cette compétence décisionnelle doit être durable¹³⁶⁰. Si le conseil juridique externe à la société mère ne répond, sauf circonstances particulières, pas au vocable, les collaborateurs de la maison mère qui occupent dans celle-ci une fonction dirigeante, de fait ou de droit, peuvent revêtir la qualité d'organe double.

- 1108 La responsabilité de la société mère sur la base de la théorie de l'organe double suppose que l'individu ait agi « simultanément » en qualité d'organe des deux sociétés, soit que son acte s'inscrive dans l'exercice de ses fonctions tant au sein

¹³⁵⁵ ABEGGLEN, p. 14.

¹³⁵⁶ BÖCKLI, § 11 N 443 ; HANDSCHIN, p. 269 s.

¹³⁵⁷ KUNZ, Grundlagen, N 800.

¹³⁵⁸ BLANC, p. 175 ; VON BÜREN, Der Konzern, p. 205 ; KUNZ, Grundlagen, N 799. Dans cette constellation, la responsabilité de l'administrateur selon l'art. 754 CO conduira à la responsabilité de la société mère puisque la réalisation des conditions de la disposition précitée sous-tend que l'administrateur a violé les devoirs que lui incombait l'art. 717 al. 1 CO, ce qui constitue un acte illicite au sens de l'art. 722 CO (VON BÜREN, Der Konzern, p. 206) ; dans le même sens, KUNZ, Konzernhaftungen, p. 75 ; BÖCKLI, § 11 N 470a ; sur la relation entre l'art. 55 II CC et 722 CO, voir SAUERWEIN, p. 64 ss.

¹³⁵⁹ CR CC I-XOUDIS, Art. 54/55 N 21.

¹³⁶⁰ *Ibid.* N 24.

de la filiale que de la société mère¹³⁶¹. En d'autres termes, « [l']acte litigieux – commis en qualité d'administrateur de la filiale – doit être lié d'un point de vue fonctionnel à l'activité de direction dans la société mère »¹³⁶². Il nous semble cela étant que cette double casquette peut être délicate à établir. En effet, si les intérêts de la filiale et de la société mère convergent, il est probablement difficile de prouver que l'organe a également agi en tant qu'organe de la société mère.

B. La responsabilité de la maison mère fondée sur la qualité d'organe de fait

La jurisprudence et une large partie de la doctrine admettent que, si conformément à l'art. 707 al. 3 CO, la maison mère ne peut être un organe *de jure* de sa filiale, il n'est pas exclu de pouvoir la considérer comme un organe *de facto* au sens de l'art. 754 CO¹³⁶³. Le Tribunal fédéral qualifie d'organes de fait les personnes « qui s'occupent de la gestion (...) de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante »¹³⁶⁴. En revanche, « la simple influence des organes d'une société mère sur ceux d'une société fille ne fonde généralement aucune responsabilité d'organe [de fait] »¹³⁶⁵.

Pour le sujet qui nous occupe, il est intéressant de relever que, pour fonder une position d'organe de fait d'une filiale, la jurisprudence et la doctrine utilisent des termes similaires à ceux employés par la doctrine pénale pour fonder la position de garant de la maison mère¹³⁶⁶, en particulier celui d'« usurpation » de compétences ou de tâches¹³⁶⁷. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a expressément reconnu que la responsabilité découlant d'une position d'organe de fait pouvait

¹³⁶¹ SAUERWEIN, p. 56 s. ; ATF 124 III 297, JdT 1999 I 268, p. 270 ; voir aussi l'arrêt du TF du 8 février 2010, 4A_306/2009, consid. 7.1.2 : « [e]ine solche Haftung [Ndr : celle fondée sur la théorie de l'organe double] setzt voraus, (...) dass die Personen, von denen die Handlungen ausgegangen sind, sowohl als Organe der Muttergesellschaft als auch der Tochtergesellschaft gehandelt haben ».

¹³⁶² SAUERWEIN, p. 57.

¹³⁶³ Notamment arrêt du TF du 8 février 2010, TF 4A_306/2009, consid. 7.1.1 ; SAUERWEIN, p. 32 s. ; KUNZ, Konzernhaftungen, p. 73 s. ; BÖCKLI, § 11 N 465 ; VOGEL, p. 622 ss ; FORSTMOSER, p. 720 ; *contra* VON BÜREN, Der Konzern, p. 208 s.

¹³⁶⁴ ATF 132 III 523, consid. 4.5.

¹³⁶⁵ ATF 128 III 92, JdT 2003 I 23, p. 25 ; dans le même sens, KUNZ, Grundlagen, N 798.

¹³⁶⁶ Voir N 1175 ss *infra*.

¹³⁶⁷ ATF 128 III 92, JdT 2003 I 23, p. 25 ; VOGEL, p. 622 ; voir aussi, p. 625 où cet auteur utilise le terme « *Einmischung* ».

également résulter d'une omission d'agir¹³⁶⁸. Quant à HANDSCHIN, il fait expressément référence à la position de garant de la société mère, lorsqu'elle doit être considérée comme organe de fait de sa filiale¹³⁶⁹. Si la maison mère s'immisce dans un secteur d'activités de sa filiale, elle répond du dommage causé aux tiers en lien avec le secteur considéré, y compris pour ses omissions d'agir¹³⁷⁰.

C. La responsabilité de l'employeur

1111 La doctrine reconnaît que l'art. 55 CO peut constituer une base juridique pour attribuer à la société mère l'acte illicite de sa filiale, laquelle peut, à certaines conditions, revêtir la qualité d'auxiliaire au sens de la disposition précitée¹³⁷¹. L'auxiliaire, qui peut être une personne morale, est celui qui accomplit une tâche sous le pouvoir de commandement d'une autre personne, alors considérée comme son employeur¹³⁷². La société mère peut être considérée comme un « employeur » dans le cadre de l'exercice des activités qui lui reviennent en sa qualité de direction unique¹³⁷³. En revanche, dans les domaines qui ne ressortent pas de celle-ci, et où la filiale agit de manière autonome, l'art. 55 CO ne peut trouver application qu'à titre exceptionnel et à de strictes conditions¹³⁷⁴.

1112 Cela étant, la doctrine envisage également la responsabilité de la maison mère fondée sur l'art. 55 CO dans le cas où cette dernière dépêche, au sein du conseil d'administration de ses filiales, l'un de ses collaborateurs ou une personne externe à la maison mère mais liée à elle par un contrat de mandat¹³⁷⁵. Si le délégué est un employé de la société mère, la doctrine admet que cette dernière, vu le lien de subordination découlant des rapports de travail, répond, conformément à l'art. 55 CO, des actes illicites commis par son collaborateur dans l'exercice de ses fonctions au sein de la filiale¹³⁷⁶.

1113

¹³⁶⁸ ATF 128 III 92, JdT 2003 I 23, p. 25 ; dans le même sens, PETER, La responsabilité, p. 48 s.

¹³⁶⁹ HANDSCHIN, p. 336 ; BLANC, p. 274 s.

¹³⁷⁰ HANDSCHIN, p. 336.

¹³⁷¹ VON BÜREN, Der Konzern, p. 202 s. ; SAUERWEIN, p. 75 ss, en particulier p. 102 s.

¹³⁷² SAUERWEIN, p. 79.

¹³⁷³ VON BÜREN, Der Konzern, p. 203 ; voir aussi SAUERWEIN, p. 93 ; HANDSCHIN, p. 349. Ces deux derniers auteurs estiment que la société mère doit toujours être considérée comme l'employeur de sa filiale au sens de l'art. 55 CO.

¹³⁷⁴ VON BÜREN, Der Konzern, p. 203.

¹³⁷⁵ SAUERWEIN, p. 86 s. ; voir aussi VON BÜREN, Der Konzern, p. 206.

¹³⁷⁶ SAUERWEIN, p. 87. Dans le même sens, VON BÜREN, Der Konzern, p. 206 ; HANDSCHIN, p. 339.

Si, en revanche, la personne déléguée ne se trouve pas dans un rapport hiérarchique avec la société mère, elle ne saurait en principe être considérée comme l'auxiliaire de celle-ci au sens de l'art. 55 CO¹³⁷⁷. Reste réservé le cas de « l'homme de paille » qui ne fait en réalité qu'exécuter aveuglément les instructions de la société mère, ainsi que celui, particulier, de l'administrateur fiduciaire¹³⁷⁸. Il ne faut par ailleurs pas oublier que si le tiers délégué doit être considéré comme un organe de la société mère au sens de l'art. 55 al. 2 CC¹³⁷⁹, la responsabilité de celle-ci pourra résulter de la théorie de l'organe double vue sous A. *supra*.

¹³⁷⁷ SAUERWEIN, p. 87 s. ; nuancé : HANDSCHIN, p. 340, en particulier note 8.

¹³⁷⁸ Voir SAUERWEIN, p. 88.

¹³⁷⁹ Voir HANDSCHIN, p. 339.

IV. Aperçu de l'appréhension du groupe de sociétés par le droit international privé

- 1114 En application du *Trennungsprinzip*, le droit applicable aux sociétés d'un groupe se détermine de manière séparée pour chacune d'elles¹³⁸⁰. Ainsi, en particulier, l'ordre juridique auquel est soumise la filiale conformément à l'art. 154 LDIP régira la responsabilité de ses administrateurs, qu'il s'agisse d'organes de fait ou de droit, et que ceux-ci soient, ou non, également organes de la société mère¹³⁸¹. En cas de responsabilité délictuelle, le droit applicable se détermine en revanche au regard des art. 132 ss LDIP¹³⁸².
- 1115 En matière de compétence des juridictions civiles, si la compétence ordinaire est au siège de la société du groupe qui dispose de la légitimation passive, VON BÜREN admet qu'il y a place, dans des cas exceptionnels, pour admettre la compétence de l'Etat du siège de l'autre société impliquée dans l'affaire¹³⁸³. En d'autres termes, la société mère qui doit répondre des affaires de sa filiale pourrait être atraite au siège de celle-ci¹³⁸⁴. Dans ce contexte, une application analogique du régime juridique applicable à la succursale serait envisageable¹³⁸⁵. Or, en procédure civile, il y a généralement un for au lieu de la succursale – qui est un établissement – pour les prétentions en lien avec les activités de celle-ci (voir les art. 5 ch. 5 CL¹³⁸⁶, 112 al. 2 LDIP, 127, 2^{ème} ph. LDIP, ou encore 129 al. 1, 2^{ème} ph. LDIP). Par ailleurs, conformément à l'art. 60 ch. 1 CL, une société est réputée domiciliée là où se situe son siège statutaire (let. a), son administration centrale (let. b) ou encore son principal établissement (let. c)¹³⁸⁷. VON BÜREN relève que cette conception spécifique à la Convention de

¹³⁸⁰ VON BÜREN, Der Konzern, p. 552.

¹³⁸¹ *Ibid.*, p. 557.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 566 s.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 64.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 567 s.

¹³⁸⁶ A noter que, dans son arrêt du 9 décembre 1987 dans l'affaire SAR Schotte c/ Parfums Rotschild, n° 218/86, la CJCE a admis que l'art. 5 ch. 5 CL pouvait trouver application également dans le cas où « l'établissement » est juridiquement indépendant de la société mère et donc une filiale de celle-ci : l'art. 5 ch. 5 CL « doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à un cas où une personne morale établie dans un Etat contractant, tout en n'exploitant pas une succursale, agence ou établissement dépourvu d'autonomie dans un autre Etat contractant, y exerce néanmoins ses activités au moyen d'une société indépendante portant le même nom et ayant la même direction, qui agit et conclut des affaires en son nom et dont elle se sert comme d'un prolongement » (§ 17 de l'arrêt).

¹³⁸⁷ Pour un aperçu de l'application de cette disposition en droit britannique, BAUGHEN, p. 172 ss ; pour un aperçu de la compétence des tribunaux civils à l'égard des multinationales en droit états-unien, p. 55 ss.

Lugano du domicile de la société peut conduire à ce qu'une procédure contre la filiale puisse être intentée au siège de la société mère et inversement¹³⁸⁸.

A noter par ailleurs qu'en application de l'art. 6 ch. 1 CL, qui traite de la consorité, la société mère pourrait être atraite, aux côtés de sa filiale, au siège de celle-ci, et inversement. Cela suppose toutefois que les deux sociétés aient leur siège dans un Etat partie à la Convention de Lugano, étant néanmoins précisé que certains auteurs plaident pour une interprétation extensive de l'art. 6 ch. 1 CL, qui permettrait d'atraire la maison mère, implantée dans un Etat tiers, dans l'Etat, partie à la Convention de Lugano, du siège de la filiale¹³⁸⁹.

1116

¹³⁸⁸ VON BÜREN, *Der Konzern*, p. 573.

¹³⁸⁹ Voir SCHWENZER/HOSANG, p. 278 ss.

V. L'initiative pour des multinationales responsables

- 1117 Nous ne saurions clôturer nos propos relatifs à l'appréhension des relations intragroupes sous l'angle civil sans une brève présentation de l'initiative populaire fédérale pour des multinationales responsables, intitulée en allemand « *Konzern-verantwortungs-initiative* ». Il faut à cet égard préciser d'emblée que si l'initiative cible avant tout les groupes de sociétés, son champ d'application est plus large car il comprend également la constellation dans laquelle une société en contrôle une autre par le seul biais d'un pouvoir économique, à l'instar de l'entreprise qui serait l'unique cliente de l'un de ses sous-traitants¹³⁹⁰.
- 1118 Cette initiative, déposée à la Chancellerie fédérale le 10 octobre 2016, veut rendre les entreprises multinationales implantées en Suisse responsables, sur le plan civil, de violations des droits de l'homme et de l'environnement, y compris lorsque de telles violations sont commises par les sociétés étrangères que ces multinationales contrôlent. Elle mérite d'être mentionnée dans cette étude pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il s'agit de la première consécration *légal*e permettant de rendre la société mère responsable pour le fait de ses filiales. Ensuite, même si la responsabilité mise en place par le texte légal est de nature civile, elle sera généralement fondée sur la commission d'infractions. En principe en effet, la violation de droits humains ou de normes environnementales emporte transgression de normes pénales. En outre, l'initiative s'articule en premier lieu autour des violations commises *à l'étranger*, octroyant ainsi une compétence à portée extraterritoriale au juge civil suisse. Elle tend par ailleurs à valider l'importance de ce lien que nous avons souligné entre une société et l'Etat de son siège, en imposant, sur la base d'un critère de rattachement personnel, certains standards qui doivent être appliqués dans le cadre d'activités commerciales indépendamment de la localisation géographique de ces dernières. Enfin, la notion de devoirs de diligence à charge de la société de contrôle rappelle fortement celle de « mesures raisonnables et nécessaires » au sens de l'art. 102 CP.
- 1119 L'initiative « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » vise à insérer dans la Constitution fédérale un nouvel art. 101a, dont la teneur est la suivante :

¹³⁹⁰ Voir Initiative multinationales responsables, Dossier de presse, p. 11.

Art. 101a Responsabilité des entreprises

¹ La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement.

² La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants :

a. les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent ; les rapports effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre ; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique;

b. les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable ; elles doivent notamment examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises ; ces obligations s'appliquent aux entreprises contrôlées ainsi qu'à l'ensemble des relations d'affaires ; l'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement ; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure;

c. les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité ; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire;

d. les dispositions édictées sur la base des principes définis aux let. a à c valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé.

On peut tout d'abord noter que le critère de rattachement est le siège statutaire ou réel, ou encore l'existence en Suisse d'un établissement principal, soit un « centre d'activités effectif et reconnaissable ou un lieu qui regroupe des ressources matérielles et en personnel importantes »¹³⁹¹. Le critère est donc plus large que celui que nous avons retenu pour déterminer la nationalité d'une société¹³⁹². Il est repris de l'art. 60 de la Convention de Lugano.

L'initiative pose le principe du respect des standards suisses en matière de devoirs de diligence des entreprises implantées en Suisse y compris à l'étranger, et énonce quelques lignes directrices quant au contenu de ces devoirs. Corollairement, ces entreprises sont civilement responsables des violations des

¹³⁹¹ Initiative multinationales responsables, Dossier de presse, p. 10.

¹³⁹² Voir N 1009 ss *supra*.

droits de l'homme et des normes environnementales commises par les entités qu'elles contrôlent, à moins qu'elles ne prouvent avoir fait preuve de toute la diligence requise pour empêcher le dommage causé ou que celui-ci serait intervenu nonobstant la prise des mesures utiles. On notera ici le parallèle avec la responsabilité de l'employeur de l'art. 55 CO¹³⁹³.

1122 Enfin, la let. d de l'article 101a précité vise à s'assurer que, quel que soit le droit étranger applicable à l'acte illicite commis, le juge suisse doit appliquer la norme constitutionnelle et sa future loi d'exécution¹³⁹⁴.

¹³⁹³ Initiative multinationales responsables, Dossier de presse, p. 11.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, p. 12.

VI. L'application de l'art. 102 CP dans le cadre des groupes de sociétés

L'objectif du présent chapitre n'est pas l'étude exhaustive des cas de figure dans lesquels une infraction commise au sein d'une société d'un groupe peut être imputée à un autre membre du groupe. En effet, notre étude se focalise sur un problème différent, à savoir à quelles conditions, sur le plan spatial, le code pénal suisse s'applique, dans le contexte d'un groupe international, aux infractions commises au sein d'une société qui fait partie de ce groupe.

1123

La problématique se situe donc en amont des questions d'imputation : il faut d'abord que la compétence du juge suisse soit donnée avant que celui-ci puisse déterminer qui des sociétés du groupe peut être rendue responsable de l'infraction commise dans le cadre des activités commerciales du groupe. Ces deux questions sont toutefois liées, en particulier du fait que le juge pourrait être compétent, par exemple en vertu du principe de la nationalité, pour poursuivre l'une des sociétés d'un groupe, mais pas les autres. En particulier, si le juge est compétent à l'égard de la maison mère mais pas de la filiale, et que l'infraction est formellement commise au sein de cette dernière, il effectuera une appréciation anticipée, à l'heure d'introduire une procédure pénale, de la potentielle imputabilité de l'infraction à la maison mère. S'il parvient à une réponse affirmative, il ouvrira alors une procédure contre la société mère.

1124

En outre, dans la mesure où, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le défaut d'organisation est un critère de rattachement territorial, la question de savoir à qui, dans le groupe, peuvent être reprochées les carences organisationnelles est d'importance pour la compétence. En même temps, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, cet élément joue un rôle central dans le mécanisme d'imputation des infractions au sein du groupe.

1125

Pour ces motifs, il se justifie que nous consacrons quelques développements relatifs à l'attribution de la responsabilité pénale au sein des groupes de sociétés. Dans les lignes qui suivent, nous nous attacherons en particulier à la question de savoir à quelles conditions la société mère peut être rendue responsable des infractions commises au sein de l'une de ses filiales, car c'est de loin la problématique la plus répandue. De manière tout à fait ponctuelle seulement, nous évoquerons la responsabilité de la société sœur pour les crimes perpétrés au sein d'une autre filiale.

1126

A. Aperçu de la responsabilité pénale du groupe sur le plan international

- 1127 A l'instar des civilistes, la doctrine pénale relative à l'art. 102 CP reconnaît l'indépendance juridique entre les sociétés d'un groupe. Cette indépendance juridique a pour conséquence qu'en principe, une infraction réalisée dans le cadre des activités de l'une des sociétés du groupe sera réputée commise au sein de celle-ci et d'elle seule. L'infraction n'étant en revanche pas perpétrée au sein de la société mère, l'une des conditions de l'art. 102 CP fait défaut et la responsabilité pénale de la maison mère ne peut donc être engagée.
- 1128 Toutefois, tant au niveau suisse qu'international, il est admis qu'une infraction commise au sein d'une filiale peut, à certaines conditions, être attribuée à la maison mère, voire à une autre société du groupe¹³⁹⁵.
- 1129 On rappellera à cet égard que le fait de ne pas permettre à une société de s'exonérer de sa responsabilité par la création de filiales est l'une des préoccupations de l'OCDE¹³⁹⁶. Ainsi, le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre de la convention de l'OCDE dispose qu'« une personne morale ne peut se soustraire à sa responsabilité en ayant recours à un intermédiaire, y compris une personne morale liée, pour offrir, promettre ou octroyer en son nom un pot-de-vin à un agent public étranger »¹³⁹⁷. Il est clair qu'une filiale est « une personne morale liée » à la société mère¹³⁹⁸.
- 1130 Vu le champ d'application matériel de la Convention de l'OCDE, qui se concentre sur les infractions de corruption d'agents publics *étrangers*, commises dans le commerce international, il est entendu que la remarque précitée vise également – et peut-être même avant tout – les filiales étrangères d'une société mère basée dans un Etat contractant. Cela a pour conséquence que le caractère

¹³⁹⁵ Pour la jurisprudence suisse, voir en particulier l'affaire Alstom évoquée sous N 896 ss *supra* et l'arrêt « Nestlé » du TF du 21 juillet 2014, 6B_7/2014, relatif à la responsabilité pénale de la maison mère suisse pour un homicide par négligence perpétré au sein d'une filiale colombienne, étant précisé que la problématique ne s'est pas articulée autour du sujet de la responsabilité pénale mais de la prescription (voir, sur cette affaire, FORSTMOSER, p. 704 ss ; MACALUSO/GARBARSKI, Commentaire, *in toto*). Pour la doctrine suisse, voir notamment : CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 125 ss. ; FORSTER M., p. 134 ss, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 570 ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 423 ; PERRIN, La répression, p. 316 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 86 ss. Pour la doctrine internationale, voir notamment : OECD Convention-PIETH, p. 231 ss ; OECD Convention-ZERBES, p. 148 ; pour le droit finlandais, GOBERT, p. 236 ; pour le droit danois, PASCAL, Denmark, p. 222 ; l'excluant en droit roumain, PASCAL, Romania, p. 297.

¹³⁹⁶ Voir N 709 *supra*.

¹³⁹⁷ OCDE, Bonnes pratiques corruption, point C.

¹³⁹⁸ Dans le même sens, OCDE, Glossaire, p. 66.

extraterritorial des actes commis au sein de la filiale et le fait que celle-ci soit étrangère ne devraient pas être un obstacle à la responsabilité de la société mère. En poussant le raisonnement un pas plus loin, on pourrait déduire de cette position que l'extraterritorialité de l'infraction de corruption ne devrait pas constituer un obstacle à la compétence du juge national de la société mère. En effet, si la maison mère « utilise » une de ses filiales étrangères pour la commission à l'étranger d'actes de corruption, que les carences dans la politique répressive de l'Etat territorial excluent toute poursuite effective de la maison mère (et/ou de la filiale) dans ce dernier Etat, et que le juge national de la maison mère n'est pas compétent pour poursuivre une infraction de corruption perpétrée à l'étranger, l'impunité de la maison mère est garantie. C'est précisément ce que les instruments de lutte contre la corruption tendent à éviter.

Les Etats de l'OCDE ont indiqué de manière générale que, même si leurs ordres juridiques respectifs reconnaissent l'indépendance entre les sociétés d'un groupe, ils ne s'opposaient pas, suivant les cas de figure, à l'admission d'une responsabilité de la maison mère pour les actes commis au sein d'une filiale¹³⁹⁹. Les conditions et l'étendue de la responsabilité de la société mère sont toutefois susceptibles de différer fortement d'un Etat à l'autre. Elles s'articuleront en

1131

¹³⁹⁹ OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 3, décembre 2011, § 30 ; OCDE, France : Rapport de suivi, phase 3, décembre 2014, pp. 16 et 27. En France visiblement, le dirigeant d'une filiale étrangère, auteur d'une infraction, peut engager la responsabilité de la société mère dès lors qu'il est considéré comme un délégataire de pouvoirs (voir Bulletin officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, Circulaire du 9 février 2012, p. 5 ; voir aussi GRECO, Deuxième Cycle, France, 29 novembre – 2 décembre 2004, § 65). OCDE, Rapport sur l'Autriche, phase 3, décembre 2012, § 44 s., voir aussi § 31 ss, desquels il ressort que la compétence de l'Autriche à l'égard d'une entité collective autrichienne pour un acte commis par un intermédiaire à l'étranger n'est pas claire, à part si un acte de complicité peut être reproché à la personne morale sur sol autrichien ; OCDE, Follow-up to the Phase 3, Italy, mai 2014, p. 30 ; OCDE, Rapport sur les Pays-Bas, phase 3, décembre 2012, § 39 (cet Etat a en revanche indiqué ne pas avoir de compétence à l'égard de la filiale étrangère) ; OCDE, Rapport sur la Norvège, phase 3, juin 2011, § 36 ; OCDE, Phase 3bis, Greece, mars 2015, § 59 : dans ce rapport, les autorités grecques ont indiqué que la législation grecque était susceptible de s'appliquer à une filiale étrangère dont la maison mère était située en Grèce s'il existait une « connexion suffisante » entre les deux entités. Il y aurait par exemple une connexion suffisante si la majorité du conseil d'administration de la filiale était nommée par la société mère, que les comptes des deux sociétés étaient consolidés, et que des décisions importantes étaient prises par la société mère. Voir aussi la section 9 (2) de la loi tchèque relative à la responsabilité pénale des entités collectives, reproduit dans le rapport de la phase 3 de l'OCDE sur la République tchèque et qui prévoit la responsabilité de la personne morale qui utilise une autre entité collective pour commettre une infraction (Act 418/2011 *Coll., on Liability of Legal Persons and Proceedings against Them*, in OCDE, Phase 3, Czech Republic, mars 2013, p. 65) ; OCDE, Phase 3, Slovenia, juin 2014, §§ 24 et 36 s. ; OCDE, Rapport sur l'Islande, phase 3, décembre 2010, § 20 ; OCDE, Phase 3, Turkey, octobre 2014, § 47, voir aussi § 95 ; OCDE, Phase 3, South Africa, mars 2014, § 27 s. Pour un cas d'application d'une condamnation au Canada d'une société mère canadienne pour des actes commis au travers de sa filiale étrangère, OCDE, Canada, Phase 3, mai 2013, p. 18 ; Pour un cas d'application de la condamnation par les Etats-Unis d'une filiale étrangère d'une entreprise américaine, OCDE, Rapport de suivi sur les Etats-Unis, phase 2, juin 2005, p. 27 ; OCDE, Phase 3, New Zealand, octobre 2013, § 73 ; OCDE, Phase 3, Brazil, octobre 2014, § 37 ; incertain : OCDE, Phase 2, Russian Federation, octobre 2013, §§ 181 et 254 s. ; OCDE, Russian Federation, Follow-up to the Phase 2, mars 2016, § 13.

particulier autour de la question de savoir si la société mère doit avoir commis – au travers du cercle des auteurs susceptibles d’engager sa responsabilité pénale – un acte de participation – cas échéant de quelle ampleur – à l’infraction réalisée dans la filiale¹⁴⁰⁰. La question de la responsabilité de la maison mère pour des infractions commises au sein de ses filiales a également été brièvement posée lors d’une conférence des Etats Parties à la Convention de l’ONU contre la criminalité transnationale organisée¹⁴⁰¹.

1132 Au Royaume-Uni, la responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale ressort expressément de la loi, puisqu’elle se construit sur la notion de « personne associée » au sens des sections 7 (1) et 8, en particulier 8 (3) du UK Bribery Act¹⁴⁰². En résumé, la responsabilité de la société mère sera engagée si l’agent de la filiale a commis une infraction de corruption dans l’intention d’obtenir un avantage¹⁴⁰³ pour la société mère ou d’autres sociétés du groupe¹⁴⁰⁴. Le seul avantage indirect que peut récolter la maison mère des actes de corruption commis par sa filiale ne suffit en revanche pas pour engager sa responsabilité¹⁴⁰⁵.

1133 En droit états-unien, la responsabilité de la maison mère pour des infractions de corruption perpétrées dans sa filiale, outre les cas dans lesquels la première est réputée participer directement aux actes commis par la seconde, découle de la notion d’agent¹⁴⁰⁶. Dans la mesure où la responsabilité de l’entreprise naît du fait que l’acte de corruption a été réalisé par l’un de ses agents, les infractions commises par la filiale seront imputées à la société mère, si la première peut être considérée comme l’agent de la deuxième¹⁴⁰⁷. Le critère déterminant dans ce cadre est le degré de contrôle exercé par la mère sur sa filiale¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁰ Voir OCDE, Rapport sur la Belgique, phase 3, octobre 2013 § 32 ; OCDE, Rapport sur le Danemark, phase 3, mars 2013, § 50 ss ; OCDE, Phase 3, Estonie, juin 2014, § 32 ; OCDE, Israël, Phase 2, décembre 2009, § 173 ; OCDE, Rapport sur l’Afrique du Sud, phase 2, juillet 2010, § 198 s., voir aussi OCDE, Phase 3, South Africa, mars 2014, § 28 ; OCDE, Rapport sur l’Australie, phase 3, octobre 2012, § 19 ; OCDE, Phase 3, Chili, mars 2014, § 41 ; OCDE, Japan, Follow-up to the Phase 3, février 2014, p. 25.

¹⁴⁰¹ Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Responsabilité des personnes morales, p. 12.

¹⁴⁰² Pour les détails, voir OCDE, Rapport sur le Royaume Uni, phase 3, mars 2012, §§ 42 ss ; Ministry of Justice, Guidance, § 42.

¹⁴⁰³ Nous traduisons, dans un souci de simplification, par « avantage » l’objectif du processus corrompionnel, que le UK Bribery Act décrit comme le fait de « obtain or retain business or [...] obtain or retain an advantage in the conduct of business » (sect. 7 (1) du UK Bribery Act).

¹⁴⁰⁴ Ministry of Justice, Guidance, § 42.

¹⁴⁰⁵ Ministry of Justice, Guidance, § 42.

¹⁴⁰⁶ U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA, p. 27.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

¹⁴⁰⁸ Voir U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA, p. 27 s.

Enfin, notons qu'en droit allemand, la maison mère du groupe Siemens a été condamnée en 2008 dans une affaire de corruption transnationale pour violation de ses devoirs de surveillance au sens de l'art. 130 OWiG¹⁴⁰⁹. Cette disposition prévoit la responsabilité du dirigeant d'une entreprise qui, intentionnellement ou par négligence, en violation de ses devoirs de surveillance, omet de prendre les mesures nécessaires pour empêcher la commission d'une infraction perpétrée par un employé dans le cadre de ses fonctions¹⁴¹⁰. Les personnes formant le conseil d'administration de la maison mère ont été considérées comme des dirigeants par le biais de l'art. 9 OWiG, et elles ont failli à leurs devoirs de *compliance* au niveau du groupe. La responsabilité de Siemens a donc été admise par le biais de l'art. 30 OWiG, relatif à la responsabilité de l'entreprise, combinée à l'art. 130 OWiG ; la société mère a été condamnée sur cette base, non pas pour corruption, mais pour violation des devoirs de surveillance de l'art. 130 OWiG¹⁴¹¹. Si la construction de l'art. 130 OWiG, qui consacre une omission proprement dite¹⁴¹², est tout à fait différente de l'art. 102 CP, que nous comprenons comme une norme d'imputation, l'énoncé légal de la disposition allemande est matériellement proche de la notion de défaut d'organisation du droit suisse et de la conception helvétique de la responsabilité du chef d'entreprise.

1134

La pratique en matière de responsabilité pénale des groupes de sociétés reste à l'heure actuelle très peu développée dans l'ordre juridique suisse et elle ne l'est que guère plus dans les autres pays continentaux. Cela n'est pas surprenant si l'on considère que la responsabilité pénale des entités collectives est un phénomène relativement nouveau, et que son appréhension dans le contexte d'un groupe de sociétés l'est encore plus.

1135

Il faut en particulier relever que le cas Alstom ne consacre pas réellement une responsabilité pénale de la société mère pour les actes commis au sein de sa filiale. En effet, si l'ordonnance de classement rendue à l'encontre de la maison mère indique que cette dernière, en sa qualité de société mère, était responsable de l'établissement et de la mise en œuvre effective de la *compliance* au sein du groupe¹⁴¹³, des collaborateurs de la maison mère étaient visiblement impliqués

1136

¹⁴⁰⁹ ENGELHART, p. 185 ; OCDE, Rapport sur l'Allemagne, phase 3, mars 2011, § 63.

¹⁴¹⁰ ENGELHART, p. 184 s.

¹⁴¹¹ ENGELHART, p. 185 ; OCDE, Rapport sur l'Allemagne, phase 3, mars 2011, § 63 ; le projet de la décision de condamnation rendue par le Ministère public de Munich est disponible sous : <http://www.siemens.com/press/de/events/2008-12-pk.php> (17.10.2016).

¹⁴¹² CARACAS, p. 26.

¹⁴¹³ Ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, points 2.11. et 1.2.1.

dans les actes de corruption et la responsabilité d'Alstom SA découlait donc directement du fait de ses propres agents¹⁴¹⁴.

B. Les mesures organisationnelles à adopter à l'échelle du groupe

1137 Dans l'exercice de la direction unique, la société mère adoptera certaines mesures d'organisation, par exemple en termes de répartition des compétences, qui apparaîtront pertinentes comme mesures organisationnelles au sens de l'art. 102 CP. Mais, au-delà de cela, les lignes qui suivent ont pour objectif de déterminer si des normes, internationales ou suisses, destinées notamment à la prévention de la corruption ou du blanchiment d'argent, s'adressent également au groupe, pris dans son ensemble.

1138 De manière générale, nous pouvons commencer par mentionner le principe n° 9 du Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, à teneur duquel « [l]e Conseil d'administration, nommé par les actionnaires, exerce la haute direction et la haute surveillance de la société ou du groupe »¹⁴¹⁵. La portée concrète de cette injonction reste toutefois obscure¹⁴¹⁶.

§ 1. En matière bancaire

1139 A l'échelle internationale, le Comité de Bâle a effectué des recommandations de gouvernement d'entreprises pour les banques. Le principe n° 5 se focalise sur la gouvernance à l'échelle du groupe et prévoit que « le conseil d'administration de la société mère assume la responsabilité générale des activités du groupe. Il est chargé de définir et de mettre en œuvre un dispositif de gouvernance clair et adapté à la structure, à l'activité et aux risques du groupe et de ses entités. Le conseil d'administration et la direction doivent connaître et comprendre la structure du groupe et les risques qu'elle pose »¹⁴¹⁷. Dans cette perspective, il

¹⁴¹⁴ Voir CASSANI, *Corporate Responsibility*, p. 501.

¹⁴¹⁵ Voir aussi PETER, qui souligne la nécessité d'exercer la gouvernance d'entreprise dans un groupe au niveau global (*De quelques conséquences*, p. 178).

¹⁴¹⁶ BLANC, p. 147.

¹⁴¹⁷ Comité de Bâle, *Principes de gouvernance d'entreprise*, p. 23 ; voir aussi, lorsque le groupe est un conglomérat financier, Comité de Bâle, *Principles for the supervision of financial conglomerates*, critère de mise en œuvre n° 10(a) du principe n° 10, *in fine* : « [t]he ultimate responsibility for the sound and prudent management of a financial conglomerate rests with the board of the head of the financial conglomerate » (p. 18) ; voir également, de manière générale, les principes 21 ss relatifs à la prévention du *risk management* à l'échelle du groupe, notamment le critère de mise en œuvre

appartient au conseil d'administration de la société mère, tout en respectant les obligations spécifiques, légales ou de bonne gouvernance, que doivent observer les filiales, d'exercer une surveillance adéquate sur ces dernières¹⁴¹⁸. C'est ainsi qu'il doit, notamment, établir une répartition claire des rôles et des responsabilités entre maison mère et sociétés filles, s'assurer du respect, par les filiales, de la *compliance*, ainsi que maintenir une relation effective entre les personnes chargées de la régulation au sein des sociétés¹⁴¹⁹. Quant au conseil d'administration de la filiale, il lui appartient de s'aligner sur le gouvernement d'entreprise du groupe, tout en veillant au respect des normes qui lui sont spécifiquement applicables¹⁴²⁰. Si la société mère doit gérer le *risk management* à l'échelle du groupe et édicter les politiques de prévention des risques, la direction et le conseil d'administration de la filiale restent responsables de leur mise en œuvre et doivent évaluer les risques au niveau local, la maison mère devant vérifier que sa filiale dispose des outils adéquats pour ce faire¹⁴²¹.

Sur le plan national, le droit bancaire suisse contient des dispositions spéciales pour les groupes financiers (voir art. 3c LB), étant rappelé que le groupe se définit ici selon le critère du contrôle (art. 21 al. 1 OB)¹⁴²². Ainsi, selon l'art. 3f al. 2 LB, un groupe financier « doit être organisé de manière à pouvoir (...) déterminer, limiter et contrôler les risques principaux »¹⁴²³. Il est clair que la notion de risque comprend celui de se retrouver au cœur d'une enquête pénale, notamment pour blanchiment d'argent ou financement du terrorisme¹⁴²⁴. Elle englobe également les risques juridiques liés à l'inobservance des prescriptions

1140

n° 21(e) du principe n° 21 : « [s]upervisors should require that the board of the head of the financial conglomerate has the overall responsibility for the financial conglomerate's group-wide risk management, internal control mechanism, internal audit and compliance functions to ensure that the group conducts his affairs with a high degree of integrity » (p. 32) ; pour la définition du conglomérat, voir p. 5.

¹⁴¹⁸ Comité de Bâle, Principes de gouvernance d'entreprise, § 95.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, § 96.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, §§ 98-99.

¹⁴²¹ Comité de Bâle, Principes de gouvernance d'entreprise, § 97, voir aussi § 124.

¹⁴²² MAURENBRECHER et KRAMER observent toutefois qu'une surveillance consolidée ne se justifie pas uniquement par le fait que deux sociétés sont détenues par la même personne, mais qu'il faut d'autres éléments, tels que l'exercice d'une direction unique (BSK BG-MAURENBRECHER/KRAMER, Art. 3b N 10).

¹⁴²³ Pour les obligations concrètes qui découlent de cette disposition, voir BSK BG-MAURENBRECHER/KRAMER, Art. 3f N 11 ss. ; voir aussi l'art. 12 al. 2 OB qui impose de façon générale à toutes les banques de déterminer, limiter et contrôler les risques juridiques et ceux susceptibles de porter atteinte à leur réputation. Cette disposition suppose que la maison mère apprécie et endigue les risques de blanchiment à l'échelle du groupe, dès lors qu'une infraction commise au sein de sa filiale comporte également, pour elle, des risques juridiques et réputationnels (arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 6.2.3, in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss). Pour un commentaire de l'arrêt du TF, voir BOVET *in toto*.

¹⁴²⁴ Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 6.2.4, in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss.

étrangères applicables à un groupe transfrontière¹⁴²⁵. En d'autres termes, le concept de risque, pour l'établissement financier suisse, comprend le non-respect, par ses filiales ou ses succursales étrangères, de l'ordre juridique auxquelles elles sont soumises¹⁴²⁶. Dans cette optique, il appartient au groupe, soit pour lui à la maison mère, de mettre en place les mesures utiles pour satisfaire à la réglementation des marchés financiers sur une base consolidée.

1141 Le respect de l'art. 3f LB est contrôlé par la FINMA dans le cadre de la surveillance consolidée conformément aux art. 3b et 3d LB¹⁴²⁷. En matière de surveillance consolidée, la lettre de la loi ne fait pas de différence selon que le groupe est chapeauté par une banque suisse ou par une banque étrangère détenant une filiale suisse¹⁴²⁸. Dans les faits toutefois, si le groupe est étranger, la FINMA n'exerce généralement pas elle-même la surveillance consolidée. Elle accorde à la filiale suisse l'autorisation d'exercer sur le territoire à condition que le groupe financier fasse l'objet d'une surveillance consolidée par une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers (art. 3b LB) qui respecte les standards minimums du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire¹⁴²⁹.

1142 Dans le cadre de la surveillance consolidée, la FINMA doit, notamment, contrôler l'organisation du groupe dans son ensemble, l'existence, à l'échelle du groupe, d'un système de contrôle interne adéquat, ainsi que la gestion des risques liés à l'activité bancaire, y compris ceux découlant de l'existence même du groupe¹⁴³⁰, ce conformément à l'art. 24 OB. Ainsi, même si cette dernière disposition ne s'adresse pas directement à la société mère, elle concrétise les obligations générales mentionnées à l'art. 3f LB et, indirectement, impose à la maison mère la mise en place des mesures organisationnelles qui y sont prévues.

1143 Du fait de l'appréhension, par la législation bancaire, de la notion de groupe financier et, en particulier, de la soumission de celui-ci à une surveillance consolidée, plusieurs circulaires de la FINMA sont, au moins partiellement, applicables à l'échelle du groupe¹⁴³¹. Par ailleurs, nous rappelons que la

¹⁴²⁵ Voir Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques », §§ 136.2 ss.

¹⁴²⁶ Voir Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques », §§ 136.2 ss.

¹⁴²⁷ Sur la surveillance consolidée et les relations entre les différentes autorités de surveillance des marchés financiers, voir aussi Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Principes fondamentaux, principes n° 12 et 13, p. 37 ss.

¹⁴²⁸ BSK BG-MAURENBRECHER/KRAMER, Art. 3b N 4 et 17. La filiale suisse d'un groupe étranger est qualifiée de « banque en mains étrangères » (« ausländisch beherrschte Bank ») au sens de l'art. 3^{bis} al. 3 LB.

¹⁴²⁹ BSK BG-MAURENBRECHER/KRAMER, Art. 3b N 18 s. ; voir aussi l'art. 15 al. 1 LIMF.

¹⁴³⁰ Dans le même sens, Circ.-FINMA 08/24 « Surveillance et contrôle interne – banques », § 10 ; Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », § 99.

¹⁴³¹ Pour une liste des circulaires applicables aux groupes financiers, voir FINMA, « Destinataires Circulaires-FINMA ». MAURENBRECHER et KRAMER font observer que l'application des circulaires de la

Circulaire 2008/7 de la FINMA relative à l'outsourcing requiert des entreprises¹⁴³² qu'elles s'assurent que les sociétés étrangères du même groupe se conforment aux principes énoncés dans la circulaire, dans la mesure compatible avec la réglementation étrangère (§ 5). Nous rappelons toutefois que la nouvelle circulaire de la FINMA relative à l'outsourcing bancaire ne se prononce pas sur ce point¹⁴³³.

Nous notons également que la future circulaire de la FINMA, spécifiquement dédiée à la gouvernance d'entreprise en matière bancaire et qui regroupe en un seul document les exigences à présent disséminées dans diverses circulaires, s'applique également à l'échelon du groupe, les tâches et les responsabilités découlant de la circulaire devant être réglées par la maison mère¹⁴³⁴.

Certes, l'objectif premier du droit bancaire est la protection des créanciers et des investisseurs, davantage que la prévention de la criminalité entrepreneuriale (voir art. 5 LFINMA). Mais la lutte contre le blanchiment d'argent fait également partie des tâches de l'autorité de surveillance des marchés financiers¹⁴³⁵. De manière générale, les exigences organisationnelles découlant de la législation bancaire et que la FINMA, par sa surveillance sur une base consolidée, contrôlera à l'échelle du groupe, vont également servir à la prévention d'infractions au sein des sociétés qui le composent.

Il est à cet égard intéressant de relever que le Tribunal fédéral, certes dans un *obiter dictum*, a estimé que l'application de l'arsenal suisse anti-blanchiment, dans le cadre des relations bancaires d'une filiale étrangère d'un groupe suisse, pouvait découler de la soumission du groupe à une surveillance consolidée¹⁴³⁶. Une telle conclusion permet d'appliquer les standards suisses anti-blanchiment à des relations bancaires nouées à l'étranger, et qui ne sont pas soumises à la LBA vu le principe de territorialité du droit administratif. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral relève que les fonctions dévolues à l'autorité de surveillance des marchés financiers en matière de lutte contre le blanchiment découlent, en sus de l'art. 12 LBA, des devoirs d'organisation de la banque et de la garantie

FINMA au groupe ne signifie toutefois pas que chaque société du groupe doit remplir chaque disposition de la circulaire (BSK BG-MAURENBRECHER/KRAMER, Art. 3 fN 1a). En particulier, les circulaires de la FINMA ne sont en principe pas applicables aux sociétés étrangères du groupe.

¹⁴³² Le terme « entreprise » vise ici les banques et négociants en valeurs mobilières suisses ainsi que les succursales suisses de banques et négociants en valeurs mobilières étrangers (§ 4 de la circulaire).

¹⁴³³ Circ.-FINMA 17/xx « Outsourcing – banques et assureurs ».

¹⁴³⁴ Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », § 98 s.

¹⁴³⁵ Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 4.2, in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss.

¹⁴³⁶ Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 6, in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss.

d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. a et c LB¹⁴³⁷. Quant à l'obligation des intermédiaires financiers, consacrée aux art. 5 et 6 de l'OBA-FINMA, de faire respecter, au sein de leurs filiales étrangères, certaines règles fondamentales pour la prévention du blanchiment d'argent, elle résulte également de l'art. 3 al. 2 let. a et c LB. En outre, rien n'empêche le juge pénal d'examiner les devoirs organisationnels d'une société à la lueur des exigences de la législation bancaire, pour autant, s'il ne s'agit pas d'une banque, que le respect de ces règles puisse être raisonnablement exigé de l'entreprise considérée¹⁴³⁸.

1147 Par ailleurs, nous rappelons qu'en vertu du principe de territorialité, les filiales étrangères de banques suisses ne sont pas soumises à la CDB 16 (art. 1 al. 1 CDB). En l'absence d'une injonction en ce sens à la maison mère, on ne peut donc tirer de cet instrument une obligation, pour celle-ci, de faire appliquer les règles de la CDB dans ses entités étrangères. La limitation du champ d'application géographique de la CDB ne doit toutefois pas permettre aux établissements suisses d'éluder, par le biais de leurs filiales à l'étranger, les règles de la Convention (art. 1 al. 2 CDB). En d'autres termes, si une banque suisse se sert de l'une de ses filiales étrangères pour passer outre les incombances de la CDB 16, la violation de celle-ci pourrait être reprochée à la maison mère, même si, formellement, la transgression est intervenue au niveau de la filiale étrangère.

§ 2. En matière de corruption

1148 Dans le domaine de la corruption, le guide relatif à la Convention de l'OCDE recommande aux entreprises la mise en place de programmes de conformité et de mesures déontologiques, également applicables aux filiales de la société mère¹⁴³⁹. Les Principes directeurs de l'OCDE s'adressent aussi aux groupes d'entreprises, les filiales étrangères devant, autant que faire se peut eu égard à la législation de l'Etat dans lequel elles sont implantées, respecter les dispositifs de conformité et de contrôle¹⁴⁴⁰. Ils exhortent en outre la maison mère à une répartition claire des tâches au sein du groupe¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁷ Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 6, *in* Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss.

¹⁴³⁸ Voir à cet égard N 630 ss *supra*.

¹⁴³⁹ OCDE, Guide de bonnes pratiques, point A.5.

¹⁴⁴⁰ OCDE, Principes directeurs, p. 26.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

Selon l'art. 6.2.1.1 des *Business Principles for Countering Bribery* de Transparency International, l'entreprise doit appliquer son programme anti-corruption dans toutes les entités sur lesquelles elle a un contrôle effectif.

1149

Par ailleurs, nous rappelons que les règles de la Chambre de Commerce Internationale pour combattre la corruption s'adressent à toute « entreprise », notion qui englobe la société mère et ses filiales¹⁴⁴². En d'autres termes, ces règles doivent être observées par chaque société du groupe, ce qui revient probablement à exiger de la maison mère leur mise en œuvre au sein de chacune de ses filiales. Elles soulignent également le fait que leur respect dépend « du ton donné au sommet de l'[e]ntreprise »¹⁴⁴³, en d'autres termes de l'attitude de la maison mère. Les éléments du programme anti-corruption proposé par la Chambre de Commerce Internationale comprennent aussi l'établissement d'une politique « clairement formulée et visible », applicable tant aux filiales locales qu'étrangères¹⁴⁴⁴. Le Groupe Wolfsberg recommande également que le programme anti-corruption de l'entreprise et les contrôles idoines soient implantés dans les filiales¹⁴⁴⁵.

1150

§ 3. En matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme

Sur le plan supranational, selon la recommandation n° 18 du GAFI, des programmes visant à prévenir le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (programmes de LBC/FT) doivent être efficacement mis en œuvre à l'échelle du groupe¹⁴⁴⁶. La maison mère devrait ainsi s'assurer que ses filiales étrangères se conforment aux standards du GAFI, pour autant que cela soit compatible avec la réglementation de l'Etat de leur siège. A défaut, des mesures supplémentaires de gestion des risques doivent être adoptées et les autorités compétentes de l'Etat de la maison mère doivent être informées de la situation¹⁴⁴⁷.

1151

¹⁴⁴² Chambre de Commerce internationale, Règles d'ICC, p. 5.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁴⁵ Groupe Wolfsberg, Guidance, p. 5.

¹⁴⁴⁶ Dans le même sens, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Saine gestion des risques, § 63.

¹⁴⁴⁷ Voir GAFI, Recommandations, Principe n° 18 ainsi que la note interprétative y afférente, p. 84 ; voir aussi, dans la même optique, l'art. 2.2.11 de « la loi modèle » élaborée en 2005 par l'UNODC/International Monetary Fund (p. 21).

- 1152 Dans le prolongement des recommandations du GAFI, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire insiste sur la nécessité d'une gestion consolidée des risques à l'échelle du groupe¹⁴⁴⁸. En cas de différence entre les standards minimaux de l'Etat de la société mère et de celui du siège de la filiale, cette dernière doit observer les règles les plus strictes. Le Comité de Bâle souligne le fait qu'une bonne gestion des risques passe notamment par le partage d'informations entre filiales et maison mère¹⁴⁴⁹. Sur le plan européen, la 4^{ème} directive anti-blanchiment préconise, dans la mesure du possible eu égard à la législation de l'Etat du siège des filiales, l'application de la norme communautaire à l'échelle du groupe¹⁴⁵⁰.
- 1153 Au niveau national, il faut en particulier rappeler l'art. 5 de l'OBA-FINMA. Conformément à cette disposition, l'intermédiaire financier suisse doit s'assurer que ses succursales à l'étranger et ses sociétés de groupe étrangères, qui exercent une activité dans le secteur financier, se soumettent à certaines règles anti-blanchiment, à savoir l'obligation de conservation des documents (art. 7 LBA), celle de surveillance et de formation du personnel (art. 8 LBA), les règles en matière de vérification et d'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique (art. 3 à 5 LBA), ainsi que la *risk based approach* et les devoirs spéciaux de clarification en cas de relation « à risque » (art. 6 LBA). L'injonction vaut en particulier lorsque la filiale – ou la succursale – se situe dans un Etat présentant des risques accrus (art. 5 al. 2 OBA-FINMA).
- 1154 Dans la même optique, selon l'art. 6 al. 1 de l'OBA-FINMA, « [l']intermédiaire financier qui possède des succursales à l'étranger ou dirige un groupe financier comprenant des sociétés étrangères doit déterminer, limiter et contrôler de

¹⁴⁴⁸ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Saine gestion des risques, § 64, voir aussi §§ 67, 75, 76 et 89.

¹⁴⁴⁹ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Saine gestion des risques, § 77 ss. Le partage d'informations au niveau du groupe peut toutefois poser des difficultés eu égard au secret bancaire (voir notamment § 95).

¹⁴⁵⁰ Voir le ch. 48 du Préambule et l'art. 45 ch. 1 et 3 de la Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la Directive 2006/70/CE de la Commission. Le ch. 5 du même art. requiert des Etats membres qu'ils fassent, si nécessaire, injonction à leurs entreprises de cesser d'exercer leurs activités dans des Etats ne permettant pas l'application de l'étalon communautaire, si les risques ne peuvent être endigués par le biais de mesures supplémentaires, ce qui revient probablement à exiger la fermeture des filiales situées dans les Etats en question. A noter par ailleurs que, selon l'art. 26 ch. 2 de la Directive, les Etats membres doivent interdire à leurs entreprises d'avoir recours à des tiers provenant d'Etats à haut risque, y compris des filiales, à part si celles-ci se conforment aux standards communautaires en observant les politiques et procédures mises en place à l'échelle du groupe. On relèvera enfin que la violation de l'art. 45 conduit à une amende calculée sur la base des comptes du groupe dans son ensemble (art. 59 ch. 3 let. a de la Directive).

manière globale les risques juridiques et les risques de réputation liés au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme auxquels il est exposé ». A cette fin, il appartient à l'intermédiaire financier de s'assurer que les organes de contrôle internes ainsi que les réviseurs externes aient accès aux informations utiles à l'échelle de toutes les sociétés du groupe, étant toutefois précisé que la loi libère expressément l'intermédiaire financier d'une obligation de centralisation des données idoines (art. 6 al. 2 et 4 OBA-FINMA). La FINMA doit être avertie de toute entrave sérieuse aux informations relatives au cocontractant et à l'ayant droit économique (art. 6 al. 3 OBA-FINMA). On relèvera que les dispositions précitées concernent tant les succursales que les filiales étrangères, sans qu'une distinction due à l'indépendance juridique des secondes ne soit effectuée.

C. Commission de l'infraction « au sein » de la filiale et de la société mère

§ 1. La participation d'un agent de la société mère

Lorsqu'une infraction est commise au sein d'un groupe de sociétés, la première question à résoudre est celle de savoir si la société mère est directement impliquée dans l'infraction. Pour cela, il faut qu'un agent de la maison mère ait contribué à l'infraction perpétrée au sein de la filiale, afin que l'acte soit réputé commis également au sein de la société mère. Si tel est le cas, les deux sociétés, soit la société mère et sa filiale, répondent en vertu de l'art. 102 CP de manière individuelle, à raison des actes ou omissions de leur agent respectifs et le défaut d'organisation s'examinera séparément pour chacune d'elles¹⁴⁵¹. C'est, nous le rappelons, ce qui s'est passé dans l'affaire Alstom¹⁴⁵².

1155

Nous relevons par ailleurs que la condition de l'infraction qui doit être commise dans l'exercice des activités commerciales de la maison mère ne pose pas de difficultés. Nonobstant la dualité juridique entre la maison mère et sa filiale, les activités commerciales de la seconde font indiscutablement partie de celles de la première dans la mesure où, précisément, le groupe de sociétés se caractérise par son unité économique.

1156

¹⁴⁵¹ Voir CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 126.

¹⁴⁵² Voir CASSANI, Corporate Responsibility, p. 501.

- 1157 L'infraction sera d'abord réputée commise au sein de la société mère lorsque l'agent de la filiale commet l'infraction de concert avec un collaborateur de la maison mère, quel que soit le degré de participation, principal ou accessoire, de ce dernier¹⁴⁵³. Nous rappelons en effet que l'entreprise peut répondre de tous les actes de participation de son agent. La réponse est différente si l'agent de la société mère n'est que l'instrument humain du collaborateur de la filiale, agissant en tant qu'auteur médiateur. On peut par exemple penser au cas dans lequel un employé de la société mère, sur demande d'un collaborateur de la filiale, effectue un transfert bancaire portant sur l'avantage indu provenant du pacte corrompionnel, alors même qu'au contraire de l'agent de la société fille, il ignore la provenance illicite des avoirs. Dans cette constellation, la responsabilité de la société mère dépend de la question de savoir si l'on considère que l'instrument humain peut être punissable¹⁴⁵⁴ et si, en l'espèce, tel est le cas. S'agissant des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, qui supposent l'intention, une telle hypothèse n'apparaît guère envisageable. En effet, soit l'agent de la maison mère transfère l'avantage indu dans l'ignorance de sa provenance et l'élément subjectif fait défaut, soit il le fait en connaissance de cause et il n'est alors plus instrument humain mais auteur direct, en coactivité avec le collaborateur de la filiale.
- 1158 Par ailleurs on peut emprunter au droit civil la théorie de l'organe double et admettre que les agissements de celui-ci sont réputés réalisés tant au sein de la société fille que de la société mère. Pour que l'infraction puisse être considérée comme commise « au sein » de la maison mère, il faut démontrer que l'acte de l'organe s'inscrit également dans le cadre des fonctions qu'il exerce au sein de celle-ci, et non seulement des tâches qui lui incombent en sa qualité d'organe de la filiale.
- 1159 A notre sens, cette double fonction peut être admise lorsque les agissements, au sein de la filiale, de l'organe s'inscrivent dans le cadre des instructions reçues de la société mère. Dans cette hypothèse en effet, le lien organisationnel et hiérarchique avec la maison mère apparaît donné. A cet égard, la question de savoir si l'organe en question a suivi ou violé ses instructions n'est pas déterminante. Il suffit que l'organe ait agi, au sein de la filiale, en sa qualité – sur le plan matériel ou formel – de délégué de la société mère. En revanche, le

¹⁴⁵³ CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 126 ; CASSANI, La lutte contre la corruption, p. 53 ; dans le même sens, dans le cadre du *Konzernoutsourcing*, RYSER, N 405 s. (sur le *Konzernoutsourcing*, voir N 1195 ss *infra*) ; dans le même sens, dans le cadre de la responsabilité individuelle des organes de la société mère, SCHMID, Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, p. 181.

¹⁴⁵⁴ Voir N 848 *supra*.

seul fait que l'auteur de l'infraction possède une double casquette, soit qu'il siège dans les deux conseils d'administration, ne suffit pas, si l'infraction n'est commise qu'en relation avec ses fonctions au sein de la filiale. Cela devrait en particulier être le cas s'il agit en sa qualité d'administrateur de la filiale uniquement, dans le cadre de l'autonomie décisionnelle¹⁴⁵⁵ que lui laisse la société mère. Ne saurait davantage en principe être considéré comme un agent de la société mère le conseil juridique externe à celle-ci, mais délégué par elle dans le conseil d'administration de la filiale, faute de lien organisationnel et hiérarchique suffisant entre les deux. Cela ne vaut toutefois que pour autant que ledit conseil ne soit pas, dans les faits, subordonné aux consignes de la maison mère.

La responsabilité de la société mère, développée sur le plan civil et fondée sur l'art. 55 CO nous semble également trouver un écho sur le plan pénal. En effet, si l'on garde à l'esprit que l'entreprise peut répondre des actes de n'importe lequel de ses collaborateurs, et non pas seulement de ceux de ses organes, on peut envisager le cas d'un simple auxiliaire de la maison mère, qui serait délégué au sein d'une société fille comme organe de fait ou de droit de celle-ci. On pourrait même envisager, bien que le cas de figure semble un peu marginal, que le collaborateur en question n'occupe que des fonctions subalternes au sein de la filiale. Si l'infraction commise par cette personne s'inscrit dans le cadre des instructions de la société mère ou de l'exécution d'une tâche imposée par la politique du groupe¹⁴⁵⁶, une responsabilité, cumulée et séparée, des deux entités entre en considération. Dans un tel cas en effet, l'employé doit être considéré comme l'agent tant de la société mère que de la filiale.

En définitive, il faut déterminer si, au regard des circonstances factuelles du cas d'espèce, l'individu qui a agi au sein de la filiale entretient avec la société mère le lien hiérarchique et organisationnel nécessaire pour admettre que l'infraction est réputée commise – également – au sein de celle-ci.

§ 2. La position de garant de l'agent de la maison mère

L'infraction est également réalisée « au sein » de la société mère si l'agent de cette dernière omet – intentionnellement si l'infraction n'est pas punissable par négligence – de prévenir une infraction, perpétrée par un employé de la filiale,

¹⁴⁵⁵ Voir à cet égard, en matière civile, CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 707 N 30.

¹⁴⁵⁶ Voir à cet égard, en lien avec la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 55 CO, SAUERWEIN, p. 81.

alors même qu'il occupe une position de garant¹⁴⁵⁷. Cette position de garant peut en particulier découler de sa qualité de chef d'entreprise – en l'occurrence de la filiale, voire d'une partie de celle-ci. Cette qualité suppose d'être investi de fonctions et responsabilités importantes au sein de l'entreprise, exercées de façon autonome¹⁴⁵⁸. De ces prérogatives découle le pouvoir de donner des instructions à ses subordonnés¹⁴⁵⁹. L'infraction doit avoir été commise dans la sphère de compétences du chef d'entreprise¹⁴⁶⁰.

1163 Ainsi, si l'auteur physique de l'infraction, collaborateur de la filiale, doit être considéré comme le subordonné, au sens de la doctrine pénale relative à la responsabilité du chef d'entreprise, d'un agent de la société mère, ce dernier occupe une position de garant. Il sera alors pénalement responsable des infractions commises par l'agent de la filiale et qu'il a consciemment tolérées ou, s'agissant d'infractions punissables par négligence, qu'il aurait pu empêcher. Cette omission de l'agent de la société mère sera imputée à celle-ci pour autant qu'un défaut d'organisation puisse lui être reproché. A cet égard, une précision s'impose. Dans la mesure où, conceptuellement parlant, la société mère répond du fait de son propre agent, c'est, dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, ce dernier qui ne doit pas être identifié pour que la responsabilité de la société mère puisse être engagée. En lien avec l'art. 102 al. 2 CP, il doit y avoir un défaut d'organisation de la maison mère en lien de causalité avec l'omission de son collaborateur, garant de l'infraction commise par l'employé de la filiale. Cela étant, en pratique, si on peut établir un rapport de causalité entre le défaut d'organisation de la société mère et l'acte de l'agent de la filiale, ce rapport devrait être également donné entre le manque d'organisation et le comportement – inactif – du garant.

1164 La première étape du raisonnement consiste à s'assurer que l'individu considéré entretient avec la société mère le lien hiérarchique et organisationnel nécessaire pour qu'il apparaisse agent de celle-ci. S'agissant d'une personne déléguée par la société mère pour exercer des fonctions au sein de la filiale, nous renvoyons à ce qui vient d'être dit sous § 1. *supra*, en lien avec la théorie de l'organe double et de la responsabilité de l'employeur.

1165 La seconde étape consiste à déterminer si cette personne occupe une position de garant pour les infractions commises par les employés de la filiale. Une telle

¹⁴⁵⁷ CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 126.

¹⁴⁵⁸ FREI, p. 64 ; dans ce sens également CASSANI, Infraction sociale, p. 55 ; ACKERMANN, § 4 N 83.

¹⁴⁵⁹ GARBARSKI, p. 331.

¹⁴⁶⁰ SCHMID, Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, p. 168.

position résultera tout d'abord de sa qualité d'organe de droit ou de fait de la filiale¹⁴⁶¹. A défaut d'une telle qualité, la question de savoir si l'agent de la société mère doit être considéré comme un « chef d'entreprise » de la filiale dépendra des circonstances du cas, soit de l'étendue de ses compétences, de son autonomie et, corollairement, de son pouvoir hiérarchique sur l'auteur physique de l'infraction, qui lui donnait la possibilité matérielle d'empêcher la commission de celle-ci.

Par ailleurs, on peut également se demander si les membres du conseil d'administration de la société mère peuvent occuper une position de garant à l'égard des infractions commises par les collaborateurs de la filiale, même sans occuper de fonctions au sein de celle-ci. En d'autres termes, est-ce que les attributions du conseil d'administration au sens de l'art. 716a CO qui sont en principe exercées, pour les groupes de sociétés, à l'échelle du groupe entier, fondent de manière générale une qualité de garant des membres du conseil d'administration pour les infractions perpétrées au sein des filiales ? Plus concrètement, le membre du conseil d'administration de la société mère, qui n'occupe pas de fonction dans les filiales, mais qui sait que l'on s'y livre à des actes de corruption peut-il en être tenu responsable pénalement et, dès lors, engage-t-il la responsabilité de la société mère ?

1166

A notre sens, la réponse est négative : la position de garant du membre du conseil d'administration pour les infractions commises au sein des filiales ne peut résulter du seul art. 716a CO¹⁴⁶². En effet, tout d'abord, la question de savoir si cette disposition permet, de manière générale, de fonder une position de garant du membre du conseil d'administration pour les infractions commises au sein de « sa » société est controversée¹⁴⁶³. A notre sens, cette disposition, en combinaison avec l'art. 717 al. 1 CO relatif au devoir de fidélité du conseil d'administration, permet de fonder une telle position du membre du conseil d'administration uniquement pour les infractions commises au préjudice de la société¹⁴⁶⁴. Destiné à la protection des intérêts sociaux, l'art. 716a CO, qui reste au demeurant relativement imprécis, ne consacre pas, pour les infractions commises à l'encontre de tiers ou de la collectivité, cette obligation juridique qualifiée qui fonde la position de garant¹⁴⁶⁵. Il nous semble d'ailleurs un peu

1167

¹⁴⁶¹ Voir CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 126.

¹⁴⁶² *Contra* BLATTNER, p. 365 s.

¹⁴⁶³ Pour : CASSANI, Infraction sociale, p. 71 s. ; *contra* FORSTER M., p. 139 ; GARBARSKI, p. 380 ; dans le même sens, HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; RYSER, N 391.

¹⁴⁶⁴ Dans ce sens, GARBARSKI, p. 378 s.

¹⁴⁶⁵ Dans ce sens, GARBARSKI, p. 380 ; FORSTER M., p. 139.

incongru de fonder, sur une norme protégeant les intérêts de la société, une position de garant qui, par le jeu de l'art. 102 CP, aurait pour effet de déclencher la responsabilité pénale de cette même société. Cela n'enlève évidemment rien au fait que le rôle de garant du membre du conseil d'administration peut découler d'une autre source, notamment de sa qualité de chef d'entreprise ou de membre du comité d'audit au sens de l'art. 716a al. 2 CO. Ainsi, si un membre du Conseil d'administration fait partie du comité d'audit et exerce ses activités de surveillance à l'échelle du groupe¹⁴⁶⁶, il occupera régulièrement une position de garant quant à l'intégrité des comptes des filiales¹⁴⁶⁷. Il pourra dès lors se voir pénalement reprocher le fait d'avoir sciemment fermé les yeux sur le système de caisses noires mis en place au sein de l'une des sociétés filles, et ayant permis le versement de pots-de-vin.

¹¹⁶⁸ *A fortiori*, le membre du conseil d'administration de la société mère n'occupe pas, en vertu de cette seule fonction, de position de garant pour les infractions commises à l'encontre de tiers au sein de la filiale. Et cela vaut d'autant plus que le conseil d'administration de la société mère n'a, si ce n'est en vertu de ses propres statuts, *aucune obligation*, en particulier envers l'Etat, d'exercer effectivement les tâches découlant de l'art. 716a CO. En conclusion, une position de garant des membres du conseil d'administration d'une société mère ne peut découler de cette seule qualité et la responsabilité pénale de celle-ci ne peut donc en résulter.

D. Le groupe comme société simple

¹¹⁶⁹ La question de savoir si un groupe de sociétés peut, suivant les circonstances, être qualifié de société simple au sens des art. 530 ss CO est controversée¹⁴⁶⁸. Une telle théorie serait *a priori* susceptible d'avoir des répercussions dans le contexte de la responsabilité pénale des groupes de sociétés puisque la doctrine majoritaire admet que l'art. 102 al. 4 let. c CP comprend les sociétés simples¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁶ Sur la nécessité, pour le comité d'audit, d'exercer sa surveillance à l'échelle du groupe, PETER, De quelques conséquences, p. 179.

¹⁴⁶⁷ Sur les tâches du comité d'audit, VON PLANTA, p. 44 s ; voir aussi l'art. 24 CSBP.

¹⁴⁶⁸ L'opinion a été développée par PETER/BIRCHLER (*in toto*) et a été rejetée par plusieurs auteurs, notamment HUBER/VON BÜREN, *in toto* ; BÖCKLI, § 11 N 164 ; voir aussi, en réponse aux critiques de HUBER/VON BÜREN, CAVADINI-BIRCHLER/PETER, *in toto*. Pour une synthèse de la question - de laquelle il ressort que, sans avoir jamais admis la thèse de la société simple, le Tribunal fédéral ne l'a pas non plus expressément rejetée - voir PETER, Retour sur sujet, *in toto*.

¹⁴⁶⁹ Notamment MACALUSO, La responsabilité pénale, N 605 ss ; SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit, p. 770 ; MEIER, p. 112 ; MOREILLON, p. 33 s.

Nous avons en particulier à l'esprit, pour le sujet qui nous occupe, la figure du *consortium* de construction, qui est considéré comme une société simple.

Nous nous garderons d'entrer dans le débat. L'analyse nous semble trop délicate pour pouvoir être menée à bien en quelques pages, et un examen plus détaillé dépasserait largement l'objectif de la présente étude. Elle n'est en sus à notre sens pas déterminante pour la question de l'imputation de la responsabilité pénale au sein du groupe. Car si la doctrine admet que la société simple rentre, sur le principe, dans la liste de l'art. 102 al. 4 CP, l'application concrète de l'art. 102 CP en présence d'une société simple n'est pas encore résolue. Une telle application nous apparaît malaisée, ce d'autant lorsque les membres de la société simple sont des personnes morales¹⁴⁷⁰.

En effet, à notre sens, lorsqu'une société simple se compose d'entités collectives, l'infraction doit être considérée comme commise non pas au sein de la société simple, prise dans son ensemble, mais de la personne morale dont l'auteur physique de l'infraction est le collaborateur¹⁴⁷¹. Nous discernons en effet mal comment reprocher à une entité collective de ne pas avoir surveillé un individu, respectivement de ne pas en permettre l'identification, à défaut d'un quelconque lien hiérarchique ou organisationnel entre cette personne et la société considérée. En d'autres termes, l'existence d'une société simple n'a en principe pas d'incidence dans le contexte d'une infraction perpétrée au sein d'une des entreprises, au sens de l'art. 102 al. 4 CP, qui la composent.

Reste réservé le cas où l'auteur physique peut être considéré comme un agent *de facto* d'une autre entreprise de la société simple. En outre, une responsabilité cumulative des membres de celle-ci entre bien entendu en ligne de compte lorsque plusieurs agents, appartenant à des entreprises différentes, ont participé à l'infraction.

En conclusion, la théorie de la société simple nous paraît de toute façon inadaptée pour appréhender la responsabilité pénale des groupes de sociétés, et nous ne nous y attardons donc pas.

¹⁴⁷⁰ Voir aussi CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s), p. 128.

¹⁴⁷¹ Nous relevons d'ailleurs que les membres d'une société simple ne répondent pas civilement des faits illicites perpétrés par l'un d'eux, sauf bien entendu en cas de participation à l'acte considéré (CHAPPUIS, p. 79). CHAPPUIS en tire la conclusion que la théorie de la société simple ne permet pas de fonder une responsabilité civile du groupe (p. 88 s.).

E. La position de garant

1174 Le cas de figure que nous envisageons à présent est celui dans lequel l'infraction est commise exclusivement au sein de la filiale. En d'autres termes, l'auteur physique est un collaborateur ou un organe de la filiale et n'entretient pas ce lien hiérarchique et organisationnel avec la société mère, nécessaire pour une imputation directe de ses actes à celle-ci.

§ 1. Le raisonnement de base

1175 Pour construire la responsabilité de la société mère à raison d'actes commis au sein de sa filiale, la doctrine recourt indistinctement à la notion de garant¹⁴⁷² – on notera le parallèle avec la responsabilité du chef d'entreprise – et de *Durchgriff*¹⁴⁷³. A notre sens, conceptuellement parlant, ces deux figures juridiques n'appellent pas le même raisonnement. En effet, la première permet de considérer la société mère comme responsable des infractions commises au sein de sa filiale, alors que la théorie du *Durchgriff* suppose que l'on fasse abstraction de la distinction juridique entre la maison mère et sa filiale, de sorte qu'une infraction commise au sein de la seconde est réputée réalisée au sein de la première. Cela étant, la divergence dans le raisonnement n'emporte pas de conséquences pratiques pour la responsabilité de la société mère à raison d'actes commis au sein de ses filiales, la doctrine utilisant les mêmes conditions et conséquences pour les deux constructions juridiques. D'ailleurs, la doctrine raisonne sur la base du concept de garant, bien qu'elle utilise en parallèle le terme « *Durchgriff* ».

1176 En revanche, la distinction n'est pas inutile au moment d'appréhender la problématique du cumul des responsabilités de la société mère et de la filiale. En effet, l'imputation, à la maison mère, d'une infraction commise au sein de sa filiale sur le fondement d'une position de garant conduit à une responsabilité cumulative des deux entités, cette construction juridique n'ayant pas pour effet d'exculper la société fille. En revanche, si l'on raisonne sur la base du *Durchgriff*, c'est, en bonne logique, la maison mère qui devrait endosser, à l'exclusion de sa

¹⁴⁷² MACALUSO, La responsabilité pénale, N 570 ; MACALUSO, Infractions de corruption, p. 36 ; MEIER, p. 239 ss ; BSK StGB–NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 423 ; GFELLER, p. 291 ; PERRIN, La répression, p. 316 ; PERRIN, La responsabilité pénale, p. 272.

¹⁴⁷³ Voir notamment HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; ROTH, Nouvel acteur, p. 86 ss ; ROTH, Modèles de réflexion, p. 369 ; FORSTER M., p. 137 ; en lien avec la responsabilité des organes de la société mère, SCHMID, Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, p. 180 ss.

filiale, la responsabilité fondée sur l'art. 102 CP¹⁴⁷⁴. Nous reviendrons ultérieurement sur la question du cumul des responsabilités¹⁴⁷⁵.

Par ailleurs, à notre sens, l'utilisation du terme *Durchgriff* n'est pas adéquate, car cette notion, sur le plan du droit pénal, ne peut avoir le même contenu que celui qu'on lui donne généralement en matière civile¹⁴⁷⁶. Le concept d'abus de droit tel que développé sur le plan civil trouve en particulier difficilement sa place dans le mécanisme d'imputation d'une responsabilité pénale¹⁴⁷⁷. Il en va de même des notions d'« apparences créées » et de « confiance suscitée »¹⁴⁷⁸, qui proviennent du fait qu'en droit civil, la responsabilité de la société mère s'examine en rapport avec les prétentions d'un tiers. En outre, la théorie du *Durchgriff* est fondée sur la qualité d'actionnaire dominant de la société mère¹⁴⁷⁹. En revanche, la responsabilité de la société mère en droit pénal est basée sur la prise de contrôle effective, par celle-ci, de l'organisation de sa filiale.

Nonobstant les termes utilisés, la doctrine admet, selon les circonstances, la responsabilité de la société mère pour les infractions commises au sein d'une société fille sur la base du raisonnement suivant : les rapports entre la maison mère et ses filiales font que la première peut devoir assumer une responsabilité dans l'organisation des deuxièmes, en d'autres termes qu'il lui appartient de prendre des mesures d'organisation et de surveillance pour ses filiales. Ces devoirs organisationnels font partie des mesures utiles au titre de l'art. 102 CP et ils fondent une position de garant. Si la société mère viole ses obligations nées d'une telle position, elle peut être tenue pénalement responsable de l'infraction commise. Le raisonnement est similaire à celui développé en matière de punissabilité du chef d'entreprise, avec une « couche » supplémentaire : une infraction est commise par un agent d'une filiale ; l'infraction est imputée à la société par le jeu de l'art. 102 CP ; la société mère en répond également car elle avait un devoir juridique qualifié, fondant une position de garant, qu'elle a omis

¹⁴⁷⁴ Pour être précise, nous relevons que la doctrine de droit commercial effectue la différence entre le *Durchgriff* proprement dit et improprement dit : le premier entraîne la responsabilité exclusive de la maison mère, le second la responsabilité solidaire des deux sociétés (voir SAUERWEIN, p. 325 ; ATF 137 III 550, consid. 2.3.1). SAUERWEIN observe toutefois que la théorie du *Durchgriff* improprement dit ne revêt qu'une portée juridique limitée, dès lors que d'autres constructions juridiques permettent de faire répondre solidairement la société mère des dettes de sa filiale, et que cette responsabilité de la maison mère découle généralement de son comportement propre (voir SAUERWEIN, p. 317 ss).

¹⁴⁷⁵ Voir N 1244 ss *infra*.

¹⁴⁷⁶ FORSTER M., p. 133 ; dans le même sens, SCHMID, Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, p. 181.

¹⁴⁷⁷ Dans le même sens, FORSTER M., p. 133.

¹⁴⁷⁸ *Contra* MACALUSO, La responsabilité pénale, N 579.

¹⁴⁷⁹ HEINIGER, N 138.

de satisfaire. Cette obligation spéciale naît de la prise effective d’une telle position. Le Tribunal fédéral a d’ailleurs récemment confirmé qu’une position de garant pouvait naître de l’endossement effectif d’un tel rôle¹⁴⁸⁰.

1179 La question est maintenant de savoir quels sont les critères qui permettent de retenir, à charge de la société mère, les obligations organisationnelles dont elle sera garante.

§ 2. Brève incursion en droit européen de la concurrence

1180 La doctrine cite, comme élément central pour admettre la responsabilité de la société mère, l’unité économique entre les sociétés¹⁴⁸¹. Elle tire ce critère de la jurisprudence bien établie de la CJUE – anciennement CJCE – en matière de droit de la concurrence¹⁴⁸². Le droit européen de la concurrence utilise en effet le concept d’entreprise – au lieu de personne morale ou de société –, qui se caractérise par l’unité économique que forment les différentes entités qui la composent.

1181 Dans le contexte des groupes de sociétés, la CJUE considère que « le comportement d’une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu’ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l’essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère (...), eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (...). [I]l en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d’une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise (...). Ainsi, le fait qu’une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l’article 81 TCE¹⁴⁸³ permet à la Commission d’adresser une décision imposant des amendes à la société mère, sans qu’il soit requis d’établir l’implication personnelle de cette dernière dans l’infraction »¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸⁰ ATF 141 IV 249, consid. 1.4.1, JdT 2016 IV 170.

¹⁴⁸¹ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 576 ; HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; PERRIN, La répression, p. 316.

¹⁴⁸² Voir ROTH, Nouvel acteur, p. 87 ; voir aussi MACALUSO, La responsabilité pénale, N 576 ss.

¹⁴⁸³ Soit l’actuel art. 101 TFUE.

¹⁴⁸⁴ CJCE, Akzo Nobel NV e.a. c/Commission des Communautés européennes, Affaire C-97/08 P, 10 septembre 2009, §§ 58 et 59 ; CJCE, Elf Aquitaine SA c/Commission européenne, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011, §§ 54, 55 et 88 ; CJUE, Versalis SpA et Eni SpA c/Commission européenne, Affaires jointes C-93/13 P et C-123/13 P, 5 mars 2015, § 40.

Lorsque la filiale est contrôlée à (quasi) 100% par la maison mère, la CJUE pose une présomption réfragable selon laquelle la société mère exerce effectivement sur sa filiale une influence déterminante, eu égard en particulier à la politique commerciale de cette dernière, ce qui entraîne la responsabilité solidaire de la maison mère pour l'amende infligée à la filiale en raison de la violation du droit européen de la concurrence¹⁴⁸⁵. Ainsi, selon la jurisprudence européenne, le seul fait, pour un groupe de sociétés, d'être considéré comme une entreprise, au sens des art. 101 TFUE et 23 § 2 let. a du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité de l'UE, entraîne la responsabilité solidaire de la maison mère, étant précisé que l'autorité sanctionnatrice a le choix du répondant de l'amende¹⁴⁸⁶.

1182

Pour apprécier le fonctionnement autonome de la filiale sur le marché, la CJUE tient compte de « l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent cette filiale à la société mère, lesquels peuvent varier selon les cas et ne sauraient donc faire l'objet d'une énumération exhaustive »¹⁴⁸⁷. Quelques-uns de ces critères peuvent être dégagés de jurisprudences ponctuelles de la CJUE, tels que le fait que le personnel soit directement employé par la société mère et que la filiale ne soit propriétaire d'aucun actif¹⁴⁸⁸, l'identité des dirigeants des deux sociétés¹⁴⁸⁹, la dépendance de la filiale par rapport à la maison mère dans le cadre des rapports

1183

¹⁴⁸⁵ Notamment CJCE, Akzo Nobel NV e.a. c/Commission des Communautés européennes, Affaire C-97/08 P, 10 septembre 2009, § 60 ; CJCE, Elf Aquitaine SA c/Commission européenne, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011, §§ 56 et 57 ; CJUE, Versalis SpA et Eni SpA c/Commission européenne, Affaires jointes C-93/13 P et C-123/13 P, 5 mars 2015, § 41. La présomption n'est pas infirmée par l'existence d'une autre société interposée entre la société holding et sa filiale (§ 43).

¹⁴⁸⁶ Il est ainsi loisible à la CJUE, en application du principe de l'opportunité, de ne sanctionner qu'une des sociétés du groupe de son choix (voir FORSTER M., p. 143).

¹⁴⁸⁷ CJCE, Akzo Nobel NV e.a. c/ Commission des Communautés européennes, Affaire C-97/08, 10 septembre 2009, § 74 ; CJCE, Elf Aquitaine SA c/ Commission européenne, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011, § 58 ; dans le même sens CJUE, Fresh Del Monte Produce Inc. c/ Commission européenne et Commission européenne contre Fresh Del Monte Produce Inc., Affaires jointes C-293/13 P et C-294/13 P, 24 juin 2015, § 76. Le défaut d'autonomie s'illustre en particulier dans le fait que la société mère exerce un contrôle effectif sur la politique commerciale et les décisions stratégiques de sa filiale ou dans l'identité des dirigeants des deux sociétés. La non-immixtion de la société mère dans les affaires quotidiennes de sa filiale ne suffit pas pour reconnaître l'autonomie de cette dernière (voir SKOCCZYLAŚ, p. 79 s.).

¹⁴⁸⁸ Voir TPICE, Mo Och Domsjö AB, Affaire T-352/94, 14 mai 1998, §§ 92-94 ; voir aussi la décision 94/601/CE de la Commission européenne du 13 juillet 1994 dans la même affaire, IV/C/33.833 — Carton, § 153. Cette affaire constituait un cas particulièrement flagrant de dépendance totale de la filiale par rapport à la société mère, la première ne disposant en sus que d'un faible capital ; en outre, deux sociétés du groupe étaient impliquées dans l'infraction. Dans le même sens, eu égard à la dépendance de la filiale par rapport à la société mère en lien avec les ressources humaines, CJUE, Knauf Gips KG c/Commission européenne, Affaire C-407/08P, 1^{er} juillet 2010, § 101 s.

¹⁴⁸⁹ CJUE, Knauf Gips KG c/Commission européenne, Affaire C-407/08P, 1^{er} juillet 2010, § 66 s.

contractuels découlant de leurs activités commerciales respectives¹⁴⁹⁰, ou encore les injonctions directes et précises données par la maison mère en lien avec la politique commerciale de sa fille, et les pressions exercées par la première sur la deuxième dans ce cadre¹⁴⁹¹. Ces éléments sont toutefois toujours mentionnés relativement aux circonstances du cas d'espèce et la CJUE, malgré le nombre de décisions qu'elle a rendues en la matière, n'a pas développé de jurisprudence constante sur la nature des indices pertinents¹⁴⁹².

1184 Le recours à la jurisprudence européenne nous semble avoir ses limites. Celle-ci nous paraît tout d'abord trompeuse car, à la lire, le seul critère de l'unité économique suffit pour admettre qu'un groupe forme une entreprise au sens du droit européen de la concurrence et, partant, pour faire répondre, au choix, la filiale ou la maison mère de l'amende infligée. Or, s'il ne saurait être question de faire répondre une société des actes commis au sein d'une autre sans unité économique, une telle unité est précisément l'objectif de tout groupe de sociétés¹⁴⁹³. Et la doctrine de droit commercial qualifie volontiers un groupe de sociétés d'« entreprise », puisqu'il s'agit d'une unité économique¹⁴⁹⁴. Mais la simple existence d'un groupe ne permet pas encore, selon la jurisprudence de la CJUE, d'imputer le comportement anticoncurrentiel de la filiale à la maison mère.

1185 En effet, le contrôle à 100% d'une société sur une autre ne fait que poser une présomption réfragable d'unité économique. Même le seul exercice, par la maison mère, des compétences minimales nécessaires pour admettre une direction unique ne devrait pas suffire à reconnaître, *ipso facto*, la responsabilité de la société mère en vertu du droit européen de la concurrence. En particulier, une filiale peut se comporter, certes dans un degré moindre qu'une société totalement indépendante économiquement, de façon suffisamment autonome sur le marché pour qu'elle puisse être considérée comme une entreprise à part entière. En d'autres termes, les notions d'« unité économique » et

¹⁴⁹⁰ Voir CJUE, *Fresh Del Monte Produce Inc. c/Commission européenne et Commission européenne contre Fresh Del Monte Produce Inc.*, Affaires jointes C-293/13 P et C-294/13 P, 24 juin 2015, §§ 86 et 90.

¹⁴⁹¹ Voir CJUE, *Fresh Del Monte Produce Inc. c/ Commission européenne et Commission européenne contre Fresh Del Monte Produce Inc.*, Affaires jointes C-293/13 P et C-294/13 P, 24 juin 2015, § 93.

¹⁴⁹² Dans le même sens, TERRIEN, p. 3.

¹⁴⁹³ Voir BÖCKLI, § 11 N 3 ; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, p. 663 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 36 ; voir aussi les définitions que PETER donne de la direction unique et du pouvoir de contrôle, centrées sur la maîtrise de l'activité économique du groupe (L'action révocatoire, p. 39 ; les définitions sont exposées sous N 1089 *supra*). L'unité économique entre les sociétés est bien illustrée par le système du *cash pooling* – ou gestion centralisée de la trésorerie – fréquemment utilisé entre les sociétés d'un groupe. Sur la notion de *cash pooling*, voir DUNANT, p. 21 ss.

¹⁴⁹⁴ Voir notamment, BÖCKLI, § 11 N 431 : « [d]er Konzern ist wirtschaftlich ein *Gesamtunternehmen* ».

d'« entreprise » n'ont pas la même acception selon le droit européen de la concurrence et les auteurs de droit commercial. Or, il nous semble sujet à confusion d'utiliser, pour la responsabilité pénale des groupes de sociétés, des notions qui sont utilisées de manière différente par la doctrine commerciale des groupes.

En outre, le terme « unité économique », utilisé par la jurisprudence européenne, apparaît peu précis et varie dans son intensité selon les groupes. Et l'on utilisera certainement les mêmes critères pour l'appréciation du degré d'unité économique que ceux pertinents pour l'admission d'une position de garant de la société mère. Le raisonnement devient donc rapidement circulaire.

De plus, le sujet de la sanction en droit européen de la concurrence est l'« entreprise », laquelle peut être composée d'entités juridiquement indépendantes. Dans cette hypothèse, la Commission européenne a le choix du répondant de l'amende. Mais tout groupe de sociétés ne constitue pas une entreprise selon le droit européen de la concurrence.

En conséquence, il nous semble que le recours à la jurisprudence de la CJUE pour le sujet qui nous occupe ne permet pas de clarifier le débat. En outre, la présomption de responsabilité de la société mère en matière de droit de la concurrence ne va pas sans poser problème sous l'angle de la présomption d'innocence. Enfin, la portée des critères pour l'appréciation de l'influence effective de la société mère sur sa filiale, que l'on peut dégager d'arrêts épars de la CJUE, reste limitée, dans la mesure où celle-ci n'a pas développé de jurisprudence générale relativement à ces indices.

§ 3. Les critères fondant la position de garant

Comme indiqué sous § 2. *supra*, l'unité économique est le premier élément mis en avant pour construire une position de garant de la société mère. En revanche, les auteurs s'accordent sur le fait qu'un tel critère n'est pas suffisant¹⁴⁹⁵. En d'autres termes, la seule existence d'un groupe de sociétés tel que nous l'avons défini sous II.A *supra*, soit le seul exercice, par la maison mère, des compétences nécessaires à la mise en œuvre de la direction unique, ne suffit pas encore à faire de la société mère un garant.

¹⁴⁹⁵ Notamment FORSTER M., p. 136 ; HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; ambigu, MACALUSO, La responsabilité pénale, N 578 s. On rappellera qu'en droit civil également, la seule existence du groupe ne suffit pas pour admettre la responsabilité de la société mère pour le comportement de ses filiales.

- 1190 FORSTER relève à cet égard que les devoirs d’agir résultant du droit civil, en particulier les tâches décrites à l’art. 716a CO, ne constituent pas une source juridique fondant une position de garant¹⁴⁹⁶. Cet auteur souligne que l’exercice de la direction unique par la société mère concerne en premier lieu les rapports internes et n’a pas pour vocation générale de protéger les intérêts de l’Etat¹⁴⁹⁷. Les tâches minimales découlant de cet exercice – telles la détermination des objectifs stratégiques ou l’organisation de la structure du groupe – ne sont pas suffisamment concrètes pour constituer les obligations juridiques qualifiées du garant¹⁴⁹⁸. Enfin, des exigences pénalement contraignantes en matière de mise en œuvre de la direction unique n’apparaissent que difficilement compatibles avec la déconcentration d’entreprises et la protection de l’autonomie de la filiale¹⁴⁹⁹.
- 1191 Dès lors, la position de garant de la société mère ne résulte pas encore de ses compétences minimales en matière de détermination de l’orientation économique de ses filiales, conformément aux objectifs généraux du groupe. Ce statut découlera du fait que, allant au-delà des tâches indispensables à l’exercice de la direction unique, la maison mère assure effectivement l’organisation de tout ou partie des sociétés du groupe¹⁵⁰⁰. Comme indices d’une telle prise de pouvoir, la doctrine évoque les éléments suivants : l’identité personnelle des dirigeants ; l’intégration des structures d’organisation ; un management organisationnel unifié ; la centralisation du système de gestion des risques et des dispositifs de sécurité ; des instructions suffisamment concrètes de la maison mère relatives à des questions organisationnelles et entrepreneuriales spécifiques ; la fourniture, par la société mère, de prestations essentielles dans le domaine où les carences organisationnelles ont été constatées¹⁵⁰¹.
- 1192 Ainsi, si la société mère assume des compétences organisationnelles au sein de ses filiales, elle doit simultanément mener ces tâches à bien et une telle obligation fonde une position de garant. Dans cette optique, sera déterminante la marge de manœuvre concrètement laissée à la filiale pour influencer sur les mesures organisationnelles en matière de gestion et de surveillance des ressources humaines (art. 102 al. 1 CP) et/ou de préventions des infractions

¹⁴⁹⁶ FORSTER M., p. 139 ; dans le même sens, HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; RYSER, N 391.

¹⁴⁹⁷ FORSTER M., p. 139 ; dans le même sens, RYSER, N 391.

¹⁴⁹⁸ FORSTER M., p. 139 ; dans le même sens, RYSER, N 391 s ; voir aussi DAN quant à l’exigence de précision de l’obligation juridique fondant la position de garant (N 208 ss).

¹⁴⁹⁹ FORSTER M., p. 139 s.

¹⁵⁰⁰ FORSTER M., p. 140 s. ; HOFFMANN/WYSER, p. 34.

¹⁵⁰¹ HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; FORSTER M., p. 141.

listées à l'art. 102 al. 2 CP¹⁵⁰². En d'autres termes, la question est de savoir si la société mère avait la *maîtrise effective*¹⁵⁰³ du processus organisationnel permettant d'empêcher la commission des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, respectivement d'identifier l'auteur physique du crime perpétré au sein de la filiale.

Enfin, la société mère doit avoir omis de prendre les devoirs organisationnels que lui imposait sa position de garant¹⁵⁰⁴. MACALUSO subordonne ainsi la punissabilité de la société mère au fait que l'on puisse reprocher à cette dernière le manque d'organisation de sa filiale, lequel peut donc lui être imputé¹⁵⁰⁵. Cette position revient à reprocher à la société mère un défaut d'organisation qui lui est propre, les carences organisationnelles de la filiale découlant du manque d'organisation de la maison mère. Dans la même optique, FORSTER souligne qu'en vertu du principe de la faute en droit pénal le défaut d'organisation doit être propre à la maison mère¹⁵⁰⁶.

Une fois la position de garant de la société mère admise, reste à savoir si cette dernière répond de l'infraction à titre exclusif ou conjointement, aux côtés de sa filiale. MACALUSO penche pour la première solution¹⁵⁰⁷, étant rappelé que celle-ci correspond à la théorie civile du *Durchgriff* (proprement dit¹⁵⁰⁸), qui veut que la maison mère réponde à la place de sa filiale. HEINE, en revanche, a semblé privilégier la deuxième approche¹⁵⁰⁹. Pour FORSTER également, la responsabilité est cumulative lorsqu'il peut être reproché et à la société mère, qui occupe une position de garant, et à la filiale, un défaut d'organisation¹⁵¹⁰.

F. En cas d'outsourcing au sein du groupe

Comme déjà indiqué¹⁵¹¹, l'outsourcing peut, de manière schématique, se définir comme le fait, pour une entreprise, de charger un tiers d'assurer pour elle, de

¹⁵⁰² FORSTER M., p. 141 ; dans le même sens, HOFFMANN/WYSER, p. 35.

¹⁵⁰³ Sur ce critère de la maîtrise effective en matière de responsabilité civile, PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 189.

¹⁵⁰⁴ HOFFMANN/WYSER, p. 35.

¹⁵⁰⁵ MACALUSO, La punissabilité, p. 7 ; CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 19 ; dans le même sens, PERRIN, Corruption active, p. 267.

¹⁵⁰⁶ FORSTER M., p. 136.

¹⁵⁰⁷ MACALUSO, La responsabilité pénale, N 585.

¹⁵⁰⁸ Voir note 1474.

¹⁵⁰⁹ HEINE, Modèle, p. 147 ; dans le même sens, dès lors que le défaut d'organisation peut être reproché tant à la société mère qu'à sa filiale, MEIER, p. 109.

¹⁵¹⁰ FORSTER M., p. 144.

¹⁵¹¹ Voir N 556 ss *supra*.

manière indépendante et durable, une tâche en lien avec ses activités commerciales et, donc, relevant normalement de son ressort.

1196 L'outsourcing est à l'heure actuelle un outil très utilisé tant dans un but de réduction des coûts que pour des motifs d'objectifs stratégiques, également au sein des groupes de sociétés¹⁵¹². La doctrine germanophone parle à cet égard de « *Konzernoutsourcing* »¹⁵¹³. On rappellera en particulier que la fonction de *compliance* peut en principe être externalisée¹⁵¹⁴, ce qui était d'ailleurs le cas dans le groupe Alstom, où la *compliance* a été centralisée dans trois sociétés du groupe, dont Alstom Network Schweiz AG, qui a été créée exprès pour assumer cette fonction.

1197 Selon la doctrine, la société mère ne peut être rendue responsable des infractions commises dans le cadre d'activités outsourcées à sa filiale que si elle assume un devoir de mise en place de mesures organisationnelles fondant une position de garant¹⁵¹⁵, ce qui rejoint la position selon laquelle, de manière générale dans le domaine de l'outsourcing, la responsabilité de l'entreprise délégante suppose que cette dernière assume un rôle de garant. On rappellera en particulier que l'art. 8 LBA assoit une telle position eu égard aux obligations que cette disposition contient¹⁵¹⁶. Ainsi, les fondements de la responsabilité de l'entité délégante ne diffèrent pas selon que l'externalisation est pratiquée entre sociétés juridiquement et économiquement indépendantes ou au sein d'un groupe¹⁵¹⁷. Toutefois, en cas de *Konzernoutsourcing*, la qualité de garant de la société mère pourra également découler de son influence factuelle sur l'organisation de ses filiales¹⁵¹⁸.

1198 Par ailleurs, le recours à la figure juridique du garant comme justification de la responsabilité de la maison mère qui externalise certaines de ses activités à ses filiales signifie que la doctrine ne distingue pas, sur le plan du fondement de la responsabilité de la société mère pour les actes commis au sein de sa filiale, selon que l'infraction a été commise dans le cadre d'activités outsourcées ou non. Une telle approche nous semble bienvenue car elle présente l'avantage de ne pas

¹⁵¹² Voir Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Outsourcing, p. 1 ; voir aussi p. 6 pour plus de détails concernant les motifs du recours à l'outsourcing.

¹⁵¹³ Parmi beaucoup d'autres, ALTHAUS STÄMPFLI, p. 195 ; RYSER, N 11 ; BRÄNDLI, N 10.

¹⁵¹⁴ Sur les restrictions à cet égard dans le secteur bancaire, voir Circ.-FINMA 17/xx « *Outsourcing* – banques et assurances », § 13 ; FINMA, Rapport explicatif « *Outsourcing* », p. 9 s.

¹⁵¹⁵ RYSER, N 385 ; FORSTER M., p. 159 ; NIGGLI/GFELLER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 174 s. ; GFELLER, p. 285 ; HOFFMANN/WYSER, p. 35.

¹⁵¹⁶ RYSER, N 357 et 394.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, N 384 ss.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, N 397 s.

faire de différence en fonction du caractère, externalisé ou non, de l'activité en question. Or, au sein d'un groupe de sociétés, la délimitation entre les tâches qui doivent être considérées comme outsourcées et celles qui ne le sont pas peut se révéler ardue. En effet, au contraire d'un outsourcing « ordinaire », la répartition organisationnelle des tâches dans le cadre d'un *Konzernoutsourcing* ne se base généralement pas sur un contrat – singulièrement un contrat écrit –, mais repose sur les relations factuelles entre la société mère et sa filiale¹⁵¹⁹. La distinction s'avèrera encore plus difficile si l'on admet que l'externalisation peut également couvrir des tâches que l'entreprise délégante n'a jamais elle-même assumées. Nous verrons toutefois sous 8.b)i. *infra* qu'il reste parfois nécessaire de déterminer si la tâche assurée par la filiale doit être, ou non, considérée comme outsourcée, étant donné que l'art. 8 LBA et, surtout, l'art. 28 al. 1 OBA-FINMA, s'appliquent en cas de *Konzernoutsourcing*.

On soulignera par ailleurs que l'actuelle circulaire de la FINMA sur l'outsourcing bancaire n'est que partiellement applicable dans le cadre d'externalisations pratiquées au sein du groupe et, qu'en particulier, le principe n° 3, qui ne libère pas la société outsourçante de sa responsabilité à l'égard de la FINMA en lien avec le domaine d'activités transféré, ne s'applique pas dans le cadre d'un groupe de sociétés¹⁵²⁰. Les principes applicables au *Konzernoutsourcing* concernent essentiellement les devoirs de confidentialité et d'informations aux clients¹⁵²¹. La situation est toutefois amenée à changer dès le 1^{er} juillet 2017, puisque la nouvelle circulaire de la FINMA ne fait pas de distinction en cas d'outsourcing intragroupe¹⁵²². Quant au Comité de Bâle, dans son document intitulé « *Outsourcing in Financial Services* », dans lequel sont détaillées les mesures utiles pour prévenir les risques liés à l'outsourcing, il préconise le respect des principes qui y sont contenus également dans le cadre d'une externalisation intragroupe, même si, dans ce cas, la relation particulière entre les entités délégantes et délégataires peut justifier des aménagements spécifiques¹⁵²³.

Enfin, il faut rappeler que, si dans le cadre d'un outsourcing intragroupe la société mère détache au sein de la filiale ses propres ressources humaines, voire

1199

1200

¹⁵¹⁹ RYSER, N 11 et N 383 ; NIGGLI/GFELLER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 174.

¹⁵²⁰ Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », §§ 6 et 8, en lien avec les §§ 26 s. Par ailleurs, il est entendu que chaque société du groupe sise en Suisse doit respecter la circulaire dans son ensemble (FINMA, FAQ outsourcing, question 8).

¹⁵²¹ Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques », §§ 8 et 34 ss.

¹⁵²² FINMA, Rapport explicatif « *Outsourcing* », p. 3.

¹⁵²³ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Outsourcing*, p. 4.

qu'elle intègre à son organisation à elle du personnel de sa filiale, l'auteur physique de l'infraction commise au sein des activités outsourcées pourra être considéré comme un agent de la société mère, qui répondra donc directement de l'infraction commise.

G. Le groupe comme entreprise au sens de l'art. 102 CP : la thèse de HEINIGER

1201 A contre-courant de la doctrine majoritaire, HEINIGER, dans sa thèse consacrée à l'application de l'art. 102 CP au groupe de sociétés, considère qu'il ne se justifie pas de reconnaître le *Trennungsprinzip*. A noter que si la position de HEINIGER reste à l'heure actuelle isolée en Suisse¹⁵²⁴, l'*enterprise theory* du droit anglo-saxon, qui correspond peu ou prou à celle de HEINIGER, paraît gagner de l'importance en droit américain¹⁵²⁵. En outre, il nous semble que la tendance, de manière générale, est à un détachement des critères formels au profit d'une prise en considération de la réalité matérielle, en particulier économique. Cette inclinaison s'illustre notamment dans le fait que plusieurs des sources que nous avons examinées sous B. *supra* ne font pas de différence, sur le plan des mesures organisationnelles, entre l'entreprise composée d'établissements juridiques dépendants (succursales) et le groupe de sociétés¹⁵²⁶.

1202 Selon HEINIGER, la prise en considération de l'indépendance juridique entre les sociétés d'un groupe conduit à des résultats insatisfaisants en ce qu'elle permettrait à une entreprise de diviser ses tâches en les déléguant à une pluralité de sociétés et, ainsi, de se soustraire à la sanction pénale, en empêchant en même temps que les sociétés affiliées puissent être tenues pour responsables¹⁵²⁷. Le raisonnement de base est le suivant : plus la taille d'une entreprise est importante, plus il sera difficile, en raison de la segmentation de la production et du nombre élevé de collaborateurs, d'identifier l'auteur physique de l'infraction. Si, en outre, plusieurs sociétés sont impliquées dans le processus entrepreneurial, il peut être difficile de déterminer au sein de quelle entité

¹⁵²⁴ Voir toutefois OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 3, décembre 2011, § 30 : les représentants helvétiques ont indiqué aux rapporteurs de l'OCDE qu'une infraction commise par un intermédiaire ou une filiale était réputée commise « au sein » d'une entreprise au sens de l'art. 102 CP.

¹⁵²⁵ Voir VON BÜREN, Der Konzern, pp. 174 s. et 583 s.

¹⁵²⁶ Voir art. 6 al. 1 OBA-FINMA ; Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques » (révisée pour entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2017), § 136.5.

¹⁵²⁷ HEINIGER, N 455.

l'infraction a été commise¹⁵²⁸. Une telle absence de preuve conduirait donc à l'acquittement des sociétés potentiellement concernées¹⁵²⁹.

Ainsi, HEINIGER « simplifie » encore, sur le plan dogmatique à tout le moins, le raisonnement, puisqu'il ne recourt pas à la notion de garant. Effectuant la dichotomie entre destinataire de la norme et sujet de la sanction¹⁵³⁰, cet auteur estime que tout groupe, pris dans son ensemble, est une entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP¹⁵³¹. Il se réfère en cela à la doctrine de droit commercial qui admet que le groupe de sociétés constitue une entreprise. HEINIGER considère donc le groupe comme une unité¹⁵³².

La position de cet auteur a pour conséquence que l'infraction est réputée réalisée « au sein » du groupe en général, et non pas « au sein » de la société particulière dont l'agent a commis l'infraction. En d'autres termes, le destinataire de l'art. 102 CP est le groupe de sociétés. Reste ensuite à savoir quelle société du groupe sera le sujet de la sanction, en d'autres termes, laquelle doit répondre de l'amende. Selon la théorie de HEINIGER, il s'agira en principe de la société mère, qui est le titulaire juridique de l'entreprise, à l'exclusion de la filiale¹⁵³³.

Cet auteur admet toutefois la punissabilité cumulative de la maison mère et de sa filiale si la seconde dispose d'une indépendance suffisante pour pouvoir être considérée comme une entreprise autonome¹⁵³⁴. Cela implique qu'elle entretienne des relations d'affaires en dehors du groupe et qu'elle s'occupe elle-même de l'organisation des affaires courantes et de la nomination des cadres au-dessous du conseil d'administration, la société mère se limitant au règlement des questions fondamentales. Pour l'appréciation de la marge de manœuvre de la filiale, HEINIGER se réfère aux tâches inaliénables du conseil d'administration au sens de l'art. 716a al. 1 CO : si ces compétences sont entièrement assumées par la maison mère, au-delà de ce qui est usuel pour l'exercice de la direction unique, la filiale ne doit pas être considérée comme une entité séparée de la société mère, et c'est donc cette dernière qui encourra, seule, une responsabilité pénale¹⁵³⁵.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, N 454 s.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ Voir HEINIGER, N 442 ss.

¹⁵³¹ *Ibid.*, N 461.

¹⁵³² On rappellera que le pendant en droit commercial de la théorie de HEINIGER est la doctrine de l'« enterprise law » (voir note 1352).

¹⁵³³ HEINIGER, N 471.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, N 482.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, N 482.

- 1206 En admettant, toujours selon la vision de HEINIGER, que la filiale dispose d'une telle indépendance, la prochaine étape est de déterminer qui, de la maison mère ou de la filiale, doit, dans le cas d'espèce, assumer la sanction, voire s'il faut admettre une responsabilité cumulative des deux entités. Pour ce faire, il convient d'apprécier à qui des deux sociétés le défaut d'organisation peut être reproché, ce qui implique d'examiner la clé de répartition des mesures organisationnelles entre la maison mère et sa filiale.
- 1207 Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, Heiniger estime que le devoir d'organisation de la société mère consiste à pouvoir localiser l'infraction au sein du groupe, soit à déterminer dans quelle société elle a été commise (« *Lokalisationspflicht* »), tandis que la société en question doit pouvoir attribuer l'infraction à une personne déterminée (« *Zuordnungspflicht* »). Une exception à cette distribution des tâches doit être admise lorsque la société mère décide de prendre en charge des mesures organisationnelles normalement dévolues à sa filiale, et propres à identifier l'auteur d'infractions potentielles (tel un système de surveillance)¹⁵³⁶. Dans une telle constellation, HEINIGER admet que la filiale puisse se prévaloir du principe de la confiance¹⁵³⁷.
- 1208 Dans le contexte de la responsabilité primaire de l'entreprise, il appartient à la société mère de s'assurer, en particulier au travers d'une surveillance appropriée, du respect, au niveau du groupe, de certains standards minimums destinés à prévenir les infractions listées à l'art. 102 al. 2 CP¹⁵³⁸. HEINIGER mentionne notamment l'implantation de programmes anti-corruption¹⁵³⁹. La transposition, dans les détails, des lignes directrices de la maison mère revient aux filiales¹⁵⁴⁰. De manière générale, dans un cas standard, pour déterminer la dévolution des tâches organisationnelles entre la société mère et ses filiales, l'auteur se réfère à la position de principe de la doctrine de droit commercial quant à la répartition des compétences de l'art. 716a al. 1 CO au sein du groupe. Ainsi, la maison mère est responsable de la mise en place des mesures organisationnelles qui vont de pair avec l'exercice de la direction unique¹⁵⁴¹. Cela étant, l'étendue et la précision des mesures qu'elle doit adopter resteront

¹⁵³⁶ HEINIGER, N 517 s.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, N 519.

¹⁵³⁸ Le degré de surveillance requis varie en fonction des risques concrets d'infractions (HEINIGER, N 559).

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ A cet égard, HEINIGER rappelle que ce sont les filiales qui ont un contrôle direct sur leurs collaborateurs et qu'en matière bancaire, le devoir de confidentialité peut s'opposer à ce que la maison mère ait accès à tous les documents (N 560).

¹⁵⁴¹ HEINIGER, N 561.

dépendantes de son degré d'immixtion dans l'organisation de ses filiales¹⁵⁴². En d'autres termes, si la maison mère empiète dans la sphère de compétences du conseil d'administration de sa filiale de manière telle qu'elle règle en détail la transposition de la stratégie du groupe, elle répond en même temps du défaut de mise en œuvre des mesures organisationnelles y relatives¹⁵⁴³.

La responsabilité cumulative de la société mère et de la filiale entre donc par exemple en considération s'il peut être reproché à la première de ne pas avoir correctement implanté de programme anti-corruption dans la deuxième, ou d'en avoir mal surveillé le respect, et que la filiale n'a rien fait pour remédier à ces carences¹⁵⁴⁴. Dans le même sens, SCHMID a relevé qu'une vision économique de la notion d'entreprise permettait l'application de l'art. 102 CP aux groupes de sociétés et ouvrait ainsi la porte à la punissabilité cumulative de la maison mère et de sa société fille, pour autant que le défaut d'organisation puisse leur être reproché aux deux¹⁵⁴⁵.

Toutefois, HEINIGER, sur la base de sa conception centrée sur la réalité économique, exclut le cumul des responsabilités lorsque la filiale est intégrée à 100%, ce au nom du principe *ne bis in idem*¹⁵⁴⁶.

Si les standards organisationnels de la société mère ont été correctement transposés à l'échelle du groupe et ont fait l'objet d'une surveillance effective, seule la responsabilité de la filiale pourra être engagée¹⁵⁴⁷. En revanche, la maison mère répondra de l'infraction à titre exclusif si l'on ne peut mettre à charge de la filiale un devoir d'organisation parce que les tâches de celle-ci ont été usurpées par la société mère¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴² *Ibid.*, N 561 s.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, N 562.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, N 563.

¹⁵⁴⁵ SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit, p. 769.

¹⁵⁴⁶ HEINIGER, N 564 ss, en particulier N 571.

¹⁵⁴⁷ HEINIGER, N 563.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

H. Synthèse et analyse personnelle

§ 1. Comparaison entre la position de la doctrine majoritaire et celle de HEINIGER

1212 Sur le plan conceptuel, la thèse du garant et la conception de HEINIGER partent d'une vision différente de la notion de groupe.

1213 La première admet que, dans une constellation « normale », la filiale reste suffisamment autonome pour qu'il se justifie de la considérer comme une « personne » à part entière, en d'autres termes que la réalité juridique n'apparaît pas en contradiction avec la réalité factuelle.

1214 Le respect du *Trennungsprinzip* a pour conséquence que les mesures organisationnelles relevant de l'art. 102 CP doivent être prises par le sujet de droit pénal visé par la disposition, soit la filiale, puisque cette dernière devrait disposer de suffisamment d'autonomie pour mener sa mission à bien. La société mère, quant à elle, n'est pas, de manière générale, tenue de prendre, pour ses filiales, des mesures au titre de l'art. 102 CP. Cela signifie donc, par exemple, que le défaut de mise en place, à l'échelle du groupe, d'une stratégie de lutte contre la corruption ou de lignes directrices relatives à la formation du personnel en matière de transactions à risque, ne peut être, à lui seul, pénalement reproché à la société mère. En effet, aussi longtemps que les filiales disposent des moyens, tant financiers qu'en termes d'autonomie décisionnelle, pour instaurer, chacune pour elle-même et à l'instar de n'importe quelle autre société qui ne fait pas partie d'un groupe, les mesures utiles au respect de l'art. 102 CP, la maison mère ne répond pas des infractions commises au sein de ses sociétés filles. En revanche, si ces dernières ne sont pas à même d'assumer leurs tâches organisationnelles parce que la marge de manœuvre que leur laisse la société mère est trop réduite, cette dernière sera alors garante, sur le plan pénal, de la bonne exécution de ces tâches.

1215 HEINIGER, quant à lui, part d'une conception différente des groupes, largement plus intégrée : les filiales ne sont là que pour servir les intérêts de la maison mère et ne sont pour cette dernière rien d'autre que des unités de production utilisées pour l'accomplissement des objectifs entrepreneuriaux¹⁵⁴⁹. Ce faisant, cet auteur professe une vision peu autonome des filiales, assimilées à de simples

¹⁵⁴⁹ HEINIGER, N 447.

divisions de la société mère¹⁵⁵⁰. Cette conception, replacée dans le contexte de l'art. 102 CP, part à notre sens de l'hypothèse que, dans un cas « classique », la filiale ne disposera pas, dans les faits, de l'indépendance suffisante pour mettre effectivement en œuvre les mesures organisationnelles requises par l'art. 102 CP. L'approche unitaire du groupe développée par HEINIGER a donc pour effet que certaines mesures organisationnelles pertinentes pour l'art. 102 CP doivent être prises au niveau du groupe et, donc, doivent l'être par la société mère. Cette dernière peut être pénalement responsable de l'omission de ces mesures.

Reste à déterminer les implications concrètes que les différences de point de vue entraînent. Si les deux visions sont conceptuellement éloignées, il est probable qu'elles ne conduisent pas, dans nombre de cas, à des résultats très différents pour l'appréciation de la responsabilité pénale de la société mère. Nous proposons d'illustrer nos propos en prenant trois cas de figure de rapports intragroupe, étant précisé qu'il s'agit nécessairement d'une présentation très schématique, puisqu'il y a autant de variations possibles des relations entre les sociétés d'un même groupe qu'il y a de groupes, et que ces relations peuvent atteindre un degré élevé de complexité.

Nous prenons tout d'abord le cas d'un groupe très décentralisé, dans lequel la société mère se limite à définir la stratégie commerciale et financière globale du groupe, par l'édition de directives générales. Dans cette hypothèse, la doctrine majoritaire réfute toute punissabilité de la société mère. Si HEINIGER, quant à lui, reconnaît, sur le principe, une telle responsabilité, il ne met à la charge de la maison mère que des mesures organisationnelles relativement basiques, qui s'épuisent dans le devoir de localisation de l'infraction au sein du groupe (art. 102 al. 1 CP), ou dans celui de s'assurer du respect, par le biais d'un contrôle adéquat, de certains standards minimums visant la prévention des infractions de l'art. 102 al. 2 CP. Ainsi, pour autant que la maison mère ait pris les mesures élémentaires précitées, elle n'aura pas à répondre de l'infraction. Suivant les deux positions, la responsabilité pénale sera alors endossée par la filiale. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la société mère n'a pas pris les mesures minimales qui lui incombaient selon la position de HEINIGER et peut, de ce fait, se voir reprocher une responsabilité pénale, sa filiale répondra en principe de l'infraction à ses côtés. En effet, le cas de figure envisagé suppose que la filiale bénéficie d'une large autonomie, de sorte qu'il apparaît relativement

1216

1217

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, N 461.

improbable qu'elle ne puisse également se voir reprocher des carences organisationnelles.

1218 Dans la deuxième constellation, la société mère intervient de manière relativement substantielle dans l'organisation de ses filiales, par exemple par le biais d'une centralisation de certaines tâches ou d'injonctions managériales concrètes, et ces fonctions exercées par la société mère au sein de ses filiales impliquent simultanément la prise de mesures organisationnelles pertinentes pour l'art. 102 CP. Ici, la doctrine majoritaire admet que la maison mère occupe une position de garant, susceptible d'engager sa responsabilité pénale. Dans ce cas, la punissabilité de la société mère dépendra, tant selon HEINIGER que selon la doctrine majoritaire, de la question de savoir si un défaut d'organisation au sens de l'art. 102 CP, peut, à l'aune du contenu de ses devoirs organisationnels, être reproché à la maison mère.

1219 Il nous semble que cette deuxième hypothèse est peut-être celle qui se rencontrera le plus souvent en pratique : la filiale garde une certaine autonomie mais la société mère exerce tout de même des compétences importantes dans ses filiales, susceptibles de la placer dans une position de garant. S'agissant ensuite de la responsabilité de la filiale, HEINIGER l'admet, pour autant que cette dernière dispose encore d'une indépendance suffisante pour pouvoir être qualifiée d'entreprise à part entière. La position de la doctrine majoritaire devrait également conduire à reconnaître la responsabilité de la filiale, la position de garant de la société mère n'excluant pas la punissabilité de la filiale au sein de laquelle l'infraction a été commise¹⁵⁵¹. Et, si un défaut d'organisation peut être établi dans le chef de la société mère, le reproche peut être également adressé à la société fille, ne serait-ce que parce que cette dernière n'a pas remédié aux carences de la société mère (relativement, bien entendu, aux mesures qui auraient dû être implantées dans la filiale en question). Le raisonnement est le même si la maison mère s'immisce dans un secteur d'activités spécifiques de sa société fille, et que l'infraction est commise dans le cadre de ces activités.

1220 Le troisième cas de figure est celui d'une dépendance quasi-totale des sociétés affiliées à la maison mère. Ce défaut d'autonomie conduit, selon les deux points de vue, à l'imputation de l'infraction à la maison mère. Quant à la filiale, elle ne peut, selon HEINIGER, engager sa responsabilité pénale, à défaut de pouvoir être qualifiée d'entreprise¹⁵⁵². En revanche, l'approche de la doctrine majoritaire ne

¹⁵⁵¹ Visiblement *contra* MACALUSO, La responsabilité pénale, N 584 s.

¹⁵⁵² HEINIGER, N 480. Cet auteur souligne également qu'en cas de dépendance totale de la filiale, cette dernière n'a pas la faculté de se déterminer en fonction du caractère illicite de son acte au sens de

devrait à notre sens pas permettre à la filiale de se soustraire à sa responsabilité pénale : en tant que sujet de droit pénal visé à l'art. 102 CP, il lui incombe de mettre en place les mesures organisationnelles requises par la disposition précitée et de se donner les moyens pour cela. De la même manière qu'une entreprise en difficultés financières ne peut prétendre qu'elle n'avait pas la possibilité matérielle, faute de moyens, de mettre en place les mesures utiles, la filiale ne peut davantage se reposer sur son défaut de marge de manœuvre en matière organisationnelle et/ou financière. Nous rappelons d'ailleurs que la doctrine de droit commercial refuse à la filiale une exonération de sa responsabilité contractuelle, motif tiré de son appartenance à un groupe et de l'asservissement qui en découle¹⁵⁵³.

Pour résumer, dans le premier cas de figure, la responsabilité pénale de la filiale peut être engagée selon les deux théories. Celle de la société mère ne peut l'être, d'après HEINIGER, que dans le cas où elle n'a pas pris les mesures minimales, en termes de programme de *compliance* et de surveillance de son application au sein des filiales, ou de *Lokalisationspflicht*. Dans la seconde constellation, qui est probablement la plus fréquente en pratique (avec une possibilité de variations multiples en termes de degré d'intervention de la maison mère et de moyens de prise de contrôle), la société mère peut, selon les deux positions, se voir attribuer l'infraction, pour autant qu'un défaut d'organisation au sens de l'art. 102 CP puisse lui être reproché. La filiale répond également de l'infraction, sous réserve, selon la position de HEINIGER, qu'elle dispose d'une autonomie suffisante. Dans la troisième hypothèse, l'infraction est imputée, pour HEINIGER, à la seule société mère, tandis que la doctrine majoritaire devrait admettre une responsabilité cumulative. Ainsi, dans le résultat, le point de vue de la doctrine majoritaire et celui de HEINIGER devraient régulièrement se rejoindre, en tout cas s'agissant de la responsabilité de la société mère.

1221

l'art. 19 CP ; dans ce cas de figure, il compare la filiale à un enfant incapable de discernement (N 469). Prétendre appliquer à la filiale entièrement soumise à la maison mère l'art. 19 CP nous semble une analogie douteuse, ne serait-ce que parce que cette disposition ne vise pas une impossibilité matérielle mais psychologique.

¹⁵⁵³ Voir N 1105 *supra* ; BÖCKLI, § 11 N 443.

§ 2. Analyse personnelle

a) *Reconnaissance de l'indépendance juridique des sociétés d'un groupe*

1222 Les motifs avancés par HEINIGER pour ne pas reconnaître l'indépendance juridique entre les sociétés d'un groupe nous apparaissent peu convaincants. En effet, les difficultés afférentes à l'établissement de l'infraction et son imputation à une ou plusieurs personnes déterminées relèvent davantage de la problématique de l'infraction « agrégée »¹⁵⁵⁴ que du partage des responsabilités entre filiale et société mère. L'infraction doit être prouvée à satisfaction de droit par l'accusation pour pouvoir déclencher la responsabilité pénale de l'entreprise. Il nous semble que le degré de preuve exigé à cet égard suppose que l'infraction soit suffisamment circonscrite temporellement et géographiquement pour que l'on puisse déterminer au sein de quelle société elle a eu lieu. Un tel exercice est d'ailleurs indispensable pour apprécier la compétence du juge lorsque l'activité économique s'étale sur plusieurs pays. Par ailleurs, si la structure entrepreneuriale rend la situation opaque au point que l'on ne puisse « situer » l'infraction au sein du groupe, cela signifiera vraisemblablement qu'il y a confusion des tâches organisationnelles entre maison mère et filiales, en d'autres termes que la première intervient largement dans la gestion des secondes, de sorte qu'elle occupera une position de garant.

1223 En outre, faire totalement abstraction, dans le cadre de la responsabilité pénale des groupes, d'une indépendance juridique qui est autrement reconnue dans les autres domaines du droit, en particulier en droit commercial, pose un problème de cohérence de l'ordre juridique. Et il nous semble qu'à partir du moment où l'on admet la licéité du phénomène « groupe de sociétés », qui est centré sur l'idée d'une unité économique couplée à une indépendance juridique, ne pas reconnaître cette dernière et lui refuser toute conséquence sur le plan pénal manque de logique¹⁵⁵⁵.

1224 Dès lors, nous admettons avec la doctrine majoritaire que le seul fait qu'un groupe soit considéré comme une entreprise, telle que cette dernière notion est acceptée en droit commercial, ne suffit pas à faire abstraction de la réalité juridique. Le recours à la position de garant apparaît une construction d'autant plus adéquate qu'elle n'est pas totalement inconnue de la doctrine

¹⁵⁵⁴ Voir N 537 ss *supra*.

¹⁵⁵⁵ Dans le même sens, FORSTER M., p. 133 s.

commercialiste et que cette figure juridique est également d'importance dans le cadre de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, dont nous avons souligné le lien avec celle de l'entité collective elle-même.

La reconnaissance de cette indépendance juridique nous conduit à ne pas voir, en principe, dans la condamnation cumulative de la société mère et de sa filiale intégrée à 100%, une violation du principe *ne bis in idem*¹⁵⁵⁶.

1225

b) La loi comme source fondant la position de garant de la société mère ?

Une fois admis que la société mère pouvait endosser le rôle d'un garant, reste à identifier les sources permettant de fonder une telle position. A cet égard, la première question est de savoir si la seule présence d'un groupe déclenche l'application de certaines normes contenant, à charge de la société mère, l'obligation juridique qualifiée du garant.

1226

Pour cela, il faut que la règle considérée institue un « devoir d'intervenir évident, voire impérieux »¹⁵⁵⁷. De cette exigence de clarté découle le fait que l'obligation contenue dans la base légale doit être suffisamment concrète et déterminée¹⁵⁵⁸.

1227

Tout d'abord, nous sommes d'accord avec FORSTER sur le fait que l'exercice de la direction unique n'établit pas de devoir juridique spécial au sens du droit pénal¹⁵⁵⁹. Nous avons vu sous C.§ 2 *supra* que les tâches décrites à l'art. 716a CO ne constituaient pas une source juridique fondant la position de garant des membres du conseil d'administration de la société mère pour les infractions commises au sein des filiales. Dans la même optique, elles ne sauraient fonder la position de garant de la société mère elle-même¹⁵⁶⁰.

1228

Aucune norme n'est violée du fait que la maison mère n'assume pas les fonctions de l'art. 716a CO. Tout au plus violerait-elle ses statuts dans le cas où ces derniers prévoieraient une obligation d'exercice de la direction unique¹⁵⁶¹, voire répondrait, à l'égard de sa filiale, du dommage en résultant¹⁵⁶². En d'autres

1229

¹⁵⁵⁶ Dans le même sens, SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, § 9 N 25.

¹⁵⁵⁷ Entre autres ATF 120 IV 98, JdT 1996 IV 45, p. 46 ; DAN, N 201 et les références citées par cet auteur sous note 398 à 400.

¹⁵⁵⁸ DAN, N 208 ss.

¹⁵⁵⁹ FORSTER M., p. 139 ; voir N 1190 *supra*.

¹⁵⁶⁰ FORSTER M., p. 139 ; dans le même sens, HOFFMANN/WYSER, p. 34 ; RYSER, N 391.

¹⁵⁶¹ VON BÜREN, Der Konzern, p. 53 s.

¹⁵⁶² Voir DRUEY, p. 26 s.

termes, même si l'on estime que la société mère a un devoir d'exercer la direction unique, c'est envers ses filiales¹⁵⁶³. En revanche, L'Etat n'a aucune prétention à l'exercice effectif, par la société mère, du pouvoir dont celle-ci bénéficie. L'art. 716a CO ne crée donc pas automatiquement une position de garant de la société mère.

1230 Reste à savoir si les obligations consacrées dans les diverses sources mentionnées sous B. *supra* et qui tendent, directement ou indirectement, à la prévention des infractions de l'art. 102 al. 2 CP sont susceptibles de créer une telle position.

1231 La réponse est selon nous négative s'agissant des recommandations d'organismes supranationaux. Du fait que ces normes relèvent de la *soft law* et que les devoirs organisationnels de la société mère à l'échelle du groupe y restent formulés de manière générale, il est difficile d'en déduire cette obligation juridique qualifiée à laquelle le garant est tenu. De même, si on lit souvent qu'il appartient à la maison mère de mettre sur pied et d'appliquer une stratégie anti-corruption, une telle incombance ne fonde pas une position de garant. En effet, ce devoir ressort principalement des instruments internationaux de *soft law*, mais ne trouve pas expressément d'ancrage dans l'ordre juridique suisse. Or, la source faisant naître une position de garant doit être clairement identifiable et libellée en des termes suffisamment précis¹⁵⁶⁴. De manière plus générale, il est douteux que de la *soft law* puisse être qualifiée d'*obligation juridique*, permettant au surplus de fonder une responsabilité pénale.

1232 On peut par ailleurs se demander si le droit bancaire, en particulier l'art. 3f al. 2 LB, crée, pour la société mère d'un groupe financier, des devoirs d'agir particuliers. Nous rappelons que cette dernière disposition exige que l'organisation du groupe, pris dans son ensemble, permette la détermination, la limitation et le contrôle des risques principaux¹⁵⁶⁵. L'art. 3f al. 2 OB est concrétisé par l'art. 24 OB, qui dresse une liste non exhaustive de mesures organisationnelles dont la FINMA doit contrôler la mise en œuvre¹⁵⁶⁶. Si le risque pénal rentre dans la notion de risque au sens de l'art. 3f al. 2 LB¹⁵⁶⁷, les obligations qui naissent de cette dernière disposition sont probablement trop

¹⁵⁶³ Niant un tel devoir, KUNZ, Grundlagen, N 143.

¹⁵⁶⁴ Voir DAN, N 208 ss.

¹⁵⁶⁵ Voir, pour le libellé exact de l'art. 3f al. 2 LB, N 1140 *supra*.

¹⁵⁶⁶ Voir, sur l'art. 24 OB, N 1142 *supra*.

¹⁵⁶⁷ Voir arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 6.2.4, in Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss. Nous observons par ailleurs que la FINMA est tant l'autorité de tutelle en matière bancaire qu'en matière de respect des obligations découlant de la LBA.

abstraites pour fonder une position de garant. En outre, même si les tâches découlant de l'art. 3^f al. 2 LB incombent logiquement à la société mère, qui doit s'en occuper dans le cadre de l'exercice de la direction unique, la maison mère n'est pas expressément destinataire de la norme. En effet, l'art. 24 OB s'adresse à la FINMA et, si l'on peut en déduire des devoirs à charge de la maison mère, il ne formule aucune injonction directe à celle-ci¹⁵⁶⁸.

La question de la position de garant basée sur les art. 5 et 6 de l'OBA-FINMA qui, nous le rappelons, imposent à l'intermédiaire financier de s'assurer que les sociétés étrangères de son groupe se conforment à certaines obligations en matière de prévention du blanchiment d'argent¹⁵⁶⁹, nous semble délicate. A première lecture, on peut être tenté de reconnaître que ces dispositions fondent une telle position.

1233

Le problème est qu'il ne faut pas perdre de vue que ces règles ne concernent que les groupes transnationaux et visent au respect, par les sociétés étrangères d'un groupe suisse, de certains standards minimaux de la lutte anti-blanchiment, ce qui, vu le principe de territorialité de la LBA, ne peut être assuré qu'en imposant des obligations à la société mère suisse. Ainsi, les exigences organisationnelles imposées à la maison mère apparaissent davantage un moyen de parvenir au but visé qu'une fin en soi. En revanche, si toutes les sociétés du groupe sont suisses, elles seront de toute façon soumises à la LBA et les obligations en la matière sont donc directement mises à leur charge, sans qu'il ne soit besoin de « passer » par la maison mère. Or, il nous semble douteux d'effectuer une différence de traitement uniquement en fonction du caractère, transnational ou suisse, du groupe et d'admettre une position de garant pour le premier mais non pour le second. En d'autres termes, il nous paraît difficilement admissible d'appliquer l'art. 102 CP aux groupes de manière différenciée selon que ces derniers sont, exclusivement ou non, composés d'entités suisses. Il est par ailleurs exclu d'appliquer les art. 5 et 6 de l'OBA-FINMA par analogie à tous les groupes. Le champ d'application des normes fondant la position de garant ne peut être étendu à d'autres destinataires que ceux compris dans la règle¹⁵⁷⁰. Les considérations qui précèdent s'opposent dès lors, à notre sens, à ce que les art.

1234

¹⁵⁶⁸ Dans ce sens, eu égard au fait que des incombances indirectes ne créent pas de position de garant, FREI : « die Schutznormqualität einer Bestimmung [ist] immer (...) abzulehnen, wenn bloss eine mittelbare Verhinderungspflicht aus der entsprechenden Bestimmung abgeleitet werden kann » (p. 93).

¹⁵⁶⁹ Voir sur le détail de ces dispositions, N 1153 s. *supra*.

¹⁵⁷⁰ Dans le même sens, DAN, N 190.

5 et 6 de l'OBA-FINMA puissent fonder une position de garant de la société mère.

1235 En revanche, dans le cas d'un *Konzernoutsourcing*, l'art. 8 LBA, ainsi que les art. 27 et 28 de l'OBA-FINMA, fonde une position de garant à charge de la maison mère. Dans ce cadre, les autorités de poursuite pénale devront déterminer si l'infraction a été commise dans l'exercice d'activités devant être, ou non, considérées comme outsourcées à la filiale. Ce sera notamment le cas si la filiale s'occupe de certaines fonctions de *compliance* au sein du groupe. En effet, il s'agit bien d'une tâche que la société mère délègue à sa filiale de manière durable mais qu'elle aurait, sinon, dû assumer elle-même, à tout le moins en ce qui concerne ses propres activités.

1236 Nous relevons encore à cet égard qu'à notre sens, l'arsenal anti-blanchiment ne fonde une position de garant qu'en lien avec les infractions que la norme tend directement à prévenir, soit le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme¹⁵⁷¹. En revanche, même si la LBA et ses ordonnances d'exécution servent indiscutablement la lutte contre la corruption¹⁵⁷², il nous paraît délicat d'en tirer une position de garant de la société mère pour des infractions de corruption. Nous rappelons que l'obligation qui crée une telle position doit être évidente, voire impérieuse¹⁵⁷³, et de telles exigences devraient s'opposer à une extension de l'objet de la législation considérée, tel qu'expressément formulé à l'art. 1 LBA.

1237 Enfin, dans une perspective d'avenir, on peut se demander si, dans l'hypothèse où elle venait à passer, l'initiative pour les multinationales responsables serait apte à fonder une position de garant de la société mère pour les infractions découlant de la violation des droits de l'homme et des normes environnementales commises au sein de ses filiales. Sur le principe, la réponse nous semble positive, pour autant que la loi d'exécution découlant du texte constitutionnel vienne concrétiser les devoirs de diligence de la société mère implantée en Suisse. Cela étant, dans la mesure où les infractions commises se rattacheront au 1^{er} alinéa de l'art. 102 CP, la position de garant de la maison mère s'articulera autour des mesures utiles pour l'identification de l'auteur physique des infractions commises. Or, l'initiative rattache, évidemment, les devoirs de diligence de la maison mère à la prévention d'actes illicites et non à

¹⁵⁷¹ Dans le même sens, RYSER, N 359.

¹⁵⁷² Voir GAFI, Corruption, p. 2 ss.

¹⁵⁷³ Voir, pour les détails concernant les qualités que doit revêtir le devoir juridique pour fonder une position de garant, CR CP I-CASSANI, Art. 11 N 21 ; DAN, N 201.

l'identification de leur auteur. Elle apparaît donc en principe inapte à fonder la position de garant de la société mère pour les infractions relatives à l'art. 102 al. 1 CP. C'est, une fois de plus, la preuve du caractère inadéquat du modèle choisi. Une exception pourrait toutefois être envisagée si les devoirs de diligence concrétisés dans la loi d'exécution se rapportaient également aux devoirs organisationnels de l'art. 102 al. 1 CP, soit, en particulier, à la surveillance et à la gestion des ressources humaines.

c) *La position de garant fondée sur l'intervention effective de la société mère dans l'organisation de ses filiales*

La position de garant de la société mère ne découle pas de la loi mais est fonction de l'étendue et des modalités de son intervention dans l'organisation et la gestion de ses filiales. En d'autres termes, ce sont les circonstances factuelles qui détermineront si, *in casu*, la société mère peut se voir reprocher l'infraction de sa filiale. Divers paramètres doivent être pris en considération.

1238

Tout d'abord, l'infraction doit avoir été commise dans un secteur d'activités dans lequel la maison mère s'est effectivement immiscée. En effet, on peut tout à fait imaginer que la société mère intervienne de manière substantielle dans l'organisation de certains domaines d'activités mais laisse une large marge de manœuvre à sa filiale dans d'autres, dans le cadre desquels elle n'assume pas de rôle de garant.

1239

Ensuite, il faut déterminer, au regard de l'intensité et des modalités de l'ingérence de la société mère dans les affaires de sa filiale, quelles étaient les fonctions organisationnelles de la première, ainsi qu'établir le lien avec l'infraction considérée. De manière schématique, s'agissant d'une infraction à l'art. 102 al. 1 CP, on appréciera en particulier le degré d'intervention de la société mère dans la gestion et la surveillance des ressources humaines de sa filiale. L'analyse sera également pertinente dans le cadre l'art. 102 al. 2 CP, la surveillance adéquate du personnel constituant la première mesure pour l'empêcher de commettre des malversations. Pour les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, il faudra également examiner le contexte dans lequel le délit a été réalisé pour déterminer si, en l'espèce, la maison mère était tenue d'en prévenir la commission.

1240

Pour prendre un exemple, nous envisageons le cas d'une filiale qui négocie, dans un Etat gangrené par la corruption, un gros contrat portant sur un marché public pour la construction de routes nationales. Si la société mère donne des injonctions concrètes à sa filiale sur la manière de mener les négociations, qu'elle

1241

suit celles-ci de près, qu'elle participe à la sélection d'intermédiaires locaux et qu'elle met une certaine pression commerciale sur sa filiale, elle ne peut pas ensuite prétendre n'avoir aucune responsabilité dans le pacte corruptionnel conclu entre la filiale et un fonctionnaire local pour l'attribution du marché public. Il lui appartenait en effet, vu son intervention dans l'affaire, de s'assurer que les négociations étaient menées en toute transparence et portaient sur des clauses contractuelles légales, que les intermédiaires locaux étaient intègres, que les objectifs commerciaux de la filiale n'étaient pas démesurés, etc. Ces obligations ont placé la société mère dans une position de garant à l'égard de l'infraction commise.

1242 De manière générale, plus l'intervention de la société mère dans la gestion et l'organisation de la filiale apparaît diffuse, plus une position de garant devrait être admise. Cela étant, pour que la maison mère engage effectivement sa responsabilité pénale, il faut encore que, sur le plan qualitatif et/ou quantitatif, ses défaillances organisationnelles apparaissent suffisamment importantes pour que le rapport de causalité entre celles-ci et la commission de l'infraction, respectivement le défaut d'identification de son auteur, apparaisse donné. La question de la causalité n'est, à notre connaissance, pas évoquée telle quelle par la doctrine. On peut se demander si la problématique n'est pas abordée de manière détournée dans le cadre de la condition de la faute propre à la société mère, lorsque la doctrine exige que celle-ci supporte la responsabilité du défaut d'organisation de sa filiale¹⁵⁷⁴. Une telle formulation peut vouloir dire deux choses : soit que le défaut d'organisation de la société mère doit avoir eu pour conséquence le défaut d'organisation de la filiale¹⁵⁷⁵, soit qu'il doit être directement en lien de causalité avec la commission de l'infraction, respectivement le défaut d'identification de son auteur.

1243 A notre sens, sur le plan conceptuel, le raisonnement doit se construire sur la base de la deuxième hypothèse : la responsabilité de la maison mère suppose qu'un défaut d'organisation soit constaté en son sein et que celui-ci se trouve dans un rapport de causalité avec l'infraction, respectivement avec l'impossibilité d'en identifier l'auteur. Cela étant, si le lien de causalité est donné entre le manque d'organisation de la maison mère et celui de sa filiale, cela signifiera sans doute que le lien de causalité entre les carences

¹⁵⁷⁴ Voir CR CP I-MACALUSO, Art. 102 N 19 ; dans le même sens, FORSTER M., p. 142.

¹⁵⁷⁵ Voir l'ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAI.04.0325-LEN dans l'affaire Alstom, point 2.12.

organisationnelles de la société mère et l'infraction elle-même (ou la non-identification de son auteur) peut également être admis.

Quoi qu'il en soit, il faut donc que cette condition soit satisfaite. Nous rappelons à cet égard que le non-respect d'une mesure organisationnelle n'entraîne pas *ipso facto* le constat d'un défaut d'organisation au sens de l'art. 102 CP. Les carences organisationnelles de la maison mère doivent être suffisamment importantes pour entretenir un lien de causalité avec l'infraction ou avec l'impossibilité d'en identifier l'auteur. Cette exigence permet également de circonscrire de manière opportune la punissabilité de la maison mère, car il ne semble pas raisonnable de lui faire supporter une responsabilité pénale si son défaut d'organisation apparaît moindre par rapport à celui de sa filiale. Si le degré d'intervention dans la filiale est faible et, dans la mesure où, corollairement, la société mère n'assume, pour sa filiale, que des tâches organisationnelles relativement limitées, on peut imaginer que la faute d'organisation de la maison mère doive être reléguée au second plan au vu de celle de sa société fille. Dans cette hypothèse, seule la responsabilité de cette dernière serait engagée. Par ailleurs, à partir du moment où on admet la responsabilité cumulative de la société mère et de la filiale, ce qui suppose que chacune réponde de son propre défaut d'organisation, on aura recours au concept de causalité cumulative¹⁵⁷⁶.

1244

A ce dernier égard, une précision s'impose encore : c'est bien d'une responsabilité *cumulative* entre société mère et filiale dont il est question, et non d'une responsabilité *solidaire* (voir art. 50 CO). Il ne s'agit en effet pas de prononcer une seule sanction, dont la société mère et la filiale doivent répondre solidairement, mais bien deux peines séparées, appréciées de manière individuelle pour la maison mère et sa filiale. Cette responsabilité cumulée n'empêche pas de prendre en considération, dans la fixation de la peine à l'encontre d'une des sociétés, celle prononcée contre l'autre¹⁵⁷⁷.

1245

d) Possible exonération de la responsabilité pénale de la filiale ?

Nous l'avons vu, dès lors que l'on ne fait pas abstraction de la réalité juridique, le sujet de droit pénal visé par l'art. 102 CP est la société au sein de laquelle l'infraction est commise, soit, dans notre hypothèse, la filiale. C'est donc à elle qu'il incombe en premier lieu de mettre en place les mesures organisationnelles

1246

¹⁵⁷⁶ Sur la causalité cumulative, voir GRAVEN, L'infraction, p. 91 ; DONATSCH/TAG, p. 105 ; ETIER/STRÄULI, p. 41.

¹⁵⁷⁷ Voir N 1334 *infra*.

exigées par la norme pénale. La position de garant de la société mère ne fait pas obstacle à la responsabilité pénale de la filiale. Le fait que la première intervienne dans la gestion et l'organisation de la seconde ne rend pas la société mère unique destinataire des règles circonscrivant le devoir d'organisation de sa société fille.

1247 On ne peut à cet égard raisonner en termes d'outsourcing. Il nous semble en effet difficile de qualifier d'externalisation, qui suppose un acte « volontaire » de la société délégante, l'ingérence – imposée – de la société mère dans l'organisation de sa filiale. Et la délégation de tâches met à charge de l'entreprise délégante un devoir de surveillance et de contrôle que la filiale est en principe incapable d'assumer de par sa position de dépendance vis-à-vis de la société mère. Cette incapacité sera d'ailleurs proportionnelle au degré d'immixtion de la maison mère dans les affaires de sa filiale. En d'autres termes, la filiale ne peut se prévaloir du principe de la confiance, puisqu'elle n'est pas en mesure de remplir les devoirs incombant à l'entreprise délégante. La filiale reste donc, aux côtés de la maison mère, destinataire des normes définissant les mesures organisationnelles à mettre en place, et elle ne peut se retrancher derrière son manque d'autonomie.

1248 A cet égard, on peut d'ailleurs se souvenir que, même s'il n'est pas besoin de rattacher le manque d'organisation de l'entreprise au sens de l'art. 102 CP à des actes concrets¹⁵⁷⁸, dans les faits, les carences organisationnelles de la filiale découleront souvent des manquements d'organes de la société. Or, il appartenait à ces organes de respecter toutes les règles en vigueur, et d'adopter, dans cette optique, les dispositions utiles. L'intervention de la société mère dans la gestion de sa filiale ne vaut pas décharge de responsabilité pour la seconde. Au contraire, nous rappelons notamment que le conseil d'administration de la filiale a un rôle de contrôle des tâches de *compliance* assumées par la société mère¹⁵⁷⁹.

1249 Par ailleurs, la filiale engage sa responsabilité même si, en raison du fait que la société mère ne la dote pas des ressources financières suffisantes, elle ne peut mettre en place les mesures requises par l'art. 102 CP. La situation financière d'une société n'est ni une excuse valable pour se soustraire à ses devoirs organisationnels, ni un motif d'exonération pénale¹⁵⁸⁰. L'on ne viendrait

¹⁵⁷⁸ Voir PIETH, *Anwendungsprobleme*, p. 227.

¹⁵⁷⁹ Voir N 1101 *supra*.

¹⁵⁸⁰ On rappelle à ce stade que la filiale doit refuser de participer au *cash pooling* si cela met sa solvabilité en péril (BLANC, p. 362 s.).

d'ailleurs pas le contester s'agissant d'une entreprise qui ne fait pas partie d'un groupe. Il en va de même si l'ingérence de la société mère l'empêche de satisfaire à ses devoirs organisationnels. La *ratio* sous-jacente est finalement la même qu'en matière de responsabilité pénale individuelle : pour reprendre les termes de CASSANI, « même le plus humble des exécutants répond de ses actes sur le plan pénal, l'ordre hiérarchique ne valant ni justification, ni exculpation »¹⁵⁸¹.

La filiale répond donc des infractions commises en son sein quels que soient les rapports qu'elle entretient avec la maison mère. Cette conclusion est la conséquence logique du *Trennungsprinzip* : si la prise en considération de la réalité juridique a pour effet que la responsabilité de la société mère dépend de sa position de garant, elle implique en revanche que la filiale ne pourra pas se décharger de la qualité de sujet de droit pénal que lui confère l'art. 102 CP.

1250

e) *La responsabilité de la société sœur*

Jusqu'à présent, nous nous sommes concentrée sur le cas de figure classique, soit l'imputation de l'infraction commise au sein d'une filiale à la maison mère, basée sur l'intervention de la deuxième dans l'organisation et la gestion de la première.

1251

Reste à voir si la relation entre sociétés sœurs peut fonder la responsabilité pénale d'une filiale pour les infractions commises au sein d'une autre filiale du même groupe, alors même que le rapport d'assujettissement fait défaut. La question est finalement de savoir si une position de garant de la société sœur peut se construire sur une autre base qu'une influence effective. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous esquissons dans les lignes qui suivent une brève réflexion sur le sujet.

1252

Sur le principe, la responsabilité d'une filiale pour le fait de sa sœur est reconnue en droit commercial et en droit fiscal et le mécanisme est qualifié de « *Querdurchgriff* » (ou *Durchgriff* transversal)¹⁵⁸². L'analyse est la même qu'en matière de *Durchgriff* classique : si le fait de se prévaloir de l'indépendance juridique entre les deux sociétés constitue un abus de droit, il convient d'en faire abstraction. Le raisonnement ne nous semble toutefois pas d'une grande aide puisque, nous l'avons vu, la notion d'abus de droit, clé du *Durchgriff* civil, est difficilement transposable en droit pénal.

1253

¹⁵⁸¹ CASSANI, *Infraction sociale*, p. 45.

¹⁵⁸² Voir KOBIEFSKY, p. 85 ; BÖCKLI, § 11 N 461.

- 1254 Pour qu'une responsabilité de la société sœur, pour les infractions commises au sein d'une autre société du groupe, entre en ligne de compte, il faut qu'un défaut d'organisation en lien de causalité avec l'infraction, respectivement le défaut d'identification de son auteur, puisse être reproché à la première. Il faut donc démontrer que c'est à la société sœur qu'il revenait de prendre les mesures organisationnelles utiles pour l'autre filiale. Cette obligation ne trouvera en principe¹⁵⁸³ pas sa source dans l'ingérence, découlant d'un rapport de domination, de la filiale dans les affaires de sa sœur, mais peut résulter du fait que la première s'occupe pour la deuxième de tâches nécessaires aux activités de celle-ci, à l'instar de tâches de *compliance*.
- 1255 L'hypothèse est la suivante : une filiale a pour fonction de s'occuper de la *compliance* des autres sociétés du groupe ; sa responsabilité peut-elle être engagée du fait qu'elle a failli à sa mission, ce qui a conduit à la commission d'un acte de blanchiment – cas échéant par omission – au sein d'une société sœur ? Le même schéma peut être transposé dans le cadre de l'alinéa 1 de l'art. 102 CP si l'on imagine que la fonction de la filiale réside dans la gestion des ressources humaines du groupe. Dans ces deux hypothèses, il faut, à notre sens, raisonner en termes d'outsourcing : une filiale délègue à une autre une tâche essentielle à ses activités. Et la question n'est ici pas de savoir si c'est l'entreprise délégante qui assume la responsabilité d'une infraction commise au sein de la société délégataire, dans le cadre de l'activité déléguée, mais, à l'inverse, si la société délégataire peut se voir imputer l'infraction perpétrée au sein de la société outsourçante¹⁵⁸⁴. On pourrait d'ailleurs également se poser la question, dans une telle hypothèse, de la responsabilité de la filiale pour les infractions commises au sein de la société mère, si la première s'occupe également de la *compliance* de cette dernière.
- 1256 Il y a lieu de se référer aux règles en matière d'outsourcing dégagées dans la deuxième partie sous IV.B.§ 2.c.) *supra* : il faut considérer qu'il y a outsourcing entre les sociétés sœurs, fondant une position de garant de la société délégataire. En d'autres termes, une filiale peut avoir à répondre d'une infraction commise au sein de l'une de ses sociétés sœurs, mais, dès lors que les compétences organisationnelles de la filiale ne sont ici pas « usurpées », faute de rapport de

¹⁵⁸³ Si ce rapport de domination devait exister, par exemple parce que la structure du groupe fait qu'une filiale en détient une autre à 100%, soit qu'il s'agit d'une sous-filiale, l'imputation de l'infraction s'effectuera comme pour la maison mère.

¹⁵⁸⁴ Voir à cet égard, CASSANI/VILLARD, p. 602 et N 584 ss *supra*. La question n'a pas été tranchée dans l'affaire Alstom, car si la filiale suisse a été condamnée en lien avec des contrats conclus par ses sociétés sœurs, dans le cadre desquels des pots-de-vin ont été versés, l'acte de corruption a bel et bien eu lieu, à tout le moins également, au sein d'Alstom Network Schweiz AG.

domination entre sociétés sœurs, la position de garant ne se basera pas sur une prise de contrôle effective mais sur les obligations juridiques découlant de la délégation de compétences d'une société à une autre.

f) *Synthèse*

L'attribution des responsabilités pénales au sein d'un groupe de sociétés ne peut être résolue dans l'abstrait ; l'examen s'effectue au cas par cas. L'analyse doit porter en particulier sur les relations entre les entités qui composent le groupe, en lien avec le contexte dans lequel l'infraction est commise. Ces rapports diffèrent, tant dans leur mode d'établissement que dans leur intensité, selon chaque groupe. La « multiple réalité des groupes »¹⁵⁸⁵ impose des solutions nuancées en fonction des circonstances. Cela vaut d'autant plus en matière pénale, régie par le principe de la faute.

1257

Les possibilités d'imputation sont essentiellement fonction du degré de centralisation du groupe¹⁵⁸⁶. Sera en particulier déterminant le degré de dépendance dans lequel la société mère entretient sa filiale, rapport qui influera sur la clé de répartition, entre société mère et filiale, des mesures d'organisation et la marge de manœuvre laissée à celle-ci, toujours en lien avec les circonstances dans lesquelles l'infraction a été perpétrée. Par exemple, le degré d'intervention sera d'autant moins élevé que la filiale est active dans un domaine inconnu de la société mère, qui se contentera donc d'instructions très générales, laissant pour le surplus à sa filiale les rênes libres pour gérer ses affaires comme elle l'entend¹⁵⁸⁷.

1258

Dans tous les cas, il doit pouvoir être reproché à la société mère un défaut d'organisation, en lien de causalité avec la commission de l'infraction, respectivement la non-identification de son auteur, qui lui est propre¹⁵⁸⁸. Pour cela, il faut établir que c'est par elle que les mesures organisationnelles utiles auraient dû être mises en œuvre.

1259

¹⁵⁸⁵ Expression empruntée à PETER, L'action révocatoire, p. 46.

¹⁵⁸⁶ Ainsi, dans les groupes très centralisés, les compétences du conseil d'administration de la filiale sont purement formelles et celui-ci se borne à exécuter les instructions qu'il reçoit de la maison mère (PETER, L'action révocatoire, p. 46).

¹⁵⁸⁷ Voir LIVSCHITZ, *Strafrechtliche Risiken*, p. 61 ; FORSTMOSER, p. 713.

¹⁵⁸⁸ Dans le même sens, FORSTER M., p. 136.

VII. La compétence du juge suisse à l'égard du groupe

1260 Les réflexions qui suivent partent de l'hypothèse que c'est à la maison mère que l'infraction commise par l'agent d'une filiale peut être imputée. Les développements sur la compétence du juge suisse sont toutefois en principe applicables, *mutatis mutandis*, dans le cas où c'est une société sœur qui peut être recherchée pour l'infraction commise au sein d'une autre société du même groupe.

A. L'infraction de base est réputée commise en Suisse

§ 1. Compétence générale du juge suisse

1261 Nous l'avons déjà largement souligné¹⁵⁸⁹, si l'infraction se localise en Suisse, soit que l'un des participants principaux à l'infraction a agi en Suisse, ou que le résultat de ses actes s'est produit en Suisse, le droit suisse s'étend à tous les sujets de droit pénal auxquels les faits réprimés peuvent être attribués, où qu'ils se trouvent. Le raisonnement vaut tant pour l'art. 102 al. 1 que l'art. 102 al. 2 CP.

1262 A partir du moment où le comportement de l'agent de la filiale est réputé intervenu sur le territoire, le juge suisse est donc compétent à l'égard de la filiale, que celle-ci soit suisse ou étrangère. Sa compétence s'étend à la société mère, indépendamment du lieu de son siège. Ainsi, le juge helvétique aura à se demander si, en sus de la filiale, la société mère peut avoir à répondre de l'infraction, soit que l'agent de la filiale doit également être considéré comme un agent de la société mère, soit à raison de la position de garant de celle-ci.

1263 Cela vaut également si l'agent de la filiale a participé, à l'étranger, à une infraction localisable sur le territoire suisse. La compétence du juge s'étend à celui-ci, à la société au sein de laquelle il a agi et à la société mère.

1264 Si l'infraction est commise de concert par un employé de la filiale et un collaborateur de la société mère, la compétence du juge suisse sera donnée à partir du moment où l'un d'eux a agi sur le territoire, et elle s'étend tant à l'autre auteur physique, qui se trouve, par hypothèse, à l'étranger, qu'aux sociétés dont les deux individus sont les agents. Nous rappelons toutefois que cela ne vaut

¹⁵⁸⁹ Voir en particulier N 269 s., N 371 et N 849 s. *supra*.

que pour autant que la personne qui a agi en Suisse soit un participant principal à l'infraction. Si seul un acte de participation accessoire a été commis en Suisse, qu'il ait été réalisé par un agent de la filiale ou de la société mère, la compétence du juge devra se baser sur le principe de la nationalité active, et, s'agissant de l'art. 102 al. 2 CP, sur le principe de territorialité, mais ici en lien avec le défaut d'organisation. Cela aura pour conséquence que le juge ne pourra poursuivre la filiale, respectivement la maison mère, que si leur siège se trouve en Suisse. Nous y reviendrons sous B. *infra*.

On peut encore imaginer le cas de figure dans lequel la compétence du juge suisse découle de la réalisation, sur le territoire, des éléments constitutifs objectifs de l'infraction par l'instrument humain. Si ce dernier est un agent de la filiale et qu'il a été manipulé, depuis l'étranger, par un auteur médiateur collaborateur de la société mère, la compétence du juge suisse englobe tous les participants à l'infraction mais, cas échéant, seule la société mère et son agent en répondront, à défaut pour l'instrument humain d'avoir commis une infraction et, donc, pour la filiale d'en être responsable. Si, à l'inverse, c'est l'agent de la société mère qui est l'instrument humain et le collaborateur de la filiale l'auteur médiateur, le droit suisse est également applicable à toutes les personnes – physiques ou morales – qui peuvent être tenues responsables de l'infraction. Dans cette constellation, on peut d'ailleurs imaginer que, si la société mère ne peut se voir imputer directement l'infraction, à défaut pour son collaborateur d'en avoir commise une, sa responsabilité pénale découle de sa position de garante du comportement de l'auteur médiateur, agent de la filiale.

Il faut enfin envisager l'hypothèse dans laquelle la compétence du juge helvétique résulte de la localisation sur le territoire de l'omission du chef d'entreprise qui n'a pas empêché l'un de ses subordonnés de commettre une infraction à l'étranger. Par exemple, un agent de la société mère suisse, responsable de la *compliance* au sein du groupe, laisse intentionnellement un collaborateur de la filiale étrangère effectuer, en connaissance de cause, des transferts de valeurs patrimoniales provenant d'un crime, alors même qu'il occupe une position de garant. Dans cette constellation, nous avons vu que le juge suisse est territorialement compétent pour poursuivre le garant, mais non son subordonné¹⁵⁹⁰. Il aura donc la compétence de poursuivre l'agent de la société mère et d'imputer à celle-ci, conformément à l'art. 102 CP, le comportement de son collaborateur. En revanche, il ne pourra pas, sur la base

1265

1266

¹⁵⁹⁰ Voir N 419 ss *supra*.

du principe de territorialité, poursuivre l'employé de la filiale, et il ne sera donc pas davantage compétent à l'égard de celle-ci.

§ 2. Prise en considération du droit étranger

1267 Au risque d'énoncer une évidence, mais pour des motifs de cohérence formelle, nous relevons que, si l'infraction de base est commise en Suisse, et tant la filiale que la maison mère ont leur siège en Suisse, il n'y a aucune place pour la prise en considération d'un quelconque droit étranger.

1268 En revanche, si l'une des sociétés poursuivie par le juge est étrangère, nous avons vu dans la deuxième partie sous VII.E.§ 1.c).2) *supra* qu'il ne pouvait être fait entière abstraction de cette composante transnationale et des règles organisationnelles du lieu où la société était implantée. Il convient à présent d'examiner l'étendue et les modalités de la prise en considération du droit étranger lorsqu'une infraction est commise dans le contexte d'un groupe de sociétés, en fonction des différents cas de figure envisageables, à savoir lorsque soit la filiale, soit la société mère, soit les deux, ont leur siège à l'étranger.

1269 Dans ce cadre, il convient de tracer la délimitation entre les concepts de droit pénal qui, dans la mesure où la compétence du juge se rattache à la localisation sur le territoire de l'infraction de base, seront toujours appréciés au regard du droit suisse, et les normes extra-pénales auxquelles le juge a recours lors de la détermination de la responsabilité pénale de la filiale, respectivement de la société mère.

a) La position de garant de la société mère

1270 La position de garant de la société mère s'analysera sous l'angle du droit suisse, sans considération du lieu de son siège ou de celui de sa filiale. Le concept de garant est en effet une construction du droit pénal suisse, qui trouve pleine application conformément au principe de territorialité. En d'autres termes, que le droit étranger connaisse ou non une telle figure juridique, ou une construction apparentée, est sans pertinence. Dans le prolongement de ceci, le juge suisse n'a pas à se préoccuper de l'ordre juridique étranger quant aux types de sources susceptibles de faire naître une position de garant. Ceux-ci – loi, contrat, création d'un risque, prise en charge volontaire – sont énumérés de manière non-exhaustive à l'art. 11 al. 2 CP et ressortent également du droit pénal. De manière plus générale d'ailleurs, la question de savoir si le droit étranger admet, ou non,

dans son principe, la responsabilité pénale de la société mère pour les actes commis dans ses filiales n'est pas davantage pertinente. C'est au regard de son propre droit que le juge détermine le cercle des personnes susceptibles de faire l'objet d'une poursuite pénale pour l'infraction considérée.

La question est ensuite de savoir si c'est exclusivement à l'aune de l'ordre juridique suisse que le juge appréciera le devoir juridique spécial qui fonde la position de garant. En effet, cette obligation qualifiée peut trouver sa source dans une loi extra-pénale – civile, commerciale, voire administrative –, qui impose des devoirs spécifiques créant une position de garant à charge du destinataire de la norme.

1271

Or, la prise en considération d'une telle règle peut influencer sur la question de savoir si la société mère occupe une position de garant vis-à-vis de sa société fille. A cet égard, nous rappelons qu'en droit suisse nous avons établi que la seule existence du groupe ne suffisait pas à rendre la société mère garante d'une infraction commise au sein de sa filiale, étant donné qu'aucune norme applicable aux groupes de manière générale n'était susceptible de fonder un tel statut juridique. Nous avons réservé le cas d'un outsourcing intra-groupe, dans le cadre duquel l'art. 8 LBA, précisé par l'art. 27 de l'OBA-FINMA, fonde une position de garant de la société outsourçante, soit, ici, la société mère.

1272

Comme déjà indiqué, le fait que le droit étranger, par hypothèse, n'admette pas la responsabilité de la maison mère pour les infractions commises au sein de ses filiales que si un agent de la première a participé à l'infraction, mais non uniquement de par l'influence effective de la société mère dans la gestion et l'organisation de ses filiales, est sans pertinence.

1273

En revanche, il se peut que le droit étranger prévoie d'autres sources que le droit suisse, en particulier des sources légales, susceptibles de créer une position de garant de la société mère. Ainsi, on peut imaginer qu'une norme extra-pénale de l'ordre juridique étranger contienne, à la charge de la société mère, une obligation susceptible de faire naître une telle position. En d'autres termes, il est envisageable que, selon le droit étranger du siège de l'une des sociétés, la maison mère assume un rôle de garant de par son seul statut de société mère. Cela pourrait notamment être le cas si la société mère a son siège dans l'un des rares Etats qui disposent d'un droit des groupes, à l'instar de l'Allemagne.

1274

On peut donc se demander si le juge suisse pourrait, sur cette base, reconnaître une telle qualité à la société mère d'un groupe transnational alors même qu'il ne l'admettrait pas s'agissant d'un groupe suisse.

1275

- 1276 A notre sens, la réponse est négative. Même si la qualité de garant se déduit d'une norme extra-pénale, par exemple les règles administratives en matière de prévention du blanchiment d'argent, c'est au regard de son propre ordre juridique que le juge doit apprécier si l'abstention d'un individu équivaut, sur le plan pénal, à une action. C'est à l'aune du droit suisse que doit être déterminé quel devoir juridique apparaît suffisamment qualifié pour que sa violation justifie une conséquence pénale. Ici, les sources extra-pénales et les concepts pénaux nous apparaissent trop imbriqués pour pouvoir être appréciés selon des conceptions juridiques différentes. La conclusion inverse reviendrait d'ailleurs à créer une inégalité de traitement injustifiée entre des sujets de droit pénal étrangers et suisses.
- 1277 Les considérations qui précèdent ne signifient toutefois pas que le juge suisse ne puisse pas être amené à estimer, conformément à un contrat de travail soumis au droit étranger ou à un organigramme, régi par le droit du siège de l'entreprise étrangère, si tel ou tel individu occupe une position de garant. Mais c'est à l'aune de ses propres conceptions qu'il appréciera si l'obligation juridique contenue dans ces textes fonde ce devoir juridique spécial qui incombe au garant.
- 1278 En conséquence, le juge suisse doit apprécier, comme nous l'avons vu sous VI.H. *supra*, la position de garant de la société mère au regard des circonstances factuelles du cas d'espèce, soit de l'étendue et des modalités d'intervention de la société mère dans l'organisation et la gestion de ses filiales, en lien avec le contexte dans lequel l'infraction a été commise. Il ne se préoccupera pas, en revanche, de la question de savoir si, au regard de l'ordre juridique étranger applicable au siège de la filiale, respectivement de la société mère, la position de garant de celle-ci pourrait résulter d'autres sources, notamment légales.

b) Le défaut d'organisation

1) La filiale a son siège en Suisse, la société mère à l'étranger

- 1279 Le juge apprécie le défaut d'organisation de la filiale suisse selon ses propres critères, comme n'importe quelle autre société suisse. Le propos doit en revanche être nuancé s'agissant du défaut d'organisation de la société mère étrangère. L'organisation de celle-ci n'est pas régie par le droit suisse, que sa filiale, au sein de laquelle l'infraction a été perpétrée, soit suisse, ou qu'elle y exerce des activités commerciales¹⁵⁹¹. On réservera le cas dans lequel

¹⁵⁹¹ Voir aussi, pour un parallèle avec le droit britannique, N 817 *supra*.

L'invocation du *Trennungsprinzip* apparaît artificielle, en particulier lorsque la filiale n'est qu'un instrument aux mains de la société mère, qui l'utilise, pour, de fait, mener ses propres activités en Suisse. Dans une telle hypothèse, la maison mère doit être considérée comme ayant une présence commerciale en Suisse, de sorte qu'elle peut être soumise aux normes applicables aux entreprises exerçant des activités sur le territoire suisse¹⁵⁹².

Lorsqu'il apprécie l'organisation de la société mère et qu'il entend se référer à des règles extra-pénales, le juge ne peut faire abstraction du siège étranger de l'entreprise, ce conformément aux développements effectués dans la deuxième partie sous VII.E.§ 1.c).2) *supra*. Il considérera ainsi le fonctionnement entrepreneurial en se référant aux standards internationaux, instruments de *soft law* compris, notamment ceux concernant plus particulièrement les groupes de sociétés. Cela étant, les recommandations supranationales relatives aux groupes et aux devoirs de la maison mère apparaissent éparées et libellées en termes trop généraux pour qu'un véritable schéma organisationnel puisse en être dégagé. Le juge pourra par ailleurs tenir compte des standards helvétiques fonctionnellement équivalents à ceux du droit du siège de la maison mère.

Il se gardera en revanche de prendre comme référentiel des règles organisationnelles suisses trop spécifiques et, cas échéant, de blâmer la société mère pour ne pas avoir adopté une mesure que son droit national ne lui permettait pas de prendre. De manière générale, tous les actes accomplis par la société mère et qui découlent de prescriptions législatives, notamment en matière comptable, ou même de normes d'autorégulation, ne devraient pas pouvoir lui être reprochés. Si les standards organisationnels du droit national de la société mère diffèrent des normes helvétiques, mais qu'ils laissent à celle-ci la marge de manœuvre nécessaire pour l'adoption de mesures organisationnelles conformes aux standards suisses, le juge devra évaluer à quel point il apparaît équitable d'imposer ses propres conceptions, en matière d'organisation, à une entreprise étrangère.

Dans le prolongement des considérations qui précèdent, il nous semble également que le juge ne peut pas faire totalement fi de la « culture d'entreprise » de l'Etat de la société mère, pour autant bien entendu qu'elle ne soit pas manifestement défailante, en comparaison notamment des standards internationaux. Pour prendre un exemple, en Suisse, le cumul des fonctions de

¹⁵⁹² On rappellera qu'en droit des marchés financiers, le Tribunal fédéral, à la suite de la FINMA, a admis que la LBA pouvait s'appliquer à une relation bancaire formellement nouée avec une filiale étrangère, mais qui était en fait gérée depuis la Suisse (Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, consid. 5., *in* Bulletin CFB 49/2006, p. 36 ss).

président du conseil d'administration et de directeur général (PDG) est relativement répandu. Il en va différemment aux Etats-Unis, en raison de la grande concentration de pouvoirs aux mains d'une même personne qu'un tel statut entraîne. Mais est-ce à dire que le juge – par hypothèse ici états-unien – devrait considérer que toute société suisse dotée d'un PDG présente une carence organisationnelle ? Ou, pour donner un autre exemple, que l'« intolérance culturelle »¹⁵⁹³ helvétique au *whistleblowing* et le défaut de mesures de protection du *whistleblower* qui l'accompagne, rend toute entreprise suisse mal organisée ? D'ailleurs, certaines mesures en vue d'encourager le *whistleblowing*, telles que la possibilité d'alerter les médias ou la dénonciation anonyme, peuvent entrer en conflit avec l'ordre juridique suisse, soit l'obligation de fidélité du travailleur consacrée par l'art. 321a al. 4 CO, respectivement le droit d'être entendu dont peut se prévaloir celui qui est accusé par le *whistleblower*. En tirer systématiquement une carence organisationnelle de l'entreprise suisse ne nous semble guère raisonnable.

1283 En outre, il ne faut pas perdre de vue que, la Suisse n'étant pas la seule à admettre la responsabilité pénale de la maison mère pour les actes commis au sein de ses filiales, plusieurs Etats sont susceptibles de revendiquer leur compétence à l'égard de la société mère. L'infraction peut en effet avoir eu lieu en différents endroits, plusieurs filiales peuvent être impliquées, etc. Or – et en partant de l'hypothèse que les autres ordres juridiques concernés connaissent la condition du défaut d'organisation –, si le juge se réfère exclusivement à ses propres normes organisationnelles, cela signifie, en résumé, que la maison mère, dans le cadre de sa *propre* organisation, doit se conformer à toutes les règles – potentiellement contradictoires – applicables dans les différentes juridictions du siège de ses filiales. En revanche, se tourner vers les normes internationales et les règles extra-pénales de l'Etat du siège de la société mère permet une harmonisation bienvenue des standards organisationnels à l'aune desquels la responsabilité pénale de la maison mère sera appréciée.

1284 Les considérations qui précèdent ne signifient toutefois pas que la société mère peut s'implanter dans une juridiction « laxiste », afin de s'exonérer de ses devoirs organisationnels et créer des filiales pour exercer à sa place des activités commerciales en Suisse. Comme nous l'avons déjà indiqué en début de chapitre, suivant l'intensité de l'intervention dans les affaires de sa filiale, la maison mère sera considérée comme exerçant une activité commerciale en Suisse et se verra imposer les standards organisationnels helvétiques. La délimitation ne sera pas

¹⁵⁹³ Expression empruntée à CASSANI, La lutte contre la corruption, p. 48.

nécessairement aisée et l'analyse ne pourra s'effectuer que sur un terrain concret. L'exercice apparaît toutefois inévitable si l'on veut respecter le *Trennungsprinzip* sans s'affranchir de la réalité matérielle.

En outre, même à défaut d'une présence commerciale en Suisse, l'immixtion de la société mère dans la gestion et l'organisation de sa filiale, prélude à l'admission d'une position de garant, implique simultanément pour la maison mère des devoirs organisationnels qui auraient été sinon du ressort de sa filiale. Or, ces tâches doivent être appréciées à la lueur des conceptions helvétiques vu qu'il s'agit de mesures à mettre en œuvre pour la filiale suisse. En particulier, en fonction de la clé effective de répartition des tâches entre la société mère et sa filiale, le juge pourrait reprocher à la première de ne pas avoir pris les mesures visant spécifiquement la prévention des infractions de l'art. 102 al. 2 CP, à l'instar de celles prévues dans la législation anti-blanchiment. Ainsi, si l'organisation générale de la maison mère ne peut être appréciée en faisant abstraction du droit étranger, les devoirs organisationnels qui incombent à la maison mère pour sa filiale, du fait de l'immixtion de la première dans les affaires de la seconde, seront appréciés selon les règles helvétiques auxquelles la filiale suisse est soumise.

1285

2) *La filiale et la société mère ont leur siège à l'étranger*

Pour l'appréciation du défaut d'organisation de la filiale étrangère, au sein de laquelle l'infraction, localisable en Suisse, a été commise, il faut tout d'abord rappeler que cette entité collective n'est pas *ipso facto* soumise aux normes organisationnelles helvétiques. A cet égard, il faut déterminer si elle doit être considérée comme exerçant, ou non, une activité commerciale sur le territoire suisse. Si la réponse est positive, son organisation reste régie par le droit commercial du lieu de son siège, mais les normes administratives suisses pertinentes pour la détermination de ses devoirs organisationnels lui seront généralement applicables. Ce sera par exemple le cas si la filiale étrangère gère des comptes bancaires suisses. On peut en revanche envisager le cas dans lequel la filiale n'exerce aucune activité commerciale en Suisse, mais que l'infraction y est localisable, en raison, par exemple, de la réception de l'avantage indu sur un compte suisse de l'agent public étranger corrompu¹⁵⁹⁴.

1286

S'agissant de l'évaluation de l'organisation de la société mère étrangère, les considérations qui viennent d'être exposées sous 1) *supra* demeurent pertinentes, moyennant une ou deux réserves. Tout d'abord, dès lors que la

1287

¹⁵⁹⁴ Voir N 870 *supra*.

filiale est également étrangère, il sera plus difficile de reconnaître que, non seulement la filiale, mais également la société mère, a une présence commerciale en Suisse. En outre, si, déjà, le défaut d'organisation de la filiale ne peut être appréhendé par le seul biais des normes helvétiques, il apparaît d'autant plus indiqué de n'utiliser qu'avec retenue les règles suisses pour évaluer l'organisation de la société mère. Enfin, si la localisation de l'infraction en Suisse tend à légitimer le recours aux règles helvétiques spécifiquement vouées à la prévention de l'acte, mais que la filiale n'exerce pas d'activités en Suisse, une certaine réserve s'impose tout de même dans l'application de telles normes, pour la détermination du défaut d'organisation de la société mère. Il ne faut en effet pas perdre de vue que les mesures organisationnelles que doit prendre la maison mère pour sa filiale, en raison de l'ingérence de la première dans les affaires de la seconde, sont déterminées par le droit du siège de la filiale, et non le droit suisse, si cette dernière n'a pas de présence commerciale sur le territoire.

3) *La filiale a son siège à l'étranger, la société mère en Suisse*

1288 Les observations faites dans la deuxième partie sous VII.E.§ 1.c).2) *supra* et les quelques compléments effectués sous β valent *mutatis mutandis* s'agissant de l'appréciation du défaut d'organisation de la filiale étrangère. Il faut cela étant souligner que, si la société mère suisse, de par son intervention dans les affaires de sa filiale, impose un schéma organisationnel, et du fait que certaines normes suisses, en particulier les art. 5 et 6 OBA-FINMA, requièrent de la société mère qu'elle fasse respecter au sein du groupe les standards suisses, l'application des normes organisationnelles helvétiques devrait régulièrement apparaître équitable.

1289 En ce qui concerne la société mère, elle rentre pleinement dans le champ d'application des règles organisationnelles suisses pertinentes pour l'art. 102 CP, qu'il s'agisse de normes de droit commercial ou de droit administratif. Dès lors, le manque d'organisation de la société mère sera apprécié à l'aune du modèle organisationnel helvétique. Le fait que l'organisation de la filiale soit potentiellement évaluée au regard d'un autre ordre juridique n'y change rien, la maison mère répond à raison de son propre défaut d'organisation, et non de celui de sa société fille.

B. L'infraction de base est commise à l'étranger

§ 1. La filiale a son siège en Suisse, la société mère à l'étranger

a) *Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP*

1) *Sur la base du principe de territorialité*

Nous avons vu dans la deuxième partie sous VII.E.§ 2.a) *supra* que le défaut d'organisation ne constituait pas un critère de rattachement territorial pour poursuivre l'entreprise sur la base de l'art. 102 al. 1 CP. Dès lors, si l'infraction de base est commise à l'étranger, au sein d'une filiale suisse, le juge suisse n'est pas compétent pour poursuivre cette dernière sur la base du principe de territorialité. Il en va évidemment de même à l'égard de la société mère étrangère, que sa responsabilité se base sur la participation – à l'étranger, voire même en Suisse en cas de participation accessoire – de son propre agent à l'infraction, ou sur une position de garant.

1290

2) *Sur la base du principe de la nationalité*

La filiale suisse peut en revanche être recherchée pour une infraction commise à l'étranger sur la base du principe de la personnalité active.

1291

Nous rappelons à cet égard que le juge suisse devra respecter le principe de double incrimination eu égard à l'infraction de base, ce conformément aux considérations effectuées dans la deuxième partie sous VII.F.§ 2.d *supra*. Quant au défaut d'organisation, il s'examinera bien entendu sous le seul angle du droit suisse, la filiale suisse étant destinataire des règles helvétiques pertinentes pour l'application de l'art. 102 al. 1 CP, soit, en particulier, celles relatives à la surveillance et la gestion des ressources humaines. Que l'infraction ait été commise à l'étranger n'y change rien.

1292

En revanche, le juge suisse n'est pas compétent pour poursuivre, en sus de la filiale suisse, la société mère étrangère. Nous rappelons en effet que le principe de la nationalité active se rattache à l'auteur de l'infraction, et que la nationalité s'examine de manière séparée pour chaque participant. Comme pour les personnes physiques, une attraction de compétences est exclue : le principe de la nationalité active ne vaut qu'à l'égard de la filiale suisse.

1293

Nous observons par ailleurs que la maison mère ne peut être poursuivie sur la base d'un autre chef de compétence extraterritorial qui exige la présence de l'auteur en Suisse, celle-ci faisant défaut. Il est exclu de construire une présence

1294

fictive de la société mère au siège de sa filiale, quel que soit le degré d'ingérence de la première dans la vie entrepreneuriale de la deuxième. Nous rappelons à cet égard que le fait, pour l'entreprise étrangère, d'exercer également ses activités en Suisse ne suffit pas encore, à notre sens, pour fonder sa « présence » sur le territoire, au sens où cette exigence doit être comprise dans le cadre de l'exercice d'une compétence extraterritoriale¹⁵⁹⁵. Reste réservé le cas dans lequel la société mère doit être considérée comme ayant son siège réel en Suisse, étant précisé que, pour cela, il ne suffit pas qu'elle gère effectivement les affaires de sa filiale suisse. Cela ne veut en effet pas encore dire que le centre de ses propres activités se trouve en Suisse.

1295 Cela étant, nous rappelons incidemment que le principe de protection au sens de l'art. 4 CP ne requiert pas une telle condition. On pourrait donc envisager une compétence du juge suisse à l'égard de la maison mère étrangère relativement à l'une des infractions des art. 265 à 278 CP. L'intérêt pratique d'une telle compétence n'est d'ailleurs peut-être pas nul : si plusieurs de ces infractions se conçoivent difficilement dans le cadre d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise, d'autres, en particulier les art. 271 et 273 CP, sont envisageables dans un contexte entrepreneurial. On peut à cet égard prendre l'exemple du collaborateur d'une filiale suisse d'un groupe bancaire étranger, qui, agissant à l'étranger, livre à une autorité étrangère des renseignements, dans une optique de dénonciation fiscale, sur des clients. Le droit pénal suisse pourrait s'étendre à la société étrangère dirigeant le groupe financier en question, si l'employé n'est pas identifié et que la maison mère occupe une position de garant. A noter ici que, même si la filiale et sa société mère sont les premières lésées par l'infraction, l'art. 273 CP protège un bien juridique collectif, de sorte que leur punissabilité n'est pas exclue.

b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP

1296 Nous avons établi dans la deuxième partie sous VII.E.§ 2.b)3) *supra* que, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, le défaut d'organisation constitue, sur le plan matériel, la « contribution » de l'entreprise à l'infraction commise par son agent, vu le lien de causalité entre les carences organisationnelles et le comportement de l'auteur physique. Nous en avons conclu que le manque d'organisation constituait un critère de rattachement territorial.

¹⁵⁹⁵ Voir N 994 *supra*.

Si l'agent de l'entreprise a agi à l'étranger mais que la filiale a son siège en Suisse, le défaut d'organisation peut être localisé en Suisse. Dès lors, l'art. 102 al. 2 CP s'applique à la filiale suisse, au sein de laquelle un crime ou un délit a été perpétré à l'étranger, pour autant qu'il y ait double incrimination eu égard à l'infraction de base¹⁵⁹⁶.

1297

La question suivante, délicate, est de déterminer si la compétence du juge s'étend à la maison mère qui a son siège à l'étranger. Tout d'abord, il faut rappeler que la société mère répond de l'infraction perpétrée au sein de sa filiale à raison de son défaut d'organisation. S'il n'y a pas de lien de causalité entre l'infraction et les carences organisationnelles de la maison mère, la responsabilité de cette dernière est exclue¹⁵⁹⁷. Or, si la société mère a son siège à l'étranger, le manque d'organisation de cette dernière se situe au lieu de son siège et non en Suisse. Si elle assume, notamment de par l'intégration des structures d'organisation, un management organisationnel unifié, ou encore une centralisation du système de gestion des risques, des tâches qui seraient autrement revenues à ses filiales, les devoirs organisationnels en découlant et, en même temps, leur omission, restent localisés à l'endroit de son siège. En d'autres termes, le critère de rattachement qu'est le défaut d'organisation de la société mère, soit la « contribution » de cette dernière à l'infraction commise au sein de sa filiale, n'est pas localisable en Suisse.

1298

Reste à savoir si le fait que la « contribution » de la société fille, soit son défaut d'organisation à elle, se réalise sur le territoire suffit pour admettre la compétence du juge suisse à l'égard de la société mère.

1299

A noter que, pour répondre à cette question, il est tout d'abord exclu de raisonner en termes de principe d'ubiquité : il n'est pas soutenable d'avancer que le défaut d'organisation de la filiale en Suisse peut être considéré comme le « résultat », au sens de l'art. 8 CP, des lacunes organisationnelles de la société mère à l'étranger. La notion de résultat, conformément à notre conception qui fait de l'article 102 CP une norme d'imputation, se définit uniquement au regard de l'infraction de base. D'ailleurs, même les partisans de l'infraction *sui generis* n'ont, jusqu'à présent, jamais prétendu que cette notion pouvait jouer un rôle dans le cadre de la seule condition du défaut d'organisation (qui, rappelons-le, doit être considérée comme l'acte de l'auteur pour les adhérents à cette théorie).

1300

¹⁵⁹⁶ Voir, pour cette dernière condition, N 925 ss *supra*.

¹⁵⁹⁷ Voir N 1259 *supra*.

- 1301 Dans le cas Alstom, le Ministère public de la Confédération a considéré que le défaut d'organisation de la maison mère française s'était manifesté sur le territoire (« *sich in der Schweiz (...) manifestiert hat* »), soit y avait eu des répercussions (« *[hat] sich auch in der Schweiz ausgewirkt* »), raison pour laquelle le droit suisse lui était applicable¹⁵⁹⁸. Nous rappelons cela étant que, dans cette affaire, sa compétence découlait déjà du fait que les infractions de corruption retenues étaient localisables en Suisse. Par ailleurs, le choix des termes porte à confusion car il semble – presque – rattacher le raisonnement à la théorie de l'ubiquité. Mais le fait qu'un comportement ait eu des *répercussions* dans un Etat ne suffit pas encore à admettre la compétence de cet Etat pour connaître de l'infraction en découlant. Les propos du Ministère public de la Confédération paraissent toutefois bel et bien indiquer que cette autorité de poursuite admet que le défaut d'organisation de la filiale, localisé en Suisse, pourrait constituer un critère de rattachement pour la poursuite de la société mère étrangère. Une telle conclusion n'apparaît cependant pas convaincante.
- 1302 Pour fonder la compétence du juge suisse à l'égard de la maison mère étrangère, on pourrait soutenir que le défaut d'organisation qui a permis la commission de l'infraction doit être appréhendé comme une unité, pour partie imputable à la filiale et pour partie à la société mère, et qu'il est artificiel, aux fins de la détermination de la compétence du juge, de le « scinder » en deux défauts d'organisation distincts, l'un à charge de la société fille, l'autre à charge de la maison mère, et concourant cumulativement, mais indépendamment, à la réalisation de l'infraction. A noter que cela ne doit pas revenir à considérer que la société mère répond pour le défaut d'organisation de sa société fille, mais simplement que les carences organisationnelles de chacune des deux, appréciées en fonction de leur sphère de compétences respectives, doivent s'appréhender comme un tout.
- 1303 L'analyse revient à notre sens à déterminer s'il faut considérer la société mère et la filiale comme des coauteurs, la société mère ayant « participé » – par son défaut d'organisation à l'étranger – au défaut d'organisation de la filiale en Suisse, ou si elles doivent être traitées comme des auteurs juxtaposés. Dans cette dernière hypothèse, leur contribution respective – leur manquement organisationnel – doit être analysée et localisée séparément, et la compétence à l'égard de l'une n'emporte pas juridiction à l'égard de l'autre.

¹⁵⁹⁸ Ordonnance de classement dans l'affaire Alstom du 22 novembre 2011, EAII.04.325-LEN, points 2.12 et point 3 des remarques préliminaires ; voir aussi LENZ/MÄDER, p. 38.

Le concept de coactivité¹⁵⁹⁹, renvoie aux notions de concertation commune et de répartition des tâches nécessaires à la réalisation de l'infraction¹⁶⁰⁰. Mais l'hypothèse qui nous occupe suppose que l'entente commune ne porte pas sur les éléments constitutifs de l'infraction imputée à l'entreprise mais sur le défaut d'organisation, soit la condition qui permet une telle imputation.

1304

A notre sens, la transposition du concept de coactivité en lien avec le défaut d'organisation revient tout d'abord à reconnaître la figure de la coactivité par négligence qui, nous le rappelons, est aujourd'hui rejetée par la jurisprudence et la doctrine majoritaire¹⁶⁰¹. L'idée en effet serait de dire que la filiale et la maison mère ont omis, ensemble, d'adopter les mesures organisationnelles utiles et supportent ainsi la responsabilité commune de la violation des devoirs de diligence ayant permis la réalisation de l'infraction¹⁶⁰². La problématique s'articule autour du fait d'attribuer à deux entités abstraites ce « projet commun »¹⁶⁰³ de mauvaise organisation.

1305

Pour ce faire, le raisonnement qui consisterait à rechercher l'intention des personnes physiques, qui, au sein des deux sociétés, n'auraient pas mis en place les mesures qui s'imposaient, pour voir si l'on peut dégager une concertation commune entre ces individus, puis ensuite, cas échéant, « transposer » celle-ci à la personne morale, est erroné. C'est en effet perdre de vue que le défaut d'organisation est celui de l'entreprise, sans considération des actes et des personnes individuels qui l'ont façonné. Par ailleurs, et de toute façon, une telle concertation serait difficile à établir et, à cet égard, le fait que la politique laxiste des dirigeants de la maison mère en matière organisationnelle incite ceux de la filiale à la paresse ne permet pas encore d'admettre un « plan commun de carences organisationnelles » entre les deux.

1306

A notre sens, si le concept de *responsabilité* commune de la société mère et de sa filiale dans la commission de l'infraction se conçoit aisément, il est plus difficile de prétendre que la mauvaise organisation des deux sociétés est le fait d'une

1307

¹⁵⁹⁹ Rappelons qu'une coactivité par omission est possible (CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 85 et 113).

¹⁶⁰⁰ Voir CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 115 ss.

¹⁶⁰¹ Voir N 548 *supra*.

¹⁶⁰² Voir SJ 2012, p. 347 qui, reprenant le raisonnement du TF dans l'arrêt dit des « Rolling Stones » (ATF 113 IV 58), reconnaît implicitement le concept de coactivité dans le cadre des infractions par négligence, en ces termes : « lorsque plusieurs personnes ont décidé d'entreprendre une même action, contraire au devoir de diligence, et qu'elles l'ont exécutée en se répartissant le travail, l'admission d'une relation de causalité entre la totalité des actes décidés et exécutés en commun, d'une part, et le résultat survenu, d'autre part, entraîn[e] la punissabilité de tous les participants » (p. 349).

¹⁶⁰³ Formulation tirée de CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 118.

sorte d'*entente* commune entre elles. Il nous semble que cette idée d'association ne cadre que difficilement avec la domination de la maison mère sur sa société fille et l'intervention – forcée – de la première dans la gestion et l'organisation de la seconde. La notion de coactivité, fondée sur la théorie de la maîtrise des opérations¹⁶⁰⁴, renvoie à une relation (plus ou moins) « horizontale » entre les coauteurs, qui fait défaut dans les rapports entre une société mère et sa filiale. En outre, en réalité, cette idée de responsabilité commune nous semble surtout provenir du fait que les manques d'organisation de la société mère et de la filiale entretiennent un lien de causalité cumulative avec l'infraction.

1308 Cela étant, même à considérer que, suivant les constellations et les relations d'espèce entre une société mère et sa filiale, une concertation commune quant au défaut d'organisation puisse trouver une certaine résonance, il serait erroné d'en tirer la conclusion que la compétence du juge à l'égard de la filiale s'étend à la société mère.

1309 En effet, si l'infraction de base est commise à l'étranger et que la société mère est étrangère, le seul lien entre cette dernière et le juge suisse est le siège de sa filiale en Suisse. Sur le plan conceptuel déjà, il nous semble ici difficile de prétendre que l'infraction reprochée à la maison mère doit être réputée commise sur le territoire helvétique. Par ailleurs, le rattachement à la Suisse apparaît faible, et reconnaître la compétence du juge pour poursuivre la maison mère du simple fait que l'une des sociétés suisses de son groupe est mal organisée conduit à une extension démesurée du principe de territorialité et accroît les risques déjà élevés de conflits de compétences positifs. En outre, un motif central justifiant la compétence, à savoir l'intérêt de l'Etat à ce que « ses » entreprises n'augmentent pas, à raison d'une « culture d'entreprise défaillante », les statistiques de la criminalité entrepreneuriale, fait ici défaut puisque la maison mère n'est pas une entreprise suisse.

1310 Par ailleurs, dans la mesure où cette idée d'entente commune ne pourrait se défendre que dans certaines constellations, le défaut d'organisation de la filiale constituerait parfois, mais pas tout le temps, un critère de rattachement pour poursuivre la société mère. Admettre une telle solution nous semble mettre dangereusement en péril la sécurité juridique.

1311 En conclusion, une « coactivité » entre maison mère et filiale en lien avec le défaut d'organisation, qui emporterait une attraction de compétence du juge à l'égard de la première, ne peut être retenue. Les carences organisationnelles de

¹⁶⁰⁴ Voir N 370 *supra*.

ces deux entités, pour la détermination de la compétence, se localisent de manière séparée pour chacune d'elles et celles de la filiale ne créent pas un critère de rattachement à l'égard de la société mère.

Nous précisons encore, dans un souci d'exhaustivité, qu'il est exclu de construire un critère de rattachement à l'égard de la maison mère par le biais de la figure juridique de l'action médiate en lien avec le défaut d'organisation. En d'autres termes, il n'est pas soutenable de prétendre que le juge suisse peut poursuivre la société mère étrangère en invoquant le fait qu'elle devrait être considérée comme « l'auteure médiate » des carences organisationnelles de la filiale suisse. Les raisons sont multiples et chacune se suffit à elle-même. Tout d'abord, une activité médiate par négligence est inconcevable. Ensuite, une activité médiate par omission n'est pas davantage envisageable¹⁶⁰⁵. Or, le défaut d'organisation suppose en principe que des mesures qui auraient dû être prises ne l'aient pas été. La condition est donc négative. Enfin, nous rappelons que nous refusons de manière générale d'assimiler la filiale à un instrument sur le plan pénal. En effet, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, la filiale reste, quoi qu'il arrive, destinataire de l'art. 102 CP et ne peut se décharger de la responsabilité qui lui incombe, au titre de cette disposition, de prendre les mesures organisationnelles utiles¹⁶⁰⁶. Elle ne peut en particulier, pour se dégager de sa responsabilité pénale, faire valoir qu'elle n'est qu'un pantin en mains de la société étrangère. Il apparaît donc illogique de réintroduire la notion d'instrument pour la détermination de la compétence pénale du juge.

1312

§ 2. La filiale et la société mère ont leur siège en Suisse

Le cas de figure que nous considérons ici se rencontrera peut-être rarement en pratique. Il demeure néanmoins envisageable, par exemple en cas de corruption d'agents publics étrangers, si l'offre, la promesse ou l'octroi de l'avantage, effectué par l'agent de la filiale, se déroule entièrement à l'étranger, notamment dans l'Etat du corrompu, et que le pot-de-vin est versé au moyen d'un compte bancaire étranger.

1313

¹⁶⁰⁵ Voir CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 CP N 80.

¹⁶⁰⁶ Voir N 1246 ss *supra*.

a) Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP

1314 Le juge suisse sera compétent, sur la base du principe de la nationalité active, tant à l'égard de la filiale que de la société mère, que la punissabilité de celle-ci résulte de la participation – à l'étranger voire en Suisse s'agissant d'une participation accessoire – de l'un de ses agents à l'infraction ou de sa position de garant. La punissabilité des deux sociétés est subordonnée à la condition que l'acte soit réprimé selon la *lex loci delicti commissi*.

b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP

1315 Si la filiale et la maison mère ont leur siège en Suisse, tant les carences organisationnelles de la société mère que celles de la filiale seront localisables en Suisse, de sorte que la compétence territoriale du juge sera donnée à l'égard des deux entités. Le défaut d'organisation sera évidemment apprécié exclusivement à l'aide des normes organisationnelles suisses.

§ 3. La filiale a son siège à l'étranger et la société mère en Suisse

a) Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP

1316 L'infraction de base n'étant pas commise en Suisse, le principe de territorialité n'entre pas en ligne de compte. A l'égard de la filiale étrangère, le juge suisse ne dispose d'aucun titre de compétence, faute pour celle-ci d'être « présente » en Suisse, à l'exception du principe de protection¹⁶⁰⁷. Ce principe pourrait jouer un rôle dans le cas où un employé de la filiale aurait livré à l'étranger des secrets de fabrication ou d'affaires de la société mère suisse, en violation de l'art. 273 CP.

1317 Le juge suisse se basera en revanche sur sa compétence personnelle active à l'égard de la société mère pour juger si l'un des participants à l'infraction peut être considéré comme un agent de la société mère ou si celle-ci est garante de l'infraction commise au sein de sa filiale. Son défaut de compétence à l'égard de la société fille ne fait pas obstacle à celle qu'il peut faire valoir à l'encontre de la maison mère.

¹⁶⁰⁷ Voir, *mutatis mutandis*, les considérations en lien avec la compétence du juge à l'égard de la société mère étrangère sous N 1291 ss *supra*.

Qu'en est-il ensuite de la prise en considération du droit étranger dans cette configuration ? Tout d'abord, nous rappelons que, dans la mesure où le mécanisme d'imputation de l'infraction à la société mère, soit la figure juridique du garant, relève du droit pénal suisse, il n'y a pas de prise en considération du droit étranger sur cette question. Nous rappelons également que le principe de double incrimination s'examine ici uniquement au regard de l'infraction de base, et ne s'étend pas aux conditions d'imputation de l'infraction, commise au sein de la filiale, à la maison mère¹⁶⁰⁸. En d'autres termes, le fait que l'Etat du siège de la filiale, qui pourrait par hypothèse être également celui du lieu de commission de l'infraction, ne reconnaisse pas la responsabilité pénale de la société mère pour les travers de ses sociétés filles n'est pas pertinent.

1318

En ce qui concerne les carences de la société mère, qui doivent être en lien de causalité avec l'impossibilité d'imputer l'infraction à un agent physique de la filiale, il semble logique que le juge les examine tout d'abord au regard des règles organisationnelles suisses, la maison mère y étant pleinement soumise. En complément, l'examen des normes pertinentes au siège de la filiale peut également s'avérer utile dans l'appréciation globale des mesures organisationnelles qu'il appartenait à la société mère d'adopter. En effet, dans la mesure où celle-ci intervient dans la gestion et l'organisation de sa filiale, il lui incombe de prendre les mesures organisationnelles en lien avec cette ingérence, tâche qui eût été autrement du ressort de sa filiale. Or, cette dernière est soumise aux règles d'organisation en vigueur dans l'Etat de son siège.

1319

b) Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP

La filiale échappe à la compétence de la Suisse : l'infraction de base est commise à l'étranger, le défaut d'organisation de la filiale se localise au siège étranger de celle-ci, le principe de la nationalité active ou tout autre principe de compétence extraterritorial n'entre pas en ligne de compte.

1320

En revanche, le juge suisse est compétent pour poursuivre la société mère sur la base de la territorialité, dès lors que le défaut d'organisation de celle-ci, qui entretient un lien de causalité avec l'infraction perpétrée au sein de la filiale, est localisable sur le territoire national¹⁶⁰⁹. La compétence à l'égard de la maison mère ne vaut pas attraction de compétence à l'égard de la filiale, et les considérations effectuées à cet égard sous § 1.b) *supra*, concernant le cas de

1321

¹⁶⁰⁸ Voir N 1034 ss *supra*.

¹⁶⁰⁹ Dans le même sens, à tout le moins quant au résultat, PERRIN, La répression, p. 318 s.

figure inverse – soit celui dans lequel la filiale est suisse et la maison mère a son siège à l'étranger – s'appliquent *mutatis mutandis*.

1322

En ce qui concerne le défaut d'organisation, et à l'instar de ce qui a été souligné sous a) *supra*, en lien avec la poursuite de la maison mère sur la base de la personnalité active, le fait que la société mère soit suisse légitime une appréciation centrée avant tout sur les normes organisationnelles helvétiques. Mais un « détour » par le droit du siège de la filiale peut s'avérer nécessaire, en particulier s'agissant des mesures spécifiquement destinées à la prévention d'infractions commises au sein de la filiale étrangère. Le recours au droit du siège de la filiale nous semble d'autant plus indiqué si l'infraction de base se localise également dans l'Etat du siège de la filiale, ce qui devrait régulièrement être le cas.

C. Synthèse

§ 1. Sur la compétence du juge

1323

Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP, la compétence territoriale du juge sera donnée sans réserve à l'égard de tous ceux - individus et entreprises - qui, selon le droit suisse, peuvent être tenus pénalement responsables de l'infraction, à partir du moment où celle-ci est réputée commise en Suisse. Ce sera le cas si l'agent de la filiale ou celui de la société mère a agi à titre principal en Suisse, ou s'ils ont participé, depuis l'étranger, à une infraction localisable en Suisse. Que les sociétés soient suisses ou étrangères est sans pertinence. Si l'infraction de base est perpétrée à l'étranger, le juge pourra exercer sa compétence, sur la base du principe de la nationalité active, si la société qu'il envisage de poursuivre, qu'il s'agisse de la filiale et/ou de la société mère, a son siège en Suisse.

1324

Dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, la compétence territoriale du juge sera donnée aux mêmes conditions que pour l'art. 102 al. 1 CP si l'infraction de base est réputée commise en Suisse. Dans le cas contraire, elle dépend de la localisation, en Suisse, du défaut d'organisation de la société considérée, soit du siège de celle-ci. Le juge sera donc compétent pour poursuivre la filiale suisse, respectivement la société mère suisse. A noter que, dans une telle constellation, la compétence du juge découle également du principe de la nationalité

active, mais ce dernier étant subsidiaire au principe de territorialité, le second l'emporte. Par ailleurs, la localisation du défaut d'organisation de la filiale en Suisse n'entraîne pas une attraction de compétence à l'égard de la société mère à l'étranger, et inversement.

§ 2. Quant à la prise en considération du caractère transnational du groupe

Le juge ne peut être sourd au fait que, si la société qu'il poursuit est étrangère, son organisation n'est pas régie par le droit suisse et, à moins qu'elle ait une présence commerciale en Suisse, elle n'est pas soumise aux règles helvétiques.

1325

Il faut en particulier tenir compte du caractère transnational de la situation si les deux sociétés sont étrangères et qu'aucune d'elles ne peut être considérée comme exerçant une activité en Suisse. Une telle hypothèse supposant toutefois, pour que le juge suisse soit compétent, que l'infraction de base soit commise en Suisse, il n'est en principe pas critiquable, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, d'appliquer les normes helvétiques spécifiquement destinées à la prévention de l'infraction en question. Pour le reste, c'est davantage aux standards organisationnels internationaux et à ceux de l'ordre juridique étranger de la société poursuivie que le juge suisse devra se référer.

1326

Le droit du siège de la société mère étrangère ne devrait pas être totalement ignoré dans l'appréciation globale du défaut d'organisation de celle-ci. Cela étant, si la maison mère répond, à raison de sa position de garant, de l'infraction commise au sein de la filiale suisse, ou d'une filiale étrangère mais qui exerce des activités commerciales en Suisse, les mesures organisationnelles utiles que la société mère aurait dû adopter *pour sa filiale*, seront évaluées selon le droit suisse.

1327

Si la société mère est suisse, ce sont les normes helvétiques qui serviront de référentiel au juge dans l'appréciation du défaut d'organisation. Cela étant, si la punissabilité de la société mère repose sur sa position de garant et que sa filiale est étrangère, il peut être nécessaire de se tourner vers le droit du siège de la filiale pour apprécier quelles mesures la société mère aurait dû mettre en place

1328

corollairement à son ingérence dans l'organisation et la gestion de sa filiale.

- 1329 L'élément clé qui doit guider le juge au travers de sa réflexion et de sa motivation est cette notion de reproche : peut-on *exiger* de la société mère la mise en œuvre de telle ou telle mesure organisationnelle et, corollairement, lui *reprocher* l'omission de celle-ci ?

D. L'unité de la procédure : quelques remarques

- 1330 Dans un souci d'économie de procédure et aux fins d'éviter des décisions contradictoires, il convient, lorsque le juge suisse est compétent tant à l'égard de la filiale que de la maison mère, que les deux sociétés soient jugées dans le cadre de la même procédure (voir art. 29 al. 1 let. b CPP par analogie)¹⁶¹⁰.
- 1331 Pour les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, la poursuite revient aux autorités fédérales, si les actes punissables ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger (art. 24 al. 1 let. a CPP). Dans la mesure où nous considérons l'art. 102 CP comme une norme d'imputation, la notion d'« actes punissables » fait référence à ceux de l'auteur physique. Relèveront en particulier de la juridiction fédérale les cas de coactivité entre les agents de la maison mère et de la filiale, l'un ayant agi en Suisse, l'autre à l'étranger, et si les actes de ce dernier apparaissent prépondérants par rapport à ceux perpétrés sur le territoire. Le siège des entreprises n'est en revanche pas déterminant. Cela étant, dans une perspective pragmatique, une interprétation généreuse de l'art. 24 al. 1 let. a CP nous semble possible. Ainsi, en fonction des circonstances du cas d'espèce, on pourrait envisager la compétence des juridictions fédérales même si l'infraction de base a été commise pour une part prépondérante en Suisse, mais que l'une ou les deux sociétés ont leur siège à l'étranger, le défaut d'organisation étant ainsi également survenu en dehors du territoire.
- 1332 Lorsque ce sont les autorités cantonales qui sont compétentes, et sauf si les deux sociétés ont leur siège dans le même canton, auquel cas ce dernier sera compétent conformément à l'art. 36 al. 2 CPP, plusieurs options sont envisageables. Si les deux sociétés sont étrangères, la localisation de l'infraction de base déterminera le for cantonal conformément à la règle générale de l'art. 31 CPP. Si l'une des sociétés a son siège en Suisse et l'autre à l'étranger, la procédure, conformément à l'art. 36 al. 2 CPP, revient à l'autorité cantonale du

¹⁶¹⁰ Dans le même sens, BAUMGARTNER, p. 332 ; HEINIGER, N 788 s.

siège (même si l'infraction de base est commise en Suisse, dans un autre canton). Si les deux sociétés ont leur siège en Suisse, dans des cantons différents, l'art. 33 al. 2 CPP, qui détermine le for cantonal, en cas de coactivité, au lieu où les premiers actes de poursuite ont été entrepris, peut trouver application par analogie¹⁶¹¹. Une approche pragmatique pourrait également permettre d'appliquer l'art. 36 al. 2 CPP en interprétant la notion de siège de l'entreprise comme celui de la maison mère et, partant, d'y fixer le for cantonal. Une telle solution pourrait se justifier par exemple pour des motifs liés à la localisation des preuves, si les pièces utiles pour l'appréciation du défaut d'organisation sont centralisées au siège de la société mère.

¹⁶¹¹ Dans le même sens, BAUMGARTNER, p. 332 ; HEINIGER, N 789.

VIII. Retour sur les conflits de compétences

A. Rappel de la problématique

1333 Nous avons vu dans la première partie de cette étude que la tendance actuelle à une interprétation large de la notion de lieu de commission et la reconnaissance de plusieurs principes de compétence entraînaient la conséquence indésirable d'un accroissement des conflits de compétences positifs¹⁶¹². L'admission d'un critère de rattachement territorial supplémentaire – le défaut d'organisation – dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entité collective augmente encore le risque de tels conflits. Quant à la multiplication des acteurs pénaux, rattachés, en particulier de par leur siège, à des juridictions différentes, elle ne sert pas davantage l'unicité, sur le plan international, de la procédure pénale.

1334 Or, s'il est indiqué de poursuivre et juger ensemble l'agent physique et l'entreprise, il en va d'autant plus s'agissant d'apprécier la responsabilité pénale de la filiale et de la société mère. Les responsabilités au sein du groupe apparaissent intrinsèquement liées. A cet égard, nous rappelons qu'en droit suisse, elles se construisent, eu égard au lien de causalité entre défaut d'organisation et infraction (ou entre défaut d'organisation et non-identification de l'auteur), sur le concept de causalité cumulative. Et la position de garant de la maison mère naît de son intervention dans la gestion et l'organisation de sa filiale, qui, simultanément, entraîne à charge de la première la prise de mesures organisationnelles pour sa société fille. Si société mère et filiale répondent chacune de leur propre défaut d'organisation, la rationalité impose de les apprécier ensemble. Il est indiscutable que le principe de l'économie de procédure et le souci d'éviter des jugements manquant de cohérence entre eux, ou carrément contradictoires, plaident en faveur d'un seul procès. En outre, nous rappelons que si, dans la règle, le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas vu l'indépendance juridique entre maison mère et filiale, il n'est pas exclu qu'il rentre tout de même en ligne de compte suivant l'assiette utilisée pour le calcul de l'amende prononcée à l'encontre de la maison mère. D'ailleurs, de manière plus générale, le fait de moduler la sanction de la société mère en fonction de celle infligée à la filiale n'apparaît pas dénué de sens¹⁶¹³.

¹⁶¹² Voir N 56 ss *supra*.

¹⁶¹³ Dans le même sens, SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, § 9 N 25. Le Ministère public de la Confédération a même été un pas plus loin dans les affaires Alstom et Siemens. Il a en effet classé la procédure

B. La délégation de la poursuite pénale

L'opportunité, voire la nécessité, de poursuivre la société mère et sa filiale dans le cadre d'une procédure unique rend indispensable une coordination entre les Etats compétents, visant à une centralisation des poursuites dans un seul Etat. Trois Etats rentrent avant tout en ligne de compte : celui du lieu de l'infraction, celui du siège de la filiale, ou celui du siège de la société mère. Le nombre d'Etats intéressés s'accroîtra encore si l'infraction se localise en plusieurs lieux. Qui dit centralisation des poursuites, dit, généralement, transmission des procédures répressives, ce qui signifie, en droit suisse, délégation de la poursuite pénale.

1335

Sans prétention à l'exhaustivité, les lignes qui suivent ont pour vocation une esquisse du système suisse de la délégation de poursuite pénale et de son applicabilité aux entités collectives. La délégation de la poursuite peut intervenir avec ou sans délégation de compétence, selon que l'Etat qui exercera la poursuite dispose, ou non, déjà, d'un titre de compétence¹⁶¹⁴.

1336

§ 1. Brève présentation du système suisse

La Suisse n'est pas partie à la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives. Le mécanisme de la délégation de la poursuite pénale est réglé dans l'EIMP¹⁶¹⁵. Il faut distinguer deux cas : la Suisse comme Etat délégataire ou la Suisse comme Etat délégant. Dans le premier, c'est l'art. 85 EIMP qui s'applique, étant précisé que cette dernière disposition vise l'hypothèse d'une délégation de poursuite avec délégation de compétence¹⁶¹⁶. Si la Suisse dispose d'un titre de compétence juridictionnelle, la délégation de la poursuite s'effectuera de manière plus informelle, sur une base volontaire, les règles de l'EIMP ne s'appliquant que par analogie, dans la mesure de leur

1337

ouverte contre Alstom SA, notamment en raison de l'amende prononcée à l'encontre d'Alstom Network Schweiz AG, et du fait que la condamnation de celle-ci avait nui à la réputation du groupe dans son ensemble (ordonnance de classement du 22 novembre 2011, EAII.04.0325-LEN, point III.1.2.3 et III.1.2.6). Dans l'affaire Siemens, les deux motifs relatifs à la condamnation, cette fois à l'étranger, de la société mère et au dommage réputationnel au niveau du groupe, ont également conduit au prononcé d'une ordonnance de classement à l'égard de Siemens Industrial Turbomachinery (Ordonnance de classement du 5 septembre 2013, SV.13 0805-KOU, point 4.3 et 4.3.3).

¹⁶¹⁴ HARARI/JAKOB/JENNI, pp. 385 et 390 ; LUDWICZAK, La délégation internationale, N 198.

¹⁶¹⁵ Nous relevons à cet égard que l'art. 21 CEEJ se limite à poser le principe de la délégation de la poursuite, sans aller plus avant quant à ses modalités (LUDWICZAK, La délégation internationale, N 465).

¹⁶¹⁶ Voir art. 85 al. 3 EIMP ; LUDWICZAK, La délégation internationale, N 375 ; HARARI/JAKOB/JENNI, pp. 390 et 392.

pertinence¹⁶¹⁷. Le deuxième cas est prévu aux art. 88 et 89 EIMP. A la différence de l'art. 85 EIMP, ces dispositions couvrent la délégation de poursuite avec et sans délégation de compétence¹⁶¹⁸.

1338 L'art. 85 al. 1 EIMP est libellé comme suit : « [à] la demande de l'Etat dans lequel l'infraction a eu lieu, la Suisse peut réprimer à sa place un acte commis à l'étranger : a) si l'extradition est exclue ; b) si la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'autres infractions plus graves et ; c) si l'Etat requérant donne la garantie de ne plus la poursuivre pour le même acte après qu'elle aura été acquittée ou qu'elle aura subi une sanction en Suisse »¹⁶¹⁹. L'art. 86 al. 1 EIMP rappelle le principe de la solidarité des compétences, mais réserve l'application de la *lex mitior*. L'alinéa 3 de cette même disposition exclut par ailleurs une procédure par défaut.

1339 Quant à l'art. 88 EIMP, il permet à la Suisse de déléguer à un autre Etat une infraction de sa compétence, si la personne poursuivie réside dans cet Etat et que son extradition à la Suisse apparaît inopportune ou exclue, ou encore qu'elle est extradée à cet Etat et que les perspectives de reclassement social plaident en faveur d'un transfert de la procédure.

§ 2. Mise en exergue de quelques problématiques relatives à la délégation de la poursuite des entités collectives

1340 De manière générale, la première pierre d'achoppement, dans le cadre d'une transmission interétatique de procédures engagées à l'encontre d'entités collectives, est la divergence entre les types de responsabilité – pénale, civile ou administrative – des personnes morales. A notre sens, un transfert de poursuite sans délégation de compétence est envisageable entre deux Etats dont l'un, par hypothèse, ne connaîtrait qu'une responsabilité administrative des entités collectives¹⁶²⁰. On peut cela étant imaginer que les Etats montrent une certaine réticence à transmettre ou à accepter une délégation de poursuite d'un, ou à un, Etat qui appréhende de manière différente la responsabilité de l'accusé. Une

¹⁶¹⁷ Voir, sur l'institution de la délégation de poursuite sans délégation de compétence, HARARI/JAKOB/JENNI, p. 390 et 392 s.

¹⁶¹⁸ LUDWICZAK, La délégation internationale, N 406.

¹⁶¹⁹ L'art. 85 al. 2 EIMP étant sans conteste inapplicable aux entités collectives, nous ne l'évoquons pas ici.

¹⁶²⁰ Le Tribunal pénal fédéral en a toutefois jugé autrement dans l'affaire « Volkswagen » : il a en effet estimé que, du fait que l'Allemagne ne connaissait pas de responsabilité pénale des entreprises, une délégation à ce pays des poursuites engagées en Suisse n'était pas possible (Décision du TPF du 30 novembre 2016, BB.2016.192, consid. 3.2.5).

délégation de compétence pénale nous paraît en revanche difficilement admissible sur le plan conceptuel : l'Etat ne peut déléguer une compétence pénale qu'il n'a pas, pas plus qu'en recevoir une qu'il ne peut avoir selon son propre droit. Or, si la responsabilité de l'entité collective est de nature administrative, même si elle présente toutes les caractéristiques d'une responsabilité pénale, la compétence de l'Etat pour introduire une procédure, formellement administrative, à l'encontre de l'entreprise n'est pas à proprement parler une compétence pénale.

Pour aller encore un pas plus loin, il faut que les deux Etats connaissent un modèle de responsabilité similaire, puisque, dans le cadre d'une délégation de compétence, la double incrimination s'examine de manière tout à fait concrète¹⁶²¹. Or si, par exemple, selon l'ordre juridique de l'Etat délégant, la responsabilité de l'entité collective peut être engagée par le comportement de n'importe lequel de ses agents alors que le droit de l'Etat délégataire n'impute à l'entreprise que les actes commis par ses dirigeants, et que l'infraction en question a été perpétrée par un simple employé, une transmission de la procédure apparaît exclue, faute de double incrimination.

S'agissant plus particulièrement du droit suisse, les conditions qui président à la délégation de la poursuite pénale ne sont guère adaptées et que partiellement adaptables au transfert des procédures pénales engagées à l'encontre d'entités collectives. Cela n'a rien de surprenant vu que le but principal de la délégation de la poursuite pénale, telle que conçue en droit suisse est, aux côtés d'une bonne administration de la justice, le reclassement social de l'individu¹⁶²² – concept inapplicable à une personne morale. Nous notons par ailleurs que, dans la mesure où les règles en matière d'entraide appartiennent au droit administratif, elles peuvent être interprétées plus librement que des normes pénales.

a) *La Suisse est l'Etat délégant*

L'art. 88 EIMP est notamment applicable lorsque la personne réside dans l'Etat délégataire et que son extradition apparaît exclue. Ici, on peut envisager une application analogique de la disposition aux entités collectives. La notion de résidence peut être remplacée par celle de siège. En outre, étant donné que l'extradition d'une entreprise est inconcevable, la condition de l'exclusion de

¹⁶²¹ Voir N 221 ss *supra*.

¹⁶²² LUDWICZAK, La délégation internationale, N 373.

l'extradition peut être interprétée à la lettre. Si l'on suit cette interprétation des conditions de l'art. 88 EIMP, toute entreprise étrangère les satisfait. Nous rappelons que si l'entreprise est étrangère, la compétence du juge suisse doit se fonder sur la localisation de l'infraction en Suisse (sauf dans le cas où elle peut se baser sur le défaut d'organisation d'une succursale sise en Suisse¹⁶²³).

1344 Selon l'art. 88 EIMP, la Suisse peut donc déléguer une poursuite pénale engagée, pour une infraction commise en Suisse, contre une société étrangère, à l'Etat du siège de celle-ci, si une bonne administration de la justice le commande. Il est dans ce cas probable que l'Etat délégataire dispose d'un titre de compétence à l'égard de l'entreprise, fondée sur la nationalité active, voire directement sur le principe du siège, de sorte que le transfert de la procédure interviendra sans délégation de compétence.

1345 A noter qu'au vu de la condition de la « résidence » prévue à l'art. 88 EIMP, la Suisse ne pourrait pas déléguer une poursuite pénale engagée à l'encontre de la filiale à l'Etat du siège de la société mère, si la filiale n'a pas son siège – et donc ne réside pas – dans cet Etat. Il paraît en effet difficile de prétendre que la société fille peut être considérée comme résidant au siège de la maison mère. *Mutatis mutandis*, elle ne peut pas déléguer la poursuite à l'encontre de la société mère à l'Etat du siège de la filiale.

1346 Si l'opportunité requiert que les poursuites soient centralisées dans l'Etat du siège de la société mère, il faudrait probablement que la Suisse délègue la poursuite à l'Etat du siège de la filiale et que celui-ci puisse, en vertu de son propre ordre juridique, transmettre la procédure à l'Etat du siège de la société mère. Sur le plan théorique, rien ne s'oppose à notre sens à une telle sorte de délégation « en chaîne ».

1347 Par ailleurs, nous soulignons que la délégation de la poursuite peut porter sur un seul auteur, à l'exclusion des autres participants à l'infraction (il suffit pour cela de disjoindre les procédures sur le plan interne). Ainsi, la Suisse peut décider de « conserver » la procédure introduite à l'encontre de l'auteur physique et ne transmettre que celle relative à l'entreprise. Si un tel procédé apparaîtra régulièrement dénué de sens, nous tenions à mentionner cette possibilité pour souligner le caractère flexible de cette institution. Par ailleurs, est tout de même envisageable le cas dans lequel des motifs liés au reclassement social de l'auteur physique justifieraient que ce dernier soit jugé en Suisse, alors

¹⁶²³ Voir N 918 ss *supra*.

qu'une bonne administration de la justice commanderait que l'entité collective soit poursuivie à l'endroit de son siège.

b) La Suisse est l'Etat délégataire

1) Délégation de la poursuite accompagnée d'une délégation de compétence

L'art. 85 EIMP apparaît difficilement applicable dans le cadre de procédures pénales à l'encontre d'entités collectives. Les conditions de cette disposition sont les suivantes : 1) la Suisse n'est pas compétente pour connaître de l'infraction (art. 85 al. 3 EIMP) ; 2) l'extradition de l'auteur est exclue (art. 85 al. 1 let. a EIMP) et ; 3) la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'infractions plus graves (art. 85 al. 1 let. b EIMP).

1348

Nous avons vu dans la première partie sous VII.D. *supra* qu'à notre sens, la condition que l'extradition soit exclue supposait que l'auteur soit présent en Suisse. Or, si l'entreprise se trouve sur le territoire, cela signifie en principe qu'elle y a son siège et, donc, que la Suisse sera compétente à son égard, soit sur la base de la nationalité active, soit, pour les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, sur celle de la territorialité en lien avec le défaut d'organisation.

1349

Etant donné que l'art. 85 EIMP suppose que la Suisse ne dispose d'aucun titre de compétence, cette disposition ne trouverait donc à s'appliquer que si l'entité collective est étrangère et que l'infraction de base a été commise en dehors des frontières helvétiques. La constellation que nous visons ici est celle dans laquelle la filiale a son siège en Suisse, la société mère à l'étranger, et l'infraction, perpétrée à l'étranger, fait partie de celles mentionnées à l'art. 102 al. 2 CP. Dans cette constellation, le juge suisse sera compétent, de par la localisation du défaut d'organisation en Suisse, pour poursuivre la filiale qui a son siège sur le territoire, mais non la maison mère étrangère¹⁶²⁴, ni l'auteur physique (à moins que la compétence à l'égard de ce dernier ne résulte d'un autre critère de rattachement). Un autre cas de figure envisageable est celui dans lequel une infraction au sens de l'art. 102 al. 2 CP a été commise à l'étranger de concert entre un employé de la filiale et un collaborateur de la société mère, ou que l'auteur physique de l'infraction peut être considéré comme un agent tant de la filiale que de la société mère, et que c'est la maison mère qui a son siège en Suisse, la filiale étant étrangère.

1350

¹⁶²⁴ Voir N 1298 ss *supra*.

1351 Or, il se pourrait que, suivant les circonstances du cas d'espèce, une administration rationnelle de la justice commande que toutes les poursuites soient centralisées sur le territoire helvétique, au lieu du siège de la filiale suisse, respectivement de la société mère suisse. Mais, pour cela, il faut une délégation de poursuite avec délégation de compétence pour que le juge puisse poursuivre, en sus de la société suisse, l'auteur physique de l'infraction et l'autre société étrangère impliquée.

1352 Par ailleurs, au vu de la lettre de l'art. 85 al. 1 *ab initio* EIMP et de notre conception de l'art 102 CP comme norme d'imputation, la Suisse ne pourrait accepter de délégation que de la part de l'Etat dans lequel l'infraction de base a été réalisée, mais non de celui dans lequel la société étrangère a son siège (pour autant, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas du même Etat). Cette condition ne devrait toutefois pas poser trop de problèmes puisque la compétence de l'Etat territorial s'étendra vraisemblablement à tous les participants à l'infraction, entités collectives étrangères comprises. Nous notons incidemment que, si l'on reprend l'hypothèse formulée au paragraphe précédent, un conflit de compétences positif pourrait survenir avec l'Etat du siège de la personne morale étrangère, qui disposerait par exemple d'une compétence fondée sur la nationalité active. Il faudrait donc que cet Etat puisse soit transmettre la procédure directement à la Suisse, soit à l'Etat dans lequel l'infraction de base a été commise, qui, lui, la transférerait à la Suisse, ou que son droit interne lui donne la possibilité de suspendre la procédure à l'encontre de l'entité collective, par exemple en application du principe de l'opportunité des poursuites.

1353 Cela étant, la troisième condition, qui requiert que la personne poursuivie doive répondre en Suisse d'autres infractions plus graves, restreint drastiquement les possibilités de recours au mécanisme de la délégation de la compétence pénale.

1354 En conséquence, si la délégation de la poursuite pénale apparaît, dans l'abstrait, une institution utile en vue d'une centralisation des procédures, sa mise en œuvre selon le droit suisse, dans le cadre de la poursuite d'une entité collective, apparaît malaisée.

2) *Délégation de la poursuite sans délégation de compétence*

1355 Lorsque la Suisse est compétente à l'égard de tous les participants à l'infraction, soit si l'infraction de base se localise sur le territoire, un transfert de la poursuite pénale à la Suisse, par les autres Etats compétents à l'encontre d'un ou plusieurs de ces participants, est tout à fait envisageable, sous réserve d'un mécanisme de responsabilité des entités collectives relativement similaire. L'institution n'étant

pas encadrée par des normes internes contraignantes, l'accord de délégation entre la Suisse et l'(les) autre(s) Etat(s) compétent(s)¹⁶²⁵ peut contenir toutes les modalités possibles. Les règles de l'EIMP s'appliqueront à titre subsidiaire, dans les limites de leur pertinence en lien avec l'objectif de la délégation de poursuite, qui réside dans une centralisation des procédures afin d'éviter que plusieurs Etats se penchent sur le même complexe de faits dans une débauche multipliée d'énergie et avec les risques de décisions contradictoires que cela comporte.

¹⁶²⁵ Voir HARARI/JAKOB/JENNI, p. 392.

CONCLUSION

- 1356 Tout au long de cette étude, notre réflexion a été jalonnée par la recherche de trois équilibres, liés entre eux, et qui se rattachent à la transnationalisation du crime, en particulier de celui commis dans un contexte entrepreneurial.
- 1357 Le premier résulte de la tension entre la reconnaissance – indiscutable – d'une compétence fondée sur la localisation seulement partielle de l'infraction sur le territoire et la nécessité de garder une définition pondérée du lieu de commission. Contrairement à la position qu'a pu exprimer le Tribunal fédéral¹⁶²⁶, il ne se justifie pas d'appliquer le principe de territorialité en l'absence de lien étroit entre une infraction et le sol suisse, pour pallier d'hypothétiques conflits négatifs de juridictions. Le principe de territorialité se rattache à l'endroit de la survenance de l'énoncé de fait légal et il ne peut trouver application que si celui-ci s'est déroulé, au moins en partie, en Suisse.
- 1358 Dans cette optique, nous avons refusé de faire découler l'application territoriale du droit pénal suisse de la participation, en Suisse, du complice à une infraction principale commise à l'étranger. Dès lors que le lieu de commission se situe là où le comportement typique a été accompli, respectivement où le résultat de celui-ci est intervenu, il ne se justifie pas, selon notre conception, d'élargir la notion à l'endroit de la contribution *accessoire* du complice ou de l'instigateur. Si le législateur devait estimer qu'un risque concret d'impunité préjudiciable du participant accessoire existe, ce dont nous doutons¹⁶²⁷, il lui appartiendrait alors d'établir, à l'instar des droits français ou allemand, une base de compétence spéciale pour le participant accessoire.
- 1359 Dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entreprise, que nous comprenons comme une norme d'imputation, la compétence du juge s'examine en première ligne en fonction de la localisation de l'infraction de base. Le nouveau facteur de rattachement considéré, soit le manque d'organisation de l'entité collective, apparaît légitime dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, mais non dans celui de l'alinéa 1^{er}. En tant qu'elles représentent une contribution essentielle à l'infraction commise au sein de l'entreprise, qui est un participant principal, les carences organisationnelles peuvent fonder la compétence territoriale du juge. *A contrario*, dans le contexte de l'art. 102 al. 1 CP, à défaut d'un lien de causalité entre le crime et le défaut d'organisation, celui-ci ne saurait constituer un critère de rattachement territorial. Par ailleurs, la compétence du juge à l'égard du chef d'entreprise ou de l'entreprise elle-même ne saurait emporter attraction de

¹⁶²⁶ Voir ATF 141 IV 205, consid. 5.2 ; ATF 133 IV 171, consid. 6.3 ; arrêt du TF du 3 septembre 2013, 6B_127/2013, consid. 4.2.1.

¹⁶²⁷ Voir N 395 ss *supra*.

compétence à l'encontre du collaborateur qui a commis l'infraction. Une délimitation raisonnable du lieu de commission de l'infraction reprochée à l'entreprise nous a enfin amenée à refuser la compétence du juge à l'égard de la maison mère *étrangère* sur la seule base du défaut d'organisation de la filiale *suisse*, et inversement.

Le second consensus, qui découle du premier, provient du constat qu'à partir du moment où une infraction ne se confine pas à un territoire étatique, le principe de territorialité peut – et va – revêtir une portée extraterritoriale. Car le juge qui appréhende dans son ensemble une infraction commise *partiellement* sur son territoire se préoccupe *nécessairement* de faits qui se sont déroulés à l'étranger. Le paradoxe est inévitable. Mais l'inéluctabilité d'un principe de territorialité à portée extraterritoriale ne signifie pas encore que ce paramètre ne doit pas être pris en considération. En d'autres termes, le principe de territorialité ne peut plus rester imperméable aux principes visant à limiter, ou adoucir, l'extraterritorialité d'une loi pénale, traditionnellement appliqués dans le cadre de l'exercice des compétences extraterritoriales. On peut d'ailleurs s'interroger sur la pertinence de la distinction classique entre compétences territoriale et extraterritoriale.

Dans le contexte de la responsabilité pénale de l'entreprise, l'extraterritorialité de la compétence territoriale atteint, du moins dans ses termes, son paroxysme lorsque le lien de rattachement se construit sur le défaut d'organisation : l'infraction reprochée à l'entreprise est réputée commise en Suisse alors même qu'elle s'est entièrement déroulée à l'étranger. Et la légitimité du critère de rattachement ne change rien à ce constat.

Il a donc fallu rechercher un équilibre qui permette la prise en considération de concepts classiquement étrangers au principe de la territorialité sans que celui-ci en paraisse trop dénaturé. Pour cela, nous en sommes revenus au concept originel et à la primauté de la territorialité pénale : c'est à l'Etat dans lequel un comportement a été adopté de décider de son caractère criminel. La notion d'infraction se détermine selon le droit du lieu de commission. Si l'acte a été réalisé au-delà des frontières helvétiques, la législation pénale suisse ne s'y étend pas et le juge ne peut donc utiliser son propre droit pour qualifier le comportement en question d'infraction. Ainsi, lorsque sa compétence se fonde uniquement sur la localisation du défaut d'organisation, le juge applique l'art. 102 CP sans se préoccuper de la question de savoir si le droit étranger incrimine également le complexe de faits considéré par cette disposition ; mais la notion d'infraction comme condition à la responsabilité pénale de l'entité collective

doit s'examiner selon la loi qui peut qualifier l'acte comme tel. Le comportement de l'agent de l'entreprise doit être pénalement interdit là où il a été commis.

1363 Le troisième compromis s'opère au niveau de la mise en balance entre impératifs de répression et respect des garanties individuelles. Cette pesée des intérêts s'est principalement effectuée sur trois plans.

1364 C'est tout d'abord au nom des premiers que l'on observe une propension à une interprétation extensive du principe de territorialité. Or, nous avons vu qu'une définition trop large du lieu de commission pouvait mettre à mal le principe de la légalité, en ce qu'il affaiblissait la prévisibilité de la loi applicable. En ce qui concerne le participant accessoire, reconnaître, sur la base des art. 3 et 8 CP, un lieu de commission à l'endroit de sa contribution, permettrait, à teneur de texte, de juger le complice, respectivement l'instigateur, sous le seul angle du droit suisse sans prise en considération ni du droit du lieu de commission, ni d'un éventuel jugement déjà rendu à son encontre. Le refus d'admettre une attraction de compétence à l'égard de la société mère étrangère au siège de la filiale suisse, lorsque l'infraction de base est commise à l'étranger, est également teinté de considérations garantistes. A notre sens, dans cette constellation, la société mère ne doit guère compter avec l'application de la loi pénale suisse du siège de la filiale, alors même que l'infraction dont elle est rendue responsable est perpétrée en dehors des frontières helvétiques. Il en va de même dans le cas de figure inverse : la compétence du juge suisse à l'égard de la filiale étrangère, pour une infraction commise à l'étranger, sur la seule base du fait que le défaut d'organisation de la société mère se localise en Suisse, laisse songeur sur le plan de la prévisibilité du droit applicable.

1365 Pour des motifs garantistes également, la prise en considération de la loi étrangère du lieu de commission de l'infraction de base nous semble s'imposer, lorsque celle-ci ne fait pas l'objet d'un consensus international. Nous avons d'ailleurs pris le pari qu'une telle exigence, si elle peut effectivement constituer, sur le plan théorique, un obstacle à la poursuite de l'entreprise, n'en est pas un en pratique. Il nous semble sujet à caution de sommer les Etats de renoncer à une garantie fondamentale de leur ordre juridique pour pallier les défaillances d'autres Etats dans la transposition législative de leurs obligations internationales. Nous rappelons également que la tendance à une définition généreuse du lieu de commission d'une infraction en général et de la corruption en particulier aura pour conséquence qu'un lien de rattachement avec la Suisse, fondé sur les éléments constitutifs de l'infraction de base, sera régulièrement donné. D'ailleurs, à notre connaissance, dans la totalité des affaires de

responsabilité pénale des entités collectives ayant occupé la justice helvétique et abouti à une décision au fond, l'infraction de base était localisable en Suisse¹⁶²⁸. Et, dans une telle hypothèse, il n'y a évidemment plus place pour la double incrimination. Par ailleurs, le principe de prévisibilité ne s'oppose pas à la poursuite d'une entreprise suisse, à raison d'une infraction commise à l'étranger, même si l'Etat du lieu de commission ne connaît pas la responsabilité pénale des entités collectives, ou l'admet à des conditions différentes du droit suisse.

Enfin, les impératifs de répression ne doivent pas faire oublier que la responsabilité pénale de l'entreprise suppose que l'infraction puisse lui être *reprochée*, reproche qui suppose le défaut de mise en place de mesures raisonnables et nécessaires, lequel doit être prouvé à satisfaction de droit par l'accusation. Et du caractère « raisonnable » des mesures à adopter résulte l'exigence d'un examen individualisé. Par ailleurs, le défaut d'organisation doit toujours être réalisé dans le chef de l'entreprise poursuivie ; conceptuellement parlant, il n'y a pas d'imputation du défaut d'organisation. Partant de ces considérations, nous réfutons la responsabilité automatique de l'entreprise outsourçante pour les infractions commises au sein de la société délégataire. De même, il n'y a pas de responsabilité de principe de la société mère pour les infractions commises au sein de ses filiales. Dans ces deux cas, la responsabilité de la société délégante, respectivement de la maison mère, suppose une injonction juridique, dont elles apparaissent destinataires, d'adopter les mesures exigées par l'art. 102 CP. Plus important encore pour le sujet qui nous occupe, une appréciation individualisée implique la prise en considération de la « nationalité » étrangère de l'entreprise. Le juge suisse ne peut rester sourd aux normes organisationnelles applicables au lieu du siège de la société poursuivie, de même qu'il ne peut aveuglément appliquer les règles d'organisation du droit suisse lorsque l'entreprise poursuivie n'entre pas dans leur champ d'application. Les difficultés pratiques qui en résulteraient pour le juge, et qui peuvent donc également constituer un obstacle à la répression, ne

1366

¹⁶²⁸ Voir les affaires « Alstom » (MPC, Communiqué Alstom ; ordonnance pénale du 22 novembre 2011, EAI.04.0325-LEN, ch. 12 ss), « Siemens » (MPC, Communiqué Siemens ; ordonnance de classement du 5 septembre 2013, SV.13.0805-KOU, point 1.7), « Stanford » (MPC, Communiqué Stanford ; ordonnance pénale du 21 février 2014, SV.09.0028, point 7.1), « Nitrochem » (Ordonnance pénale et ordonnance de classement du 31 mai 2016, SV.12.0120-DCA, point I.1 ss) ; voir, pour un résumé de cette affaire, l'émission de la RTS du 19 septembre 2016, disponible sous : <https://www.rts.ch/info/economie/8027589-une-multinationale-suisse-condamnee-pour-corruption-sous-kadhafi.html> (21.02.2017)), « La Poste » (ATF 142 IV 333), ou encore « Odebrecht » (MPC, Communiqué Petrobras ; ordonnance pénale du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1. ; ordonnance de classement du 21 décembre 2016, SV.16.1280-LEN, point III.1).

sauraient justifier une complète standardisation des mesures organisationnelles à mettre en œuvre.

1367 Ces conflits pourraient en bonne partie être résolus si le législateur suisse adoptait des règles de compétence spécifiques à l'entreprise. Un ancrage législatif présenterait d'ailleurs l'avantage d'éviter toute divergence quant à la compétence du juge en fonction de la conception que l'on a de l'art. 102 CP, norme d'imputation ou infraction *sui generis*. Par ailleurs, nous saisissons l'occasion pour relever incidemment, toujours sur le terrain d'une modification législative, mais dans un autre registre, que la responsabilité subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP¹⁶²⁹ devrait être abandonnée, et tous les crimes et délits soumis au régime direct de l'art. 102 al. 2 CP¹⁶³⁰.

1368 Pour en revenir à la norme de compétence, le premier critère de rattachement serait l'infraction de base, localisée conformément à l'art. 8 CP. Une règle prévoyant expressément, en fonction de la situation d'espèce, la prise en considération des prescriptions organisationnelles du siège de l'entreprise étrangère serait par ailleurs prévue.

1369 En cas d'infraction perpétrée à l'étranger, le défaut d'organisation pourrait certes constituer, dans le cadre de l'art. 102 al. 2 CP, un deuxième critère de rattachement territorial. Nous optons toutefois pour une solution différente, basée sur ce qui nous paraît l'idée originelle sous-tendant la lutte contre la criminalité d'entreprise transfrontière : un Etat ne doit pas laisser « ses » entreprises se livrer à des malversations à l'étranger, en particulier dans les Etats où les défaillances du système judiciaire leur font courir un risque moindre d'être inquiétées par la justice. Corollairement, le juge doit être compétent pour poursuivre les entreprises établies sur le territoire national, pour les infractions commises à l'étranger dont elles peuvent être rendues responsables. Or, dans cette optique, le critère de rattachement est personnel : c'est le siège d'une entreprise dans un Etat qui justifie la compétence de ce dernier. C'est donc cette base de compétence que nous choisissons pour justifier l'application du droit pénal suisse aux entreprises situées en Suisse.

1370 La notion de siège comprendrait également le siège réel de l'entreprise, et la compétence du juge du siège de la succursale serait donnée pour les infractions commises dans le cadre des activités de celle-ci.

¹⁶²⁹ Voir pour la critique du modèle choisi, N 610 ss *supra*.

¹⁶³⁰ Dans ce sens PIETH, *Anwendungsprobleme*, p. 229.

Une telle solution permet par ailleurs, sur le plan international, une certaine harmonisation entre les ordres juridiques, en particulier au regard de ceux qui ne connaissent pas la condition du défaut d'organisation dans leur modèle de responsabilité des entités collectives. Elle présente en outre l'avantage de ne pas devoir traiter séparément, tant qu'ils ne sont pas réunis sous les mêmes conditions, les deux alinéas de l'art. 102 CP, et ne restreint pas la compétence du juge par rapport au critère du défaut d'organisation, puisque la localisation de celui-ci dépend du siège de l'entreprise. Le critère de rattachement coupe également court à la discussion quant à la double incrimination de l'infraction de base : dans la mesure où la compétence fondée sur le siège de l'entité collective est extraterritoriale, la condition ne pose plus aucun problème conceptuel. Par ailleurs, la double incrimination s'interprète de la même manière que le juge exerce sa compétence sur la base de la territorialité, avec pour critère de rattachement le défaut d'organisation, ou du siège de l'entreprise : seule l'infraction de base doit être réprimée au lieu de commission. *De lege ferenda*, les conditions d'exercice d'une compétence fondée sur le siège doivent être les mêmes que celles reposant sur la nationalité de l'entreprise, la différence entre le principe du siège et celui de la nationalité active apparaissant, du point de vue de leur légitimation, essentiellement sémantique. Dans la majorité des cas, la nationalité et le siège d'une société se recouperont, à part lorsque le siège social d'une entreprise ne correspond pas à son siège réel. Dans un tel cas, la nationalité d'une entreprise doit se déterminer, en droit suisse, selon le siège social de l'entreprise uniquement, alors qu'en adoptant le principe du siège, l'endroit du siège réel peut être également propre à fonder la compétence du juge.

1371

Transposé à l'échelle du groupe de sociétés, le critère du siège apparaît conforme aux règles que nous avons dégagées dans la troisième partie sous VII *supra*. En application du *Trennungsprinzip*, le terme « entreprise », au sens de l'art. 102 CP, ne renvoie pas au groupe considéré dans son ensemble mais à chaque société qui le compose. Ainsi, si l'infraction de base est commise à l'étranger, le juge suisse sera compétent à l'égard des sociétés du groupe qui ont leur siège en Suisse. Si seule la filiale a son siège en Suisse, le droit pénal suisse ne s'étend pas à la société mère étrangère. *Mutatis mutandis*, la compétence du juge à l'égard de la maison mère suisse n'emporte pas attraction de compétence à l'égard de la filiale étrangère.

1372

La règle de compétence devrait par ailleurs prévoir le respect du principe *ne bis in idem*. A noter que l'art. 8 al. 3 CPP permet, de *lege lata*, de renoncer à

1373

poursuivre l'entreprise si un autre Etat compétent a déjà engagé une poursuite à son encontre. Comme autres Etats compétents entrent en considération celui (ou ceux) du lieu de l'infraction de base, celui du siège de l'établissement principal (si seule la succursale a son siège en Suisse), ou encore celui du siège de la société mère ou de la filiale étrangères.

1374 Dans le prolongement des considérations qui précèdent, notre étude s'achève sur une proposition de texte législatif, accompagnée d'un petit commentaire, ce après une dernière remarque.

1375 En parallèle du droit de la compétence, il ne serait pas inutile, mais ce n'est pas notre sujet, que le domaine de la coopération internationale réglât certaines problématiques afférentes à l'entité collective comme sujet de l'entraide judiciaire. Pour n'en citer que deux : les divergences étatiques quant à la nature et au modèle de la responsabilité pénale de l'entité collective et la délégation de la poursuite pénale.

Code pénal suisse

Art. 8^{bis} Crimes ou délits reprochés à l'entreprise (art. 102 CP) / Lieu de commission de l'infraction

¹ En matière de responsabilité pénale de l'entreprise, le présent code est applicable lorsque l'infraction réalisée par la personne physique (l'infraction) est réputée commise en Suisse.

² La localisation de l'infraction s'effectue conformément à l'art. 8.

³ Lorsque l'entreprise poursuivie a son siège à l'étranger, le juge, si les circonstances le justifient, prend en considération, dans l'appréciation du défaut d'organisation, le droit du siège de l'entreprise.

⁴ L'art. 3 al. 2 est applicable.

Art. 8^{ter} Crimes ou délits reprochés à l'entreprise (art. 102 CP) / Commission à l'étranger de l'infraction

¹ Lorsque l'infraction est commise à l'étranger, le présent code s'applique à l'entreprise ayant son siège en Suisse, pour autant que l'infraction soit réprimée au lieu de commission.

² Une entreprise a son siège en Suisse si elle y a son siège social ou si elle y est administrée en fait (siège réel).

³ Le présent code s'applique à l'entreprise qui dispose d'une succursale en Suisse, si l'infraction est commise dans le cadre des activités commerciales de la succursale, et pour autant qu'elle soit réprimée au lieu de commission.

⁴ Sous réserve du cas dans lequel le jugement étranger a pour but de soustraire l'entreprise à sa responsabilité pénale, l'entreprise ne peut plus être poursuivie en Suisse si :

- a. elle a été acquittée à l'étranger par un jugement définitif ;
- b. elle a subi la sanction prononcée contre elle à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

⁵ Si l'application du présent code ne résulte pas déjà des al. 1 à 3, les art. 4, 5, 6 et 7, ainsi que les règles spéciales relatives au champ d'application spatial du droit pénal suisse sont par ailleurs applicables.

⁶ L'art. 3 al. 2 est applicable.

Commentaire des art. 8^{bis} et 8^{ter} CP

Art. 8^{bis} CP

Al. 1 et 2

1. *L'art. 8^{bis} al. 1 et 2 CP pose la règle de base selon laquelle la compétence territoriale du juge pour connaître de l'infraction reprochée à l'entreprise s'établit au regard du comportement de l'auteur physique. A partir du moment où un participant principal à l'infraction a agi en Suisse, ou que le résultat de ce comportement s'est produit sur le territoire suisse, le code pénal suisse s'applique à l'égard de tous les acteurs pénaux – individu(s) et/ou entreprise(s) – pouvant être rendus responsables de l'infraction, quel que soit le lieu où ils se trouvaient au moment d'apporter leur contribution. Dès lors, si l'infraction est localisable en Suisse, la compétence du juge suisse s'étend aux entreprises étrangères, notamment à la maison mère étrangère, qui occupe une position de garant à l'égard des infractions commises au sein de sa filiale¹⁶³¹.*
2. *Le droit pénal suisse s'applique si l'agent de l'entreprise a agi, à titre principal, en Suisse, ou s'il a participé, depuis l'étranger, à une infraction commise en Suisse. En matière de participation, une infraction est réputée perpétrée en Suisse si l'auteur direct, le coauteur, l'auteur médiate ou encore l'instrument humain a agi en Suisse¹⁶³². Il en va de même en matière de délit d'omission si c'est en Suisse que le garant, notamment le chef d'entreprise, aurait dû agir. Le juge suisse est donc compétent à l'égard de l'entreprise étrangère dont le chef se trouvait en Suisse lorsqu'il a contrevenu à son obligation juridique d'agir. Si seul un acte de participation accessoire a été réalisé en Suisse, qu'il soit le fait de l'agent de l'entreprise ou d'un autre participant accessoire à l'infraction, cette dernière n'est pas localisable sur le territoire national¹⁶³³.*
3. *En matière de corruption, le lien de rattachement territorial avec la Suisse est notamment donné, pour la corruption active et passive, à partir du moment où l'avantage indu est transféré sur un compte bancaire suisse¹⁶³⁴. Le transfert, depuis un compte suisse, de l'avantage indu fonde également un critère de rattachement pour la corruption*

¹⁶³¹ Voir en particulier N 848 ss *supra* et N 1261 ss *supra*.

¹⁶³² Voir N 369 ss *supra*.

¹⁶³³ Voir N 384 ss *supra* ; JdT 1954 IV 82, p. 91 ; JdT 1955 IV 148, p. 150 ; ATF 104 IV 77, JdT 1980 IV 34, p. 41 ; SJ 1984, p. 160 s. ; arrêt du TF du 29 octobre 2009, 6B_86/2009, consid. 2.3. ; arrêt du TF du 5 août 2014, 6B_115/2014, consid. 2.2.1.

¹⁶³⁴ Décision du TPF du 12 juin 2015, BB.2014.191, consid. 2.7 ; arrêt du TPF du 27 janvier 2016, RR.2015.280, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 3 mars 2016, RR.2015.292, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 16 mars 2016, RR.2015.297, consid. 6.3 ; décision du TPF du 24 novembre 2016, BB.2016.87, BB.2016.88, BB.2016.255, BB.2016.256, consid. 6.6.2 s. ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, pp. 29 et 32 ; DYENS, Territorialité, N 1199 et 1224 ; JOSITSCH, p. 450 ; PERRIN, La répression, p. 116 s. ; pour une analyse des divers facteurs de rattachement envisageables en matière de corruption, CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 25 ss.

active¹⁶³⁵, mais non, selon nous, pour la corruption passive. En effet, pour la corruption passive, le lieu du débit de l'avantage indu ne coïncide pas avec celui de l'acceptation de l'avantage par le corrompu, qui se localisera, par exemple, en fonction du lieu du compte bancaire crédité¹⁶³⁶.

4. En matière de blanchiment d'argent, la compétence territoriale helvétique peut se fonder sur le transfert, depuis la Suisse, des valeurs patrimoniales provenant d'un crime, par un intermédiaire financier ayant son siège en Suisse¹⁶³⁷. La solution est selon nous identique si le transfert, d'un compte suisse sur un compte étranger, des valeurs patrimoniales, ne fait pas appel à l'intervention d'un intermédiaire financier établi en Suisse¹⁶³⁸. En revanche, selon le Tribunal pénal fédéral, la réception des valeurs patrimoniales, transférées depuis l'étranger, sur un compte bancaire suisse, ne suffit pas pour fonder la compétence du juge suisse¹⁶³⁹. Nous ne souscrivons pas à cette jurisprudence, qui se raccroche à l'idée erronée, et désormais dépassée, qu'il ne peut y avoir de résultat au sens de l'art. 8 CP qu'en matière de délits matériels¹⁶⁴⁰. Elle conduit par ailleurs à la conséquence indésirable que si le crime préalable a été commis à l'étranger, et sauf à ce que le juge suisse puisse se prévaloir d'un chef de compétence extraterritorial, la confiscation des valeurs patrimoniales sises en Suisse ne sera pas possible¹⁶⁴¹.
5. De même qu'en matière de responsabilité des personnes physiques, le principe d'imputation s'applique dans le cadre de la responsabilité pénale de l'entreprise.

Al. 3

1. Le défaut d'organisation est une notion pénale mais, pour l'apprécier, le juge peut devoir se référer à des mesures organisationnelles concrétisées dans des règles extra-pénales¹⁶⁴². Si l'entreprise est étrangère, elle n'est pas organisée selon le droit suisse. Si elle n'exerce pas d'activités commerciales en Suisse, elle n'est, de manière générale,

¹⁶³⁵ Décision du TPF du 28 juillet 2011, BB.2010.112, consid. 2.2. ; jugement du TPF du 1^{er} octobre 2014, SK.2014.24, A. (faits) et consid. 2.2.1. ; CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption, p. 29.

¹⁶³⁶ Apparemment *contra*, dans le cadre d'*obiter dicta* : arrêt du TPF du 27 janvier 2016, RR.2015.280, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 3 mars 2016, RR.2015.292, consid. 7.3 ; arrêt du TPF du 16 mars 2016, RR.2015.297, consid. 6.3.

¹⁶³⁷ Voir ATPF 2007 165, consid. 1.4.1 ; décision du TPF du 30 octobre 2007, SK.2006.20, consid. 3.2 ; décision du TPF du 2 décembre 2013, BB.2013.146, consid. 3. ; CASSANI, L'internationalisation, p. 381 ; DYENS, Territorialité, N 1073 s.

¹⁶³⁸ Voir N 294 ss *supra*.

¹⁶³⁹ Jugement du TPF du 25 mai 2012, SK.2012.10, consid. 1.2 ; dans le même sens, ATPF 2007 165, consid. 1.3 ; arrêt du TPF du 20 octobre 2008, SK.2007.25, consid. 3.1.

¹⁶⁴⁰ Dans le même sens, DYENS, Territorialité, N 1085.

¹⁶⁴¹ Voir notamment ATF 128 IV 145, consid. 2c) et d) ; confirmé *in* ATF 134 IV 185, consid. 2.1.

¹⁶⁴² Notamment PIETH, Risikomanagement, p. 607 ; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, p. 69 ; ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ?, p. 195 ; AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 63.

pas soumise au droit public suisse. Le juge pénal n'étant pas lié par le champ d'application de règles extra-pénales¹⁶⁴³, il ne lui est pas interdit de se référer aux standards organisationnels suisses pour apprécier le défaut d'organisation d'une entreprise étrangère. Cependant, sur le plan de la faute, il n'est pas évident que le juge puisse reprocher à une entreprise la violation d'une règle dont elle n'est pas destinataire. L'exigence d'un examen concret et individualisé du défaut d'organisation peut amener le juge à apprécier les carences organisationnelles de l'entreprise à la lueur de l'ordre juridique auquel elle est soumise en première ligne, soit celui de son siège¹⁶⁴⁴.

2. *Ce sont les circonstances concrètes du cas d'espèce qui détermineront si, et à quel point, le juge doit prendre en considération les normes organisationnelles de l'Etat du siège de l'entité collective plutôt que ses propres règles. En particulier, en cas d'équivalence fonctionnelle entre les standards suisses et étrangers, l'application des premiers ne devrait généralement pas apparaître critiquable. La nature de la règle suisse sur laquelle le juge entend appuyer sa motivation est également pertinente : une norme générale, destinée à concrétiser une sorte de « principe » organisationnel pourra être appliquée largement, davantage qu'une règle portant sur un point précis. Par ailleurs, en principe, la prise en considération des règles suisses spécifiquement destinées à la prévention de l'infraction de base, perpétrée en Suisse, semble équitable. Il peut en aller différemment s'agissant d'une règle organisationnelle qui ne sert que de façon médiate un tel but. Dans le cas – extrême – dans lequel le droit du siège de l'entreprise s'oppose à l'adoption d'une mesure organisationnelle pertinente selon les standards suisses, le juge ne peut reprocher à l'entreprise étrangère de ne pas avoir mis en œuvre la mesure en question.*
3. *De manière générale, le juge pourra largement s'inspirer, comme pour une entreprise suisse, des standards internationaux, en particulier des divers instruments de soft law élaborés par des organisations supranationales, telles l'OCDE, le GAFI, Transparency International, la Chambre internationale de Commerce, etc.*

Art. 8^{ter} CP

Al. 1 à 3

1. *Si l'infraction reprochée à l'entreprise est commise à l'étranger, la compétence du juge suisse découle du siège de l'entreprise en Suisse. Elle est subordonnée à la condition de la double incrimination de l'infraction de base¹⁶⁴⁵. Celle-ci doit être typique et illicite – soit*

¹⁶⁴³ Notamment CASSANI, *Infraction sociale*, p. 73 ; voir aussi HELFENFINGER, p. 246 ; ROTH, *Une responsabilité sans culpabilité ?*, p. 197 s.

¹⁶⁴⁴ Voir pour l'analyse détaillée, N 859 ss *supra*.

¹⁶⁴⁵ Voir, *de lege lata* et en lien avec le critère de rattachement du défaut d'organisation, N 925 ss *supra*.

pénalement interdite – selon le droit du lieu de commission. La culpabilité de l'auteur physique est sans pertinence pour apprécier la responsabilité pénale de l'entreprise. Si l'infraction est localisable dans plusieurs Etats, il suffit que l'un d'eux incrimine le comportement en question. En revanche, il n'est pas nécessaire que le droit pénal du lieu de commission connaisse la responsabilité pénale de l'entreprise et, partant, ait une norme comparable à l'art. 102 CP. Le juge dispose d'un titre de compétence originaire à l'égard de « ses » entreprises et le lien de rattachement substantiel entre une entité collective et l'ordre juridique dans lequel elle décide de s'implanter rend prévisible, pour l'entreprise, l'application de la règle consacrant sa responsabilité pénale, même si l'infraction de base est perpétrée à l'étranger.

2. Le siège d'une entreprise correspond en premier lieu à son siège social – ou statutaire. Le siège social se détermine conformément à l'art. 154 LDIP. Aux fins de l'application de l'art. 8^{ter} CP, une entreprise est également considérée comme ayant son siège en Suisse si elle y a le centre de ses activités, conformément au critère du siège réel. En principe, le siège social et le siège réel d'une entreprise se recoupent. Le critère du siège réel vise à éviter qu'une entreprise puisse se soustraire à l'application du droit pénal suisse en établissant, de manière fictive, un siège à l'étranger, alors qu'elle développe l'essentiel de ses activités en Suisse. Le critère du siège réel ne doit toutefois pas conduire à soumettre au droit pénal suisse n'importe quelle société étrangère qui exerce son industrie sur le territoire national. Siège réel ne rime pas avec présence commerciale, et le siège réel d'une entreprise ne peut se localiser qu'à un seul endroit (au contraire de la présence commerciale). Pour déterminer le siège réel d'une entreprise, il faut évaluer avec quel Etat celle-ci entretient les liens les plus étroits. Pour ce faire, l'on se référera utilement à la doctrine de droit international privé, qui donne comme indices l'endroit où se déroule l'essentiel des activités commerciales, le lieu de réunion du Conseil d'administration ou de l'Assemblée générale, ou encore celui du centre administratif en charge de la comptabilité sociale¹⁶⁴⁶.
3. En application du « Trennungsprinzip », le siège de la filiale et celui de la maison mère se déterminent en principe de manière séparée. Est réservé le cas dans lequel la filiale doit être considérée comme ayant son siège réel au siège de la société mère. Si l'infraction de base est commise à l'étranger, la compétence du juge à l'égard de la maison mère suisse n'emporte pas attraction de compétence à l'encontre de la filiale étrangère. Inversement, la compétence du juge pour poursuivre la filiale suisse ne s'étend pas à la société mère qui a son siège à l'étranger¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁶ CR LDIP–GUILLAUME, Art. 154 N 6.

¹⁶⁴⁷ Voir, *de lege lata* et en lien avec le critère de rattachement du défaut d'organisation, N 1298 ss *supra*.

4. *Le juge du siège de la succursale est compétent pour poursuivre l'établissement principal à l'étranger, à raison d'une infraction commise à l'étranger, pour autant que celle-ci soit commise dans l'exercice des activités commerciales de la succursale*¹⁶⁴⁸. L'infraction doit être pénalement interdite au lieu de commission de celle-ci ; la question de savoir si elle l'est également dans l'Etat du siège de l'établissement principal est en revanche sans pertinence. L'Etat du siège de la succursale dispose d'un intérêt légitime à poursuivre l'entité pouvant être rendue responsable d'infractions commises dans le cadre des activités commerciales des succursales établies sur son territoire. En outre, dans un tel cas, le défaut d'organisation qui a permis la commission de l'infraction, et qui constitue, pour les infractions de l'art. 102 al. 2 CP, la contribution de l'entreprise à l'acte criminel, se localisera (notamment) dans l'Etat du siège de la succursale.
5. *Pour éviter les conflits de compétences, l'Etat du siège de l'établissement principal et celui du siège de la succursale devraient impérativement se coordonner, cas échéant avec l'Etat dans lequel l'infraction a été commise, en vue d'une centralisation des poursuites contre l'entreprise dans un seul Etat.*

Al. 4

1. *La condition, pour l'application du principe ne bis in idem, que le jugement étranger n'ait pas pour but de soustraire l'entreprise à sa responsabilité pénale, doit se comprendre au regard de l'interprétation que certains auteurs, effectuant le lien avec l'art. 20 ch. 3 let a du Statut de Rome, ont donnée de la clause d'exception à la reconnaissance d'un jugement étranger consacrée aux art. 3 al. 3, 5 al. 2, 6 al. 3 et 7 al. 4 CP*¹⁶⁴⁹.
2. *L'acquittement de l'entreprise à l'étranger doit se déterminer dans une perspective matérielle. Pour que le principe ne bis in idem s'applique, il faut que le juge étranger ait rendu sa décision sur la base d'un examen complet du dossier, en fait et en droit, des faits reprochés à l'entreprise. Il n'est en revanche pas nécessaire que le jugement d'acquittement soit formellement de nature pénale. Une décision au fond rendue par le juge d'un Etat qui ne connaît qu'une responsabilité de nature administrative des entités collectives pour les infractions commises en leur sein ne s'oppose pas à l'application du principe ne bis in idem, pourvu qu'elle se soit prononcée sur tous les faits sur lesquels le juge suisse aurait eu à se pencher. En revanche, si la décision d'acquittement résulte du fait que l'une des conditions à la responsabilité pénale de l'entreprise n'est pas réalisée, alors que*

¹⁶⁴⁸ Voir N 1046 ss *supra*.

¹⁶⁴⁹ CASSANI/ROTH, p. 474 ; BSK StGB–POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 52 ; voir aussi, pour les débats parlementaires, les interventions MÉNÉTREY-SAVARY et VALLENDER qui, pour justifier l'exception à l'application du principe *ne bis in idem*, donnent l'exemple de jugements de complaisance rendus à l'étranger, BO CN 2001 540.

l'application de l'art. 102 CP permettrait, en Suisse, la condamnation de l'entreprise, le principe ne bis in idem ne trouve pas application. En d'autres termes, si l'acquittement est dû au fait que le droit étranger connaît un modèle divergent, plus restrictif que le droit suisse, de responsabilité des entités collectives, il n'y a pas place pour une application du principe ne bis in idem. Par exemple, si l'entreprise est acquittée parce que l'ordre juridique étranger subordonne sa punissabilité à la commission d'une infraction par un organe de l'entreprise et que l'infraction a été perpétrée par un simple collaborateur, le juge suisse poursuivra l'entreprise conformément à l'art. 102 CP.

3. *La sanction, au sens de cette disposition, comprend toutes les peines et mesures applicables à l'entreprise, en particulier, et outre l'amende, la confiscation et la créance compensatrice, au sens des art. 70 et 71 CP, ainsi que la publication du jugement au sens de l'art. 68 CP.*

Al. 5

1. *L'al. 5 rappelle que la compétence du juge à l'égard de l'entreprise n'est pas plus étroite qu'en matière de responsabilité individuelle. Sont donc applicables à titre subsidiaire toutes les normes régissant la compétence du juge pénal suisse.*

INDEX

A

Abstention (Lieu de l'-) : voir « Omission »

Acquittement (notion) : N 138 ss

Action

- Rattachement territorial : N 287 ss
- Unité d'actions : N 289, N 610

Agent (de l'entreprise, notion) : N 551 ss, N 1159 s.

Auteur médiat : voir « Participation principale »

B

Blanchiment d'argent

- Rattachement territorial : N 296 ss, N 308 ss, N 368, N 412
- Sources internationales : N 649 ss, N 758 ss, N 1151 ss
- Sources suisses : N 662 ss

C

Causalité

- En général : N 342, N 416, N 617 s., N 622 s., N 882 s., N 904, N 1163, N 1242 s., N 1254
- cumulative : N 578, N 1244, N 1334

Centralisation

- des poursuites : N 1335
- du groupe : N 1082, N 1090 s., N 1191, N 1218, N 1258

Chef d'entreprise : voir « Entreprise »

Classement : N 143, N 482

Coactivité : voir « Participation principale »

Commission par omission : voir « Omission »

Compétence

- Compétence de représentation : voir « Principe de représentation »
- Compétence dérivée : N 0, N 221 ss, N 983
- Compétence de substitution : voir « Principe de substitution »
- Compétence exécutive : N 0, N 38
- Compétence législative : N 0, N 0 ss, N 0 ss, N 118 ss, N 124 ss, N 138 ss
- Compétence judiciaire : N 0, N 0 ss, N 0 ss, N 0 ss
- Compétence originaire : N 0, N 221 ss
- Compétence personnelle active : voir « Principe de la nationalité active »
- Compétence personnelle passive : voir « Principe de la nationalité passive »
- Compétence réelle : voir « Principe de protection »

- Compétence territoriale : voir « Principe de territorialité »
- Compétence universelle : voir « Principe d'universalité »
- Conflits de compétences : N 56 ss, N 275 ss, N 920, N 1050, N 1309, N 1333 ss
- Notion : N 0 ss
- Principes de compétence : N 0 ss, N 57, N 0 ss, N 88 ss, N 279
- Solidarité des compétences : N 42 ss, N 0, N 145

Compétences inaliénables : N 1095 ss

Complicité : voir « Participation accessoire »

Condition objective de punissabilité : N 124 ss, N 163, N 342, N 0, N 511, N 513, N 840 s.

Corruption

- Rattachement territorial : N 335, N 340, N 703, N 900
- Sources internationales : N 643 ss, N 700 ss, N 1148 ss
- Sources suisses : N 660 s.

Curae (les trois) : N 575 s., N 654, N 873

D

Défaut d'organisation

- de la société mère : N 1242 ss, N 1259
- Localisation : N 668 ss
- Notion : N 593 ss, N 621 ss
- Prise en considération du droit étranger : N 859 ss, N 1279 ss
- Rattachement territorial : N 882 ss, N 1296 ss

Délégation

- d'activités commerciales : voir « outsourcing »
- de la poursuite/de compétence : N 197, N 471 ss, N 1335 ss

Direction unique (notion/exercice) : N 1076 ss, N 1089 ss, N 1111, N 1137, N 1189 ss, N 1228 ss

Double incrimination : voir « Principe »

Droit comparé : N 161, N 381 ss, N 797 ss, N 1132 ss.

Droit européen/communautaire : N 0 ss, N 790 ss, N 1180 ss

Droit pénal international (notion) : N 30

Droits fondamentaux (applicables à l'entreprise) : N 478

Durchgriff (théorie du) : N 1175 ss, N 1194, N 1253

E

Enterprise theory : voir *Trennungsprinzip*

Entrave à l'action pénale : N 603, N 854, N 885

Entreprise

- Chef (d'-) : N 416 ss, N 481, N 528, N 1162 ss
- Notion/concept : N 40 ss, N 494 ss, N 1180 ss

Exonération (de responsabilité)

- Au sein d'un groupe : N 1220, N 1246 ss
- En matière d'outsourcing : N 583

F

Faute d'organisation : voir « Défaut d'organisation »

Filiale (notion) : N 1084 ss

Financement du terrorisme : N 776 ss, voir aussi « Blanchiment d'argent »

G

Garant (en lien avec)

- Agent de la société mère : N 1162 ss
- Blanchiment par omission : N 308 ss
- Carences organisationnelles : N 621
- Chef d'entreprise : N 416 ss
- Juxtaposition d'auteurs directs : N 413
- Outsourcing : N 562 ss, N 1195 ss
- Prise en considération du droit étranger : N 1270 ss
- Société mère : N 1174 ss
- Société sœur : N 1251 ss

Groupe de sociétés (notion) : N 1075 ss, N 1087 s., N 1184

I

Imputation (norme d'-) : N 501 ss, N 849, N 890, N 928 ss, N 939

Indépendance juridique : voir « *Trennungsprinzip* »

In dubio pro reo : N 144, N 604

Infraction agrégée : N 538 ss

Infraction *sui generis*/autonome : N 501 ss, N 839 ss, N 889 s.

Instigation : voir « Participation accessoire »

Intermédiaire financier

- Devoirs : N 315, N 570, N 665, N 1153 s.
- Garant : N 308 ss
- Instrument humain : N 412, N 763, N 900

J

Juxtaposition d’auteurs directs : N 413 ss, N 419, N 916 s., N 1303

L

Lex loci delicti commissi : voir « Principe de double incrimination »

Lex mitior : voir « Principe »

Lien de causalité : voir causalité

Lieu de commission : voir « Principe de territorialité »

M

Maison mère : voir « Société mère »

Manque d’organisation : voir « Défaut d’organisation »

Mesures organisationnelles : voir « Défaut d’organisation »

Modèle direct (notion) : N 487 ss

Modèle identificatoire (notion) : N 487 ss

Modèle vicarial : N 487 ss

N

Ne bis in idem, voir « Principe »

O

Omission (délit d’-) : N 301 ss, N 416 ss, N 502, N 515, N 889 s.

Organe :

- double : N 1106 ss ; N 1158 s.
- de fait : N 1109 ss ; N 1160
- voir aussi : « Modèle identificatoire »

Outsourcing : N 556 ss, N 658, N 1195 ss, N 1235, N 1255 s.

P

Participation accessoire (rattachement territorial) : N 377 ss

Participation principale

- Entreprise (participant principal) : N 533, N 1359
- Rattachement territorial : N 369 ss

Personne morale : N 40 ss, N 695 ss

Preuve (Fardeau de la) : N 491, N 510, N 548 s., N 1079 s., N 1202, N 1222

Principe d’opportunité : N 0, N 0, N 223, N 353

Principe de double incrimination

- En général : N 145 ss
- En matière d'entraide internationale : N 189 ss
- En matière de compétence : N 210 ss
- En matière de blanchiment : N 769 ss, N 958 ss
- En matière de corruption : N 719 ss, N 947 ss
- En matière de financement du terrorisme : N 782 ss
- Responsabilité pénale de l'entreprise : N 925 ss, N 965 ss
- Responsabilité pénale du chef d'entreprise : N 424 ss

Principe de la *lex mitior* : N 145 ss, N 248 ss, N 978 ss, N 1036 ss

Principe de la nationalité active : N 451 ss, N 706 ss, N 767 ss, N 801 ss, N 1006 ss, 1059 ss, N 1291 ss, N 1314, N 1317

Principe de la nationalité passive : N 132 ss, N 461 ss, N 1063 ss

Principe de prévisibilité : N 119, N 226 ss, N 930 ss, N 975, N 1035

Principe de protection : N 0, N 0, N 0, N 446, N 464 ss, N 1052 ss, N 1295

Principe de représentation : N 0, N 221, N 259, N 470 ss, N 1066 ss

Principe de substitution : N 0, N 221, N 259, N 453, N 456, N 460, N 470 ss, N 1066 ss

Principe de territorialité

- Concept : N 264 ss
- Dans les conventions internationales : N 702 ss, N 762 ss, N 778 ss
- du droit administratif : N 633
- Lieu de commission : N 285 ss, N 830, N 848 ss, N 1261 ss
- Primauté : N 0

Principe du contrôle : N 1077 ss

Principe du siège : voir « Siège »

Principe *ne bis in idem* : N 0 s., N 263 ss, N 443 ss, N 1001 ss, N 1004, N 1225

R

Responsabilité cumulative

- Au sein d'un groupe : N 1176, N 1244 s. ; voir aussi « Exonération »
- En matière d'outsourcing : N 578, N 589

Résultat

- En général : N 316 ss
- En matière de participation accessoire : N 380 ss
- En matière de responsabilité de l'entreprise : N 839 ss, N 890, N 1300 ss
- En matière de responsabilité du chef d'entreprise : N 422

Risques

- En matière bancaire : N 1139 ss

- En matière de blanchiment d'argent : N 1151 ss
- réputationnels : N 1154
- typiques : N 590 ss

S

Sanction (à l'égard de l'entreprise)

- Dans les conventions internationales : N 698 ss
- En droit suisse : N 483, N 531, N 615 s., N 693, N 1245, N 1334
- Voir aussi : « Principe de la *lex mitior* »

Siège

- Compétence/Critère/Principe : N 633, N 709, N 790 ss, N 1041 ss, N 1115 s., N 1298 ss, N 1369 ss
- Délégation de la poursuite pénale : N 1343 ss
- Localisation du défaut d'organisation : N 670 ss
- Notion : N 1010 ss
- Présence de l'entreprise : N 989 ss
- Prise en considération du droit étranger : N 861 ss

Société mère (notion) : N 1084 ss

Succursale

- Entreprise : N 498
- Localisation du défaut d'organisation : N 672 ss
- Rattachement territorial : N 918 ss

T

Tentative (en lien avec) :

- Double incrimination : N 154, N 730, N 949
- Rattachement territorial : N 288, N 356, N 361
- Responsabilité pénale de l'entreprise : N 534, N 536

Théorie de l'identification : voir « Modèle identificatoire »

Théorie finaliste : N 538

Trennungsprinzip : N 1103, N 1114, N 1201 ss, N 1222 ss, N 1250

U

Ubiquité (théorie de l'-) : N 316 ss, voir aussi « Résultat »

Unité économique : N 494, N 1156, N 1180 s., N 1189

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages et articles

ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung im Konzern ?, *in* RJB 2006, p. 1 ss.

ACKERMANN JÜRG-BEAT, § 4 Tatbestandsmässigkeit, *in* Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz [ACKERMANN JÜRG-BEAT/HEINE GÜNTER, édit.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 83 ss.

ADAM STANISLAS/BLAISE NOÉMIE/COLETTE-BASECQZ NATHALIE, Conclusions, *in* La responsabilité pénale des personnes morales en Europe [ADAM STANISLAS/COLETTE-BASECQZ NATHALIE/NIHOUL MARC, édit.], Bruxelles (Projucit/Fundp Namur/la charte) 2008, p. 433 ss.

ADAM STANISLAS/COLETTE-BASECQZ NATHALIE/NIHOUL MARC (édit.), La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, Bruxelles (Projucit/Fundp Namur/la charte) 2008.

ALLAND DENIS/RIALS STÉPHANE (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris (Lamy/PUF) 2012.

AKEHURST MICHAEL, Jurisdiction in International Law, *in* British Yearbook of International Law 1972-1973, p. 145 ss.

ALTHAUS STÄMPFLI ANNETTE, Kundendaten von Banken und Finanzdienstleistern – Datenschutz und Bankgeheimnis versus Offenlegungspflichten und Outsourcing, 2^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2009.

AMALFITANO ANTONIO, La responsabilité pénale des personnes morales en Italie, *in* La responsabilité pénale des personnes morales – Etude comparée [SAINT-PAU JEAN-CHRISTOPHE, dir.], La protection pénale de l'environnement [GOGORZA AMANE/OLLARD ROMAIN, dir.], Paris (Cujas) 2014, p. 153 ss.

AMBOS KAI, Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht, *in* JuristenZeitung 1999, p. 16 ss (cité : AMBOS, Der Fall Pinochet).

AMBOS KAI, Internationales Strafrecht, 4^{ème} éd., Munich (Beck) 2014 (cité : AMBOS, Internationales Strafrecht).

AMBOS KAI, Les pays d'Amérique latine, *in* Juridictions nationales et crimes internationaux [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 479 ss (cité : AMBOS, Les pays).

AMBOS KAI/WIRTH STEFFEN, Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts, *in* International and National Prosecutions of Crimes Under International Law - Current Developments

[FISCHER HORST/KREß CLAUS/ROLF LÜDER SASCHA, édit.], Berlin (Berlin Verlag Arno Spitz GmbH), p. 777 ss.

ANCEL MARC, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., Paris (Cujas) 1981.

ANGELET NICOLAS, *La nationalité des personnes morales en droit international public*, in *Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Paris (Pedone) 2012, p. 477 ss.

ARZT GUNTHER, *Die kommende Strafbarkeit der Bank als juristischer Person – Sand im Getriebe der Geldwäschereibekämpfung*, in *Banken und Bankrecht im Wandel, Jubiläumstagung zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für Bankrecht und des Berner Bankrechtstages*, Berne (Stämpfli) 2004, p. 75 ss (cité : ARZT, *Die kommende Strafbarkeit*).

ARZT GUNTHER, *Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt*, in *RPS* 1990, p. 168 ss (cité : ARZT, *Erfolgsdelikt*).

ARZT GUNTHER, *Strafbarkeit juristischer Personen : Andersen, vom Märchen zum Alptraum*, in *RSDA* 2002, p. 226 ss (cité : ARZT, *Strafbarkeit juristischer Personen*).

ARZT GUNTHER, *Unternehmensstrafbarkeit – Fernwirkung im materiellen Strafrecht (Fahrlässigkeit, Begünstigung, Urkundendelikte, Geschäftsbesorgung)*, in *recht* 2004, p. 213 ss (cité : ARZT, *Unternehmensstrafbarkeit*).

ARZT GUNTHER, *Zur identischen Strafnorm beim Personalitätsprinzip und bei der Rechtshilfe*, in *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen – Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988* [GUIDO JENNY/KÄLIN WALTER, édit.], Berne (Stämpfli) 1988, p. 417 ss (cité : ARZT, *Zur identischen Strafnorm*).

ASCENSIO HERVÉ, *The Spanish Constitutional Tribunal's Decision in Guatemalan Generals - Unconditional Universality is Back*, in *JICJ* 2006, p. 586 ss.

ASCENSIO HERVÉ/DECAUX EMMANUEL/PELLET ALAIN (dir.), *Droit international pénal*, Paris (Pedone) 2000.

AUGSBURGER-BUCHELI ISABELLE/PERRIN BERTRAND, *Les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires, au sens de l'article 100^{quater} alinéa 2 du Code pénal suisse, que doivent prendre les entreprises exploratrices pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers*, in *Du monde pénal – Droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle* [ZEN-RUFFINEN

PIERMARCO, édit.], Bâle/Genève/Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2006, p. 57 ss.

BARBE EMMANUEL, Comment pallier l'absence de règles harmonisées de conflit de compétences en matière pénale, *in* L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés [JAULT-SESEKE FABIENNE/LELIEUR JULIETTE/PIGACHE CHRISTIAN, dir.], Paris (Dalloz) 2009, p. 79 ss.

BASSIOUNI M. CHERIF, A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal, Dordrecht/Boston/Lancaster (Martinus Nijhoff Publishers) 1987 (cité : BASSIOUNI, A Draft).

BASSIOUNI M. CHERIF, An Appraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law, *in* International Criminal Law and Procedure [DUGARD JOHN/VAN DEN WYNGAERT CHRISTINE, édit.], Aldershot (Dartmouth) 1996, p. 69 ss (cité : BASSIOUNI, An Appraisal).

BASSIOUNI M. CHERIF, Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition, Leiden/Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 2013 (cité : BASSIOUNI, Introduction to ICL).

BAUGHEN SIMON, Human Rights and Corporate Wrongs - Closing the Governance Gap, Cheltenham/Northampton (Edward Elgar) 2015.

BAUMGARTNER ANDREAS, Die Zuständigkeit im Strafverfahren - Die Bestimmung des Gerichtsstands und das Gerichtsstandsverfahren, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2014.

BEALE SARA S., A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability, *in* American Criminal Law Review 2009, p. 1481 ss.

BECCARIA CESARE, Des délits et des peines, Introduction et commentaire de FAUSTIN HÉLIE, Paris (Editions d'aujourd'hui) 1980.

BEITZKE GÜNTHER, Kollisionsrechtliches zur Deliktshaftung juristischer Personen, *in* Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977 [FLUME WERNER/HAHN HUGO J./KEGEL GERHARD/SIMMONDS KENNETH R., édit.], Munich (Beck) 1977, p. 107 ss.

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

BERNASCONI PAOLO/ROSSINI SCORNAIENGHI LORENZA, Nuove norme anticorruzione in Svizzera, *in* Rivista trimestrale di diritto penale dell'economica 2000, p. 529 ss.

BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zurich (Schulthess), 1999.

BERTOSSA BERNARD, De quelques problèmes pratiques de mise en œuvre – L'article 102a CP n'a pas réponse à tout, *in* L'Expert-comptable suisse 2003, p. 27 ss.

BERTOSSA CARLO ANTONIO, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Berne (Stämpfli) 2003.

BICHOVSKY AUDE, L'application de la loi pénale dans l'espace, *in* La nouvelle partie générale du Code pénal suisse [KUHN ANDRÉ/MOREILLON LAURENT/VIREDAZ BAPTISTE/BICHOVSKY AUDE, édit.], Berne (Stämpfli) 2006, p. 1 ss.

BIEHLER ANKE/KNIEBÜHLER ROLAND/LELIEUR-FISCHER JULIETTE/STEIN SIBYL (édit.), Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, publié par le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Fribourg-en-Brisgau 2003, disponible sous: <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf> (02.11.2016) (cité : BIEHLER/KNIEBÜHLER/LELIEUR-FISCHER/STEIN, Freiburg Proposal).

BLAKESLEY CHRISTOPHER L./LAGODNY OTTO, Competing National Laws: Network or Jungle?, *in* Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law – Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991 [ESER ALBIN/LAGODNY OTTO, édit.], Fribourg-en-Brisgau 1992, p. 47 ss.

BLAKESLEY CHRISTOPHER L., Ruminations on Extradition & Human Rights, *in* Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag [DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2002, p. 191 ss (cité : BLAKESLEY, Ruminations).

BLAKESLEY CHRISTOPHER L., Extraterritorial Jurisdiction, *in* International Criminal Law, Vol. II – Procedural and Enforcement Mechanisms [BASSIOUNI M. CHERIF, édit.], New York (Transnational Publishers) 1999, p. 33 ss (cité : BLAKESLEY, Extraterritorial Jurisdiction).

BLANC MATHIEU, *Corporate Governance* dans les groupes de sociétés - De l'organisation équilibrée des organes dirigeants dans les groupes de sociétés, Zurich/Saint-Gall (Dike) 2010.

BLATTNER LUCIUS RICHARD, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates einer Konzernmutter für Delikte von Mitarbeitern im Konzern, *in* *forum poenale* 2013, p. 363 ss.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2009.

BLÖSCH PASCALE/RÜEFLI ANNA, Risk Ownership des Compliance Officers - eine Untersuchung der zivil- und strafrechtlichen Haftungsgrundlagen, *in* Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft II [STAUB LEO, édité.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2016, p. 233 ss.

BÖSE MARTIN, Corporate Criminal Liability in Germany, *in* Corporate Criminal Liability - Emergence, Convergence, and Risk [PIETH MARK/IVORY RADHA, édité.], Dordrecht/Heidelberg/Londres/New York (Springer) 2011, p. 227 ss.

BÖSE MARTIN (édité.), Europäisches Strafrecht, Baden-Baden (Nomos) 2013 (cité : AUTEUR, *in* BÖSE).

BÖSE MARTIN/MEYER FRANK, Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union, *in* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (zis) 2011, p. 336 ss.

BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, Comparative Analysis, *in* Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National Reports and Comparative Analysis [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édité.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 411 ss.

BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE (édité.), Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National Reports and Comparative Analysis, Baden-Baden (Nomos) 2013.

BOSLY HENRI D./VANDERMEERSCH DAMIEN, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice, 2^{ème} éd., Bruxelles (Bruylant) 2012.

BOVET CHRISTIAN, Etablissements offshore de banques suisses, publié le 30 mai 2006 sur la page internet du Centre de droit bancaire et financier : <https://www.cdbf.ch/440/#.WCNBc8k4eiw> (09.11.2016).

BOULOC BERNARD, L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, *in* Mélanges offerts à Georges Levasseur - droit pénal, droit européen, Paris (Gazette du Palais/Litec) 1992, p. 103 ss (cité : BOULOC, L'influence).

BOULOC BERNARD, Droit pénal général, 24^{ème} éd., Paris (Dalloz) 2015 (cité : BOULOC, Droit pénal).

BOUZAT PIERRE/BREDIN JEAN-DENIS, L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, Rapport sur la France, *in* RIDP 1960, p. 496 ss.

BRAHIER NATHALIE, Les principes de territorialité et de personnalité et leurs effets en droit pénal international, *in* Droit pénal humanitaire [MOREILLON LAURENT/BICHOVSKY AUDE/MASSROURI MARYAM, édité.], 2^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009 p. 1 ss.

BRÄNDLI THOMAS, Outsourcing, Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Berne (Stämpfli) 2001.

BROWN BARTRAM S., Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals, *in* The Yale Journal of International Law 1998, p. 383 ss.

BUCK VALENTINE, Droit espagnol, *in* Juridictions nationales et crimes internationaux [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 121 ss.

BUCHER ANDREAS (édité.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2011 (cité : CR LDIP-AUTEUR).

BÜHR DANIEL L./PETSCHÉ ALEXANDER/TOLAR MARTIN (édité.), ISO 19600 – Compliance Management Systems, A Commentary for Practitioners, Vienne (LexisNexis) 2016 (cité : AUTEUR, *in* BÜHR/PETSCHÉ/TOLAR).

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

CAMERON IAIN, The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction, Aldershot (Dartmouth) 1994.

CAFLISCH LUCIUS, La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé, *in* Annuaire suisse de droit international 1967, p. 119 ss.

CAHIN GÉRARD, Les notions – Rapport, *in* Les compétences de l'Etat en droit international, colloque de Rennes, Paris (Pedone) 2006, p. 9 ss.

CAPUS NADJA, Le droit pénal et la souveraineté partagée, *in* RSC 2005, p. 251 ss (cité : CAPUS, Le droit pénal).

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

CARACAS CHRISTIAN, *Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG*, Baden-Baden (Nomos) 2014.

CARRANZA CARLOS JAÏCO/MICOTTI SÉBASTIEN, *Whistleblowing – aspects choisis dans le domaine bancaire*, in *Revue de l'avocat* 2008, p. 66 ss.

CARR INDIRA, *Development, business integrity and the UK Bribery Act 2010*, in *Modern Bribery Law – Comparative Perspectives* [HORDER JEREMY/ALLDRIDGE PETER, édit.], Cambridge/New York (Cambridge University Press) 2013, p. 128 ss.

CARTUYVELS YVES, *Le droit pénal et l'Etat : des frontières naturelles en question*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation* [HENZELIN MARC/ROTH ROBERT, édit.], Paris/Bruxelles/Genève (L.G.D.J./Bruylant/Georg) 2002, p. 3 ss.

CASSANI URSULA, *Commentaire du droit pénal suisse, partie spéciale*, vol. 9, Berne (Stämpfli) 1996 (cité : CASSANI, *Commentaire*).

CASSANI URSULA, *Corporate Responsibility and Compliance Programs in Switzerland*, in *Preventing Corporate Corruption – The Anti-Bribery Compliance Model* [MANACORDA STEFANO/CENTONZE FRANCESCO/FORTI GABRIO, édit.], Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/Londres (Springer), 2014, p. 491 ss (cité : CASSANI, *Corporate Responsibility*).

CASSANI URSULA, *Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB)*, in *RPS* 1996, p. 237 ss (cité : CASSANI, *Die Anwendbarkeit*).

CASSANI URSULA, *Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)*, in *La pratique de l'avocat* 2005, p. 671 ss (cité : CASSANI, *Actualité législative*).

CASSANI URSULA, *Grenzüberschreitende Korruption – Internationale Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz*, in *Korruption in Staat und Wirtschaft*, 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht [ACKERMANN JÜRGEN/BEAT/WOHLERS WOLFGANG, édit.], Zurich (Schulthess) 2010, p. 17 ss (cité : CASSANI, *Grenzüberschreitende Korruption*).

CASSANI URSULA, *Infraction sociale, responsabilité individuelle : de la tête, des organes et des petites mains*, in *La responsabilité pénale du fait d'autrui*

[BERTHOUD FRÉDÉRIC, édit.], Lausanne (CEDIDAC) 2002, p. 43 ss (cité : CASSANI, Infraction sociale).

CASSANI URSULA, L'application territoriale du droit pénal et la compétence pour juger les infractions économiques et financières (art. 3 à 8 CP), *extraits d'un ouvrage à paraître* (cité : CASSANI, L'application territoriale).

CASSANI URSULA, L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent, *in* RDS II 2008, p. 227 ss (cité : CASSANI, L'internationalisation).

CASSANI URSULA, La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve ?, *in* SJ II 2009, p. 229 ss (cité : CASSANI, La confiscation).

CASSANI URSULA, La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ?, *in* Lutte contre la corruption internationale – *The never ending story* [CASSANI URSULA/HÉRITIER LACHAT ANNE, dir.], Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2011, p. 33 ss (cité : CASSANI, La lutte contre la corruption).

CASSANI URSULA, La lutte contre le blanchiment d'argent par les instruments répressifs, *extraits d'un ouvrage à paraître* (cité : CASSANI, La lutte contre le blanchiment d'argent).

CASSANI URSULA, La responsabilité pénale de l'entreprise, *extraits d'un ouvrage à paraître* (cité : CASSANI, La responsabilité pénale).

CASSANI URSULA, Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire ?, *in* RSDA 2003, p. 293 ss (cité : CASSANI, Le train de mesures).

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

CASSANI URSULA, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise, *in* Journée 2008 de droit bancaire et financier [THÉVENOZ LUC/BOVET CHRISTIAN, dir.], Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 53 ss (cité : CASSANI, Sur qui tombe le couperet ?).

CASSANI URSULA/GLESS SABINE/POPP PETER, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010), *in* RSDIE 2011, p. 513 ss (cité : CASSANI, Chronique 2010).

CASSANI URSULA/GLESS SABINE/POPP PETER/ROTH ROBERT, Droit pénal international suisse et entraide en matière pénale (2007/2008), *in* RSDIE 2009, p. 47 ss.

CASSANI URSULA/MAY PHILOMÈNE, La corruption dans l'attribution de compétitions sportives : de l'ancien au nouveau droit, *in* Le droit en question – Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley [LEUBA AUDREY/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE/FOËX BÉNÉDICT, édit.], Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2017, p. 351 ss.

CASSANI URSULA/ROTH ROBERT, Le juge suisse au service de la « communauté des peuples » ?, *in* Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag [DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2002, p. 449 ss.

CASSANI URSULA/VILLARD KATIA, La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées, *article à paraître dans des mélanges en l'honneur du Prof. Andreas Donatsch*, p. 583 ss.

CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE (dir.), Crimes internationaux et juridictions internationales, Paris (PUF) 2002.

CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE (dir.), Juridictions nationales et crimes internationaux, Paris (PUF) 2002 (cité : CASSESE/DELMAS-MARTY, Juridictions nationales).

CERUTTI ROMEO/VON TAAFFE NATHALIE, The Extraterritorial Applicability of Foreign Anti-Corruption Laws : A look at the FCPA and the UK Bribery Act, *in* La responsabilità in ambito bancario e nella gestione patrimoniale – Situazione attuale e nuove tendenze, Lugano (Helbing & Lichtenhahn) 2012, p. 133 ss.

CHAPPUIS BENOÎT, La responsabilité civile de l'entreprise, *in* Journée de la responsabilité civile 2014, Responsabilité civile – Responsabilité pénale [CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT, édit.], Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2015, p. 73 ss.

COFFEY GERARD, Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting *Ne Bis in Idem* in Conjunction with the Principle of Complementarity, *in* New Journal of European Criminal Law 2013, p. 59 ss (cité : COFFEY G.).

COFFEY JOHN C., Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey, *in* Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities

[ESER ALBIN/HEINE GÜNTER/HUBER BARBARA, édít.], Fribourg-en-Brisgau (iuscrim) 1999, p. 9 ss (cité : COFFEY J.).

COLOMBINI JEAN-LUC, La prise en considération du droit étranger (pénal et extra-pénal) dans le jugement pénal, Lausanne (Imprimerie Chabloz SA) 1983.

COMBACAU JEAN/SUR SERGE, Droit international public, 12^{ème} éd., Paris (Montchrestien) 2016.

COMPAGNA FRANCESCO, Corporate Criminal Liability in the austrian Legal System, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIORELLA ANTONIO, édít.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 441 ss.

COMTE AUGUSTE, Système de politique positive, Tome IV, Paris (E. Thunot et Cie) 1854.

CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, Vol. II, 3^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2010.

CORNILS KARIN, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, Berlin/New York (de Gruyter) 1978 (cité : CORNILS, Die Fremdrechtsanwendung).

CORNILS KARIN, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in Schweden, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édít.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 299 ss (cité : CORNILS, Internationaler Geltungsbereich).

CORNILS KARIN, The use of foreign law in domestic adjudication, *in* Double Criminality - Studies in International Criminal Law [JAREBORG NILS, édít.], Uppsala (Iustus) 1989, p. 70 ss (cité : CORNILS, The use of foreign law).

CORNILS KARIN/GREVE VAGN, Dänemark, *in* Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität. Conflicts of jurisdiction in cross-border crime situations [SINN ARNDT, édít.], Göttingen (Universitätsverlag Osnabrück/V & R unipress) 2012, p. 181 ss.

CORNU GÉRARD, Vocabulaire juridique [Association HENRI CAPITANT, dir.], 11^{ème} éd., Paris (PUF) 2016.

CRAWFORD JAMES, Brownlie's Principles of Public International Law, 8^{ème} éd., Oxford (Oxford University Press) 2012.

CRYER ROBERT/FRIMAN HÅKAN/ROBINSON DARRYL/WILMSHURST ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3^{ème} éd., Cambridge (Cambridge University Press) 2014.

DAILLIER PATRICK/FORTEAU MATHIAS/PELLET ALAIN, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris (L.G.D.J.) 2009.

DAN ADRIAN, *Le délit de commission par omission : éléments de droit suisse et comparé*, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2015.

DAVID ERIC, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles (Bruylant) 2009.

DE LA CUESTA JOSÉ LUIS, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « ne bis in idem » - Rapport général*, in RIDP 2002, p. 673 ss.

DELALOYE VALENTINE, *La poursuite pénale du délit formel et les problèmes de territorialité liés à Internet*, in Jusletter 27 février 2012.

DELMAS MIREILLE, *Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international)*, in *Revue des sociétés* 1993, p. 255 ss (cité : DELMAS, *Personnes morales*).

DELMAS-MARTY MIREILLE, *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain - Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris (Cujas) 1989, p. 152 ss (cité : DELMAS-MARTY, *Légalité pénale*).

DELMAS-MARTY MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit (IV) - Vers une communauté de valeurs ?* Paris (Seuil) 2011 (cité : DELMAS-MARTY, *Vers une communauté*).

DELMAS-MARTY MIREILLE, *Le droit pénal comme éthique de la mondialisation*, in *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* 2004, p. 1 ss (cité : DELMAS-MARTY, *Le droit pénal*).

DELMAS-MARTY MIREILLE/VERVAELE JOHN A. E. (édit.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Vol. I., Anvers/Groningen/Oxford (Intersentia) 2000 (cité : DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. I).

DELMAS-MARTY MIREILLE/VERVAELE JOHN A. E. (édit.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Vol. II., Anvers/Groningen/Oxford (Intersentia) 2000.

DELMAS-MARTY MIREILLE/VERVAELE JOHN A.E. (édit.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Vol. III., Anvers/Groningen/Oxford (Intersentia) 2000 (cité : DELMAS-MARTY/VERVAELE, Vol. III).

DE MAGLIE CRISTINA, *Country Report: Italy*, in *European Developments in Corporate Criminal Liability* [GOBERT JAMES/PASCAL ANA-MARIA, édit.], Londres/New-York (Routledge) 2011, p. 252 ss.

DE PREUX PASCAL, *Entreprise et corruption : risques et responsabilité pénale*, in *PJA* 2010, p. 1092 ss.

DESPORTES FRÉDÉRIC/LE GUNEHEN FRANCIS, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Paris (Economica) 2009.

DONATSCH ANDREAS (édit.), *StGB Kommentar - Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG*, 19^{ème} éd., Zurich (orell füssli) 2013 (cité : *StGB Kommentar - AUTEUR*).

DONATSCH ANDREAS/BLOCHER FELIX, *Zur strafrechtlichen Organisationspflicht des Geschäftsherren*, in *Grundfragen der juristischen Person*, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag [BREITSCHMID PETER/PORTMANN WOLFGANG/REY HEINZ/ZOBL DIETER, édit.], Berne (Stämpfli) 2007, p. 51 ss.

DONATSCH ANDREAS/HEIMGARTNER STEFAN/MEYER FRANK/SIMONEK MADELEINE, *Internationale Rechtshilfe - unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht*, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2015.

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, *Strafrecht I - Verbrechenslehre*, 9^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2013.

DONNEDIEU DE VABRES HENRI, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris (Sirey) 1928.

DRUEY JEAN NICOLAS, *Leitungsrecht und -pflicht im Konzern*, in *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht* [BAER CHARLOTTE M., édit.], Berne/Stuttgart/Vienne (Paul Haupt) 2000, p. 1 ss.

DUBBER MARKUS DIRK, *Comparative Criminal Law*, Chapter 40, in *The Oxford Handbook of Comparative Law* [REIMANN MATHIAS/ZIMMERMANN REINHARD, édit.], Oxford (Oxford University Press) 2008, p. 1287 ss.

DUNANT OLIVIER, *Cash pooling dans les groupes de sociétés ou la gestion centralisée de la trésorerie des groupes de sociétés*, in *Développements récents en droit commercial*, Lausanne (CEDIDAC), 2012, p. 21 ss.

DUPUIS MICHEL ET AL. (édit.), *Petit Commentaire du Code pénal*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012 (cité : PC CP).

DYENS ALEXANDRE, *La localisation de l'appauvrissement en matière d'escroquerie transnationale*, in *JdT* III 2006, p. 57 ss (cité : DYENS, *La localisation*).

DYENS ALEXANDRE, *Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse – Etude critique des art. 3 et 8 CP – Enjeux théoriques et pratiques, en particulier en matière de criminalité économique et financière*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2014 (cité : DYENS, *Territorialité*).

ECHLE REGULA, *The Passive Personality Principle and the General Principle of Ne Bis In Idem*, in *Utrecht Law Review*, septembre 2013, p. 56 ss.

EICKER ANDREAS, *Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs – zur Interpretation des « engen Bezug » als verstecktes Opportunitätsprinzip*, in *RPS* 2006, p. 295 ss (cité : EICKER, *Das Schweizerische Internationale Strafrecht*).

EICKER ANDREAS, *Der räumliche und zeitliche Geltungsbereich des nationalen Wirtschaftsstrafrechts*, in *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz* [ACKERMANN JÜRG-BEAT/HEINE GÜNTER, édit.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 55 ss (cité : EICKER, *Der räumliche und zeitliche Geltungsbereich*).

EICKER ANDREAS, *Haftung für Dritte : Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB*, in *PJA* 2010, p. 679 ss (cité : EICKER, *Haftung für Dritte*).

ENGELHART MARC, *Corporate Criminal Liability and Compliance in Germany*, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, First Colloquium* [FIORELLA ANTONIO/STILE ALFONSO MARIA, édit.] Naples (Jovene editore) 2012, p. 167 ss.

ENGLER MARC, *Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2008.

ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA MANUEL, *Criminal Liability of legal entities in Portugal*, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States* [FIORELLA ANTONIO, édit.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 213 ss.

ETIER GUILLAUME/STRÄULI BERNHARD, *Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale*, in *Journée de la responsabilité civile* 2014, *Responsabilité civile*

- Responsabilité pénale [CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT, édité.], Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2015, p. 11 ss.

FAYARD MARIE-CLAUDE, La localisation internationale de l'infraction, *in* Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé 1968, p. 753 ss.

FELKENES GEORGE T., Extraterritorial Criminal Jurisdiction: its impact on Criminal Justice, *in* Journal of Criminal Justice 1993, p. 583 ss.

FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut, Vol. I, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2006.

FIGIELLA ANTONIO ET AL., Introduction - Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIGIELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 1 ss (cité : FIGIELLA ET AL., Introduction).

FIGIELLA ANTONIO ET AL., Guidelines on Liability « ex crimine » of legal Entities in EU Member States, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. II, Towards a common Model in the European Union [FIGIELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 433 ss (cité : FIGIELLA ET AL., Guidelines).

FISCHER DANIEL, Corporate Governance und der Sarbanes-Oxley Act aus strafrechtlicher Sicht, Berne (Stämpfli) 2008.

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

FORSTER SUSANNE, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in England und Wales, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édité.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 182 ss (cité : FORSTER SUSANNE).

FORSTMOSER PETER, Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen, Sonderdruck aus Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2012, p. 703 ss.

FRANCHIMONT MICHEL, L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, Rapport sur la Belgique, *in* RIDP 1960, p. 451 ss.

FRÄNDE DAN/HELENIUS DAN, Country Report "Finland", *in* Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National

Reports and Comparative Analysis [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édit.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 63 ss.

FREI STEPHAN, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2004.

FURTADO DOS SANTOS, L'application de la loi étrangère par le juge national, Rapport sur le Portugal, in RIDP 1960, p. 562 ss.

GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2006.

GAETA PAOLA, Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux, in Crimes internationaux et juridictions internationales [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 191 ss (cité : GAETA, Les règles internationales).

GAETA PAOLA, The Need Reasonably to Expand National Criminal Jurisdiction over International Crimes, in Realizing Utopia – The Future of International Law [CASSESE ANTONIO, édit.], Oxford (Oxford University Press) 2012, p. 596 ss (cité : GAETA, The Need Reasonably to Expand).

GAFNER JULIEN, L'incrimination du financement du terrorisme, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2006.

GAFNER D'AUMERIES SONJA, Le principe de la double incrimination – En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis, Bâle/Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1992.

GARIBIAN SÉVANE, Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne – Naissance et consécration d'un concept, Thèse soutenue à Paris le 6 décembre 2007, Université Paris X-Nanterre/Université de Genève.

GEIGER ROMAN, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht – Aufgezeigt am Beispiel der Geldwäschereibekämpfung im Private Banking einer Bank-AG, Zurich (Dike) 2006.

GERMANN OSCAR ADOLF, Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht, in RPS 1954, p. 237 ss.

GFELLER DIEGO R., Die Private Bestechung, Art. 4a UWG, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

GILBERT GEOFF, *Responding to International Crime*, Leiden/Boston (Nijhoff Publishers) 2006.

GILLIÉRON PHILIPPE, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur internet, *in* SJ II 2001, p. 181 ss.

GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE, Introduction, *in* La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales [GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO, dir.], Paris (Société de législation comparée) 2013, p. 15 ss (cité : GIUDICELLI-DELAGE, Introduction).

GIUDICELLI-DELAGE GENEVIEVE, Le champ personnel et matériel, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. II, Towards a common Model in the European Union [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 19 ss (cité : GIUDICELLI-DELAGE, Le champ).

GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO (dir.), La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Paris (Société de législation comparée) 2013.

GLESS SABINE, *Internationales Strafrecht*, 2^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015 (cité : GLESS, *Internationales Strafrecht*).

GLESS SABINE, « Weltrechtspflege » als Ziel der Reform des Internationalen Strafrechts im revidierten AT-StGB ?, *in* BJM 2007, p. 265 ss.

GOBERT JAMES, Country Report: Finland, *in* European Developments in Corporate Criminal Liability [GOBERT JAMES/PASCAL ANA-MARIA, édité.], Londres/New-York (Routledge) 2011, p. 234 ss.

GODENZI GUNHILD/WOHLERS WOLFGANG, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, *in* Liber Amicorum für Andreas Donatsch – Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis [CAVALLO ANGELA ET AL., édité.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2012, p. 223 ss.

GRAVEN JEAN, La garantie du juge naturel et l'exclusion des tribunaux d'exception, *in* La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale publié par les Facultés de droit des Universités suisses, Zurich (Polygraphischer Verlag) 1948, p. 209 ss (cité : GRAVEN JEAN).

GRAVEN PHILIPPE, L'infraction pénale punissable, 2^{ème} éd. mise à jour par BERNHARD STRÄULI, Berne (Stämpfli) 1995 (cité : GRAVEN, L'infraction).

GRAVEN PHILIPPE, La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même, *in* SJ 1985, p. 497 ss.

GRUETZNER HEINRICH, L'application de la loi étrangère par le juge national, Rapport sur l'Allemagne, *in* RIDP 1960, p. 397 ss.

HALLEVY GABRIEL, A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law, Heidelberg/Dordrecht/Londres/New York (Springer) 2010.

HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zurich (Schulthess) 1994.

HARARI MAURICE/JAKOB RAPHAËL/JENNI ERWIN, La délégation de la poursuite pénale à la Suisse, *in* SJ II 2013, p. 385 ss.

HÄRING DANIEL, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Bâle/Munich/Genève (Helbing & Lichtenhahn) 2005.

HEIMGARTNER STEFAN, Auslieferungsrecht, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2002 (cité : HEIMGARTNER, Auslieferungsrecht).

HEIMGARTNER STEFAN, Die internationale Dimension von Internetstraffällen – Strafhoheit und internationale Rechtshilfe in Strafsachen, *in* Internet-Recht und Strafrecht [SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S., édit.], Berne (Stämpfli) 2005, p. 117 ss (cité : HEIMGARTNER, Die internationale Dimension).

HEINE GÜNTER, Criminal Liability of Enterprises in Switzerland. A New Programme: Organisational Deficiencies, *in* La responsabilité pénale des personnes morales en Europe [ADAM STANISLAS/COLETTE-BASECQZ NATHALIE/NIHOUL MARC, édit.], Bruxelles (Projucit/Fundp Namur/la charte) 2008, p. 303 ss (cité : HEINE, Criminal Liability).

HEINE GÜNTER, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.) – Entwicklung und Grundproblematik, *in* RPS 2003, p. 24 ss (cité : HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht).

HEINE GÜNTER, Modelle originärer (straf)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen, *in* Verbandsstrafe [HETTINGER MICHAEL, édit.], Vol. 3, Baden-Baden (Nomos) 2002, p. 121 ss (cité : HEINE, Modelle).

HEINE GÜNTER, Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, *in* RPS 2001, p. 22 ss (cité : HEINE, Europäische Entwicklungen).

HEINE GÜNTER, Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts, *in* RSDA 2005, p. 17 ss (cité : HEINE, Praktische Probleme).

HEINE GÜNTER, Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, *in* recht 2005, p. 1 ss (cité : HEINE, Straftäter Unternehmen).

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

HELFENFINGER DANIEL, Die Strafbarkeit des Unternehmens – nicht nur strafrechtlich von Bedeutung, *in* RSJ 2006, p. 241 ss.

HENRICH ANDREAS, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, Fribourg-en-Brisgau (Max-Planck-Institut) 1994.

HENZELIN MARC, Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures, *in* Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation [HENZELIN MARC/ROTH ROBERT, édit.], Paris/Bruxelles/Genève (L.G.D.J./Bruylant/Georg) 2002, p. 69 ss (cité : HENZELIN, Droit international pénal).

HENZELIN MARC, La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia, *in* RGDIP 2002, p. 819 ss (cité : HENZELIN, Yerodia).

HENZELIN MARC, Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Bâle/Genève/Munich (Helbing & Lichtenhahn), Bruxelles (Bruylant) 2000 (cité : HENZELIN, Universalité).

HILF MARIANNE JOHANNA, (Wieder)Belegung des Unternehmensstrafrechts durch Geldwäschereiverantwortlichkeit, *in* Geldwäscherei – Asset Recovery, 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht [ACKERMANN JÜRGEN/BEAT/HILF MARIANNE JOHANNA, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2012, p. 175 ss.

HOFFMANN RAUNO/WYSER JÜRGEN, Going East – Korruptionsbedingte Risiken für Unternehmen und Mitarbeiter, *in* GesKR 2010, p. 24 ss.

HOHLER CHRISTOPH/SCHMID NIKLAUS, Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100^{quater} f., *in* PJA 2005, p. 514 ss.

HUBER DIETER CHRISTIAN, Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, Zurich (Schulthess) 1995.

HUBER MICHAEL/VON BÜREN ROLAND, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, *in* RSDA 1998, p. 213 ss.

HUET ANDRÉ/KOERING-JOULIN RENÉE, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – Infractions commises à l'étranger, *in* Jurisclasseur 2004 – Droit international, Fasc. 403-20 (cité : HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises à l'étranger).

HUET ANDRÉ/KOERING-JOULIN RENÉE, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française – Introduction générale, Infractions commises en France, *in* Jurisclasseur 2004 – Droit international, Fasc. 403-10 (cité : HUET/KOERING-JOULIN, Infractions commises en France).

HUET ANDRÉ/KOERING-JOULIN RENÉE, Droit pénal international, Paris (PUF) 2005 (cité : HUET/KOERING-JOULIN, Droit pénal).

HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal – Partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2008.

INGOLD MARIA, 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.

JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2^{ème} éd., Berlin/New York (de Gruyter) 1991.

JARVERS KONSTANZE, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in Italien, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édit.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 226 ss.

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Das Desorganisationsdelikt, Zurich/Saint-Gall (Dike) 2013.

JEANNERET VINCENT, Une loi bâclée ? Les nouvelles dispositions seront-elles vraiment appliquées ?, *in* L'Expert-comptable suisse 2003, p. 4 ss.

JEANNERET YVAN, La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, *in* PJA 2004, p. 917 ss (cité : JEANNERET YVAN).

JEANNERET YVAN/DROZ GAÉTAN, La personne morale et l'entreprise en procédure pénale, *in* La personne morale et l'entreprise en procédure [BOHNET FRANÇOIS/HARI OLIVIER, édit.], Bâle/Neuchâtel (Helbing Lichtenhahn) 2014, p. 55 ss.

JEANDIN NICOLAS/LOMBARDINI CARLO, Le séquestre en Suisse d'avoirs bancaires à l'étranger : fiction ou réalité ?, *in* PJA 2006, p. 967 ss.

JESCHECK HANS-HEINRICH, L'application de la loi étrangère par le juge national, Avant-propos, *in* RIDP 1960, p. 391 ss.

JESCHECK HANS-HEINRICH/WEIGEND THOMAS, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5^{ème} éd., Berlin (Duncker & Humboldt) 1996.

JOSITSCH DANIEL, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2004.

KAHSNITZ MARTIN, Strafbarkeit von Korruption deutscher Unternehmen im Ausland – *Unter besonderer Berücksichtigung des Strafanwendungsrechts*, Hambourg (Dr. Kovač) 2015.

KAIAFA-GBANDI MARIA, Guidelines on Liability of Legal Persons « ex crimine ». The European Research Project on « Corporate Criminal Liability and Compliance Programs ». Commentary on Competence of the EU and the Compatibility of the Proposed Guidelines with the Principles of European Criminal Law, *in* La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales [GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO, dir.], Paris (Société de législation comparée) 2013, p. 125 ss.

KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2016.

KIM YOOKEUN, Individuelle und kollektive Zurechnung – Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007.

KLEFFNER JAN, Droit néerlandais, *in* Juridictions nationales et crimes internationaux [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 217 ss.

KLIP ANDRE, European Criminal Law – An Integrative Approach, 3^{ème} éd., Cambridge/Anvers/Portland (Intersentia) 2016.

KOBEL ESTHER/SCHMID KARIN/ROTH DANIEL, Activités sur le marché financier soumises à autorisation, *in* TREX 2009, p. 82 ss.

KOBIERSKY MARLENE, Der Durchgriff im Gesellschaft- und Steuerrecht – Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Berne (Stämpfli) 2012.

KOEHLER MIKE, The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era, Cheltenham/Northampton, MA (Edward Elgar) 2014.

KOLB ROBERT/SCALIA DAMIEN, *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012.

KUCHOWSKY NATALIE/RYSER ROLAND M., *Die Strafbarkeit des Unternehmens – Organisationspflichten und Strafrecht*, in *L'Expert-comptable suisse* 2005, p. 583 ss.

KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN (édit.), *Code de procédure pénale suisse*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2011 (cité : CR CPP-AUTEUR).

KUNZ PETER V., *Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz*, Berne (Stämpfli) 2016 (cité : KUNZ, *Grundlagen*).

KUNZ PETER V., *Konzernhaftungen*, in *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz* 2013 [KALSS SUSANNE/FLEISCHER HOLGER/VOGT HANS-UELI, édité.], Tübingen (Mohr Siebeck) 2014, p. 49 ss (cité : KUNZ, *Konzernhaftungen*).

LANGEMEIJER G. E., *Le principe de territorialité*, in *Le droit pénal international – Recueil d'études en hommage à Jacob Maarten van Bemmelen*, Leiden (E.J. Brill) 1965, p. 17 ss.

LA ROSA ANNE-MARIE, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris (PUF) 1998.

LAUFHÜTTE HEINRICH WILHELM/RISSING-VAN SAAN RUTH/TIEDEMANN KLAUS, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Vol. I., 12^{ème} éd., Berlin (de Gruyter) 2007 (cité : LK-AUTEUR).

LEBEN CHARLES, *Entreprises multinationales et droit international économique*, in *Revue de Science criminelle* 2005, p. 777 ss.

LE CALVEZ JACQUES, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal*, in *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* 1980, p. 13 ss.

LELIEUR JULIETTE, *Country Report "France"*, in *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Volume I: National Reports and Comparative Analysis [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édité.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 107 ss (cité : LELIEUR, *Country Report*).

LELIEUR JULIETTE, *L'Union européenne face aux conflits de compétences pénales*, in *Questions de droit pénal international, européen et comparé – Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier* [BRACH-THIEL DELPHINE/FOURMENT FRANÇOIS, dir.], Nancy (Presses Universitaires de Nancy/Editions Universitaires de Lorraine) 2013, p. 257 ss (cité : LELIEUR, *L'Union européenne*).

LELIEUR-FISCHER JULIETTE, Observations sur le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, Fribourg-en-Brisgau (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht), Mars 2006, disponible sous : https://www.mpicc.de/files/pdf2/observations_livre_vert_nebisinidem.pdf (02.11.2016).

LELIEUR JULIETTE/PFÜTZNER PEGGY/VOLZ SABINE, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in Frankreich, in Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édit.] Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 206 ss.

LENZ STEFAN/MÄDER WALTER, Grenzüberschreitende Korruption: Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, in *forum poenale* 2013, p. 33 ss.

LEVASSEUR GEORGES, Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité, in Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugué, Paris (Sirey) 1964, p. 13 ss.

LIEBELT KLAUS GÜNTER, Zum deutschen internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluss ausserstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts, – Ein Beitrag zur Lehre vom internationalen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, Bamberg (Dissertationsdruck) 1978.

LIVSCHITZ MARK, Das Unternehmensstrafrecht in der Schweiz, in Unternehmensstrafrecht – 36. Tagung der DACH in St. Gallen vom 10. bis 12. Mai 2007, Zurich (Dach/Schulthess) 2007, p. 1 ss (cité : LIVSCHITZ, Das Unternehmensstrafrecht).

LIVSCHITZ MARK, Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung für Produktesicherheit – ein Sicherheitsrisiko für Management und Rechtsabteilung ?, in Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit [BÜHLER THEODOR/KILLIAS MARTIN, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2013, p. 153 ss (cité : LIVSCHITZ, Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung).

LIVSCHITZ MARK, Strafrechtliche Risiken für international tätige Schweizer Unternehmen und deren Leitung – Unternehmensstrafbarkeit, Geschäftsherrenhaftung, Geldwäscherei, in Internationales Handelsrecht II: Neue Risiken für Unternehmen und Management wegen Bestechung und

Korruption [BERNI MARKUS/KELLERHALS ANDREAS, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2008, p. 57 ss (cité : LIVSCHITZ, *Strafrechtliche Risiken*).

LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse – Partie générale (art. 1-110), 2^{ème} éd. mise à jour avec la collaboration d'YVES SANDOZ, Neuchâtel/Paris (Delachaux/Niestlé) 1976.

LOMBOIS CLAUDE, Droit pénal international, 2^{ème} éd., Paris (Dalloz) 1979.

LOW LUCINDA A., Preventing and Defending Against Vicarious and Successor Liability under National and International Transnational Bribery Regimes, in *The OECD Convention on Bribery – A Commentary* [PIETH MARK/LOW LUCINDA A./BONUCCI NICOLA, édit.], 2^{ème} éd., Cambridge (Cambridge University Press) 2014, p. 611 ss.

LUDWICZAK MARIA, La délégation internationale de la compétence pénale, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2013 (cité : LUDWICZAK, *La délégation internationale*).

LUDWICZAK MARIA, Une compétence pénale fondée sur le critère du domicile : analyse de *lege lata* et réflexions de *lege ferenda*, à paraître dans *RDS 1/2017* (cité : LUDWICZAK, *Une compétence pénale*).

LÜTOLF SANDRA, Strafbarkeit der juristischen Person, Zurich (Schulthess) 1997.

MACALUSO ALAIN, Infractions de corruption dans l'entreprise : aperçu critique du droit positif suisse et perspectives, in *RPS 2012*, p. 23 ss (cité : MACALUSO, *Infractions de corruption*).

MACALUSO ALAIN, L'ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CPPS, in *Jusletter 2 mai 2011* (cité : MACALUSO, *L'ordonnance pénale*).

MACALUSO ALAIN, La construction et ses entreprises face à la nouvelle procédure pénale fédérale, in *Journées suisses du droit de la construction*, Fribourg 2011, p. 99 ss (cité : MACALUSO, *La construction*).

MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise – Commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies}, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2004 (cité : MACALUSO, *La responsabilité pénale*).

MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise : la punissabilité (CP 102), in *FJS 247*, p. 1 ss (cité : MACALUSO, *La punissabilité*).

MACALUSO ALAIN, Premiers cas d'application de la nouvelle responsabilité pénale de l'entreprise selon le code pénal suisse, in *L'avocat et le juge face au*

droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann [KASSER AMÉDÉE ET AL., édit.] Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2005, p. 105 ss (cité : MACALUSO, Premiers cas d'application).

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

MACALUSO ALAIN, Vers un véritable droit pénal suisse des affaires : la nécessité d'une approche centrée sur l'entreprise, *in* RSDA 2008, p. 248 ss (cité : MACALUSO, Vers un véritable droit pénal).

MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., Commentaire de l'arrêt du 21 juillet 2014 dans la cause X. contre Ministère public central du canton de Vaud – 6B_7/2014, *in* *forumpoenale* 2014, p. 322 ss (cité : MACALUSO/GARBARSKI, Commentaire).

MACALUSO ALAIN/GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt « La Poste Suisse » – Réflexions sur les relations entre l'infraction sous-jacente et l'art. 102 CP, *in* PJA 2017, p. 99 ss (cité : MACALUSO/GARBARSKI, La responsabilité pénale).

MAIER HAROLD G., Jurisdictional Rules in Customary International Law, *in* Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice [MEESSEN KARL M., édit.], Londres/La Haye/Boston (Kluwer Law International) 1996, p. 64 ss.

MANACORDA STEFANO, Appunti sulle potenzialità e i limiti di applicazione territoriale delle norme in materia di responsabilità degli enti, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, First Colloquium [FIORELLA ANTONIO/STILE ALFONSO MARIA, édit.] Naples (Jovene editore) 2012, p. 409 ss (cité : MANACORDA, Appunti).

MANACORDA STEFANO, La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques, *in* La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales [GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO, dir.], Paris (Société de législation comparée) 2013, p. 23 ss (cité : MANACORDA, La responsabilité des personnes morales).

MANACORDA STEFANO, Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione, *in* Rivista italiana di diritto e procedura penale 2012, p. 91 ss (cité : MANACORDA, Limiti spaziali).

MANN FREDERICK ALEXANDER, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in RCADI 1964, p. 9 ss.

MARAUHN THILO/SIMON SVEN, *Die völkerrechtlichen Voraussetzungen der Strafgewalt in transnationalen Fallgestaltungen*, in *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität. Conflicts of jurisdiction in cross-border crime situations* [SINN ARNDT, édit.], Göttingen (Universitätsverlag Osnabrück/V & R unipress) 2012, p. 21 ss.

MASSÉ MICHEL, *Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur Code pénal*, in *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* 1990, p. 395 ss (cité : MASSÉ, *Le droit pénal international*).

MASSÉ MICHEL, *L'utopie en marche*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation* [HENZELIN MARC/ROTH ROBERT, édit.], Paris/Bruxelles/Genève (L.G.D.J./Bruylant/Georg) 2002, p. 151 ss (cité : MASSÉ, *L'utopie*).

MAURO CRISTINA, *Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales*, in *AJ pénal*, janvier 2012, p. 12 ss (cité : MAURO, *Application dans l'espace*).

MAURO CRISTINA, *La responsabilité pénale des groupements dans l'espace international*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II) 1999 (cité : MAURO, *La responsabilité pénale*).

MAURO CRISTINA, *Responsabilité sociale des entreprises et droit pénal*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris (LexisNexis) 2012, p. 495 ss (cité : MAURO, *Responsabilité sociale*).

MAYER PIERRE/HEUZÉ VINCENT, *Droit international privé*, 11^{ème} éd., Paris (Montchrestien) 2014.

MEIER MARCEL, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung - Einführung in der Schweiz unter Berücksichtigung prozessualer Folgeprobleme im Konzern*, Zurich (Faculté de Zurich) 2006.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTIMOSER PETER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2012.

MERLE ROGER/VITU ANDRÉ, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^{ème} éd., Paris (Cujas) 1997.

MEYER FRANK, *Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht*, in *RPS* 2013, p. 1 ss (cité : MEYER FRANK).

MEYER JÜRGEN, The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction, *in* Harvard International Law Journal 1990, p. 108 ss (cité : MEYER JÜRGEN).

MILITELLO VINCENZO/MANGIARACINA ANNALISA, Country Report “Italy”, *in* Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National Reports and Comparative Analysis [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édit.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 259 ss.

MISONNE ANTOINE, La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique. Un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée, *in* La responsabilité pénale des personnes morales en Europe [ADAM STANISLAS/COLETTE-BASECQZ NATHALIE/NIHOUL MARC, édit.], Bruxelles (Projucit/Fundp Namur/la charte) 2008, p. 63 ss.

MONGILLO VINCENZO, New statutory tests of corporate criminal liability in the UK: the Corporate Manslaughter Act 2007 and the Bribery Act 2010 – The Bribery Act 2010. Corporate Criminal Liability for Bribery Offences, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIORELLA ANTONIO, édit.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 304 ss (cité : MONGILLO, Bribery Act).

MONGILLO VINCENZO, New Statutory tests of corporate criminal liability in the UK: the Corporate Manslaughter Act 2007 and the Bribery Act 2010 – The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIORELLA ANTONIO, édit.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 273 ss (cité : MONGILLO, CMCHA).

MONSCH MARTIN/VON DER CRONE HANS CASPAR, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, *in* RSDA 2013, p. 445 ss.

MONTAVON PASCAL, La responsabilité pénale de l'entreprise, *in* TREX 2005, p. 82 ss.

MONTY RAPHAEL, Blackstone's guide to The Bribery Act 2010, Oxford (Oxford University Press) 2010.

MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Vol. I – Les fondements, 3^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2012.

MOREILLON LAURENT, Responsabilité pénale de l'entreprise : état de la pratique, *in* La Responsabilité pénale des entreprises [GILLARD YVAN/MACALUSO

ALAIN/MOREILLON LAURENT], Genève (Editions Academy et Finance SA) 2008, p. 11 ss.

MÜLLER JÉRÉMIE, For et droit pénal applicable au cloud computing, *in* *forumpoenale* 2013, p. 306 ss.

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, *Der Verwaltungsrat*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2014.

NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, *in* *GesKR* 2012, p. 129 ss.

NAMAVIČIUS JUSTAS, Territorialgrundsatz und Distanzdelikt, Baden-Baden/Zurich/Saint-Gall (Nomos/Dike) 2012.

NANDA VED P., Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?, *in* *Corporate Criminal Liability – Emergence, Convergence, and Risk* [PIETH MARK/IVORY RADHA, édité.], Dordrecht/Heidelberg/Londres/New York (Springer) 2011, p. 63 ss.

NICHOLLS QC COLIN/DANIEL TIM/BACARESE ALAN/HATCHARD JOHN, *Corruption and misuse of public office*, 2^{ème} éd., Oxford (Oxford University Press) 2011.

NICOLUSSI JULIA/ZWIRCHMAYR MICHAEL, Diskussion zu den Referaten von *Mathias Habersack, Ulrich Torggler und Peter V. Kunz*, *in* *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz* 2013 [KALSS SUSANNE/FLEISCHER HOLGER/VOGT HANS-UELL, édité.], Tübingen (Mohr Siebeck) 2014, p. 85 ss.

NIETO MARTÍN ADÁN, Criminal Liability of legal entities: opportunities and challenges for judicial cooperation, *in* *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol. II, Towards a common Model in the European Union [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 341 ss (cité : NIETO MARTÍN, Criminal Liability).

NIETO MARTÍN ADÁN, Sanction System and Cooperation, *in* *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales* [GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO, dir.], Paris (Société de législation comparée) 2013, p. 89 ss (cité : NIETO MARTÍN, Sanction System).

NIETO MARTÍN ADÁN/GARCÍA-MORENO BEATRIZ, Country Report “Spain”, *in* *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Volume I: National Reports and Comparative Analysis [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édité.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 387 ss.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/AMSTUTZ MARC (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GFELLER DIEGO R., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern*, in *Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, [NIGGLI MARCEL ALEXANDER/AMSTUTZ MARC, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007, p. 151 ss.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), *Basler Kommentar – Schweizerische Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung*, Art. 1–195 StPO, 2^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2014 (cité : BSK StPO–AUTEUR).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEIMGARTNER STEFAN (édit.), *Basler Kommentar – Internationales Strafrecht*, IRSG, GwÜ, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015 (cité : BSK ISTR–AUTEUR).

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, § 8 Unternehmensstrafrecht, in *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz* [ACKERMANN JÜRG-BEAT/HEINE GÜNTER, édit.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 163 ss.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/SCHMUKI NATALIA, *Das Unternehmensstrafrecht* (Art. 100^{quater}/Art. 102 revStGB), in *Revue de l'avocat* 2005, p. 347 ss.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), *Basler Kommentar – Strafrecht*, Vol. I et II, 3^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013 (cité BSK StGB–AUTEUR).

NIHOUL MARC, *Introduction : Vers un modèle de responsabilité pénale des personnes morales en Europe ? Une question de bon sens !*, in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* [ADAM STANISLAS/COLETTE-BASECQZ NATHALIE/NIHOUL MARC, édit.], Bruxelles (Projucit/Fundp Namur/la charte) 2008, p. 7 ss.

NOBEL PETER, *Internationales und Transnationales Aktienrecht*, Band 1: Teil IPR und Grundlagen, 2^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2012.

NOWAKOWSKI FRIEDRICH, *Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze*, in *JuristenZeitung* 1971, p. 633 ss.

OBIDAIRO SIMEON, *Transnational Corruption and Corporations – Regulating Bribery through Corporate Liability*, Surrey/Burlington (Ashgate) 2013.

OCHSNER MICHEL, *La poursuite contre le débiteur à l'étranger*, in *JdT II* 2014, p. 3 ss.

OEHLER DIETRICH, Internationales Strafrecht, 2^{ème} éd., Cologne/Berlin/Bonn/Munich (Carl Heymans Verlag KG) 1983 (cité : OEHLER, Internationales Strafrecht).

OEHLER DIETRICH, Theorie des Strafanwendungsrechts, in Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts [OEHLER DIETRICH/PÖTZ PAUL-GÜNTER, éd.], Hambourg (R.v.Decker's Verlag, G. Schenck) 1970, p. 110 ss (cité : OEHLER, Theorie).

O'KEEFE ROGER, Universal Jurisdiction – Clarifying the Basic Concept, in JICJ 2004, p. 735 ss.

OLIVER COVEY T., La compétence des Etats, in Droit international – Bilan et perspectives, Tome I [BEDJAOUI MOHAMMED, rédacteur général], Paris (Pedone) 1991, p. 323 ss.

ORMEROD DAVID/LAIRD KARL, Smith and Hogan's Criminal Law, 14^{ème} éd., Oxford/New York (Oxford University Press) 2015.

O'SHEA EOIN, The Bribery Act 2010 – A Practical Guide, Bristol (Jordans) 2011.

OXMAN BERNARD H., Jurisdiction of States, in Encyclopedia of Public International Law, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, p. 55 ss.

PABEL KATHARINA/SCHMAHL STEFANIE, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Cologne/Berlin/Munich (Carl Heymanns), état mai 2009 (cité : IntKommEMRK-AUTEUR).

PANAYIDES POLYVIOS, Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Analysis and possible Improvements to the EU legal Framework, in RIDP 2006, p. 113 ss.

PASCAL ANA-MARIA, Country Report: Denmark, in European Developments in Corporate Criminal Liability [GOBERT JAMES/PASCAL ANA-MARIA, éd.], Londres/New York (Routledge) 2011, p. 221 ss (cité : PASCAL, Denmark).

PASCAL ANA-MARIA, Country Report: Romania, in European Developments in Corporate Criminal Liability [GOBERT JAMES/PASCAL ANA-MARIA, éd.], Londres/New York (Routledge) 2011, p. 296 ss (cité : PASCAL, Romania).

PERRIN BERTRAND, Corruption active d'agents publics étrangers - Quels risques pour les entreprises et leurs collaborateurs ?, in L'Expert-comptable suisse 2009, p. 264 ss (cité : PERRIN, Corruption active).

PERRIN BERTRAND, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse – Etude de l'article 322^{septies} du Code pénal et de ses enjeux procéduraux, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2008 (cité : PERRIN, La répression).

PERRIN BERTRAND, La responsabilité pénale des personnes morales, *in* Rapports suisses présentés au XVIII^e Congrès international de droit comparé – Washington, du 25 juillet au 1^{er} août 2010 [HECKENDORN URSCHALER LUKAS/PETERS ANNELOT, édit.], Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2010, p. 261 ss (cité : PERRIN, La responsabilité pénale).

PETER HENRY, De quelques conséquences ultimes de la direction unique dans les groupes, *in* De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Etudes réunies et publiées par ANNE HÉRITIER LACHAT et LAURENT HIRSCH, Genève (Slatkine) 2004, p. 177 ss (cité : PETER, De quelques conséquences).

PETER HENRY, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1990 (cité : PETER, L'action révocatoire).

PETER HENRY, La responsabilité de – et par – l'organe de fait, *in* Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires [CHAPPUIS CHRISTINE/PETER HENRY/VON PLANTA ANDREAS], Zurich (Schulthess) 2000, p. 29 ss (cité : PETER, La responsabilité).

PETER HENRY, Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples : retour sur sujet et état des lieux, *in* Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel avec un accent sur la société simple [AMSTUTZ MARC/CHABLOZ ISABELLE/HEINZMANN MICHEL/HOCHREUTENER INGE, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2014, p. 121 ss (cité : PETER, Retour sur sujet).

PETER HENRY/BIRCHLER FRANCESCA, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, *in* RSDA 1998, p. 113 ss.

PETER HENRY/CAVADINI-BIRCHLER FRANCESCA, Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples – une duplique, *in* Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren [KUNZ PETER V/HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEOTTI RENÉ, édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009, p. 131 ss.

PETER HENRY/JACQUEMET GUILLAUME, Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance : quelles corrélations?, *in* RSDA 2015, p. 170 ss.

PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, Groupes de sociétés : organisation, responsabilité et accidents majeurs, *in* De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Etudes réunies et publiées par ANNE HÉRIETIER LACHAT et LAURENT HIRSCH, Genève (Slatkine) 2004, p. 183 ss.

PETRIG ANNA, Extraterritorial jurisdiction – the applicability of domestic criminal law to activities committed abroad in Switzerland, *in* National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Vol. 2.1: General limitations on the application of criminal law [SIEBER ULRICH/FORSTER SUSANNE/JARVERS KONSTANZE, édit.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2011, p. 316 ss (cité : PETRIG, Extraterritorial jurisdiction).

PETRIG ANNA, The Expansion of Swiss Criminal Jurisdiction in Light of International Law, *in* Utrecht Law Review, septembre 2013, p. 34 ss (cité : PETRIG, The Expansion).

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDIKT, édit., Commentaire romand – Code civil I, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR).

PIETH MARK, Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis (Sonderbeitrag), *in* Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht 2015, p. 223 ss (cité : PIETH, Anwendungsprobleme).

PIETH MARK, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht, *in* RDS II 2012, p. 233 ss (PIETH, Der Einfluss).

PIETH MARK, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft für Straftaten in ausländischen Tochterunternehmen, *in* Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm [FANKHAUSER ROLAND/WIDMER LÜCHINGER CORINNE/KLINGLER RAFAEL/SEILER BENEDIKT, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2016, p. 1135 ss (cité : PIETH, Die strafrechtliche Haftung).

PIETH MARK, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, *in* RPS 2003, p. 353 ss (cité : PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung).

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

PIETH MARK, Risikomanagement und Strafrecht – Organisationsversagen als Voraussetzung der Unternehmenshaftung, *in* Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag [SUTTER-SOMM FELIX ET AL., édit.], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2004, p. 597 ss (cité : PIETH, Risikomanagement).

PIETH MARK, Strafverfahren gegen das Unternehmen, *in* Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag [ARNOLD JÖRG ET AL., édit.], Munich (C.H. Beck) 2005, p. 599 ss.

PIETH MARK, Wirtschaftsstrafrecht, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2016 (cité : PIETH, Wirtschaftsstrafrecht).

PIETH MARK/LOW LUCINDA A./BONUCCI NICOLA (édit.), The OECD Convention on Bribery – A Commentary, 2^{ème} éd., Cambridge (Cambridge University Press) 2014 (cité : OECD Convention–AUTEUR).

PIQUEREZ GÉRARD, Traité de procédure pénale suisse, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2006.

PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, Procédure pénale suisse, 3^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2011.

PONCET DOMINIQUE/MACALUSO ALAIN, Evolution de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse et perspective inspirée de modèles étrangers, *in* Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag [DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2002, p. 517 ss.

POYNTER JOHN, Literary extracts, from English and other Works, collected during Half a Century, Londres (William Edward Painter) 1844.

POPP PETER, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle/Munich (Helbing & Lichtenhahn/Beck) 2001.

POSTIZZI MARIO, Sechs Gesichter des Unternehmensstrafrechts, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2006.

PRADEL JEAN, Droit pénal général, 17^{ème} éd., Paris (Cujas) 2008.

RAFARACI TOMMASO, The principle of *non bis in idem* in the jurisprudence of the European Court of Justice, *in* Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen [BRAUM STEFAN/WEYEMBERGH ANNE, édit.], Bruxelles (Editions de l'université de Bruxelles) 2009, p. 93 ss.

RICO JOSÉ M., Le droit de punir, Criminologie 1986, p. 113 ss.

RIEDO CHRISTOF/CHVOJKA MICHAELA, Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft, *in* RPS 2002, p. 152 ss.

RIGAUX FRANÇOIS, Le concept de territorialité : un fantasme en quête de réalité, *in* Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui [YAKPO EMILE/BOUMEDRA

TAHAR, édit.], La Haye/Londres/Boston (Kluwer Law International) 1999, p. 211 ss.

RIKLIN FRANZ, Information Highway und Strafrecht, in Information Highway [HILTY RETO M., édit.], Berne/Munich (Stämpfli/Munich) 1996, p. 559 ss.

ROEF DAVID, Chapter X. Corporate Criminal Liability, in Comparative Concepts of Criminal Law, [KEILER JOHANNES/ROEF DAVID, édit.], 2^{ème} éd., Cambridge/Anvers/Portland (Intersentia) 2016, p. 281 ss.

ROTH MONIKA, Aufsichtsrechtliche Vorgaben für Banken und Art. 102 StGB – Ein diskussionsbeitrag zu den beiden Alstom-Entscheiden der Bundesanwaltschaft, in Jusletter 18 juin 2012 (cité : ROTH MONIKA).

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

ROTH ROBERT, *Non bis in idem* transnational : vers de nouveaux paradigmes ?, in Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen [BRAUM STEFAN/WEYEMBERGH ANNE, édit.], Bruxelles (Editions de l'Université de Bruxelles) 2009, p. 121 ss (cité : ROTH, *Non bis in idem*).

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

ROTH ROBERT, Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, in RPS 1994, p. 1 ss (cité : ROTH, Territorialité).

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

ROTH ROBERT/MOREILLON LAURENT (édit.), Commentaire Romand – Code Pénal I, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009 (cité : CR CP-AUTEUR).

ROY SIMON, La responsabilité criminelle et pénale des personnes morales en droit canadien, in La responsabilité pénale des personnes morales – Etude comparée [SAINT-PAU JEAN-CHRISTOPHE, dir.], La protection pénale de l'environnement [GOGORZA AMANE/OLLARD ROMAIN, dir.], Paris (Cujas) 2014, p. 239 ss.

RUEPP RONALD U., Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft, Zurich (Schulthess) 1994.

RYNGAERT CÉDRIC, *Jurisdiction in International Law*, 2^{ème} éd., Oxford (Oxford University Press) 2015.

RYSER ROLAND M., *Outsourcing - Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung*, Zurich (Dike) 2007.

SAFFERLING CHRISTOPH, *Internationales Strafrecht*, Berlin/Heidelberg (Springer) 2011.

SALMON JEAN (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles (Bruylant) 2001.

SALVINA VALENZANO ANNA, *Main Aspects of Corporate Liability « ex crimine » in eastern european countries: Poland, Czech Republic, Slovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Slovenia and Croatia*, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol. I., *Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States* [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 497 ss (cité : SALVINA VALENZANO, *Eastern european countries*).

SALVINA VALENZANO ANNA, *Main Aspects of Corporate Liability « ex crimine » in northern european countries: Denmark, Sweden and Finland*, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol. I., *Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States* [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 463 ss (cité : SALVINA VALENZANO, *Northern european countries*).

SATZGER HELMUT, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7^{ème} éd., Baden-Baden (Nomos) 2016.

SAUERWEIN NINA, *La responsabilité de la société mère*, Berne (Stämpfli) 2006.

SCALIA DAMIEN, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles (Bruylant) 2011.

SCHAAD PIERLUIGI, *Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht*, Winterthur (P.G Keller) 1964.

SCHMID NIKLAUS, *Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität*, Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zurich (Schulthess) 1994 (cité : SCHMID, *Kommentar Computer*).

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

Geburstag, [VON DER CRONE HANS CASPAR ET AL., édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2003, p. 761 ss (cité : SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit).

SCHMID NIKLAUS, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, *in* RPS 1988, p. 156 ss (cité : SCHMID, Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit).

SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall (Dike) 2013 (cité : SCHMID, Handbuch).

SCHMID NIKLAUS, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, *in* recht 2003, p. 201 ss (cité : SCHMID, Die prozessuale Seite).

SCHMID NIKLAUS, Strafprozessuale Fragen im Zusammenhang mit Computerdelikten und neuen Informationstechnologien im allgemeinen, *in* RPS 1993, p. 81 ss (cité : SCHMID, Strafprozessuale Fragen).

SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (édit.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29^{ème} éd., Munich (C.H. Beck) 2014 (cité : SCHÖNKE/SCHRÖDER-AUTEUR).

SCHUBARTH MARTIN, Faustrecht statt Auslieferungsrecht ?, *in* Strafverteidiger 1987, p. 173 ss (cité : SCHUBARTH, Faustrecht).

SCHUBARTH MARTIN, § 9 Konzernstrafrecht, *in* Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz [ACKERMANN JÜRG-BEAT/HEINE GÜNTER, édit.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 203 ss (cité : SCHUBARTH, Konzernstrafrecht).

SCHULTZ HANS, Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger, *in* RSC 1967, p. 305 ss (cité : SCHULTZ, Compétence des juridictions pénales).

SCHULTZ HANS, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Bâle (VRG) 1953 (cité : SCHULTZ, Auslieferungsrecht).

SCHULTZ HANS, Die räumliche Geltung des schweizerischen Strafgesetzbuches nach der neueren Gerichtspraxis, *in* RPS 1957, p. 306 ss (cité : SCHULTZ, Die räumliche Geltung).

SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1961, *in* RJB 1963, p. 41 ss (cité : SCHULTZ, Die strafrechtliche Rechtsprechung 1961).

SCHULTZ HANS, Gesetzgebung und Rechtsprechung der Schweiz im internationalen Strafrecht 1942 bis 1963, *in* Annuaire suisse de droit international 1963, p. 189 ss (cité : SCHULTZ, Gesetzgebung).

SCHULTZ HANS, L'empire de la loi pénale dans l'espace I, *in* FJS 1208 (cité : SCHULTZ, Loi pénale dans l'espace I).

SCHULTZ HANS, L'empire de la loi pénale dans l'espace II, *in* FJS 1209 (cité : SCHULTZ, Loi pénale dans l'espace II).

SCHULTZ HANS, Le lieu de commission, *in* FJS 1210 (cité : SCHULTZ, Le lieu).

SCHULTZ HANS, Male captus bene iudicatus ?, *in* Annuaire suisse de droit international 1967, p. 67 ss (cité : SCHULTZ, Male captus ?).

SCHWANDER VITAL, Das Territorialitätsprinzip im schweizerischen Strafrecht, *Recueil de travaux suisses présentés au VIII^{ème} Congrès international de droit comparé*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1970, p. 365 ss (cité : SCHWANDER, Das Territorialitätsprinzip).

SCHWANDER VITAL, L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, *Rapport sur la Suisse*, *in* RIDP 1960, p. 576 ss (cité : SCHWANDER, Rapport suisse).

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension, *in* Internet-Recht und Electronic Commerce Law [ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S., édit.], Lachen/Saint-Gall (Dike) 2001, p. 329 ss (cité : SCHWARZENEGGER, E-Commerce).

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet – Die Verfolgung von grenzüberschreitender Internetkriminalität in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland und Österreich, *in* RPS 2000, p. 109 ss (cité : SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich).

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Abstrakte Gefahr als Erfolg im Strafanwendungsrecht – ein leading case zu grenzüberschreitenden Internetdelikten zum Urteil des BGH vom 12. Dezember 2000 – 1 StR 184/00, *in* sic ! 2001, p. 240 ss (cité : SCHWARZENEGGER, Abstrakte Gefahr).

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Handlungs- und Erfolgsort beim grenzüberschreitenden Betrug, *in* Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag [ACKERMANN JÜRIG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG, édit.], Zurich (Schulthess) 2001, p. 143 ss (cité : SCHWARZENEGGER, Handlungs- und Erfolgsort).

SCHWENZER INGEBORG/HOSANG ALAIN F., Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, *in* RSDIE 2011, p. 273 ss.

SEELMANN KURT, Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen, *in* Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag

[ACKERMANN JÜRG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG, édit.], Zurich (Schulthess) 2001, p. 169 ss.

SERVAGGI NICOLA, *Ex crimine* Liability of legal persons in EU. An overview of substantive Criminal Law, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Vol. II, Towards a common Model in the European Union [FIORELLA ANTONIO, édit.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 5 ss.

SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN (édit.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil*, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat, Berlin (Duncker & Humboldt) 2008.

SILVING HELEN, In Re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, in *AJIL* 1961, p. 307 ss.

SIMMA BRUNO/PAULUS ANDREAS L., The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization, in *EJIL* 1998, p. 266 ss.

SINN ARNDT (édit.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität - Conflicts of jurisdiction in cross-border crime situations*, Göttingen (V&R unipress/Universitätsverlag Osnabrück), 2012.

SKOCZYLAS ANNA-ANTONINA, *Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern*, Berne (Stämpfli) 2011.

SON MISUK, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in Korea, in *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil*, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édit.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 242 ss.

SPIGA VALENTINA, Non-retroactivity of Criminal Law - A New Chapter in the Hissène Habré Saga, in *JICJ* 2011, p. 5 ss.

STEFANI GASTON/LEVASSEUR GEORGES/BOULOC BERNARD, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Paris (Dalloz) 2016.

STERN BRIGITTE, A propos de la compétence universelle, in *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui* [YAKPO EMILE/BOUMEDRA TAHAR, édit.], La Haye/Londres/Boston (Kluwer Law International) 1999, p. 735 ss.

STESSENS GUY, Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective, in *The International and Comparative Law Quarterly* 1994, p. 493 ss.

STOITCHKOVA DESISLAVA, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Anvers/Oxford/Portland (intersentia) 2010.

STOUFFLET JEAN, *L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, Rapport sur la France*, in RIDP 1960, p. 515 ss.

STRASSER OTHMAR, *Obergericht des Kantons Solothurn, Strafkammer, Urteil vom 19. November 2015 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn gegen Die Schweizerische Post, Rechtsnachfolgerin Die Schweizerische Post AG – STBER.2011.32, Bemerkungen*, in *forumpenale* 2016, p. 196 ss, p. 203 ss.

STRATENWERTH GÜNTER, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, in RPS 1963, p. 233 ss (cité : STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsunwert*).

STRATENWERTH GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2011 (cité : STRATENWERTH, AT I).

STRATENWERTH GÜNTER, *Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda*, in RPS 2008, p. 1 ss (cité : STRATENWERTH, *Voraussetzungen*).

STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, 3^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2013.

SULLIVAN BOB, *Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010*, in *Modern Bribery Law – Comparative Perspectives* [HORDER JEREMY/ALLDRIDGE PETER, édité.], Cambridge/New York (Cambridge University Press) 2013, p. 13 ss (cité : SULLIVAN BOB).

SULLIVAN G., *The Bribery Act 2010: Part 1: an overview*, in *Criminal Law Review* 2011, p. 87 ss (cité : SULLIVAN G.).

ŠVEDAS GINTARAS, *Country Report “Lithuania”*, in *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National Reports and Comparative Analysis* [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édité.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 295 ss.

SWART BERT, *La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux*, in *Juridictions nationales et crimes internationaux* [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 567 ss.

SZERESZEWSKI ELIAZAR, *Crimes ou délits commis à l'étranger contre un Suisse ou par un Suisse*, in RPS 1947, p. 235 ss.

TAUPIAC-NOUVEL GUILLEMIN, *La responsabilité pénale des personnes morales au Royaume-Uni et en République d'Irlande*, in *La responsabilité pénale des personnes morales – Etude comparée* [SAINT-PAU JEAN-CHRISTOPHE, dir.], La

protection pénale de l'environnement [GOGORZA AMANE/OLLARD ROMAIN, dir.], Paris (Cujas) 2014, p. 225 ss.

TELLENBACH SILVIA, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in der Türkei, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édit.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 334 ss.

TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC (édit.), Commentaire romand - Code des obligations II, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2008 (cité : CR CO II-AUTEUR).

TERRIEN VIVIEN, Droit de la concurrence : la présomption de responsabilité frappant les sociétés mères, *in* Journal de droit européen 2012, p. 1 ss.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand - Code des obligations I, 2^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR).

TEZCAN Durmuş, Territorialité et conflits de juridictions en droit pénal international, Ankara (Université d'Ankara) 1983.

THALMANN VANESSA, National Criminal Jurisdiction over Genocide, *in* The UN Genocide Convention - a Commentary [GAETA PAOLA, édit.] Oxford (Oxford University Press) 2009, p. 231 ss.

THAMAN STEPHEN C., Vereinigte Staaten von Amerika, Countries' reports, *in* Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität - Conflicts of jurisdiction in cross-border crime situations [SINN ARNDT, édit.], Göttingen (V&R unipress/Universitätsverlag Osnabrück) 2012, p. 475 ss.

THELESKLAF DANIEL/WYSS RALPH/ZOLLINGER DAVE/VAN THIEL MARK (édit.), GwG Geldwäschereigesetz, Kommentar zu GwG, StGB (Auszug), GwV-FINMA 1 und VSB 08, sowie die einschlägigen Verordnungen und Texte von UNO, Europarat, EU, FATF, Basler Ausschuss und Wolfsberg-Gruppe, Zurich (orell füssli) 2009 (cité : GwG Kommentar-AUTEUR).

TOTTEGAARD NIELSEN GORM, Procedural Law for Corporate Entities: A Danish View, *in* Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities [ESER ALBIN/HEINE GÜNTER/HUBER BARBARA, édit.], Fribourg-en-Brisgau (iuscrim) 1999, p. 321 ss.

TRAPASSO MARIA TERESA, Corporate Criminal Liability in the United Kingdom : general outlines, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs,

Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 243 ss.

TRÅSKMAN PER OLE, Should we take the condition of double criminality seriously ?, *in* Double Criminality – Studies in International Criminal Law [JAREBORG NILS, édité.], Uppsala (Iustus) 1989, p. 135 ss.

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (édité.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall, (Dike) 2013 (cité : Praxiskommentar-AUTEUR).

TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 6^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2004.

TRICOT JULIETTE, Corporate Criminal Liability in France, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 131 ss (cité : TRICOT, Corporate Criminal Liability).

TRICOT JULIETTE, L'acquis « indirect » européen en matière de responsabilité pénale des personnes morales. L'apport des instruments de coopération judiciaire, *in* La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales (GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO, dir.), Paris (Société de législation comparée) 2013, p. 47 ss (cité : TRICOT, L'acquis « indirect »).

TRÖNDLE HERBERT, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch, 48^{ème} éd., Munich (C.H. Beck'sche) 1997.

TROUSSE PAUL-EMILE, Le règlement au plan européen des compétences législatives et judiciaires des Etats en matière pénale, *in* Droit pénal européen, Colloques européens, Bruxelles (Presses Universitaires de Bruxelles) 1970, p. 387 ss.

VAN DEN WYNGAERT CHRISTINE, Double Criminality as a Requirement to Jurisdiction, *in* International Criminal Law and Procedure [DUGARD JOHN/VAN DEN WYNGAERT CHRISTINE, édité.], Aldershot (Dartmouth) 1996, p. 131 ss.

VANDER BEKEN TOM/VERMEULEN GERT/STEVERLYNCK SOETEKIN/THOMAS STEFAN, Finding the best place for prosecution – European Study on jurisdiction criteria, Anvers/Apeldoorn (Maklu) 2002.

VANDERMEERSCH DAMIEN, La responsabilité des personnes morales : la dimension internationale, *in* La responsabilité des personnes morales en Belgique [NIHOUL MARC, édité.], Bruxelles (la charte) 2005, p. 241 ss.

VERMEULEN GERT/DE BONDT WENDY/RYCKMAN CHARLOTTE, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Anvers/Apeldoorn/Portland (Maklu) 2012.

VERNY EDOUARD, Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : « Quand tu seras à Rome, conduis-toi en Romain », *in* Une certaine idée du droit, Mélanges André Decocq, Paris (Litec) 2004, p. 593 ss.

VILLANI ENRICA, Compliance Programs and « organisational Fault » in Europe, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. II., Towards a Common Model in the European Union [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 249 ss (cité : VILLANI, Compliance Programs).

VILLANI ENRICA, Liability « ex crimine » of collective entities in the Italian legal system: an overview, *in* Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol. I., Liability « ex crimine » of legal Entities in Member States [FIORELLA ANTONIO, édité.], Naples (Jovene Editore) 2012, p. 13 ss (cité : VILLANI, Liability).

VILLANI ENRICA, Responsabilité (pénale) des personnes morales et mesures d'organisation pour la prévention des infractions dans le cadre d'un modèle européen de responsabilité, *in* La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales [GIUDICELLI-DELAGE GENEVIÈVE/MANACORDA STEFANO, dir.], Paris (Société de législation comparée) 2013, p. 71 ss (cité : VILLANI, Responsabilité (pénale)).

VILLARD KATIA, Obergericht des Kantons Solothurn, Strafkammer, Urteil vom 19. November 2015 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn gegen Die Schweizerische Post, Rechtsnachfolgerin Die Schweizerische Post AG – STBER.2011.32, Commentaire, *in* forum poenale 2016, p. 196 ss, p. 205 ss.

VIRALLY MICHEL, La pensée juridique, Paris (L.G.D.J.) 1960.

VITU ANDRÉ, Le principe de légalité et la procédure pénale, *in* Revue internationale de criminologie et de police technique 1967, p. 94 ss.

VOGEL ALEXANDER, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, *in* Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag [SCHWEIZER RAINER J./BURKERT HERBERT/GASSER URS, édité.], Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 607 ss.

VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, *in* Schweizerisches Privatrecht VIII/6, 2^{ème} éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2005 (cité : VON BÜREN, Der Konzern).

VON BÜREN ROLAND, Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, *in* Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag

[KRAMER ERNST A./NOBEL PETER/WALDBURGER ROBERT, édit.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2006, p. 429 ss (cité : VON BÜREN, Die einheitliche Leitung).

VON GLEICHENSTEIN NIKODEMUS, Strafrechtliche Bankhaftung – Anforderungen an organisatorische Vorkehrungen der Banken zur Verhinderung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB, Berne (Stämpfli) 2011.

VON PLANTA ANDREAS, Le rôle du comité d'audit dans le gouvernement d'entreprise, RSDA 2004, p. 43 ss.

WALDER HANS, Strafflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, *in* RPS 1982, p. 225 ss.

WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/BAUER THOMAS/WINZELER CHRISTOPH, édit., Basler Kommentar – Bankengesetz, 2^{ème} éd. Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013 (cité : BSK BG-AUTEUR).

WEIGEND EWA, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in Polen, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édit.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 271 ss.

WELLS CELIA, Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future, *in* Corporate Criminal Liability – Emergence, Convergence, and Risk [PIETH MARK/IVORY RADHA, édit.], Dordrecht/Heidelberg/Londres/New York (Springer 2011), p. 91 ss (cité : WELLS, Corporate Criminal Liability).

WELLS CELIA, Corporate Responsibility and Compliance Programs in the United Kingdom, *in* Preventing Corporate Corruption – The Anti-Bribery Compliance Model [MANACORDA STEFANO/CENTONZE FRANCESCO/FORTI GABRIO, édit.], Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/Londres (Springer) 2014, p. 505 ss (cité : WELLS, Corporate Responsibility).

WELLS CELIA, Corporations and Criminal Responsibility, 2^{ème} éd., Oxford (Oxford University Press) 2001 (cité : WELLS, Corporations).

WENT FLORIAAN H., Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2012.

WOHLERS WOLFGANG, Die Strafbarkeit des Unternehmens, *in* RSJ 2000, p. 381 ss (cité : WOHLERS, Die Strafbarkeit).

WOHLERS WOLFGANG, Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, *in*

Festschrift für Franz Riklin – Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag [NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HURTADO POZO JOSÉ/QUELOZ NICOLAS, édité.], Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 287 ss (cité : WOHLERS, Festschrift Riklin).

WOHLERS WOLFGANG, Intensivierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung: Geschäftsherrenhaftung und Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, *in* Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht [ACKERMANN JÜRG-BEAT/WOHLERS WOLFGANG, édité.], Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2008, p. 83 ss (cité : WOHLERS, Intensivierung).

WOLSWIJK HEIN, Country Report “the Netherlands”, *in* Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Volume I: National Reports and Comparative Analysis [BÖSE MARTIN/MEYER FRANK/SCHNEIDER ANNE, édité.], Baden-Baden (Nomos) 2013, p. 329 ss.

YUAN LIU/JIANPING LU, Droit chinois, *in* Juridictions nationales et crimes internationaux [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 345 ss.

ZANOTTI ISODORO, Extradition in Multilateral Treaties and Conventions, Leiden/Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 2006.

ZAPPALÀ SALVATORE, Droit italien, *in* Juridictions nationales et crimes internationaux [CASSESE ANTONIO/DELMAS-MARTY MIREILLE, dir.], Paris (PUF) 2002, p. 193 ss.

ZEDER FRITZ, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – « Unternehmensstrafrecht », Textausgabe mit Materialien und Anmerkungen samt einer Darstellung der Rechtslage in 27 europäischen Staaten und den Bestimmungen über die Verbandsverantwortlichkeit im Finanzstrafgesetz, Vienne/Graz (NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag) 2006.

ZERBES INGEBORG, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in Österreich, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat, [SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édité.] Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 256 ss.

ZHAO YANG/RICHTER THOMAS, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in China, *in* Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Vol. 2: Gesetzlichkeitsprinzip, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat

[SIEBER ULRICH/CORNILS KARIN, édit.], Berlin (Duncker & Humboldt) 2008, p. 153 ss.

ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne (Stämpfli) 1999 (cité : ZIMMERMANN, 1999).

ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2014 (cité : ZIMMERMANN, 2014).

II. Autres sources : rapports internationaux et nationaux, messages du Conseil fédéral, travaux préparatoires

Assemblée générale de l'ONU, Mesures visant à éliminer le terrorisme international, Rapport du Groupe de travail, A/C.6/54/L.2, 26 octobre 1999 (cité : ONU, Mesures visant à éliminer le terrorisme).

Assemblée générale de l'ONU, Resolution, Diplomatic Protection, A/RES/62/67, 8 janvier 2008 (cité : ONU, Diplomatic Protection).

Association suisse des banquiers, Convention relative à l'obligation de diligence des banques (cité : CDB 16) 2016.

Bulletin officiel du Conseil des Etats, intervention de Monsieur FRANZ WICKI, BO CE 1999 1110.

Bulletin officiel du Conseil des Etats, intervention de Monsieur HANS-RUDOLF MERZ, BO CE 1999 1136.

Bulletin officiel du Conseil national, intervention de Madame ANNE-CATHERINE MÉNÉTREY-SAVARY, BO CN 2001 540.

Bulletin officiel du Conseil national, intervention de Madame ANNE-CATHERINE MÉNÉTREY-SAVARY, BO CN 2001 595.

Bulletin officiel du Conseil national, intervention de Madame DORLE VALLENDER, BO CN 2001 540.

Bulletin officiel du Conseil national, intervention de Monsieur JACQUES SIMON EGGLY, BO CN 2001 593.

Bulletin officiel du Conseil national, intervention de Monsieur ULRICH SIEGRIST, BO CN 2001 597.

Bulletin officiel du Conseil national, intervention de Monsieur NILS DE DARDEL, BO CN 2001 598.

Bulletin officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, Circulaire du 9 février 2012 relative à l'évaluation par la France de l'OCDE en 2012, présentant de nouvelles dispositions pénales en matière de corruption transnationale, et rappelant des orientations de politique pénale du Ministère de la Justice et des Libertés français, disponible sous : www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1204025C.pdf (05.11.2016) (cité :

Bulletin officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, Circulaire du 9 février 2012).

CASSANI URSULA, Université de Genève, Prise de position du 26 août 2013 dans le cadre de la procédure de consultation relative à la révision des dispositions pénales incriminant la corruption, disponible sous : <http://www.unige.ch/droit/cite/consultations/2013.html> (cité : CASSANI, Prise de position).

Chambre de Commerce internationale, Règles d'ICC pour combattre la corruption, 2011 (cité : Chambre de Commerce internationale, Règles d'ICC).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Compliance and the compliance function in banks, avril 2005 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Compliance).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Guidelines – Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism, février 2016 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Guidelines).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Joint Forum, Principles for the supervision of financial conglomerates, septembre 2012 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Principles for the supervision of financial conglomerates).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Orientation – Principes de gouvernance d'entreprise à l'attention des banques, juillet 2015 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Principes de gouvernance d'entreprise).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace du Comité de Bâle, septembre 2012 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Principes fondamentaux).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Saine gestion des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, janvier 2014 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Saine gestion des risques).

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, The Joint Forum – Outsourcing in Financial Services, février 2005 (cité : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Outsourcing).

Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation N° R (88) 18 aux Etats membres concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités, adoptée par le

Comité des Ministres le 20 octobre 1988, lors de la 420^e réunion des Délégués des Ministres (cité : Comité des ministres, Recommandation N° R (88) 18).

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation N° R (87) 18 aux Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres le 17 septembre 1987, lors de la 410^e réunion des Délégués des Ministres (cité : Comité des ministres, Recommandation N° R (87) 18).

Commission des Communautés européennes, Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, COM(2005) 696 final, Bruxelles, 23 décembre 2005 (cité : Commission des Communautés européennes, Livre Vert).

Commission européenne, Exposé des motifs de la proposition de Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, Journal officiel n° C 304 E du 30/10/2001 p. 0172 – 0175 (cité : Commission européenne, Exposé des motifs).

Conférence des Etats Parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, Panama 25 et 26 novembre 2013, Rapport établi par le Secrétaire sur l'état d'avancement de l'exécution des mandats du groupe d'experts sur la coopération internationale, CAS/COSP/EG.1/2013/2 (cité : Conférence des Etats Parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, Etat d'avancement de l'exécution des mandats du groupe d'experts sur la coopération internationale).

Conférence des Etats Parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, Panama 25-29 novembre 2013, 5^{ème} session – Rapport thématique établi par le Secrétaire – Application du chapitre III (Incrimination, détection et répression) de la Convention des Nations Unies contre la corruption (examen des art. 40 à 42), CAC/COSP/2013/8 (cité : Conférence des Etats Parties, Convention de l'ONU contre la corruption, examen des art. 40 à 42).

Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Rapport du Secrétariat relatif à l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : informations consolidées reçues des Etats pour le premier cycle de collecte d'informations, CTOC/COP/2005/2/Rev.2, 4^{ème} session, Vienne, 8-17 octobre 2008, disponible sous : <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP->

session4.html (08.11.2016) (cité : Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Informations consolidées reçues des Etats pour le premier cycle de collecte d'informations).

Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Responsabilité des personnes morales, article 10 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée – Document d'information du Secrétariat, CTOC/COP/WG.2/2014/3, 8^{ème} session, Vienne, 6 et 7 octobre 2014, disponible sous : <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/working-group-on-technical-assistance-2014.html> (08.11.2016) (cité : Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Responsabilité des personnes morales).

Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, fourth session, Marrakech, 24-28 October 2011, Statement submitted by Christian Aid, Global Witness and Tearfund, non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council, CAC/COSP/2011/NGO/1, 3 octobre 2011 (cité : Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, Marrakech, Statement submitted by Christian Aid, Global Witness and Tearfund, non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council).

Conseil de l'Europe, Comité européen pour les affaires criminelles, Compétence extraterritoriale en matière pénale, Strasbourg 1990 (cité : Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale).

Conseil de l'Europe, Liability of Legal Persons for Corruption Offences, février 2014 (cité : Conseil de l'Europe, Liability).

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972, STE 73 (cité : Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives).

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption du 27 janvier 1999, STE 173 (cité : Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la corruption).

Conseil des Barreaux Européens, Réponse du CCBE au Livre Vert sur les conflits de compétences et le principe de *ne bis in idem*, avril 2006 (cité : Conseil des Barreaux Européens).

Conseil économique et social de l'ONU, Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003 (cité : Conseil économique et social, Normes sur la responsabilité).

Criminal Division of the U.S. Department of Justice/Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA – A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act, 2012 (cité : U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission, FCPA).

DE LA CUESTA JOSÉ LUIS/BLANCO CORDERO ISIDORO (édit.), Résolutions des Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926-2014), Association Internationale de Droit Pénal, 2015 (cité : DE LA CUESTA/BLANCO CORDERO, Résolutions).

Département fédéral de Justice et Police, Avant-projet et rapport explicatif relatif à la modification du code pénal et du code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, Berne, mars 1991 (cité : DFJP, Rapport explicatif 1991).

Département fédéral des Affaires étrangères, Onzième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe, adopté par le Conseil fédéral le 24 août 2016, FF 2016 6823 ss (cité : Suisse, 11^{ème} rapport).

Département fédéral des finances, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, 11 novembre 2015 (cité : Département fédéral des finances, Rapport explicatif).

Economiesuisse, Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, 2016 (cité : CSBP).

Eurojust, Rapport annuel 2003, disponible sous :

<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/Pages/annual-reports.aspx?Page=3> (04.11.2016) (cité : Eurojust).

European Committee on Crime Problems (CDPC)/Committee of Experts on Transnational Criminal Justice (PC-TJ), Possible Ways to Reduce the Double Criminality Requirement: From double criminality to double prohibition, Report by Mr. OTTO LAGODNY, PC-TJ (2005) 06, Strasbourg, Juillet 2005, disponible sous : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCTJ_en.asp (04.11.2016) (cité : LAGODNY).

FINMA, Circulaire 2008/7 « Outsourcing-banques », Externalisation d'activités dans le secteur bancaire (cité : Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques »).

FINMA, Circulaire 2008/21 Risques opérationnels – banques, Exigences de fonds propres et exigences qualitatives relatives aux risques opérationnels dans le secteur bancaire (cité : Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques »).

FINMA, Circulaire 2008/24 Surveillance et contrôle interne – banques, Surveillance et contrôle interne dans le secteur bancaire (cité : Circ.-FINMA 08/24 « Surveillance et contrôle interne – banques »).

FINMA, Circulaire 2011/1 – Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA / Précisions concernant l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (cité : Circ.-FINMA 11/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »).

FINMA, Circulaire 2015/1 Comptabilité banques – Prescriptions comptables pour les banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers (PCB) (cité : Circ.-FINMA 15/1 « Comptabilité banques »).

FINMA, Circulaire 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques, Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques (cité : Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques »).

FINMA, Circulaire 17/xx, *Outsourcing* – banques et assureurs, Externalisation dans le secteur des banques et des entreprises d'assurance (cité : Circ.-FINMA 17/xx « *Outsourcing* – banques et assureurs »).

FINMA, Circulaire 17/xx, *Outsourcing* – banques et assureurs, Rapport explicatif (cité : FINMA, Rapport explicatif « *Outsourcing* »).

FINMA, Foire aux questions - Circulaire 2008/7 « Outsourcing-banques » (cité : FINMA, FAQ outsourcing).

FINMA, Position de la FINMA du 22 octobre 2010 à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières (cité : Position de la FINMA, Risques juridiques).

GAFI, Corruption, A Reference Guide and Information, Note on the use of the FATF Recommendations to support the fight against Corruption, 2012 (cité : GAFI, Corruption).

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

GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, Rapport d'évaluation mutuelle, Décembre 2016 (cité : GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle).

GRECO, Deuxième Cycle d'Evaluation, Rapport d'Evaluation sur la France du 2 décembre 2004, adopté par le GRECO lors de sa 21^e Réunion Plénière (Strasbourg, 29 novembre – 2 décembre 2004) (cité : GRECO, Deuxième Cycle, France, 29 novembre – 2 décembre 2004).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Addendum au Deuxième Rapport de Conformité sur l'Estonie, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 61^e Réunion Plénière (Strasbourg, 14-18 octobre 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Estonie, 14-18 octobre 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur Andorre, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 69^e Réunion Plénière (Strasbourg, 12-16 octobre 2015) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Andorre, 12-16 octobre 2015).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur la Finlande, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 53^e Réunion Plénière (Strasbourg, 5-9 décembre 2011) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Finlande, 5-9 décembre 2011).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur la Lituanie, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 60^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17-21 juin 2013) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Lituanie, 17-21 juin 2013).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur la Roumanie, « Incriminations (STE 173 et 191, PD 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 58^e Réunion Plénière (Strasbourg, 3-7 décembre 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Roumanie, 3-7 décembre 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de conformité sur la Slovaquie, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 55^e Réunion

Plénière (Strasbourg, 14-16 mai 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Slovénie, 14-16 mai 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur le Luxembourg, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 47^e Réunion Plénière (Strasbourg, 7-11 juin 2010) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Luxembourg, 7-11 juin 2010).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Deuxième Rapport de Conformité sur le Monténégro, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 58^e Réunion Plénière (Strasbourg, 3-7 décembre 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Monténégro, 3-7 décembre 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport d'Evaluation sur la République de Serbie, « Incriminations (STE 173 et 191, GPC 2) » Thème I, adopté par le GRECO lors de sa 48^e Réunion Plénière (Strasbourg, 27 septembre-1^{er} octobre 2010) (cité : GRECO, Troisième Cycle, République de Serbie, Strasbourg, 27 septembre-1^{er} octobre 2010).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur l'Albanie, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 50^e Réunion Plénière (Strasbourg, 28 mars-1^{er} avril 2011) (cité : GRECO, Troisième cycle, Albanie, 28 mars -1^{er} avril 2011).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur l'Arménie, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 58^e Réunion Plénière (Strasbourg, 3-7 décembre 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Arménie, 3-7 décembre 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur l'Azerbaïdjan, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 57^e Réunion Plénière (Strasbourg, 15-19 octobre 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Azerbaïdjan, 15-19 octobre 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur l'Espagne, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 50^e Réunion Plénière

(Strasbourg, 28 mars-1er avril 2011) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Espagne, 28 mars -1er avril 2011).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur l'ex-République yougoslave de Macédoine, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 54^e Réunion Plénière (Strasbourg, 20-23 mars 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, ex-République yougoslave de Macédoine, 20-23 mars 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur la Géorgie, « Incriminations (STE 173 et 191, GPC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 60^e Réunion Plénière (Strasbourg, 17-21 juin 2013) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Géorgie, 17-21 juin 2013).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur la Grèce, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 56^e Réunion Plénière (Strasbourg, 20-22 juin 2012) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Grèce, 20-22 juin 2012).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur la Suède, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 50^e Réunion Plénière (Strasbourg, 28 mars -1er avril 2011) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Suède, 28 mars -1er avril 2011).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur la Suisse, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 61^e Réunion Plénière (Strasbourg, 14-18 octobre 2013) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Suisse, 14-18 octobre 2013).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur le Danemark, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 51^e Réunion Plénière (Strasbourg, 23-27 mai 2011) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Danemark, 23-27 mai 2011).

GRECO, Troisième Cycle d'Evaluation, Rapport de Conformité sur les Pays-Bas, « Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 47^e Réunion Plénière

(Strasbourg, 7-11 juin 2010) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Pays-Bas, 7-11 juin 2010).

GRECO, Troisième Cycle d'Évaluation, Rapport de Conformité sur Monaco, « Incriminations (STE 173 et 191, PD 2) » - « Transparence du financement des partis politiques », adopté par le GRECO lors de sa 64^e Réunion Plénière (Strasbourg, 16-20 juin 2014) (cité : GRECO, Troisième Cycle, Monaco, 16-20 juin 2014).

Groupe Wolfsberg, Wolfsberg Anti-Corruption Guidance, 2011 (cité : Groupe Wolfsberg, Guidance).

Groupe Wolfsberg, Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking, 2014 (cité : Groupe Wolfsberg, Principles).

Harvard Research on International Law, Jurisdiction with respect to Crime, *in* AJIL Suppl. 1935, p. 437 ss.

Initiative multinationales responsables, Dépôt de l'initiative pour des multinationales responsables, Dossier de presse, 10 octobre 2016 (cité : Initiative multinationales responsables, Dossier de presse).

MACAULEY RODERICK, Combattre la corruption – Incriminations – Synthèse thématique du Troisième Cycle d'Évaluation du GRECO, publié par le GRECO.

Message du Conseil fédéral du 8 mars 1976 à 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 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 relatif à la modification du CP).

Message du Conseil fédéral du 26 juin 2002 relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales, FF 2002 5014 (cité : Message relatif à la répression du financement du terrorisme).

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

(cité : Message du Conseil fédéral relative à la Convention pénale sur la corruption).

Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) FF 2008 1407 (cité : Message concernant la révision du CO).

Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2012 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire (Allongement des délais de prescription), FF 2012 8533 (Message relatif à l'allongement des délais de prescription).

Message du Conseil fédéral du 30 avril 2014 concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption), FF 2014 3433 (cité : Message Corruption).

Message du Conseil fédéral du 20 juin 2014 relatif à la loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525 (cité : Message Casier judiciaire).

Ministère public de la Confédération, Communiqué de presse, Clôture de la procédure pénale à l'encontre de sociétés Alstom, 22 novembre 2011, disponible sous :

<https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-42300.html> (05.11.2016) (cité : MPC, Communiqué Alstom).

Ministère public de la Confédération, Communiqué de presse, Caisses noires : clôture de la procédure suisse dans l'affaire Siemens, 12 novembre 2013, disponible sous :

<https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-50914.html> (05.11.2016) (cité : MPC, Communiqué Siemens).

Ministère public de la Confédération, Communiqué de presse, La Suisse indemnise les lésés dans l'affaire Allen Stanford, 10 mars 2014, disponible sous : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-52261.html> (21.02.2017) (cité : MPC, Communiqué Stanford).

Ministère public de la Confédération, Communiqué de presse, Complexe d'affaires Petrobras - Odebrecht : Le Ministère public de la Confédération condamne des entreprises brésiliennes et exige le paiement de plus de CHF 200 millions, 21 décembre 2016, disponible sous : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-65077.html> (17.02.2017) (cité : MPC, Communiqué Petrobras).

Ministère public genevois, Communiqué de presse, Classement de la procédure contre HSBC : la banque accepte de payer 40 millions de francs, 4 juin 2015, disponible sous : <http://ge.ch/justice/classement-de-la-procedure-contre-hsbc-la-banque-accepte-de-payer-40-millions-de-francs> (05.11.2016) (cité : Ministère public genevois, Communiqué HSBC).

Ministry of Justice, Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated to them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010), mars 2011 (cité : Ministry of Justice, Guidance).

OCDE, Afrique du Sud : Phase 2 – Rapport sur l’application de la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation révisée de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, juillet 2010 (cité : OCDE, Rapport sur l’Afrique du Sud, Phase 2, juillet 2010).

OCDE, Annexe I à la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, de novembre 2009 – Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre de certains articles de la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (OCDE, Bonnes pratiques corruption).

OCDE, Bilan à mi-parcours des rapports au titre de la phase 2 – Mise en œuvre de la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, 22 mai 2006 (OCDE, Bilan).

OCDE/OECD, Canada : Follow-up to the Phase 3, Report and Recommendations, May 2013 (cite : OCDE, Canada, Follow-up to the Phase 3, mai 2013).

OCDE, Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, Adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997 (cité : OCDE, Commentaires).

OCDE, Corruption, Glossaire des normes pénales internationales, 2008 (cité : OCDE, Glossaire).

OCDE, Document de consultation – Réexamen des instruments de l’OCDE sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions

commerciales internationales dix ans après leur adoption, janvier 2008 (OCDE, Réexamen dix ans après).

OCDE, Etats-Unis : Phase 2, Rapport de l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, octobre 2002 (cité : OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 2, octobre 2002).

OCDE, Etats-Unis : Phase 2 – Rapport de suivi sur la mise en œuvre des Recommandations au titre de la phase 2 sur l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, juin 2005 (cité : OCDE, Rapport de suivi sur les Etats-Unis, phase 2, juin 2005).

OCDE, France : Phase 2, Rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, janvier 2004 (cité : OCDE, France, phase 2, janvier 2004).

OCDE, France : Rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations, décembre 2014 (cité : OCDE, France, rapport de suivi, phase 3, décembre 2014).

OCDE/OECD, Israel : Phase 2, Report on the Application of the Convention on combating Bribery of foreign public Officials in international Business Transactions and the 1997 Recommendation on combating Bribery in international Business Transactions, décembre 2009 (cité : OCDE, Israel, phase 2, décembre 2009).

OCDE, Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité, février 2010 (cité : OCDE, Guide de bonnes pratiques).

OCDE/OECD, Italy : Follow-up to the Phase 3, Report & Recommendations, May 2014 (cité : OCDE, Follow-up to the Phase 3, Italy, mai 2014).

OCDE/OECD, Japan : Follow-up to the Phase 3, Report & Recommendations, February 2014 (cité : OCDE, Japan, Follow-up to the Phase 3, février 2014).

OCDE/OECD, Phase 2 - Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in the Russian Federation, October 2013 (cité : OCDE, Phase 2, Russian Federation, octobre 2013).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-Bribery Convention in Brazil, October 2014 (cité : OCDE, Phase 3, Brazil, octobre 2014).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-Bribery Convention in Chile, March 2014 (cité : OCDE, Phase 3, Chile, mars 2014).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in Czech Republic, March 2013 (cite : OCDE, Phase 3, Czech Republic, mars 2013).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in Estonia, June 2014 (cite : OCDE, Phase 3, Estonia, juin 2014).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in Ireland, December 2013 (cité : OCDE, Phase 3, Ireland, décembre 2013).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-Bribery Convention in New Zealand, October 2013 (cité : OCDE, Phase 3, New Zealand, octobre 2013).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-Bribery Convention in Slovenia, June 2014 (cité : OCDE, Phase 3, Slovenia, juin 2014).

OCDE/OECD, Phase 3, Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in South Africa, March 2014 (cité : OCDE, Phase 3, South Africa, mars 2014).

OCDE/OECD, Phase 3 - Report on implementing the OECD anti-Bribery Convention in Turkey, October 2014 (cité : OCDE, Phase 3, Turkey, octobre 2014).

OCDE/OECD, Phase 3bis - Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in Greece, March 2015 (cité : OCDE, Phase 3bis, Greece, mars 2015).

OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE, 2015 (cité : OCDE, Principes de gouvernement).

OCDE, Principes directeurs à l'attention des entreprises multinationales, 2011 (cité : OCDE, Principes directeurs).

OCDE, Rapport de la phase 1, Etats-Unis, Examen de l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997, 1999 (cité : OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 1, 1999).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Allemagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, mars 2011 (cité : OCDE, Rapport sur l'Allemagne, phase 3, mars 2011).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Australie de la Convention de l'OCDE contre la corruption, octobre 2012 (OCDE, Rapport sur l'Australie, phase 3, octobre 2012).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Autriche de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, décembre 2012 (cité : OCDE, Rapport sur l'Autriche, phase 3, décembre 2012).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Islande de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, décembre 2010 (cité : OCDE, Rapport sur l'Islande, phase 3, décembre 2010).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Belgique de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2013 (OCDE, Rapport sur la Belgique, phase 3, octobre 2013).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Finlande de la Convention de l'OCDE contre la corruption, octobre 2010 (cité : OCDE, Rapport sur la Finlande, phase 3, octobre 2010).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2012 (cité : OCDE, Rapport sur la France, phase 3, octobre 2012).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Norvège de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, juin 2011 (cité : OCDE, Rapport sur la Norvège, phase 3, juin 2011).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Suisse de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, décembre 2011 (cité : OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 3, décembre 2011).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Danemark de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, mars 2013 (cité : OCDE, Rapport sur le Danemark, phase 3, mars 2013).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Portugal de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, juin 2013 (cité : OCDE, Rapport sur le Portugal, phase 3, juin 2013).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par le Royaume Uni de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, mars 2012 (cité : OCDE, Rapport sur le Royaume-Uni, phase 3, mars 2012).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par les Etats-Unis de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2010 (OCDE, Rapport sur les Etats-Unis, phase 3, octobre 2010).

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par les Pays-Bas de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, décembre 2012 (cité : OCDE, Rapport sur les Pays-Bas, phase 3, décembre 2012).

OCDE, Rapport sur la corruption transnationale – Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, 2014 (cité : OCDE, Rapport corruption transnationale).

OCDE, Review of the OECD anti-bribery instruments: Compilation of responses to consultation paper, 31 mars 2008 (cité : OCDE, Compilation of responses).

OCDE, Royaume-Uni : Phase 1ter, Rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation révisée de 2009 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, décembre 2010 (cité : OCDE, Royaume-Uni, Phase 1ter, décembre 2010).

OCDE/OECD, Russian Federation: Follow-up to the Phase 2, Report & Recommendations, March 2016 (cité : OCDE, Russian Federation, Follow-up to the Phase 2, mars 2016).

OCDE, Suisse : Phase 2 – Rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, décembre 2004 (cité : OCDE, Rapport sur la Suisse, phase 2, décembre 2004).

OCDE, Steps Taken by State Parties to Implement and Enforce the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, as of September 2014 (OCDE, Steps Taken).

Office fédéral de la Justice, Rapport concernant la révision de la Partie générale et du Troisième livre du Code pénal et concernant une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, Etabli sur la base du rapport final de la Commission d'experts, Berne 1993 (cité : OFJ, Rapport concernant la révision du CP).

ONU, 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, 2011 (cité : ONU, Principes directeurs droits de l'homme).

ONUDC/UNODC, Country Review Report United States of America – Review by Sweden and the Former Yugoslav Republic of Macedonia of the implementation by the United States of America of Articles 15-42 of Chapter III. « Criminalization and law enforcement » and Articles 44-50 of Chapter IV. « International Cooperation » of the United Nations Convention against Corruption for the review, Cycle 2010-2015 (cité : ONUDC, Country Review USA).

ONUDC, Etat de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, New York 2015 (cité : ONUDC, Etat de l'application).

ONUDC, Guide pour l'incorporation législative et la mise en œuvre des instruments universels contre le terrorisme, New-York 2006 (cité : ONUDC, Guide pour l'incorporation législative terrorisme).

ONUDC, Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 2^{ème} éd. révisée, New York 2012 (cité : ONUDC, Guide législatif corruption).

ONUDC, Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, New York 2012 (cité : ONUDC, Travaux préparatoires).

ONUDC, Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption, New York 2010 (ONUDC, Guide technique corruption).

ONUDC/UNODC/Fonds monétaire international/International Monetary Fund, Model legislation on money laundering and financing of terrorism, 1 December 2005 (cité : UNODC/International Monetary Fund).

SECO, Prévenir la corruption – Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger, 2^{ème} éd. révisée, 2008.

SCHULTZ HANS, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches « Einführung und Anwendung des Gesetzes » des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Berne (Stämpfli) 1987 (cité : SCHULTZ, Bericht).

Secrétaire général des Nations Unies, Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, New York 1975 (cité : Commentaires Convention stupéfiants).

Transparency International, Business Principles for Countering Bribery, 2013 (cité : Transparency International, Business Principles).

Transparency International, Principes de conduite des affaires pour contrer la corruption – Edition pour petites et moyennes entreprises (PME) 2008 (cité : Transparency International, PME).

World Economic Forum, Partnering Against Corruption Initiative – Global Principles for Countering Corruption, 2014 (cité : WEF, Global Principles).

ZERK JENNIFER, Extraterritorial Jurisdiction : Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas, A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG'S Special Representative on Business and Human Rights, June 2010, disponible sous https://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf.

Derniers ouvrages parus



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Collection générale

Avramov, Philippe 2017

L'omission fautive : la violation d'un
devoir juridique ou moral
Une analyse historique et dogmatique

Villard, Katia 2017

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

Magistro, Francesca 2017

Le droit à un environnement sain revisité
Étude de droit suisse, international et
comparé

Jubin, Oriana 2017

Les effets de l'union libre
Comparaison des différents modes de
conjugalités et propositions normatives

Neri-Castracane, Giulia 2016

Les règles de gouvernance d'entreprise
comme moyen de promotion de la
responsabilité sociale de l'entreprise –
Réflexions sur le droit suisse dans une
perspective internationale

Hohl-Chirazi, Catherine 2016

La privation de liberté en procédure
pénale suisse : but et limites

Dan, Adrian 2015

Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Mirfakhraei, Kaveh 2014

Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013

Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012

Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012

L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011

L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011

Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010

Le transfert de technologie en droit
communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010

L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010

Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations
suisse

Droit civil

*Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure (Foëx, Bénédicte / (éds)* 2017

Le droit en question
Mélanges en l'honneur de la Professeure
Margareta Baddeley

Geissbühler, Grégoire 2016

Le recouvrement privé de créances
Aspects contractuels et protection du
débiteur

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte /
Leuba, Audrey / Papaux van Delden,
Marie-Laure (éds)* 2014

Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manai

Marchand, Sylvain 2012

Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédicte /
Leuba, Audrey / Papaux Van Delden,
Marie-Laure (éds)* 2012

Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éds)* 2009

La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Recueils de textes

*Wyler, Rémy / Meier, Anne /
Marchand, Sylvain (éds)* 2015

Regards croisés en droit du travail : Liber
Amicorum pour Gabriel Aubert

*Bellanger, François /
de Werra, Jacques (éds)* 2012

Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011
 Albert Cohen
 L'écrivain au service de l'Etat de droit
 Actes du colloque organisé le 18 février
 2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
 tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
 Emouvoir et persuader pour
 promouvoir le don d'organes ?
 L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry /
 Bovet, Christian (éds)* 2009
 Economie Environnement Ethique
 De la responsabilité sociale et sociétale.
 Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit et histoire

Mettral Dubois, Véronique 2015
 L'œuvre politique de James Fazy
 (1794-1878) et son apport à l'avènement
 des droits fondamentaux à Genève
 Sources doctrinales et contexte historique

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
 Monnier, Victor (éds)* 2013
 Rousseau, le droit et l'histoire
 des institutions
 Actes du colloque international pour
 le tricentenaire de la naissance de
 Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
 organisé à Genève, les 12, 13 et
 14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éds) 2011
 La Savoie, ses relations avec
 Genève et la Suisse
 Actes des journées d'étude à l'occasion
 du 150^e anniversaire de l'Annexion
 de la Savoie à la France organisées à
 Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
 Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
 Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
 James Fazy
 De l'intelligence collective des sociétés
 Cours de législation constitutionnelle

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel (éds) 2016
 La propriété immobilière face aux
 défis énergétiques
 Du statut juridique de l'énergie au
 contrôle des loyers

Foëx, Bénédicte (éd.) 2016
 La propriété par étages aujourd'hui
 Une alerte cinquantenaire

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
 Planification territoriale
 Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
 Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
 La réforme des droits réels immobiliers
 Les modifications du Code civil entrées
 en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
 Droit de superficie et leasing
 immobilier
 Deux alternatives au transfert
 de propriété

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel 2009
 La garantie de la propriété à l'aube
 du XXI^e siècle
 Expropriation, responsabilité
 de l'Etat, gestion des grands projets
 et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2015
Responsabilité civile – Responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2013
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2011
La preuve en droit de la responsabilité civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédicte (éds) 2009
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Droit international

Sangbana, Komlan 2017
La protection des eaux douces transfrontières contre la pollution : dimensions normatives et institutionnelles

Marquis, Julien 2017
La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme

Riondel, Ghislaine 2016
La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen – Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise

Rodriguez Ellwanger, Maria 2016
Les instruments juridiques de la planification territoriale transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois

Herren, Pascal 2016
L'intervention internationale au nom des droits de l'homme – L'autorité de l'approche finaliste

Christófolo, João Ernesto 2016
Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law

Carron, Djemila 2016
L'acte déclencheur d'un conflit armé international

Sossou Biadja, Cassius Jean 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé

McGregor, Eleanor 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement

Reymond, Michel 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet

de María Palaco Caballero, Flor 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu

Romano, Gian Paolo 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

Granges, Mathieu 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international

Grignon, Julia 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak, Begüm 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Johannot-Gradis, Christiane 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

Chatton, Gregor T. 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria 2013
La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

