



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit pénal

**Rapport du Conseil fédéral
sur les recommandations 4, 6 et 12
du Groupe d'Etats du Conseil de
l'Europe
contre la Corruption
(GRECO)**

I. Contexte et mandat

Suite à l'entrée en vigueur de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, le 1^{er} juillet 2006, la Suisse est devenue membre du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO). Cette institution du Conseil de l'Europe a pour mission de soutenir et d'encourager la lutte contre la corruption de ses membres par le biais d'un processus d'évaluation mutuelle des Etats. Ces évaluations portent sur la mise en œuvre des normes et instruments définis par le Conseil de l'Europe en la matière.

Nouveau membre du GRECO, la Suisse a été soumise en 2007/2008 à une évaluation, dans le cadre des premier et deuxième cycles d'évaluation conjoints. Le GRECO a adopté le rapport d'évaluation sur la Suisse le 4 avril 2008 et l'a publié le 2 juin 2008¹. Ce rapport reconnaît que depuis l'an 2000 la Suisse a fait d'importants efforts afin de prévenir et de réprimer la corruption. Il met toutefois aussi en évidence des améliorations qui doivent être apportées dans certains domaines et suggère à la Suisse de continuer à développer son dispositif de lutte contre la corruption. A cet effet, le GRECO a adressé à la Suisse 13 recommandations en l'invitant à lui présenter d'ici à fin octobre 2009 un rapport sur leur mise en œuvre.

Sur la base d'une note de discussion établie par le DFJP, le Conseil fédéral a arrêté, le 3 septembre 2008, plusieurs mesures visant à mettre en œuvre les recommandations émises par le GRECO dans son rapport d'évaluation. Il a notamment chargé le DFJP de lui soumettre d'ici à juin 2009 un rapport sur la mise en œuvre des recommandations 4, 6 et 12 (concernant l'introduction de sanctions supplémentaires contre les personnes morales et l'instauration d'un casier judiciaire pour les entreprises qui sont l'objet d'une condamnation pénale).

II. Extension des techniques spéciales d'enquête à tous les cas graves de corruption (recommandation 4 du GRECO)

1. Teneur de la recommandation

La recommandation 4 du GRECO a la teneur suivante: « **Etendre le champ d'application des techniques spéciales d'enquête à tous les cas graves de corruption, avec les garanties relatives aux droits fondamentaux qui s'imposent.** »

Cette recommandation est motivée par la constatation que ni la surveillance des télécommunications ni l'investigation secrète ne peuvent être pratiquées en cas de corruption privée, à la différence de ce qui vaut en cas de corruption active et passive d'agents publics, au sens des art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP². Dans le rapport, l'équipe d'évaluation estime que l'impossibilité de recourir à ces techniques spéciales d'enquête dans les cas de corruption privée peut, selon les circonstances, constituer un obstacle à la poursuite des auteurs de telles infractions alors que le recours à ces

¹ Le rapport en français peut être téléchargé sur internet:

http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/kriminalitaet/korruption_greco.html

² Voir art. 3 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1) et art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (LFIS, RS 312.8).

moyens d'enquête, s'il était rendu possible, faciliterait la poursuite des cas graves de corruption dans le secteur privé³.

2. Régime juridique actuel

Selon le régime juridique actuel, la procédure pénale relève principalement de la compétence cantonale. Les techniques d'enquête sont en principe applicables pour l'ensemble des infractions de corruption, y compris la corruption privée. On peut mentionner notamment l'observation, le blocage et la surveillance de comptes bancaires, la perquisition et la saisie, y compris de données informatiques.

Par contre, les techniques d'investigation secrète et de surveillance des télécommunications sont régies par deux lois spécifiques: d'une part, la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète⁴ et, d'autre part, la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication⁵. Celles-ci restreignent l'utilisation de ces techniques à un certain nombre d'infractions spécifiques. A la différence de la corruption d'agent public au sens des art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP où les techniques d'investigation secrète et de surveillance des télécommunications sont possibles, la corruption privée n'est comprise dans aucun des deux catalogues d'infractions (voir l'art. 3 al. 2 LSCPT et l'art. 4 al. 2 LFIS).

Ces dispositions de la LSCPT et de la LFIS seront remplacées par le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP), qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Celui-ci prévoit lui aussi un catalogue des infractions justifiant des mesures d'investigation secrète ou de surveillance des télécommunications, sans que la corruption privée au sens des articles 4a et 23 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986⁶ n'y soit introduite.

Toutefois, le catalogue des infractions permettant la surveillance des télécommunications comprend nouvellement la gestion déloyale qualifiée qui permet de couvrir également certains cas graves de corruption privée (voir ci-dessous, point 4).

3. Exigences de la Convention

Dans la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, les exigences en matière de moyens d'investigation sont régies par l'art. 23 de la Convention. Celui-ci exige que "chaque Partie adopte les mesures législatives et autres, y compris celles permettant l'utilisation de techniques d'investigation spéciales conformément à la législation nationale, qui se révèlent nécessaires pour faciliter la collecte de preuves". Le paragraphe 114 du rapport explicatif à la Convention souligne que "... la plupart de ces techniques empiètent considérablement sur la vie privée et risquent de faire naître des difficultés d'ordre constitutionnel quant à leur compatibilité avec

³ § 69 du rapport (note 1).

⁴ LFIS, RS 312.8.

⁵ LSCPT, RS 780.1.

⁶ LCD, RS 241.

les libertés et droits fondamentaux. C'est pourquoi les parties sont libres d'interdire dans leur droit interne, le recours à certaines de ces techniques"⁷.

Si les parties peuvent complètement renoncer à introduire ces mesures, il faut en déduire qu'elles ont aussi la possibilité d'en réserver l'usage aux crimes les plus graves.

Dès lors, la Suisse remplit, à strictement parler, ses obligations juridiques découlant du droit international. Néanmoins, le GRECO, en tant qu'organisme d'évaluation mutuelle, recommande à la Suisse d'aller au-delà de ses obligations juridiques internationales. Il s'agit dès lors d'examiner la possibilité pour la Suisse de mettre en œuvre cette recommandation et d'étendre l'utilisation des techniques d'investigation secrète et de surveillance des télécommunications aux cas de corruption privée.

4. Extension de l'investigation secrète et de la surveillance des télécommunications à la corruption privée ?

Le 5 octobre 2007 (soit après la visite du GRECO), le Parlement a approuvé le futur Code de procédure pénale unifié, qui intègre, à son article 269, al. 2, let. a, les cas graves de gestion déloyale dans le catalogue d'infractions justifiant une mesure de surveillance des télécommunications, contrairement à la règle actuelle de la LSCPT, dont le catalogue des infractions n'inclut pas encore cette disposition.

L'entrée en vigueur, prévue au 1^{er} janvier 2011, de ce nouveau code de procédure pénale permettra aux autorités de recourir à la surveillance des télécommunications lorsqu'un cas de corruption privée implique également un aspect de gestion déloyale⁸. Cela couvre donc généralement aussi certains cas graves de corruption privée, à savoir lorsque l'auteur, agissant dans un dessein d'enrichissement illégitime, a porté atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui, en violation de ses devoirs de gestion ou en abusant d'un pouvoir de représentation.

Pour mettre en œuvre de manière plus complète la recommandation du GRECO, on pourrait également envisager d'introduire l'article 4a LCD dans les deux catalogues des infractions qui permettent des mesures d'investigation secrète et de surveillance des télécommunications. Une telle solution doit toutefois être rejetée, en raison des considérations suivantes:

- le principe de proportionnalité exige que l'atteinte reste dans une mesure raisonnable avec la gravité des infractions à poursuivre. Or, la corruption privée n'est qu'un délit poursuivi sur plainte en vertu des articles 4a et 23 LCD. L'instauration de telles mesures pour tous les cas de corruption privée apparaîtrait comme excessif.
- De plus, cela serait contraire à la systématique du droit pénal suisse dans ce domaine. En effet, aucun délit sur plainte absolu (qui ne comprend aucune possibilité de poursuite d'office) n'est compris dans ces deux catalogues.

⁷ Le rapport explicatif peut être téléchargé sur internet:
<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>

⁸ La mention de l'art. 158 ch. 3 dans la liste va être remplacée par la mention de l'art. 158 ch. 2, qui correspond davantage à la systématique et à l'intention du législateur, tel est du moins ce qui est prévu dans le cadre des délibérations parlementaires sur le projet de loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP).

- Comme nous l'avons déjà mentionné, l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale unifié permettra déjà d'utiliser la surveillance des télécommunications dans certains cas graves de corruption privée.

Une extension supplémentaire du champ d'application de ces mesures en matière de corruption privée – pour autant qu'une telle extension soit désirable – serait plus opportunément mise en œuvre par l'instauration d'une version aggravée de la corruption privée (voir ci-dessous, point V.).

III. Extension de l'infraction de blanchiment d'argent aux cas graves de corruption dans le secteur privé (recommandation 6 du GRECO)

1. Teneur de la recommandation

La recommandation 6 du GRECO a la teneur suivante: «**Examiner l'opportunité d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé.**»

A la différence de la recommandation 4, elle est libellée sous la forme d'une simple obligation d'examen. Le rapport d'évaluation reconnaît qu'en matière de répression du blanchiment, le régime juridique suisse répond aux exigences fixées à l'art. 13 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption⁹. Néanmoins, il estime que l'importance de la place financière suisse au niveau international et surtout l'ampleur que connaîtrait la corruption privée selon différentes sources justifieraient que la corruption dans le secteur privé soit érigée en crime dans les cas graves et puisse donc constituer une infraction sous-jacente au blanchiment¹⁰.

2. Droit actuel

Depuis le 1er août 1990, l'art. 305^{bis} du code pénal réprime le blanchiment d'argent, autrement dit l'acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. Aux termes de l'art. 305^{bis} ch. 3, l'auteur est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et qu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise. Au regard des dispositions du droit suisse tous les crimes peuvent donc être des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent¹¹.

Le droit pénal suisse érige en crimes la corruption active et passive d'agents publics suisses et étrangers (art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP), ces infractions constituent donc des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent. En revanche, la corruption privée au sens des art. 4a et 23 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) de même que l'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} CP) et l'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexties} CP) sont de simples délits et ne peuvent donc pas constituer des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent. Cependant, les actes qui por-

⁹ RS 0.311.55.

¹⁰ § 104 du rapport (n. 1).

¹¹ Aux termes de l'art. 10, al. 2, CP, sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. Le code pénal et le droit pénal accessoire sanctionnent quelque nonante crimes.

tent atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui et qui réunissent les éléments constitutifs de la corruption privée au sens de l'art. 4a al. 1 LCD tombent également sous le coup de l'art. 158 ch. 1 par. 3 ou de l'art. 158 ch. 2 CP, lorsque l'auteur agissant dans le dessein de se procurer un enrichissement illégitime, a violé son devoir de gestion ou a abusé du pouvoir de représentation qui lui a été conféré. Ces formes de gestion déloyale qualifiée, érigées en crimes, constituent donc des actes sous-jacents au blanchiment d'argent.

3. Compatibilité avec les normes internationales

L'art. 13 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption oblige les Etats parties à réprimer le blanchiment d'argent conformément à l'art. 6 de la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment des produits du crime¹², lorsque l'infraction sous-jacente constitue une infraction en vertu des art. 2 à 12 de la Convention pénale, dans la mesure où l'Etat partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration à cet égard. La Convention pénale pose donc le principe selon lequel les Etats parties doivent traiter les différents actes de corruption au sens des art. 2 à 12 comme des infractions sous-jacentes, dans leur législation sur le blanchiment d'argent. Ils ne sont toutefois pas tenus de le faire s'ils ne considèrent pas ces infractions comme des infractions graves au regard de cette législation. Le fait que la convention renvoie à la législation interne en matière de blanchiment d'argent a donc pour incidence que les Etats ont toute latitude pour déterminer les actes de corruption qu'ils entendent ériger en infraction sous-jacente. Ainsi donc, le droit suisse satisfait parfaitement aux exigences posées par l'art. 13 de la Convention pénale, ainsi que le relève d'ailleurs le rapport d'évaluation sur la Suisse, établi par le GRECO¹³.

Le régime des infractions sous-jacentes de corruption satisfait également à toutes les autres exigences posées au niveau international, en particulier à la recommandation 1 du Groupe d'Action Financière (GAFI) qui demande aux Etats d'ériger toutes les infractions graves en infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent. Il est loisible aux Etats de définir les infractions graves au moyen d'une liste, par rapport à la peine encourue ou en fonction de la catégorie d'infractions (crimes au sens du Code pénal suisse). En tout état de cause, le droit interne doit reprendre les 20 catégories d'infractions sous-jacentes dont la liste est annexée aux 40 recommandations et qui comprend également la corruption. Les Etats sont cependant libres de définir dans chaque catégorie ce qui, à leurs yeux, constitue des infractions graves. Le GAFI ne prescrit pas d'établir des normes réprimant spécifiquement la corruption privée. Le rapport d'évaluation détaillé de la Suisse qu'il a établi en octobre 2005 ne constate aucune lacune juridique s'agissant des actes de corruption sous-jacents au blanchiment¹⁴.

¹² RS 0.311.53

¹³ Loc. cit. (n. 1), § 104.

¹⁴ On peut consulter ce rapport à l'adresse www.fatf-gafi.org.

4. Faut-il ériger la corruption privée au sens de l'art. 4a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale en infraction sous-jacente au blanchiment d'argent ?

La systématique adoptée à l'art. 305^{bis} CP selon laquelle tous les crimes constituent des infractions susceptibles d'être sous-jacentes au blanchiment d'argent, a donné satisfaction. Il n'y a donc aucune raison d'intégrer dans cet article certains délits spécifiques. Pour définir quelles valeurs patrimoniales doivent être assujetties aux mesures de lutte contre le blanchiment, il y a lieu de prendre en compte la gravité de l'infraction, seul critère déterminant. En 2006, le législateur a érigé la corruption privée au sens des art. 4a et 23 LCD en délit poursuivi sur plainte car, d'une manière générale, ce type de corruption présente un degré d'illicéité moindre que le crime de corruption d'agents publics.

Dans son rapport d'évaluation, le GRECO motive essentiellement sa recommandation par l'ampleur que connaîtrait la corruption privée en Suisse selon différentes sources¹⁵. Toutefois, il ne s'agit que d'une affirmation dont la véracité n'est pas étayée par les chiffres de la statistique. De surcroît, la fréquence à laquelle une infraction est commise n'est pas un critère pertinent pour ériger celle-ci en infraction sous-jacente au blanchiment d'argent, le seul critère déterminant en l'occurrence étant la gravité de l'acte.

Il n'est dès lors pas indiqué que la Suisse prenne l'initiative d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé au sens des art. 4a et 23 LCD. Cela se justifie d'autant moins que les cas graves de corruption privée qui constituent simultanément des formes de gestion déloyale qualifiée au sens de l'art. 158 CP, sont, d'ores et déjà, considérés comme des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent. Une éventuelle inclusion d'autres cas graves de corruption privée dans la liste des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent exigerait bien plutôt une révision des dispositions pénales concernant la corruption privée (voir ch. V, ci-après).

IV. Introduction de sanctions complémentaires et d'un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées (recommandation 12 du GRECO).

A. Teneur de la recommandation

La recommandation 12 du GRECO a la teneur suivante: **«Envisager l'introduction de sanctions complémentaires – comme, par exemple, l'exclusion des marchés publics – et examiner la possibilité de mettre en place un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées.»**¹⁶

Cette recommandation ne contient elle aussi qu'une simple obligation d'examen. Elle relève de la pratique courante du GRECO, du moins en ce qui concerne l'instauration d'un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées.

¹⁵ Loc. cit. (n. 1) § 104.

¹⁶ Dans sa recommandation 12, le GRECO préconise également que l'on prévienne des sessions de sensibilisation des magistrats à la notion de responsabilité pénale des personnes morales. Cette partie qui s'adresse aux autorités de la justice pénale n'est pas traitée dans le présent rapport.

Nous examinerons en premier lieu le volet des sanctions complémentaires contre les personnes morales (B.), puis la question du casier judiciaire pour les personnes morales (C.).

B. Introduction de sanctions complémentaires contre les personnes morales

Le GRECO recommande d'envisager l'introduction de sanctions complémentaires – comme l'exclusion des marchés publics – à l'encontre des personnes morales reconnues coupables de corruption.

1. Régime légal actuel

La punissabilité des personnes morales est régie par l'art. 102 CP. Celui-ci prévoit des amendes jusqu'à 5 millions de francs suisses. Pour fixer le montant de la peine, le juge doit tenir compte de la gravité de l'infraction, du manque d'organisation imputable à l'entreprise, du dommage causé et de la capacité économique de l'entreprise. En vertu de l'article 68 CP, le juge peut par ailleurs ordonner la publication du jugement. De plus, des mesures de confiscation sont aussi possibles envers les personnes morales.

Les personnes morales peuvent également se voir infliger des sanctions civiles ou administratives. Le juge civil peut prononcer la dissolution de la société, notamment lorsque son but est illicite ou contraire aux mœurs. Lorsque les personnes morales sont soumises à une surveillance de droit public, leurs autorisations d'exercer peuvent leur être retirées dans le cadre d'une procédure administrative, par exemple par l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)¹⁷.

2. Compatibilité avec les normes internationales

En vertu de l'article 19 al. 2 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, les sanctions contre les personnes morales doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives et inclure des sanctions pécuniaires. Ces dernières constituent ainsi la seule forme absolument exigée par la Convention.

D'autres conventions internationales en matière pénale exigent également la responsabilité (pénale, civile ou administrative) des personnes morales et l'instauration de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives à leur égard, en précisant que les sanctions prévues doivent au moins comprendre des sanctions pécuniaires, sans qu'une autre forme soit absolument exigée. Il en va ainsi par exemple de:

- la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (article 10)¹⁸,
- la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 (article 26)¹⁹.

¹⁷ Voir l'art. 37 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1).

¹⁸ RS 0.311.54

Selon l'article 3 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997²⁰, la responsabilité des personnes morales ne doit pas nécessairement être de nature pénale, mais des sanctions pécuniaires doivent au moins être prévues, s'il n'existe pas de régime pénal à proprement parler. Les éventuelles sanctions pénales à l'égard des personnes morales doivent par ailleurs être efficaces, proportionnées et dissuasives, sans que la Convention ne fournisse davantage de précision.

Quant à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999²¹, elle exige également, à son article 5, que les personnes morales soient passibles de sanctions, mais celles-ci, tout en devant être efficaces, proportionnées et dissuasives, peuvent être pénales, civiles ou administratives, sans qu'un type précis de sanctions soit absolument nécessaire.

Il en ressort que la Suisse remplit ainsi ses obligations de droit international concernant les sanctions applicables aux personnes morales. Néanmoins, le GRECO recommande à la Suisse d'examiner, au-delà de ces exigences, l'opportunité d'étendre le catalogue des sanctions dont sont passibles les personnes morales, notamment en prévoyant la possibilité de l'exclusion des marchés publics.

3. Extension des sanctions, en particulier exclusion des marchés publics ?

La responsabilité pénale de l'entreprise, et les sanctions pécuniaires y relatives, ont été instaurées au 1^{er} octobre 2003. Un premier avant-projet a été élaboré en 1991²²; outre une sanction financière, il prévoyait des sanctions telles que l'interdiction d'une activité spécifique, la dissolution de l'entreprise ou son placement sous surveillance. Cette première variante a toutefois reçu un accueil particulièrement critique lors de la procédure de consultation, pour des raisons diverses, mais notamment aussi parce que les sanctions étaient considérées comme trop draconiennes²³.

Acceptant la nécessité d'approfondir le projet, le Conseil fédéral a repoussé l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise pour permettre son réexamen dans le cadre de la révision globale de la partie générale du Code pénal. On a alors introduit, en guise de sanctions à l'égard de l'entreprise, le seul mécanisme de l'amende, car les autres types de sanctions étaient considérés comme trop étrangers

¹⁹ Cette convention a été approuvée par le Parlement le 20 mars 2009. Le délai référendaire court jusqu'au 9 juillet 2009 (FF 2009 1827).

²⁰ RS 0.311.21

²¹ RS 0.353.22

²² 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, Avant-projet et Rapport explicatif du DFJP, mars 1991.

²³ Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier) du 30 juin 1993 (FF 1993 III 269), p. 285 et Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998 (FF 1999 1787), p. 1944.

au système pénal et obligeant le juge pénal à prendre des décisions de nature économique ou relevant de la gestion d'entreprise²⁴.

Il en ressort que des sanctions pénales complémentaires, en plus des sanctions pécuniaires, ne sont pas considérées comme convaincantes et nécessaires dans le système de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse. Celui-ci répond d'ailleurs, en l'état, aux obligations internationales de la Suisse. Il est vrai qu'il n'existe que peu de cas de condamnations d'entreprises, cela ne tient néanmoins pas à la nature des sanctions à disposition, mais davantage à la difficulté d'instruire de telles causes. De plus, on n'a pas constaté, jusqu'à maintenant, que les amendes seraient par essence insuffisantes pour sanctionner de manière appropriée les personnes morales. Un amendement du régime général des sanctions pénales contre les entreprises mis en place à l'article 102 CP ne s'impose donc pas.

Par contre, en ce qui concerne la question spécifique de l'exclusion des marchés publics pour les entreprises visées par une condamnation pénale, une alternative est développée à l'heure actuelle, dans le cadre de la révision du droit des marchés publics. En effet, la sanction de l'exclusion des marchés publics est probablement plus efficace et plus opportune si elle s'inscrit dans le droit des marchés publics, plutôt que dans le cadre pénal. L'autorité d'adjudication des marchés, davantage qu'un tribunal pénal, est en effet plus à même de déterminer l'opportunité d'exclure une entreprise du marché public. De plus, elle peut appliquer des critères qui relèvent non du droit pénal, mais du droit des marchés publics.

Ainsi l'art. 26 de l'avant-projet de loi fédérale sur les marchés publics, du 30 mai 2008, prévoit l'exclusion des marchés publics pour les entreprises coupables de corruption, pendant une durée de trois ans, à moins que le soumissionnaire démontre "que la situation est à nouveau conforme au droit et qu'il a pris entre-temps toutes les mesures nécessaires et qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter à l'avenir une telle infraction."²⁵

²⁴ Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998 (FF 1999 1787), p. 1950.

²⁵ Art. 26 Exclusion en cas de jugement passé en force

1 L'adjudicateur exclut d'une passation de marché le soumissionnaire lorsqu'il a connaissance que celui-ci a fait l'objet d'un jugement passé en force en relation avec son activité commerciale pendant la passation du marché ou les trois ans qui ont précédé le début de celle-ci, pour une des infractions mentionnées ci-après, à moins que le soumissionnaire puisse démontrer que la situation est à nouveau conforme au droit et qu'il a pris entre-temps toutes les mesures nécessaires et qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter à l'avenir une telle infraction:

a. violation grave des exigences prévues à l'art. 25, al. 1;

b. corruption;

c. accord qui supprime une concurrence efficace ou affecte la concurrence de manière notable ou abus de position dominante.

2 L'exclusion au sens de l'art. 13 de la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir est prise en compte dans tous les cas.

Art. 27 Motifs d'exclusion relevant du droit des marchés publics

L'adjudicateur exclut le soumissionnaire d'une passation de marché dans un des cas suivants:

a. le soumissionnaire a présenté sa demande de participation ou son offre trop tard ou de manière incomplète sur des points essentiels;

b. le soumissionnaire ne remplit pas ou plus les exigences impératives relatives à la prestation (art. 21, al. 3) ou à sa qualification (art. 31);

c. le soumissionnaire a manifestement influencé l'adjudication par la corruption;

De plus, l'Office fédéral des constructions et de la logistique, en tant que service central d'achat pour toute l'administration civile, envisage d'introduire un système de déclaration d'intégrité, qui serait exigée de la part de tous ses soumissionnaires et dont la violation serait passible de peines conventionnelles ou de l'exclusion du marché public.

C. Instauration d'un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées

1. Contexte

Le GRECO recommande, en outre, à la Suisse d'envisager la possibilité de mettre en place un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées.

Cette recommandation est motivée par le fait qu'à l'heure actuelle, les sanctions pénales infligées en Suisse aux entreprises conformément à l'art. 102 CP ou à l'art 59a CPM ne peuvent être inscrites au casier judiciaire. En effet, les dispositions légales pertinentes (art. 365 à 371 CP et ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire, RS 331) ne sont applicables qu'aux personnes physiques.

D'un point de vue juridique, il ne serait guère admissible que l'on se borne à appliquer par analogie aux personnes morales les dispositions qui régissent actuellement le casier judiciaire puisqu'une base légale spécifique fait défaut et qu'au surplus un tel procédé n'est pas sans susciter des réserves sous l'angle de la protection des données. De plus, d'un point de vue pratique, VOSTRA, la banque électronique de données qui sert à la tenue du casier judiciaire, ne permet pas un traitement rationnel des données des entreprises condamnées. Aussi l'enregistrement centralisé des entreprises qui subissent des condamnations exige-t-il un réaménagement complet tant du cadre normatif que de la structure et du mode de fonctionnement de VOSTRA.

Dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011 (FF 2008 639ss, 709), le Conseil fédéral a annoncé qu'il soumettrait les dispositions du Code pénal concernant le casier judiciaire (art. 365ss CP) à une révision totale. En effet, ces dernières années, la pratique en matière de casier judiciaire a mis en évidence que les bases légales matérielles dans ce domaine présentaient un certain nombre de lacunes et devaient également être amendées sous l'angle de la protection des données. La création d'une base légale permettant l'enregistrement des entreprises sanctionnées pénalement dans un casier judiciaire spécifique, sera également incluse dans le projet de révision.

Début 2009, le DFJP a entamé les travaux nécessaires à cette révision totale. En janvier 2009, le Conseil fédéral, afin d'obtenir une vue d'ensemble aussi complète que possible des domaines dans lesquels le droit régissant le casier judiciaire mérite d'être modifié, a profité de l'ouverture d'une consultation sur l'avant-projet du 14 janvier 2009 concernant la nouvelle réglementation des droits d'accès en ligne aux données du casier judiciaire (pour les autorités chargées des naturalisations au niveau cantonal, pour l'Office fédéral de la police et le Service d'analyse et de prévention), pour adresser aux participants un questionnaire leur demandant explicitement de

d. un membre du jury aurait dû se récuser en raison de la participation du soumissionnaire à un concours.

s'exprimer sur l'utilité, voire la nécessité, d'enregistrer dans VOSTRA les jugements pénaux prononcés à l'encontre des entreprises. Un premier dépouillement des réponses a fait ressortir qu'aucun participant à la consultation y était, sur le principe, opposé.

2. La problématique

L'inscription au casier judiciaire des entreprises condamnées soulève des questions totalement nouvelles et exige la mise en place de mécanismes d'administration des jugements et d'accès aux données qui sont fondamentalement différents de ceux qui sont en usage dans le cas des personnes physiques. Il s'agit d'une tâche ardue et la nouvelle législation doit notamment régler les points suivants:

- Sous quels signes distinctifs une entreprise condamnée doit-elle être inscrite au casier judiciaire pour que l'on puisse l'identifier à coup sûr? Il est beaucoup plus difficile de répondre à cette question que dans le cas des personnes physiques. En effet, les entreprises peuvent changer beaucoup plus facilement d'identité. Les personnes physiques ne connaissent ni la dissolution ni la réouverture sous un autre nom. Par ailleurs les modifications de la raison sociale (entreprises) et du nom (personnes physiques) sont soumises à des conditions totalement différentes. Aussi l'inscription d'une entreprise ne pourra-t-elle être durable que si le préposé au casier judiciaire est en mesure de suivre les changements d'identité de l'entreprise. Ce n'est qu'à cette condition qu'il sera possible de retrouver, lors d'une consultation ultérieure du casier judiciaire, l'entreprise qui a été inscrite une première fois. C'est dire que la tenue à jour et l'actualisation des données initiales d'une entreprise occasionneront probablement un volume de travail non négligeable.
- L'utilité d'une inscription au casier judiciaire dépend dans une mesure décisive de la réponse à la question suivante: quand convient-il d'imputer une condamnation pénale à une entreprise? Faut-il déjà le faire lorsque l'entreprise subsiste en tant qu'« entité économique »? Ou bien la disparition de la personnalité juridique doit-elle entraîner automatiquement la fin de l'inscription de la condamnation pénale – même lorsque l'entreprise n'a fait qu'opter pour une autre forme juridique (ce qui peut aller de pair avec un changement d'identité)? Comment l'imputation doit-elle avoir lieu en cas de fusion d'entreprises? Que doit-il advenir de l'inscription de la condamnation pénale lorsque les différentes composantes de l'entreprise se séparent? Au titre d'un « examen de moralité », il serait certes plus révélateur de prendre comme référence « l'identité économique » de l'entreprise; toutefois, dans ces conditions on peut douter que la tenue du casier judiciaire soit praticable.
- En outre, il convient d'analyser de manière plus fouillée si le fait de reprendre le numéro que portent les entreprises dans le registre du commerce ou dans le registre central des raisons de commerce Zefix (www.zefix.ch) ne pourrait pas contribuer à garantir une actualisation fiable des données figurant au casier judiciaire, cela quand bien même aujourd'hui certaines entreprises qui sont soumises aux normes pénales sur la punissabilité des personnes morales ne sont pas inscrites dans ces registres. De surcroît, il convient d'examiner s'il est possible d'astreindre les seules entreprises inscrites au casier judiciaire à annoncer les

modifications qu'elles subissent ou si l'on ne devrait pas envisager d'instaurer pour ces entreprises l'obligation de se faire inscrire au registre du commerce.

- Il y a également lieu de déterminer quels jugements devraient figurer dans un casier judiciaire spécifique aux entreprises (seulement ceux qui sont rendus en application de l'art. 102 CP ou de l'art. 59a CPM, ou aussi les condamnations au sens de l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif ou encore celles qui sont prononcées pour infraction aux dispositions du droit pénal accessoire et qu'en est-il des jugements rendus par des autorités judiciaires suisses à l'encontre d'entreprises étrangères ?).
- Il convient aussi de définir qui doit avoir accès aux données enregistrées et à quelles conditions, ou, en d'autres termes, quelles autorités doivent être autorisées à consulter les données et à quelles conditions matérielles et selon quelles modalités techniques les particuliers pourraient commander des extraits.
- Par ailleurs, il y a lieu de déterminer combien de temps les données afférentes à l'entreprise doivent figurer au casier judiciaire.
- Enfin, compte tenu du fait que le nombre de jugements pénaux rendus à l'encontre d'entreprises devrait rester limité, force est de se demander s'il vaut la peine de créer un casier judiciaire informatisé ou si l'on ne devrait pas – du moins dans un premier temps – se contenter d'un registre sur papier.

3. Suite du projet

Quand bien même l'enregistrement des entreprises condamnées dans un casier judiciaire exige encore d'être concrétisé à maints égards, l'instauration d'un tel registre paraît judicieuse dans son principe. Elle est, du reste, préconisée par la doctrine²⁶.

Le Conseil fédéral mettra en consultation un projet de loi fin 2009, au plus tôt.

V. Synthèse et conclusions

Le droit en vigueur satisfait, d'ores et déjà, dans une large mesure à la **recommandation 4** du GRECO, selon laquelle il conviendrait d'étendre le champ d'application des techniques spéciales d'enquête à tous les cas graves de corruption. En effet, les techniques d'enquête régies par la procédure pénale sont en principe applicables dans tous les cas de corruption d'agents publics et de corruption privée. Toutefois, le recours aux mesures de contrainte incisives que sont la surveillance des télécommunications et l'investigation secrète n'est possible que lors des crimes de corruption d'agents publics. Dès l'entrée en vigueur du code de procédure pénale unifié, la surveillance des télécommunications pourra aussi être ordonnée en cas de gestion déloyale qualifiée qui couvre également des infractions graves relevant de la corruption privée. En revanche, une extension de l'applicabilité de la surveillance des télécommunications et de l'investigation secrète à l'ensemble des infractions constitutives de

²⁶ Notamment, Macaluso, La Responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, Diss. Lausanne 2004, S. 222; Niggli/Gfeller, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 102 N 417.

la corruption privée serait disproportionnée et, partant, doit être rejetée. Au surplus, une telle extension irait nettement plus loin que la recommandation du GRECO qui se limite aux cas graves de corruption.

L'examen de la **recommandation 6** du GRECO qui invite la Suisse à examiner l'opportunité d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé, a fait ressortir que, sous l'empire du droit en vigueur, de tels cas constituent des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent lorsqu'ils réunissent simultanément les éléments constitutifs de la gestion déloyale qualifiée. En revanche, l'adjonction à l'art. 305^{bis} CP d'une disposition spécifique concernant le délit de corruption privée serait contraire à la systématique à laquelle obéit le droit suisse réprimant le blanchiment d'argent et ne se justifierait pas au regard du critère déterminant qu'est la gravité de l'acte. Une telle adjonction irait, là encore, nettement plus loin que la recommandation du GRECO qui se limite aux cas graves de corruption privée.

La **recommandation 12** contient une double suggestion (envisager l'introduction de sanctions complémentaires et d'un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées) déjà prise en compte dans le cadre des travaux législatifs en cours. Ainsi, l'art. 26 de l'avant-projet de loi fédérale sur les marchés publics prévoit la possibilité d'exclure d'une passation de marché une entreprise qui a été condamnée pour corruption. De plus, l'Office fédéral des constructions et de la logistique, en tant qu'important service d'achat de la Confédération, envisage d'introduire un système de déclaration d'intégrité qui serait exigée de la part de tous ses soumissionnaires et dont la violation serait passible de sanctions. Quant à la création d'un casier judiciaire pour les entreprises condamnées, elle sera incluse dans le projet de révision totale du droit du casier judiciaire qui sera mis en consultation.

La recommandation d'étendre le champ d'application de la surveillance des télécommunications et l'investigation secrète à tous les cas graves de corruption de même que la suggestion d'examiner l'opportunité d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé (recommandations 4 et 6) doivent être mises en relation avec la critique générale formulée par le GRECO quant à la **manière dont sont conçues les normes pénales contre la corruption privée** (art. 4a en liaison avec l'art. 23 LCD)²⁷. Le rapport du GRECO critique notamment le fait que, selon ces normes, les délits de corruption privée ne peuvent être poursuivis que sur plainte. A juste titre, le GRECO renonce toutefois à formuler des recommandations quant à l'aménagement de ces normes puisque ces questions devront être examinées plus en détail dans le cadre du Troisième Cycle d'Evaluation (qui devrait avoir lieu en 2010/2011 pour la Suisse).

Ainsi que nous l'avons déjà exposé, un délit ne pouvant être sanctionné que sur plainte ne saurait - tant pour des raisons tenant à la systématique du droit pénal que par respect du principe de la proportionnalité - fonder le recours aux mesures de contrainte que sont la surveillance des télécommunications et l'investigation secrète ni constituer une infraction sous-jacente au blanchiment d'argent. Si tel devait être cependant le cas, il y aurait lieu de limiter l'application des dites mesures et d'étendre l'infraction de blanchiment aux seuls cas graves de corruption privée. A ces fins, il faudrait définir une nouvelle catégorie d'infractions qualifiées en matière de corruption privée, infractions dont la gravité justifierait qu'elles soient érigées en crimes et

²⁷ V § 68 s. du rapport (n. 1).

poursuivies d'office. Il serait, dès lors, nécessaire de procéder à une nouvelle révision en profondeur des normes pénales contre la corruption privée. Or, ces normes ne sont en vigueur que depuis trois ans à peine et l'on ne constate pas aujourd'hui une réelle nécessité de les réformer. Ainsi, il est ressorti d'une enquête menée au début de 2009 par l'Office fédéral de la justice auprès des ministères publics cantonaux que, jusqu'à présent, seules trois procédures pour corruption privée avaient été ouvertes conformément aux nouvelles dispositions de la LCD et qu'un cas avait donné lieu à une procédure d'entraide judiciaire. Par ailleurs, toujours selon l'enquête, on ne connaît pas de cas qui, à défaut d'une plainte, n'auraient pas pu donner lieu à des poursuites pénales. De même, il semblerait qu'aucune procédure n'ait été classée par suite du retrait de la plainte.

Néanmoins, la question de savoir s'il n'y aurait pas nécessité de revoir les éléments constitutifs de la corruption privée devra continuer d'être examinée à la lumière de l'évolution future que connaîtra la pratique. L'évaluation des normes pénales réprimant la corruption, à laquelle procédera le GRECO en 2010/11, devrait fournir des éléments supplémentaires de réflexion à cet égard.