

Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal

Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani

Édité par

Yvan Jeanneret et Bernhard Sträuli



Citation suggérée de l'ouvrage : JEANNERET / STRÄULI (éds), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal – Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, « Collection Genevoise », Genève / Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8808-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021

www.schulthess.com

Diffusion en France : LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

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>.

Avant-propos

Le temps est cruel parce qu'il file trop vite et s'apprête à nous voler la Professeure Ursula Cassani. Cette cruauté est toutefois relative. Elle se manifeste envers nous – ses collègues, ses assistantes et assistants, ses autres compagnons de route – qui serons orphelins d'une précieuse interlocutrice et d'une fidèle amie, que la rigueur des lois contraint à la retraite. Le sentiment épargnera sans doute davantage la première concernée, qui peut légitimement aspirer à une retraite bien méritée, après plusieurs décennies d'un dévouement sans limite qui aura profité à des générations d'étudiantes et d'étudiants, marqué de son empreinte la science du droit pénal et contribué au rayonnement de l'Université de Genève.

À l'heure de rendre hommage à la Professeure Ursula Cassani, la confection de *Mélanges* s'est imposée à nous comme une évidence. Si l'exercice peut paraître ordinaire car il défère à un usage courant, les présents *Mélanges* n'en sont pas moins extraordinaires parce qu'ils sont uniques et honorent une juriste d'exception. Nous en voulons pour preuve la grande diversité des thèmes, des régions et des langues qui y sont représentés, autant de reflets de l'éclectisme de la dédicataire.

Que la Professeure Ursula Cassani trouve dans cet ouvrage l'expression de la reconnaissance et de l'attachement de l'ensemble des professions du droit. Que la lectrice et le lecteur puissent y retrouver la richesse et la variété qui ont caractérisé la brillante carrière de notre très chère collègue, à laquelle nous souhaitons une retraite paisible certes, mais fertile en découvertes, émerveillements et enthousiasme.

Les éditeurs remercient Mme Anne-Sophie Darier, assistante au Département de droit pénal de l'Université de Genève, pour sa contribution à la mise en forme des textes.

Genève, en juillet 2021

Prof. Yvan Jeanneret et Bernhard Sträuli

Sommaire

Wann ist abstrakt konkret genug? - vom Eignungsdelikt Geldwäscherei und der « Rechtgutsverschiebung »	1
JÜRIG-BEAT ACKERMANN <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Lutte contre le terrorisme et renforcement des instruments de l'Etat	15
FRÉDÉRIC BERNARD <i>Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève</i>	
Fünf Jahre Steuergeldwäscherei Eine vorläufige Bilanz.....	27
FELIX BOMMER <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Procédures pénales consensuelles avec des entreprises en matière de corruption transnationale : quel rôle pour l'Etat lésé ?.....	43
NADJA CAPUS / STEFAN MBIYAVANGA <i>Docteure en droit, professeure à l'Université de Neuchâtel / MLaw</i>	
La protection pénale du patrimoine : Les rétrocessions bancaires dans la jurisprudence civile et pénale.....	59
ADRIAN DAN <i>Docteur en droit, avocat associé au sein de l'Etude Kellerhals Carrard à Genève</i>	
Die Anhaltung im Spannungsfeld von Strafprozessrecht und Polizeirecht	73
ANDREAS DONATSCH <i>Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt</i>	
Politische Delikte: Funktionale Opazität in der Rechtshilfe.....	85
GERHARD FIOJKA <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Commissions, rétrocessions et autres rémunérations analogues à l'épreuve du droit pénal	97
ANDREW M. GARBARSKI / ALAIN MACALUSO <i>Docteurs en droit, professeurs à l'Université de Lausanne, avocats au Barreau de Genève</i>	

Intelligente Agenten im Finanz- und Bankengeschäft – Menschliche Verantwortung für personnes numériques?	109
SABINE GLESS <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Corruption et opéra, <i>the never ending story</i>	127
ANNE HÉRITIER LACHAT <i>Retraitée heureuse</i>	
Dignité humaine et conditions de détention : une union improbable ?	141
LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI <i>Juge au Tribunal fédéral, présidente de la Cour de droit pénal</i>	
Entre aide et entraide : comment trier ?	153
YVAN JEANNERET <i>Professeur ordinaire à l'Université de Genève, avocat</i>	
Drugs, Pills and Lawsuits : the Opioid Debacle.....	167
VALÉRIE JUNOD* <i>Professeure à l'Université de Genève</i>	
L'économie du droit pénal	183
ANDRÉ KUHN <i>Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève</i>	
Wer nicht will, der hat schon... ein effektives und effizientes Unternehmensstrafrecht?	197
MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL <i>Professorin für Strafrecht, Wirtschafts- und internationales Strafrecht an der Universität Bern</i>	
Lutte anti-blanchiment et organisation bancaire	217
CARLO LOMBARDINI <i>Avocat au Barreau de Genève, Professeur Associé à l'Université de Lausanne</i>	
Vol en vol et compétence internationale en chute libre	245
MARIA LUDWICZAK GLASSEY <i>Dr. iur.</i>	
Warum braucht es ein Strafregister für Unternehmen?.....	257
NORA MARKWALDER <i>Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin an der Universität St. Gallen</i>	

La responsabilité pénale des entreprises en matière de traite d'êtres humains	269
NADIA MERIBOUTE <i>Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocat</i>	
A new EU Anti-Money Laundering Tsar ?	281
FRANK MEYER <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Blanchiment et crime préalable reconnu à l'étranger par ... <i>obiter dictum</i> ?	299
LAURENT MOREILLON <i>Docteur en droit, avocat, professeur à la Faculté de droit, de sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne</i>	
Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG) Ein Dauerdelikt?.....	307
MARCEL ALEXANDER NIGGLI / LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS <i>Ordentlicher Professor an der Universität Freiburg / Lektor an der Universität Freiburg, Rechtsanwalt in Genf</i>	
Les cryptomonnaies et la lutte internationale contre le blanchiment d'argent	323
GEORGIOS PAVLIDIS <i>Maître de conférences, Neapolis University Pafos, Jean Monnet Chair</i>	
« Lost in translation » : <i>lex mitior</i> et peine pécuniaire.....	341
CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE / JOËLLE VUILLE <i>Professeures aux Universités de Lausanne et Fribourg</i>	
Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte.....	351
CHRISTOF RIEDO <i>Prof. Dr. iur. lic. phil., RA</i>	
De l'effet utile d'une disposition « inutile ».....	363
ROBERT ROTH <i>Professeur honoraire de l'Université de Genève</i>	
Le résultat en droit pénal : sept thèses.....	377
BERNHARD STRÄULI <i>Professeur à l'Université de Genève</i>	

Criminal Fines and Human Rights	395
SARAH SUMMERS / KRISTOF REBER	
<i>Prof. Dr. iur. / MLaw</i>	
Gedanken zum Umgang mit der Akte	407
BRIGITTE TAG / SINA STAUDINGER	
<i>Prof. Dr. iur. utr. / MLaw</i>	
Geldwäscherei durch Unterlassen?.....	425
MARC THOMMEN	
<i>Prof. Dr. iur.</i>	
Les conséquences pénales de l'obligation contractuelle de remise du mandataire et de l'employé.....	441
KATIA VILLARD	
<i>Maître assistante et chargée de cours, Université de Genève</i>	
Das Universalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt für nationalstaatliche Strafrechtsnormen	453
WOLFGANG WOHLERS	
<i>Prof. Dr. iur.</i>	

Procédures pénales consensuelles avec des entreprises en matière de corruption transnationale : quel rôle pour l'Etat lésé ?

NADJA CAPUS / STEFAN MBIYAVANGA *

Docteure en droit, professeure à l'Université de Neuchâtel / MLaw

I. Quelles leçons à tirer de la procédure pénale dans l'affaire Odebrecht ?

Les procédures pénales engagées contre des entreprises pour corruption d'agents publics étrangers visent des comportements qui affaiblissent les États concernés à de nombreux égards : des dommages institutionnels et économiques sont causés, ainsi que, la plupart du temps, des pertes massives pour la caisse publique¹. Les pratiques répandues des factures gonflées et des renégociations des conditions de paiement entraînent des pertes pour l'État d'une part, et l'enrichissement des parties au pacte de corruption, d'autre part².

En règle générale, si des valeurs patrimoniales d'origine criminelle sont identifiées et saisies dans le cadre d'une procédure pénale menée en Suisse, elles

* Les auteurs remercient Prof. Yvan Jeanneret et les assistantes de la professeure Capus, MLaw Elodie Bally et Me Allison Beretta pour la relecture et le Dr Grégoire Mégevand pour ses commentaires.

¹ OCDE, Guidelines for Multinational Enterprises, Section VII : Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion, Commentary, Paris 2011, par. 74 : « the diversion of funds through corrupt practices undermines attempts by citizens to achieve higher levels of economic, social and environmental welfare, and it impedes efforts to reduce poverty. » ; Transparency International, The Impact of Corruption on Growth and Inequality, 15.03.2014, https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Impact_of_corruption_on_growth_and_inequality_2014.pdf (consulté le 10.01.2021) ; TF 6B_908/2009 du 3.11.2010 consid. 2.3.2 : « de manière générale, la corruption d'agents publics pervertit le processus de décisions au sein de l'administration, dessert l'intérêt public et affaiblit l'Etat ».

² Cf. l'étude de 2005 qui a révélé - analysant plus d'un millier de concessions gouvernementales pour la construction ou l'exploitation d'infrastructures publiques en Amérique du Sud - que dans plus de 60% des cas, les termes du contrat étaient renégociés dans les trois ans, ce qui n'est pas une preuve, mais au moins une forte indication de corruption dans les marchés publics : CHONG, ALBERTO / LOPEZ DE SILANES, FLORENCIO, Privatization in Latin America, Washington DC 2005, 51, cité dans REID, MICHAEL, El continente olvidado, Madrid 2018, 192 ; pour d'autres exemples, voir : PIETH, MARK, Korruptionsstrafrecht, in ACKERMANN, JÜRIG-BEAT / HEINE, GÜNTER (édit.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne 2013, 677-719, 684.

doivent être restituées aux personnes lésées (art. 70 al. 1 du Code pénal [CP]³). Ce principe, qui s'applique également aux créances compensatrices au sens de l'art. 71 CP, est encore renforcé par le mécanisme de l'allocation au lésé d'objets et valeurs confisqués selon l'art. 73 CP. En outre, la personne lésée peut se constituer partie plaignante (art. 118 du Code de procédure pénale [CPP]⁴) afin de faire valoir ses prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale et exercer son droit d'être entendue.

On pourrait imaginer que l'indemnisation des personnes lésées soit accélérée dans le cadre de procédures dites consensuelles ou négociées⁵ : il en va ainsi en Suisse des procédures faisant l'objet d'une ordonnance pénale selon les art. 352 ss. CPP ou d'une procédure simplifiée selon les art. 358 ss CPP. Nous préférons la notion consensuelle à la notion négociée, car c'est le consentement qui permet de clore la procédure. Ce consentement se manifeste par l'absence d'opposition dans le cas d'une ordonnance pénale et par la demande de mise en œuvre du prévenu, puis par son acceptation de l'acte d'accusation s'agissant d'une procédure simplifiée.

Toutefois, l'une des procédures pénales suisses les plus importantes ces dernières années nous enseigne une autre leçon : jusqu'en 2016, le Ministère public de la Confédération a mené une enquête contre le groupe brésilien Odebrecht pour soupçons de corruption. Odebrecht est un géant de la construction et d'autres industries, qui, à son apogée, employait quelques 128 000 personnes dans 26 pays⁶. Cette procédure pénale s'est conclue le 21 décembre 2016 par une ordonnance pénale, à teneur de laquelle Odebrecht a été reconnue coupable d'infraction à l'art. 102 al. 2 CP en lien avec la corruption d'agents publics étrangers et blanchiment d'argent aggravé⁷. Odebrecht a été condamnée à payer une amende de CHF 4,5 millions ainsi qu'une créance compensatrice de CHF 117 millions⁸.

Le même jour, un autre communiqué de presse a fait état des accords négociés par Odebrecht avec les autorités pénales des États-Unis et du Brésil⁹.

³ Code pénal suisse du 21.12.1937, RS 311.0.

⁴ Code de procédure pénale suisse du 5.10.2007, RS 312.0.

⁵ Cf. CASSANI, URSULA, *Droit pénal économique*, Bâle 2020, par. 0.22.

⁶ Odebrecht, Rapport annuel, 2015, 4, <https://relatorio2015.odebrecht.com/en/profile/the-odebrecht-group/> (consulté le 10.01.2021).

⁷ Ministère public de la Confédération, Rapport de gestion 2016, 19, <https://www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html> (consulté le 10.01.2021).

⁸ Ministère public de la Confédération, Communiqué de presse, 21.12.2016, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-65077.html> (consulté le 25.01.2021).

⁹ US Department of Justice, Communiqué de presse, 21.12.2016, Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History, <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (consulté le 8.01.2021).

Apparemment, il s'agissait d'une action coordonnée, résultant d'une coopération intensive préalable entre l'entreprise et les trois États¹⁰. Dans la procédure pénale américaine, la peine a été fixée à un montant total de USD 2,6 milliards, dont 80 % devaient être versés au Brésil et 10 % chacun aux États-Unis et à la Suisse¹¹.

Le contenu du *plea agreement* américain, rendu public, enseigne qu'un réseau de corruption très complexe a été mis en œuvre, par lequel les employés d'Odebrecht ont versé USD 788 millions de pots-de-vin à des fonctionnaires et des partis politiques en Angola, en Argentine, en Colombie, en République dominicaine, en Équateur, au Guatemala, au Mexique, au Mozambique, au Panama, au Pérou et au Venezuela entre 2001 et 2016¹².

Or, la procédure suisse s'est concentrée sur des paiements corruptifs à des agents publics au Brésil et, dans une moindre mesure seulement, à un autre État. Dans le contexte de l'affaire américaine, aucun des pays mentionnés dans lesquels Odebrecht a reconnu avoir commis des actes de corruption n'a reçu une part des fonds confisqués - à l'exception du Brésil. De même, l'amende, le produit de la confiscation et la créance compensatrice ordonnés dans la procédure pénale suisse n'ont pas non plus été partagés avec les États lésés. Pire encore, à la suite de la clôture coordonnée des enquêtes pénales, le groupe Odebrecht, lourdement endetté, a engagé diverses procédures de faillite¹³ et a déclaré aux autres États lésés que ses ressources pour le paiement de nouvelles indemnités étaient désormais très limitées¹⁴ - problème qui affecte d'ailleurs aussi le recouvrement des sommes visées par les accords conclus. En d'autres termes, de nombreux États lésés par les infractions de corruption en sont ressortis les mains vides.

¹⁰ Ministère public de la Confédération, Rapport de gestion 2016, 19, <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html> (consulté le 10.01.2021).

¹¹ US Department of Justice, Communiqué de presse, 21.12.2016, Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History, <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (consulté le 8.01.2021).

¹² US District Court Eastern New York, US against Odebrecht S.A., Plea Agreement of 21 December 2016, Cr. No. 16-643 (RJD), Attachment b, par. 19 s. ; Le groupe a opéré dans quelques 27 pays, dont beaucoup ont des niveaux de corruption notoirement élevés, voir : Banque Mondiale/IPEA (2011), Ponte sobre o Atlântico - Brasil e África Subsaariana : Parceria Sul-Sul para o crescimento, 87.

¹³ Wall Street Journal, 18.06.2018, Odebrecht Bankruptcy to Hurt Brazilian State-Owned Banks.

¹⁴ El Comercio, 03.10.2020, Los 'codinomes' en las planillas de Odebrecht ; Agenda-país.com, 15.10.2019, Odebrecht y la resolución que le devuelve 524 millones por venta de Chaglla.

Le scandale de corruption d'Odebrecht a secoué le continent sud-américain en particulier¹⁵. En fait, la presse a soupçonné que la description des faits qui a été publiée ne montrait que la pointe de l'iceberg¹⁶.

Seuls quelques États lésés, en sus du Brésil, ont mené leurs propres procédures. Dans l'ensemble, l'expérience acquise à ce jour suggère en effet que les autorités pénales des pays en développement et émergents, en particulier, rencontrent des difficultés à mener leurs propres procédures pénales contre de puissantes multinationales comme Odebrecht¹⁷ et n'ont pas non plus pu participer aux procédures pénales menées par d'autres États. Les procédures pénales sont toutefois cruciales, notamment en ce qui concerne la limitation des dommages financiers, car elles permettent de saisir et de confisquer des biens.

La Suisse étant l'un des États les plus actifs en matière de poursuite de la corruption transnationale, elle pourrait être un partenaire important pour les États lésés dans la poursuite pénale et le recouvrement des valeurs détournées par la corruption. En Suisse, les condamnations pour corruption transnationale et pour blanchiment du produit de la corruption prennent presque toujours la forme d'une ordonnance pénale ou d'une procédure simplifiée¹⁸. Il serait donc bénéfique que la participation des États étrangers lésés à ces procédures consensuelles pour corruption soit soumise à des conditions transparentes. Une réglementation claire de cette participation correspondrait notamment aux recommandations du Stolen Asset Recovery Initiative (StAR), un partenariat entre la Banque Mondiale et les Nations Unies¹⁹.

¹⁵ Panam Post, 03.01. 2018, Odebrecht admitió haber financiado campañas de oposición venezolana para "evitar problemas" ; Próctica (2019), Lava Jato Perú ; El País, 14.07. 2017 : La fiscalía de Colombia confirma pagos de Odebrecht a las campañas de Santos y de su rival.

¹⁶ El País, 04.01.2017, Odebrecht bribe scandal reveals depth of corruption in Latin America ; Euronews, 18.04.2019, What is the Odebrecht corruption scandal in Latin America, and who is implicated ?

¹⁷ À la suite du scandale Odebrecht, le PIB du Pérou pour 2017 a chuté de 1 % et la situation a menacé de s'aggraver si le groupe n'était pas en mesure de reprendre rapidement les travaux sur des projets d'infrastructures clés, alors que cela aurait été presque inconcevable avec des enquêtes criminelles ouvertes, voir : Fonds Monétaire International, Country Report No. 18/225 (Peru), Juillet 2018, 21, <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2018/07/25/Peru-2018-Article-IV-Consultation-Press-Release-Staff-Report-and-Statement-by-the-Executive-46099> (consulté 10.01.2021).

¹⁸ Voir : OCDE, 16.10.2020, Phase 4 Two-Year Follow-Up Report Switzerland, 3 s., selon lequel un total de 7 condamnations pour corruption d'agents publics étrangers ont été enregistrées en Suisse depuis 2018, dont 4 ont été prononcées par voie d'ordonnance pénale et 3 par le biais d'une procédure simplifiée. L'avantage que présente de cette conclusion consensuelle de la procédure, tant du côté de l'entreprise que du Ministère public est, entre autres, d'éviter les risques liés aux coûts de la procédure pénale ordinaire, difficilement quantifiables, voir : PIETH, MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3^e éd., Bâle 2016, 269 s. ; toutefois, il existe également des procédures ordinaires pour corruption transnationale, voir : Pouvoir Judiciaire de Genève, Communiqué de presse du Tribunal pénal, 22.01.2021, Procédure pénale P/12914/13 dirigée contre Benjamin STEINMETZ et deux autres prévenus, http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/PJ_TPN_COMMUNIQUE_JUGEMENT_STEINMETZ_2021_01_22.pdf, (consulté 26.01.2021).

¹⁹ StAR, Left Out of the Bargain, Washington DC 2013, 4.

Nous examinons donc dans cet essai en l'honneur de la jubilaire le droit des États lésés de se constituer partie plaignante dans une procédure pénale menée en Suisse pour corruption contre des entreprises (II) et dans quelle mesure les conditions d'une procédure consensuelle engagée contre des entreprises pour corruption affectent cette possibilité (III) : sont-elles plutôt favorables ou défavorables à la participation d'États étrangers ?

Enfin, nous concluons (IV) que le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral ont, jusqu'à présent, fait de gros efforts dans plusieurs décisions pour permettre aux États lésés de participer à la procédure pénale suisse. Cependant, ni l'approche au cas par cas, ni les difficultés conceptuelles sous-jacentes ne sont propices à une pratique de participation offensive des États étrangers lésés.

II. L'État étranger lésé en tant que partie plaignante dans une procédure pénale de corruption en Suisse

Dans les procédures pénales contre des entreprises qui nous intéressent ici, l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP) est d'une importance capitale. C'est pourquoi nous examinons ci-après les conditions qui doivent être remplies pour que les États étrangers puissent se constituer partie plaignante dans une procédure pénale suisse ouverte pour corruption active d'agents publics étrangers. En principe, les remarques suivantes s'appliquent également aux sociétés publiques et aux collectivités régionales.

A. Conditions générales pour la constitution d'une partie plaignante

La constitution en tant que partie plaignante est en principe ouverte aux personnes lésées par l'infraction (art. 118 al. 1 CPP). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de personne lésée est étroitement liée au droit pénal matériel²⁰, puisqu'une causalité directe doit être démontrée entre l'infraction poursuivie et une atteinte à un bien juridique protégé par la disposition pénale concernée²¹, étant souligné que l'atteinte doit sembler au moins probable dans le cadre des délits de mise en danger²².

²⁰ ECHLE, REGULA, Der Begriff der geschädigten Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO - zugleich Besprechung von BGE 145 IV 491, forumpoenale 4/2020, 326-330, 326.

²¹ ATF 140 IV 155 consid. 3.2 ; ATF 141 IV 454 consid. 2.3.1 ; ATF 138 IV 258 consid. 2 ; WEILENMANN, RETO, Drittgeschädigte Personen im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Privatklage-, Aushändigungs- und Zuwendungsanspruchs, Genève et al. 2020, 127.

²² TPF BB.2011.130 du 20.03.2012 (Tunisie) consid. 2.3.1/a : «[I]l n'y a pas lieu d'examiner, en l'état, si des actes concrets de corruption ont été exécutés. Seule la question théorique de la lésion directe de la République de Tunisie doit être résolue. »

En outre, l'atteinte directe doit toucher le titulaire du bien juridique. Par conséquent, seul un sujet de droit²³ titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale violée a la qualité de lésé²⁴. Les titulaires du bien juridique touché ne sont identifiables que par l'interprétation des éléments de l'infraction²⁵. En principe, une distinction est faite entre les biens juridiques individuels et collectifs, bien qu'il puisse être difficile et parfois insatisfaisant de tracer une ligne de démarcation claire entre ces deux concepts²⁶. Il s'agit donc d'un problème d'interprétation de la disposition pénale concernée, qui consiste à déterminer si la protection porte uniquement sur un bien juridique collectif ou sur certains biens juridiques individuels également. Dans le cas de biens juridiques purement collectifs, le grand public, c'est-à-dire tout le monde mais personne en particulier, est atteint²⁷.

B. Conditions normatives de la constitution comme partie plaignante dans une procédure pénale pour corruption d'agents publics étrangers

1. Les biens juridiques

Comme indiqué précédemment (II.A), il est nécessaire de déterminer les biens juridiques touchés et leurs titulaires. La classification dans le CP est souvent une indication. Or, la classification systématique des infractions de corruption dans le CP a varié au fil du temps et les biens juridiques qu'elles protégeaient ont changé en conséquence : alors que la corruption active était initialement considérée comme délit contre l'autorité publique, la corruption passive était principalement liée aux fonctions officielles et professionnelles. La corruption

²³ HILF, MARIANNE JOHANNA, Vom Rechtsgut, vom Opfer und von der Privatkorruption, in KUNZ, PETER et al. (édit.), *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2014*, Berne 2014, 457-470, 458 ; ECHLE, REGULA, Die Adhäsionsklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung und der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, Zurich/Saint-Gall 2018, 17 ss.

²⁴ ATF 138 IV 258 consid. 2.2 ss ; ATF 141 IV 380 consid. 2.3.4 ; TPF BB.2011.130 du 20.03. 2012 (Tunisie) consid. 2.1 avec des références supplémentaires ; Basler Kommentar-StPO, 2e éd., Bâle 2014, MAZZUCHELLI, GORAN/POSTIZZI, MARIO, art. 115, par. 21, nbp 45 ; ECHLE, REGULA, Die Adhäsionsklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung und der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, Zurich/Saint-Gall en 2018, 19 s.

²⁵ ATF 129 IV 322 ; CASSANI, URSULA, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ? *in* ACKERMANN, JÜRIG-BEAT et al. (édit.) *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift Niklaus Schmid*, Zurich 2001, 393-415, 394 ; Basler Kommentar-StPO, 2e éd., Bâle 2014, MAZZUCHELLI, GORAN / POSTIZZI, MARIO, art. 118, par. 45.

²⁶ HILF, MARIANNE JOHANNA, Wer ist das Opfer ? *in* JOSITSCH, DANIEL / SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN / WOHLERS, WOLFGANG (édit.), *Festschrift Andreas Donatsch*, Genève et al. 2017, 381-397, 385 avec des références supplémentaires ; Basler Kommentar-StGB, 4e éd., Bâle 2019, PIETH, MARK, art. 322^{ter}, par. 16.

²⁷ Par exemple, les infractions contre l'administration de la justice, les infractions contre la paix publique ou probablement aussi les infractions environnementales, qui protègent l'environnement en tant que fondement de la vie humaine et ainsi probablement aussi (mais seulement indirectement) les biens juridiques individuels. En effet, il y a une approche raisonnante que même les intérêts juridiques collectifs servent en fin de compte à protéger des intérêts juridiques individuels, voir les références à la note 40 ci-dessous.

privée, en revanche, était plutôt liée à la concurrence déloyale. Aujourd'hui, toutes les dispositions relatives à la corruption sont réunies sous un seul titre. Par ailleurs, la classification systématique n'est en aucun cas le seul facteur décisif pour le Tribunal fédéral²⁸.

En ce qui concerne le bien juridique protégé par l'infraction de corruption d'agents publics étrangers selon l'art. 322^{septies} CP, la référence dans le Message du Conseil fédéral à la mondialisation des marchés et au danger de distorsion de la concurrence²⁹ montre que, d'une part, l'objectif de la sanction d'actes de corruption est de protéger la concurrence dans l'économie d'exportation³⁰. Nous l'attribuons au bien juridique collectif de la concurrence libre et loyale³¹. D'autre part, le Message mentionne aussi le bien juridique collectif de « l'objectivité et l'impartialité de l'action administrative » de l'Etat étranger concerné³². La portée de ces deux biens juridiques collectifs est globale, ce qui est un élément indispensable au vu des manifestations internationales de la corruption³³.

On constate dès lors que la corruption protège des biens juridiques purement collectifs, dont le titulaire est exclusivement le grand public. Toutefois, ce point de vue est de plus en plus discuté, le raisonnement étant qu'en fin de compte les biens juridiques collectifs serviraient eux aussi à protéger des biens juridiques individuels³⁴. Néanmoins, la conception prépon-

²⁸ ATF 120 IV 323 consid. 3c ; voir aussi ATF 127 IV 79 consid. 2b.

²⁹ Message FF 2014, 3433, 3436 : « La globalisation a accentué encore l'importance de lutter contre la corruption, par exemple afin d'éviter d'importantes distorsions de la concurrence dans des marchés de plus en plus internationalisés. »

³⁰ PIETH, MARK, Introduction, in PIETH, MARK / LOW, LUCINDA / BONUCCI, NICOLA (édit.), The OECD Convention on Bribery, 2nd éd., Cambridge 2014, 30 ss ; PIETH, MARK, Korruptionsstrafrecht, in ACKERMANN, JÜRGENBEAT / HEINE, GÜNTER (édit.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne 2013, 677-719, 687 s. ; cf. CASSANI, URSULA, Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires, Plaidoyer 1997, 44-48, 44.

³¹ HILF, MARIANNE JOHANNA, Vom Rechtsgut, vom Opfer und von der Privatkorruption, in KUNZ, PETER et al. (édit.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2014, Berne 2014, 457-470, 460, 465.

³² Message FF 1999 5045, 5071 s. ; cf. aussi PERRIN, BERTRAND, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse, Bâle, 95 ss.

³³ Message FF 1999 5045 (5063) ; DUPUIS, MICHEL et autres (2017), Petit Commentaire CP, art. 322^{septies}, par. 2 ; Basler Kommentar-StGB, 4e édition, Bâle 2019, PIETH, MARK, Vor Art. 322ter, par. 1.

³⁴ ECHLE, REGULA, Die Adhäsionsklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung und der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, Zurich/Saint-Gall 2018, 19 s. ; cf. la nouvelle discussion concernant la protection du climat par des activités illicites et la (non-) application de l'article d'état de nécessité : « Les art. 17 et 18 CP ne visent que la protection des biens juridiques individuels. Celle des intérêts collectifs, respectivement des intérêts de l'Etat, relève de l'art. 14 CP (cf. ATF 94 IV 68 consid. 2 ; TF 6B_176/2010 du 31 mai 2010 consid. 2.1 et les références citées). L'auteur pourra néanmoins se prévaloir de l'état de nécessité s'il a aussi agi pour protéger un bien juridique individuel (cf. ATF 106 IV 65 consid. 4 ; TF 6B_176/2010 du 31 mai 2010 consid. 2.1 et la référence citée) », cf. Arrêt de la Cour d'appel pénale du Canton de Vaud, PE19.000742/PCL du 22 septembre 2020 renversant l'acquiescement de douze activistes des chefs d'accusation de violation de domicile et d'infractions à la loi vaudoise sur les contraventions (LContr ; BLV 312.11) (I à XII) par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne dans son jugement du 13 janvier 2020, 49, consid. 4.1, 4.2 se référant à CR CP I-MONNIER, GILLES, art. 17 n 13. Cf. également dans ce sens : PC CP-DUPUIS, MICHEL

dérante encore en vigueur aujourd'hui présuppose en principe que si un État prétend être lésé, il doit également être le titulaire d'un bien juridique individuel directement touché, de sorte que l'infraction pénale ne porte pas seulement atteinte aux intérêts publics (biens juridiques collectifs)³⁵.

Les deux biens juridiques mentionnés jusqu'à présent ne permettraient donc pas aux tribunaux de reconnaître effectivement l'État étranger comme partie lésée. Selon la logique exposée ci-dessus, cela ne serait, en effet, possible que si l'infraction de corruption d'agents publics étrangers devait (co)protéger à la fois des biens juridiques collectifs et des biens juridiques individuels (par exemple, le patrimoine), à l'instar de la disposition sur le blanchiment d'argent. Cette approche est en partie contestée par la doctrine³⁶.

Néanmoins, la jurisprudence a évolué dans ce sens et le Tribunal fédéral ainsi que le Tribunal pénal fédéral ont jugé à plusieurs reprises que le cercle des biens juridiques protégés inclut également le patrimoine de l'État étranger lésé par les actes de corruption³⁷.

Il convient de noter, dans le cadre de cette publication commémorative, que ce changement de point de vue a eu lieu en relation avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la position de la partie plaignante dans les procédures pénales pour blanchiment d'argent. Ce changement a, à son tour, été déclenché par la position de la jubilaire, selon laquelle l'infraction de blanchiment d'argent protège également des biens juridiques individuels, voire des biens de la personne lésée par l'infraction préalable³⁸.

Toutefois, il convient également de noter que tant le Tribunal fédéral que le Tribunal pénal fédéral ont maintenu qu'un bien juridique collectif peut, en soi,

et al., art. 17 n 13 ; PAYER, ANDRÉS, Klimawandel und strafrechtlicher Notstand, ex ante 2/2020, 21-32, 24.

³⁵ TF 1B_158/2018 du 11.07.2018 consid. 2.5 avec références, confirmé dans TF 1B_576/2018 du 26.07.2019 consid. 2.4 ; LIEBER, VIKTOR dans : DONATSCH, ANDREAS et al. (édit.), Kommentar zur StPO, 2e éd., Zurich 2014, art. 115, par. 2a ; Basler Kommentar-StPO, 2e éd., Bâle 2014, MAZZUCHELLI, GORAN / POSTIZZI, MARIO, art. 115, par. 21, par. 39 ; cf. la prétention de la Turquie d'être partie lésée dans l'affaire « Kill Erdogan » : TF 6B_858/2018 du 19.08.2019 consid. 3.6.

³⁶ Basler Kommentar-StPO, 2e éd., Bâle 2014, MAZZUCHELLI, GORAN / POSTIZZI, MARIO, art. 115, par. 21, nbp 87 : « Die Bestechungstatbestände schützen [...] nicht das Vermögen des öffentlichen Verwaltungsträgers ».

³⁷ TF 6B_901/2009 consid. 2.3.2 ; TPF BB.2011.130 du 20.03.2012 (Tunisie) ; TPF BB.2011.107 du 30 avril 2012 (Égypte) consid. 5.3 : « [N]otamment les actes de corruption sous enquête auraient permis à leurs auteurs d'obtenir des avantages pécuniaires au détriment de l'Etat [...] » ; TPF BB.2013.38 du 29.07.2013 consid. 4.15 ; LENZ, STEFAN / MÄDER, WALTER, Grenzüberschreitende Korruption : Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, forumpoenale 1/2013, 33-38, 37.

³⁸ ATF 129 IV 322 consid. 2.1 avec référence à CASSANI, URSULA, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ? , in ACKERMANN, JÜRIG-BEAT ; DONATSCH, ANDREAS ; REHBERG, JÖRG (édit.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift Niklaus Schmid, Zurich 2001, 393-415, 401, 411 et s.

tout aussi bien justifier la constitution en tant que partie plaignante d'un État étranger dans la procédure pénale pour corruption³⁹.

2. Atteinte directe

L'évaluation de la personne lésée par l'atteinte directe dépend de la classification de l'infraction de corruption selon l'art. 322^{septies} CP : il devrait s'agir d'un délit de résultat sous la forme d'un délit de mise en danger concrète, car dans le cas d'une infraction de mise en danger abstraite, il n'y a précisément pas d'atteinte directe à un bien juridique individuel⁴⁰. Or, selon la doctrine, la corruption active et passive d'agents publics étrangers est classée comme une infraction de mise en danger abstraite⁴¹.

Cette classification est toutefois critiquée, car elle apparaît trop indifférenciée⁴². En effet, selon ce raisonnement, il ne pourrait s'agir d'une infraction de mise en danger abstraite que dans les variantes « offrir » ou « promettre » un avantage indu. La variante « octroi » de l'avantage indu constituerait ainsi, en revanche, une infraction de résultat, car cet avantage n'est souvent accordé qu'en récompense d'une contre-prestation de l'agent public étranger (adjudication d'un contrat, transmission d'informations confidentielles, etc.) déjà fournie. Même dans cette dernière variante, il reste à clarifier dans chaque cas individuel si et dans quelle mesure la violation des devoirs du fonctionnaire, respectivement l'exercice de son pouvoir d'appréciation, cause une atteinte immédiate à un bien juridique individuel.

Cependant, même pour l'hypothèse retenue par la doctrine majoritaire, qui classe la corruption en tant que délit de mise en danger abstraite, la jurisprudence a ouvert la voie pour retenir une atteinte directe subie par une personne lésée concrète. En effet, le Tribunal fédéral a, pour sa part, estimé que même dans l'hypothèse d'un délit de mise en danger abstraite, une personne peut - dans des cas exceptionnels - être directement lésée, si des biens juridiques lui appartenant ont concrètement été mis en danger⁴³. Ainsi, la simple classification en tant que délit de mise en danger abstraite ne suffit pas à exclure qu'une

³⁹ TF 1B_261/2017 du 17.10.2017 consid. 3 (Guinée) ; TPF BB.2013.38 du 29.07.2013 consid. 4.13 ss (Banque Mondiale) ; TPF BB.2017.149 du 7.03.2018 consid. 4.3b et consid. 4.5.

⁴⁰ Basler Kommentar-StPO, 2e éd., Bâle 2014, MAZZUCHELLI, GORAN / POSTIZZI, MARIO, art. 115, par. 21, nbp 30 ; ECHLE, REGULA, Die Adhäsionsklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung und der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, Zurich/Saint-Gall en 2018, 19 s.

⁴¹ Commentaire Romand CP, Bâle 2017, PERRIN, BERTRAND, art. 322^{septies}, par. 9.

⁴² LENZ, STEFAN / MÄDER, WALTER, Grenzüberschreitende Korruption : Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, forumpenale 1/2013, 33-38, 37.

⁴³ ATF 141 IV 454, 457 s.

personne soit directement touchée. Il convient plutôt d'examiner les biens juridiques protégés par l'infraction en question⁴⁴.

A cela s'ajoute que la jurisprudence a examiné la qualité de lésé des États étrangers selon des critères spécifiques. Dans des décisions à la fois fondamentales, mais peu cohérentes avec les considérations doctrinales évoquées plus haut, le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral ont retenu ce qui suit⁴⁵ :

- un État (ou également la Banque Mondiale⁴⁶ en tant qu'organisation internationale) peut être lésé par des actes de corruption ;
- l'approbation de la qualité de lésé a été basée, d'une part, sur l'atteinte au patrimoine étatique⁴⁷ et, plus récemment, sur l'atteinte aux (autres) biens juridiques collectifs⁴⁸ de l'État étranger également.
- pour se constituer partie plaignante, il n'est pas nécessaire, de manière générale, de fournir des preuves concluantes par rapport à l'atteinte aux biens juridiques. La probabilité d'un préjudice est entièrement suffisante ;
- l'existence d'une telle atteinte directe n'est en aucun cas nécessaire lorsqu'il s'agit d'infractions de mise en danger abstraite.

3. Discussion en tenant compte de l'alternative : statut de partie *sui generis* conformément à l'art. 104 al. 2 CPP

Comme nous avons pu le constater, la déduction d'une position de partie plaignante pour l'État étranger en matière de corruption n'est conceptuellement

⁴⁴ ECHLE, REGULA, Der Begriff der geschädigten Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO - zugleich Besprechung von BGE 145 IV 491, *forum*penale 4/2020, 326-330, 326.

⁴⁵ TF 6B_908/2009 du 03.11.2010 consid. 2.3.2 ; TPF BB.2011.130 du 20.03.2012 consid. 2.3.1a ; TPF BB.2012.101 du 22.01.2013 consid. 2.3 ; TPF BB.2012.174-177 du 12.12.2012 consid. 3.2 ; TPF BB.2013.38 du 29.07.2013 consid. 4.15 ; GARBARSKI, ANDREW M., Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale : état des lieux de la jurisprudence récente, SJ 2013 II, 123-154, 126.

⁴⁶ TPF BB.2013.38 du 29.07.2013.

⁴⁷ TF 6B_908/2009 consid. 1.3 et 2.3.2 (opérations de corruption par des agents du fisc de Rio de Janeiro par lesquelles des rentrées fiscales ont été détournées) ; TPF BB.2011.130 du 20.03.2012 consid. 2.3.1 (actes de corruption qui peuvent vraisemblablement avoir lésé les intérêts patrimoniaux de l'État tunisien) ; TPF BB.2011.107 du 30.04.2012 consid. 5.3 (actes de corruption au détriment de l'État égyptien qui auraient permis à leurs auteurs d'obtenir des avantages pécuniaires en bénéficiant de prestations et de biens étatiques à un prix inférieur à celui du marché) ; TPF BB.2014.199-190 du 24.06.2015, consid. 3.4 (larges pertes financières subies par le Kenya dans le cadre de la signature de différents contrats qui seraient entachés de corruption).

⁴⁸ TF 1B_261/2017 du 17.10.2017, consid. 3 (perversion du processus de décision au sein de l'administration de l'État guinéen) ; TPF 2017.149 du 07.03.2018, consid. 4.3b (atteinte à l'objectivité et l'impartialité du processus de décision et des activités d'une entreprise étatique étrangère) ; TPF BB.2013.38 du 23.07.2013 consid. 4.13 (atteinte à l'objectivité et l'impartialité des procédures internes de la Banque Mondiale).

pas simple, et pourtant elle a déjà été affirmée à plusieurs reprises : soit par la supposition d'un désavantage pécuniaire au sens d'un bien juridique individuel, soit par la supposition d'un préjudice direct aux intérêts collectifs.

L'analyse de la jurisprudence indique un traitement spécial des États étrangers en tant que lésés par la corruption. Ce traitement spécial est pleinement conforme à l'obligation de la Suisse découlant de l'art. 35 de la Convention des Nations Unies contre la corruption⁴⁹, selon lequel elle doit prendre les mesures nécessaires « pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice en vue d'obtenir réparation ».

Or, jusqu'à présent, il n'y a apparemment pas eu de discussion sur la question de savoir si le statut spécial des États étrangers dans la procédure pénale suisse pourrait, d'un point de vue conceptuel, être basé sur l'art. 104 al. 2 CPP.

L'octroi de ce statut de partie spéciale - qui peut être attribué intégralement ou seulement de manière limitée - est ordinairement destiné aux autorités administratives suisses, par exemple aux autorités de protection sociale ou environnementale, car elles disposent d'une expertise particulière à l'égard des infractions courantes dans leurs domaines⁵⁰. Or, l'art. 104 al. 2 CPP ne formule l'alternative de se constituer partie spéciale à une procédure pénale que comme une possibilité : ainsi, ce droit doit, en plus, être expressément accordé dans une loi au sens formel⁵¹. Sous cette forme, l'État peut apparemment obtenir le statut de partie sans être lui-même lésé. C'est dans cette absence de préjudice que réside la différence avec le statut de partie plaignante. Ainsi, le statut de partie selon l'art. 104 al. 2 CPP dispenserait du besoin de justifier tout dommage d'un État étranger touché par des actes de corruption.

Il est intéressant de constater que dans le contexte de l'art. 104 al. 2 CPP, des préoccupations similaires à celles émises en rapport avec un État étranger se constituant partie plaignante ont été exprimées : on craint une soi-disant double représentation de l'État dans la procédure pénale. Ce résultat ne saurait être toléré, car les intérêts publics de l'État sont en principe déjà représentés par le

⁴⁹ Convention des Nations Unies contre la corruption du 31.10.2003, RS 0.311.56.

⁵⁰ DANGUBIC, MIRO / CLERC, YVES, Die Parteistellung gemäss Art. 104 Abs. 2 StPO - unter besonderer Berücksichtigung von BGE 144 IV 240, forumpoenale 6/2020, 474-478, 475.

⁵¹ Basler Kommentar-StPO, 2e éd., Bâle 2014, KÜFFER, HENRIETTE, art. 104 StPO, par. 24.

ministère public⁵². En fait, dans les domaines où l'État agit de manière souveraine, il ne peut être affecté et blessé dans ses intérêts personnels⁵³.

Ce principe a cependant été développé à l'aune des constellations internes à un État et cet aspect met en évidence la différence avec le cas d'un État étranger, qui n'agit pas à titre souverain dans la procédure pénale suisse. Si les biens juridiquement protégés d'un État étranger ont été violés et que celui-ci a subi un préjudice financier direct, on ne peut pas supposer que ses intérêts - notamment en ce qui concerne le rapatriement des avoirs - sont déjà sauvegardés par les autorités suisses.

III. La constitution de l'État étranger en tant que partie plaignante dans les procédures consensuelles contre des entreprises en matière de corruption

Les procédures pénales engagées à l'encontre d'entreprises soupçonnées de corruption d'agents publics étrangers font fréquemment l'objet d'ordonnances pénales⁵⁴.

La procédure de l'ordonnance pénale présente plusieurs avantages par rapport à la procédure simplifiée : en cas d'échec, elle ne comporte pas le risque que les déclarations de toutes les parties puissent devenir inexploitable - comme c'est le cas dans la procédure simplifiée⁵⁵. De plus, elle est (encore plus) discrète que la procédure simplifiée, car aucune audience n'a lieu en cas d'aboutissement. Ces avantages ont conduit à la combinaison de ces deux procédures pénales extraordinaires en Suisse⁵⁶.

En principe, le recours à une procédure consensuelle ne devrait pas porter préjudice à la protection des intérêts des parties lésées. Le droit de se constituer partie plaignante de la personne lésée existe quel que soit le choix du type de procédure⁵⁷. Théoriquement, la constitution en tant que partie plaignante permettrait également aux États lésés, dans le cadre d'une procédure consensuelle, de faire valoir tous les droits des parties et de plaider pour la remise ou l'attribution des actifs délictuels.

⁵² BRANDENBERGER, SIMONE, Der Staat als Verletzter im Strafprozess – eine Rollenverteilung, *forum* pœnale 4/2016, 225-230, 226.

⁵³ *ibid.*, 227.

⁵⁴ Cf. pour les chiffres CR CP I-MACALUSO, ALAIN, 2e éd. 2020, art. 102 N 3a et le rapport de la dernière évaluation de la Suisse par l'OCDE (nbp 18).

⁵⁵ Art. 362 al. 4 CPP.

⁵⁶ MÜHLEMANN, DAVID, Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, *recht* 2018, 83-94, 89.

⁵⁷ GALEAZZI, CHRISTINA, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, *Genève et al.* 2016, 81.

Conformément à l'art. 118 al. 3 CPP, la constitution comme partie plaignante reste possible jusqu'à la fin de la procédure préliminaire⁵⁸ et le Ministère public devrait même s'assurer que les lésés ont été informés de leur droit conformément à l'article 118 al. 4 CPP⁵⁹. Toutefois, le défaut d'information n'entraîne aucune sanction⁶⁰. Pour autant que l'on puisse en juger, il n'existe pas de pratique bien établie consistant à informer les États lésés - par exemple selon l'art. 67a EIMP - de la possibilité de se constituer partie plaignante dans le cadre de la procédure pénale consensuelle contre les entreprises pour corruption étrangère. Le défaut de l'octroi de droits de participation qui en résulte ne semble pas avoir d'incidence sur la validité des accords procéduraux conclus en Suisse. Il n'est donc pas exclu que les États étrangers lésés par des actes de corruption faisant l'objet d'une enquête en Suisse n'apprennent jamais l'existence de cette procédure, ou du moins pas à temps.

Sans doute, la participation des États étrangers lésés est manifestement un facteur perturbant : leur intégration dans le cercle des parties à la procédure va souvent à l'encontre de la logique de la justice pénale négociée, dont l'objectif premier est de parvenir le plus rapidement possible à une entente consensuelle et discrète entre le Ministère public et l'entreprise incriminée⁶¹. Plus il y a d'intérêts à prendre en compte, plus il est difficile de négocier un compromis acceptable pour toutes les parties en ce qui concerne l'exposé des faits et les conséquences financières⁶². Il convient notamment de rappeler que, conformément à l'art. 360 al. 2 CPP, l'aboutissement de la procédure simplifiée requiert le consentement de toutes les parties. Une seule partie plaignante pourrait faire échouer la mise en œuvre de la procédure simplifiée et forcer le déroulement d'une procédure ordinaire⁶³. Or, dans la procédure de l'ordonnance pénale, le rôle de la partie plaignante n'est pas si fort. Toutefois, la volonté de l'entreprise de coopérer et de se soumettre volontairement à une procédure pénale diminue à chaque expansion du cercle des parties aux négociations. Cependant, le Ministère public dépend essentiellement des entreprises qui se dénoncent et qui coopèrent pendant l'enquête, en particulier dans les procédures complexes de corruption internationale.

Enfin, un autre problème se pose dans le cas des États où la corruption est étendue : les infractions faisant l'objet de l'enquête pénale sont généralement de

⁵⁸ Pour la procédure simplifiée, voir : TPF BB.2011.142 du 27.04.2012 consid. 2.3.

⁵⁹ JEANNERET, YVAN / KUHN, ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018, N 17059, p. 560 ; PC CPP-MOREILLON, LAURENT / PAREIN-REYMOND, AUDE, art. 359 N 8a.

⁶⁰ Basler Kommentar-StPO, 2^e éd., Bâle 2014, MAZZUCHELLI, GORAN / POSTIZZI, MARIO, art. 118, par. 12a.

⁶¹ CAPUS, NADJA, Die geschädigte Person und das Legititäts- sowie das Opportunitätsprinzip, ZStrR 2013, 408-425, 410 s.

⁶² Voir SCHOLL, MARCEL, Einzelfragen der Vermögensziehung und Restitution, in ACKERMANN, JÜRIG-BEAT / HILF, MARIANNE JOHANNA (édit.), Geldwäscherei - Asset Recovery, Zurich 2012, 197-238, 214.

⁶³ Art. 360 al. 5 CPP ; Une fois dans la procédure ordinaire, « les déclarations faites par les parties en vue de la procédure en référé [...] ne sont pas recevables » ; cf. art. 362 al. 4 CPP.

nature politique et impliquent des fonctionnaires jusqu'aux plus hauts niveaux du gouvernement de l'État lésé⁶⁴. Dans ce cas, il sera souvent presque impossible pour le Ministère public suisse de déterminer si l'influence politique des fonctionnaires étrangers prétendument corrompus dure encore au moment de l'ouverture de la procédure pénale suisse. Toutefois, lorsque l'influence politique des acteurs impliqués persiste, il n'est pas exclu que la constitution de l'État lésé en tant que partie dans la procédure suisse soit utilisée comme plateforme pour des collusions, des abus de droit et des manœuvres dilatoires.

IV. Conclusion

Notre analyse montre que l'admission d'États étrangers comme parties plaignantes dans les procédures pénales suisses pour corruption pousse apparemment à leurs limites les concepts traditionnels de titulaire de bien juridique et d'atteinte directe. Cette pratique a conduit à un traitement spécial des États lésés dans la jurisprudence. Le fait que la question du statut de partie plaignante des États étrangers soit traitée au cas par cas présente l'inconvénient de conduire à une situation juridique incertaine.

En principe, une réglementation explicite *de lege ferenda* serait donc favorable. Cela pourrait également offrir l'opportunité de réglementer spécifiquement les droits de partie (droit de participation, droit de consultation des dossiers, etc.) que nous souhaitons leur accorder.

Toutefois, il faut garder à l'esprit qu'une telle règle pourrait avoir un effet tellement dissuasif qu'elle pourrait rendre impossible la mise en œuvre des procédures consensuelles déclenchées par une auto-dénonciation des entreprises. Comme expliqué, la participation d'États étrangers lésés soulève de nombreuses questions supplémentaires et exige une pesée des intérêts complexe, en particulier dans le contexte d'une procédure consensuelle - questions qui seraient particulièrement compliquées dans une affaire avec de nombreux États lésés. Le risque consisterait dans l'absence de poursuites pénales pour corruption d'agents publics étrangers en Suisse en raison, comme déjà évoqué, du manque d'auto-dénonciations des entreprises ou en raison de la prescription à cause de négociations excessivement longues dans le cadre des procédures spéciales. Les entreprises seraient plus susceptibles d'opter pour des auto-dénonciations dans les juridictions qui ne prévoient pas une telle

⁶⁴ De tels modèles d'actes de corruption dans divers pays (en développement) sont également décrits dans des deals de justice conclus dans des affaires pénales pour corruption entre des entreprises multinationales et des autorités aux États-Unis, en France et en Angleterre, voir, par exemple : US District Court Columbia, *US v. Airbus SE*, Deferred Prosecution Agreement of 31.01.2020, Case No, 1 :20-cr-00021 (TFH), Attachment A, Statement of Facts, par. 22.

implication active des États lésés en tant que partie plaignante ou partie spéciale au sens de l'art. 104 al. 2 CPP.

Cette situation est insatisfaisante. Diverses solutions sont envisageables, mais il nous semble inévitable qu'elles soient coordonnées au niveau international. Par exemple, l'obligation de partager les biens confisqués et les amendes avec les États lésés en matière de corruption pourrait faire l'objet d'une nouvelle réglementation - indépendamment de leur statut à la procédure pénale ; une audition préalable à la conclusion d'un accord consensuel des États potentiellement lésés pourrait être prévue et l'accord - qu'il prenne la forme d'une ordonnance pénale ou d'un jugement en vertu d'une procédure simplifiée en Suisse - pourrait être lié à une obligation de l'entreprise de coopérer par la suite avec les autorités étrangères⁶⁵ ; une obligation d'inclure les États lésés dans les procédures pénales nationales pourrait être prévue, sous une forme adéquate prenant en compte leur position particulière et les risques qui y sont liés.

Nous espérons avoir ainsi pu ouvrir une discussion, à laquelle la jubilaire participera, espérons-le, car ses contributions font toujours preuve d'un esprit critique, ouvert et pointu.

⁶⁵ Dans les procédures pénales consensuelles aux États-Unis et au Royaume-Uni, un tel devoir de coopération avec les pays étrangers est régulièrement imposé aux entreprises, voir : STAR, *Left Out of the Bargain*, Washington 2013, 43, où la formulation suivante est reproduite : « The prosecuting authority reserves the right to require defendants to respond to requests for international cooperation » ; voir aussi : US District Court Eastern New York, *US against Odebrecht S.A.*, Plea Agreement of 21 December 2016, Cr.No. 16-643 (RJD), par. 11, lit. c et d.