

Nadja Capus

La lutte contre la criminalité économique à l'aide du droit pénal administratif

L'administrativisation du droit pénal

Der Beitrag untersucht zunächst das immer wiederkehrende Argument, dass die Verwaltungsbehörden in bestimmten Bereichen den Staatsanwaltschaften als Strafverfolgungsbehörde vorzuziehen sind, und empfiehlt, vor der Revision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) eine empirische Analyse der Umsetzung des Verwaltungsstrafrechts durch die verschiedenen Verwaltungsbehörden durchzuführen. In einem zweiten Schritt wird eine weitere herkömmliche Perspektive – das Verwaltungsrecht gleiche sich zunehmend dem Strafrecht an – in dem Sinne umgekehrt und die zunehmende Übernahme von Verwaltungsaspekten in das Strafrecht untersucht.

Beitragsarten : Beiträge

Rechtsgebiete : Verwaltungsstrafrecht. Strafrecht

Zitiervorschlag : Nadja Capus, La lutte contre la criminalité économique à l'aide du droit pénal administratif, in : Jusletter 8. Juli 2019

Table des matières

1. Introduction
2. L'attribution du pouvoir punitif aux autorités administratives : l'argument de la supériorité remis en question
3. « Criministrative Law I » et « Criministrative Law II » – la porosité des frontières
4. Conclusion

1. Introduction

[Rz 1] Le droit pénal administratif (DPA) est un domaine du droit qui a pris forme en 1974 avec l'entrée en vigueur de la Loi sur le droit pénal administratif (DPA). Elle ressemble, si vous me permettez la comparaison, en quelque sorte à la Ford Mustang II en 1974 aussi.¹

[Rz 2] La Mustang II devait remplacer le modèle Mustang classique produit depuis 1964, modèle plus grand et plus puissant avec son moteur V8, mais aussi plus coûteux. Le résultat était une sorte de Mustang plus économe, certes, mais aussi moins puissante, moins rapide – et objectivement moins belle.

[Rz 3] Ceci est aussi valable pour la Loi sur le droit pénal administratif entrée en vigueur en Suisse cette même année 1974. Il s'agit d'une sorte de droit pénal, certes, mais il est insuffisamment motorisé donc sans puissance, les freins sont insuffisants et le tout souffre objectivement d'un grave manque d'élégance et de beauté.

[Rz 4] Pour les autorités administratives, le DPA modèle 1974 manque de puissance, voire souffre d'une faiblesse des sanctions prévues. Le montant d'amende de 5'000 francs est insuffisant de nos jours (art. 7 DPA). Des montants plus élevés, à savoir 20'000 ou 50'000 ou même 100'000 francs, ont été introduits au fur et à mesure par d'autres lois ; de plus, on demande l'accès à plus de mesures de contrainte comme celle de la surveillance, qui a été introduite en janvier 2019 pour Swissmedic et la Douane² ainsi qu'en matière de maisons de jeu d'argent.³

[Rz 5] Pour d'autres groupes – entre autres les avocats – le défaut majeur de la DPA 1974 réside dans ses freins impuissants quand on les mesure aux standards modernes de sécurité, voire de protection des droits de la défense. Dans le but d'améliorer ces freins, il faudrait accorder le droit à un avocat de la première heure, élargir le cercle des personnes légitimées à demander la mise sous scellés et toute une série d'autres adaptations afin d'assurer les droits des prévenus.

[Rz 6] Pour un troisième groupe – les académiciens – le vieux modèle DPA 1974 manque fondamentalement de toute **vision esthétique ainsi que d'élégance écologique**. Il est trop gras et il consomme trop pour le peu de pouvoir qu'il est capable de mettre en marche. Selon les académiciens, une conception cohérente des sanctions administratives punitives fait défaut. En effet, ont émergé depuis quelques années des sanctions soi-disant administratives mais qui sont dans

¹ Le style de la présentation orale a été conservé pour le présent document ; photo du Ford Mustang II, trouvée sur [https://en.wikipedia.org/wiki/File:Ford_Mustang_II_\(4699212087\).jpg](https://en.wikipedia.org/wiki/File:Ford_Mustang_II_(4699212087).jpg) ; (tous les sites web ont été consultés le 24 avril 2019).

² Art. 90a de la Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques, LPT) ; RS 812.21), introduit par le ch. 2 de l'annexe à l'AF du 29 septembre 2017 (Convention Médicrime), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019 (RO 2018 4771 ; FF 2017 2945).

³ Art. 269 al. 2 let. m du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), introduit par le ch. II 2 de l'annexe à la LF du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019 (RO 2018 5103 ; FF 2015 7627).

le fond et à dire vrai, de nature punitive compte tenu du pouvoir punitif accordé aux autorités administratives.

[Rz 7] Il est donc clair que le DPA modèle 1974 a besoin d'un face-lifting – tout comme la Mustang de la même année d'ailleurs. Juste pour être complet et en finir avec la métaphore : le dernier modèle Mustang 2018 dispose d'un moteur V8 hybride, 400 PS,⁴ freins hyper-puissants, consommation d'essence modérée.

[Rz 8] Le même face-lifting est en vue pour le DPA avec la motion d'Andrea Caroni⁵ que le Parlement fédéral a adoptée sur recommandation du Conseil fédéral. Le Département de la Justice est mandaté pour créer un nouveau modèle qui satisfait tous ces besoins – besoins qui pourraient, d'ailleurs s'opposer les uns aux autres.

[Rz 9] Lors de l'entrée en vigueur du DPA 1974, le Conseiller d'Etat M. König, rapporteur de la commission – a annoncé d'un esprit combatif que la nouvelle loi servira à lutter contre **la véritable criminalité** en matière de droit administratif.⁶ Depuis lors, nous comparons constamment et depuis des décennies ce DPA avec le droit administratif en ce qui concerne le pouvoir de sanctionner, d'une part, et avec le Code de procédure pénale concernant la procédure, d'autre part.

[Rz 10] Il est temps de changer de perspective.

[Rz 11] Je vous propose de changer d'optique de deux manières différentes :

[Rz 12] D'abord, je m'interroge sur l'attribution elle-même de ce pouvoir punitif aux autorités administratives en ce qui concerne les infractions graves – Cette mise en question se base sur des réflexions purement théoriques – faute de mieux, faut-il ajouter, car nous ne disposons malheureusement pas de données statistiques qui pourraient nous servir comme matériel de base pour une analyse empirique. Or, je suggère fortement qu'une telle base soit créée et l'analyse effectuée lors de la préparation de la révision – mes réflexions sont l'étape préliminaire, je l'espère, dans laquelle nous esquissons la grille d'analyse, la matrice théorique pour l'analyse empirique.

[Rz 13] Dans un deuxième temps, je vais inverser la perspective généralement prise par la doctrine qui cible tout d'abord le développement du droit administratif et constate que le droit administratif devient de plus en plus répressif et qu'il s'assimile ainsi au droit pénal en revendiquant des compétences d'enquête pénale et de sanctions matériellement pénales. Il me semble important – pour mieux comprendre l'univers pénal comme il se présente en ce moment – d'attirer votre attention sur le développement inverse : le droit pénal devient de plus en plus administratif, il s'assimile au fonctionnement du droit administratif.

⁴ Ford teases V-8-powered Mustang hybrid, could be called Mach 1, Motor Authority, 19 octobre 2018, https://www.motorauthority.com/news/1119472_ford-teases-v-8-powered-mustang-hybrid-could-be-called-mach-1.

⁵ Motion 14.4122, Pour un droit pénal administratif moderne, 10 décembre 2014.

⁶ M. König, Conseil d'Etat, 5 juin 1973, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale 1973 vol. II cahier 2, p. 452; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif du 21 avril 1971 (FF 1971 I 1017); décision du Conseil des Etats du 14 décembre 1971, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale 1973 vol. II, p. 835 ss. Dans une première étape, les résultats des délibérations de la commission formée au sein de l'administration ont abouti à un avant-projet de loi fédérale sur la procédure pénale administrative (mars 1959), cf. Message FF 1971 I 1017, 1019. Suite à la lecture de cet avant-projet par une commission d'experts indépendante, l'administration a proposé d'uniformiser plus largement encore et dès lors d'inclure également quelques éléments constitutifs d'infractions « qui jouent un rôle dans tous ces domaines administratifs ». Le projet de loi est ainsi devenu un projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif (octobre 1962), cf. Message FF 1971 I 1017, 1020.

2. L'attribution du pouvoir punitif aux autorités administratives : l'argument de la supériorité remis en question

[Rz 14] Dans le but de justifier l'allocation d'un pouvoir punitif au sein d'une administration, il est de coutume d'évoquer :

- la subtilité et la complexité des infractions en col blanc ;
- la possibilité de masquer des activités illicites dans la routine quotidienne ;
- la possibilité de les cacher dans l'intimité de groupes d'entreprises ou de réseaux entrepreneuriaux complexes ;
- les multiples occasions de manipuler ;
- la nature souvent consensuelle des comportements illicites et la qualité souvent diffuse des victimes...⁷

[Rz 15] C'est pour ces raisons-là, dit-on, que seule une autorité administrative est capable de détecter et juger les sombres activités des administrés. De plus, on craint que les Ministères publics, déjà débordés par la masse des affaires quotidiennes, n'investissent pas suffisamment de ressources dans la lutte contre cette forme de criminalité.⁸

[Rz 16] Cependant, les critères objectifs du choix des autorités auxquelles on attribue ce pouvoir hybride ne sont pas très évidents.⁹ L'attribution est, concrètement, purement aléatoire, tributaire de critères assez peu précis. J'avoue que la logique derrière ce choix m'échappe souvent, et je constate que je ne suis pas la seule. Dans ce contexte, je me contente d'évoquer brièvement le scandale CarPostal face auquel le Conseil fédéral a apparemment pour la toute première fois constaté que l'impartialité et l'indépendance de l'autorité administrative de surveillance amenée à conduire la procédure pénale était potentiellement discutable, ce qui l'a conduit à confier l'enquête à la police fédérale – alors que la police ne peut dans aucun cas prendre le rôle de la direction de la procédure et que la loi sur le droit pénal administratif lui attribue un rôle bien déterminé!¹⁰

⁷ SUSAN P. SHAPIRO, *The Road Not Taken : The Elusive Path to Criminal Prosecution for White-Collar Offenders*, *Law & Society Review*, Vol. 19, No. 2 (1985), pp. 179 – 218, p. 181.

⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 21 avril 1971, *FF 1971 I 1017*.

⁹ M. Aubert, rapporteur pour la commission a reconnu ouvertement : « Pour le droit matériel, je reconnais que c'est la faiblesse du projet. Il n'y aurait eu aucun obstacle de principe à unifier entièrement le droit pénal administratif. Toutefois, à côté des 25 lois et arrêtés que nous avons revus, il aurait fallu en revoir encore 70 à 80, et cela eût dépassé les forces de l'administration », cf. CN procès-verbaux des débats du 5 juin 1973, p. 454. Aujourd'hui il existe une multitude de manières d'attribuer la compétence globale ou partielle, ou pas du tout à une autorité administrative. C'est la conclusion qui peut être tirée de l'analyse de 137 lois.

¹⁰ CarPostal Suisse SA : Aucune compétence du Ministère public de la Confédération et du Parquet général du canton de Berne, Communiqué de presse du MPC du 21 février 2018 dans lequel le MPC et le Parquet général du canton de Berne se déclarent non compétents pour enquêter sur les présumées subventions trop élevées reçues par CarPostal Suisse SA. En effet, la poursuite et le jugement des infractions en matière de subventions fédérales ont été confiés aux autorités administratives de la Confédération. Le texte de l'art. 39 al. 1 1^{ère} phrase de la Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (LSu ; RS 616.1) dispose que, en principe, « l'office fédéral compétent sur le fond » a la compétence de poursuivre et juger les infractions prévues aux art. 37 et 38 LSu. Par *office fédéral compétent sur le fond*, le législateur désigne manifestement l'office fédéral compétent pour traiter la demande d'aide financière et rendre une décision définitive. En l'espèce, l'OFT, plus précisément sa division Financement, est compétente pour rendre de telles décisions. Selon le Communiqué de presse du Conseil fédéral du 27 février 2018, le Conseil fédéral a chargé l'Office fédéral de la police (Fedpol) de mener la procédure pénale administrative. Ce choix a été justifié par le fait que ni le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), ni l'Office fédéral des transports (OFT) ni le Département fédéral

[Rz 17] Je ne doute pas, bien entendu, qu'une autorité avec d'autres compétences que la poursuite pénale puisse avoir des connaissances plus spécifiques concernant le droit matériel. Nul ne doute que l'autorité administrative est mieux à même de connaître les pratiques de ses propres administrés qui transgressent les normes imposées par le droit matériel du domaine particulier concerné.

[Rz 18] Or, la mise en œuvre du droit matériel n'est qu'une tâche parmi d'autres de l'autorité de poursuite pénale. Si on prend en considération les autres tâches, l'argument de supériorité de l'expertise spécialisée s'affaiblit. Le juriste américain Max Minzner critique, entre autre, un effet « silo ».¹¹ Autrement dit, il craint qu'une punition équitable fasse défaut car une telle punition devrait prendre en considération non seulement la validité interne, c'est-à-dire la juste peine en comparaison avec la pratique de l'autorité en question, mais également la validité externe, soit la cohérence avec la condamnation d'autres comportements punissables. Il y a le risque que la marge de discrétion pour déterminer la juste peine soit utilisée d'une manière distordue si elle est octroyée à une autorité administrative qui ne dispose pas d'une vue plus globale. De plus, il ne faut pas oublier l'obligation fondamentale (garantie par les art. 8 al. 1 et 29 al. 1 Cst.) de mener toute poursuite pénale de manière uniforme et non-discriminatoire.¹² Font partie de cette garantie le respect de la maxime d'office et du principe de légalité. Cependant, il semble exister le risque que les buts administratifs prévalent les objectifs de la poursuite pénale et que l'autorité administrative s'abstienne ainsi d'ouvrir une procédure pénale à l'encontre de certains administrés pour de faux motifs. La sanction administrative tendrait en pratique à prendre le pas sur la sanction pénale.¹³

3. « Criministrative Law I » et « Criministrative Law II » – la porosité des frontières

[Rz 19] En effet, on constate depuis des années que des sanctions administratives de plus en plus punitives sont créées – ce qui est peut-être lié à « [...] l'émergence d'une certaine défiance vis-à-vis du droit pénal, plus précisément de la peur que celui-ci ne soit pas assez sévère, efficace ou

des Finances n'auraient pu mener la procédure en toute impartialité et indépendance. Fedpol, en revanche, peut le faire, n'ayant aucun intérêt propre, cf. Postauto-Skandal, Jetzt ermittelt Fedpol gegen die Post, SRF, 27 février 2018, <https://www.srf.ch/news/schweiz/postauto-skandal-jetzt-ermittelt-fedpol-gegen-die-post>. Or, en matière de DPA, l'impartialité et l'indépendance de l'autorité de poursuite sont de toute manière douteuses : c'est, en effet, l'autorité qui a des intérêts propres dans la procédure qui mène cette même procédure. Fedpol a été constitué en 2000 afin de réunir dans un même office toutes les unités qui accomplissaient auparavant des tâches de police au niveau fédéral. A l'heure actuelle, Fedpol accomplit des tâches de police judiciaire, de police de sécurité et de police administrative ainsi que des tâches de soutien et de coordination à l'intention des autorités partenaires de la Confédération et des cantons. Ainsi, Fedpol ne dispose pas de compétences en matière de subventions, ce qui soulève la question de la légitimation de ce choix en vertu de la base légale.

¹¹ MAX MINZNER, Should Agencies Enforce?, 2015 Minnesota Law Review 99, pp. 2113ss., 2141ss.

¹² L'art. 16 al. 1 CPP attribue ce devoir explicitement au ministère public : il est exclusivement responsable de « l'exécution uniforme de l'action pénale de l'Etat » et n'a pas à sauvegarder d'autres intérêts de l'Etat comme c'est le cas pour le directeur ou le chef de l'administration concernée. Il s'agit d'un biais systémique et fonctionnel à l'égard de l'« administration concernée », cf. dans ce sens ANDREAS J. KELLER, Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwaltungsstrafrechts als Prozessgesetz, in : Andreas Eicker (éd.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, Zurich 2013, pp. 165 – 196, p. 173.

¹³ AGATHE LEPAGE, Les sanctions en droit pénal des affaires. Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires, in : Cécile Chainais/Dominique Femouillet (éds.), Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1, Paris 2012, pp. 95 – 108, p. 105.

dissuasif. La création de sanctions de droit pénal administratif entendait également combler de prétendues insuffisances du droit pénal (administratif) ». ¹⁴

[Rz 20] Pour dénommer cette assimilation du droit administratif au droit pénal, qui amène à un effacement des contours entre le droit administratif et le droit pénal, un auteur belge a créé la notion anglaise de « criministrative law ». ¹⁵

[Rz 21] Or, je vais maintenant inverser cette perspective. Je vous propose l'hypothèse que le droit pénal s'assimile de plus en plus au droit administratif, qu'il prend de plus en plus les contours structurels du droit administratif ! J'utilise ainsi la notion « criministrative law II » pour dénommer ce phénomène, notamment en matière de droit pénal économique lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la responsabilité pénale des personnes morales. ¹⁶

[Rz 22] Quels sont les traits, les développements actuels qui confirment mon hypothèse ?

1. La **dissolution de la division des pouvoirs** au sein de la justice pénale conduit à rapprocher la procédure pénale à la procédure administrative en ce sens que l'autorité qui enquête prend également la décision. En effet, la procédure pénale la plus commune est la procédure de l'Ordonnance pénale dans laquelle le Ministère public enquête et juge en même temps et la vaste majorité de telles procédures pénales se terminent par une Ordonnance pénale non frappée d'opposition.
2. Les procédures administratives sont dans la majorité des procédures menées sur dossier et ainsi **sans débats publics**. En matière pénale, certes, en principe le CPP impose que les débats devant le tribunal de première instance et la juridiction d'appel de même que la notification orale des jugements et des décisions de ces tribunaux sont publics, à l'exception des délibérations. ¹⁷ Or, il est évident que ce trait typique du droit pénal, les débats publics, n'est plus pertinent au vu de l'importance des procédures spéciales, procédures justement sans débats publics, la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure simplifiée avec une audience devant le tribunal vidée de sa substance. ¹⁸
3. Le troisième trait touche la relation entre le prévenu et l'autorité d'enquête, le Ministère public. Afin de pouvoir montrer l'assimilation de cette relation à la relation entre l'autorité administrative et l'administré, j'esquisse brièvement la perception traditionnelle en matière pénale : selon cette perception on se méfie du prévenu. L'établissement de la vérité matérielle est exclusivement à la charge des autorités pénales. La méfiance persiste même en cas d'aveu « [...] le ministère public ou le tribunal s'assurent de la crédibilité de ses déclarations

¹⁴ LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Qui a peur du droit pénal ?! La fausse bonne idée des sanctions administratives, *Contra Legem* 2018/2, pp. 65 – 71 ; cf. déjà le rapport d'avril 2003 de l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB) sur les sanctions qui déplorait un « éventail de sanctions [...] nettement insuffisant » ayant pour conséquence que certains faits « demeurent impunis » (p. 8). Il proposait de réduire les infractions de droit pénal administratif à l'essentiel et de confier la poursuite du reste des infractions à la CFB dans le cadre d'une procédure administrative au terme de laquelle de nouvelles sanctions administratives pourraient être prononcées tant contre les personnes physiques que contre les personnes morales (pp. 8 s.).

¹⁵ ANTOINE BAILLEUX, The fiftieth shade of grey. Competition law, « criministrative law » and « fairly fair trials », in : Francesca Galli/Anne Weyembergh (éds.), *Do labels still matter ? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles 2014, pp. 137 – 154.

¹⁶ DAVID M. UHLMANN, The Pendulum Swings : Reconsidering Corporate Criminal Prosecution, *U.C. Davis Law Review* 1235 (2016) ; DAVID M. UHLMANN, Reconsidering Corporate Criminal Prosecution, *Columbia Law School Blue Sky Blog* (le 19 août 2015).

¹⁷ Art. 69 al. 1 CPP.

¹⁸ Art. 3 CPP.

et l'invitent à décrire précisément les circonstances de l'infraction » selon l'art. 160 CPP. Or, notamment depuis l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales, la pratique de poursuite pénale est soumise à des changements fondamentaux. S'appuyer sur un aveu est devenu un élément essentiel d'une des trois (quatre si on inclut la procédure par défaut) types de procédure prévus par le CPP : la procédure simplifiée¹⁹. Le seul garde-fou retenu dans le système actuel est le contrôle par un juge – contrôle restreint à la question à savoir si la déposition préalable du prévenu concorde avec le dossier.²⁰ Mais la pratique ainsi que les attentes des autorités pénales vont clairement au-delà. En ce qui concerne la pratique, notamment le MPC contourne ce dernier contrôle judiciaire en combinant deux procédures spéciales : la procédure simplifiée avec la procédure de l'ordonnance pénale. Ainsi une diminution du contrôle judiciaire, accompagnée par l'absence des audiences publiques, est atteinte.

4. Ceci favorise et augmente **l'échange informel** entre l'autorité et les parties – un trait caractéristique de la relation entre l'autorité de surveillance et l'administré.²¹ Il s'agit apparemment d'une pratique également adoptée par le MPC comme on a pu l'apprendre par l'exemple hautement médiatisé de l'échange informel entre le MPC et la FIFA lors des enquêtes pénales au sein de la FIFA. Selon le chef du MPC ces « réunions de coordination » – réunions informelles, non consignées à un procès-verbal – sont indispensables pour mener à bien des procédures complexes de manière accélérée. Il les considère nécessaires afin de pouvoir identifier et déterminer l'état des lieux de concert avec les parties à la procédure.²²
5. Cet échange informel est en lien étroit avec un autre phénomène qui survient dans la pratique et qui relève aussi d'un aspect typiquement administratif : **l'enquête collaborative**. Certes, dans la maxime inquisitoire qui s'applique tant en procédure administrative qu'en procédure pénale, c'est à l'autorité administrative « *qu'il incombe d'élucider l'état de fait de manière exacte et complète; elle dirige la procédure et définit les faits qu'elle considère comme pertinents, ainsi que les preuves nécessaires, qu'elle ordonne et apprécie d'office (art. 12 PA et ATAF 2009/60 consid. 2.1.1). [...]* ». Or, cette maxime inquisitoire « [...] trouve sa limite dans l'obligation qu'a la partie de collaborer à l'établissement des faits qu'elle est le mieux placée pour connaître (art. 13 PA et 8 LAsi ; ATAF 2011/54 consid. 5.1 ; 2009/50 consid. 10.2.1) ». ²³ Les parties ont l'obligation d'informer et de divulguer les informations pertinentes à l'autorité administrative (art. 13 al. 1 let. c PA). En particulier, cette obligation de collaboration s'applique même si elle porte préjudice à ses intérêts.²⁴ Et en procédure pénale ? Il sied de constater que les enquêtes pénales ont, quant à elles, commencé à s'assimiler à une telle enquête collaborative administrative dans le sens où il est devenu de plus en plus commun de pratiquer de nouvelles formes de collaboration – auparavant impensable en matière de procédure pénale. Ainsi, des enquêtes internes menées par les entreprises elles-mêmes ou menées par des entreprises de révision mandatées par l'entreprise faisant l'objet de l'en-

¹⁹ Art. 358 al. 1 CPP.

²⁰ Art. 361 al. 2 CPP.

²¹ CLAUDIA M. FRITSCHÉ/NADINE STUDER, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, PJA 2018, pp. 168 – 180, p. 173.

²² Reichlich Zündstoff in der Bundesanwaltschaft ; Lauber verteidigt Treffen mit Infantino – und will weiter Bundesanwalt bleiben, NZZ du 21 novembre 2018 ; Drittes Geheimtreffen mit Fifa-Präsident Infantino, Tages-Anzeiger du 13 avril 2019.

²³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-7148/2017 du 14 mars 2019, cons. 2.7.

²⁴ ATF 132 II 113 cons. 3.2.

quête pénale sont intégrées dans l'enquête pénale, amenant à un partenariat extraordinaire et sans contours précis entre l'autorité publique et les personnes privées.²⁵ Dès lors, tout comme en matière administrative²⁶, une telle coopération des privés est justifiée par le fait que les questions à aborder sont complexes et que l'autorité ne possède pas régulièrement l'expertise du secteur concerné : de plus, le simple fait de révéler les structures internes d'une multinationale ou d'établir les flux financiers (impliquant des sociétés offshores et des hommes de paille) dépasserait largement les ressources humaines, financières et technologiques de l'autorité.²⁷ Cette approche s'impose d'autant plus qu'en matière de droit pénal au sein des grandes entreprises, les enquêtes impliquent l'analyse d'un très grand nombre de documents et ne peuvent être efficaces que moyennant la coopération des entreprises au sein desquelles les violations sont constatées ou supposées.²⁸ Comparé aux services forensiques privés à disposition, comme celui de Deloitte ou KPMG, les outils à disposition des ministères publics semblent être bien moindres.²⁹

6. Or, l'aveu, la diminution du contrôle judiciaire, l'échange informel sont suffisants. De plus, c'est l'**auto-dénonciation** – élément important du droit administratif³⁰, notamment en droit fiscal – qui est fortement revendiquée par le MPC lors des prises de position suite à la procédure de consultation concernant la révision du CPP. Le MPC propose dès lors l'introduction d'une nouvelle procédure (Aufschub der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unter-

²⁵ FRANCESCO CENTONZE, Public-Private-Partnerships and Agency Problems : The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption, in : Stefano Manacorda et al. (éds.), Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model, New York 2014, pp. 43 – 67.

²⁶ Cf. CLAUDIA M. FRITSCHÉ/NADINE STUDER, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, PJA 2018, pp. 168 – 180.

²⁷ Pour un exemple cf. Fifa-Untersuchungen : Bundesanwalt Lauber sucht den Befreiungsschlag, Tagblatt du 21 novembre 2018, article de presse selon lequel le MPC a séquestré des données d'un montant de 19 Terabyte lors des enquêtes, <https://www.tagblatt.ch/schweiz/fifa-untersuchungen-bundesanwalt-lauber-sucht-den-befreiungsschlag-ld.1072046>. Pour le droit administratif, notamment le droit sur les cartels, cf. GIULIA MEIER, Nemo tenetur in kartellrechtlichen Verfahren, sic! 2018, pp. 453 – 462, p. 454.

²⁸ DAVID RAEDLER, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain. Instruction de l'entreprise ou Cheval de Troie de l'autorité?, Lausanne 2018, p. 4.

²⁹ Cf. LAURENT LÉGER, Lafarge en Syrie : enquête sous haute tension, L'Express du 20 février 2018 : « Récupérant des clefs USB comportant des milliers de fichiers non classés et présentés dans un désordre absolu, le juge Bilger en vient à demander à Lafarge un outil permettant d'en faciliter la lecture. Car, contrairement à ceux de Baker [Baker Mc Kenzie, entreprise qui a rédigé le rapport de l'enquête interne], qui a travaillé avec des équipes de Washington comme de Londres et de Belfast, les moyens de la justice française sont ce qu'ils sont : pauvres! ».

³⁰ La question de savoir à quel point les garanties procédurales découlant de l'art. 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH; RS 0.101), notamment le droit de ne pas devoir s'auto-incriminer, sont applicables dans une procédure administrative qui aboutit en une sanction dite « quasi-punitivité » fait l'objet de discussions intensives et passionnées depuis des années, cf. ATF 140 II 384; MARCEL NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und « Sozialethisches Unwerturteil », in : Marc Amstutz/Inge Hochreutener/Walter Stoffel (éds.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zurich 2011, pp. 91 – 114; MARCEL NIGGLI/STEFAN MÄDER, Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht – Grundprobleme / 1.-2.; 3.-6. in : Andreas Eicker (éd.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, Zurich 2013, pp. 27 – 65; MARCEL NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1 : Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel und Verwaltungsstrafrecht, Teil 2 : Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in : Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (éds.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurich 2010, pp. 41 – 74, p. 62 s.; GUNTHER ARZT, Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung, Juristenzeitung 9/2003, pp. 456 – 460; CHRISTOF RIEDO, Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2013 (B-4830/2011), PJA 2013, pp. 1525 – 1533, p. 1530 chiffr. 5; SIMON ROTH, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz « nemo tenetur se ipsum accusare », RPS 129/2011, pp. 296 – 321, p. 310 ss.; GIULIA MEIER, Nemo tenetur in kartellrechtlichen Verfahren, sic! 2018, pp. 453 – 462; DAVID RAEDLER/BENOÎT CHAPPUIS, Les enquêtes internes et le secret professionnel de l'avocat : la fin d'une époque?, Revue de l'avocat 2018, pp. 297 – 302; ALAIN GIRARD, L'enquête préalable en droit de la concurrence, AISUF - Traavaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Band/Nr. 383 2018, pp. 261 – 276.

nehmen, AAU), similaire à la procédure américaine Deferred Prosecution Agreement, afin d'encourager les entreprises à s'auto-dénoncer en offrant d'échapper non pas seulement à toute sanction pénale, mais à une condamnation tout court, est revendiquée pour rendre l'auto-dénonciation plus attractive encore.³¹ Ainsi, la procédure pénale se détourne et se trouve privée de son élément essentiel : la condamnation à une punition. Pour quelles raisons ? Afin de satisfaire les besoins économiques des entreprises internationales car une condamnation – même à une amende symbolique d'un 1 franc (SV.15.0584, ordonnance pénale du 23 mars 2017, cons. 3.5) seulement – « peut entraîner des dommages collatéraux importants, y compris la perte de licences officielles étrangères, en particulier dans les procédures contre des entreprises actives au niveau international. Afin de protéger les intérêts des entreprises suisses et, par conséquent, de l'économie suisse, il convient donc de prévoir la possibilité de différer une mise en accusation et, si les conséquences accessoires convenues sont respectées, de renoncer à une mise en accusation à l'issue de la période probatoire ». ³² Voilà la preuve que la justice pénale, laquelle a à peine réussi à s'affirmer contre l'économie, est déjà submergée par l'économie et se soumet à une logique complètement étrangère.

7. En effet, on peut également constater que punir, donc amender une entreprise incriminée selon l'art. 102 CP n'est plus le but principal du droit pénal. C'est la dernière assimilation au droit administratif que j'aborde. La nouvelle procédure proposée par le MPC montre qu'au lieu de sanctionner le comportement défaillant – tout en espérant que ceci aura l'effet dissuasif selon nos théories de droit pénal – les procureurs prennent un tout autre rôle dans la pratique de la justice pénale américaine, anglaise et française³³ : rôle revendiqué maintenant également par le MPC dans sa proposition issue de sa prise de position lors de la consultation de la révision du CPP. Ce rôle inclut clairement une mission administrative dans le sens où le MPC se charge de diriger et de surveiller la mise en œuvre et le suivi des

³¹ Vernehmlassung Revision der Strafprozessordnung (StPO), Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung Strafprozessordnung : Vernehmlassung der Bundesanwaltschaft (BA) Revision der Strafprozessordnung (StPO) : Aufschiebung der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU), cf. https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Organisationen_Teil_1.pdf; GRÉGOIRE MANGEAT/FANNY MARGAIRAZ, La possibilité d'un Deferred Prosecution Agreement à la façon suisse, bientôt dans notre droit ?, Le Temps, 3 mai 2018.

³² Cf. la prise de position du MPC, note n°31.

³³ En effet, la revendication d'une telle mesure par le MPC suisse est la réaction à une pression d'améliorer sa propre position vis-à-vis des autres juridictions. C'est une véritable compétition entre les juridictions pour la meilleure place de poursuite pénale des multinationales qui a lieu. Aux Etats-Unis la mise en place d'un compliance monitor est devenue une mesure de plus en plus utilisée ; en France, elle a été intégrée à l'art. 41-1-2 et 180-2 CPPF par la Convention Judiciaire d'Intérêt Public au sens de l'art. 22 de la loi Sapin II : uniquement applicable aux personnes morales, cette mesure permet au procureur de la République, « tant que l'action n'a pas été mise en mouvement », c'est-à-dire jusqu'à l'issue de l'enquête préliminaire, ou au-delà si la personne morale reconnaît les faits et leur qualification pénale, de proposer à cette dernière un arrangement sur le modèle des procédures accélérées américaines. Par la coopération de la personne morale, le procureur pourra évidemment clore sa procédure plus rapidement et à moindre frais, tandis que la personne morale concernée bénéficiera évidemment d'un allègement de peine. ASTRID MIGNON COLOMBET/FRANÇOIS BUTHIEAU, Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ?, La semaine de la doctrine (2013), pp. 33 – 40 ; LAURENT COHEN-TANUGI/EMMANUEL BREEN, Le deferred prosecution agreement américain. Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale, La semaine juridique (2013), pp. 1663 – 1667 ; MADDIE McMAHON, Defining Declinations : A New Enforcement Action, GAB | The Global Anticorruption Blog. Law, Social Science, and Policy, posted on June 25, 2018 ; KAREN WOODY, « Declinations with Disgorgement » in : FCPA enforcement, University of Michigan Journal of Law Reform (2018) Vol. 51 Issue 2, pp. 269 – 311, p. 267 ; JED S. RAKOFF, « Why have no high level executives been prosecuted in connection with the financial crisis ? », in : Journée d'étude du 19 décembre 2013. La Justice négociée américaine – un nouvel enjeu économique et stratégique. Dossier d'orientation, pp. 51 – 69, p. 65 ; MICHAEL BISGROVE, Weekes Mark, Deferred Prosecution Agreements : A Practical Consideration, Crim. L. R. Issue 6 (2014), pp. 416 – 438, p. 417.

règles de conformité par le biais d'un « compliance monitor », une gouvernante.³⁴ Dans le cadre de l'accord sur lequel l'AUA est basée, l'entreprise va être obligée d'améliorer ses processus de conformité ou d'introduire des programmes de conformité efficaces sur une base « sur mesure ». Si l'entreprise s'acquitte de toutes ses obligations en matière d'organisation, elle renforcera sa réputation dans la concurrence économique et la réputation de la place financière suisse – selon le MPC. Or, ni l'un, ni l'autre n'est un but légitime de la justice pénale.

4. Conclusion

[Rz 23] Retournons donc, pour conclure, à la Ford Mustang. Afin de transformer le DPA version 1974 en un engin similairement utile, esthétique et à la hauteur actuellement, il est indispensable d'entamer, tout d'abord, une analyse empirique de la pratique des différentes autorités administratives concernant la mise en œuvre du droit pénal administratif et des sanctions administratives. Les pierres angulaires d'une telle analyse pourraient porter sur les questions suivantes :

- Sur quelle base d'informations une enquête de droit pénal administratif est-elle ouverte ?
- Par quelle autorité et comment la marge d'appréciation concernant cette ouverture est-elle utilisée ?
- Combien de décisions de classement sont rendues par année et à quelles peines conduisent les condamnations ?

[Rz 24] L'impression d'un arbitrage administratif peut découler d'une réaction aux faibles taux de rejet qui caractérisent l'arbitrage administratif.³⁵ Ce n'est que par une telle analyse que l'argument primordial, celui de la supériorité de l'autorité administrative peut vraiment être évalué.

[Rz 25] Ensuite, je suggère fortement que cette révision du droit pénal administratif soit aussi l'occasion pour les pénalistes de réfléchir attentivement aux traits typiques du droit pénal actuel et d'être attentifs à l'assimilation du droit pénal au droit administratif car une telle assimilation met en question, de manière fondamentale, toute légitimation de la justice pénale.

NADJA CAPUS, Professeure de droit pénal et procédure pénale à l'Université de Neuchâtel.

³⁴ Cf. STEVE JEANNERET, *Le Compliance monitoring – Une véritable griffe pour le tigre de papier ?*, Mémoire de Master sous la direction de la Prof. N. Capus, Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2018 avec une propre proposition de disposition.

³⁵ RICHARD A. POSNER, *The Behavior of Administrative Agencies*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2 (Jun., 1972), pp. 305 – 347, 339.