

44#

Newsletter

Septembre 2023

# Condamnation pénale de l'entreprise – Aperçu

=

Resolution

LEGAL PARTNERS

## I. Responsabilité pénale de l'entreprise dans l'ordre juridique suisse

Le droit pénal suisse était fondé sur l'idée que seules des personnes physiques pouvaient être reconnues coupables de la commission d'infractions pénales (*societas delinquere non potest*). Vu le rôle important de l'entreprise dans la société moderne<sup>1</sup>, le législateur fédéral a introduit le 1<sup>er</sup> octobre 2003 une nouvelle disposition dans le Code pénal (CP) sur la « punissabilité de l'entreprise » (art. 100quater aCP, puis art. 102 CP dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007)<sup>2</sup>. L'entreprise est ainsi devenue sujet de droit pénal distinct<sup>3</sup>. La loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1975, prévoyait déjà à son article 7 un mécanisme de responsabilité pénale de l'entreprise.

## II. Mécanisme de l'article 102 CP

L'application de l'article 102 CP suppose la réalisation de **quatre conditions générales** : une infraction (crime ou délit) doit avoir été commise (1)<sup>4</sup>, au sein de l'entreprise (2), dans l'exercice d'activités commerciales (3), conformes au but de l'entreprise (4). La notion d'entreprise vise toutes les personnes morales du droit privé, de droit public, les sociétés et même l'entreprise individuelle.

L'article 102 CP prévoit deux types de responsabilité pénale, dont chacune répond à des conditions spécifiques supplémentaires :

- **responsabilité subsidiaire** (art. 102 al. 1 CP) : n'intervient que si le crime ou le délit commis ne peut pas être imputable à une personne physique déterminée en raison de carences organisationnelles au sein de l'entreprise. Le reproche adressé à l'entreprise (culpa) réside dans le « défaut d'organisation » en son sein, conduisant à l'impossibilité d'identifier la personne physique ayant commis l'infraction reprochée (lien de causalité). Il s'agit ainsi d'une norme d'imputation<sup>5</sup>.
- **responsabilité primaire** (art. 102 al. 2 CP) : pour certaines infractions graves, l'entreprise peut être recherchée pénalement même si la personne physique auteure de l'infraction est identifiée. La responsabilité de l'entreprise est dans ce cas « autonome » et « indépendante ». Pour que l'article 102 al. 2 CP s'applique, il doit s'agir de l'une ou plusieurs des sept infractions listées<sup>6</sup>. En outre, à titre de faute (culpa), il doit être reproché à l'entreprise de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables pour empêcher la commission des infractions concernées.

Si les conditions sont remplies, l'entreprise est condamnée à une amende, dont le montant peut aller jusqu'à CHF 5 millions, en fonction de la gravité de l'infraction, du manque d'organisation, du dommage causé et de la capacité économique de l'entreprise<sup>7</sup>.

### III. Règles de l'article 7 DPA

La DPA est applicable lorsqu'une autorité administrative se retrouve légalement chargée de poursuivre et de juger des infractions<sup>8</sup>. Cette loi intègre ainsi à la fois des dispositions de procédure, des règles générales de droit pénal et des infractions pénales propres au droit pénal administratif.

Aux termes de l'article 7 DPA, lorsque l'amende à prononcer ne dépasse pas CHF 5'000.-, l'entreprise peut être condamnée **en lieu et place de la personne physique responsable** lorsque l'enquête pour identifier cette personne serait disproportionnée par rapport à la peine encourue. L'autorité doit toutefois agir de manière sérieuse et procéder à un minimum de mesures d'instruction avant de décider de sanctionner l'entreprise<sup>9</sup>. Pour appliquer l'article 7 DPA, l'infraction sous-jacente doit avoir été commise<sup>10</sup>, sans pour autant que la personne physique responsable soit identifiée.

La disposition répond ainsi à des objectifs de célérité et d'opportunité. De nombreuses lois fédérales renvoient au mécanisme de l'article 7 DPA, sans que l'ensemble de la DPA ne s'applique nécessairement à la poursuite et au jugement des infractions en cause, en dérogeant régulièrement au plafond d'amende de CHF 5'000.-<sup>11</sup>.

### IV. Quelques précisions procédurales

L'article 112 du Code de procédure pénale (CPP) dispose qu'un **représentant de l'entreprise**, disposant de pouvoirs sous l'angle civil, doit être nommé en cas de procédure pénale dirigée contre elle. L'article 112 al. 4 CPP précise que les procédures menées pour les mêmes faits ou des faits connexes contre des personnes physiques et contre l'entreprise peuvent être jointes.

La présomption d'innocence s'applique à l'entreprise<sup>12</sup>. Toutefois, lorsqu'une société soumise à la surveillance de la FINMA est prévenue dans la procédure pénale, une tension importante peut être créée : l'entreprise sera au bénéfice du droit de ne pas s'auto-incriminer envers les autorités pénales, tout en restant soumise à une obligation stricte de collaborer auprès de la FINMA<sup>13</sup>, alors que les autorités pénales peuvent requérir le versement du dossier administratif de la FINMA dans celui de la procédure pénale<sup>14</sup>.

### V. Pratique des autorités pénales

**Rares sont les décisions judiciaires publiées en matière de responsabilité pénale de l'entreprise.** Les conditions d'application de l'article 102 CP sont effectivement restrictives : si l'autorité pénale ne parvient pas à démontrer la réalisation de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction en cause, l'entreprise ne pourra pas être condamnée<sup>15</sup>. Lorsqu'il s'agit d'infractions de corruption transnationale, la récolte des preuves représente un important défi pour les autorités pénales. Ensuite, les entreprises sont souvent condamnées par la voie de l'ordonnance pénale<sup>16</sup>, prononcé rendu directement par le Ministère public et non publié. Enfin, en application de l'article 53 du CP, qui permet de classer une procédure si l'auteur de l'infraction a réparé le dommage, plusieurs affaires pénales genevoises retentissantes se sont soldées par la non-condamnation d'importantes multinationales en contrepartie du paiement de sommes d'argent à titre de réparation (en millions)<sup>17</sup>.

En raison de ces difficultés, la Suisse essuie régulièrement des critiques de la part de la Communauté internationale et de l'OCDE notamment<sup>18</sup>.

*Le contenu de cette Newsletter, établie le 1<sup>er</sup> septembre 2023, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats répondra volontiers à vos questions.*



**Pascal de Preux**  
Avocat associé  
depreux@resolution-lp.ch



**Julien Gafner**  
Avocat associé  
gafner@resolution-lp.ch



**Marc-Henri Fragnière**  
Avocat associé  
fragniere@resolution-lp.ch



**Françoise Martin Antipas**  
Avocate associée  
martinantipas@resolution-lp.ch

<sup>1</sup> Le Tribunal fédéral avait reconnu dans les années 1990 la figure de la responsabilité du chef d'entreprise dans l'affaire Von Roll notamment (ATF 122 IV 103).

<sup>2</sup> Révision de la partie générale du Code pénal du 21 septembre 1998 (FF 1999 1787, pp. 1943 ss).

<sup>3</sup> Art. 102 al. 4 CP.

<sup>4</sup> L'ensemble des éléments constitutifs objectifs et subjectifs doivent être réalisés. La preuve de la réalisation de l'élément subjectif (intention ou négligence) est difficile à rapporter, de même que les éventuels faits justificatifs, lorsque l'auteur n'est précisément pas identifiable (voir notamment l'arrêt « La Poste Suisse » : ATF 142 IV 333).

<sup>5</sup> Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle infraction reprochée à l'entreprise (ATF 146 IV 68).

<sup>6</sup> Organisations criminelles et terroristes (art. 260ter CP), financement du terrorisme (art. 260quinquies CP), blanchiment d'argent (art. 305bis CP), corruption active (art. 322ter CP), octroi d'un avantage (art. 322quinquies CP), corruption d'agents publics étrangers (art. 322septies al. 1 CP) ou corruption privée active (art. 322octies CP).

<sup>7</sup> Art. 102 al. 3 CP.

<sup>8</sup> Par exemple, l'article 50 LFINMA précise que le Département fédéral des finances est compétent pour poursuivre et juger les infractions prévues dans les lois fédérales sur les marchés financiers (par exemple la violation de l'obligation de communiquer des soupçons fondés de blanchiment, art. 37 LBA).

<sup>9</sup> Arrêt du Tribunal fédéral TF 6B\_256/2007 du 15 octobre 2007, c. 3 et 4 ; A. M. GARBARSKI, L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure, in RPS 130/2012, p. 409.

<sup>10</sup> Comme pour l'article 102 CP, l'ensemble des éléments constitutifs objectifs et subjectifs doit être réalisé. La problématique de la réalisation de l'élément subjectif relevée dans le cadre de l'article 102 CP vaut ainsi également dans l'application de l'article 7 DPA.

<sup>11</sup> Art. 125 de la Loi sur les douanes (CHF 100'000.- d'amende), art. 100 LTVA (CHF 100'000.- d'amende), art. 62 de la Loi sur la protection de l'environnement, art. 89 de la Loi sur les produits thérapeutiques (CHF 20'000.- d'amende), etc.

<sup>12</sup> ATF 142 IV 207, c. 8 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_59/2020 du 19 juin 2020, c. 7.2.

<sup>13</sup> Art. 29 FINMA notamment, avec la possibilité de menacer l'assujetti à des sanctions en cas de défaut ou mauvaise collaboration (art. 45 et 48 FINMA).

<sup>14</sup> Une requête de mise sous scellés des documents obtenus par le Ministère public permet de sauvegarder les intérêts de l'entreprise prévenue. Les documents peuvent ensuite être caviardés au moment de la levée des scellés (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_59/2020 du 19 juin 2020, c. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_53/2022 du 14 juillet 2022, c. 3).

<sup>15</sup> C'est notamment ce qu'a rappelé le Tribunal fédéral dans l'arrêt « La Poste Suisse » (ATF 142 IV 333).

<sup>16</sup> Art. 353 al. 1 let. a CPP.

<sup>17</sup> Alstom SA, Addax ou encore HSBC ont profité de l'application de l'article 53 CP pour échapper à toute condamnation (TRANSPARENCY INTERNATIONAL SUISSE, Punissabilité de l'entreprise, rapport publié en mars 2021 : [https://transparency.ch/wp-content/uploads/2021/02/Punissabilite\\_de\\_lentreprise.pdf](https://transparency.ch/wp-content/uploads/2021/02/Punissabilite_de_lentreprise.pdf), p. 18).

<sup>18</sup> Voir notamment la Déclaration du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption : La Suisse devrait prendre de toute urgence des mesures concrètes pour adopter des réformes législatives clés : <https://www.oecd.org/fr/presse/declaration-du-groupe-de-travail-de-l-ocde-sur-la-corruption-la-suisse-devrait-prendre-de-toute-urgence-des-mesures-concretes-pour-adopter-des-reformes-legislatives-cles.htm> ; voir également OCDE, Mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de suivi écrit de phase 4 – Suisse, du 16 octobre 2020 : <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/Suisse-rapport-suivi-ecrit-phase-4-FR.pdf>.