

N

Monthly
Newsletter
February 2021

**White-Collar Crime and
Compliance**

**Schellenberg
Wittmer**



Développements en matière de droit pénal des entreprises

Peter Burckhardt, Roland M. Ryser

Key Take-aways

- 1.** Les procédures pénales visant des entreprises, notamment pour des infractions de blanchiment d'argent et de corruption, ont fortement augmenté en Suisse.
- 2.** La jurisprudence sur les questions essentielles de procédure et de fond en matière de droit pénal des entreprises fait largement défaut, ce qui entraîne une importante insécurité juridique dans la pratique.
- 3.** Afin d'éviter des conséquences disproportionnées pour les entreprises et leurs stakeholders, des instruments procéduraux pour la résolution alternative de procédures (Deferred Prosecution Agreement) s'avèrent nécessaires.

1 Introduction

Depuis près de deux décennies, l'art. 102 du code pénal suisse (CP) a instauré la **responsabilité pénale des entreprises**. Ainsi, les entreprises sont en particulier tenues pénalement responsables de certaines infractions dans le domaine de la criminalité économique (organisation criminelle, financement du terrorisme, blanchiment d'argent et actes de corruption) si elles n'ont pas mis en œuvre les mesures suffisantes pour prévenir de telles infractions.

Au cours des premières années qui ont suivi son entrée en vigueur le 1er octobre 2003, la pratique juridique était muette en ce qui concerne le droit pénal des entreprises. Cependant, les voix qui s'élevaient parmi les auteurs de doctrine qualifiant cette disposition de "tigre de papier", se sont avérées prématurées. Avec les affaires Alstom et La Poste Suisse, le droit pénal des entreprises a été pour la première fois porté à l'attention d'un plus large public : en 2011, Le Ministère public de la Confédération a condamné une filiale suisse du groupe français Alstom par ordonnance pénale pour des actes de corruption commis à l'étranger. La Poste Suisse a été condamnée en première instance par un tribunal de Soleure pour blanchiment d'argent, mais a ensuite été acquittée par les juridictions d'appel. Depuis lors, **le droit pénal des entreprises a considérablement gagné en importance** et des procédures sont régulièrement engagées contre des entreprises suisses et étrangères.

L'art. 102 CP est une norme d'attribution du droit pénal.

En pratique, ces procédures portent principalement sur des faits de **blanchiment d'argent et la corruption**, étant précisé que le secteur industriel, le secteur bancaire et le commerce des matières premières sont visés dans une mesure supérieure à la moyenne. Les sanctions prononcées contre les entreprises et qui sont publiquement connues vont d'un franc symbolique dans le cas d'une autodénonciation jusqu'à presque l'amende maximale de 5 millions de francs suisses prévue par la loi. En outre, des confiscations ou des créances compensatrices à hauteur de plus de CHF 100 millions ont été ordonnées. Dans un nombre non négligeable de cas, des décisions de classement ont été rendues contre des paiements en réparation élevés, en application de l'art. 53 CP.

Il est frappant de constater que les entreprises concernées **coopèrent** souvent aux procédures et que, par conséquent, seuls quelques cas sont portés devant les tribunaux suite à un recours déposé dans le cadre de la procédure d'instruction ou consécutivement à mise en accusation. La procédure se conclut généralement par une **ordonnance pénale ou une ordonnance de classement**

rendue par le ministère public. La jurisprudence est par conséquent peu abondante, ce qui entraîne une grande insécurité juridique dans la pratique. Dans ce contexte, les sections suivantes examinent la jurisprudence qui a été rendue jusqu'à présent et met en évidence un certain nombre de questions juridiques importantes non résolues. Enfin, un bilan sera établi et la nécessité d'instruments de résolution alternatifs des procédures sera examinée.

2 Jurisprudence

Selon la jurisprudence, l'art. 102 CP ne constitue pas une infraction (contravention) indépendante. Il s'agit davantage d'une **norme d'imputation**, en vertu de laquelle l'infraction principale commise par des employés est attribuée à l'entreprise (ATF 146 IV 68 ss ; TPF, BB.2016.359 ; SOG 2012 n°11). Des questions essentielles telles que la prescription de la responsabilité de l'entreprise trouvent ainsi une réponse dans la qualification de l'infraction principale en tant que crime ou délit.

L'**arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire de la Poste Suisse** (ATF 142 IV 333 ss) est considéré comme l'arrêt de principe (*Leading Case*) : suite à un retrait d'argent liquide effectué par un client, des allégations de blanchiment d'argent ont été formulées à l'encontre de la Poste. Après une condamnation en première instance, la Poste a été acquittée par le Tribunal supérieur du canton de Soleure. Le Tribunal fédéral a confirmé cet acquittement et a jugé que les conditions objectives et subjectives de l'infraction commise par l'employé (ou les employés) constituaient une **condition objective préalable à la responsabilité pénale** ("*objektive Strafbarkeitsbedingung*") de l'entreprise et devaient par conséquent être suffisamment établies. Le ministère public avait auparavant classé la procédure ouverte à l'encontre des employés de la Poste pour blanchiment d'argent, respectivement partiellement renoncé à entrer en matière, ce qui a mené au constat que cette condition faisait défaut.

La procédure engagée contre la Poste Suisse est également intéressante à un autre titre : au cours de la procédure pénale, la Poste Suisse a été transformée en société anonyme de droit public et le secteur d'activité concerné par l'infraction a été transférée à une filiale. Le Tribunal supérieur du canton de Soleure a estimé que la responsabilité pénale continuait d'incomber à la **société mère transférante** après la restructuration (OGer SO, STBER.2011.32). Selon une décision du Tribunal pénal fédéral, même l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre d'une entreprise n'empêche pas la poursuite de la procédure pénale contre celle-ci (TPF, BB.2016.359).

D'autres décisions ont porté sur la relation entre les **procédures engagées contre la société et l'auteur**. Les tribunaux ont estimé que ces procédures devaient être menées **séparément**, ce qui a un impact significatif sur les droits de l'entreprise concernée et de ses employés de participer à la procédure et de consulter le dossier de la procédure. Les recours formés contre la disjonction des procédures ont systématiquement été rejetés, pour des motifs pratiques justifiant une conduite séparée des procédures (TPF, BB.2019.100 ; BB.2017.51 ; BB.2017.35 ; BB.2016.84 ; voir aussi TF, 6B_233/2018).

3 Questions juridiques ouvertes

Des questions juridiques restent ouvertes en particulier dans des **cas internationaux** : en vertu du **principe de territorialité**, les sociétés mères étrangères sont en général soumises à la **compétence pénale suisse** pour des infractions commises au sein de leurs filiales suisses. L'on peut cependant se poser la question de savoir en vertu de quelle loi il sied d'examiner le défaut d'organisation de la société mère étrangère ainsi que la levée du voile social à son égard. A tout le moins, la pratique des autorités de poursuite pénale consistant à appliquer une norme purement suisse et à ignorer le droit applicable à la société mère étrangère semble douteuse.

La **situation inverse** soulève également des questions : nous estimons que contrairement à la pratique des autorités de poursuite pénale, le seul domicile suisse de la société ne suffit pas à établir la compétence suisse pour des infractions commises dans les filiales ou succursales étrangères de celle-ci. Il faut plutôt que le défaut d'organisation en question soit **survenu au moins en partie en Suisse** ou que la compétence soit fondée sur le principe de la personnalité active en vertu de l'art. 7 CP. Ce dernier cas exigerait obligatoirement la réalisation de la double incrimination tant pour l'infraction principale que pour l'infraction commise par une société à l'étranger et en Suisse.

Indépendamment de la compétence, la question se pose, dans le cas d'infractions commises à l'étranger, de savoir comment l'infraction et le défaut d'organisation doivent être **matériellement établis**. À notre avis, en tout état de cause – là encore contrairement à la pratique des autorités de poursuite – une norme purement suisse ne peut être appliquée. L'infraction principale doit plutôt être punissable tant en vertu du droit étranger que du droit suisse, ainsi que le prévoit l'art. 305^{bis} ch. 3 CP pour les infractions préalables au blanchiment d'argent commises à l'étranger. Il doit en être de même pour le défaut d'organisation : Si l'entreprise suisse s'est conformée aux exigences organisationnelles locales à l'étranger, il ne devrait pas y avoir de responsabilité pénale. En revanche, la seule violation des règles d'organisation étrangères ne suffit pas. Il doit être prouvé que la société mère suisse a en outre enfreint les règles organisationnelles suisses en ce qui concerne ses filiales étrangères.

Les questions juridiques ouvertes existent surtout dans les affaires internationales.

Enfin, d'un **point de vue procédural**, la question se pose de savoir en quelle qualité les **employés** des entreprises poursuivies doivent être interrogés. L'art. 178 lit. g du Code de procédure pénale suisse (**CPP**) stipule que toute personne qui a été ou pourrait être désignée comme représentant d'une

entreprise, ainsi que ses collaborateurs, est considérée comme une personne appelée à donner des renseignements et a donc le droit de refuser de témoigner. Théoriquement, tout salarié disposant d'un droit de signature individuel ou collectif pourrait être désigné comme représentant de l'entreprise. La question se pose donc de savoir si ces employés ne doivent être entendus en tant que personnes appelées à donner des renseignements aussi longtemps qu'aucun représentant de l'entreprise n'a encore été désigné, ou si l'on peut déduire de l'art. 178 lit. g CPP un droit général de refuser de témoigner pour pratiquement tous les cadres et leurs employés directs. Même si cela ne facilite pas les poursuites pénales contre les entreprises, ce dernier cas doit être accepté dans l'intérêt des droits de défense de l'entreprise.

La création de Deferred Prosecution Agreements serait souhaitable.

4 Nécessité d'instruments alternatifs de résolution des procédures

Près de deux décennies après son entrée en vigueur, la responsabilité pénale de l'entreprise est encore en grande partie inexplorée, même si le nombre de procédures pénales engagées contre des entreprises a fortement augmenté. Il est indéniable que les **exigences en matière de preuve** pour une condamnation au titre de l'art. 102 du CP sont **élevées**. Non seulement l'infraction principale doit être prouvée à satisfaction de droit, mais le défaut d'organisation et le lien de causalité entre les deux doivent l'être également, ce qui pose souvent des difficultés. Dans de nombreuses procédures, les entreprises sont donc exposées à une **forte pression** de la part des autorités de poursuite pour trouver un accord. Dans le même temps, les entreprises concernées ont souvent un grand intérêt à ce que la procédure soit réglée de la manière la plus rapide et la plus contrôlée possible en évitant des procédures judiciaires longues et médiatisées, de sorte que, dans la pratique, les procédures sont souvent conclues par des **ordonnances pénales "négociées"**. Cette solution de compromis est peu convaincante, mais le droit de procédure n'offre aucune autre solution pour des résolutions alternatives. L'abandon de la procédure en échange d'une réparation n'est généralement pas accepté, ce qui explique que le Ministère public de la Confédération refuse au moins de manière apodictique d'appliquer cette variante.

Dans ce contexte, la proposition du Ministère public de la Confédération d'envisager l'**introduction de Deferred Prosecution Agreements (DPA)**, basés sur le modèle anglo-américain, semble donc judicieux. Selon cette proposition, la mise en accusation dans les procédures pénales contre les

entreprises serait différée à condition que l'entreprise coopère à l'enquête dans la procédure préliminaire et conclue un accord avec le ministère public. Cet accord stipulerait, entre autres, les faits reconnus de l'affaire et l'amende, les actifs à confisquer et l'indemnisation à verser à la partie plaignante, et prévoirait l'obligation de résoudre tout défaut d'organisation identifié sous la supervision d'un contrôleur (*Monitor*). Une fois la période de probation expirée avec succès, la procédure contre l'entreprise serait **classée**.

Les **avantages** d'un tel modèle sont évidents : l'entreprise peut éviter les effets collatéraux potentiellement particulièrement dommageables d'une condamnation pénale (au moyen d'une ordonnance pénale ou une décision de justice) en faisant les efforts appropriés. Réciproquement, les conditions à remplir à cet égard serviraient, à notre avis, mieux et plus durablement l'intérêt public dans de nombreux cas qu'une condamnation pénale ne pourrait le faire. Enfin, et ce n'est pas le moins important, des économies de ressources

importantes pourraient également être réalisées dans le domaine des poursuites pénales.

La proposition du Ministère public de la Confédération **n'a pas été incluse dans le projet de révision** du CPP du Conseil fédéral. Si le Parlement suit cette position, les instruments disponibles en Suisse resteront incomplets. Cela signifierait que des effets considérables sur les entreprises concernées et leurs *stakeholders* (y compris les actionnaires et les employés) continueraient à être acceptés, ce qui pourrait dépasser de loin tout acte répréhensible. Les possibilités de coopération internationale resteraient également plus difficiles, ce qui aurait un impact négatif sur la Suisse en tant que place économique. Alors qu'une solution DPA permet souvent de résoudre relativement rapidement des procédures pénales à l'étranger, une ordonnance pénale, même négociée, nécessite une enquête déjà avancée, ce qui place régulièrement le Ministère public de la Confédération derrière les autorités de poursuite pénale étrangères en termes de temps.



Benjamin Borsodi
Associé Genève
benjamin.borsodi@swlegal.ch



George Ayoub
Associé Genève
george.ayoub@swlegal.ch



Peter Burckhardt
Associé Zurich
peter.burckhardt@swlegal.ch



Dr. Roland M. Ryser
Counsel Zurich
roland.ryser@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg