

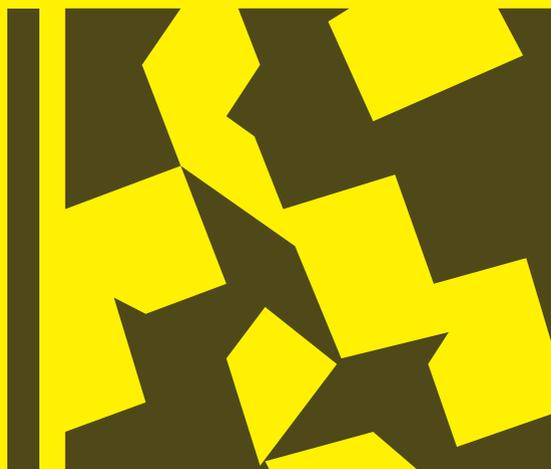
Alain MACALUSO - Kastriot LUBISHTANI | Andrew M.
GARBARSKI | Carlo LOMBARDINI | Laurent
MOREILLON | Patrick LAMON - Miriam MAZOU

Développements récents en droit pénal de l'entreprise

Edité par Alain MACALUSO /
Laurent MOREILLON / Carlo LOMBARDINI

E-shop : www.cedidac.ch

106



©CEDIDAC

Sommaire

Table des principales abréviations.....	III
Préface – Introduction générale	VII
<i>Alain MACALUSO</i>	
<i>Kastriot LUBISHTANI</i>	
Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale.....	1
<i>Andrew M. GARBARSKI</i>	
Violation de l'obligation de communiquer des soupçons fondés de blanchiment d'argent : actualités et perspectives	15
<i>Carlo LOMBARDINI</i>	
Organisation bancaire et responsabilité pénale de l'entreprise	45
<i>Laurent MOREILLON</i>	
Corruption publique et privée au sein de l'entreprise	59
<i>Patrick LAMON</i>	
<i>Miriam MAZOU</i>	
Regards croisés sur la poursuite pénale de l'entreprise	77
Table des matières	95

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale¹

Alain MACALUSO

Docteur en droit, professeur à l'Université de Lausanne, avocat au Barreau de Genève

Kastriot LUBISHTANI

Assistant diplômé (MLaw), doctorant en droit à l'Université de Lausanne

I. Introduction

Introduite le 1^{er} octobre 2003 dans le Code pénal suisse (art. 100^{quater} aCP), la responsabilité pénale de l'entreprise est aujourd'hui ancrée à l'article 102 CP. Cette disposition est complétée par deux dispositions du CPP : l'article 112 qui a trait à la représentation de l'entreprise prévenue et l'article 36 alinéa 2 relatif à la question du for des infractions commises au sein d'une entreprise.

Si la note marginale de l'article 102 CP évoque la *punissabilité* de l'entreprise dans le Titre 7 de la *Partie générale du Code pénal* consacrée à sa *responsabilité*, la nature de la norme fait néanmoins débat au sein de la doctrine. La querelle n'est pas seulement dogmatique, mais elle a de véritables répercussions pratiques, en particulier s'agissant de la prescription de l'action pénale, mais aussi, lorsque sont poursuivies tant l'entreprise que les personnes physiques qui en sont les agents, de la jonction des procédures et du for de l'action pénale.

Nous présenterons d'abord le mécanisme de l'article 102 CP (II), puis la querelle doctrinale sur la nature juridique de la responsabilité pénale de l'entreprise (III), en revenant notamment sur l'arrêt du TF dans l'affaire La Poste Suisse (IV). Nous examinerons ensuite plus en profondeur cette question à l'aune de ses

¹ La présente contribution est une version remaniée et complétée de la conférence présentée par Alain Macaluso lors de la journée de droit pénal de l'entreprise organisée par le CEDIDAC le 5 février 2019. S'agissant des aspects liés à la nature de l'art. 102 CP à la lumière de l'arrêt *La Poste Suisse* et à ses conséquences en matière de prescription, la présente contribution s'inspire de celle publiée conjointement avec Andrew M. Garbarski dans la revue PJA : MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 194 ss.

Table des matières

VI. Désignation du représentant	84
VII. Proposition de révision du code de procédure pénale.....	90
VIII. Conclusion	91
Annexe : proposition d'un nouvel article 318 ^{bis} CPP	93
Table des matières	95

conséquences pratiques, relativement à la prescription, la jonction et le for (V), avant de conclure (VI).

II. Le mécanisme de l'article 102 CP

En synthèse, l'article 102 CP instaure un mécanisme de responsabilité pénale pour l'entreprise qui est fonction des infractions concernées.

Pour l'immense majorité des infractions, l'article 102 alinéa 1 CP met en place une responsabilité dite *subsidaire*. Celle-ci ne peut être mise en œuvre que si, par la suite d'un défaut d'organisation de l'entreprise, un crime ou un délit commis en son sein dans l'exercice d'activités commerciales conformes à son but, ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée².

Pour certaines infractions particulières néanmoins, énumérées exhaustivement à l'article 102 alinéa 2 CP³, l'entreprise encourt une responsabilité dite *principale, primaire* ou *autonome*. Dans ce cas de figure, l'entreprise peut être recherchée indépendamment de la punissabilité d'une personne physique, s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction⁴.

Alors que le défaut d'organisation a pour conséquence l'impossibilité d'imputer l'infraction considérée à un auteur physique à l'article 102 alinéa 1 CP, ce défaut constitue, à l'article 102 alinéa 2 CP, l'une des causes de l'infraction elle-même⁵.

Dans tous les cas de figure, l'entreprise n'encourt qu'une seule peine, à savoir l'« amende », probablement dans une acception *sui generis*, au maximum de CHF 5 millions (art. 102 al. 1 CP).

III. La controverse autour de la nature juridique de l'article 102 CP

Plus de quinze ans après la réception de la responsabilité pénale de l'entreprise, la question de la nature juridique exacte de l'article 102 CP demeure sujette à controverse⁶. La doctrine est partagée entre, d'une part, les tenants de la *théorie de l'imputation*, interprétant l'article 102 CP comme une *norme d'imputation* de responsabilité qui attribue à l'entreprise, selon des conditions objectives et subjectives qui lui sont propres, une infraction commise en son sein et, d'autre part,

² Parmi beaucoup d'autres, cf. CR-MACALUSO, N 3 *ad* art. 102 CP.

³ Il est à noter que le texte de l'art. 102 al. 2 CP a été modifié avec effet au 1^{er} juillet 2016 pour refléter l'adoption, dans le CP, de l'art. 322^{octies} CP visant la corruption privée active.

⁴ PIQUEREZ/MACALUSO, N 760.

⁵ GARBARSKI, p. 425.

⁶ MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 194 ss ; BaK-NIGGLI/GFELLER, N 19a ss *ad* art. 102 CP.

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale

les partisans de la *théorie infractionniste*, lesquels considèrent que cette disposition consacre une véritable *infraction autonome* incriminant la *mauvaise organisation*.

Comme cela a déjà été mentionné par ailleurs⁷, de la nature de la norme dépend la solution à des questions très pratiques. Or, la jurisprudence qui permettrait de trancher la controverse et de répondre aux interrogations pratiques qui en découlent (*cf. infra* V) se fait encore attendre. Ce n'est en effet qu'assez récemment que des procédures importantes ont été initiées en application de l'article 102 CP. Parmi celles médiatisées, citons les affaires *Alstom*, *Stanford Group*, *Nitrochem*, *HSBC*, *KBA NotaSys*, toutes clôturées par des ordonnances – pénales ou de classement – rendues par les ministères publics concernés. Le fait que ces procédures n'aient pas donné lieu à un véritable débat judiciaire, devant une autorité juridictionnelle indépendante et impartiale, est d'ailleurs révélateur des difficultés et des incertitudes liées à la norme.

IV. Une jurisprudence évasive pour plus de questions que de réponses (ATF 142 IV 333)

Une exception doit cependant être mentionnée à cette indigence jurisprudentielle : il s'agit du cas de *La Poste Suisse*, laquelle a dû faire face à une véritable procédure judiciaire, de la première instance jusqu'au TF ; cette procédure s'est conclue par un arrêt de principe du 11 octobre 2016, publié aux ATF 142 IV 333 et abondamment commenté.

Laissant, à notre avis, de nombreuses questions ouvertes, dont celle de la nature exacte de l'article 102 CP, cet arrêt pose néanmoins quelques principes importants qui ne vont pas sans susciter, à leur tour, certaines difficultés pratiques.

A. Les faits

L'état de fait pertinent⁸ de l'affaire de *La Poste Suisse* peut être brièvement résumé comme suit. Le compte postal d'une société avait été crédité de quelque EUR 5 millions en provenance d'une banque sise à l'étranger. Dans la foulée, l'administrateur de cette société s'était fait remettre CHF 4,6 millions en espèces au guichet d'un office postal par une employée de *La Poste Suisse*, laquelle avait préalablement annoncé ce retrait à la responsable du service de caisse, et justifié l'opération par l'achat d'une pierre précieuse. En réalité, il est apparu que les fonds crédités initialement sur le compte de la société avaient une origine criminelle. Malgré d'intenses recherches menées par les autorités, les CHF 4,6 millions n'ont jamais été retrouvés.

⁷ MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 194 ss, également pour d'autres concepts exposés dans la présente contribution.

⁸ Tel qu'il découle de l'arrêt TF 6B_124/2016 du 11 octobre 2016 et de la décision querrellée de l'*Obergericht* de Soleure (15 novembre 2015).

B. La procédure pénale contre *La Poste Suisse* et ses employées jusqu'à l'arrêt du TF

Le Ministère public du canton de Soleure avait alors ouvert une instruction pénale pour soupçons de blanchiment d'argent contre *La Poste Suisse* et les deux employées impliquées dans la préparation et la remise des fonds. La procédure pénale menée contre les deux employées a été classée par l'autorité de poursuite, pour défaut de réalisation de l'élément subjectif de l'infraction de blanchiment d'argent. En revanche, *La Poste Suisse* avait été renvoyée en jugement en raison de l'omission alléguée de contrôle préalable de l'origine et de l'utilisation des fonds. Il était en outre reproché à l'entreprise d'avoir omis d'entreprendre les démarches nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter les actes de blanchiment, en dépit de sa connaissance des risques, notamment en cas de retraits en liquide.

Le 19 avril 2011, l'*Amtsgericht* de Soleure-Lebern a reconnu *La Poste Suisse* coupable de blanchiment d'argent et l'a condamnée à une amende de CHF 250'000.- en vertu des articles 305^{bis} CP *cum* 102 alinéa 2 CP. Le 19 novembre 2015, sur appel de *La Poste Suisse* et appel joint du Ministère public, l'*Obergericht* du canton de Soleure a acquitté *La Poste Suisse*. Cet acquittement a été confirmé en dernier lieu par le TF le 11 octobre 2016 (ATF 142 IV 333).

À l'appui de son arrêt, le TF a considéré en substance que l'entreprise ne pouvait être condamnée lorsque les poursuites entamées contre les auteurs physiques potentiels d'une infraction, *agents* de la responsabilité pénale de l'entreprise, lesquels avaient été en l'espèce identifiés et poursuivis, aboutissaient au constat que l'ensemble des éléments constitutifs, objectifs comme subjectifs, de l'infraction sous-jacente n'étaient pas tous réalisés.

Si l'arrêt *La Poste Suisse* doit être salué sous cet angle, l'on ne saurait retenir qu'il aurait tranché la question de la nature de l'article 102 CP⁹, les considérations émises à cet égard par le TF n'étant au mieux que des *obiter dicta* ambigus, mentionnés sans examen approfondi des questions sous-jacentes.

V. Quelques considérations ...

A. ... relativement aux principes généraux du droit pénal

En substance¹⁰, parce que le principe de la *Schuldhaftung* comme la jurisprudence conventionnelle exigent que toute responsabilité pénale repose sur une faute personnelle de l'auteur¹¹, il est impératif de considérer le défaut d'organisation visé à l'article 102 CP, non pas comme un *élément objectif* d'une infraction autonome propre à l'entreprise, mais bien comme la *condition subjective* de l'imputation à

⁹ MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 194.

¹⁰ Nous renvoyons aux développements de MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 194 ss.

¹¹ Parmi d'autres arrêts sur la question et spécifiquement s'agissant des entreprises, cf. arrêt CourEDH Société Stenuit c. France du 27 février 1992 (req. n.° 11958/85).

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale

l'entreprise d'une infraction dont les éléments constitutifs se trouvent énoncés dans une autre disposition. Il s'ensuit que l'article 102 CP n'est qu'une *règle d'imputation*, qu'on ne saurait assimiler à la création d'un nouvel état de fait pénal, c'est-à-dire une *infraction autonome* à charge de l'entreprise. L'article 102 CP instaure au contraire un nouveau sujet de droit pénal – l'entreprise –, radicalement différent des êtres humains, et dispose des conditions auxquelles une infraction peut être imputée à cette entreprise. Parmi ces conditions, figure la *mauvaise organisation*, laquelle constitue la condition subjective de l'imputation, autrement dit la *faute* propre à l'entreprise.

De ce fait, l'entreprise ne répond, à la manière d'un garant, que des infractions prévues dans d'autres dispositions du CP et qui lui sont *imputées*.

Seule cette approche permet de satisfaire aux principes fondamentaux du droit pénal et d'assurer une application cohérente avec le système pénal de la responsabilité de l'entreprise, à l'instar du principe *nulla poena sine culpa*, puisqu'elle fait reposer la responsabilité pénale de l'entreprise sur une forme de faute qui lui est propre et personnelle : le défaut d'organisation.

B. ... relativement à des questions d'ordre pratique

Considérer à l'inverse que l'article 102 CP consacrerait une infraction autonome, de mauvaise organisation, conduirait non seulement à une violation du principe de la *Schuldhaftung*, mais susciterait encore des difficultés pratiques d'ordre matériel comme procédural.

Tel est notamment le cas du délai de prescription de l'action pénale¹² mais aussi du rapport et de la séquence entre les procédures dirigées contre les personnes physiques et l'entreprise, séquence que l'arrêt *La Poste Suisse* n'a pas tranché. En effet, la relation de dépendance potentielle qu'a mise en place la jurisprudence entre les procédures contre l'entreprise et contre les personnes physiques soulève la question de la jonction des éventuelles procédures distinctes, ou de la disjonction d'une procédure unique, dans la perspective de l'application du principe de l'unité de la procédure. Il en découle également la question du for de ces différentes procédures.

1. La prescription

Si l'article 102 CP devait correspondre à une infraction autonome réprimée d'une amende, cela ferait logiquement de la disposition une contravention¹³, dont le délai de prescription de l'action pénale serait de trois ans, en application des articles 103 et 109 CP.

Pour pallier cet écueil, les tenants de la théorie infractionniste de la responsabilité pénale de l'entreprise ont par exemple proposé de voir dans la

¹² TF 6B_7/2014 du 21 juillet 2014, consid. 3.4.

¹³ BaK-NIGGLI/GFELLER, N 40 *ad* art. 102 CP.

prétendue infraction de mauvaise organisation une forme de délit continu ; ils ont par ailleurs débattu du point de départ du délai de prescription de l'action pénale¹⁴. Il a même été proposé de faire application de l'article 97 alinéa 1 lettre d CP, qui soumet à un délai de prescription de sept ans les infractions passibles d'une « autre peine »¹⁵ (par « autre peine » il faut entendre une peine différente de la peine privative de liberté à vie, de la peine privative de liberté de plus de trois ans ou de la peine privative de liberté d'au maximum trois ans). Or, lorsqu'il a édicté l'article 97 alinéa 1 lettre d CP, le législateur visait les infractions de degré délictuel passibles d'une peine menace inférieure à trois ans de privation de liberté, et non l'article 102 CP¹⁶.

Au demeurant, comme nous l'avons déjà relevé ailleurs¹⁷, se rallier à cette solution ne serait guère satisfaisant s'agissant de la répression d'infractions de degré criminel, dont le délai de prescription de l'action pénale est de quinze ans, soit plus du double. D'ailleurs, une dissociation des délais de prescription applicables à l'entreprise d'une part et aux personnes physiques d'autre part ne serait pas non plus souhaitable, ni praticable, d'autant moins que l'établissement à satisfaction de droit que des personnes physiques ont commis une infraction de base est une condition *sine qua non* de la punissabilité de l'entreprise, ainsi que le TF l'a souligné aux termes de son arrêt *La Poste Suisse*¹⁸.

Notre Haute Cour a, par ailleurs, déjà eu l'occasion de mentionner, dans une jurisprudence de 2014, l'importance qu'il convenait d'attacher à l'infraction sous-jacente du point de vue de la prescription¹⁹. Le raisonnement, tenu alors sur la base de l'article 102 alinéa 1 CP, peut sans doute être transposé à l'article 102 alinéa 2 CP. Il est cohérent, au surplus, avec celui développé par le TF dans le contexte de l'ancien droit pénal des mineurs qui, pour déterminer la durée de la prescription de l'action pénale, s'attachait à la peine menace de l'infraction imputée et non à la peine encourue en raison de la nature particulière de l'auteur²⁰.

¹⁴ BaK-NIGGLI/GFELLER, N 46a ss *ad* art. 102 CP. Il est à noter que la figure du délit continu a été clairement rejetée, sous l'angle de la prescription de l'action pénale, par le TF dans l'arrêt 6B_7/2014 du 21.7.2014, consid. 3.4.3.

¹⁵ BaK-NIGGLI/GFELLER, N 35 *ad* art. 102 CP.

¹⁶ FF 2012 8533, p. 8547 : « *Le délai de prescription applicable aux délits de faible à moyenne gravité (autres peines) reste de sept ans (art. 97, al. 1, let. d, P-CP; art. 55, al. 1, let. d, P-CPM)* ». Sur cette question, cf. MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 199 s.

¹⁷ MACALUSO/GARBARSKI, PJA, p. 199 s.

¹⁸ V. aussi, récemment, TF 6B_1098/2017 du 5 avril 2018, consid. 5, ainsi que la décision du Tribunal d'appel de Bâle-Ville, BES.2017.58 du 1^{er} juin 2017, consid. 2.3 (recours déposé au TF).

¹⁹ TF 6B_7/2014 du 21 juillet 2014, consid. 3.4.3, commenté notamment par MACALUSO/GARBARSKI, *forum*poenale, p. 322 ss.

²⁰ ATF 92 IV 122. Il a fallu adopter un art. 36 DPMIn réglant spécifiquement la question de la prescription de l'action pénale s'agissant des infractions commises par les mineurs pour déroger à ce principe. Or, il n'existe aucune disposition spéciale concernant la prescription des infractions imputées aux entreprises selon l'art. 102 CP.

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale

Cette position est également celle du TPF. Dans un arrêt du 14 décembre 2016, la Cour de Bellinzone a non seulement écarté la possibilité que l'article 102 alinéa 2 CP puisse constituer une infraction autonome, mais elle a également considéré que la prescription de l'action pénale relative à la poursuite de l'entreprise devait nécessairement être celle applicable à l'infraction sous-jacente²¹.

2. La jonction

La nature de l'article 102 CP a aussi des conséquences sur l'application du principe de l'*unité de la procédure*. Se pose en effet la question de savoir s'il convient de conduire de manière conjointe les procédures engagées contre les personnes physiques, d'une part, et contre l'entreprise, d'autre part, ou si, au contraire, il faut les maintenir séparées.

L'article 112 alinéa 4 CPP traite de cette question, en disposant que « *si une enquête pénale est ouverte pour les mêmes faits ou pour des faits connexes aussi bien à l'encontre d'une personne physique que d'une entreprise, les procédures peuvent être jointes* ». Une lecture littérale de la norme laisse à penser que la *jonction* des causes est possible mais ne constitue pas la règle ; une telle lecture littérale impliquerait cependant que la norme s'écarterait des règles ordinaires en la matière, lesquelles font de l'*unité de la procédure* et donc de la *jonction* le principe (art. 29 CPP) et de la conduite séparée de telles procédures, soit par *disjonction*, soit par refus de la jonction, l'exception (art. 30 CPP)²². D'une utilité douteuse²³, le texte légal ne comporte pas d'*obligation de jonction*, mais constitue une simple *Kannvorschrift* laissée apparemment à la libre appréciation de l'autorité, sans pour autant comporter de critères devant la guider à cet égard. Le Message est peut-être plus éloquent, puisqu'il souligne que « *la jonction prévue n'a rien d'impératif ; les deux procédures peuvent rester distinctes si l'économie de la procédure le requiert* »²⁴.

Il y a lieu tout d'abord de ne pas perdre de vue que l'article 112 alinéa 4 CPP ne peut s'interpréter pour lui-même, mais qu'il doit plutôt être compris et lu dans l'esprit du CPP et de sa portée sur tout le territoire suisse, raison pour laquelle les règles ordinaires ont toute leur importance dans ce contexte.

Le TPF a toutefois estimé que l'article 112 alinéa 4 CPP serait une *lex specialis* par rapport aux articles 29 et 30 CPP, qui ne seraient dès lors pas applicables dans le contexte de l'article 102 CP²⁵. Or si on peut sans doute retenir que l'article 112 alinéa 4 CPP prime *formellement* les articles 29 et 30 CPP, en revanche,

²¹ TPF BB.2016.359 du 14 décembre 2016, consid. 4.1.

²² PC, N 5 *ad* art. 29 CPP ; CR-BERTOSSA, N 3 *ad* art. 30 CPP.

²³ CR-MACALUSO, N 32 *ad* art. 112 CPP. L'art. 112 al. 4 CPP reprend fondamentalement la même idée que l'art. 30 CPP.

²⁴ FF 2006 1057, p. 1146.

²⁵ TPF BB.2017.51 du 29 août 2017, consid. 5.2. D'autres arrêts, sans s'épancher sur la question en ne la traitant qu'indirectement, semblent aller en ce sens, *cf.* TF 6B_233/2018 du 7 décembre 2018 ; TPF SK.2017.51 du 22 janvier 2018 et TPF BB.2017.197 du 20 décembre 2017.

matériellement, cette disposition ne prévoit pas autre chose que ce dont disposent déjà les règles ordinaires (soit la possibilité de joindre ou de disjoindre des procédures)²⁶, raison pour laquelle il est permis de se référer à la doctrine et à la jurisprudence relatives aux articles 29 et 30 CPP.

Il convient de rappeler à cet égard que le TF considère que l'unité de la procédure est une caractéristique fondamentale de la procédure pénale suisse²⁷. Revêtant une importance primordiale, elle a pour but d'empêcher les jugements contradictoires, s'agissant des faits, de leur appréciation juridique ou encore de la sévérité de la sanction, ainsi que de garantir l'égalité de traitement (*cf.* art. 8 Cst.) et la tenue d'un procès équitable (*cf.* art. 3 al. 2 let. c CPP)²⁸. Il convient ainsi d'éviter de conduire des procédures séparées lorsque la responsabilité de l'un des participants à l'infraction est la condition de la responsabilité de l'autre. De ce fait, il est essentiel que tous les participants à une infraction donnée soient jugés dans la même procédure contradictoire et face à ceux qui les mettent en cause, car des procédures séparées entre différents participants peuvent avoir de lourdes conséquences pour les droits des parties, à l'instar du droit d'accéder au dossier ou encore le droit de participer à l'administration des preuves²⁹. Le non-respect de ce principe porte atteinte aux intérêts juridiquement protégés des parties, car elle peut conduire à une violation « massive » de leurs droits procéduraux³⁰.

Matérialisant ce principe, l'article 29 alinéa 1 lettre b CPP dispose en particulier que les infractions doivent être poursuivies et jugées conjointement, notamment « lorsqu'il y a plusieurs co-auteurs ou participants ». Si la loi ne définit pas la notion de *coactivité*, le TF a jugé qu'elle comprenait, outre l'auteur médiate et les participants accessoires³¹, la juxtaposition d'auteurs (« *Nebentäterschaft* »)³².

C'est sur ce point que la qualification de l'article 102 CP joue un rôle particulier : en effet, si la norme ne consacre pas une infraction autonome, mais bien une règle d'imputation, il y a alors lieu de considérer l'entreprise comme un *co-auteur* (ou un participant *sui generis*) des infractions commises par des personnes physiques qui lui sont imputées, à tout le moins dans le contexte de l'application de l'article 102 alinéa 2 CP. En effet, la loi prévoyant expressément que le défaut d'organisation de l'entreprise est l'une des *causes* de l'infraction, l'entreprise est par conséquent un « *producteur* » de cette dernière³³.

À l'inverse, si l'article 102 CP constituait une infraction autonome – la mauvaise organisation relevant alors des éléments constitutifs objectifs d'une (nouvelle) infraction et non de la condition subjective de l'imputation à l'entreprise

²⁶ CR-MACALUSO, N 32 *ad* art. 112 CPP.

²⁷ TF 1B_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.4.

²⁸ *Id.*, consid. 4.4.

²⁹ *Id.*, consid. 2.2 s. et 4.6 ; GUISAN, p. 338 et 348 s.

³⁰ TF 1B_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.6, 5.9 et réf. citées.

³¹ ATF 138 IV 29, consid. 3.2, JdT 2012 IV 185.

³² TF 1B_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.5 ; ATF 138 IV 29, consid. 3.2, JdT 2012 IV 185.

³³ V. not. MACALUSO, N 1061 ; FORSTER, p. 73 *in fine*.

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale

de l'infraction sous-jacente – le principe de l'unité de la procédure pourrait, en apparence du moins, ne plus justifier aussi impérativement la conduite conjointe des procédures, car l'infraction reprochée à l'entreprise serait différente de celle dont devraient répondre les personnes physiques.

Nous avons cependant rappelé plus haut que le TF considère qu'il convient d'éviter de conduire des procédures séparées lorsque la responsabilité de l'un des participants à l'infraction est la condition de la responsabilité de l'autre, dans la mesure où une telle situation porterait gravement atteinte aux droits de la défense, ainsi qu'au droit de participation notamment³⁴.

De portée générale, cette considération vaut également s'agissant de procédures pénales impliquant à la fois l'entreprise et des personnes physiques, *a fortiori* depuis l'arrêt *La Poste Suisse*. En effet, dans cet arrêt, le TF a jugé que la responsabilité pénale de l'entreprise, pour le moins dans le contexte de l'article 102 alinéa 2 CP, dépendait de la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction sous-jacente par les personnes physiques ayant agi au sein de l'entreprise et susceptibles à ce titre d'avoir engagé sa responsabilité pénale. Cela est particulièrement le cas en présence d'auteurs physiques potentiels dûment identifiés et d'ailleurs eux aussi poursuivis pénalement³⁵. Dès lors, il importe peu, du point de vue des motifs justifiant l'application du principe de l'unité de la procédure, que l'infraction sous-jacente soit l'infraction même imputée à l'entreprise ou une infraction distincte, ne constituant que la condition objective de la punissabilité de l'entreprise : dans l'un et l'autre cas, la responsabilité pénale de l'entreprise dépend bel et bien de la punissabilité de tiers, ce qui, en soi, justifie la conduite conjointe des procédures.

C'est dans ce même sens qu'est allé le TPF dans un jugement de mai 2019, en confirmant que l'entreprise ne peut faire l'objet d'une ordonnance pénale, tant que la procédure visant les personnes susceptibles d'avoir commis une infraction en son sein est en cours³⁶.

Reposant sur des considérations générales, cette solution est de plus confirmée par la *ratio legis* de l'article 112 alinéa 4 CPP, car la finalité de cette disposition n'est pas de déroger, sans motif discernable d'ailleurs, aux règles en matière de for mais, au contraire, de permettre la jonction, au for spécial du siège de l'entreprise (art. 36 al. 2 CPP), de toutes les procédures connexes³⁷, sans que cette jonction *au for de l'entreprise* ne constitue cependant une obligation.

Ainsi, la conduite d'une procédure unique doit demeurer la règle en matière de procédures menées contre l'entreprise et les personnes physiques susceptibles d'avoir engagé leur responsabilité. L'article 112 alinéa 4 CP, comme les dispositions générales du CPP en la matière, ne permet d'y renoncer que lorsque la

³⁴ TF 1B_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.4 et 4.6 ; ATF 116 IA 305. V. ég. GUIBAN, p. 338 et 348 s. ; PC, N 5 *ad* art. 29 CPP ; StPO-FINGERHUTH/LIEBER, N 5 *ad* art. 30 CPP et réf. citées.

³⁵ ATF 142 IV 333 ; GUIBAN, p. 338 et 348 s.

³⁶ TPF SK.2019.5 du 10 mai 2019, consid. 3.2.2.

³⁷ SCHMID/JOSITSCH, art. 112, N 8 ; PC, N 17 *ad* art. 112 CPP.

jonction caractériserait une entrave importante au principe de l'économie de la procédure.

Par ailleurs, si la disjonction s'impose, la jurisprudence *La Poste Suisse* implique que la procédure contre les personnes physiques doit être menée à chef pour que celle contre l'entreprise puisse se poursuivre. Ainsi, si les procédures contre les personnes physiques et contre l'entreprise sont conduites séparément, la procédure pénale contre l'entreprise devrait logiquement être suspendue, puisque l'issue de celle-ci dépend du sort de la procédure conduite contre les personnes physiques³⁸, rappelant ici le rôle crucial que peut potentiellement jouer la prescription dans ce type de procédure. En principe et sauf disjonction, il ne peut donc y avoir de décisions de clôture distinctes, en raison du principe de l'unité de la procédure³⁹.

Précisons enfin que le principe de l'unité de la procédure doit également être sauvegardé en présence d'une procédure simplifiée⁴⁰, l'acte d'accusation et le jugement qui s'en suivent courant le risque d'être nuls lorsque la mise en œuvre de la procédure simplifiée fait suite à une disjonction non justifiée⁴¹. Or, le Ministère public a régulièrement recours à la procédure simplifiée, mais la méthode revient peu ou prou à s'écarter des exigences procédurales découlant de l'unité de la procédure, ce qui n'est pas admissible et est d'ailleurs critiqué à juste titre par l'OCDE⁴².

3. *Le for*

Dans la mesure où les procédures se doivent d'être jointes, presque corollairement, la question du for des poursuites se pose également. Sur ce plan, la nature de l'article 102 CP a aussi toute son importance, notamment lorsqu'une procédure est d'ores et déjà engagée contre des personnes physiques et que, dans un deuxième temps seulement, elle est étendue à l'entreprise.

Si, comme nous le soutenons, l'article 102 CP ne crée pas d'infraction autonome, l'entreprise est alors un *producteur* et donc un *co-auteur* (ou un participant *sui generis*) des infractions reprochées aux personnes physiques⁴³. Or, en présence d'actes de poursuites déjà entrepris contre ces dernières, l'article 33 alinéa 2 CPP prévoit un *for spécial* en présence de plusieurs coauteurs, à savoir celui du lieu où les *premiers actes de poursuite* ont été entrepris.

L'article 33 alinéa 2 CPP concrétise le principe de l'unité de la procédure et permet donc d'éviter une pluralité d'enquêtes débouchant sur une multiplication des coûts et évitant des conflits entre autorités⁴⁴. Cette disposition justifierait donc

³⁸ TPF BB 2017.111-112 du 6 février 2018, consid. 2.10.

³⁹ TPF SK.2019.5 du 10 mai 2019, consid. 4.

⁴⁰ GRODECKI, p. 45.

⁴¹ TF 1B_11/2016 du 23 mai 2016.

⁴² OCDE, Rapport de phase 4 : Suisse, 15 mars 2018, cf. <http://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/Suisse-Rapport-Phase-4-FR.pdf> (consulté le 30.08.2019).

⁴³ Cf. *supra* V.B.2.

⁴⁴ TPF BG.2018.26 du 8 août 2018, consid. 3.2.

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale

à ce stade que la procédure pénale dirigée contre les personnes physiques et une entreprise, désormais *jointe*, se poursuive au for des premiers actes de poursuite.

Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, le législateur a prévu un for spécial pour les poursuites dirigées contre l'entreprise à l'article 36 alinéa 2 CPP : celui de son siège⁴⁵. Il en va de même selon l'article 36 alinéa 2 CPP « *lorsque la même procédure pour le même état de fait est aussi dirigée contre une personne agissant au nom de l'entreprise* », c'est-à-dire contre les personnes dont « *la relation organique ou hiérarchique avec l'entreprise en fait des agents de sa responsabilité pénale* »⁴⁶.

Il existe ainsi un conflit de fors que la loi ne résout pas, dans la mesure où aussi bien l'article 33 alinéa 2 que l'article 36 alinéa 2 CPP sont des *fors spéciaux*⁴⁷. Il s'agit donc de déterminer si l'article 36 alinéa 2 CPP est un *for impératif* ou si celui-ci cède le pas au *for naturel* de l'article 33 alinéa 2 CPP. La question revient en pratique à déterminer ce qu'il convient de faire lorsque de premiers actes de poursuite ont été entrepris ailleurs qu'au for du siège de l'entreprise selon l'article 36 alinéa 2 CPP.

Le TPF s'est indirectement penché sur cette question dans un arrêt d'août 2018, où les premiers actes de poursuites avaient été entrepris par le Ministère public de Thurgovie pour escroquerie et abus de confiance contre une personne physique en 2014, avant que les autorités de poursuite genevoises n'ouvrent, en 2018, une instruction pénale contre la banque pour abus de confiance et blanchiment d'argent⁴⁸. Les juges de Bellinzone ont en l'occurrence fait primer le for du siège de l'entreprise, au motif notamment que la procédure pénale avait été étendue à l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), dont il a retenu que le crime préalable avait vraisemblablement été commis au siège de la banque⁴⁹. En l'occurrence, le TPF a donc retenu, comme for unique, celui du siège de l'entreprise, mais il l'a fait non pas en considération du caractère prétendument impératif du for spécial prévu à l'article 36 alinéa 2 CPP, mais parce que ce for s'imposait « *en termes de célérité, d'économie et d'unité de la procédure* »⁵⁰.

C'est donc à une application harmonieuse des règles ordinaires et de celles de l'article 36 alinéa 2 CPP qu'il convient d'appeler : le for de l'article 36 alinéa 2 CPP n'est pas impératif en ce sens qu'il doit céder le pas aux exigences de la célérité, de l'économie et de l'unité de la procédure, cela pouvant conduire le cas échéant à retenir que les procédures contre les personnes physiques et contre l'entreprise doivent être conduites au for dont dispose l'article 33 alinéa 2 CPP, même s'il diffère de celui prévu à l'article 36 alinéa 2 CPP.

Enfin, à l'inverse, considérer que l'article 102 CP constituerait une infraction autonome impliquerait que l'article 33 alinéa 2 CPP ne saurait de toutes les façons entrer en ligne de compte, raison pour laquelle seul, probablement, ferait foi le for au siège de l'entreprise, en vertu de l'article 36 alinéa 2 CPP.

⁴⁵ CR-BERTOSSA, N 3 *ad* art. 36 CPP.

⁴⁶ PIQUEREZ/MACALUSO, N 380.

⁴⁷ TPF BG.2018.26 du 8 août 2018, consid. 3.

⁴⁸ TPF BG.2018.26 du 8 août 2018.

⁴⁹ *Id.*, consid. 4.2.

⁵⁰ *Id.*, consid. 4.3.

VI. Conclusion

Les débats académiques semblent souvent abscons ; ils ont cependant parfois de grandes incidences pratiques. Tel est le cas de la dispute relative à la nature de l'article 102 CP : infraction nouvelle ou norme d'imputation ?

Selon la réponse apportée à cette interrogation fondamentale, le déroulement et le sort de procédures pénales concrètes pourraient différer dans une grande mesure : l'infraction reprochée à l'entreprise pourrait se prescrire avant même que la procédure ne soit ouverte, alors même que, pour les mêmes faits, des personnes physiques demeurerait pour leur part punissables ; des procédures concernant le même état de fait pourraient être conduites séparément, en violation du principe de l'unité de la procédure ; des justiciables pourraient être attirés devant un for qui ne leur est pas naturel et dont la détermination ne répondrait pas nécessairement aux règles habituelles ; pire encore sans doute : une entreprise pourrait être condamnée alors même que la personne physique qui aurait commis l'infraction qui lui est imputée n'aurait pas encore été jugée...

Alors que les procédures pénales contre les entreprises en application de l'article 102 CP se multiplient depuis peu, toutes ces questions doivent trouver des réponses rapides et satisfaisantes. De ce point de vue, il semble important que la jurisprudence puisse se prononcer, de manière extensive et approfondie. Pour cela, il convient désormais que la répression pénale des entreprises ne soit plus confinée aux cabinets des procureurs.

Bibliographie

Bernard BERTOSSA, *in* Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, André KUHN/Yvan JEANNERET (éds), Bâle 2011 (cité : CR-BERTOSSA) ; **Thomas FINGERHUTH/Viktor LIEBER**, *in* Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Andreas DONATSCH/Thomas HANSJAKOB/Viktor LIEBER (éds), 2^{ème} éd., Zurich 2014 (cité : StPO-FINGERHUTH/LIEBER) ; **Matthias FORSTER**, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Article 102 StGB, Berne 2006 ; **Andrew M. GARBARSKI**, L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure, RPS 130/2012, p. 409 ss ; **Stefan GRODECKI**, Expériences pratiques de la procédure simplifiée, *forum*poenale 1/2016, p. 45 ss ; **Alexandre GUIBAN**, La violation du droit de participer (art. 147 CPP), PJA 2019, p. 337 ss ; **Alain MACALUSO**, *in* Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, André KUHN/Yvan JEANNERET (éds), Bâle 2011 (cité : CR-MACALUSO *ad* art. 112 CPP) ; **Alain MACALUSO**, *in* Commentaire Romand, Code pénal I, Robert ROTH/Laurent MOREILLON (éds), Bâle 2009 (cité : CR-MACALUSO *ad* art. 102 CP) ; **Alain MACALUSO**, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genève/Zurich/Bâle 2004 ; **Alain MACALUSO/Andrew M. GARBARSKI**, *forum*poenale 6/2014, p. 322 ss (cité : MACALUSO/GARBARSKI, *forum*poenale) ; **Alain MACALUSO/Andrew M. GARBARSKI**, L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale

organisation, Remarques sur la nature juridique de la responsabilité pénale de l'entreprise, PJA 2/2019, p. 194 ss (cité : MACALUSO/GARBARSKI, PJA) ; **Laurent MOREILLON/Aude PAREIN-REYMOND**, Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2^{ème} éd., Bâle 2016 (cité : PC) ; **Marcel Alexander NIGGLI/Diego R. GFELLER**, in Basler Kommentar, Strafrecht, Marcel Alexander NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER (éds), 4^{ème} éd., Bâle 2019 (cité : BaK-NIGGLI/GFELLER) ; **Gérard PIQUEREZ/Alain MACALUSO**, Procédure pénale suisse, 3^{ème} éd., Zurich 2011 ; **Niklaus SCHMID/Daniel JOSITSCH**, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 3^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall 2018.

Table des matières

Sommaire.....	I
Table des principales abréviations.....	III
Préface – Introduction générale.....	VII

Alain MACALUSO

Kastriot LUBISHTANI

Quelques conséquences pratiques en lien à la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) : prescription, jonction et for de l'action pénale ..

I. Introduction.....	1
II. Le mécanisme de l'article 102 CP	2
III. La controverse autour de la nature juridique de l'article 102 CP.....	2
IV. Une jurisprudence évasive pour plus de questions que de réponses (ATF 142 IV 333).....	3
A. <i>Les faits</i>	3
B. <i>La procédure pénale contre La Poste Suisse et ses employées jusqu'à l'arrêt du TF</i>	4
V. Quelques considérations	4
A. <i>... relativement aux principes généraux du droit pénal</i>	4
B. <i>... relativement à des questions d'ordre pratique</i>	5
1. La prescription.....	5
2. La jonction	7
3. Le for.....	10
VI. Conclusion	12

Andrew M. GARBARSKI

Violation de l'obligation de communiquer des soupçons fondés de blanchiment d'argent : actualités et perspectives

I. Introduction.....	15
II. Présentation du cadre légal.....	16

A.	<i>Dispositions topiques et finalité</i>	16
B.	<i>Conditions d'application de l'article 37 LBA</i>	17
1.	Eléments constitutifs objectifs.....	17
a)	Qualité d'intermédiaire financier.....	18
b)	Valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires.....	19
c)	Connaissance ou soupçons fondés du rapport entre les valeurs patrimoniales et une infraction pénale.....	19
d)	Communication omise ou faite tardivement.....	21
2.	Élément constitutif subjectif.....	22
C.	<i>Point de départ et durée de l'obligation de communiquer</i>	23
D.	<i>Prescription de l'action pénale relative à la violation de l'obligation de communiquer</i>	24
E.	<i>Poursuite et jugement</i>	24
III.	Questions choisies.....	25
A.	<i>Cercle des auteurs potentiels visés par l'article 37 LBA</i>	25
1.	Auteur direct (art. 6 al. 1 DPA).....	25
a)	Jugement du TPF SK.2017.54 du 19 décembre 2017.....	25
b)	Jugement du TPF SK.2018.15 du 18 octobre 2018.....	26
2.	Responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise (art. 49 LFINMA).....	28
B.	<i>Fin de l'obligation de communiquer et point de départ du délai de prescription</i>	30
1.	Fin de la relation d'affaires.....	30
a)	ATF 142 IV 276.....	30
b)	Appréciation critique.....	32
2.	Ouverture d'une procédure pénale.....	33
a)	ATF 144 IV 391.....	33
b)	Appréciation critique.....	36
C.	<i>Interruption du délai de prescription de l'action pénale</i>	37
IV.	En guise de conclusion : perspectives d'avenir.....	39
A.	<i>Quelques considérations de lege ferenda</i>	39
B.	<i>Le projet de modification de la LBA</i>	40
	<i>Carlo LOMBARDINI</i>	
	Organisation bancaire et responsabilité pénale de l'entreprise	45
I.	Introduction.....	45
II.	Les mesures d'organisation.....	46
A.	<i>L'OBA-FINMA</i>	46

B.	<i>La répartition entre première et deuxième ligne de défense</i>	47
C.	<i>Les ressources humaines</i>	49
III.	La surveillance des règles par l'établissement	50
IV.	L'imputabilité de manquements organisationnels à la banque	52
V.	Conclusion	56

Laurent MOREILLON

	Corruption publique et privée au sein de l'entreprise	59
I.	Introduction	59
II.	Siège de la matière	60
III.	Définition de la corruption	60
A.	<i>Généralités</i>	60
B.	<i>Définition de la corruption</i>	61
IV.	Types de corruption et protagonistes concernés	61
A.	<i>Types de corruption</i>	61
B.	<i>Protagonistes</i>	61
V.	Corruption active et passive de fonctionnaire (suisse et/ou étranger) : acteurs visés	63
A.	<i>Généralités</i>	63
1.	Casuistique	63
a)	Collaborateur SUVA chargé du portefeuille immobilier de la caisse	63
b)	Collaborateur d'une caisse d'assurance LPP pour employés	63
c)	Médecin chargé d'accompagner un détenu en vue de son refoulement	64
B.	<i>Corruption privée et acteurs</i>	64
1.	Casuistique	64
a)	Banque Cantonale	64
b)	Agents de fédérations sportives (FIFA, CIO, ... ?)	64
c)	Société unipersonnelle ?	64
VI.	Moment de la consommation de l'infraction	65
A.	<i>Généralités</i>	65
B.	<i>Principes</i>	65
C.	<i>Moment de la commission de l'infraction</i>	65

VII. L'avantage indu	66
A. Généralités	66
B. Esquisse de définition	66
VIII. Corruption privée et rétrocession commerciale	69
A. Généralités	69
B. Rétrocession commerciale et droit privé et pénal	69
IX. Blanchiment de corruption	69
A. Généralités	69
B. Corruption et blanchiment de corruption à des fins de manifestations sportives	70
C. Évolution de la jurisprudence	71
X. Confiscation et corruption	71
A. Généralités	71
B. Jurisprudence du Tribunal fédéral	71
XI. Corruption et territorialité	72
A. Généralités	72
B. Corruption active et passive d'agents publics suisses (art. 322 ^{er} et 322 ^{quater} CP)	72
C. Personnes morales	73
XII. Conclusion générale	74

Patrick LAMON

Miriam MAZOU

Regards croisés sur la poursuite pénale de l'entreprise	77
I. Préambule	77
II. Saisine du Ministère public	77
III. For et imputation de la responsabilité pénale	79
IV. Procédure simplifiée et ordonnance pénale	80
A. En général	80
B. En pratique	80
C. La problématique des aveux préalable dans le contexte d'une procédure simplifiée	82
D. La problématique des procédures séparées	83
V. Droits procéduraux de l'entreprise	84