

# Punissabilité de l'entreprise

Réglementation lacunaire

Application insatisfaisante

Transparence insuffisante

Transparency International Suisse («Transparency Suisse») est la section suisse de Transparency International, la principale organisation non gouvernementale qui lutte contre la corruption dans le monde. Transparency Suisse prévient et combat la corruption et le blanchiment d'argent en Suisse et dans les rapports commerciaux des entreprises suisses avec l'étranger. Transparency Suisse est active dans les domaines de la sensibilisation et du plaidoyer, rédige des rapports et des instruments de travail, encourage l'échange au sein de certains groupes professionnels, collabore avec d'autres institutions et prend position sur l'actualité.

[www.transparency.ch/fr](http://www.transparency.ch/fr)

#### Impressum

Éditeur	Transparency Suisse, 3001 Berne
Conception et direction du projet	Martin Hilti, docteur en droit, avocat, directeur, Transparency Suisse
Auteur	Martin Hilti, Transparency Suisse
Collaboration	Alex Biscaro, MLaw, directeur adjoint Transparency Suisse Maren Langhorst, avocate, collaboratrice scientifique Transparency Suisse Benjamin Trachsel, MLaw, collaborateur scientifique Transparency Suisse Daniel Mahrer, MA, stagiaire scientifique Transparency Suisse
Traduction	Jean-François Cuennet et Floriane Bonnave
Graphisme	Martin Hilti, Transparency Suisse
Illustration de couverture	Josh Hild, Unsplash

Publication : Mars 2021 ; Bouclage de la rédaction : Septembre 2020

Transparency Suisse remercie toutes les personnes qui ont collaboré à la réalisation de cette publication, en particulier les personnes qui ont accordé des entretiens et les expert-e-s qui ont relu avec attention le manuscrit.

Transparency Suisse a apporté un grand soin à la formulation de la présente publication et à la vérification de nos sources. Transparency Suisse ne garantit cependant nullement que les informations fournies par des tiers qui y sont présentées soient à jour, correctes, complètes ou de qualité.

Le rapport est disponible en français, en allemand et en anglais sur le site [www.transparency.ch](http://www.transparency.ch).

La présente publication a été possible grâce à l'aimable soutien de KBA-NotaSys Integrity Fund (Lausanne).

© 2021 Transparency Suisse. Tous droits réservés.

# Sommaire

---

<b>Table des matières</b>	<b>4</b>
<b>1. Résumé</b>	<b>7</b>
<b>2. Contexte, délimitation de l'objet de l'étude et méthodologie</b>	<b>9</b>
<b>3. Jurisprudence et réglementation en vigueur</b>	<b>11</b>
<b>4. Régimes étrangers et réglementation de l'OCDE</b>	<b>25</b>
<b>5. Réglementation et pratique passées au crible</b>	<b>34</b>
<b>6. Conclusion: de graves lacunes dans tous les domaines</b>	<b>47</b>
<b>7. Mesures nécessaires et revendications</b>	<b>49</b>
<b>8. Annexe</b>	<b>53</b>

# Table des matières

---

<b>1. Résumé</b> .....	<b>7</b>
<b>2. Contexte, délimitation de l'objet de l'étude et méthodologie</b> .....	<b>9</b>
<b>3. Jurisprudence et réglementation en vigueur</b> .....	<b>11</b>
3.1 <i>Punissabilité de l'entreprise</i> .....	11
3.1.1 Responsabilité pénale de l'entreprise .....	11
3.1.1.1 Réglementation en vigueur .....	11
3.1.1.2 Jurisprudence .....	12
3.1.2 Responsabilité pénale administrative de l'entreprise .....	14
3.2 <i>Procédures spéciales</i> .....	14
3.2.1 Procédure simplifiée .....	14
3.2.1.1 Réglementation en vigueur .....	14
3.2.1.2 Jurisprudence .....	15
3.2.2 Procédure d'ordonnance pénale .....	16
3.2.2.1 Réglementation en vigueur .....	16
3.2.2.2 Jurisprudence .....	17
3.2.3 Réparation .....	17
3.2.3.1 Réglementation en vigueur .....	17
3.2.3.2 Jurisprudence .....	17
3.2.4 Accord amiable et programme de clémence en droit des cartels .....	18
3.2.4.1 Réglementation en vigueur .....	19
3.2.4.2 Jurisprudence .....	20
3.3 <i>Transparence de la justice pénale</i> .....	21
3.4 <i>Projets de réforme</i> .....	23
3.4.1 Travaux de réforme des Chambres fédérales et du Conseil fédéral .....	23
3.4.2 Révision du code de procédure pénale : proposition d'introduire une mise en accusation différée .....	24
<b>4. Régimes étrangers et réglementation de l'OCDE</b> .....	<b>25</b>
4.1 <i>Tour d'horizon des différents types de dispositifs</i> .....	25
4.2 <i>France</i> .....	25
4.2.1 Punissabilité des entreprises .....	25
4.2.2 Procédures spéciales .....	26
4.3 <i>Royaume-Uni</i> .....	27
4.3.1 Punissabilité des entreprises .....	27
4.3.2 Procédures spéciales .....	27
4.4 <i>Autriche</i> .....	29
4.4.1 Punissabilité des entreprises .....	29
4.4.2 Procédures spéciales .....	29
4.5 <i>Italie</i> .....	30
4.5.1 Punissabilité des entreprises .....	30
4.5.2 Procédures spéciales .....	30

4.6 Allemagne.....	31
4.6.1 Punissabilité des entreprises .....	31
4.6.2 Procédures spéciales.....	31
4.7 OCDE .....	32
<b>5. Réglementation et pratique passées au crible.....</b>	<b>34</b>
5.1 Principes directeurs .....	34
5.2 Punissabilité des entreprises.....	34
5.2.1 Des règles essentielles souffrant d'un champ d'application trop restreint .....	34
5.2.2 Problèmes touchant aux sanctions et prise en considération insuffisante des populations lésées .....	35
5.2.3 Un nombre de condamnations insuffisant.....	36
5.2.4 Causes à l'origine du défaut de condamnations .....	36
5.2.4.1 La corruption et le blanchiment d'argent, des manœuvres pratiquées en coulisses..	36
5.2.4.2 Lacunes du droit pénal suisse.....	37
5.2.4.3 Difficultés liées à la charge de la preuve .....	37
5.2.4.4 Carences du Ministère public .....	37
5.2.5 Absence d'inscription au casier judiciaire .....	39
5.3. Procédure simplifiée et procédure d'ordonnance pénale .....	39
5.3.1 Avantages des deux procédures et portée des autodénonciations et de la coopération..	39
5.3.2 Lacunes des deux procédures sur le plan de l'Etat de droit .....	40
5.3.3 Incitations insuffisantes en matière d'autodénonciation et de coopération .....	42
5.4 Réparation .....	42
5.4.1 Avantages et bonnes approches .....	42
5.4.2 Adéquation limitée au monde de l'entreprise .....	43
5.5 Droit des cartels : mise au jour efficace des ententes licites grâce à l'autodénonciation, à la coopération et à la prévisibilité des procédures.....	44
5.6 Transparence de la justice .....	44
5.6.1 Le principe de publicité de la justice, fondement de l'Etat de droit et de la démocratie....	44
5.6.2 Opacité de la procédure d'ordonnance pénale .....	45
5.6.3 Opacité affectant les décisions de classement et de non-entrée en matière.....	45
5.6.4 Opacité affectant les arrêts des tribunaux cantonaux.....	46
5.6.5 Des statistiques incomplètes .....	46
<b>6. Conclusion : de graves lacunes dans tous les domaines .....</b>	<b>47</b>
6.1 Lacunes du code pénal et du code de procédure pénale.....	47
6.2 Manquements dans l'application .....	47
6.3 Déficiences en matière de transparence .....	48
<b>7. Mesures nécessaires et revendications .....</b>	<b>49</b>
7.1 De vastes chantiers dans tous les domaines .....	49
7.2 Dix revendications visant à améliorer le droit de la punissabilité des entreprises.....	50
Ministères publics .....	50
Monde politique et administration .....	51
Entreprises .....	52
<b>8. Annexe .....</b>	<b>53</b>
8.1 Dispositions légales.....	53
8.1.1 Code pénal suisse (extraits) .....	53

Art. 53 Réparation .....	53
Titre 7 : Responsabilité de l'entreprise – Art. 102 Punissabilité .....	53
8.1.2 Loi fédérale sur le droit pénal administratif (extraits) .....	53
Art. 7 Réglementation pour les amendes n'excédant pas 5000 francs .....	53
8.1.3 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (extraits) .....	54
Art. 29 Accords amiables .....	54
Art. 49a Sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence.....	54
8.1.4 Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (extraits) .	54
Section 3 : Renonciation à toute sanction – Art. 8 Conditions préalables.....	54
Section 4 : Réduction de la sanction – Art. 12 Conditions préalables.....	55
8.2 <i>Bibliographie choisie</i> .....	56
8.3 <i>Liste des abréviations</i> .....	58

# 1. Résumé

---

En vertu de l'art. 102, al. 2, du code pénal (CP), la responsabilité des entreprises est engagée s'il leur est reproché de ne pas avoir pris toutes les dispositions raisonnables et nécessaires pour prévenir de graves infractions, comme la corruption et le blanchiment d'argent, commises dans l'exercice de leurs activités commerciales. Elles se rendent aussi coupables lorsqu'un crime ou un délit commis dans l'exercice de ces activités conformes à leurs buts ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison de leur manque d'organisation (art. 102, al. 1, CP).

Bien que la disposition pénale de l'art. 102 CP soit en vigueur depuis 2003 déjà, le nombre d'entreprises condamnées est encore très faible. Cette situation est insatisfaisante, tant dans la perspective de la prévention et de la lutte contre la corruption commise par des entreprises suisses en Suisse et à l'étranger que, plus généralement, dans celle de l'Etat de droit et de la société, car des entreprises suisses sont souvent impliquées dans de graves affaires internationales de corruption et de blanchiment d'argent et car le taux de criminalité réel serait bien plus élevé.

Le présent rapport procède à une analyse complète de la législation et de la pratique relatives au droit pénal de l'entreprise, y compris des procédures pénales applicables. Il porte également sur la situation du droit pénal de l'entreprise dans nos pays voisins, dans le Royaume-Uni et au sein de l'OCDE, et s'arrête sur les enseignements tirés du droit des cartels, dont les instruments revêtent un intérêt certain pour le sujet dont traite ce rapport. Voici les principaux résultats de l'analyse effectuée :

- Le droit pénal des entreprises est lacunaire : en particulier, la liste d'infractions applicable à la punissabilité des entreprises (art. 102, al. 2, CP) est trop limitée. Le droit de la procédure pénale présente lui aussi de considérables lacunes de nature réglementaire : il n'incite pas suffisamment les entreprises à se dénoncer et à coopérer pleinement et les procédures spéciales abondamment appliquées dans le cas des entreprises (procédure d'ordonnance pénale et procédure simplifiée) entrent en tension avec les principes de l'Etat de droit.
- L'application du droit pénal de l'entreprise présente des lacunes. En raison de la difficulté de réunir les preuves nécessaires, les ministères publics dépendent souvent véritablement de la collaboration des entreprises fautives pour amener celles-ci à répondre pénalement de leurs actes. Toutefois, ces autorités pénales n'ont pour l'instant pas suffisamment exploité les possibilités que leur offre le droit pour inciter des entreprises à se dénoncer et à coopérer. En outre, divers problèmes se posent au sein des ministères publics eux-mêmes, de sorte que, tout compte fait, ils n'ont jusqu'à présent pas poursuivi assez systématiquement les infractions à l'art. 102 CP.
- L'application du droit pénal de l'entreprise porte gravement atteinte aux principes de transparence. Jusqu'ici, toutes les condamnations sur la base de l'art. 102 CP ont été prononcées à l'issue d'une procédure d'ordonnance pénale, qui se déroule à huis clos. Pour le public, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de consulter les arrêts rendus. La difficulté est encore plus grande pour les décisions de classement et les décisions de non-entrée en matière. De surcroît, les statistiques disponibles sont lacunaires.

Le rapport montre que des progrès sont nécessaires dans tous les domaines. Transparency Suisse présente ainsi dix revendications assorties d'améliorations concrètes. Pour l'essentiel, il faut, en agissant tant à l'échelon de la législation qu'à celui de l'exécution :

- améliorer considérablement la transparence de la justice pénale ;

- prendre des mesures pour inciter les entreprises à se dénoncer et à coopérer pleinement avec les autorités de poursuite pénale ;
- garantir que les accords passés par les ministères publics et les entreprises fautives ainsi que les infractions graves seront toujours validés par un juge (et non réglés uniquement par les ministères publics) ;
- combler les lacunes pénales actuelles.

## 2. Contexte, délimitation de l'objet de l'étude et méthodologie

---

La Suisse a introduit le 1<sup>er</sup> octobre 2003 la responsabilité pénale de l'entreprise, aussi appelée punissabilité de l'entreprise. Selon le code pénal, une entreprise est punissable à titre subsidiaire lorsqu'un crime ou un délit est commis dans l'exercice de ses activités commerciales et que cette action ne peut être imputée à aucune personne physique en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise. Pour certains délits, comme la corruption et le blanchiment d'argent, l'entreprise encourt une responsabilité primaire, s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour prévenir une telle infraction.

Jusqu'ici rares sont les entreprises condamnées au terme d'un jugement définitif, bien que des entreprises suisses soient souvent impliquées dans de graves scandales de corruption et de blanchiment d'argent et le taux de criminalité réel devrait être bien supérieur. Cette situation est insatisfaisante, tant dans la perspective de la prévention et de la lutte contre la corruption que dans celle de l'Etat de droit et de la société, car la disposition n'accomplit guère sa fonction, qui est de servir de garde-fous. De surcroît, tous les arrêts ont été rendus dans une ordonnance pénale du Ministère public de la Confédération ou des ministères publics des cantons, parfois au terme d'une procédure simplifiée. Mécanismes visant à mettre plus facilement fin à une procédure, l'ordonnance pénale et la procédure simplifiée laissent une grande latitude au Ministère public et à l'entreprise mise en cause pour parvenir à un accord. Elles ne garantissent pas la même transparence que la procédure ordinaire et, dans le cas de l'ordonnance pénale, c'est le Ministère public lui-même – et non un juge – qui prononce la condamnation. En plus des quelques condamnations prononcées, signalons le petit nombre de procédures classées en raison de l'exemption de peine régie par l'art. 53 CP (réparation) : les entreprises incriminées évitent une condamnation après avoir versé des sommes à titre de réparation des dommages. Cette exemption est aussi une procédure spéciale de règlement des litiges.

Pour quelle raison la jurisprudence est-elle si peu abondante ? Quel rôle jouent en l'occurrence les procédures spéciales que sont l'ordonnance pénale, la procédure simplifiée et la réparation ? Personne ne niera qu'amener une entreprise à répondre pénalement de ses actes constitue un défi. Il est en effet difficile de démasquer et de prouver l'existence de délits comme la corruption, un constat qui s'applique aussi aux déficiences en matière d'organisation de l'entreprise. En outre, les affaires de corruption et de blanchiment d'argent sont souvent des délits transfrontaliers complexes et les poursuites engagées contre de tels actes s'inscrivent donc dans un contexte international. Enfin, les ressources des parquets sont limitées, alors que les entreprises sont parfois en mesure de faire appel à des dizaines d'avocat-e-s et d'autres expert-e-s. Dès lors, le droit suisse des cartels et les systèmes juridiques d'autres pays, comme la France et le Royaume-Uni, disposent d'instruments encourageant les entreprises fautives à se dénoncer et à coopérer avec les autorités de poursuite pénale. Les incitations instaurées par le code pénal suisse et le code de procédure pénale suisse sont-elles suffisantes ? Pas de l'avis du Ministère public de la Confédération en tout cas, lui qui a proposé, dans le cadre de la réforme en cours du code de procédure pénale, l'adoption d'un nouvel instrument, la mise en accusation différée pour les entreprises<sup>1</sup>. Des réformes allant dans ce même sens sont également poursuivies sur le plan international : l'introduction d'instruments concernant les *accords hors procès* fait actuellement l'objet d'un débat dans le cadre de la révision en cours des recommandations du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption<sup>2</sup>.

Dans le présent rapport, Transparency Suisse étudie les questions soulevées ci-dessus, ainsi que d'autres aspects importants liés à la punissabilité de l'entreprise. Transparency Suisse se propose

---

<sup>1</sup> Voir ch. 3.4.2 infra.

<sup>2</sup> Voir ch. 4.7 infra.

ainsi d'apporter une contribution constructive aux débats politiques que suscite actuellement la modernisation de la responsabilité pénale de l'entreprise.

Le premier volet de ce rapport présente la jurisprudence et le régime actuellement applicable à la responsabilité pénale de l'entreprise et aux instruments spéciaux de règlement des procédures. Il n'aborde pas les questions relevant du droit civil, car elles sortiraient du cadre de l'enquête, mais fera une incursion dans le droit des cartels, en raison de la jurisprudence peu abondante dont il est question ci-dessus. En effet, les ententes illicites ressemblent aux actes de corruption et ont parfois même un lien direct avec la corruption. Or, bien qu'elles soient tout aussi difficiles à identifier, il existe une abondante jurisprudence concernant ces ententes, de sorte que l'autorité de la concurrence semble bien mieux réussir à démasquer et à prévenir les ententes cartellaires que les autorités de poursuite pénale à mettre au jour et à prouver les déficiences des dispositifs mis en place par les entreprises pour prévenir les actes illicites.

Le volet suivant fait un tour d'horizon des régimes juridiques en vigueur dans d'autres pays dont certains, comme mentionné ci-dessus, disposent d'instruments de règlement des procédures plus efficaces que la Suisse. Ce bilan permet d'analyser les problèmes actuels et d'en tirer des conclusions. Le rapport se clôt sur l'énumération des mesures à prendre et sur des revendications concrètes concernant les améliorations à apporter au dispositif juridique.

L'élaboration du présent rapport s'est fondée non seulement sur l'analyse des textes de loi suisses et des travaux qui ont abouti à leur approbation ainsi que des régimes juridiques de certains autres pays, mais aussi sur une analyse bibliographique approfondie (revues spécialisées, études et rapports, interventions parlementaires et articles de presse, notamment) et sur les bonnes pratiques à l'échelle internationale. Des entretiens avec des spécialistes du domaine et l'analyse des cas d'application pratique de la responsabilité pénale des entreprises, la jurisprudence concernant les procédures spéciales et la jurisprudence de l'autorité de la concurrence complètent les travaux.

# 3. Jurisprudence et réglementation en vigueur

---

## 3.1 Punissabilité de l'entreprise

### 3.1.1 Responsabilité pénale de l'entreprise

#### 3.1.1.1 Réglementation en vigueur

A la fin du siècle passé, plusieurs affaires ont montré que, lorsque la structure de l'entreprise est complexe, il s'avère difficile, voire impossible, d'établir un lien entre une personne physique concrète et un délit et qu'il est inéquitable voire insuffisant de ne punir que cette dernière, car, de cette façon, le comportement fautif n'est que partiellement sanctionné au pénal<sup>3</sup>. La Confédération a alors mis en chantier une réforme visant à instaurer une responsabilité pénale de l'entreprise. A la même époque, les États ont conclu diverses conventions internationales, et notamment des conventions contre la corruption (celles de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, en particulier), qui prévoient un régime strict de responsabilité pénale de l'entreprise dans leur champ d'application. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2003, la disposition pénale (art. 100<sup>quater</sup> CP à l'origine, art. 102 CP à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007) constitue un compromis entre l'harmonisation rendue nécessaire par le contexte international et le scepticisme de certains milieux en Suisse<sup>4</sup>.

L'art. 102 CP dispose en premier lieu qu'une entreprise est punissable lorsqu'un crime ou un délit commis en son sein dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Cette punissabilité subsidiaire de l'entreprise ne s'applique donc que lorsqu'aucune personne physique n'est amenée à répondre de l'acte en question. En l'occurrence, l'entreprise n'est pas accusée d'avoir commis une infraction, mais de présenter un manque d'organisation qui est à l'origine de celle-ci (al. 1).

En second lieu, une entreprise peut être tenue directement responsable de certaines infractions déterminées indépendamment de la punissabilité d'une personne physique, lorsqu'elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (punissabilité primaire de l'entreprise). Le code pénal énumère ces infractions qualifiées (qui se rapportent uniquement aux champs d'application des conventions internationales ratifiées par la Suisse) : corruption d'agents publics suisses ou étrangers, octroi d'avantages, corruption privée active, blanchiment d'argent, organisation criminelle et financement du terrorisme (al. 2). Dans ces cas, la punissabilité de l'entreprise est indépendante de la punissabilité d'une personne physique ; il s'agit donc d'une punissabilité cumulative<sup>5</sup>.

Dans les deux cas (al. 1 et al. 2), la sanction prévue est une amende pouvant atteindre cinq millions de francs. Le juge prononce la confiscation des bénéfices qui sont le résultat d'une infraction (art. 70 CP) ou, lorsque ces bénéfices ne sont plus disponibles, ordonne leur remplacement par une créance compensatrice d'un montant équivalent (art. 71 CP).

---

<sup>3</sup> Conseil fédéral, Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1943.

<sup>4</sup> Pour une analyse détaillée de la genèse de la réglementation, voir notamment Mark Pieth, *Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis*, in: *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht* 2015, pp. 223 ss.

<sup>5</sup> Marcel Niggli/Diego R. Gfeller, *Basler Kommentar Strafrecht*, Bâle 2018, n° 230 et 242 ad art. 102.

### 3.1.1.2 Jurisprudence

Bien que l'art. 102 CP soit en vigueur depuis 2003, seules quatre entreprises ont, pour autant que l'on sache, été condamnées sur la base des faits tombant sous le coup de son al. 1<sup>6</sup>:

- **A. SA (entreprise inconnue du public)** : les autorités de poursuite pénale du canton de Fribourg ont adopté un mandat de répression pour condamner la société A. au paiement d'une amende de 3000 francs, car il n'a pas été possible d'identifier le collaborateur s'étant rendu coupable d'un excès de vitesse au volant d'une voiture d'entreprise<sup>7</sup>.
- **Banque D. (entreprise inconnue du public)** : par ordonnance pénale rendue en date du 15 juillet 2011, le Ministère public de la Confédération a condamné une banque genevoise au paiement d'une amende de 300 000 francs, en application de l'art. 102, al. 1, CP, car il n'a pas été possible d'identifier le collaborateur qui s'était rendu coupable d'un défaut de vigilance en matière d'opérations commerciales et de droit de communication (art. 305<sup>ter</sup> CP)<sup>8</sup>.
- **Entreprise de télécommunications B. (entreprise inconnue du public)** : par voie d'ordonnance pénale, le Ministère public zougais a condamné le 28 juillet 2014 une entreprise de télécommunications qui s'est rendue coupable de concurrence déloyale (art. 23, al. 1 en relation avec art. 3, let. u, Loi fédérale contre la concurrence déloyale LCD). Il lui était reproché d'avoir réalisé de nombreux appels vers des numéros signalés dans l'annuaire par un astérisque et la mention « Ne désire pas de publicité ». Ces appels provenaient d'une société étrangère mandatée par l'entreprise en Suisse. En raison de l'organisation de l'entreprise mise en cause, il était impossible d'attribuer les appels à une personne physique déterminée<sup>9</sup>.
- **Entreprise de logiciels C. (entreprise inconnue du public)** : par voie d'ordonnance pénale, le Ministère public zougais a condamné le 24 octobre 2019 une entreprise de logiciels qui s'est rendue coupable de concurrence déloyale (art. 23, al. 1 en relation avec art. 3, let. a, LCD). Il n'a pas non plus été possible dans ce cas d'attribuer les appels illicites à une personne physique déterminée<sup>10</sup>.

Pas plus que la responsabilité subsidiaire, la principale forme de responsabilité pénale de l'entreprise, visée à l'art. 102, al. 2, CP, n'est guère utilisée par les autorités de poursuite pénale. Pour autant que l'on sache, seules huit entreprises ont fait l'objet d'une condamnation ferme en application de cette disposition, à chaque fois par voie d'ordonnance pénale rendue par le Ministère public de la Confédération<sup>11</sup> :

- **Alstom Network Schweiz AG** : le 22 novembre 2011, le Ministère public de la Confédération a condamné la société Alstom Network Schweiz AG à une amende de 2,5 millions de francs et à une créance compensatrice de plus de 36 millions de francs après l'avoir reconnue coupable de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour prévenir le versement de montants corruptifs à des agents publics étrangers en Lettonie, Tunisie et Malaisie<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> L'analyse a porté sur la jurisprudence à l'échelon fédéral et dans les cantons de Zurich, de Zoug, de Berne, de Genève et du Tessin. Des renseignements ont par ailleurs été demandés au Ministère public de la Confédération et aux ministères publics des cantons de Zurich, de Zoug, de Berne, de Genève et du Tessin concernant leur jurisprudence.

<sup>7</sup> Journal des Tribunaux (JdT) 2005 I 558.

<sup>8</sup> OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption par la Suisse, décembre 2011, annexe 4, encadré 2.

<sup>9</sup> Selon renseignement fourni par écrit par le Ministère public du canton de Zoug (14 septembre 2020).

<sup>10</sup> Selon renseignement fourni par écrit par le Ministère public du canton de Zoug (14 septembre 2020).

<sup>11</sup> L'analyse a porté sur la jurisprudence à l'échelon fédéral et dans les cantons de Zurich, de Zoug, de Berne, de Genève et du Tessin. Des renseignements ont par ailleurs été demandés au Ministère public de la Confédération et aux ministères publics des cantons de Zurich, de Zoug, de Berne, de Genève et du Tessin concernant leur jurisprudence. Outre ces huit affaires, le Tribunal fédéral a prononcé un acquittement (procès intenté à la Poste suisse, ATF 142 IV 333).

<sup>12</sup> Communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 22 novembre 2011.

- **Stanford Group (Suisse)** : en février 2014, le Ministère public de la Confédération a condamné la société Stanford Group (Suisse) AG pour blanchiment d'argent qualifié à une amende de 1 million de francs et à une créance compensatrice de plusieurs millions de francs pour les gains d'origine délictueuse<sup>13</sup>.
- **Nitrochem** : en mai 2016, le Ministère public de la Confédération a condamné la société Nitrochem au paiement d'une amende de 750 000 francs et d'une créance compensatrice de plus de 70 000 francs pour corruption d'agents publics étrangers. Il lui reprochait de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour découvrir et empêcher cette infraction<sup>14</sup>.
- **Odebrecht SA** : le 21 décembre 2016, le Ministère public de la Confédération a condamné la société Odebrecht SA et l'une de ses filiales, dans le cadre du complexe d'affaires Petrobras, au paiement d'une amende de 4,5 millions de francs et d'une créance compensatrice de plus de 200 millions de francs pour ne pas avoir prévenu le blanchiment d'argent et le versement de paiements corruptifs à des agents publics étrangers<sup>15</sup>.
- **KBA-NotaSys** : la société KBA-NotaSys s'est dénoncée au Ministère public de la Confédération soupçonnant un défaut d'organisation en son sein qui a permis des versements corruptifs à des agents publics étrangers. A la suite de l'enquête qu'il a ouverte, le parquet helvétique a condamné le 23 mars 2017 KBA-NotaSys à une amende d'un franc, parce que cette dernière n'avait pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour prévenir cette infraction. L'entreprise a par ailleurs créé un fonds pour promouvoir les bonnes pratiques commerciales doté de 5 millions de francs et acquitté une créance compensatrice de 30 millions de francs pour les gains d'origine délictueuse. La condamnation à un seul franc symbolique d'amende s'explique par plusieurs faits : l'entreprise s'est dénoncée (le premier cas en Suisse), a coopéré pleinement avec les autorités de poursuite pénale, développé son système de conformité, mis sur pied le fonds mentionné plus haut et acquiescé au versement de la créance compensatrice<sup>16</sup>.
- **Dredging International Services** : par voie d'ordonnance pénale en date du 1<sup>er</sup> mai 2017, le Ministère public de la Confédération a condamné la société Dredging International Services à une amende de 1 million de francs et à une créance compensatrice de 36 millions de francs en raison du versement de paiements corruptifs à des fonctionnaires de Nigerian Port Authority dans le cadre d'un appel d'offres pour le drainage des voies navigables du pays. Le Ministère public avait en effet constaté que cette entreprise n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter les pots-de-vin<sup>17</sup>.
- **Gunvor** : le 14 octobre 2019, le Ministère public de la Confédération a condamné le négociant genevois en matières premières Gunvor au paiement de 94 millions de francs, dont 4 à titre d'amende, car l'entreprise n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter qu'un employé et certains de ses intermédiaires corrompent des agents publics étrangers afin d'accéder aux marchés pétroliers de la République du Congo et de Côte d'Ivoire<sup>18</sup>.
- **X. (entreprise inconnue du public)** : le 15 novembre 2019, le Ministère public de la Confédération a condamné une entreprise à une amende de 2 millions de francs et à une créance compensatrice de près de 17 millions de francs après l'avoir reconnue coupable de ne pas avoir pris

<sup>13</sup> Rapport établi par le Ministère public de la Confédération sur ses activités au cours de l'année 2014 à l'intention de l'autorité de surveillance, p. 15; communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 10 mars 2014.

<sup>14</sup>Nicolas Bueno, Swiss Multinational Enterprises and Transnational Corruption: Management Matters, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 2017/2, p. 10 s.

<sup>15</sup> Communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 21 décembre 2016.

<sup>16</sup> Neue Zürcher Zeitung du 24 février 2017; Ministère public de la Confédération, rapport de gestion 2017, p. 21; arrêt du Tribunal pénal fédéral du 29 août 2017, BB.2017.83.

<sup>17</sup> Swissinfo du 28 février 2019, Plusieurs banques suisses sous enquête pour corruption.

<sup>18</sup> Communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 17 octobre 2019.

toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour prévenir le versement de paiements corruptifs à des agents publics étrangers<sup>19</sup>.

Ces rares cas d'application de l'art. 102, al. 2, CP varient considérablement pour ce qui est de la durée des procédures et des sanctions prononcées. La plupart ont duré longtemps (huit ans pour l'affaire Gunvor, cinq ans pour l'affaire Stanford Group, quatre ans pour X [entreprise inconnue du public] et trois ans pour les affaires Odebrecht et Nitrochem), seulement deux s'étant conclues rapidement (deux ans pour l'affaire Alstom Network Schweiz et 16 mois pour l'affaire KBA-NotaSys). Quant aux amendes, elles vont du franc symbolique (acquitté par KBA-Nota-Sys SA qui s'est autodénoncée) à 4,5 millions de francs (pour Odebrecht SA, qui refusait totalement de collaborer à l'enquête au début). Les gains d'origine délictueuse confisqués ou les créances compensatrices prononcées en lieu et place oscillent entre 70 000 francs environ et plus de 200 millions de francs.

### 3.1.2 Responsabilité pénale administrative de l'entreprise

En vertu du droit pénal administratif, les personnes morales peuvent être recherchées au pénal depuis longtemps lorsqu'une infraction commise dans une entreprise est passible d'une amende de 5000 francs au plus et que l'enquête requise pour en identifier l'auteur rendrait nécessaires des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue (art. 7 loi sur le droit pénal administratif)<sup>20</sup>. L'application de cette disposition est donc exclue dès lors qu'il est possible d'identifier un auteur. Le but premier de cette disposition est d'éviter que les autorités consacrent trop de temps et d'énergie à poursuivre des délits mineurs<sup>21</sup>. De nombreux actes législatifs déclarent applicable l'art. 7 de la loi sur le droit pénal administratif (loi sur la protection de l'environnement, loi sur la protection de la nature et du paysage et loi fédérale contre la concurrence déloyale, notamment). Dans certaines circonstances, l'art. 7 de la loi sur le droit pénal administratif et l'art. 102 CP se recoupent ; dans ce cas, ils sont les deux applicables<sup>22</sup>.

L'art. 7 de la loi sur le droit pénal administratif est rarement appliqué<sup>23</sup>.

## 3.2 Procédures spéciales

### 3.2.1 Procédure simplifiée

#### 3.2.1.1 Réglementation en vigueur

Régie par le code de procédure pénale (CPP), la procédure simplifiée est la base légale sur laquelle reposent les accords auxquels parviennent le prévenu et le parquet. Qu'ils soient officiels ou officieux, des accords entre prévenus, Ministères publics et juges (dans certains cas) existaient déjà avant l'entrée en vigueur du CPP, mais seuls trois cantons avaient légiféré en la matière<sup>24</sup>. Lors de l'élaboration du CPP, la procédure simplifiée a donné lieu à des controverses. Ainsi, la commission d'experts considérait que ce genre d'accords était problématique au regard des valeurs qui fondent l'Etat de droit, notamment parce qu'ils mettaient fortement en cause la maxime inquisitoire et le caractère impératif de la poursuite. En dépit de ces réserves, le Conseil fédéral a proposé d'introduire la procédure simpli-

<sup>19</sup> Ordonnance pénale SV.15.0787-BECY (anonymisée); le Ministère public de la Confédération n'a pas mentionné cette affaire dans son rapport de gestion, ne l'a pas rendue publique dans un communiqué de presse et les médias n'en ont pas non plus parlé. Le degré d'anonymisation de l'ordonnance est si poussé qu'il n'en ressort même pas le ou les pays dans lesquels les actes de corruption ont eu lieu.

<sup>20</sup> Le droit pénal administratif contient aussi quelques dispositions qui prévoient des amendes bien supérieures, comme l'art. 100 de la loi régissant la taxe sur la valeur ajoutée et l'art. 49 de la loi sur la surveillance des marchés financiers.

<sup>21</sup> Conseil fédéral, Message du 21 avril 1971 concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, FF 1971 I 1017 1029.

<sup>22</sup> Ursula Cassani, Droit pénal économique, Bâle 2020, p. 129.

<sup>23</sup> Matthias Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, diss. Saint-Gall, 2006, p. 57.

<sup>24</sup> Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 10 ss. ad art. 358-362, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

fiée, estimant qu'il est plus correct de régir ce genre d'accords que de s'abstenir de le faire et de tolérer le recours à de tels procédés dans le quotidien judiciaire<sup>25</sup>. Après un débat animé, le Parlement s'est rallié aux thèses du Conseil fédéral<sup>26</sup>.

Pour l'essentiel, la procédure simplifiée permet d'accélérer et de simplifier la démarche pénale et de porter l'affaire plus rapidement devant le juge, qui procède à des débats sommaires : jusqu'à la mise en accusation, le prévenu qui a reconnu les faits déterminants pour l'appréciation juridique ainsi que, au moins dans leur principe, les prétentions civiles, peut demander l'exécution d'une procédure simplifiée au Ministère public (art. 358 CPP). Celui-ci statue définitivement et librement sur cette exécution (art. 359 CPP). Lorsqu'il admet la procédure simplifiée, le Ministère public rédige un acte d'accusation que le tribunal peut transformer en jugement (art. 360 et 362, al. 2, CPP). Le tribunal vérifie ensuite si l'exécution de la procédure simplifiée est conforme au droit et justifiée et si les sanctions proposées sont appropriées. Il n'y a pas d'administration des preuves au sens propre (art. 361 et 362 CPP). Si les conditions permettant de rendre le jugement en procédure simplifiée ne sont pas réunies, le dossier est transmis au Ministère public pour qu'il engage une procédure préliminaire ordinaire. Les déclarations faites par les parties dans la perspective de la procédure simplifiée ne sont pas exploitables dans la procédure ordinaire qui pourrait suivre le rejet du jugement en procédure simplifiée (art. 362, al. 3 et 4, CPP).

Paradoxalement, la teneur de l'accord n'est pas régie par la loi, qui se borne à réglementer les formalités, comme il est expliqué ci-dessus. Les accords peuvent porter sur deux domaines :

- En premier lieu, sur la mise en accusation : pour autant que le principe du caractère impératif de la poursuite (art. 7 CPP) le permette, le Ministère public et le prévenu peuvent parvenir à un accord de renonciation partielle à la poursuite pénale qui se traduit par l'abandon de certains chefs de l'acte d'accusation<sup>27</sup>.
- En second lieu, les accords peuvent porter sur les sanctions et la quotité de la peine : le Ministère public peut négocier les sanctions avec le prévenu, en particulier la quotité de la peine<sup>28</sup>.

Signalons toutefois que les accords portant sur les faits incriminés sont en revanche illicites<sup>29</sup>.

### 3.2.1.2 *Jurisprudence*

La procédure simplifiée est très présente dans le quotidien judiciaire : à l'échelon de la Confédération, la moitié des accusations sont réglées par ce type de procédure<sup>30</sup>. En droit pénal de l'entreprise, le Ministère public de la Confédération a appliqué la procédure simplifiée dans au moins trois des neuf affaires pour lesquelles il a prononcé une condamnation<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Conseil fédéral, Message du 21 décembre 2006 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 1278 s.

<sup>26</sup> Pour un résumé, voir Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 21 ss. ad art. 358-362, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>27</sup> Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 27 ad art. 358-362, n° 30 ss. ad art. 358, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>28</sup> Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 28 ad art. 358-362, n° 46 ss. ad art. 358, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>29</sup> Pour une exposition détaillée et convaincante, assortie de renvois à des opinions divergentes, voir Christian Schwarzenegger, n° 5 ss. ad art. 358, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2014.

<sup>30</sup> Mark Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2016, p. 260.

<sup>31</sup> Le Ministère public de la Confédération le mentionne expressément dans trois des neuf ordonnances pénales qu'il a prononcées (ordonnances pénales n° SV.18.0958-SAG, SV.15.0584-MAD et SV.16.1280-LEN). Dans son ordonnance pénale la plus récente, il a commencé par admettre la procédure simplifiée avant de la révoquer au motif qu'il mettrait un terme à la procédure en prononçant une ordonnance pénale (ordonnance pénale n° SV.15.0787-BECY). Il n'est pas exclu qu'il ait appliqué la procédure simplifiée dans d'autres affaires. Dans l'une d'elles, cela semble improbable, car l'ordonnance pénale explique les formalités (ordonnance pénale n° SV.09.0028-LAM). Trois ordonnances pénales ne contiennent en revanche aucune explication sur la procédure (ordonnances pénales n° EAll.04.0325-LEN, SV.14.0177-DCA et SV.12.0120-DCA).

## 3.2.2 Procédure d'ordonnance pénale

### 3.2.2.1 Réglementation en vigueur

Prononcée par le Ministère public, l'ordonnance est un instrument qui permet de liquider les procédures à peu de frais du point de vue économique. Il n'y a pas de mise en accusation devant un tribunal et donc pas de débat public, ni, dans la majorité des cas, d'administration des preuves<sup>32</sup>. Il faut que le prévenu ait au préalable admis les faits ou que ceux-ci soient établis et qu'il s'agisse d'une infraction de faible gravité ou de gravité moyenne (art. 352 CPP). La doctrine majoritaire considère que, lorsque certaines circonstances sont réunies, les autorités de poursuite pénale sont tenues de clore la procédure par une ordonnance pénale<sup>33</sup>. Les positions divergent en revanche sur la possibilité d'appliquer ce mode de clôture aux procédures engagées contre des entreprises. Jusqu'à présent, le Ministère public de la Confédération a toujours clos ce genre de procédures par des ordonnances pénales, indépendamment de la gravité de l'infraction et du montant de l'amende<sup>34</sup>, ce qu'une partie de la doctrine considère comme correct<sup>35</sup>, contre l'avis d'une autre partie, qui allègue que, si la sanction prévue à l'art. 102 CP est bel et bien une amende, il faut néanmoins éviter que ce fait rabaisse les crimes et délits imputés à l'entreprise au rang de contraventions, de sorte qu'il faille clore toutes les procédures engagées contre des entreprises par des ordonnances pénales. Ces spécialistes argumentent ainsi que, puisque l'ordonnance pénale ne peut s'appliquer qu'en cas d'infraction de faible gravité ou de gravité moyenne, les procédures engagées contre les entreprises ne devraient pouvoir se clore par une ordonnance pénale que lorsqu'on peut envisager une amende d'un montant moyen mesuré à l'aune de l'amende maximale de 5 millions de francs<sup>36</sup>. La question de savoir s'il est possible de clore une procédure simplifiée par une ordonnance pénale fait elle aussi l'objet d'une controverse : si la doctrine voit avec réticence la combinaison des deux procédures<sup>37</sup>, le Ministère public de la Confédération n'hésite pas à y avoir recours (voir paragraphe suivant).

Etant donné que dans le cas de la procédure simplifiée, la loi ne décrit pas la teneur proprement dite des accords, les entreprises mises en cause et le parquet disposent, dans le quotidien judiciaire, d'autant de latitude pour déterminer la teneur des accords dans le cas de la procédure d'ordonnance pénale que dans le cas de la procédure simplifiée, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'entendre tant sur l'accusation que sur les sanctions<sup>38</sup>. Toutefois, la loi ne régit pas du tout cette question, même pas le choix de la procédure, de sorte qu'il n'existe aucune règle applicable pour le cas où un accord échouerait. Ainsi, si le Ministère public ne s'en tient pas à l'accord et prononce par exemple une sanction supérieure, l'entreprise peut certes former opposition contre l'ordonnance pénale, mais ses déclarations restent exploitables, contrairement à ce qui est le cas dans la procédure simplifiée<sup>39</sup>. Dès lors, de façon générale, les accords passés dans la procédure d'ordonnance pénale présentent probablement des risques excessifs pour les entreprises.

<sup>32</sup> Franz Riklin, Remarques préliminaires n° 1 ad art. 352-356, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>33</sup> Gwladys Gilliéron/Martin Killias, n° 20 ss. ad art. 352, in: Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2019.

<sup>34</sup> Voir ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>35</sup> Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, n° 7 ad art. 352, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> édition, Zurich et Saint-Gall 2018; Ursula Cassani, Droit pénal économique, Bâle 2020, p. 11.

<sup>36</sup> Christian Schwarzenegger, n° 7 ad art. 352, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2014; Alain Macaluso, L'ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CPPS, in: Jusletter 2011, n° 29 ss.; Gwladys Gilliéron/Martin Killias, n° 14a ad art. 352, in: Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2019.

<sup>37</sup> Georges Greiner/Irma Jaggi, n° 109 ss. ad art. 358, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014. David Mühlemann, Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, in: recht 2018, 2<sup>e</sup> cahier, pp. 83 ss.

<sup>38</sup> Marc Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013, p. 159 s., 174; Mark Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, Bâle 2016, p. 271 s.

<sup>39</sup> C'est l'avis de la doctrine majoritaire; voir Marc Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013, p. 174 (avec une critique).

### 3.2.2.2 Jurisprudence

En Suisse, la procédure d'ordonnance pénale est d'une importance capitale, car elle est le mode de clôture de plus de 90% des affaires pénales qui ne sont pas classées<sup>40</sup>. Dès lors, la procédure d'ordonnance pénale est la règle et la procédure ordinaire l'exception. Cette situation est encore plus marquée dans le cas du droit pénal de l'entreprise : comme il est expliqué ci-dessus, toutes les condamnations prononcées contre des entreprises l'ont été par voie d'ordonnance pénale<sup>41</sup>.

## 3.2.3 Réparation

### 3.2.3.1 Réglementation en vigueur

L'instrument de la réparation, régi par l'art. 53 CP, est l'aboutissement d'une démarche législative de plus de 20 ans ; il s'aligne sur la tendance, observée dans le monde entier, à tenir davantage compte des intérêts des victimes et à favoriser par conséquent la conciliation entre victimes et auteurs. Cette disposition repose sur le constat suivant : la paix sociale troublée par l'infraction peut être restaurée par l'acte que l'auteur accomplit volontairement pour réparer sa faute, de sorte que la condamnation devient inutile<sup>42</sup>. Ce motif d'exemption de peine a été introduit par la révision totale de la partie générale du droit pénal entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Des voix n'ont guère tardé à s'élever pour demander l'abrogation de la disposition au motif qu'elle ne serait pas appliquée correctement. Après avoir rejeté une initiative parlementaire allant dans ce sens<sup>43</sup>, le Parlement en a limité peu après le champ d'application<sup>44</sup>.

Dans sa teneur actuelle, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'art. 53 CP dispose que l'autorité compétente renonce à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé ;
- il encourt seulement une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende ;
- l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants ; et
- l'auteur a admis les faits.

Le mécanisme de la réparation s'applique aux procédures engagées non seulement contre des personnes physiques, mais aussi contre des entreprises (art. 102 CP)<sup>45</sup>, et ce à tous les stades de la procédure<sup>46</sup>.

### 3.2.3.2 Jurisprudence

L'art. 53 CP n'a été appliqué que de façon ponctuelle dans des procédures dirigées contre des entreprises et cette application n'a pas été uniforme. Selon une enquête adressée par Transparency Suisse au Ministère public de la Confédération et à certains Ministères publics cantonaux, l'art. 53 CP n'a

<sup>40</sup> Franz Riklin, Remarques préliminaires n° 2 ad art. 352-356, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2018.

<sup>41</sup> Voir ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>42</sup> Céline Schenk, Die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB, in: Jusletter 24.1.2011, p. 2 s.; Jürg-Beat Ackermann/Reto Weilenmann, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – „Freikauf“ oder Anreiz zum Fehlermanagement? In: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Ed.), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, Zurich 2019, p. 31 s.; Conseil fédéral, Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1781 1872.

<sup>43</sup> Voir l'initiative parlementaire Joder 10.522 Réparation du dommage. Abrogation de l'article 53 CP.

<sup>44</sup> Voir l'initiative parlementaire Vischer 10.519 Modifier l'article 53 CP.

<sup>45</sup> Initiative parlementaire Vischer 10.519 Modifier l'article 53 CP, Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 3 mai 2018, FF 2018, 3881 3888 s.

<sup>46</sup> Stefan Trechsel/Stefan Keller, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> édition 2018, n° 9 ad art. 53.

jamais été appliqué en relation avec l'art. 102 CP dans les cantons de Berne, du Tessin, de Zoug et de Zurich. En revanche, le Ministère public de la Confédération et celui du canton de Genève ont classé quelques procédures contre des entreprises qui avaient versé des sommes à titre de réparation :

- **Alstom SA** : après avoir condamné la société Alstom Network Schweiz AG pour infraction à l'art. 102 CP, le Ministère public de la Confédération a abandonné en novembre 2011, sur la base de l'art. 53 CP, les poursuites engagées contre Alstom SA, la maison mère en France, celle-ci ayant versé au CICR la somme d'un million de francs à titre de réparation<sup>47</sup>.
- **Banque cantonale des Grisons** : en décembre 2012, dans le cadre de la procédure pénale consécutive à la faillite du groupe agro-alimentaire italien Parmalat, le Ministère public de la Confédération a décidé de suspendre la procédure engagée contre la Banque cantonale des Grisons, en se fondant sur l'art. 53 CP. En effet, durant la procédure, la banque est parvenue à un arrangement avec Parmalat, qui s'était constitué partie civile en Suisse, aux termes duquel elle s'engageait à lui verser une compensation de 21 millions d'euros<sup>48</sup>.
- **SIT** : en novembre 2013, le Ministère public de la Confédération a classé, conformément à l'art. 53 CP, la procédure ouverte contre la société SIT, qui a avoué ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher le versement de paiements corruptifs à des agents publics étrangers et versé au CICR la somme de 125 000 francs à titre de réparation<sup>49</sup>.
- **HSBC** : au début juin 2015, le Ministère public genevois a classé, sur la base de l'art. 53 CP, la procédure contre la filiale suisse de HSBC après le versement par celle-ci d'une contribution financière de 40 millions de francs en faveur de l'Etat de Genève. Il avait ouvert cette procédure parce que la banque n'avait pas pris des mesures suffisantes pour prévenir le blanchiment d'argent<sup>50</sup>.
- **Addax** : en juin 2017, le Ministère public genevois a classé la procédure ouverte contre la société pétrolière Addax sur la base de l'art. 53 CP, après que cette société a reconnu ses déficits organisationnels et versé à l'Etat de Genève la somme de 31 millions de francs à titre de réparation pour les versements de plusieurs millions de francs vraisemblablement illicites effectués au Nigeria<sup>51</sup>.

Ce sont surtout les décisions du parquet genevois qui ont suscité un grand écho public, car les sommes versées à titre de réparation, se montant à des dizaines de millions de francs, ont alimenté les caisses de l'Etat de Genève, alors même que celui-ci ne figure pas parmi les parties lésées dans ces affaires de corruption. En effet, ce sont les pratiques de ces sociétés dans des pays africains qui ont motivé l'ouverture des procédures. Selon ses déclarations, le Ministère public de la Confédération n'applique plus l'art. 53 CP aux affaires concernant des entreprises transnationales depuis 2017<sup>52</sup>.

### 3.2.4 Accord amiable et programme de clémence en droit des cartels

Les ententes illicites présentent des similitudes avec les actes de corruption et ont parfois un lien direct avec ce phénomène. En outre, comme il en va des actes de corruption, la mise au jour et la poursuite des ententes illicites constituent une tâche ardue, car toutes les parties impliquées tirent profit de l'infraction et ont donc tout intérêt à garder leurs agissements secrets. Pour cette raison, le droit

<sup>47</sup> Communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 22 novembre 2011.

<sup>48</sup> Ministère public de la Confédération, rapport de gestion 2012, p. 12.

<sup>49</sup> Communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 12 novembre 2013.

<sup>50</sup> Communiqué de presse du Ministère public genevois du 4 juin 2015.

<sup>51</sup> Communiqué de presse du Ministère public genevois du 5 juillet 2017.

<sup>52</sup> Ministère public de la Confédération, rapport de gestion 2017, p. 8.

des cartels dispose d'instruments ad hoc pour démasquer et sanctionner ces pratiques illicites ; ces instruments sont présentés ci-dessous.

### 3.2.4.1 Réglementation en vigueur

La loi sur les cartels (LCart) a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Pour cette raison, les ententes illicites et les pratiques illicites des entreprises ayant une position dominante sont sanctionnées (art. 49a, al. 1, LCart). Le droit des cartels dispose de deux instruments servant à régler les procédures ou à diminuer la peine : l'accord amiable introduit par la révision de la loi sur les cartels de 1995 et le programme de clémence ou système de bonus introduit par celle de 2003.

Lorsque le secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction (art. 29, al. 1, LCart). La conclusion de cet accord a pour but de restaurer la légalité et de clore aussi rapidement et facilement que possible une enquête de droit cartellaire<sup>53</sup>. Cet accord ne sert pas seulement l'intérêt public et l'intérêt de l'administration, mais aussi, souvent, celui des entreprises incriminées. En effet, une procédure en droit des cartels est chère, nuit à l'image de l'entreprise et immobilise une partie de ses ressources<sup>54</sup>. Le secrétariat de la COMCO peut proposer un accord amiable lorsqu'il a ouvert une enquête et est parvenu à la conclusion d'être en présence d'une restriction illicite à la concurrence<sup>55</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'administration des preuves et l'appréciation juridique soient terminées : le secrétariat de la COMCO peut proposer un accord amiable à n'importe quel stade de l'enquête<sup>56</sup>. S'agissant des entreprises, un accord amiable suppose notamment qu'elles soient disposées à prendre de leur plein gré des mesures visant à éliminer la restriction de la concurrence et à coopérer avec le secrétariat. Si elles peuvent manifester leur intérêt à parvenir à un accord amiable, les entreprises ne peuvent cependant pas exiger que le secrétariat entame des négociations avec elles ou conclue un accord de ce type<sup>57</sup>.

Un accord amiable régit les mesures à prendre par l'entreprise pour éliminer une restriction à la concurrence jugée illicite par le secrétariat de la COMCO. Il peut s'agir de mesures visant à modifier les pratiques ou la structure de celle-ci, des mesures toujours tournées vers l'avenir, car il n'est pas possible de conclure un accord amiable sur les pratiques du passé. Dès lors, ni les faits, ni l'appréciation juridique ne sont négociables<sup>58</sup>. En principe, le droit n'exige pas des entreprises qu'elles admettent les faits et acceptent l'appréciation juridique, pas plus qu'elles ne renoncent expressément aux voies de droit, même si le but d'un accord amiable est de clore la procédure de la façon la plus efficace possible et d'éviter ainsi un recours<sup>59</sup>. En dernier lieu, l'éventuelle sanction et son montant ne sont pas négociables. Dès lors, l'accord amiable n'influe pas sur le résultat de l'enquête et n'aboutit en particulier pas à l'abandon d'une éventuelle sanction pour violation de la loi sur les cartels<sup>60</sup>. L'accord amiable requiert la forme écrite et doit être approuvé par la COMCO (art. 29, al. 2, LCart).

Même si la sanction éventuellement imposée à l'entreprise n'est pas négociable dans le cadre d'un accord amiable, celui-ci a tout de même une influence sur le montant de l'amende infligée dès lors que l'accord est conclu et approuvé par la COMCO. La conclusion d'un accord amiable est en effet considérée comme le résultat d'une bonne coopération et est récompensée par une réduction de la sanction qui varie entre 5 et 20% en fonction du stade de la procédure au cours duquel intervient cette conclusion<sup>61</sup>. La conclusion d'un accord amiable influence par ailleurs le déroulement de l'enquête, puisque l'un des principaux objectifs de l'accord est de mener et de clore la procédure de la façon la

<sup>53</sup> Carla Beuret, Art. 29, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 4 s ad art. 29.

<sup>54</sup> Manuela Rapold, Kartellrechts-Compliance, Berne 2016, p. 172.

<sup>55</sup> Note du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018: Accords amiables, p. 1.

<sup>56</sup> Conseil fédéral, Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 472 594.

<sup>57</sup> Note du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018: Accords amiables, p. 1 et 3.

<sup>58</sup> Carla Beuret, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 34 ss. ad art. 29.

<sup>59</sup> Carla Beuret, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 9 ss. ad art. 29.

<sup>60</sup> Note du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018: Accords amiables, p. 2.

<sup>61</sup> Note du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018: Accords amiables, p. 2.

plus efficace possible. En particulier, les faits ne doivent pas être déterminés dans leur intégralité et la motivation de la violation de la loi peut être réduite dans la décision, ce qui abrège la procédure<sup>62</sup> et réduit d'autant les frais<sup>63</sup>.

La violation intentionnelle d'un accord amiable est punie d'une amende pouvant atteindre 100 000 francs (art. 54 LCart).

La loi sur les cartels prévoit aussi un programme de clémence (également appelé système de bonus) en vertu duquel l'autorité peut renoncer, en tout ou en partie, à une sanction si l'entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence (art. 49a, al. 2, LCart). Cette disposition a un double objectif : en premier lieu, dissuader les entreprises de constituer des ententes illicites, en second lieu faciliter à l'autorité de concurrence la détection et la poursuite des ententes déjà existantes. Son rôle est d'inciter les entreprises membres d'un cartel à collaborer de leur propre gré avec cette autorité<sup>64</sup>.

L'autorité peut renoncer entièrement à sanctionner une entreprise dans deux cas de figure<sup>65</sup> :

- l'entreprise notifie à la COMCO sa participation à une restriction illicite à la concurrence et est la première à fournir des informations permettant d'ouvrir une procédure au sens de la loi sur les cartels (art. 8, al. 1, let. a, OS LCart). Dans ce cas, l'autorité de la concurrence ne dispose pas, avant l'auto-dénonciation, d'informations – ou pas suffisamment – pour ouvrir une procédure<sup>66</sup> ;
- l'entreprise sou-met des preuves permettant de constater une restriction illicite à la concurrence (art. 8, al. 1, let. b, OS LCart). Sans cette dénonciation, l'autorité de la concurrence ne disposerait pas de suffisamment d'éléments pour prouver l'existence d'une pratique anticoncurrentielle<sup>67</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, les conditions suivantes doivent être réunies : l'entreprise ne doit avoir forcé aucune autre entreprise à participer à la pratique anticoncurrentielle ni en avoir été l'instigatrice ou l'actrice principale. Elle doit en outre remettre d'elle-même à l'autorité de la concurrence toutes les informations et preuves dont elle dispose concernant la pratique anticoncurrentielle, coopérer sans interruption, sans réserve et sans atermoiement avec cette autorité durant toute la durée de la procédure et avoir cessé de participer à la pratique illicite au plus tard à partir du moment de l'autodénonciation ou dès la première injonction de l'autorité (art. 8, al. 2, OS LCart).

Pour tous les autres cas dans lesquels une entreprise coopère avec l'autorité, celle-ci peut envisager de réduire la sanction de moitié au plus en fonction du rôle joué par l'entreprise dans la réussite de la procédure. La réduction peut atteindre 80% de la sanction, si l'entreprise fournit des informations ou produit des preuves sur d'autres infractions aux règles de la concurrence (art. 12 OS LCart). Dans la pratique de l'autorité de la concurrence, la conclusion d'un accord amiable en sus des modalités de coopération visées à l'art. 12 OS LCart a pour conséquence d'atténuer la sanction<sup>68</sup>.

#### 3.2.4.2 *Jurisprudence*

Régulièrement utilisés, les instruments de l'accord amiable et du programme de clémence font partie intégrante de la pratique. Selon les informations de la COMCO, l'autodénonciation a joué un rôle déterminant dans la mise au jour de 80 à 90% des affaires, de sorte qu'elle juge que ce système est très efficace et qu'il a comblé les attentes placées en lui<sup>69</sup>. Sur les 71 enquêtes ouvertes par la COMCO de 2005 à 2019, 40 ont fait l'objet d'un accord amiable et 64 ont abouti à des sanctions (sanctions

<sup>62</sup> Note du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018: Accords amiables, p. 2.

<sup>63</sup> Carla Beuret, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 50 s. ad art. 29.

<sup>64</sup> Patrick Krauskopf, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 68 ad art. 49a.

<sup>65</sup> Il faut également tenir compte de trois cas particuliers énumérés à l'art. 49a, al. 3, LCart.

<sup>66</sup> Patrick Krauskopf, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 74 ad art. 49a.

<sup>67</sup> Patrick Krauskopf, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 74 ad art. 49a.

<sup>68</sup> Samuel Howald, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im Schweizerischen Kartellrecht, in: sic! 11/2012, p. 708 s.

<sup>69</sup> Neue Zürcher Zeitung du 17 avril 2018, Kronzeugen gegen Schweizer Kartelle.

directes régies par l'art. 49a LCart). Des 40 enquêtes ayant donné lieu à un accord amiable, 29 se sont closes par la procédure de sanction visée à l'art. 49a LCart<sup>70</sup>. Dans tous les cas, la sanction a été réduite. Durant la même période, l'application du programme de clémence a abouti dans 20 affaires à la réduction intégrale de la sanction ; dans 12 cas, ce système s'est appliqué en combinaison avec un accord amiable. Dix-huit enquêtes, dont quinze en combinaison avec un accord amiable, se sont closes par une réduction de la sanction pouvant atteindre 50% et trois autres, dont deux en combinaison avec un accord amiable, par une réduction allant de 51 à 80% (voir le tableau)<sup>71</sup>. La COMCO et son secrétariat ont formulé des notes relatives aux principales dispositions de la loi, ainsi que des formulaires pour les compléter, afin de présenter et d'expliquer leur pratique (sur le fond et sur la forme).

Application d'accords amiables et du programme de clémence dans les procédures de sanction régies par l'art. 49a LCart.

Année	Sanctions directes	Accords amiables <sup>72</sup>	Renoncia-tion intégrale	Réduction de la sanction de 51 à 80%	Réduction de la sanction jusqu'à 50%
2005	1	-	-	-	-
2006	1	1	-	-	-
2007	2	1	-	-	-
2008	1	1	-	-	-
2009	5	2	1	-	2
2010	3	1	1	1	1
2011	2	-	-	-	-
2012	5	3	2	1	2
2013	3	1	2	-	1
2014	2	1	1	-	-
2015	6	3	3	-	2
2016	8	6 <sup>73</sup>	5 <sup>74</sup>	1	6
2017	11	-	-	-	-
2018	4	-	1	-	-
2019	10	9	4	-	4
Total	64	29	20	3	18

Source : Organe de publication de la COMCO « Droit et politique de la concurrence DPC » de 2006 à 2019.

### 3.3 Transparence de la justice pénale

Le principe de la publicité de la procédure judiciaire est inscrit à l'art. 30, al. 3, Cst : les audiences et les prononcés des jugements sont publics, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement. Les

<sup>70</sup> L'art. 49a LCart régit les sanctions imposées en cas de restrictions illicites à la concurrence.

<sup>71</sup> Cette statistique des cas provient de tous les numéros de l'organe de publication de la COMCO «Droit et politique de la concurrence DPC» de 2006 à 2019. La COMCO y publie des données sur les enquêtes qu'elle ouvre ou qu'elle mène. Le nombre d'entreprises visées par ces enquêtes varie en fonction des circonstances de chaque affaire.

<sup>72</sup> Avec réduction de la sanction.

<sup>73</sup> Communiqué de presse de la COMCO du 21 décembre 2016.

<sup>74</sup> Communiqué de presse de la COMCO du 21 décembre 2016; Communiqué de presse de la COMCO du 7 juin 2016; Communiqué de presse de la COMCO du 4 octobre 2016.

arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral peuvent être consultés en ligne dans leur base de données, sous forme habituellement anonymisée. Il n'y a en revanche pas de recueil public unique des arrêts cantonaux. Si la situation varie d'un canton à l'autre, la transparence est cependant généralement moindre que pour les tribunaux fédéraux. En particulier, les arrêts des tribunaux pénaux de première instance ne sont pas accessibles en ligne (ou, du moins, pas dans leur totalité)<sup>75</sup>.

La procédure d'ordonnance pénale, qui clôt actuellement plus de 90% des affaires pénales non classées<sup>76</sup>, n'est pas publique (art. 69, al. 3, let. d, CPP). Les ordonnances pénales rendues ne sont pas non plus publiées, mais les personnes intéressées peuvent les consulter (art. 69, al. 2, CPP). Le législateur n'a pas jugé utile d'exiger une preuve de l'intérêt à consulter les ordonnances. Il n'est ainsi pas nécessaire de justifier véritablement d'un intérêt légitime<sup>77</sup>. Personne ne conteste que ce principe s'applique tant que court le délai de recours ou d'opposition, mais la doctrine considère que, une fois ce délai échu, l'autorité ne peut autoriser la consultation des ordonnances pénales qu'après avoir pesé les intérêts publics et privés, étant entendu qu'elle peut procéder à l'anonymisation des données pour tenir compte des intérêts contraires<sup>78</sup>.

Les décisions de classement et de non-entrée en matière – y compris les décisions de classement en matière de réparation (art. 53 CP) – ne sont pas non plus publiées. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, seules les personnes pouvant faire valoir un intérêt digne de protection peuvent demander à consulter ces décisions, à condition qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose<sup>79</sup>.

Les ministères publics et les tribunaux peuvent renseigner le public sur une procédure pendante lorsque la portée particulière de l'affaire l'exige (art. 74, al. 1, let. d, CPP). Les autorités pénales ne doivent pas être trop exigeantes en la matière : il suffit que l'affaire suscite un intérêt particulier<sup>80</sup> pour que la publication soit justifiée.

Des statistiques viennent compléter ces publications ponctuelles. Ainsi, l'Office fédéral de la statistique (OFS) tient une statistique des condamnations pénales, qui se fonde sur les données inscrites au casier judiciaire, mais se limite aux infractions figurant dans la partie spéciale du code pénal et ne s'étend donc pas à la punissabilité de l'entreprise (art. 102 CP)<sup>81</sup>. La réparation (art. 53 CP) ne fait pas non plus partie des statistiques, étant donné qu'elle ne donne pas lieu à une condamnation. L'OFS tient également une statistique des infractions pénales (enregistrées par fedpol et par les polices cantonales) par canton, degré de réalisation et degré d'élucidation, limitée ici aussi aux infractions figurant dans la partie spéciale du code pénal<sup>82</sup>. Quant au Ministère public de la Confédération, il publie chaque année quelques données statistiques sommaires, comme le nombre d'enquêtes pendantes relevant du « blanchiment d'argent » ou de la « corruption internationale » ainsi que, toutes catégories de délits confondues, le nombre d'enquêtes pénales ouvertes et closes<sup>83</sup>. Les ministères publics cantonaux publient eux aussi des informations semblables<sup>84</sup>. Ni la Confédération ni les

---

<sup>75</sup> Dans le canton de Berne par exemple, les jugements de la juridiction civile et pénale sont publiés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 sur une plateforme en ligne. La section pénale de la Cour suprême du canton de Berne (composée des 1<sup>ère</sup> et 2<sup>e</sup> Chambres pénales et de la Chambre de recours pénale) publie tous ses jugements, à l'exception de ceux qui ne tranchent pas sur le fond. Il appartient en revanche aux autorités judiciaires régionales de première instance de décider si elles veulent publier leurs jugements sur la plateforme.

<sup>76</sup> Voir ch. 3.2.2.2 supra.

<sup>77</sup> Conseil fédéral, Message du 21 décembre 2006 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 1130; débats des Chambres fédérales (seul le Conseil des Etats a examiné l'objet), Bulletin officiel 2006 pp. 1001-1004.

<sup>78</sup> Urs Saxer/Simon Thurnheer, n° 39 ad art. 69, avec des renvois supplémentaires, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>79</sup> TF 1C\_13/2016; TF 1B-68/2012; ATF 137 I 16; ATF 134 I 286. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt digne de protection des journalistes découle automatiquement de la fonction de contrôle qu'exercent les médias (ATF 137 I 16 consid. 2.4).

<sup>80</sup> Urs Saxer/Simon Thurnheer, n° 17 ad art. 74, avec des renvois supplémentaires, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>81</sup> Office fédéral de la statistique, Statistique des condamnations pénales.

<sup>82</sup> Office fédéral de la statistique, Infractions enregistrées par la police.

<sup>83</sup> Ces données figurent dans les rapports de gestion annuels du Ministère public de la Confédération.

<sup>84</sup> Dans le canton de Berne, les rapports d'activité annuels des autorités judiciaires et du Ministère public présentent notamment le total des mises en accusation ainsi que des décisions de classement et de non-entrée en matière.

cantons ne publient de données statistiques sur les décisions de classement et de non-entrée en matière ventilées par catégorie de délits prises par leurs ministères publics.

## 3.4 Projets de réforme

### 3.4.1 Travaux de réforme des Chambres fédérales et du Conseil fédéral

Depuis son adoption, la punissabilité de l'entreprise est un sujet régulièrement abordé sous la coupole fédérale. Toutes les interventions parlementaires déposées à cet égard demandaient une extension de la norme et, par conséquent, de la punissabilité. Les diverses motions déposées souhaitaient étendre la responsabilité pénale primaire des entreprises régie par l'art. 102, al. 2, CP (et non seulement la responsabilité subsidiaire régie par l'art. 102, al. 1, CP) à tous les types d'infraction, élargir la punissabilité des associations et des exploitants de stade dans le contexte de la violence dans le sport, durcir la punissabilité des entreprises dans le domaine de l'énergie nucléaire et des actes de corruption commis à l'étranger et, enfin, restituer les gains d'origine illicite aux populations qui en ont été dépossédées<sup>85</sup>. Toutes ces motions ont été soit rejetées, soit liquidées parce qu'elles n'ont pas été examinées dans le délai prescrit. Un postulat transmis au Conseil fédéral et deux interpellations portaient sur la répression pénale des violations du droit étranger commises par des intermédiaires financiers<sup>86</sup> et quatre autres sur la responsabilité en matière de nouvelles technologies, de publicité et de violations des droits humains<sup>87</sup>.

En ce qui concerne la réparation régie par l'art. 53 CP, une initiative parlementaire et une motion ont demandé sans succès l'abrogation de la disposition, respectivement la limitation de son champ d'application<sup>88</sup>. Une autre initiative parlementaire a eu plus de succès, puisqu'elle a abouti récemment à une modification de cet article<sup>89</sup>. Deux autres interventions parlementaires ont été rejetées : une initiative parlementaire demandant l'abrogation ou la limitation de la procédure simplifiée et un postulat visant à élaborer un catalogue de mesures législatives et organisationnelles propres à garantir le bon déroulement des procédures complexes concernant des délits économiques<sup>90</sup>.

Le domaine du droit des cartels fait lui aussi régulièrement l'objet de travaux de réforme. Seuls seront mentionnés ici ceux qui ont un lien avec le sujet de ce rapport : le Conseil fédéral a mis en chantier la révision de la loi sur les cartels en se fondant sur les résultats d'une évaluation. Après des travaux préliminaires laborieux (le gouvernement a réalisé trois consultations), le Parlement a enterré le projet en 2014. Le Conseil fédéral aurait notamment voulu renforcer l'indépendance de l'autorité de la concurrence et tenir compte, en réponse à une motion<sup>91</sup> que les Chambres lui avaient transmise, des programmes de conformité prévus par les entreprises aux fins de respecter le droit sur les cartels pour déterminer la sanction (en la réduisant)<sup>92</sup>. Toutes les autres tentatives de réforme en lien avec

<sup>85</sup> 09.3365 Motion Jositsch, Mise en œuvre de la punissabilité des entreprises; 11.3333 Motion Glanzmann-Hunkeler, Violence lors des manifestations sportives; 11.3179 Motion Zanetti, Loi sur l'énergie nucléaire. Durcissement des dispositions pénales; 17.4009 Motion Hadorn, Paradise Papers. Bases légales pour prévenir la corruption à l'étranger; 17.3547 Motion Sommaruga, Restituer aux populations qui en ont été dépossédées l'argent de la corruption qui a été confisqué.

<sup>86</sup> 13.3658 Postulat Zanetti, Violations du droit économique et fiscal (...); 12.3349 Interpellation Nordmann, Violation des obligations de diligence par certaines banques; 19.3399 Interpellation Badran, A quel point la Suisse est-elle concernée par les affaires Cum Ex et Cum Cum?

<sup>87</sup> 15.3446 Interpellation Markwalder, Nouvelles technologies et appareils autonomes (...); 17.3276 Interpellation Schwaab, Quelle responsabilité en cas de publicité sur Internet (...); 12.3499 Interpellation Seydoux-Christe, Accès à la justice des victimes de violations des droits humains par des filiales d'entreprises suisses à l'étranger; 12.3904 Interpellation Wyss, Mesures contre l'impunité des entreprises en cas de violation des droits de l'homme et de dommages à l'environnement.

<sup>88</sup> 10.522 Iv. pa. Joder, Réparation du dommage. Abrogation de l'article 53 CP; 11.4041 Motion Commission des affaires juridiques du Conseil national, Pour une révision raisonnée de l'article 53 CP.

<sup>89</sup> 10.519 Iv. pa. Fischer, Modifier l'article 53 CP; voir ch. 3.2.3.1 supra.

<sup>90</sup> 12.496 Iv. pa. Jositsch, Code de procédure pénale. Abrogation ou du moins limitation de la procédure simplifiée; 06.3362 Postulat Recordon, Fonctionnement convenable de la justice en matière de délits économiques.

<sup>91</sup> 07.3856 Motion Schweiger, Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace.

<sup>92</sup> Conseil fédéral, Message du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, FF 2012 3631 ss.

la punissabilité des entreprises ont également échoué : il s'agit de deux motions visant à renforcer l'indépendance de la COMCO et à prévoir des sanctions applicables aux personnes physiques, d'une initiative parlementaire demandant l'exonération des sanctions pour les entreprises ayant mis en place des programmes de conformité aux fins de respecter le droit sur les cartels<sup>93</sup> et, enfin, de deux interventions parlementaires reprenant des propositions consensuelles développées dans la révision de la loi rejetée en 2014<sup>94</sup>. Actuellement, les Chambres examinent deux motions, l'une demandant d'améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence et l'autre de prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord<sup>95</sup>.

### 3.4.2 Révision du code de procédure pénale : proposition d'introduire une mise en accusation différée

Au début 2018, le Ministère public de la Confédération a proposé, dans sa prise de position sur la consultation concernant la révision du code de procédure pénale, un nouvel instrument, celui de la « mise en accusation différée », qui serait utilisé dans les procédures menées contre les entreprises. La mise en accusation différée est une convention extrajudiciaire en vertu de laquelle le parquet ajourne la mise en accusation pendant une période définie. Si l'entreprise honore pendant ce délai d'épreuve les engagements contractés envers le Ministère public, celui-ci classe définitivement la procédure. En revanche, si elle contrevient à la convention et n'y remédie pas dans un délai imparti par le Ministère public, celui-ci demande la mise en accusation au juge. Dans la convention, l'entreprise doit reconnaître les faits qui lui sont reprochés et s'entendre avec le Ministère public sur le montant de l'amende à payer, sur le séquestre et la confiscation de valeurs patrimoniales et sur le montant de l'indemnité à verser pour faire droit aux prétentions civiles de la partie plaignante. En outre, cette convention régirait les dispositions que l'entreprise doit prendre pour remédier au manque d'organisation et prévenir d'autres infractions, et définirait un mécanisme permettant de vérifier le respect de ces dispositions<sup>96</sup>.

De l'avis du Ministère public de la Confédération, cet instrument permettrait de sauvegarder les intérêts des entreprises, car il permettrait d'éviter une condamnation qui serait fortement préjudiciable pour ces dernières et pourrait même aboutir au retrait d'autorisations délivrées par les autorités<sup>97</sup>. La Fédération suisse des avocats donne aussi ses suffrages à cet instrument<sup>98</sup>, combattu en revanche par Economiesuisse, qui lui reproche d'étendre davantage l'emprise déjà forte du Ministère public<sup>99</sup>.

Dans son message concernant la révision du code de procédure pénale, le Conseil fédéral a, pour les raisons suivantes, préféré ne pas reprendre la « mise en accusation différée » : cet instrument conférerait une emprise excessive au Ministère public et pècherait par un manque de mécanismes de contrôle (validation par le juge et voies de droit, notamment). En outre, les entreprises pourraient monnayer leur acquittement, ce qui serait particulièrement problématique en cas d'infraction intentionnelle. Enfin, le gouvernement n'estime pas approprié que le Ministère public et l'entreprise puissent s'entendre sur les prétentions civiles sans que la partie plaignante soit associée à la convention<sup>100</sup>. Le projet est actuellement examiné par les Chambres fédérales.

---

<sup>93</sup> 08.3509 Motion de Bumann, Favoriser une authentique concurrence économique à l'intérieur du pays; 10.3302 Motion de Bumann, Pour une véritable concurrence et des prix plus bas; 08.443 Iv. pa. Kaufmann, Amendes contre les cartels. Menace pour la viabilité des entreprises.

<sup>94</sup> 14.3946 Motion Amherd, Pour une révision allégée de la loi sur les cartels; 16.473 Iv. pa. de Bumann, Petite révision de la loi sur les cartels.

<sup>95</sup> 16.4094 Motion Fournier, Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence; 18.4282 Motion Français, La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs (...).

<sup>96</sup> Prise de position du Ministère public de la Confédération dans la consultation concernant la révision du code de procédure pénale du 20 mars 2018.

<sup>97</sup> Prise de position du Ministère public de la Confédération dans la consultation concernant la révision du code de procédure pénale du 20 mars 2018.

<sup>98</sup> Prise de position du Ministère public de la Confédération dans la consultation concernant la révision du code de procédure pénale du 20 mars 2018; Prise de position de la Fédération suisse des avocats du 13 mars 2018.

<sup>99</sup> Economiesuisse, Poursuite différée non aux accords en droit pénal, dossier politique n° 1/2020, 10 mars 2020.

<sup>100</sup> Conseil fédéral, Message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale, FF 2019 6351 6375.

# 4. Régimes étrangers et réglementation de l'OCDE

---

## 4.1 Tour d'horizon des différents types de dispositifs

Les régimes de responsabilité pénale et de responsabilité pénale administrative de l'entreprise sont désormais fort répandus. Des procédures spéciales et des mécanismes d'atténuation des peines aux degrés de codification divers font actuellement elles aussi partie de la pratique. Ces dispositifs, qui ont permis aux 44 Etats parties à la convention anticorruption de l'OCDE de faire aboutir près de 80 % de leurs affaires de corruption transnationale<sup>101</sup>, constituent même le principal moyen de mise en œuvre des législations anticorruption au sein de ces pays et se divisent essentiellement en trois catégories : les accords de suspension des poursuites («Deferred Prosecution Agreements»), les transactions pénales («Plea Bargaining») et les programmes d'immunité et de clémence («Immunity and Leniency Programmes»).

Tandis que les accords de suspension des poursuites consistent en une entente entre le Ministère public et l'entreprise mise en cause afin de reporter les poursuites pendant une période déterminée – pour ensuite les abandonner sous réserve que certaines conditions soient remplies –, dans le cadre d'une transaction pénale, en revanche, une entreprise admet sa culpabilité en échange d'une atténuation de sa peine ou d'autres avantages. Quant à eux, les programmes d'immunité et de clémence utilisés dans le cadre de poursuites pénales sont axés sur la détection et la prévention d'infractions non encore établies<sup>102</sup>. Ces mécanismes requièrent généralement une dénonciation spontanée, la pleine et entière coopération de l'entreprise fautive et la remédiation aux problèmes de conformité détectés.

Le présent chapitre présente les régimes en vigueur dans les pays limitrophes et au Royaume-Uni ainsi que les règles applicables au sein de l'OCDE<sup>103</sup>.

## 4.2 France

### 4.2.1 Punissabilité des entreprises

En vertu du code pénal français (ci-après, « CPF »), les entreprises sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (art. 121-2 CPF). Les entreprises s'exposent non seulement à des amendes<sup>104</sup>, mais aussi à d'autres sanctions, telles que l'exclusion des marchés publics, la dissolution ou la soumission à un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (art. 131-38 ss CPF). À cet égard, la

---

<sup>101</sup> OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, 2020, p. 14.

<sup>102</sup> Transparency International Helpdesk, Deferred prosecution agreements, plea bargaining, immunity programmes and corruption, Berlin 2017, avec renvois; OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, 2020, p. 12.

<sup>103</sup> Afin de ne pas sortir du cadre du présent rapport, nous nous limiterons à examiner une série d'instruments relevant du droit pénal et du droit pénal administratif uniquement, sans nous intéresser aux mécanismes régis par le droit des cartels.

<sup>104</sup> Ce sont des lois spéciales qui fixent la hauteur des amendes, lesquelles s'élèvent au quintuple du montant encouru par les personnes physiques (art. 131-38, al. 1, CPF) ou à un million d'euros lorsque la loi concernée ne prévoit aucune amende (art. 131-38, al. 2, CPF).

responsabilité pénale des entreprises n'exclut pas celle des personnes physiques mises en cause (art. 121-2, al. 3, CPF).

En France, il est fréquent que des entreprises soient condamnées, toutes catégories de délits confondus<sup>105</sup>. Avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2 (cf. ci-dessous), les entreprises n'étaient cependant que rarement reconnues coupables de faits de corruption et les sanctions infligées restaient le cas échéant relativement clémentes<sup>106</sup>.

## 4.2.2 Procédures spéciales

La loi Sapin 2, promulguée le 9 décembre 2016, a introduit en France la possibilité d'éteindre l'action publique contre une entreprise grâce à la conclusion d'une convention avec le Ministère public (art. 41-1-2 du code de procédure pénale français, CPPF)<sup>107</sup>. Pour les faits de corruption et autres infractions économiques susceptibles d'engager la responsabilité pénale d'une entreprise, le Ministère public a le pouvoir de proposer à l'entreprise mise en cause la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). À cette fin, il faut que les investigations du Ministère public aient mis au jour un niveau suffisant de preuve de la commission de faits de corruption, de sorte qu'en cas d'échec de la CJIP, des poursuites puissent être engagées<sup>108</sup>.

Une CJIP impose une ou plusieurs des obligations suivantes à l'entreprise mise en cause (art. 41-1-2, al. 1, CPPF)<sup>109</sup> :

- le versement au trésor public d'une amende fixée de manière proportionnée à l'avantage indu obtenu (mais plafonnée à 30% du chiffre d'affaires moyen annuel des trois derniers exercices) ;
- la soumission de l'entreprise à un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'Agence française anticorruption. Ce programme comprend des mesures de prévention et de lutte contre la corruption telles que la mise en œuvre d'un code de conduite et d'un dispositif d'alerte interne (art. 131-39-2 CPPF). Les frais consentis par l'Agence française anticorruption pour exercer cette mission de contrôle sont supportés par l'entreprise mise en cause dans la limite d'un plafond fixé par la CJIP<sup>110</sup> ;
- la réparation du préjudice de la victime dans un délai déterminé.

Une fois que l'entreprise a donné son accord à la CJIP, celle-ci doit être validée par un juge dans le cadre d'une procédure publique. Si l'ordonnance de validation rendue par le tribunal n'est pas susceptible de recours, l'entreprise dispose toutefois d'un délai de dix jours pour se rétracter. L'ordonnance de validation et la CJIP font l'objet d'une publication sur le site Internet de l'Agence française anticorruption et d'un communiqué de presse du Ministère public. L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a pas la nature d'un jugement de condamnation. Par conséquent, il ne s'ensuit aucune inscription au casier judiciaire (art. 41-1-2, al. 2, CPPF). Lorsque l'entreprise ne respecte pas les obligations énoncées dans la CJIP qu'elle a conclue, le Ministère public suspend l'exécution de la convention (art. 41-1-2, al. 3, CPPF).

L'opportunité de proposer une CJIP s'apprécie en fonction des antécédents de l'entreprise, du caractère volontaire de la révélation des faits et du degré de coopération dont le Ministère public estime

---

<sup>105</sup> Pas moins de 2340 condamnations ont été prononcées contre des entreprises rien qu'entre 2002 et 2005 (rapport de phase 3 de l'OCDE sur la France, 2012, n° 55).

<sup>106</sup> OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, 2020, p. 40 ; rapport de phase 3 de l'OCDE sur la France, 2012, n° 10 ss. et 55 ss. ; rapport de suivi de phase 3 de l'OCDE sur la France, 2014, n° 1.

<sup>107</sup> Art. 41-1-2 du code de procédure pénale ; Procureur de la République financier et Agence française anticorruption, Lignes directrices de la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public (ci-après, les «lignes directrices»).

<sup>108</sup> Lignes directrices, p. 7.

<sup>109</sup> Ministère de la Justice, Circulaire relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (ci-après, la «circulaire»), p. 11 ss.

<sup>110</sup> Lignes directrices, p. 14 ss.

que l'entreprise a fait preuve durant la procédure<sup>111</sup>. En outre, la conclusion d'une CJIP suppose que l'entreprise mise en cause reconnaisse les faits et la qualification pénale retenue<sup>112</sup>, mais ne nécessite aucun aveu de culpabilité (art. 41-1-2, al. 2, CPPF). Le Ministère public informe les victimes de sa décision de proposer la conclusion d'une CJIP et les invite à transmettre tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue du préjudice subi. La conclusion d'une CJIP ne porte pas atteinte au droit des victimes de faire valoir leur préjudice dans le cadre d'une procédure civile<sup>113</sup>.

De la promulgation de la loi Sapin 2 en décembre 2016 jusqu'à la fin de l'année 2019, sept CJIP ont été conclues<sup>114</sup>.

En dehors du cadre des CJIP, aucune disposition en droit français ne vise explicitement la prise en considération des efforts de coopération et de réparation du préjudice causé. Il n'est toutefois pas exclu que le juge en tienne compte au moment du prononcé de la peine<sup>115</sup>. La conclusion d'une CJIP n'exclut pas la responsabilité pénale des personnes physiques mises en cause (art. 41-1-2, al. 1, CPPF).

## 4.3 Royaume-Uni

### 4.3.1 Punissabilité des entreprises

Au Royaume-Uni, la responsabilité pénale des entreprises est régie par plusieurs lois spéciales. En matière de corruption, c'est la loi britannique sur la corruption (*UK Bribery Act*, UKBA) qui s'applique ; elle instaure par ailleurs le régime de responsabilité des entreprises le plus strict du pays. En vertu de ce texte, une entreprise peut être tenue responsable des actes de corruption commis par les personnes qui lui sont associées lorsqu'elle ne peut démontrer qu'elle a adopté des mesures aptes à prévenir ces actes (art. 7 UKBA). L'entreprise mise en cause s'expose à une amende sans limitation de montant (art. 11 UKBA)<sup>116</sup>. Même si l'exécution de la loi a été renforcée, les entreprises font encore rarement l'objet de poursuites pénales<sup>117</sup>.

### 4.3.2 Procédures spéciales

Depuis 2014, le Ministère public britannique a le pouvoir de conclure un accord de suspension des poursuites (ASP) avec une entreprise présumée coupable de certains faits, et notamment d'actes de corruption<sup>118</sup>. En signant un ASP, l'entreprise s'engage, pendant une période à définir, à exécuter différentes obligations telles que le règlement d'une amende, l'indemnisation des victimes, le versement de dons à des organisations d'utilité publique ou la mise en œuvre d'un programme de conformité. En contrepartie, le Ministère public suspend les poursuites engagées contre l'entreprise et ne les relancera que dans l'hypothèse où l'accord serait violé<sup>119</sup>. Si, à l'échéance de la période fixée, l'entreprise a respecté les conditions convenues, le Ministère public clôt l'affaire<sup>120</sup>.

Le Ministère public peut proposer un ASP à l'entreprise fautive pour autant que les preuves rassemblées le permettent (la démonstration d'un soupçon raisonnable suffit) et que l'accord n'aille pas

---

<sup>111</sup> Circulaire, p. 16.

<sup>112</sup> Circulaire, p. 11 ss.

<sup>113</sup> Art. 41-1-2, al. 1, CPPF; lignes directrices, p. 11.

<sup>114</sup> Site Internet de l'Agence française anticorruption, reprenant les publications de toutes les CJIP: <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public> (consulté le 7 septembre 2020).

<sup>115</sup> J. Fournier/M. Langhorst/J. van den Bosch/C. Viennet, *Strafbarkeit von Unternehmen*, état le 30 avril 2019, E-Avis ISDC 2019-09, p. 52.

<sup>116</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur le Royaume-Uni, 2012, n° 49.

<sup>117</sup> Rapport de suivi de phase 4 de l'OCDE sur le Royaume-Uni, 2019, p. 4; Transparency International UK's Submission of written evidence to the Select Committee on the Bribery Act 2010, 11 juillet 2018, ch. 2.2.

<sup>118</sup> Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Deferred Prosecution Agreements (cf. art. 26 pour l'applicabilité aux actes de corruption).

<sup>119</sup> Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Deferred Prosecution Agreements, art. 1 à 5 et art. 9; Serious Fraud Office (SFO), Deferred Prosecution Agreements Code of Practice – Crimes and Courts Act 2013, ch. 6.

<sup>120</sup> Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Deferred Prosecution Agreements, art. 11.

à l'encontre de l'intérêt public à engager des poursuites pénales. L'opportunité de proposer un ASP est laissée à la discrétion du Ministère public, l'entreprise ne pouvant pas revendiquer la conclusion d'un tel accord<sup>121</sup>. Divers facteurs augmentent les chances pour l'entreprise de se voir proposer un ASP, tels qu'une dénonciation spontanée, un parcours jusque-là irréprochable et l'existence d'un programme de conformité interne<sup>122</sup>. La pleine et totale coopération de l'entreprise est une condition indispensable à la conclusion d'un ASP, lequel ne nécessite aucun aveu de culpabilité, mais la simple reconnaissance des faits dans un exposé des faits ou *statement of facts* (art. 5 de la loi britannique sur la criminalité et la justice Annexe 17 ou Schedule 17)<sup>123</sup>.

Les ASP doivent tous faire l'objet d'une homologation judiciaire après le début des négociations et à la conclusion de l'accord. Le juge vérifie dans chaque cas si l'ASP proposé est susceptible de servir les intérêts de la justice (« *in the interest of justice* ») et si les dispositions convenues sont équitables, raisonnables et proportionnées (« *fair, reasonable and proportionate* ») (art. 7 et 8 Schedule 17). Si l'examen judiciaire se déroule essentiellement à huis clos, le Ministère public, en revanche, est tenu de publier la décision de justice sur son site Internet<sup>124</sup>. La conclusion d'un ASP n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques mises en cause<sup>125</sup>.

Au total, cinq ASP ont été conclus jusqu'à la fin de l'année 2019, et ce avec les entreprises suivantes : Standard Bank (2015), Sarclad Ltd (2016), Rolls-Royce (2017), Tesco (2017) et Serco Geografix Ltd (2019)<sup>126</sup>. Ces affaires n'ont entraîné la condamnation d'aucune personne physique<sup>127</sup>.

Outre la conclusion d'un ASP, la transaction pénale, ou *plea agreement*, représente une autre manière de mettre fin aux poursuites de façon simplifiée. Il s'agit tout d'abord pour l'entreprise mise en cause de s'entendre sur certains points avec le Ministère public, pour ensuite procéder à une déclaration de culpabilité et subir une condamnation<sup>128</sup>. Il est toutefois interdit de s'accorder sur la quotité de la peine. En outre, le juge n'est pas lié par l'accord pour statuer définitivement sur l'affaire<sup>129</sup>. Il a déjà été recouru à la possibilité offerte par les transactions pénales dans certaines grandes affaires de corruption<sup>130</sup>.

Les « consent orders » représentent un autre type de procédure spéciale, principalement mise en œuvre avant la création de l'instrument des ASP (art. 276 de la loi britannique sur les produits des actes criminels)<sup>131</sup>. Ce mécanisme, utilisé pour engager une procédure civile de recouvrement des gains d'origine délictueuse, permet à l'entreprise mise en cause de s'entendre avec le Ministère public en dehors de la voie judiciaire<sup>132</sup>.

---

<sup>121</sup> SFO, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice – Crimes and Courts Act 2013, ch. 1 et 2.

<sup>122</sup> SFO, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice – Crimes and Courts Act 2013, ch. 2.8 et 2.9.

<sup>123</sup> SFO, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice – Crimes and Courts Act 2013, ch. 6.

<sup>124</sup> Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, art. 7 et 8; Corruption Watch Report, 2016, p. 21 et 22.

<sup>125</sup> SFO, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice – Crimes and Courts Act 2013, ch. 2.9.1.

ASP conclus à ce jour: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/> (consulté le 7 septembre 2020).

<sup>127</sup> Financial Times, Serco will be a test of whether SFO can get convictions, und Corruption Watch Report 2016, p. 23.

<sup>128</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur le Royaume-Uni, 2017, n° 150; rapport de phase 3 de l'OCDE sur le Royaume-Uni, 2012, n° 53 ss.

<sup>129</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur le Royaume-Uni, n° 56 ss., et Attorney General's Guidance for Plea discussions in cases of serious or complex fraud, 2012, A1 ss., A9 et D9 ss.

<sup>130</sup> Transparency International Helpdesk, Deferred prosecution agreements, plea bargaining, immunity programmes and corruption, 2017, p. 3.

<sup>131</sup> Art. 276 de la loi britannique sur les produits des actes criminels de 2002.

<sup>132</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur le Royaume-Uni, 2012, n° 65 ss; C. Letzien, Internationale Korruption und Jurisdiktionskonflikte, Wiesbaden, 2018, p. 258 ss.

## 4.4 Autriche

### 4.4.1 Punissabilité des entreprises

En Autriche, la responsabilité pénale des entreprises est régie par une loi pénale spéciale, à savoir la loi fédérale autrichienne sur la responsabilité pénale des structures sociales (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*, VbVG), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>133</sup>. En vertu de cette loi, une entreprise est tenue pour responsable d'une infraction pénale (l'Autriche ne limite pas les infractions concernées) commise par les personnes nanties du pouvoir de décision en son sein ou par ses salarié-e-s si l'infraction a été commise à son profit ou si elle a manqué à ses obligations (en matière de surveillance des risques et des produits, par exemple) du fait de l'infraction. En ce qui concerne les infractions pénales commises par les salarié-e-s, l'entreprise est uniquement responsable si la commission de l'infraction a été rendue possible ou considérablement facilitée par le fait que les personnes nanties du pouvoir de décision ont omis de prendre les mesures relevant du domaine de la technique, de l'organisation ou des ressources humaines qui auraient été nécessaires pour prévenir la commission de ces infractions (art. 3 VbVG)<sup>134</sup>. En vertu de la loi, les entreprises sont passibles d'amendes allant de 50 euros à 1,8 million d'euros (art. 4 VbVG). Dans la pratique, toutefois, les condamnations d'entreprises sont rares<sup>135</sup>.

### 4.4.2 Procédures spéciales

Le Ministère public peut s'abstenir de poursuivre pénalement une entreprise ou renoncer à exercer l'action publique contre celle-ci s'il ne semble pas nécessaire d'engager des poursuites ou d'appliquer une sanction pénale. Cette disposition s'applique notamment si les enquêtes à mener ou les demandes à présenter en vue d'engager l'action publique sont susceptibles d'occasionner des frais qui seraient de toute évidence disproportionnés par rapport à l'importance de l'affaire ou aux sanctions qui seraient prononcées en cas de condamnation (art. 18 VbVG). Il convient également de classer l'affaire si l'infraction peut être considérée comme étant sans grande gravité et si l'imposition d'une sanction ne semble pas nécessaire pour empêcher l'entreprise ou d'autres personnes de commettre des infractions pénales (art. 191 du code de procédure pénale autrichien ou CPPA).

S'il est sûr, les faits ayant été suffisamment établis, que le classement de l'affaire conformément à l'art. 18 VbVG ou 190 ss CPPA ne peut être envisagé, le Ministère public doit, dans le cadre des peines alternatives («Diversions»), renoncer à exercer l'action publique contre une entreprise à condition que celle-ci répare le dommage causé du fait de l'infraction, remédie aux autres conséquences de l'infraction et en apporte immédiatement la preuve et à condition qu'il ne soit pas indispensable de lui imposer une amende afin d'empêcher l'entreprise ou d'autres personnes de commettre des infractions pénales (art. 19 VbVG). Dans le cadre d'une peine alternative, l'entreprise mise en cause se verra imposer l'une des trois mesures suivantes :

- le paiement d'une somme d'argent ;
- la réalisation d'une période de mise à l'épreuve pouvant aller jusqu'à trois ans, laquelle peut être associée, avec l'accord de l'entreprise, à des mesures relevant du domaine de la technique, de l'organisation ou des ressources humaines ;
- l'accomplissement à titre gracieux de certaines œuvres caritatives durant un délai raisonnable qui ne sera en aucun cas supérieur à six mois (art. 19 VbVG).

<sup>133</sup> Loi fédérale autrichienne sur la responsabilité pénale des structures sociales (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* ou VbVG)

<sup>134</sup> Hilf/Zeder in: Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2<sup>e</sup> éd., § 3 VbVG.

<sup>135</sup> BMJ, Sicherheitsbericht 2017, Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz, p. 30 ss; N. Wess *et al.*, (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht, n° 2, 2017, p. 54.

La procédure doit viser à promouvoir les intérêts légitimes des victimes dans toute la mesure possible<sup>136</sup>. Si les peines alternatives ne débouchent pas sur une condamnation, elles requièrent toutefois que les faits soient rigoureusement établis. Une fois que l'entreprise a effectué la mesure imposée, le Ministère public doit renoncer à exercer l'action publique<sup>137</sup>. La renonciation aux poursuites contre l'entreprise en vertu de l'art. 18 ou 19 VbVG est sans préjudice des poursuites contre les personnes physiques mises en cause<sup>138</sup>.

Si, dans la pratique, le nombre de décisions de classement a globalement augmenté au cours des dernières années, la barre des cent affaires ayant même été dépassée pour la première fois en 2016, les peines alternatives (« Diversion ») ne trouvent en revanche qu'une application limitée en ce qui concerne les entreprises<sup>139</sup>.

Outre les instruments susmentionnés, les efforts de coopération et de réparation de l'entreprise entrent en ligne de compte dans la fixation de la peine. Ainsi, est considéré comme circonstance atténuante le fait pour l'entreprise de contribuer dans une large mesure à la découverte de la vérité, de réparer les conséquences de l'infraction et de prendre des mesures essentielles pour prévenir la commission d'infractions similaires à l'avenir (art. 5 VbVG). En outre, le régime autrichien prévoit la possibilité de suspendre l'infliction d'une amende pendant une période de mise à l'épreuve, le cas échéant en imposant des instructions, pour ensuite accorder une remise de peine totale (art. 6 à 8 VbVG). L'entreprise mise en cause est toujours tenue de tout mettre en œuvre pour réparer le préjudice causé (art. 8, al. 2, VbVG).

## 4.5 Italie

### 4.5.1 Punissabilité des entreprises

En 2001, l'Italie a adopté une loi spéciale régissant la responsabilité pénale administrative des entreprises<sup>140</sup>. En vertu de ce texte, les entreprises sont responsables de certaines infractions, et notamment des actes de corruption, commises dans leur intérêt ou à leur profit par leurs dirigeant-e-s et leurs salarié-e-s si elles ne peuvent démontrer qu'elles ont adopté des mesures aptes à prévenir ces infractions (art. 5 à 7 du décret-loi n° 231/2001). Ce décret-loi prévoit non seulement des amendes, mais aussi d'autres sanctions, telles que l'interdiction d'exercer certaines activités ou le retrait d'autorisations (art. 9 dudit décret). Dans la pratique, toutefois, les condamnations d'entreprises sont rares<sup>141</sup>.

### 4.5.2 Procédures spéciales

Dans le cadre de la procédure dite de *patteggiamento* (un accord transactionnel), le Ministère public et l'entreprise mise en cause peuvent demander au juge d'imposer une sanction qu'ils ont préalablement négociée, lequel statuera ensuite sur l'acceptation ou le rejet de cet accord<sup>142</sup>. Cet instrument dont la mise en œuvre ne nécessite aucune déclaration de culpabilité<sup>143</sup> permet à l'entreprise mise en cause d'obtenir que sa peine soit réduite du tiers au plus. Les parties peuvent également convenir d'autres avantages en faveur de l'entreprise, tel qu'un sursis sous condition ou l'abandon des poursuites au terme de cinq années si l'entreprise ne commet pas d'autres infractions de même

<sup>136</sup> Oskar Maleczky, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 2014, p. 21.

<sup>137</sup> E. Steininger, *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 115 ss.

<sup>138</sup> Hilf/Zeder in: Höpfel/Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2<sup>e</sup> éd., n° 10 ad § 18 et n° 13 ad § 19.

<sup>139</sup> BMJ, *Sicherheitsbericht 2017-Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz*, p. 31 ss.; N. Wess, *(Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG*, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2017, p. 54.

<sup>140</sup> Décret-loi n° 231/2001 du 8 juin 2001.

<sup>141</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2011, n° 50 et 61 ss; rapport de suivi de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2014, n° 1.

<sup>142</sup> Art. 444 à 448 du code de procédure pénale italien; *Corruption Watch Report, Out of Court, out of Sight*, 2016, p. 27; rapport de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2011, n° 93. La procédure de *patteggiamento* n'est pas réservée aux entreprises et s'applique également aux personnes physiques (rapport de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2011, n° 93).

<sup>143</sup> *Corruption Watch Report, Out of Court, out of Sight*, p. 27.

nature durant ce délai<sup>144</sup>. Dans l'ensemble, les procédures de *patteggiamenti* se caractérisent par une grande opacité, leur caractère public n'étant pas garanti.

Selon l'OCDE, les *patteggiamenti* représentent un mécanisme clé de répression de la corruption en Italie et, compte tenu de la brièveté des délais de prescription du pays, jouent le rôle d'un « filet de sécurité » plaçant les entreprises face à leurs responsabilités<sup>145</sup>. Les rares poursuites engagées contre des personnes morales en Italie se sont donc pratiquement toutes closes sur un *patteggiamento*<sup>146</sup>.

Il est à noter qu'outre les *patteggiamenti*, les efforts de coopération et de réparation consentis par l'entreprise entrent en ligne de compte dans la fixation de la peine. Ainsi, est considéré comme circonstance atténuante le fait pour l'entreprise de réparer intégralement les préjudices causés avant l'ouverture de la procédure devant le juge ou de mettre en œuvre un programme de conformité afin de prévenir la commission des infractions visées (art. 12 du décret n° 231/2001).

## 4.6 Allemagne

### 4.6.1 Punissabilité des entreprises

Étant donné que l'Allemagne ne s'est encore<sup>147</sup> dotée d'aucun régime de responsabilité pénale des personnes morales<sup>148</sup>, c'est uniquement sur le plan du droit pénal administratif, en vertu de la loi allemande sur les infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, OWiG), que les entreprises peuvent avoir à répondre de leurs actes, les amendes infligées pouvant se monter jusqu'à dix millions d'euros. L'imposition d'une sanction présuppose toutefois que la personne dirigeante de l'entreprise commette une infraction pénale ou une infraction administrative en lien avec l'entreprise (art. 30 OWiG). Il peut s'agir aussi, dans ce second cas, d'une violation des devoirs de surveillance et de contrôle qui incombent à l'entreprise (art. 130 OWiG). La décision de poursuivre les infractions administratives est laissée à la discrétion des autorités (art. 47 OWiG). Ces dernières font usage de cette faculté de manière très disparate, de sorte qu'il existe des divergences d'application considérables à l'échelle nationale<sup>149</sup>. Dans l'ensemble, il est rare que des personnes morales soient condamnées et, le cas échéant, les peines infligées sont faibles<sup>150</sup>. Néanmoins, au cours des dernières années, les tribunaux allemands ont imposé de lourdes amendes à plusieurs banques suisses pour évasion fiscale ou complicité d'évasion fiscale<sup>151</sup>.

### 4.6.2 Procédures spéciales

En Allemagne, le Ministère public et les tribunaux disposent d'une très grande latitude à tous les stades de la procédure pour engager une procédure spéciale qui ne débouche sur aucune condamnation, la loi ne fixant pratiquement pas de critères d'application<sup>152</sup>. Une seule règle est explicitement définie : le classement de l'affaire ne peut dépendre du versement d'une somme d'argent à une organisation d'utilité publique ou à tout autre organisme ni y être associé (art. 47, al. 3, OWiG).

<sup>144</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2011, n° 93 ss; Corruption Watch Report, Out of Court, out of Sight, 2016, p. 27.

<sup>145</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2011, n° 95 ss; OCDE: The Liability of Legal Person for Foreign Bribery: A Stocktaking Report, 2016, p. 156.

<sup>146</sup> Rapport de phase 3 de l'OCDE sur l'Italie, 2011, n° 50 et 95; Corruption Watch Report, Out of Court, out of Sight, 2016, p. 27.

<sup>147</sup> Voir le chiffre suivant pour les efforts de réforme.

<sup>148</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 212 et 213.

<sup>149</sup> Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, Université de Cologne, 2017, p. 14 et 15; rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 297.

<sup>150</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 232 ss et 245 ss.

<sup>151</sup> A titre d'exemple, Julius Bär a acquitté une amende de 50 millions d'euros (cf. le Tagesanzeiger du 14 novembre 2011), le Crédit Suisse s'est quant à lui vu infliger une peine de 150 millions d'euros (cf. le Frankfurter Rundschau du 22 janvier 2019), tandis qu'UBS a dû déboursier 300 millions d'euros (le Süddeutsche Zeitung du 29 juillet 2014).

<sup>152</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 222 ss, 233 ss et 251 ss.

En conséquence, les pratiques jurisprudentielles sont disparates et confuses<sup>153</sup>. Il est à noter qu'il est de plus en plus fait usage de la faculté de confiscation des avoirs d'origine criminelle. Cette sanction ordonnée par le Ministère public et soumise à un examen judiciaire peut venir se substituer à l'imposition d'une amende (art. 29a OWiG)<sup>154</sup>. Marquées par l'insuffisance du cadre légal et la grande liberté d'appréciation laissée aux autorités, ces procédures se caractérisent dans l'ensemble par leur opacité<sup>155</sup>.

À l'heure actuelle, l'Allemagne est engagée dans des efforts de réforme. Ainsi, le 21 avril 2020, le ministère fédéral allemand de la Justice et de la Protection des consommateurs a publié un projet de loi relatif au renforcement de l'intégrité de l'économie articulé autour de l'adoption d'une loi sur la répression des infractions liées aux organisations (*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*, VerSanG)<sup>156</sup>. Le premier objet de ce texte est d'instaurer un droit pénal de l'entreprise. Si, en vertu de ces dispositions, le Ministère public est tenu en principe d'engager une procédure pénale contre une entreprise responsable d'une infraction, il a toutefois à sa disposition plusieurs solutions alternatives aux poursuites. Avec l'accord du tribunal, il peut ainsi s'abstenir de poursuivre lorsque l'infraction est sans grande gravité ou qu'il n'y a aucun intérêt public à poursuivre (art. 35 VerSanG). Le Ministère public peut également, avec l'accord du tribunal, s'abstenir provisoirement d'engager des poursuites en imposant en même temps certaines obligations et directives à l'auteur de l'infraction, à la condition que celles-ci soient de nature à supprimer l'intérêt public à poursuivre. Il fixe à l'entreprise un délai pour honorer ces obligations et appliquer ces directives. Les poursuites cessent dès lors que l'entreprise s'exécute (art. 36 VerSanG). La procédure de consultation relative au projet de loi a pris fin en été 2020<sup>157</sup>.

## 4.7 OCDE

C'est en 1997 qu'a été conclue la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (ci-après, « la convention »). Aux termes de cet accord, les pays signataires, parmi lesquels figure la Suisse depuis 20 ans, s'engagent à adopter les mesures nécessaires pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger (art. 2 de la convention). En outre, ce texte impose que la corruption d'un agent public étranger soit passible de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives (art. 3, al. 1, de la convention). Si, dans le système juridique d'un Etat partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux entreprises, cet Etat doit faire en sorte que les personnes morales soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires (art. 3, al. 2, de la convention). Il faut également que l'instrument et les produits de la corruption fassent l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues (art. 3, al. 3, de la convention). En outre, chaque Etat partie doit envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives (art. 3, al. 4, de la convention).

En ce qui concerne la mise en œuvre, la convention dispose que les enquêtes ne peuvent être influencées par des considérations d'intérêt économique national, par les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ni par l'identité des personnes physiques ou morales en cause (art. 5 de la convention). La convention n'impose pas d'exigences plus étendues à cet égard et ne contient aucune disposition précise quant aux procédures spéciales. L'OCDE souligne toutefois régulièrement

<sup>153</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 236 ss, 249 ss et 251 ss.

<sup>154</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 224 ss et 256.

<sup>155</sup> Rapport de phase 4 de l'OCDE sur l'Allemagne, 2018, n° 224 ss.

<sup>156</sup> Projet de loi du ministère fédéral allemand de la Justice et de la Protection des consommateurs du 20 avril 2020.

<sup>157</sup> <https://www.noerr.com/de/newsroom/news/referentenentwurf-zum-verbandssanktionengesetz>, consulté le 30 avril 2020.

dans le cadre des évaluations des pays toute l'importance revêtue par l'efficacité du système répressif et, partant, des instruments qui en font partie<sup>158</sup>.

En 2019, l'OCDE a publié un rapport détaillé qui opère la synthèse des mécanismes d'accord hors procès et autres procédures spéciales auxquels recourent les Etats parties de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. À cette occasion, l'OCDE a réaffirmé l'importance essentielle revêtue par ces mécanismes<sup>159</sup> de lutte contre la corruption, tout en formulant des recommandations de bonnes pratiques qui intègrent les conclusions tirées des évaluations des pays. Elle considère notamment comme bonne pratique le fait d'octroyer une réduction de peine aux entreprises qui acceptent de se soumettre à l'élaboration et à la mise en œuvre de programmes de conformité ou à d'autres obligations en vue de prévenir durablement les actes de corruption<sup>160</sup>.

Compte tenu de l'importance accordée par les Etats membres et le secrétariat de l'OCDE aux mécanismes d'accords hors procès et autres procédures spéciales, il est probable que l'OCDE ajoute les instruments auxquels recourent ces dispositifs à ses recommandations visant à lutter contre la corruption, actuellement en cours de révision.

---

<sup>158</sup> Pour la Suisse, voir OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 78 ss.

<sup>159</sup> Voir ch. 4.1 supra.

<sup>160</sup> OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationales au moyen d'accords hors procès, 2019.

# 5. Réglementation et pratique passées au crible

---

## 5.1 Principes directeurs

Quels sont les grands principes qui sous-tendent la réglementation et la pratique en matière de punissabilité des entreprises et auxquels celles-ci doivent se conformer ? En se fondant sur le régime suisse, sur de bonnes pratiques internationales<sup>161</sup> et des dispositions<sup>162</sup> internationales ainsi que sur des considérations juridiques fondamentales, Transparency Suisse a dégagé les trois grands principes suivants :

- **Réglementation** : sont punissables les entreprises auxquelles il doit être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour prévenir efficacement un acte de corruption, un acte de blanchiment d'argent ou tout autre crime ou délit.
- **Exécution** : le droit pénal de l'entreprise se devant de faire l'objet d'une application rigoureuse, il est essentiel à cette fin que la réglementation et la pratique incitent les entreprises fautives à se dénoncer et à coopérer pleinement avec le Ministère public.
- **Transparence** : les procédures mises en œuvre ainsi que les décisions et les jugements prononcés doivent être transparents et accessibles publiquement.

## 5.2 Punissabilité des entreprises

### 5.2.1 Des règles essentielles souffrant d'un champ d'application trop restreint

L'instauration d'un régime de responsabilité pénale des entreprises au titre de l'art. 102, al. 2, CP a marqué une étape décisive dans la prévention et la lutte contre les actes de corruption et autres pratiques abusives en Suisse. Cette avancée a permis non seulement de remédier à une faille légale, mais aussi de mettre en place un instrument qui encourage les entreprises à prendre à bras-le-corps le problème des actes de corruption et autres pratiques abusives et à les prévenir systématiquement par des mesures adaptées. Une évolution dont les répercussions s'étendent bien au-delà des frontières suisses. En effet, en vertu du droit pénal suisse, les entreprises helvétiques sont tenues de combattre la corruption et le blanchiment d'argent dans le cadre de leurs activités internationales, à défaut de quoi elles sont punissables en Suisse.

Si la disposition de l'art. 102, al. 2, CP permet en principe d'amener des entreprises à répondre pénalement de leurs actes<sup>163</sup>, elle se limite toutefois à une courte liste d'infractions, comprenant les formes de corruption active (corruption d'agents publics suisses ou étrangers, octroi d'avantages, cor-

---

<sup>161</sup> OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, 2020; Transparency International, Anti-corruption helpdesk, Deferred prosecution agreements, plea bargaining, immunity programmes and corruption, Berlin 2017, avec des renvois supplémentaires; voir également les régimes applicables dans d'autres pays (notamment en France et au Royaume-Uni), voir à ce sujet le ch. 4 supra.

<sup>162</sup> Il s'agit notamment des dispositions énoncées dans les conventions de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et des Nations Unies.

<sup>163</sup> Tel est également le point de vue adopté par la doctrine dominante, voir notamment Mark Pieth, Ein Plaidoyer für eine Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, dans: Jusletter du 19 février 2018; pour un point de vue critique, voir Gunther Arzt, Strafbarkeit juristischer Personen: Anderson, vom Märchen zum Alptraum, dans: RSDA 2002, p. 226 ss.

ruption privée), le blanchiment d'argent, les organisations criminelles et le financement du terrorisme. Il est regrettable<sup>164</sup> que les autres crimes et délits, et plus particulièrement les formes de corruption passive (corruption privée passive), l'escroquerie et la gestion déloyale, n'entrent pas dans le champ d'application de cet alinéa. Dans l'immense majorité des affaires, les entreprises qui se rendent coupables d'infractions s'exposent donc uniquement à des sanctions au titre de l'art. 102, al. 1, CP. Les critères régissant cette responsabilité subsidiaire – c'est-à-dire que l'infraction ne sera imputée à l'entreprise que dans la mesure où elle ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise en question – sont toutefois si sévères que les entreprises n'ont guère à craindre d'être mises en cause.

Dans le cadre du présent rapport, il n'est guère pertinent d'aborder la responsabilité pénale administrative des entreprises au sens de l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, car elle ne s'applique que lorsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5 000 francs.

## 5.2.2 Problèmes touchant aux sanctions et prise en considération insuffisante des populations lésées

Une autre faiblesse de l'art. 102 CP réside dans la quotité de la peine qui, plafonnée à cinq millions de francs, est insuffisante pour assurer une dissuasion efficace. Qui plus est, les sanctions imposées en pratique n'ont encore jamais atteint le montant maximal<sup>165</sup>. Aussi les réserves<sup>166</sup> formulées par l'OCDE à l'égard de la Suisse sur ces deux aspects (réglementation et pratique) sont-elles fondées. À l'inverse, les ordonnances pénales, dont la rédaction est succincte, ne fournissent malheureusement aucune information fiable quant aux comportements retenus comme circonstances atténuantes, même s'il en ressort que les dénonciations spontanées et la pleine et entière coopération avec les autorités peuvent entraîner une réduction de la sanction. Les entreprises fautives ignorent toutefois dans quelle mesure cette tendance se maintiendra, ce qui ne les incite guère à se dénoncer.

La confiscation des gains illicites et la créance compensatrice peuvent revêtir un effet dissuasif à l'égard des entreprises, des créances compensatrices élevées ayant déjà été imposées dans la pratique<sup>167</sup>. Cependant, lorsque les gains illicites sont peu élevés, il se peut que la confiscation ou la créance compensatrice ne présentent pas un caractère dissuasif suffisant.

Jusqu'à ce jour, tous les actes illicites ayant conduit à la condamnation d'entreprises au titre de l'art. 102, al. 2, CP ont été commis à l'étranger et avaient trait à la corruption d'agents publics étrangers ou au blanchiment d'argent. La population des pays concernés étant la principale victime de ces infractions, il est indignant que les recettes des amendes et les gains illicites confisqués ou les créances compensatrices encaissées alimentent les caisses fédérales ou cantonales et ne soient pas reversés à la population lésée des pays concernés. Ni le code pénal<sup>168</sup> ni la loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger ne prévoient de mécanismes qui tiennent effectivement compte des populations lésées<sup>169</sup>. Il est à déplorer que le Parlement ait récemment rejeté une motion visant à améliorer la situation actuelle<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> Tel est également le point de vue adopté par une grande partie de la doctrine; voir notamment Franziska Plüss, *Der Patron verschwindet – die Verantwortung auch?* In: RPS 2/2009, p. 221 ss.

<sup>165</sup> Voir ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>166</sup> OCDE, *La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 94 ss.

<sup>167</sup> Voir ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>168</sup> Sauf si l'Etat étranger se constitue partie civile en Suisse dans la procédure régie par l'art. 70 CP, ce qui est hautement improbable et ne s'est par ailleurs jamais produit jusqu'ici.

<sup>169</sup> Il convient cependant de noter l'existence de la loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées, laquelle n'a toutefois encore jamais été appliquée sur le plan interétatique dans le cadre de l'art. 102 CP (selon une note écrite de l'Office fédéral de la justice datant du 16 septembre 2020) et ne permet donc pas une prise en considération effective de la population lésée.

<sup>170</sup> 17.3547 Motion Sommaruga. Restituer aux populations qui en ont été dépossédées l'argent de la corruption qui a été confisqué.

### 5.2.3 Un nombre de condamnations insuffisant

Même si le régime de punissabilité des entreprises est en vigueur depuis plus de 17 ans et même si les infractions visées font l'objet de poursuites d'office, seul un petit nombre de condamnations ont été prononcées jusqu'à ce jour<sup>171</sup>. Cette situation est insatisfaisante à double titre : d'une part, le défaut de jurisprudence ne permet pas de circonscrire les éléments constitutifs de l'infraction sur des aspects essentiels. Ainsi, les tribunaux ne sont pas encore parvenus à définir en quoi consiste le manque d'organisation requis pour engager la responsabilité pénale des entreprises au titre de l'art. 102, al. 2, CP<sup>172</sup>. D'autre part, cette carence affaiblit considérablement la fonction incitative de la disposition. En effet, puisque les entreprises n'ont guère à craindre de devoir répondre pénalement de leurs actes illicites, elles peuvent être tentées de ne pas respecter les règles en vigueur.

Pourtant, les cas de corruption, les affaires de blanchiment d'argent et autres infractions graves ne manquent pas (cf. l'encadré ci-après). À ce sujet, il faut garder à l'esprit que le nombre de cas non recensés de corruption, de blanchiment d'argent et autres infractions analogues est très élevé<sup>173</sup>. Les affaires mises au jour ne représentent donc que la pointe de l'iceberg.

Statistiques sur la criminalité dans le domaine de la corruption et du blanchiment d'argent

En 2019, les autorités de police cantonales ont enregistré 1772 cas de blanchiment d'argent. Par rapport à l'année précédente, le nombre d'infractions a progressé de 547 cas, soit une hausse de près de 45%. Par ailleurs, 145 poursuites pénales pour blanchiment d'argent étaient en cours auprès du Ministère public de la Confédération en 2019, contre 203 en 2018. Quant à lui, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent a reçu un total de 7705 communications de soupçons en 2019, ce chiffre ayant bondi de près d'un quart par rapport aux 6126 déclarations enregistrées l'année précédente.

En outre, les autorités de police cantonales ont recensé 12 cas de corruption en 2019, contre 18 l'année précédente. Pour sa part, le Ministère public de la Confédération menait 45 enquêtes pénales pour des faits de corruption internationale en 2019, contre 56 en 2018.

Source : Office fédéral de la statistique, Statistique policière de la criminalité, Rapport annuel 2019 des infractions enregistrées par la police ; Rapport de gestion 2019 du Ministère public de la Confédération ; Rapport annuel 2019 du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent.

### 5.2.4 Causes à l'origine du défaut de condamnations

Le défaut d'application de l'art. 102 CP pourrait trouver son origine dans les quatre causes principales suivantes :

#### 5.2.4.1 La corruption et le blanchiment d'argent, des manœuvres pratiquées en coulisses

Une première cause réside dans le fait que les infractions de corruption et de blanchiment d'argent se déroulent en coulisses. Dans la grande majorité des cas, le Ministère public ignore donc tout de ces infractions. Or, il ne peut mener d'enquête sans soupçon d'infraction suffisamment concret, ce qui explique le faible nombre de mises en accusation et de jugements. Les dénonciations spontanées revêtent donc une grande importance. Hormis une seule et unique exception<sup>174</sup>, celles-ci font toutefois cruellement défaut en Suisse. Et pour cause, les entreprises n'y sont guère incitées<sup>175</sup>. En outre, la dénonciation spontanée est source d'une grande insécurité juridique. En effet, ni le code pénal ni le

<sup>171</sup> En ce qui concerne le défaut de jurisprudence, voir le ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>172</sup> Stefan Trechsel/Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd. 2018, n° 15 ad art. 102; OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, p. 29 et 65. L'ordonnance pénale prononcée contre Gunvor ouvre désormais des pistes à cet égard; voir à ce sujet le ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>173</sup> Nicolas Queloz *et al.*, Processus de corruption en Suisse. Résultats de recherche – Analyse critique du cadre légal et de sa mise en œuvre – Stratégie de prévention et de riposte, Bâle / Genève / Munich 2000, p. 450.

<sup>174</sup> Concernant la dénonciation spontanée de KBA-NotaSys, voir le ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>175</sup> Voir ch. 5.3.3 infra.

code de procédure pénale ne contiennent de disposition en la matière et aucune directive sur le sujet n'émane des ministères publics, de sorte que les entreprises n'ont aucun moyen de connaître la durée de la procédure, les sanctions applicables et les avantages matériels et procéduraux apportés par la dénonciation spontanée, la pleine et entière coopération et l'adoption de mesures de conformité efficaces. La jurisprudence, elle non plus, n'a pas encore été en mesure d'instaurer la sécurité juridique sur ces questions<sup>176</sup>. Parallèlement aux dénonciations spontanées, les signalements effectués par les lanceuses et les lanceurs d'alerte peuvent aussi jouer un rôle déterminant dans la mise au jour des pratiques abusives et l'intervention du Ministère public. C'est en effet grâce à leur engagement si la plupart des cas de corruption sont dévoilés<sup>177</sup>. Il est néanmoins à déplorer qu'en Suisse, leur régime de protection légale soit insuffisant. Un signalement expose en effet les lanceuses et lanceurs d'alerte à la perte de leur emploi, voire à des poursuites individuelles<sup>178</sup>.

#### 5.2.4.2 *Lacunes du droit pénal suisse*

Les lacunes du droit pénal suisse représentent une deuxième cause à l'origine du défaut d'application de l'art. 102 CP<sup>179</sup>. Comme le met en évidence le ch. 5.2.1 ci-dessus, la liste d'infractions conditionnant la punissabilité primaire au titre de l'art. 102, al. 2, CP est trop succincte. Dans certains cas de figure, une entreprise peut donc échapper à toute mise en cause de sa responsabilité pénale.

#### 5.2.4.3 *Difficultés liées à la charge de la preuve*

La troisième cause a trait aux difficultés liées à la charge de la preuve, lesquelles sont importantes et découlent des éléments constitutifs de l'infraction énoncés à l'art. 102 CP. En effet, le Ministère public doit avant toute chose apporter la preuve que l'infraction a été commise au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts, ce qui n'est pas chose aisée<sup>180</sup>. Les Ministères publics ont également trouvé particulièrement ardu de devoir démontrer l'existence d'un manque d'organisation portant sur la prévention de l'infraction pour établir la responsabilité pénale primaire d'une entreprise<sup>181</sup>. Une affaire peut vite gagner en complexité en fonction de la taille, de la structure et des activités de l'entreprise concernée. Dans le cadre des affaires transnationales, et donc de la majorité des cas de corruption et de blanchiment d'argent, le Ministère public doit en outre composer avec les obstacles liés à l'entraide judiciaire et notamment avec le risque de dépassement du délai de prescription<sup>182</sup>.

#### 5.2.4.4 *Carences du Ministère public*

Enfin, le défaut d'application de l'art. 102 CP est également imputable aux carences des autorités de poursuite pénale, et plus particulièrement du Ministère public de la Confédération, la plupart des affaires ayant trait à la responsabilité pénale des entreprises relevant de sa compétence. Parmi les experts, il est incontesté qu'il conviendrait que le Ministère public de la Confédération intente davantage d'actions contre les entreprises<sup>183</sup>. Ainsi, même dans les affaires dans le cadre desquelles d'autres Etats ont engagé des poursuites pénales contre une entreprise suisse, aucune procédure à cet égard n'a été ouverte en Suisse pour autant que l'on sache<sup>184</sup>. En outre, il semblerait que le Minis-

<sup>176</sup> Voir les importantes différences marquant la durée de la procédure et l'atténuation des peines décrites au ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>177</sup> HTW Chur und Integrity Line, Meldestellen in Schweizer Unternehmen, Whistleblowing Report 2018, avec renvois supplémentaires. En ce qui concerne les affaires de blanchiment d'argent, ce sont en revanche les communications de soupçons (visées par la loi sur le blanchiment d'argent) au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (et leur transmission aux autorités compétentes) qui contribuent à leur mise au jour. Par ailleurs, il n'est pas rare qu'une communication de soupçon de blanchiment d'argent débouche également sur la découverte d'un cas de corruption.

<sup>178</sup> Transparency International Suisse, *Korruption in der Schweiz*, Berne 2015, p. 31 ss.

<sup>179</sup> Voir aussi en ce sens, Ursula Cassani, *Droit pénal économique*, Bâle 2020, p. 109.

<sup>180</sup> Alain Macaluso/Andrew M. Garbarski, *La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt «La Poste Suisse»*, dans: *AJP* 1/2017, p. 103 ss.

<sup>181</sup> OCDE, *La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 145.

<sup>182</sup> Voir également Georges Greiner/Irma Jaggi, *Remarques préliminaires n° 28 ad art. 358-362, n° 46 ss. ad art. 358*, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>183</sup> Voir également en ce sens: OCDE, *La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 55.

<sup>184</sup> Citons notamment les accusations de corruption dirigées contre Novartis aux Etats-Unis et en Grèce. A ce jour, Novartis a versé 729 millions de dollars aux autorités américaines à ce titre; voir notamment la *Neue Zürcher Zeitung* du 2 juillet 2020.

tère public de la Confédération – toujours selon les informations disponibles – n'exerce pas systématiquement de poursuites contre l'entreprise employeuse lorsque des salarié-e-s sont prévenus d'actes de corruption<sup>185</sup>. Enfin, nombre des (trop rares) procédures engagées piétinent ou menacent d'être prescrites<sup>186</sup>. Où se situe le cœur du problème ?

- Selon des avis d'experts et contrairement à la version officielle de l'institution<sup>187</sup>, le Ministère public de la Confédération dispose de ressources nettement insuffisantes pour diligenter des procédures complexes<sup>188</sup>. À elles seules, les grandes affaires en cours d'instruction concernant Petrobas, 1MDB et la FIFA mobilisent vraisemblablement la plus grande partie des ressources existantes. Le manque de ressources concerne aussi les autorités de police, ce qui limite les poursuites pénales dans les faits<sup>189</sup>.
- Viennent également s'ajouter des problèmes d'organisation. Depuis sa création, le Ministère public de la Confédération fait en effet l'objet de constantes réorganisations, lesquelles mobilisent des ressources au détriment de la véritable mission de cette institution, à savoir l'exercice de l'action publique. La dernière réorganisation d'envergure, intervenue en 2016, a entraîné la réduction du nombre de divisions existantes ainsi que la suppression de l'unité spécialisée dans le domaine de la corruption internationale en faveur de task-forces (*ad hoc*) mises sur pied en fonction de l'importance de l'affaire à traiter. Il est permis de douter que ces remaniements aient permis d'atteindre le gain d'efficacité visé. Selon les informations disponibles, l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération (AS-MPC), qui a soulevé des interrogations peu après la réalisation de la réorganisation, ne s'est malheureusement plus intéressée à la question depuis lors<sup>190</sup>. Dernièrement, des voix s'élèvent toutefois pour demander la (ré)instauration d'une unité spécialisée en matière de corruption étrangère<sup>191</sup>. La présente critique va toutefois bien au-delà de ces considérations. Un postulat (qui n'est pas encore transmis à ce jour) s'intéresse ainsi à la question de savoir si les problèmes persistants auxquels fait face le Ministère public de la Confédération ne témoigneraient pas de problèmes structurels globaux et invite le Conseil fédéral à contrôler la structure, l'organisation, la compétence et la surveillance de l'institution<sup>192</sup>. Une initiative parlementaire visant à la réforme des autorités de poursuite pénale fédérales a en outre été déposée il y a peu<sup>193</sup>. Les commissions de gestion des Chambres fédérales ont récemment fait part de ces préoccupations dans un rapport sur la relation de surveillance entre le Ministère public de la Confédération et son autorité de surveillance, estimant qu'il y a lieu de légiférer sur, d'une part, l'organisation du Ministère public de la Confédération et, d'autre part, l'organisation, les compétences, les instruments et les ressources de son autorité de surveillance<sup>194</sup>.

---

<sup>185</sup> Ainsi, dans le cadre des contrats d'armement entachés de corruption liés à la Russie (affaire Ruag), le Ministère public de la Confédération exerce uniquement des poursuites contre des particuliers et non contre l'entreprise; voir notamment la Neue Zürcher Zeitung du 23 mars 2018.

<sup>186</sup> En ce qui concerne le piétinement des procédures, voir notamment la tribune commune de Mark Pieth et Markus Mohler dans la Neue Zürcher Zeitung du 6 juin 2020.

<sup>187</sup> OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 52.

<sup>188</sup> L'OCDE formule également des réserves: OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 54 et 55.

<sup>189</sup> OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 54.

<sup>190</sup> Rapport d'activité AS-MPC 2016, p. 10. L'AS-MPC n'examine plus la question dans ses rapports d'activité suivants. Les problèmes suscités par la réorganisation n'ont pas non plus échappé à l'OCDE: OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 60.

<sup>191</sup> Sonntagszeitung du 13 juin 2020, «Es wird jahrelang ohne konkretes Ziel ermittelt», entrevue de Paolo Bernasconi.

<sup>192</sup> 19.3570 Postulat Jositsch. Contrôle de la structure, de l'organisation, de la compétence et de la surveillance du Ministère public de la Confédération. Une initiative parlementaire déposée par le groupe UDC (19.479) réclame que la surveillance du Ministère public de la Confédération soit réformée. Mark Pieth et Markus Mohler épinglent également la surveillance du Ministère public de la Confédération dans une tribune commune parue dans la Neue Zürcher Zeitung du 6 juin 2020.

<sup>193</sup> 20.474 lv. pa. Sommaruga. Réforme pour des autorités de poursuite pénale fédérales renforcées et plus efficaces.

<sup>194</sup> Relation de surveillance entre le Ministère public de la Confédération et son autorité de surveillance, Rapport des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 24 juin 2020, p. 66. Depuis lors, les commissions de gestion ont commandité des rapports d'expertise externes sur la réforme du Ministère public de la Confédération (SRF, Tagesschau du 29 juillet 2020).

- Se pose également la question de savoir si le Ministère public de la Confédération possède les compétences requises pour mener des procédures complexes. En effet, si, d'une part, les départs volontaires et contraints de procureurs<sup>195</sup> chevronnés ont entraîné une importante perte de savoir-faire au cours des dernières années, d'autre part, on peut déplorer l'existence d'un problème de compétences généralisé imputable au fait que les jeunes procureures et procureurs manquent d'expérience et ne sont pas encadrés par leurs aîné-e-s<sup>196</sup>.
- Au cours des derniers dix-huit mois, des problèmes persistants ayant trait au Ministère public général ont toutefois occulté toutes ces questions<sup>197</sup>. Ceux-ci n'ont conduit que très récemment à sa démission, après que le Tribunal administratif fédéral a confirmé qu'il avait, à de multiples reprises, manqué aux devoirs découlant de sa charge<sup>198</sup>. Cette affaire, qui s'est étendue sur de longs mois, a non seulement contribué à ce que différentes actions en lien avec les versements controversés effectués en amont de la Coupe du monde de football 2006 en Allemagne soient prescrites, mais aussi à ce que l'institution elle-même essuie une importante atteinte à sa crédibilité à l'échelle nationale comme internationale<sup>199</sup>.

### 5.2.5 Absence d'inscription au casier judiciaire

Les condamnations pénales prononcées contre les entreprises ne font pas l'objet d'une inscription au casier judiciaire<sup>200</sup>. Cette situation est insatisfaisante et la Suisse est épinglée à juste titre par l'OCDE à cet égard<sup>201</sup>. L'instauration d'un casier judiciaire pour les personnes morales permettrait en effet au juge de fixer correctement la peine en cas de récidive et aux entreprises d'apporter la preuve de leur bonne réputation<sup>202</sup>. Le Conseil fédéral a certes tenté de remédier à la situation voilà quelques années<sup>203</sup>, mais le Parlement n'a pas accepté sa proposition.

## 5.3. Procédure simplifiée et procédure d'ordonnance pénale

### 5.3.1 Avantages des deux procédures et portée des autodénonciations et de la coopération

En premier lieu, la procédure simplifiée et la procédure d'ordonnance pénale présentent assurément des avantages considérables en ce qui concerne la durée, la complexité, la rapidité et les coûts des démarches judiciaires. En effet, réduire la charge de travail de la justice relève de l'intérêt public et de l'intérêt tant du Ministère public que des tribunaux qui doivent liquider des procédures complexes dans le domaine du droit pénal économique. Toutefois, les avantages présentés par ces deux procédures devraient être encore plus déterminants en raison de la difficulté que recèle l'administration des preuves<sup>204</sup> : en particulier dans le domaine des procédures complexes relevant du droit pénal économique et encore plus en ce qui concerne les procédures engagées contre les entreprises, il est légitime de se demander si la justice est « simplement » débordée ou si elle n'est pas plutôt dépassée<sup>205</sup>. Pour être capable de mettre les entreprises face à leurs responsabilités pénales, la justice dépend souvent dans une grande mesure du soutien de l'entreprise fautive, un constat déjà valable

<sup>195</sup> Les procureur-e-s remerciés ont en outre été licenciés abusivement; voir à ce sujet le Bund du 14 mai 2020, *Wie der erfolgreichste Bundesanwalt zum Buhmann wurde*.

<sup>196</sup> *Sonntagszeitung* du 13 juin 2020, «Es wird jahrelang ohne konkretes Ziel ermittelt», entrevue de Paolo Bernasconi.

<sup>197</sup> Pour un récapitulatif des faits, voir notamment la *Neue Zürcher Zeitung* du 20 mai 2020, «Eine Freistellung von Bundesanwalt Michael Lauber ist längst überfällig».

<sup>198</sup> Voir la *Neue Zürcher Zeitung* du 29 juillet 2020, «Bundesanwalt Michael Lauber tritt zurück».

<sup>199</sup> Voir notamment l'*Aargauer Zeitung* du 4 mars 2020, *Affäre um Bundesanwalt Lauber: «Ein Reputationsschaden für die Schweiz»*; *Finews.ch* du 31 juillet 2020, *Fall Lauber: Kann die Schweiz «Bundesanwalt»?*

<sup>200</sup> Voir à ce sujet Ursula Cassani, *Droit pénal économique*, Bâle 2020, p. 134.

<sup>201</sup> OCDE, *La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, rapport de phase 4: Suisse, 2018, n° 104 ss.

<sup>202</sup> Voir le message du 20 juin 2014 relatif à la loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525 5533.

<sup>203</sup> Dans le cadre du message du 20 juin 2014 relatif à la loi sur le casier judiciaire, FF 2014 5525 ss.

<sup>204</sup> Voir ch. 5.2.4.3 supra.

<sup>205</sup> Voir également Mark Pieth, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2016, p. 260 avec des renvois supplémentaires. S'agissant des raisons qui expliquent pourquoi la justice est dépassée, voir ch. 5.1.4

au stade du soupçon initial. Comme indiqué ci-dessus, il est probable que le faible nombre de condamnations sur la base de l'art. 102 CP tient notamment au fait que, jusqu'ici, une seule entreprise s'est dénoncée elle-même aux autorités de poursuite pénale<sup>206</sup>. Cependant, aux stades suivants également, la coopération de l'entreprise reste souvent déterminante pour apporter la preuve de sa responsabilité pénale. Dans ce contexte, les deux procédures, qui permettent de passer des accords et incitent à la coopération, revêtent un grand intérêt tant pour le public que pour le parquet. A cet égard, il ne faut pas sous-estimer l'importance d'une procédure efficiente et rapide pour éviter le danger de la prescription<sup>207</sup>. Il n'est donc guère étonnant que les rares condamnations prononcées jusqu'ici l'aient toutes été au terme d'une procédure d'ordonnance pénale, combinée dans certains cas à la procédure simplifiée.

Aussi pour les entreprises, ces procédures spéciales peuvent comporter des avantages considérables. En premier lieu, le risque de voir leur image entachée est moindre, car tant la procédure simplifiée que l'ordonnance pénale ont un caractère moins public que la procédure ordinaire, dont les débats sont publics. En second lieu, ces deux procédures sont conçues pour abrégier la durée des démarches judiciaires, ce qui se traduit par une diminution des frais judiciaires et des frais d'avocat, autres avantages pour les entreprises. Il y a toutefois lieu de signaler que le Ministère public de la Confédération n'a clos que deux procédures contre des entreprises dans des délais brefs, c'est-à-dire en moins de deux ans. Il lui a ainsi fallu bien plus longtemps, jusqu'à huit ans, pour clore les autres affaires<sup>208</sup>. En troisième et dernier lieu, les entreprises qui se dénoncent spontanément et qui coopèrent pleinement peuvent s'attendre à une réduction de la peine<sup>209</sup>. Par ailleurs, les expériences faites par d'autres pays dans le domaine du droit des cartels et du droit pénal montrent que l'autodénonciation et la coopération avec les autorités sont des instruments appropriés pour les entreprises fautives qui veulent s'affranchir de leur conduite délictueuse. En effet, les entreprises opérant dans l'illégalité se trouvent souvent prises dans un cercle vicieux : elles sont des proies faciles pour le chantage exercé par leurs partenaires criminels et, tant qu'elles n'auront pas « fait le ménage », redoutent en tout temps qu'un scandale éclate à la suite par exemple d'une enquête réalisée par des médias. Toutefois, pour que l'autodénonciation et la pleine coopération jouent, il faut que la loi pose un cadre suffisamment favorable à leur utilisation (voir à ce sujet les ch. 5.3.2 et 5.3.3 ci-dessous).

### 5.3.2 Lacunes des deux procédures sur le plan de l'Etat de droit

La procédure simplifiée et la procédure d'ordonnance pénale ne présentent pas que des avantages, mais aussi les lacunes suivantes dans la perspective de l'Etat de droit :

- La loi ne précise absolument pas les conditions applicables aux accords que le Ministère public peut conclure avec les entreprises mises en cause (à l'exception de l'interdiction d'exploiter les déclarations faites par les parties lors de la procédure ordinaire qui pourrait suivre, selon l'art. 362, al. 4, CPP). En raison de cette absence de précision, les Ministères publics disposent d'une très grande latitude tant pour décider d'appliquer un accord (à quel stade et pour quelles procédures) que pour en arrêter la teneur concrète. Cette grande liberté soulève des questions au regard de l'Etat de droit<sup>210</sup>, en particulier si l'on considère que, à elle seule, la possibilité de conclure un accord peut être scabreuse, car elle entre rapidement en tension avec des principes fondamentaux du code de procédure pénale, en particulier avec la maxime inquisitoire et le caractère impératif de la poursuite. Les Ministères publics disposent en outre d'une grande latitude dans d'autres domaines, en particulier en ce qui concerne la gestion des procédures et, par voie de conséquence, la durée de celles-ci.

<sup>206</sup> Voir ch. 3.1.1.2 et 5.2.4.1 supra.

<sup>207</sup> Voir également Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 28 ad art. 358-362, n° 46 ss. ad art. 358, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014; Franz Riklin, Remarques préliminaires n° 35 ad art. 352-356, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014.

<sup>208</sup> Voir ch. 3.1.1.2 supra.

<sup>209</sup> Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 36 ss. ad art. 358-362, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014. Mark Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2016, p. 269 s.

<sup>210</sup> L'OCDE est aussi de cet avis: elle demande à la Suisse d'encadrer strictement les procédures spéciales. Voir OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, p. 42.

- Il est donc d'autant plus important que l'usage que les ministères publics, et en particulier celui de la Confédération<sup>211</sup>, font de cette grande liberté soit aussi bien conforme à leurs obligations que fiable et prévisible pour les entreprises potentiellement concernées. Malheureusement, il n'y a absolument pas de directives, de mémentos ou de commentaires accessibles au public qui encadreraient la vaste latitude d'interprétation dont bénéficient les ministères publics par rapport aux accords et les procédures, en particulier en ce qui concerne l'autodénonciation, la pleine coopération et les instruments visant à améliorer efficacement la conformité. Les ordonnances pénales prononcées jusqu'ici n'éclairent pas davantage ce sujet : rédigées très sommairement, elles ne dépassent pas quelques pages<sup>212</sup>, de sorte que l'uniformité et la prévisibilité de l'application du droit ne sont pas garanties<sup>213</sup>. D'autres autorités, comme la COMCO et l'autorité de surveillance des marchés financiers Finma, ont en revanche adopté des directives et des mémentos pour décrire leur pratique, garantissant de cette façon la sécurité juridique<sup>214</sup>.
- Jusqu'ici, les procédures ont duré bien trop longtemps. Si l'entreprise mise en cause coopère pleinement, la clôture devrait intervenir en un ou deux ans.
- Dans le domaine du droit pénal des entreprises, les délits sont généralement d'une certaine gravité. En conséquence, dans les procédures spéciales appliquées en vertu de ce droit, le pouvoir détenu par les ministères publics est excessif, surtout lorsque ceux-ci parviennent à des accords avec les entreprises mises en cause. Pour écarter le danger d'un « marchandage judiciaire »<sup>215</sup> et même pour éviter d'éveiller un tel soupçon, les accords passés par le parquet et une entreprise mise en cause devraient être examinés par un juge. Rappelons ici que le Ministère public de la Confédération a même clos, dans au moins trois cas sur neuf, la procédure simplifiée par une ordonnance pénale, soustrayant ainsi ces affaires à tout contrôle judiciaire. Il est aussi choquant que les ministères publics résolvent de graves infractions par voie d'ordonnance pénale, soustrayant ainsi l'affaire à tout contrôle judiciaire, avec pour conséquence qu'elle ne parvienne pas à la connaissance du public ou, dans le meilleur des cas, seulement après la clôture de la procédure<sup>216</sup>.
- Les procédures spéciales peuvent amener les Ministères publics à transiger sur la rigueur de l'instruction et pourraient porter atteinte à la maxime inquisitoire. Le risque est ainsi que certains faits essentiels restent cachés, de sorte que l'appréciation juridique ne se fonde pas sur les circonstances réelles<sup>217</sup>. Toutefois, les ministères publics peuvent en tout temps soumettre à un nouvel examen les faits non jugés, de sorte que les entreprises qui tenteraient de dissimuler des faits prennent un risque.

<sup>211</sup> La plupart des affaires qui nous intéressent ici ressortent à la compétence du Ministère public de la Confédération.

<sup>212</sup> Les ordonnances pénales ont 8, 11, 12, 13, 17, 19, 24 et 37 pages.

<sup>213</sup> S'agissant de l'absence d'uniformité dans l'application des ordonnances pénales, voir Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 5b ad art. 352-356, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014; s'agissant de la critique de cette situation, voir *ibid.*, Remarques préliminaires n° 38 ss. ad art. 358-362. L'OCDE déplore elle aussi l'ambiguïté du droit et demande à la Suisse de respecter les principes de prévisibilité et de transparence. Voir OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, rapport de phase 4: Suisse, 2018, p. 42.

<sup>214</sup> Voir ch. 3.2.4.2 supra.

<sup>215</sup> Le reproche le plus fréquemment formulé contre les accords est qu'ils constituent un « marchandage judiciaire »; voir Marc Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013, p. 149.

<sup>216</sup> Voir ch. 3.2.2.1 et 3.2.2.2 supra.

<sup>217</sup> Voir Franz Riklin, Remarques préliminaires n° 5 ad art. 352-356 et n° 1 ss. ad art 352, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014; Georges Greiner/Irma Jaggi, Remarques préliminaires n° 41 ss. ad art. 358-362, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014; Bertrand Perrin/Pascal de Preux, n° 5 ad art. 360, in: Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2019. La doctrine relativise aussi les inconvénients et les dangers inhérents à une instruction sommaire en abordant la question fondamentale du rapport entre justice et vérité; voir Marc Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013, p. 264 ss.

- Les procédures spéciales présentent de graves déficiences en matière de transparence, puisque même l'accès du public aux décisions rendues n'est pas garanti<sup>218</sup>.

### 5.3.3 Incitations insuffisantes en matière d'autodénonciation et de coopération

A seule exception près, la pratique actuelle n'a pas encouragé les entreprises fautives à se dénoncer spontanément, un fait probablement dû pour l'essentiel aux défauts des deux procédures mentionnées ci-dessus. Actuellement, les conséquences de l'autodénonciation et de la coopération ne sont pas suffisamment prévisibles pour les entreprises, surtout en ce qui concerne les sanctions et la durée des procédures.

En outre, la loi ne prévoit pas la possibilité d'une exemption de peine – subordonnée à certaines conditions – dans le cadre des accords passés entre les ministères publics et les entreprises, exception faite de la modalité de la réparation visée à l'art. 53 CP. Or, la possibilité d'être exempté de toute peine devrait encourager fortement les entreprises à se dénoncer spontanément et à collaborer avec les autorités de poursuite pénale, comme le montrent les expériences faites dans le domaine du droit des cartels (la COMCO indique que les autodénonciations ont été déterminantes dans la mise au jour de la quasi-totalité des affaires)<sup>219</sup>. Les instruments du droit cartellaire que sont l'accord amiable et le programme de clémence indiquent une voie possible pour améliorer le fonctionnement de la justice pénale : les actes illégaux, difficilement détectables, sont démasqués et poursuivis grâce à l'aide des entreprises fautives qui, en contrepartie, obtiennent une réduction de la sanction qui peut aller jusqu'à la renonciation intégrale. Dans d'autres pays, comme la France et le Royaume-Uni, il n'est même pas nécessaire de faire référence au droit des cartels : leur droit pénal dispose de modalités de règlement des procédures abouties et équilibrées qui ne passent pas par une condamnation<sup>220</sup>.

## 5.4 Réparation

### 5.4.1 Avantages et bonnes approches

La réparation régie par l'art. 53 CP repose sur un bon principe. Il est en effet sensé de ne pas redresser les torts commis par le passé par la seule condamnation, mais de faire aussi appel à d'autres mécanismes pour favoriser par conséquent la conciliation entre victimes et auteurs. Entendue comme le rétablissement de la justice par la voie de la compensation du dommage par l'auteur, la réparation est l'un de ces mécanismes. Si elle est correctement appliquée, le reproche de la « justice de classe », qui permettrait aux personnes aisées de monnayer leur acquittement, est infondé. En effet, il y a lieu de prendre en considération, s'agissant de la compensation du dommage et de l'adoption de toutes les mesures possibles susceptibles de réparer le tort, les possibilités du prévenu et, en particulier, sa situation financière<sup>221</sup>, de sorte que cette disposition peut bénéficier tant aux personnes de condition modeste qu'aux personnes aisées<sup>222</sup>.

La réparation sert les intérêts de l'entreprise fautive, qui peut éviter les graves répercussions préjudiciables d'une condamnation. Cette dernière bénéficie aussi d'un règlement plus rapide et plus discret de la procédure, moins susceptible de nuire à son image et occasionnant généralement moins de frais de procédure et de frais d'avocat<sup>223</sup>. L'instrument de la réparation comporte également des avantages pour les autorités : leur charge de travail diminue par rapport à la procédure pénale

<sup>218</sup> Voir ch. 5.6 infra.

<sup>219</sup> Voir ch. 3.2.4.2 supra.

<sup>220</sup> Voir ch. 4.2 et 4.3 supra. Le même constat s'applique aux Etats-Unis (pour les instruments appliqués, voir <https://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy>, consulté le 7 septembre 2020).

<sup>221</sup> Jürg-Beat Ackermann/Reto Weilenmann, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – „Freikauf“ oder Anreiz zum Fehlermanagement? In : Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Ed.), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, Zurich 2019, p. 46 s.

<sup>222</sup> Franz Riklin, Basler Kommentar Strafrecht, Bâle 2018, n° 11 et 24 ad art. 53.

<sup>223</sup> Sonja Pflaum, Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung, in: GesKR 1/2019, p. 122 s.

ordinaire et leurs ressources sont immobilisées moins longtemps que lorsque l'affaire est portée devant les tribunaux, où elle peut passer par plusieurs instances. En outre, elles peuvent amener des entreprises à rendre compte de leurs actes même lorsque les preuves réunies sont ténues<sup>224</sup>.

## 5.4.2 Adéquation limitée au monde de l'entreprise

En dépit de ces avantages et de ces bonnes approches, l'instrument de la réparation ne peut servir que de façon limitée, avec les modalités définies à l'art. 53 CP, à une application dans le domaine des entreprises<sup>225</sup>. Ce sont en particulier les aspects suivants qui posent des problèmes :

- Le code pénal limite le recours à l'instrument de la réparation aux affaires représentant peu d'intérêt pour le public, ce qui devrait en empêcher souvent l'application aux poursuites engagées en vertu de la punissabilité primaire de l'entreprise (art. 102, al. 2, CP)<sup>226</sup>, qui relèvent dans de nombreux cas de la criminalité économique aggravée. Dès lors, l'intérêt du public à poursuivre l'auteur ne devrait pratiquement jamais être peu important<sup>227</sup>.
- L'absence de conditions d'exemption de peine est un autre obstacle à l'application de la réparation dans le contexte de la responsabilité pénale des entreprises, en particulier dans le cas de l'art. 102, al. 2, CP. Eu égard à la gravité du délit, il ne devrait pas être suffisant, pour que l'on puisse envisager l'exemption de l'entreprise fautive, que celle-ci ait versé une réparation et admis les faits. Il faudrait en effet aussi, entre autres, qu'elle ait apporté une contribution décisive à l'établissement des faits (par le biais de l'autodénonciation et de la pleine coopération avec les autorités de poursuite pénale). La loi devrait en outre prévoir les charges à formuler pour prévenir de futurs délits et un régime de surveillance garantissant le respect de ces charges. Ces conditions auxquelles est subordonnée toute exemption de peine sont habituelles et ont fait leurs preuves en droit cartellaire et dans d'autres pays.
- Les ministères publics disposent d'un vaste pouvoir d'appréciation pour déterminer si les conditions dont est assortie l'application de l'art. 53 CP sont réunies, pouvoir qu'ils sont tenus d'exercer conformément à leur mission. En outre, les personnes intéressées devraient bien comprendre à quel moment une procédure est classée en application de l'art. 53 CP, comme il en va de la procédure simplifiée et de la procédure d'ordonnance pénale. Or, comme il en va de ces deux instruments, il n'existe, pour la réparation, absolument pas de directives, de mémentos ou de commentaires de la jurisprudence accessibles au public. Les cas dans lesquels la réparation a été jusqu'ici appliquée n'éclaircissent pas davantage ce sujet. Ce sont plutôt ceux réglés par le Ministère public genevois qui attirent l'attention : les sommes versées à titre de réparation par des entreprises accusées d'actes corruptifs en Afrique n'ont pas pris la direction de ce continent, mais celle des caisses de l'Etat de Genève. Cette pratique est en porte-à-faux avec l'intention originale de la disposition, la conciliation entre victimes et auteurs, et est donc erronée<sup>228</sup>.
- Les procédures en application de la réparation présentent de graves déficiences en matière de transparence<sup>229</sup>.

<sup>224</sup> C'est la pratique du Ministère public du canton de Genève. Voir également Sonja Pflaum, Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung, in: GesKR 1/2019, p. 120 s.

<sup>225</sup> Encore plus critique, l'OCDE demande que l'instrument de la réparation ne s'applique pas non plus aux personnes physiques dans les affaires de corruption d'un agent public étranger. Voir OCDE, Rapport de phase 4 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption par la Suisse, 2018, p. 42.

<sup>226</sup> En pratique, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise visée à l'art. 102, al. 1, CP n'est pratiquement jamais invoquée.

<sup>227</sup> En ce sens, voir aussi Marcel Niggli/Diego R. Gfeller, Basler Kommentar Strafrecht, Bâle 2018, n° 344 ad art. 102.

<sup>228</sup> Dans le même sens, Rainer Angst/Hans Maurer, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, in: forumpenale 2008, p. 373 ss.; pour une autre opinion, Franz Riklin, Basler Kommentar Strafrecht, Bâle 2018, n° 17 ad art. 53.

<sup>229</sup> Voir ch. 5.6.3 infra.

## 5.5 Droit des cartels : mise au jour efficace des ententes licites grâce à l'autodénonciation, à la coopération et à la prévisibilité des procédures

En droit cartellaire, la situation offre un contraste saisissant par rapport à la responsabilité pénale de l'entreprise et à la réparation utilisée dans les procédures pénales engagées contre les entreprises (les deux pouvant être qualifiées d'insatisfaisantes au vu des résultats de l'analyse) : les instruments de l'accord amiable (convention passée entre le secrétariat de la COMCO et les entreprises en cause) et du programme de clémence (réduction de la sanction, voire renonciation à celle-ci, si l'entreprise collabore à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence) sont régulièrement utilisés<sup>230</sup>. La réduction ou la renonciation à la sanction qui va de pair avec ces deux instruments incite les entreprises à coopérer à la mise au jour et à la suppression des ententes illicites<sup>231</sup>. Selon les informations de la COMCO, l'autodénonciation a joué un rôle déterminant dans la mise au jour de la grande majorité des affaires qu'elle traite<sup>232</sup>, une efficacité renforcée par la prévisibilité des procédures : contrairement aux autorités de poursuite pénale, le secrétariat de la COMCO a adopté des notes et des commentaires concernant l'accord amiable et le programme de clémence qui concrétisent les dispositions légales et présentent sa pratique clairement aux entreprises<sup>233</sup>.

De la sorte, les entreprises contribuent réellement à la mise au jour et à l'élimination des ententes illicites et apportent leur pierre à l'application du droit des cartels<sup>234</sup>. La coopération de l'entreprise ou des entreprises en cause, qui est le corollaire de ces instruments, facilite considérablement l'instruction du dossier par l'autorité, ce qui se traduit par une accélération de la procédure et une économie de ressources humaines et financières. Les entreprises fautives tirent également parti de cet avantage, car une procédure en droit des cartels est chère, nuit à leur image et immobilise une partie de leurs ressources, de sorte qu'elles ont elles aussi intérêt à opter pour un mécanisme efficient de règlement des procédures<sup>235</sup>. En augmentant considérablement la probabilité qu'une entente illicite soit découverte, ces deux instruments exercent par ailleurs une action préventive<sup>236</sup>.

Le droit des cartels présente en revanche un défaut : il permet de limiter la portée de l'instruction. Le risque est ainsi que certains faits essentiels restent cachés, de sorte que l'appréciation juridique ne se fonde pas sur les circonstances réelles<sup>237</sup>.

## 5.6 Transparence de la justice

### 5.6.1 Le principe de publicité de la justice, fondement de l'Etat de droit et de la démocratie

Le principe de publicité de la justice et les droits à l'information de la population qui en découlent revêtent une importance capitale pour l'Etat de droit et la démocratie. Ils garantissent en effet la transparence des voies de droit, prémisses indispensables du contrôle démocratique de la justice exercé par le peuple et refus de toute forme de « justice de cabinet » appliquée en coulisse. Sans ce principe de publicité, il serait impossible de savoir si la justice désavantage ou privilégie de façon

<sup>230</sup> Voir ch. 3.2.4.2 supra.

<sup>231</sup> Fabio Babey/Damiano Canapa, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, in: RSJ 112 (2016), p. 513.

<sup>232</sup> Voir ch. 3.2.4.2 supra.

<sup>233</sup> En particulier la note du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018, Accords amiables; Note explicative et formulaire du secrétariat de la COMCO, Programme de clémence (autodénonciation) du 8 septembre 2014; Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart).

<sup>234</sup> Patrick Krauskopf, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 68 ad art. 49a.

<sup>235</sup> Carla Beuret, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018, n° 1 et 5 ad art. 29. Manuela Rapold, Kartellrechts-Compliance, Berne 2016, p. 172.

<sup>236</sup> Seraina Denoth, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, Zurich/Saint-Gall 2012, p. 83 s.

<sup>237</sup> En ce sens: Carla Beuret, Die Einvernehmliche Regelung im Schweizerischen Kartellrecht, Zurich/Saint-Gall 2016, n° 266.

indue certaines parties et de critiquer un mode d'instruction partial ou non conforme aux principes de l'Etat de droit ou une gestion déficiente des procédures<sup>238</sup>.

Eu égard à la portée considérable du principe de publicité de la justice, il est important de disposer d'instruments à la hauteur. Or, les instruments dont nous disposons actuellement présentent de graves déficiences, qui sont de portée générale et ne se limitent pas aux procédures engagées contre des entreprises. En voici les quatre déficiences principales<sup>239</sup> :

### 5.6.2 Opacité de la procédure d'ordonnance pénale

Comme indiqué ci-dessus, c'est par une ordonnance pénale que les ministères publics mettent un terme à la grande majorité des affaires pénales qui ne sont pas classées (et même à la totalité dans le cas des procédures ouvertes en vertu de l'art. 102 CP). Or, cette procédure se déroule à huis clos et passe généralement inaperçue<sup>240</sup>. Il est donc d'autant plus choquant que de graves déficiences en matière de transparence subsistent même après la clôture de la procédure<sup>241</sup>. Le public n'a ainsi la possibilité de consulter sans restriction les ordonnances pénales que durant le délai de recours ou d'opposition<sup>242</sup>. Toutefois, pour faire usage de cette possibilité, il faut prendre connaissance en temps voulu de l'existence de l'ordonnance pénale, ce qui est impossible sauf dans des cas exceptionnels<sup>243</sup>. Une fois le délai de recours ou d'opposition écoulé, on ne sait pas avec certitude si les différents ministères publics permettent de consulter les ordonnances pénales ni dans quelle mesure. L'accès aux ordonnances pénales anonymisées devrait être généralement possible, mais cela n'est pas garanti. Il est par ailleurs regrettable que les ordonnances pénales ne figurent dans aucun recueil de décisions public, même pas lorsqu'elles ont clos des affaires allant au-delà de délits de masse ou de peu d'importance<sup>244</sup>. En conséquence, toute personne intéressée doit déposer des demandes de consultation auprès de tous les ministères publics rendant des ordonnances pénales (le Ministère public de la Confédération et 26 ministères publics cantonaux !). En règle générale, les parquets peuvent réaliser un tri électronique uniquement des ordonnances pénales prononcées sur la base des délits figurant dans la partie spéciale du code pénal et, partant, pas des décisions rendues en vertu de l'art. 102 CP. En conséquence, ils ne peuvent généralement pas<sup>245</sup> fournir de renseignements sur les affaires dans lesquelles a été appliqué l'art. 102 CP ou dépendent pour le faire de la bonne mémoire de leurs employés<sup>246</sup>. Le parquet genevois n'a même pas daigné répondre aux demandes de renseignements de Transparency Suisse, bien qu'il ait été relancé. Il est donc très difficile, pour ne pas dire impossible, d'avoir une vue complète de la jurisprudence et encore moins de la contrôler.

### 5.6.3 Opacité affectant les décisions de classement et de non-entrée en matière

Pour les décisions de classement et de non-entrée en matière (y compris les décisions de classement rendues en application du mécanisme de réparation), le manque de transparence est encore plus flagrant que pour les ordonnances pénales. Elles sont en effet entachées de trois déficiences supplémentaires si on les compare à ces ordonnances :

<sup>238</sup> Opinion défendue également par le Tribunal fédéral (ATF 137 I 16 consid. 2.2).

<sup>239</sup> Pour l'essentiel, l'OCDE met aussi en exergue les problématiques évoquées ci-après; Voir OCDE, Rapport de phase 4 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption par la Suisse, 2018, n° 114.

<sup>240</sup> Voir ch. 3.3 supra.

<sup>241</sup> Voir OCDE, Rapport de phase 4 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption par la Suisse, 2018, n° 80 s.

<sup>242</sup> Voir ch. 3.3 supra.

<sup>243</sup> C'est le cas lorsque, à titre exceptionnel, le parquet, faisant usage de son pouvoir d'appréciation, en informe le public en raison de l'importance de l'affaire.

<sup>244</sup> Voir ch. 3.3 supra.

<sup>245</sup> C'est le cas du Ministère public du canton du Tessin.

<sup>246</sup> C'est le cas des ministères publics des cantons de Berne, Zoug et Zurich. Le Ministère public de la Confédération a pris plusieurs semaines pour fournir une réponse incomplète à la demande de consultation de Transparency International Suisse: il existe au moins une décision importante dont il n'a pas fait état et dont Transparency International Suisse n'a pris connaissance que grâce au rapport de phase 3 sur la Convention de l'OCDE. Dès lors, le Ministère public de la Confédération semble lui aussi dépendre de la mémoire (défaillante) de ses employés.

- En premier lieu, les personnes intéressées doivent faire valoir un intérêt digne de protection pour obtenir le droit de consulter des décisions de classement et de non-entrée en matière<sup>247</sup>.
- En deuxième lieu, aucun intérêt public ou privé prépondérant ne doit s'opposer à la consultation<sup>248</sup>.
- En troisième lieu, les Ministères publics ne ventilent généralement<sup>249</sup> pas toutes leurs décisions de classement et de non-entrée en matière en fonction des infractions visées par le code pénal. Ils ne sont ainsi pas en mesure de trier dans leurs systèmes électroniques les décisions de classement qu'ils ont rendues en application de l'art. 53 dans les enquêtes ouvertes en vertu de l'art. 102 CP.

De la sorte, il est tout à fait impossible pour le public de contrôler systématiquement la pratique des Ministères publics en matière de classement des procédures. Cet état de fait est des plus choquants quand on garde présent à l'esprit le grand pouvoir des Ministères publics en matière de classement et de non-entrée en matière : à l'exception des parties, personne ne peut s'opposer au classement irrégulier d'une affaire par le Ministère public.

#### 5.6.4 Opacité affectant les arrêts des tribunaux cantonaux

En raison de l'absence d'un recueil public et centralisé des décisions, il est très laborieux de se procurer une vue d'ensemble de la jurisprudence cantonale et d'en exercer le contrôle. Une difficulté supplémentaire provient du fait que les recueils cantonaux accessibles en ligne se limitent dans la majorité des cas à la jurisprudence des cours suprêmes cantonales<sup>250</sup>.

#### 5.6.5 Des statistiques incomplètes

Les statistiques actuellement disponibles présentent diverses lacunes. Il est ainsi regrettable que la Statistique des condamnations pénales et la Statistique des infractions pénales, qui ne concernent pas la partie générale du code pénal, ne fournissent aucune donnée sur les art. 53 CP (réparation) et 102 CP (punissabilité des entreprises)<sup>251</sup>. Il est tout aussi regrettable qu'il n'existe aucune statistique des décisions de classement et de non-entrée en matière ventilées par infraction, ni aucune statistique officielle concernant tant le montant des valeurs patrimoniales séquestrées ou confisquées en lien avec des délits de corruption que les montants versés à titre de réparation dans ce contexte.

<sup>247</sup> Voir ch. 3.3 supra. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt digne de protection des journalistes découle toutefois de la fonction de contrôle qu'exercent les médias (ATF 137 I 16, consid. 2.4).

<sup>248</sup> Voir ch. 3.3 supra.

<sup>249</sup> Des demandes de renseignements ont été adressées aux parquets des cantons de Zurich, de Zoug, de Berne, du Tessin et de Genève.

<sup>250</sup> Voir ch. 3.3 supra.

<sup>251</sup> Voir ch. 3.3 supra.

## 6. Conclusion : de graves lacunes dans tous les domaines

---

Comme le montre ce rapport, de graves lacunes existent dans tous les domaines analysés. Ces lacunes concernent les dispositions matérielles et procédurales du droit pénal, l'exécution de ces dispositions incomplètes et la transparence en matière de procédures engagées contre des entreprises et de condamnations prononcées à leur encontre.

### 6.1 Lacunes du code pénal et du code de procédure pénale

C'est en premier lieu la disposition du code pénal elle-même (art. 102 CP) qui est lacunaire : sa principale forme d'expression, la responsabilité pénale primaire de l'entreprise, définie à l'art. 102, al. 2, CP, porte sur une gamme de délits trop limitée et le montant maximal de l'amende, de 5 millions de francs, est trop bas pour être dissuasif. Le droit ne dispose par ailleurs pas d'instruments susceptibles de faire bénéficier la population des Etats concernés par l'infraction – qui est d'habitude la première victime des délits – des gains d'origine délictueuse confisqués ou des créances compensatrices.

Les dispositions régissant les procédures spéciales présentent elles aussi des déficiences : tant la procédure d'ordonnance pénale que la procédure simplifiée ne permettent pas d'éviter la condamnation dans certaines circonstances, ce qui inciterait pourtant les entreprises à se dénoncer et à coopérer pleinement avec les autorités de poursuite pénale. En outre, ces instruments contreviennent à certains principes de l'Etat de droit. Ainsi, la loi reste muette sur la teneur des accords que le Ministère public peut passer avec l'entreprise fautive. Il n'est par ailleurs pas garanti qu'un juge doive examiner les accords conclus : ce sont les Ministères publics qui mettent un terme aux procédures d'ordonnance pénale et l'obligation de soumettre les procédures simplifiées à un tribunal fait l'objet d'un débat. Il n'est en outre pas certain ni généralement admis que la procédure d'ordonnance pénale puisse s'appliquer aux graves infractions commises par les entreprises. Quant à la réparation (art. 53 CP), elle ne se prête guère à une application dans le cas des entreprises, car il existe probablement toujours un intérêt public à la réalisation de la poursuite pénale lorsqu'il s'agit d'une infraction grave. Dans ces mêmes circonstances, il est à déplorer que le droit ne précise pas les conditions d'exemption de peine, telles que les charges à imposer à l'entreprise fautive afin de prévenir de futurs délits.

### 6.2 Manquements dans l'application

La punissabilité de l'entreprise a beau être en vigueur depuis 2003, le nombre d'entreprises ayant fait l'objet d'une condamnation ferme demeure très faible. Cet échec s'explique non seulement par les lacunes des dispositions pénales, mais aussi par de graves déficiences en matière d'exécution. Les ministères publics n'ont toujours pas comblé ces lacunes en adoptant des directives, des mémentos et des commentaires, de sorte que l'application du droit n'est ni uniforme ni prévisible. Or, la prévisibilité et la sécurité juridique sont probablement des éléments favorisant l'autodénonciation des entreprises et leur coopération avec les autorités de poursuite pénale. Il n'est donc guère étonnant que, jusqu'ici, une seule et unique entreprise se soit dénoncée. Cette circonstance est aggravée par la durée excessive des procédures (jusqu'à huit ans), ce qui constitue une rude épreuve pour les entreprises mises en cause. S'y ajoutent des déficiences au sein des autorités de poursuite pénale, en particulier du Ministère public de la Confédération, de qui relèvent la plupart des procédures abordées dans ce rapport. En effet, ce ministère ne dispose notamment pas des ressources

nécessaires pour mener les procédures complexes engagées contre des entreprises et est constamment aux prises avec des questions et des problèmes d'organisation. L'un dans l'autre, les ministères publics n'ont pas poursuivi assez systématiquement les infractions à l'art. 102 CP, bien qu'il s'agisse de délits à poursuivre d'office. Quant à l'instrument de la réparation (art. 53 CP), il a parfois été utilisé avec excès et donc de façon incorrecte.

### 6.3 Déficiences en matière de transparence

Aux manquements en matière de réglementation et d'application s'ajoutent de graves déficiences en matière de transparence. Toutes les condamnations ont été prononcées à l'issue d'une procédure d'ordonnance pénale, qui se déroule à huis clos. De surcroît, il n'est possible de consulter sans restriction les ordonnances pénales rendues que pendant quelques jours et à condition d'en faire la demande. Une fois ce délai écoulé, comme il en va des décisions de classement et de non-entrée en matière (y compris les décisions de classement rendues en application du mécanisme de réparation, art. 53 CP), d'autres obstacles rendent encore plus difficile la consultation des décisions (existence d'un intérêt digne de protection et absence d'intérêt public ou privé prépondérant qui s'y oppose). Alors que les arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral peuvent être consultés dans un recueil électronique (sous forme uniquement anonymisée, en règle générale), il existe encore de grandes différences entre les cantons en ce qui concerne la publication de la jurisprudence cantonale. Les statistiques relatives à la jurisprudence fédérale et nationale ne sont pas non plus complètes.

# 7. Mesures nécessaires et revendications

---

## 7.1 De vastes chantiers dans tous les domaines

Eu égard aux lacunes considérables constatées, il est urgent d'agir. Sur la base de l'analyse qui précède et en faisant référence à la réglementation et à la pratique performante du droit des cartels ainsi qu'aux bonnes pratiques internationales<sup>252</sup> et à la législation applicable à la responsabilité pénale des entreprises dans d'autres pays, ce chapitre aborde les chantiers concrets et formule les principales revendications assorties des améliorations requises. Le chapitre 7.2 ci-dessous réunit les principales revendications en un catalogue de dix points faciles à consulter. Ces revendications, qui s'inscrivent dans le droit et la pratique actuels en Suisse et tiennent compte des particularités de notre pays, peuvent être mises en œuvre à bon escient à un coût raisonnable.

Dans un premier temps, il serait possible de réaliser d'importantes améliorations en s'attendant à la question de l'exécution. Les ministères publics devraient ainsi engager systématiquement des procédures en cas d'infractions à l'art. 102 CP et devraient en outre mettre davantage à profit l'arsenal de sanctions (en dépit de ses limitations) afin d'exercer un certain effet dissuasif. Si elles ont de bons motifs de soupçonner un acte de corruption ou de blanchiment d'argent ou encore une infraction à l'art. 102 CP, les entreprises seraient bien avisées de le signaler d'elles-mêmes aux autorités de poursuite pénale et de coopérer pleinement avec celles-ci. Pour cela, il faut toutefois que les entreprises qui se dénoncent, coopèrent pleinement avec le Ministère public et améliorent leurs programmes de conformité voient leurs efforts être récompensés par une nette réduction des sanctions. Les entreprises fautives seraient ainsi amenées à mieux collaborer avec le Ministère public, ce qui permettrait de démasquer et de sanctionner les irrégularités. Pour y parvenir, il est cependant nécessaire que les ministères publics publient des directives, des notes et des commentaires afin de garantir une pratique uniforme et prévisible dans le domaine de la punissabilité des entreprises, en particulier en ce qui concerne le type de procédure, la durée des démarches, les sanctions, les décisions de classement, l'autodénonciation et la coopération attendue des entreprises. D'autres autorités publiques, comme la COMCO et la Finma, utilisent avec succès ce genre de directives. En outre, les ministères publics devraient toujours soumettre à un juge les infractions graves et les accords auxquels ils parviennent avec les entreprises fautives. Il incombe aux responsables politiques de doter les ministères publics de ressources suffisantes pour mener à terme des procédures souvent complexes.

L'amélioration de l'exécution ne suffit cependant pas à améliorer foncièrement et durablement la situation : il faut également modifier la loi. Le fait que la loi ne régit pas d'importants paramètres du droit pénal enfreint les principes de l'Etat de droit. Dès lors, il est urgent de réglementer les accords que les autorités de poursuite pénale sont habilitées à conclure avec les entreprises fautives et d'inscrire dans le droit pénal la figure de l'exemption de peine tout en l'encadrant étroitement. La proposition que le Ministère public de la Confédération a déjà présentée dans ce sens est à saluer à plusieurs égards et s'aligne sur les bonnes pratiques internationales sur les questions suivantes : lorsque certaines conditions sont réunies, le Ministère public peut ajourner la poursuite, en assortissant sa décision de charges, et ensuite classer l'affaire si l'entreprise fautive respecte ces charges pendant un délai à déterminer. Les expériences faites dans le domaine du droit des cartels ainsi que les bonnes pratiques et la législation dans d'autres pays montrent que cette possibilité d'exemption de peine est une incitation de premier ordre pour que les entreprises fautives se dénoncent et coopèrent pleinement avec les autorités. Dans le cas des délits dont l'existence est difficile à découvrir et à prouver, comme ceux qui relèvent de la punissabilité des entreprises, cet instrument joue un rôle clé pour démasquer ces délits et amener les entreprises à rendre compte de leurs actes. En dépit de

---

<sup>252</sup> OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationales au moyen d'accords hors procès, 2019; Transparency International Helpdesk, Deferred prosecution agreements, plea bargaining, immunity programmes and corruption, Berlin 2017, avec des renvois supplémentaires.

ses qualités, la proposition du Ministère public de la Confédération appelle encore des améliorations sur des aspects importants. En particulier, il faudrait éviter de concentrer encore plus de pouvoir aux mains des ministères publics et subordonner à cet effet tout accord qu'ils passeraient avec l'entreprise mise en cause à l'approbation d'un tribunal.

Il faut aussi modifier la loi pour combler la lacune pénale existante et étoffer à cet effet la liste des infractions préalables à l'art. 102, al. 2, CP. La loi devrait préciser que la procédure d'ordonnance pénale et la procédure simplifiée ne peuvent s'appliquer que lorsque les entreprises se dénoncent puis coopèrent pleinement ou, du moins, coopèrent pleinement, afin de les inciter à le faire. Il y a par ailleurs lieu de combler diverses lacunes du droit en vigueur en ce qui concerne la procédure d'ordonnance pénale et la procédure simplifiée : la première ne doit pas s'appliquer en cas de graves infractions et la deuxième ne doit aboutir à un accord que si elle se clôt toujours sur décision d'un juge qui examine la conformité de l'accord avec les dispositions légales. Il faudrait par ailleurs relever le montant maximal de l'amende et créer un instrument permettant de faire bénéficier des gains d'origine délictueuse confisqués la population spoliée des Etats concernés par l'infraction. Des révisions de la loi sont indispensables pour remédier à la plupart des déficiences actuelles en matière de transparence, un constat qui s'applique aussi à la résolution des problèmes d'ordre organisationnel du Ministère public de la Confédération et à l'amélioration de la protection octroyée aux lanceurs et lanceuses d'alerte, qui jouent un rôle déterminant pour mettre au jour les irrégularités et complètent ainsi l'instrument de l'autodénonciation.

## 7.2 Dix revendications visant à améliorer le droit de la punissabilité des entreprises

### Ministères publics

1. Le Ministère public de la Confédération et les ministères publics cantonaux devraient poursuivre systématiquement toute infraction à l'art. 102 CP et formuler à cet effet des directives et des notes harmonisées concernant l'application de cet article et, dans ce contexte, l'application de la procédure d'ordonnance pénale, de la procédure simplifiée et de la réparation. En particulier, ils devraient
  - définir les critères régissant le choix de la procédure et établir en l'espèce que seuls les délits de faible gravité ou de gravité moyenne peuvent être réprimés au moyen de l'ordonnance pénale (fixation d'un plafond d'amende pour l'ordonnance pénale) et que la procédure simplifiée ne peut jamais se clore par une ordonnance pénale, mais que l'acte d'accusation doit être déposé auprès du tribunal compétent ;
  - définir les conditions et la teneur possible des accords conclus entre les ministères publics et les entreprises fautives et disposer que ces accords peuvent uniquement être passés dans le cadre d'une procédure simplifiée ;
  - déterminer les bonnes pratiques sectorielles qu'elles jugent acceptables en matière de conformité des entreprises, dans le contexte de l'art. 102, al. 2, CP ;
  - définir les critères applicables à la gestion des procédures et établir qu'ils clôturent les procédures engagées contre les entreprises dans un délai d'un an ou deux, à condition que ces entreprises coopèrent pleinement ;
  - définir les critères en matière de sanctions (amendes, confiscations et créances compensatrices) en mettant d'une part davantage à profit l'arsenal de sanctions actuel (en dépit de ses limitations) et, d'autre part, en veillant à ce que les entreprises qui se dénoncent, coo-

pèrent pleinement avec le Ministère public et améliorent leurs programmes de conformité voient leurs efforts récompensés par une nette réduction des sanctions ;

- n'appliquer qu'avec réserve l'instrument de la réparation (art. 53 CP) dans les affaires engageant la responsabilité pénale des entreprises. S'ils appliquent malgré tout cette disposition, ils ne devraient accepter que les paiements à titre de réparation qui sont versés aux personnes effectivement lésées et aux organisations qui œuvrent en leur faveur ;
- instaurer la plus grande transparence possible concernant leur pratique, dans les limites permises par la loi.

## Monde politique et administration

2. La punissabilité des entreprises visées à l'art. 102, al. 2, CP ne devrait pas se cantonner à la liste d'infractions préalables actuellement limitée (corruption active, blanchiment d'argent, organisation criminelle et financement du terrorisme), mais s'étendre à tous les crimes et délits.
3. Il faudrait préciser dans la loi
  - que la procédure d'ordonnance pénale et la procédure simplifiée sont réservées aux entreprises qui se dénoncent et coopèrent ensuite étroitement ou, du moins, à celles qui coopèrent étroitement ;
  - que les ministères publics ne peuvent clore par ordonnance pénale que des poursuites engagées pour des infractions de faible gravité ou de gravité moyenne,
  - que les accords entre les ministères publics et les entreprises fautives ne sont licites que s'ils sont conclus dans le cadre de la procédure simplifiée ;
  - que la procédure simplifiée ne peut jamais se clore par une ordonnance pénale, mais que l'acte d'accusation doit toujours être déposé auprès du tribunal compétent ;
  - les conditions et la teneur possible des accords conclus par les ministères publics et les entreprises fautives.
4. Il faudrait inscrire dans la loi l'instrument de l'exemption de peine pour les entreprises fautives tout en l'encadrant étroitement. L'instrument proposé par le Ministère public de la Confédération « Mise en accusation différée pour les entreprises » constitue certes une bonne base de discussion, mais appelle les améliorations suivantes :
  - il ne devrait s'appliquer qu'aux entreprises non-récidivistes qui se dénoncent ;
  - les prétentions de la partie civile devraient être préservées ;
  - un tribunal devrait valider les accords conclus par les ministères publics et les entreprises fautives.
5. Il faudrait relever de façon appropriée le plafond actuel des amendes (5 millions de francs) et créer un instrument efficace pour faire bénéficier des gains d'origine délictueuse confisqués ou de la créance compensatrice la population spoliée de l'Etat concerné par l'infraction, lorsque les actes criminels de l'entreprise ont nui à cette population.
6. Il faudrait inscrire au casier judiciaire les condamnations pénales prononcées contre des entreprises.

7. Il faudrait établir les bases juridiques pour améliorer comme suit la transparence de la juridiction pénale :
- il est possible de consulter les ordonnances pénales, les décisions de classement et les décisions de non-entrée en matière, y compris les décisions de non-entrée en matière prises en application du mécanisme de réparation, sans justifier d'un intérêt ;
  - les ordonnances pénales, les décisions de classement et les décisions de non-entrée en matière, à l'exclusion des délits de masse ou de peu d'importance, doivent être enregistrées dans des recueils d'arrêts publics ;
  - il faut créer un recueil d'arrêts cantonaux centralisé et public ;
  - il faut tenir des statistiques sur 1) les jugements rendus en application de l'art. 102 CP ; 2) les décisions de classement et les décisions de non-entrée en matière, ventilées par infractions pénales ; 3) le montant des valeurs patrimoniales séquestrées ou confisquées en lien avec des délits de corruption ainsi que les créances compensatrices et les montants versés à titre de réparation.
8. Il faudrait améliorer la protection garantie par la loi aux lanceurs et lanceuses d'alerte.
9. Il faudrait analyser les modifications d'ordre légal et organisationnel concernant la structure, la compétence, l'organisation, la surveillance et l'indépendance du Ministère public de la Confédération nécessaires ou favorables à l'amélioration de la mise en œuvre du droit pénal de l'entreprise. Il serait par ailleurs judicieux de doter cette institution de davantage de ressources afin qu'elle soit mieux à même de mener les procédures contre les entreprises, complexes et laborieuses.

## Entreprises

10. Les entreprises devraient appliquer une politique de tolérance zéro envers la corruption et le blanchiment d'argent et prendre les mesures qui s'imposent en l'espèce. Dès qu'elles ont de bons motifs de soupçonner une infraction en leur sein, elles devraient prendre contact avec les autorités de poursuite pénale et coopérer pleinement avec celles-ci.

# 8. Annexe

---

## 8.1 Dispositions légales

### 8.1.1 Code pénal suisse (extraits)

#### *Art. 53 Réparation*

Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine :

- a. s'il encourt une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende ;
- b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants ; et
- c. si l'auteur a admis les faits.

#### *Titre 7 : Responsabilité de l'entreprise – Art. 102 Punissabilité*

<sup>1</sup> Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

<sup>2</sup> En cas d'infraction prévue aux art. 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinquies</sup>, 305<sup>bis</sup>, 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quinquies</sup>, 322<sup>septies</sup>, al. 1, ou 322<sup>octies</sup>, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

<sup>3</sup> Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

<sup>4</sup> Sont des entreprises au sens du présent titre :

- a. les personnes morales de droit privé ;
- b. les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales ;
- c. les sociétés ;
- d. les entreprises en raison individuelle.

### 8.1.2 Loi fédérale sur le droit pénal administratif (extraits)

#### *Art. 7 Réglementation pour les amendes n'excédant pas 5000 francs*

<sup>1</sup> Lorsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et que l'enquête rendrait nécessaires à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue, il est loisible de renoncer à poursuivre ces personnes et de condamner à leur place au paiement de l'amende la personne morale, la société en nom collectif ou en commandite ou l'entreprise individuelle.

<sup>2</sup> L'al. 1 est applicable par analogie aux collectivités sans personnalité juridique.

### 8.1.3 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (extraits)

#### *Art. 29 Accords amiables*

<sup>1</sup> Si le secrétariat considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction.

<sup>2</sup> L'accord amiable requiert la forme écrite et doit être approuvé par la commission.

#### *Art. 49a Sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence*

<sup>1</sup> L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'art. 9, al. 3, est applicable par analogie. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

<sup>2</sup> Si l'entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer, en tout ou en partie, à une sanction.

<sup>3</sup> Aucune sanction n'est prise si :

- a. l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets ; toutefois une sanction peut tout de même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction ;
- b. la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête ;
- c. le Conseil fédéral a autorisé une restriction à la concurrence en vertu de l'art. 8.

### 8.1.4 Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (extraits)

#### *Section 3 : Renonciation à toute sanction – Art. 8 Conditions préalables*

<sup>1</sup> La Commission de la concurrence renonce entièrement à sanctionner une entreprise si celle-ci lui notifie sa participation à une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5, al. 3 et 4, LCart et qu'elle est la première :

- a. à fournir des informations permettant à l'autorité en matière de concurrence d'ouvrir une procédure au sens de l'art. 27 LCart ; ou
- b. à soumettre des preuves permettant à l'autorité en matière de concurrence de constater une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5, al. 3 ou 4, LCart.

<sup>2</sup> Elle renonce à la sanction uniquement si l'entreprise :

- a. n'a forcé aucune autre entreprise à participer à la pratique anticoncurrentielle et n'en était pas l'instigatrice ou l'actrice principale ;
- b. remet spontanément à l'autorité en matière de concurrence toutes les informations et preuves dont elle dispose concernant la pratique anticoncurrentielle en question ;
- c. coopère sans interruption, sans réserve et sans atermoiement avec l'autorité en matière de concurrence durant toute la durée de la procédure ;
- d. cesse de participer à la pratique illicite au plus tard à partir du moment de l'autodénonciation, ou dès la première injonction de l'autorité en matière de concurrence.

<sup>3</sup> Il n'est renoncé à la sanction en vertu de l'al. 1, let. a, que si l'autorité en matière de concurrence ne disposait pas jusqu'alors d'informations suffisantes pour ouvrir une procédure selon les art. 26 et 27 LCart.

<sup>4</sup> Il n'est renoncé à la sanction aux termes de l'al. 1, let. b, que :

- a. si une autre entreprise n'a pas déjà satisfait aux conditions requises pour être exemptée d'une sanction aux termes de l'al. 1, let. a, et
- b. si l'autorité en matière de concurrence ne dispose pas déjà de preuves suffisantes pour établir l'existence de la restriction illicite à la concurrence.

#### *Section 4 : Réduction de la sanction – Art. 12 Conditions préalables*

<sup>1</sup> La Commission de la concurrence réduit la sanction lorsqu'une entreprise a participé spontanément à une procédure et qu'au moment de la présentation des preuves, elle a cessé de participer à la pratique anticoncurrentielle en question.

<sup>2</sup> La réduction peut atteindre 50% du montant calculé selon les art. 3 à 7 ; elle est déterminée en fonction du rôle joué par l'entreprise dans la réussite de la procédure.

<sup>3</sup> La réduction peut atteindre 80 % du montant calculé selon les art. 3 à 7 si l'entreprise fournit des informations ou produit des preuves sur d'autres infractions aux règles de la concurrence visées à l'art. 5, al. 3 ou 4, LCart.

## 8.2 Bibliographie choisie

- Ackermann Jürg-Beat/Weilenmann Reto, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – „Freikauf“ oder Anreiz zum Fehlermanagement? In: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Ed.), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, Zurich 2019
- Angst Rainer/Maurer Hans, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, in: forumpoenale 2008
- Arzt Gunther, Strafbarkeit juristischer Personen: Anderson, vom Märchen zum Alptraum, in: RSDA 2002
- Babey Fabio/Canapa Damiano, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, in: RSJ 112 (2016)
- Beuret Carla, Art. 29, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018
- Cassani Ursula, Droit pénal économique, Bâle 2020
- Denoth Seraina, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, Zurich/Saint-Gall 2012
- Economiesuisse, Poursuite différée : non aux accords en droit pénal, dossier politique n° 1/2020, 10 mars 2020
- Forster Matthias, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Diss. Saint-Gall, 2006
- Gilliéron Gwladys/Killias Martin, Art. 352, in: Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2019
- Greiner Georges/Jaggi Irma, Remarques préliminaires ad art. 358-362, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014
- Greiner Georges/Jaggi Irma, n° 109 ad art. 358, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014
- Howald Samuel, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im Schweizerischen Kartellrecht, in: sic! 11/2012
- Krauskopf Patrick, Art. 49a, Kartellgesetz, Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018
- Macaluso Alain, L'ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CPPS, in: Jusletter 2011
- Macaluso Alain/Garbarski Andrew M., La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt « La Poste Suisse », in: AJP 1/2017
- Mühlemann David, Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, in: recht 2018, 2<sup>e</sup> cahier
- Niggli Marcel/Gfeller Diego R., Basler Kommentar Strafrecht, Art. 102, Bâle 2018
- OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationales au moyen d'accords hors procès, 2019

- OCDE, Rapport de phase 4 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption par la Suisse, 2018
- Perrin Bertrand/de Preux Pascal, Art. 360, in: Code de procédure pénale suisse, Commentaire Romand, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2019
- Pflaum Sonja, Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung, in: GesKR 1/2019
- Pieth Mark, Schweizerische Strafprozessordnung, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2016
- Pieth Mark, Wirtschaftsstrafrecht, Bâle 2016
- Pieth Mark, Ein Plädoyer für eine Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, in: Jusletter 19.2.2018
- Plüss Franziska, Der Patron verschwindet – die Verantwortung auch? In: RPS 2/2009
- Queloz Nicolas et al., Processus de corruption en Suisse. Résultats de recherche – Analyse critique du cadre légal et de sa mise en œuvre – Stratégie de prévention et de riposte, Bâle/Genève/Munich. 2000
- Rapold Manuela, Kartellrechts-Compliance, Berne 2016
- Riklin Franz, Remarques préliminaires ad art. 352-356, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014
- Riklin Franz, Art. 53, Basler Kommentar Strafrecht, Bâle 2018
- Saxer Urs/Thurnheer Simon, Art. 69, Art. 74, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2014
- Schenk Céline, Die Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB, in: Jusletter 24.1.2011
- Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Art. 352, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Praxis-kommentar, 3<sup>e</sup> édition, Zurich et Saint-Gall 2018
- Schwarzenegger Christian, Art. 358, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2014
- Thommen Marc, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013
- Transparency Suisse, Korruption in der Schweiz, Berne 2015
- Transparency International Helpdesk, Deferred prosecution agreements, plea bargaining, immunity programmes and corruption, Berlin 2017
- Trechsel Stefan/Keller Stefan, Art. 53, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> édition, Zurich 2018
- Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Art. 102, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> édition, Zurich/Saint-Gall 2018

## 8.3 Liste des abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
AS-MPC	Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération
ASP	Accord de suspension des poursuites
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Cf.	Confer
Ch.	Chiffre
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
COMCO	Commission de la concurrence
Consid.	Considérant
CP	Code pénal
CPF	Code pénal français
CPP	Code de procédure pénale
CPPA	Code de procédure pénale autrichien
CPPF	Code de procédure pénale français
Cst.	Constitution fédérale
Ed.	Edition
Finma	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
Iv. pa.	Initiative parlementaire
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (loi allemande sur les infractions administratives)
s.	suivante
ss.	suivantes
TF	Tribunal fédéral
UKBA	UK Bribery Act (loi britannique sur la corruption)
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (loi fédérale autrichienne sur la responsabilité pénale des structures sociales)
VerSanG	Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (loi allemande sur la répression des infractions liées aux organisations)

Transparency International Suisse  
Schanzeneckstrasse 25  
Case postale  
3001 Berne

+41 (0)31 382 35 50

[info@transparency.ch](mailto:info@transparency.ch)  
[www.transparency.ch/fr](http://www.transparency.ch/fr)

[www.twitter.com/transparency\\_ch](http://www.twitter.com/transparency_ch)  
[www.facebook.com/transparency.ch](http://www.facebook.com/transparency.ch)