

Mario Postizzi

**Diritto e strategia della difesa durante la navigazione
dalla promozione dell'accusa al dibattimento**

Nadine Hagenstein/Matthias Zurbrugg

**Das Strafbefehlsverfahren nach eidg. StPO –
liegt die Einheit in der Vielfalt?**

Andrew M. Garbarski

**L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif:
éléments de droit matériel et de procédure**

Luzia Vetterli

**Kehtwende in der bundesgerichtlichen Praxis
zu den Verwertungsverboten**

Wolfgang Wohlers

**Das Replikrecht der Verfahrensparteien
im Strafverfahren**



Andrew M. Garbarski*, Genève

L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif: éléments de droit matériel et de procédure

Table des matières

- I. Introduction
- II. Quelle est la place du droit pénal administratif?
 1. Généralités
 2. Principaux objectifs poursuivis par le DPA
- III. Responsabilité des personnes physiques en droit pénal administratif
 1. Art. 6 al. 1 DPA
 2. Art. 6 al. 2 DPA
 3. Art. 6 al. 3 DPA
 4. Conclusion intermédiaire
- IV. La responsabilité de l'entreprise en droit pénal administratif
 1. Généralités
 2. Conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise selon l'art. 7 DPA
 3. Problèmes soulevés par l'art. 7 DPA
 - a) Doit-on établir le comportement fautif d'une personne physique?
 - b) La responsabilité de l'entreprise est-elle causale?
 4. Articulation entre les art. 7 DPA et 102 CP
 - a) Bref rappel au sujet de l'art. 102 CP
 - b) Le nœud du problème
- V. L'entreprise dans la procédure
 1. Généralités
 2. Déroulement d'une procédure DPA
 3. Concours d'infractions et conflits de compétence
 4. Statut et droits de l'entreprise dans la procédure
 - a) Le régime prévu par le CPP
 - b) Le régime prévu par le DPA
 - c) Les règles du CPP peuvent-elles être invoquées dans le cadre du DPA?
- VI. Conclusion

* Docteur en droit, avocat, Bär & Karrer SA.

Il s'agit ici du texte remanié et complété d'une conférence donnée par le soussigné, le 21 mars 2012, dans le cadre d'un séminaire de l'Association Genevoise de Droit des Affaires, consacré au thème suivant: «L'entreprise dans les procédures administratives: quelle place pour les garanties fondamentales (notamment de procédure pénale)?». L'auteur entend exprimer ici toute sa gratitude à Madame Ursula Cassani, professeure à l'Université de Genève (Département de droit pénal), avocate, pour ses commentaires et sa relecture critique de la présente contribution. L'auteur remercie également M^{re} Marie Jenny, M^{re} Law, avocate-stagiaire, Bär & Karrer SA, pour l'aide qu'elle lui a apportée dans les recherches de droit administratif (général).

I. Introduction

Notre ordre juridique se caractérise par l'existence d'un nombre pratiquement incalculable de textes de loi (lois proprement dites, ordonnances, règlements, circulaires, etc.). De fait, il est difficile de songer à un seul domaine qui ne fasse pas l'objet, aujourd'hui, d'une réglementation spéciale: environnement, santé publique, construction, télécommunications, droit de la concurrence, circulation routière, aviation, impôts, marchés financiers, etc.

La plupart de ces lois (au sens large) relèvent du droit administratif. Sans entrer ici dans les détails, ce dernier a non seulement pour fonction d'organiser l'administration publique, mais également celle de régler les rapports que l'Etat entretient avec les particuliers, que ce soit en leur imposant des devoirs ou en créant en leur faveur des droits subjectifs¹.

Le droit administratif est donc omniprésent dans la vie quotidienne de la population. La liste qui pourrait être dressée des réglementations qui relèvent de cette branche du droit est d'ailleurs tellement longue² que le législateur semble lui-même parfois perdre la vue d'ensemble sur les matières traitées, respectivement sur la façon dont certaines questions juridiques, communes à différentes matières, sont réglées dans la loi. Cette «marée montante des actes législatifs³» et les répétitions qui en découlent augmentent non seulement inutilement la densité normative, mais peuvent aussi déboucher sur des problèmes de cohérence⁴. Il y sera revenu plus avant⁵.

Les transgressions au droit administratif peuvent donner lieu à différents types de sanctions, y compris, dans certaines hypothèses, à des sanctions pénales. On parle alors de *droit pénal administratif*. On rencontre d'ailleurs un nombre croissant de lois administratives qui possèdent un chapitre spécifique consacré aux dispositions pénales⁶.

Par ailleurs, dans un but d'unification – à tout le moins partielle – de cette matière⁷, le législateur a adopté, le 22 mars 1974, la Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975⁸.

Or, une question qui se pose dans ce contexte est notamment celle de savoir si, et à quelles conditions, une entreprise s'expose, cas échéant, à d'éventuelles poursuites pénales découlant du droit administratif, en cas d'infractions commises par une personne physique (organe, employé, etc.) en son sein. Ce thème est au cœur de la présente contribution. Les règles de procédure qui s'appliquent à l'entreprise dans un tel cas de figure seront également traitées.

On ne peut toutefois s'intéresser à ce sujet de manière isolée, c'est-à-dire sans examiner également le régime correspondant qui s'applique en droit pénal dit *classique* ou *ordinaire*. Or, tout particulièrement dans le domaine de la responsabilité de l'entreprise, nous verrons que l'articulation entre le droit pénal administratif et le droit pénal classique est tout sauf limpide. Elle soulève un certain nombre de difficultés ayant débouché sur des controverses qui n'ont pas encore été tranchées à ce jour.

II. Quelle est la place du droit pénal administratif?

1. Généralités

Alors même que le Recueil systématique du droit fédéral compte plus d'une centaine de lois administratives qui comportent des dispositions pénales⁹, le droit suisse ne consacre pas de définition du droit pénal administratif¹⁰.

La doctrine s'interroge depuis longtemps sur la question et, en particulier, sur d'éventuels critères quantitatifs et qualitatifs qui permettraient de dessiner une ligne de démarcation entre le droit pénal administratif et le droit pénal général, que l'on désigne parfois aussi par *droit pénal criminel* (*Kriminalstrafrecht*)¹¹.

En bref, deux principaux courants s'affrontent en doctrine: l'un plaide pour l'autonomie du droit pénal administratif par rapport au droit pénal général, alors

1 T. Tanquerel, Manuel de droit administratif, Genève 2011, § 1 N 1 et 10; Tschannen/U. Zimmerli/M. Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3^e édition, Berne 2009, § 1 N 20 s.

2 Parmi d'autres, voir U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e édition, Zurich 2006, N 1, 1; Tanquerel (n. 1), N 24, 9 s.; Tschannen/Zimmerli/Müller (n. 1), § 1 N 31.

3 Pour reprendre l'expression utilisée par le Conseil fédéral dans son Message du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007, ch. 1.2, 5794.

4 Voir aussi Häfelin/Müller/Uhlmann (n. 2), N 1, 1. Sur cette thématique, voir notamment A. Flückiger, Qu'est-ce que «mieux légiférer»? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative, in: A. Flückiger/C. Guy-Ecabert (édit.), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique, Genève 2008, 11 ss.

5 Cf. *infra* II.2.

6 P. Moor/E. Poltier, Droit administratif, volume II, 3^e édition, Berne 2011, 153 et 156.

7 Moor/Poltier (n. 6), 156; J. Hurtado Pozo, Droit pénal – Partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée, Zurich 2008, N 95, 36 s.

8 RS 313.0.

9 A. Eicker/F. Frank/J. Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Berne 2012, 19; voir aussi G. Piquerez/A. Macaluso, Procédure pénale suisse, 3^e édition, Zurich 2011, N 238, 79 s.

10 Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 19; Hurtado Pozo (n. 7), N 43, 17: «L'échec de toutes les tentatives visant à préciser de façon globale la notion de «droit pénal administratif» fait de cette branche particulière une matière indéfinie, dans les deux sens de ce terme: absence de définition et absence de limites.»

11 Cette question a notamment été évoquée dans le cadre des délibérations parlementaires lors de l'élaboration du DPA. Voir, par exemple, BO CE 1971, 837 ss.

que l'autre courant, plus récent, adopte une approche plus unifiée ou *intégrée*, selon laquelle le droit pénal administratif doit être assimilé à une sous-branche du droit pénal général¹².

L'approfondissement de cette question dépasserait (largement) le cadre de la présente contribution.

Il faut néanmoins relever, dans le contexte qui nous occupe ici, que les difficultés de démarcation et, partant, d'articulation entre le droit pénal classique, d'une part, et le droit pénal administratif, d'autre part, se posent également, et tout particulièrement, entre le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)¹³ et le DPA¹⁴.

La question des liens qu'entretiennent ces deux lois fédérales est d'autant plus pertinente qu'il résulte des art. 333 al. 1 CP *cum* 2 DPA que le CP, en particulier les dispositions de sa partie générale, demeurent pleinement applicables aux actes réprimés par la législation administrative fédérale, sauf disposition contraire prévue par le DPA ou une autre loi administrative spéciale¹⁵.

2. Principaux objectifs poursuivis par le DPA

Avec l'adoption du DPA¹⁶, le législateur s'était notamment fixé les objectifs suivants¹⁷:

- assurer un traitement uniforme des questions qui relèvent de la législation pénale accessoire;
- aménager des règles de procédure qui répondent aux standards de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹⁸;
- assurer une procédure simple et rapide, notamment en confiant l'enquête à l'administration, car celle-ci dispose généralement de plus de temps et de connaissances plus approfondies que les organes d'instruction cantonaux dans la matière concernée.

12 Pour le tout, voir *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 4 ss et les références citées.

13 RS 311.0.

14 Voir aussi *G. Heine/R. Roth*, Révision du droit des cartels 2010: expertise juridique sur les questions des sanctions applicables aux personnes physiques et aux entreprises, Secrétariat d'Etat à l'économie, Berne 2011, 4.

15 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 16 s.

16 A la lecture des travaux préparatoires du DPA (cf. BO CE 1971, 835 et BO CN 1973, 453), on apprend d'ailleurs que l'origine du DPA serait une affaire tragique qui s'est produite dans les années 50 à Genève, et qui a vu une personne prévenue d'infraction à la législation sur les douanes se suicider dans sa cellule à la prison de Saint-Antoine, où elle avait été détenue pendant une (trop) longue période.

17 Message du Conseil fédéral, FF 1971, 1024 ss.

18 RS 0.101.

C'est notamment cette préoccupation de célérité qui est à la base de l'art. 7 DPA, disposition pour le moins audacieuse qui permet de rechercher directement l'entreprise, à certaines conditions qui seront examinées plus en détail ci-après¹⁹.

Alors que le DPA apparaissait particulièrement innovateur à l'époque de son adoption, cette loi n'a subi que quelques retouches, pour la plupart cosmétiques, au cours des trente dernières années.

Aussi, la doctrine la plus récente regrette, à juste titre, que le législateur n'ait en particulier pas profité des derniers grands chantiers ayant marqué le domaine du droit pénal (révision totale de la partie générale du CP, unification de la procédure pénale en Suisse, etc.) pour également moderniser le DPA²⁰.

A cela vient s'ajouter le fait que, comme déjà relevé en introduction, la densité de la législation administrative fédérale n'a cessé de croître au cours de ces dernières années, mais cette évolution, notamment en ce qui concerne l'adoption ou la modification des normes répressives, n'est pas intervenue de manière coordonnée²¹.

On se retrouve donc aujourd'hui avec une matière qui est, à proprement parler, *éclatée*²² entre une multitude de lois administratives fédérales, ce qui a d'autant plus accentué le phénomène d'érosion qui a marqué la législation pénale accessoire, en particulier le DPA, au cours de ces dernières années²³.

III. Responsabilité des personnes physiques en droit pénal administratif

Comme évoqué ci-dessus (cf. *supra* I), la responsabilité potentiellement encourue par les personnes physiques en droit pénal administratif n'est pas sans incidence sur la faculté dont dispose l'autorité de poursuite de rechercher l'entreprise en tant que telle.

Il ne semble dès lors pas inutile de brièvement rappeler le régime applicable aux personnes physiques. L'art. 6 DPA constitue le siège de la matière²⁴.

19 Cf. *infra* IV2.

20 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 17; *Piquerez/Macaluso* (n. 9), N 97, 34.

21 Sur ces questions, voir *A. Macaluso*, Vers un véritable droit pénal des affaires: La nécessité d'une approche centrée sur l'entreprise, RSDA 2008, 249 ss.

22 Pour reprendre l'expression employée par *Macaluso* (n. 21), 249.

23 *P. Scheonmakers*, Das Verhältnis des abgekürzten Verfahrens zur Einstellung durch Wiedergutmachung, recht 2011, 33, note de bas de page 137: «Im Verlaufe des letzten Jahrhunderts hat sich ein kaum noch übersehbares Nebenstrafrecht entwickelt, das sich weitgehend als Verwaltungsstrafrecht darstellt.» Voir aussi *Hurtado Pozo* (n. 7), N 44, 17.

24 Pour une analyse détaillée de cette disposition, voir notamment *A. M. Garbarski/A. Macaluso*, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008, 833 ss et les références citées. Voir aussi *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 49 ss.

1. Art. 6 al. 1 DPA

L'art. 6 al. 1 DPA dispose que «lorsqu'une infraction est commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou en commandite, d'une entreprise individuelle ou d'une collectivité sans personnalité juridique ou de quelque autre manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers, les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte».

Cette disposition rappelle donc, en substance, le principe de la personnalité des peines²⁵, selon lequel la sanction doit être infligée uniquement à l'individu qui a commis l'infraction, que ce soit par commission ou par omission.

2. Art. 6 al. 2 DPA

Lorsqu'une infraction est commise par l'une des personnes (physiques) désignées à l'art. 6 al. 1 DPA, la punissabilité peut être étendue, à certaines conditions, à son supérieur. C'est l'objet de l'art. 6 al. 2 DPA, qui peut donc trouver une application concurrente à celle de l'art. 6 al. 1 DPA²⁶.

La teneur de l'art. 6 al. 2 DPA est la suivante: «Le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence.»

L'art. 6 al. 2 DPA consacre ce qu'on appelle la responsabilité pénale du chef d'entreprise (*Geschäftsherrenhaftung*), laquelle trouve sa source dans la théorie sur la punissabilité des abstentions²⁷.

Développée initialement par la voie prétorienne, notamment dans deux affaires devenues célèbres, généralement connues sous le nom de *Bührle*²⁸ et *Von Roll*²⁹, la responsabilité dite du chef d'entreprise permet de rechercher le supérieur

hiérarchique qui, en violation d'une obligation juridique, n'a pas empêché la commission d'une infraction par l'un de ses subordonnés³⁰.

A noter que la *Geschäftsherrenhaftung* suppose toutefois que le chef d'entreprise occupât une *position de garant*, c'est-à-dire qu'il ne répond selon l'art. 6 al. 2 DPA que s'il avait une obligation juridique spécifique³¹ de prévenir la commission de l'infraction ou d'en supprimer les effets, notamment «en exerçant une surveillance, en donnant des instructions ou en intervenant au besoin»³².

3. Art. 6 al. 3 DPA

L'art. 6 al. 3 DPA précise que «lorsque le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté est une personne morale, une société en nom collectif ou en commandite, une entreprise individuelle ou une collectivité sans personnalité juridique, la règle de l'alinéa précédent s'applique aux organes et à leurs membres, aux associés gérants, dirigeants effectifs ou liquidateurs fautifs».

D'après la doctrine, cette disposition se limite à rappeler le principe de la personnalité des peines³³. Il n'en demeure pas moins que, pratiquement, ce sont les entités dont l'organisation atteint un certain degré de complexité (généralement constituées sous la forme de personnes morales) qui sont les plus exposées aux situations décrites à l'art. 6 al. 2 DPA.

Le rôle d'employeur, de mandant ou de représenté étant alors assumé par l'entité elle-même, il n'y a aucune relation contractuelle directe entre le chef d'entreprise et l'auteur de l'infraction³⁴. Dans tous ces cas, la loi reporte la qualité de *chef d'entreprise* sur les organes et leurs membres, sur les associés gérants, les dirigeants effectifs ou les liquidateurs. A noter qu'à l'exception des liquidateurs, les per-

25 P. Spitz, in: Stämpflis Handkommentar, Jung/Spitz (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Berne 2010, art. 26 N 17.

26 Garbarski/Macaluso (n. 24), 836.

27 U. Cassani, Sur qui tombe le couperet du droit pénal? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise, in: L. Thévenoz/C. Bovet (édit.), Journé 2008 de droit bancaire et financier, Zurich 2009, 62. Voir aussi, à ce sujet, A. Eicker, Haftung für Dritte: zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, PJA 2010, 686; D. R. Gfeller, Die Privatbestechung – Art. 4a UWG: Konzeption und Kontext, Bâle 2010, 262 s.

28 ATF 96 IV 180, JdT 1974 IV 104.

29 ATF 122 IV 126, JdT 1997 IV 124 (rés.). Voir aussi ATF 125 IV 9, JdT 2000 IV 78 et arrêt du TF 6P.101/2001 du 28. 11. 2001, consid. 5b, reproduit in: SJ 2002 I 129.

30 Concernant l'évolution de la jurisprudence entre les affaires *Bührle* et *von Roll*, voir notamment Cassani (n. 27), 63 ss et A. M. Garbarski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne 2005, Zurich 2006, 328 ss.

31 S. Frei, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht, thèse Zurich, Zurich 2004, 66 s.; Garbarski (n. 30), 324 s.; Garbarski/Macaluso (n. 24), 837 s.; R. Geiger, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, thèse Zurich, Zurich 2006, 58; Contra Gfeller (n. 27), 272 ss; M. Oertle, Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht, thèse Zurich 1996, 188 s.; plus nuancé également, Spitz (n. 25), art. 26 N 8, spécialement note 17.

32 Arrêt du TF 6B_189/2009 du 20. 5. 2009, consid. 3.2.3. Voir également déjà l'arrêt du TF 6S.823/1996 du 3. 6. 1998, spéc. consid. 7c, reproduit partiellement in: DEP 12 (1998), 671 et résumé par H. Wiprächtiger, Strafbarkeit des Unternehmers, PJA 2002, 761 s.

33 K. Hauri, Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Berne 1998, 18; R. Schwob, Droit pénal administratif de la Confédération, FJS n° 1286, Genève 1987, 6.

34 Garbarski (n. 30), 325.

sonnes énumérées à l'art. 6 al. 3 DPA figurent également à l'art. 29 CP, dont il constitue ainsi une *lex specialis*³⁵.

Il est également important de relever que l'art. 6 al. 1 DPA, d'une part, et les art. 6 al. 2 et 3 DPA, d'autre part, sont susceptibles d'application concurrente, ce qui a pour conséquence que plusieurs personnes physiques actives au sein d'une entreprise peuvent être amenées à répondre – pour des motifs différents – de la même infraction³⁶.

4. Conclusion intermédiaire

Au titre de conclusion intermédiaire, on retiendra donc que le DPA met clairement l'accent sur la responsabilité personnelle des personnes physiques³⁷. Cela est d'autant plus vrai que, comme nous allons le voir dans les développements qui suivent, l'entreprise ne peut être amenée à répondre qu'à titre subsidiaire³⁸ et, par ailleurs, à des conditions relativement strictes fixées par la loi.

A noter encore que de très nombreuses lois administratives fédérales renvoient de manière explicite ou implicite à l'application de l'art. 6 DPA. A titre d'exemple³⁹, on peut notamment citer la Loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁴⁰ (art. 50 al. 1), la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)⁴¹ (art. 26), la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LTPH)⁴² (art. 89), la Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG)⁴³ (art. 37), la Loi fédérale sur l'alcool (Lalc)⁴⁴ (art. 59 al. 1), ou encore la Loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux)⁴⁵ (art. 73).

On trouve d'ailleurs un cas d'application relativement récent de l'art. 6 (al. 3) DPA dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans cette affaire, le dirigeant d'un

établissement public a été condamné pour violation de la Lalc, pour avoir omis de prendre des mesures et donner des instructions adéquates à son personnel, lequel servait régulièrement des quantités excessives d'alcool, déterminées par le client lui-même (pratique dite du *service à l'espagnole*)⁴⁶.

IV. La responsabilité de l'entreprise en droit pénal administratif

1. Généralités

Alors que la responsabilité de l'entreprise, telle que consacrée à l'art. 102 CP (anciennement: art. 100^{quater} CP), depuis le 1^{er} octobre 2003, est encore souvent perçue comme une véritable révolution en droit pénal suisse, c'est oublier que le DPA, entré en vigueur en 1975, permet aussi de rechercher pénalement une entreprise, aux conditions qui sont fixées à l'art. 7 DPA⁴⁷.

En outre, la capacité pénale de l'entreprise en droit pénal administratif avait déjà été admise par le Tribunal fédéral dans deux arrêts anciens, l'un du 7 juillet 1915⁴⁸ et l'autre du 2 février 1938⁴⁹.

Sous la note marginale «réglementation pour les amendes n'excédant pas 5000 francs», l'art. 7 DPA permet de condamner la personne morale, la société en nom collectif ou en commandite, l'entreprise individuelle ou la collectivité sans personnalité juridique lorsque l'amende entrant en ligne de compte dans le cas concret ne dépasse pas CHF 5000.– et que l'enquête rendrait nécessaire, à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 DPA, des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue.

L'art. 7 DPA s'applique, ainsi, lorsque l'autorité de poursuite n'entend pas, essentiellement pour des motifs d'opportunité⁵⁰, rechercher l'auteur individuel de l'infraction (art. 6 al. 1 DPA), l'employeur ou le chef d'entreprise garant (art. 6 al. 2 DPA) ou encore, en bref, l'organe devant répondre à la place de cet employeur ou de ce chef d'entreprise (art. 6 al. 3 DPA)⁵¹.

35 Garbarski/Macaluso (n. 24), 838.

36 Macaluso (n. 21), 262 et 263 note 82.

37 En ce qui concerne la systématique de la loi, il est d'ailleurs intéressant de relever que la note marginale de l'art. 6 DPA est intitulée «III. Infractions commises dans une entreprise, par un mandataire, etc. 1. Règle», l'art. 7 DPA devant être compris comme l'exception à cette règle («2. Réglementation pour les amendes n'excédant pas 5000 francs»).

38 Voir aussi Heine/Roth (n. 14), 56: «Dans la logique du DPA, l'article 7 est conçu comme un substitut, limité à des cas très particuliers, à la condamnation des personnes physiques» (mis en évidence dans la version originale).

39 Pour une énumération plus complète, voir M. A. Niggli/D. R. Gfeller, in: Basler Kommentar, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Strafrecht I, 2^e édition, Bâle 2007, art. 102, N 119 à 197.

40 RS 956.1.

41 RS 241.

42 RS 812.21.

43 RS 514.51.

44 RS 680.

45 RS 814.20.

46 Arrêt du TF 6B_689/2009 du 20.5.2009, en particulier les consid. 3.2.2 et 3.2.3.

47 Piquerez/Macaluso (n. 9), N 757, 261.

48 ATF 41 I 216 s.

49 ATF 64 I 53.

50 Message, FF 1971, 1029; BSK Strafrecht I-Niggli/Gfeller (n. 39), art. 102 N 11; Heine/Roth (n. 14), 56; Spitz (n. 25), art. 26 N 38.

51 L'impossibilité (relative) d'identifier l'auteur physique peut notamment s'expliquer par le fait que les individus au sein de l'entreprise, visés par l'art. 6 DPA, refusent de collaborer avec l'autorité, en invoquant le droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Voir Spitz (n. 25), art. 26 N 41, spécialement note 79, avec référence à une décision du 26.4.2002 rendue par le Tribunal cantonal de Berne, consid. 4.

A contrario, si l'autorité de poursuite a mené une enquête exhaustive, et qu'elle conclut à l'absence de prévention pénale, il est exclu de sanctionner l'entreprise sur la base de l'art. 7 DPA⁵².

En outre, même si le texte de l'art. 7 DPA semble, à première vue, mettre l'autorité de poursuite au bénéfice d'une marge de manœuvre relativement importante, la doctrine⁵³ et la jurisprudence la plus récente⁵⁴ insistent, à juste titre, sur le fait que cette norme ne saurait être interprétée comme un oreiller de paresse en faveur de l'autorité. Celle-ci doit donc toujours agir de manière sérieuse et procéder à un minimum d'actes d'investigation, avant que d'envisager de sanctionner l'entreprise à la place des personnes physiques⁵⁵.

Il découle de ce qui précède que, lorsqu'une affaire concernant l'art. 7 DPA est portée devant un tribunal⁵⁶, l'administration est exposée au risque de se faire renvoyer le dossier, si l'autorité judiciaire estime que les auteurs physiques, au sens de l'art. 6 DPA, auraient pu être identifiés sans travail disproportionné⁵⁷.

On relèvera encore que l'idée du législateur, avec l'art. 7 DPA, était non seulement de décharger l'administration d'une enquête qui «prend beaucoup de temps et n'est pas souvent payante», mais également d'«épargner à l'entreprise le désagrément d'une [telle] enquête»⁵⁸.

2. Conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise selon l'art. 7 DPA

Ainsi qu'il résulte du texte de l'art. 7 DPA, la possibilité de sanctionner l'entreprise est soumise à deux conditions, qui sont cumulatives⁵⁹:

- (i) d'une part, il faut que l'amende qui entre en ligne de compte dans le cas d'espèce ne dépasse pas CHF 5000.– et,
- (ii) d'autre part, les mesures d'instruction à l'égard des personnes physiques doivent apparaître disproportionnées au vu de la peine encourue.

Si l'infraction poursuivie peut être imputée à une personne visée par l'art. 6 DPA (al. 1, 2 ou 3), l'entreprise ne saurait être sanctionnée en vertu de l'art. 7 DPA⁶⁰.

L'application de l'art. 7 DPA ne requiert pas nécessairement que l'infraction *sous-jacente* soit une contravention⁶¹. Il peut également s'agir d'un délit (voire même, en théorie, d'un crime)⁶², tant et aussi longtemps que l'amende qui entre en ligne de compte, dans le cas particulier, ne dépasse pas le plafond de CHF 5000.– prévu par cette disposition.

A l'instar de l'art. 6 DPA, l'art. 7 DPA est aussi repris, directement ou indirectement (c'est-à-dire sous la forme d'un renvoi), par des lois administratives fédérales qui sont de plus en plus nombreuses⁶³. Les développements consacrés dans

52 *Gfeller* (n. 27), 275; *M. Kocher*, Klare Tat, unklare Täterschaft: Unternehmensstrafrecht nach revidiertem Mehrwertsteuergesetz. Zu den Bestimmungen von Art. 100 MWST, Art. 7 VStrR sowie Art. 52 und Art. 102 StGB, unter Einbezug der neuen schweizerischen StPO, ASA 79, 116.

53 Par exemple, *Gfeller* (n. 27), 275 s.; *R. Schwob/W. Wohlers*, in: Basler Kommentar, R. Watter/N. Vogt (édit.), Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^e édition, Bâle 2010, art. 49 N 8; voir aussi *T. Kräuchi*, Aktuelle Aspekte im Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum Strafgesetzbuch, LeGes 2004/2, 125 s.

54 Arrêt du TF 6B_256/2007 du 15. 10. 2007.

55 *A. Macaluso*, Commentaire de l'arrêt du TF 6B_256/2007 du 15. 10. 2007, *forumpoenale* 2008, 110.

56 Cf. art. 73 DPA et *infra* V2 en ce qui concerne le déroulement de la procédure.

57 Décision rendue le 18. 11. 2006 par l'*Obergericht* de Zurich dans la cause UK050187, consid. II.4a *in fine*, avec référence à *Hauri* (n. 33), 160. Voir aussi *Schwob* (n. 33), 7, avec référence à un arrêt non publié de la Cour de cassation du TF du 18. 8. 1982 rendu dans une affaire *Singapore Airlines Ltd.*

58 Message, FF 1971, 1029. Voir aussi *Cassani* (n. 27), 79.

59 Contrairement à ce que retient, de manière erronée, la version allemande du Message du Conseil fédéral du 1^{er} mars 1999 concernant la LTPH (FF 1999, 3564 s.: «namentlich bei einer Busse von höchstens 5000 Franken oder bei im Vergleich zur Strafe unverhältnismässigen Untersuchungsmaßnahmen»).

60 Une partie de la doctrine adopte une approche restrictive, selon laquelle l'art. 7 DPA ne serait applicable que si toutes les personnes visées par l'art. 6 DPA n'ont pas été identifiées (dans ce sens, *M. Peter*, Erste Erfahrungen mit dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, RPS 1974, 358; *Schwob* (n. 33), 7; *B. A. Suter*, in: Basler Kommentar, T. Eichenberger/U. Jaisli/Richli (édit.), Heilmittelgesetz, Bâle 2006, art. 89 N 13; question laissée ouverte par BSK FINMAG-*Schwob/Wohlers* (n. 53), art. 49 N 9. A notre avis, une telle interprétation va trop loin et ne paraît guère compatible avec le texte et l'esprit de l'art. 7 DPA. Selon *Spitz* (n. 25), art. 26 N 42, le fait qu'une partie des auteurs physiques soient recherchés selon l'art. 6 DPA n'empêche pas de poursuivre également l'entreprise, en vertu de l'art. 7 DPA.

61 *Cassani* (n. 27), 77.

62 Cf. *infra* sous note de bas de page 150.

63 On constate d'ailleurs que la manière dont les différentes législations fédérales renvoient à l'application des art. 6 et/ou 7 DPA est tout sauf homogène. Il s'agit là d'une preuve supplémentaire du manque de coordination entre les différentes matières qui relèvent du droit pénal administratif (cf. déjà *supra* sous note de bas de page 21; concernant plus généralement les problèmes de cohérence dans le droit fédéral, voir le Message du Conseil fédéral du 22 août 2007 relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007, ch. 1.5.1, 5803).

Ainsi, certaines lois intitulent leur disposition de renvoi «Infractions dans les entreprises» (art. 37 LFMG, par exemple, qui ne renvoie cependant qu'à l'art. 6 DPA). D'autres parlent d'«Infractions commises dans une entreprise» (art. 49 LFINMA, art. 26 LCD, lesquels ren-

la présente contribution s'appliquent donc *mutatis mutandis* à toutes les autres dispositions qui renvoient à l'art. 7 DPA.

On relèvera toutefois que certaines d'entre elles ont augmenté de manière substantielle⁶⁴ le plafond de l'amende (arrêté à CHF 5000.– par l'art. 7 DPA) qui est susceptible d'être infligée à l'entreprise.

Pour illustrer le propos, on peut notamment citer la Loi fédérale sur la TVA (LTVA)⁶⁵ (art. 100), la Loi fédérale sur les douanes (LD)⁶⁶ (art. 125) ou encore la Loi fédérale sur l'imposition du tabac (LTab)⁶⁷ (art. 40), qui portent le montant maximum de l'amende à quelque CHF 100 000.–. Par ailleurs, aussi bien la LFINMA (art. 49)⁶⁸ que la Loi fédérale sur la surveillance de la révision (LSR)⁶⁹ (art. 39) fixent ce plafond à CHF 50 000.–.

Au vu des montants que le droit pénal administratif permet d'infliger aujourd'hui à une entreprise, dans toutes les matières évoquées ci-dessus, la conception historique du législateur, lequel avait envisagé la réglementation de l'art. 7 DPA principalement dans le but de pouvoir sanctionner les «infractions bénignes»⁷⁰ ou les cas bagatelle⁷¹, est donc clairement dépassée⁷².

Il y sera revenu plus avant, lorsque nous évoquerons l'articulation entre les art. 7 DPA et 102 CP (cf. *infra* IV4).

voient aux art. 6 et 7 DPA). On rencontre aussi des formulations telles que «Application du droit pénal administratif» (art. 73 LEaux, par exemple), ou encore «Application aux personnes morales et aux sociétés commerciales» (art. 24b de la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage, «LPN» [RS 451]).

64 BSK FINMAG-Schwob/Wohlens (n. 53), art. 49 N 6: «beträchtlich angehoben wurden». Voir aussi Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 68 s. et Macaluso (n. 21), 250.

65 RS 641.20.

66 RS 631.0.

67 RS 641.31.

68 Cassani (n. 27), 79, qui fait d'ailleurs remarquer que l'art. 49 LFINMA «s'applique non seulement aux art. 44–49 LFINMA, mais aussi à l'infraction de violation du devoir de communication en vertu de l'art. 37 LBA, de l'art. 49 LB ou des art. 41–42a LBVM, car l'art. 49 lit. b LFINMA est applicable «aux infractions aux dispositions pénales de la présente loi ou de l'une des lois sur les marchés financiers», dont font partie la LB, la LBVM et la LBA en vertu de l'art. 1 al. 1 lit. d–f LFINMA».

69 RS 221.302.

70 Message, FF 1971, 1029.

71 BSK HMG-Suter (n. 60), art. 89 N 7; voir aussi le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, qui estime que l'art. 7 DPA est réservé aux «cas de peu d'importance» (FF 2004, 3862, ch. 2.5.8).

72 Dans le même sens, Cassani (n. 27), 79.

3. Problèmes soulevés par l'art. 7 DPA

Conceptuellement, l'art. 7 DPA soulève deux questions importantes dont la portée paraît avoir été sous-estimée par le législateur, non seulement en marge des travaux préparatoires du DPA, mais également lors de l'adoption des nombreuses autres normes – dont certaines, à l'instar de l'art. 49 LFINMA, sont récentes – qui renvoient à l'art. 7 DPA⁷³.

La première question qui se pose est celle de savoir si la mise en œuvre de la responsabilité, selon l'art. 7 DPA, suppose que soit établi le comportement fautif d'une personne physique ayant agi au sein de l'entreprise (organe, employé, etc.) (cf. *infra* a).

La deuxième question concerne le point de savoir si l'art. 7 DPA est subordonné à l'existence d'une faute imputable à l'entreprise, notamment en ce qui concerne l'impossibilité d'identifier la personne physique visée par l'art. 6 DPA (cf. *infra* b).

a) Doit-on établir le comportement fautif d'une personne physique?

La responsabilité pénale suppose toujours une faute personnelle. L'art. 7 DPA n'entendait pas déroger à cette règle, en théorie du moins. Le Message du Conseil fédéral publié à l'appui du DPA souligne, en effet, que «la punition de l'entreprise présuppose **évidemment** qu'une culpabilité soit établie»⁷⁴.

En outre, au cours des débats parlementaires qui ont suivi la publication du Message précité, il a été souligné, à réitérées reprises, que l'application de l'art. 7 DPA suppose que l'on ait pu démontrer le comportement fautif d'une personne physique au sein de l'entreprise⁷⁵.

Il en découle donc que les conditions objectives et subjectives de l'infraction *sous-jacente*, i. e. l'infraction qui a débouché sur l'ouverture d'une information pénale, doivent être remplies, dans le cadre de l'art. 7 DPA, même si l'autorité de poursuite ne peut ou ne veut pas identifier l'auteur physique qui a commis l'acte⁷⁶.

73 Cf. les exemples cités sous IV2 *supra*.

74 FF 1971, 1029. C'est nous qui mettons en évidence.

75 BO CE 1971, 838: «Es kann deshalb, sofern der Tatbestand als solcher geklärt und schuldhaftes Verhalten eines Funktionärs oder Beauftragten festgestellt wird, von dessen Bestrafung Umgang genommen und an seiner Stelle die Firma gebüsst werden. Diese Ausnahme will aber nicht etwa den Grundsatz des Schuldstrafrechtes aufheben. Voraussetzung für die Ausfällung einer Busse bleibt auch hier ein strafrechtlich relevantes Handeln einer natürlichen Person»; voir aussi BO CN 1973, 459: «Aus Gründen der Praktikabilität soll in geringfügigen Fällen anstelle der täterischen natürlichen Person, die ein Verschulden trifft, die juristische Person zur Bezahlung der Busse verurteilt werden können.»

76 Gfeller (n. 27), 276. Voir aussi BSK FINMAG-Schwob/Wohlens (n. 53), art. 49 N 5 et N 3: «Hieraus folgt dann auch, dass die Überwälzung der Busse nur dann in Betracht kommt, wenn zweifelsfrei feststeht, dass eine oder mehrere natürliche Personen sich strafrechtlich relevant verhalten haben»; voir également Moor/Poltier (n. 6), 157.

Cela ne va pas sans susciter des interrogations, notamment d'un point de vue dogmatique⁷⁷, puisqu'on conçoit mal comment, en particulier, l'élément subjectif d'une infraction pénale pourrait être établi lorsqu'on ignore qui en est l'auteur⁷⁸. A noter que cette difficulté se pose, de manière analogue, dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP⁷⁹.

Au vu de ce qui précède, une partie de la doctrine considère que l'art. 7 DPA présuppose que l'on puisse démontrer qu'au moins une personne physique au sein de l'entreprise a agi fautivement⁸⁰.

En ce qui concerne la jurisprudence, elle se montre particulièrement fluctuante. Certaines décisions cantonales semblent se rallier à l'avis exprimé par la doctrine précitée⁸¹. D'autres décisions laissent la question expressément ouverte⁸². Dans un arrêt du 31 août 2006 rendu en matière de taxe sur la valeur ajoutée⁸³, le Tribunal fédéral a, pour sa part, relevé que dans la mesure où l'auteur physique de l'infraction est inconnu, la faute doit s'apprécier de manière objective; ainsi, selon notre Haute Cour, le point de savoir si l'infraction a été commise intentionnellement ou par négligence serait dénué de pertinence⁸⁴.

77 Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 65.

78 BSK FINMAG-Schwob/Wohlers (n. 53), art. 49 N 7; Schwob (n. 33), 7.

79 Gfeller (n. 27), 276: «Hier wird die Crux von Art. 7 VStrR deutlich»; BSK Strafrecht I-Niggli/Gfeller (n. 39), art. 102 N 56; voir aussi A. Macaluso, in: Commentaire romand, R. Roth/L. Moreillon (édit.), Code pénal I, Bâle 2009, art. 102 N 41. Se référant à la solution retenue par la Cour de cassation française, cet auteur relève qu'il faut se satisfaire ici de «la constatation que l'intention résulte à l'évidence des faits commis» (mis en évidence dans la version originale). Tel serait notamment le cas «lorsque l'auteur individuel n'a pas été identifié ou que, l'ayant été, il ne réalise toutefois pas en sa (seule) personne l'élément constitutif subjectif de l'infraction; cela en raison du morcellement du processus de décision et d'action au sein de l'entreprise (ce qui constitue précisément un cas d'organisation défaillante)». Dans le même sens, voir Hurtado Pozo (n. 7), N 1245, 398.

80 Dans ce sens, BSK HMG-Suter (n. 60), art. 89 N 11; Contra Spitz (n. 25), art. 26 N 39.

81 Décision rendue les 2 et 5.12.2003 par le *Landsgericht* d'Uri, consid. 6d (reproduite partiellement in: VPB 2004, N 165, 2095).

82 Décision rendue le 18.11.2006 par l'*Obergericht* de Zurich dans la cause UK050187, consid. II.7d.

83 Plus précisément l'art. 63 de l'ancienne ordonnance du 22.6.1994 régissant la taxe sur la valeur ajoutée. Cette disposition était calquée sur l'art. 87 de l'ancienne LTVA (désormais art. 100 LTVA) et, partant, fixait le plafond de l'amende à CHF 100 000.-.

84 Arrêt du TF 6S.488/2005 du 31.8.2006, consid. 3: «Da die verantwortlichen natürlichen Personen nicht bekannt sind, kann bei der Ermittlung der Bussenhöhe gemäss Art. 63 MWSTV das Verschulden lediglich in objektiver Form bestimmt werden. Ob vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt wurde, lässt sich ohne Kenntnis der verantwortlichen natürlichen Personen nicht beurteilen und hat deshalb ausser Betracht zu bleiben.» Voir également Spitz (n. 25), art. 26 N 40 et 46, lequel se réfère aussi à une décision rendue par le Tribunal cantonal de Berne en date du 26.4.2002, consid. 4.

b) La responsabilité de l'entreprise est-elle causale?

L'autre difficulté que soulève l'art. 7 DPA a trait à la nature de la responsabilité prévue par cette disposition.

Contrairement à l'art. 102 CP, dans le cadre duquel – comme on le verra ci-après (cf. *infra* IV4a) – l'entreprise répond de l'infraction poursuivie sur la base d'une faute qui lui est propre (à savoir son défaut d'organisation), l'art. 7 DPA permet d'infliger une amende à caractère pénal à une entreprise⁸⁵, essentiellement pour des considérations d'économie de procédure⁸⁶.

Sous l'angle de l'art. 7 DPA, l'entreprise ne répond pas à raison de l'infraction qui fait l'objet de l'enquête pénale, pas plus d'ailleurs qu'on ne lui reproche toute autre forme de faute⁸⁷. Elle est condamnée au paiement de l'amende par l'autorité, pour le seul motif qu'il serait disproportionné de rechercher le(s) auteur(s) physique(s), au vu du montant de l'amende qui est envisagée dans le cas concret.

Au vu de ce qui précède, il est donc douteux que cette forme de responsabilité causale⁸⁸, parfois qualifiée également de *solidaire* en doctrine⁸⁹, soit encore compatible avec la garantie de la présomption d'innocence, ou encore avec le principe fondamental – rappelé récemment par le Tribunal fédéral dans une affaire fiscale⁹⁰ – selon lequel toute responsabilité pénale doit reposer sur une faute⁹¹.

Certes, une partie de la doctrine tente de justifier le mécanisme de l'art. 7 DPA, en exposant que l'entreprise ne serait pas à proprement parler condamnée pénalement, mais qu'elle serait uniquement tenue de payer l'amende qui aurait été infligée à la personne physique, si cette dernière avait été identifiée⁹².

85 Macaluso (n. 55), 110.

86 Arrêt du TF 6S.488/2005 du 31.8.2006, consid. 2; BSK FINMAG-Schwob/Wohlers (n. 53), art. 49 N 3.

87 Cassani (n. 27), 78; Kocher (n. 52), 118.

88 Gfeller (n. 27), 276; M. Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse St-Gall, Berne 2006, 59.

89 Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 67 s.

90 ATF 135 II 91, où le TF relève, en particulier, que son interprétation des art. 175 et 181 LIFD «[...] rejoint l'opinion de la doctrine majoritaire qui considère que l'imputation d'une contravention objective à la personne morale est contraire au principe de la culpabilité qui s'applique largement en droit fiscal».

91 Cassani (n. 27), 78 s.; critique également, B. Zanga, Strafbestimmungen der Bankenaufsicht, Zurich 1992, 44 s. Voir aussi Gfeller (n. 27), 276 et 323; Forster (n. 88), 259 note 1177.

92 R. Bahar, in: Basler Kommentar, R. Watter/U. Bertschinger (édit.), Revisionsaufsichtsgesetz, Bâle 2011, art. 39 N 20: «Die juristische Person wird somit nicht bestraft, sondern einzig zur Bezahlung der Busse verurteilt»; voir également Hauri (n. 33), 20; Schwob (n. 33), 7. Voir aussi la décision rendue le 18.11.2006 par l'*Obergericht* de Zurich dans la cause UK050187, consid. II.6a, avec référence à BSK HMG-Suter (n. 60), art. 89 N 15.

A la suite de *Cassani*⁹³, il faut cependant bien reconnaître que cet argument paraît peu convaincant⁹⁴. Il l'est d'autant moins que le législateur avait lui-même dû se rendre à l'évidence, au cours des délibérations parlementaires, combien l'art. 7 DPA était problématique du point de vue du droit pénal⁹⁵. Si la disposition a finalement été conservée, respectivement adoptée par le Parlement, c'est principalement en raison des avantages pratiques qu'elle était censée offrir, en termes d'économie de procédure, dans la lutte contre les cas bagatelle⁹⁶. Or, il va sans dire que la responsabilité sans faute, telle qu'elle découle de l'art. 7 DPA, est aujourd'hui beaucoup plus difficilement acceptable, notamment dans le contexte des nombreuses autres lois, évoquées ci-dessus⁹⁷, qui renvoient à l'art. 7 DPA ou qui en ont repris la substance, tout en augmentant (substantiellement) le montant de l'amende à CHF 50000.–, voire CHF 100 000.–⁹⁸.

4. Articulation entre les art. 7 DPA et 102 CP

Pour une meilleure compréhension des problèmes qui peuvent se poser lorsqu'on évoque l'articulation entre les art. 7 DPA et 102 CP, il convient préalablement de brièvement rappeler la ratio de l'art. 102 CP.

a) Bref rappel au sujet de l'art. 102 CP

Pour l'immense majorité des infractions, l'art. 102 al. 1 CP dispose d'une responsabilité dite *subsidaire*, qui ne peut être mise en œuvre que si, par suite d'un manque d'organisation de l'entreprise, un crime ou un délit commis en son sein dans l'exercice d'activités commerciales conformes à son but ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée⁹⁹.

Ensuite, pour un nombre très restreint d'infractions, énumérées exhaustivement à l'art. 102 al. 2 CP, l'entreprise encourt une responsabilité dite *principale*

ou *primaire*. Cette responsabilité peut être recherchée indépendamment de la punissabilité d'une personne physique – et donc, le cas échéant, parallèlement à des poursuites engagées contre celle-ci – s'il doit être reproché à l'entreprise de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction¹⁰⁰.

En résumé, alors que le défaut d'organisation doit être entendu à l'art. 102 al. 1 CP comme la cause de l'impossibilité d'imputer l'infraction considérée à un auteur physique déterminé, ce même défaut constitue la cause de l'infraction elle-même à l'art. 102 al. 2 CP¹⁰¹.

Il va sans dire que, contrairement à ce qui a été exposé au sujet de l'art. 7 DPA¹⁰², les préoccupations d'économie de procédure sont totalement étrangères à l'art. 102 CP¹⁰³.

La peine menace pour l'entreprise dont la responsabilité est engagée selon l'art. 102 al. 1 ou 2 CP est l'amende, au montant maximum de CHF 5 millions.

L'art. 102 CP crée ainsi un nouveau sujet de droit pénal – l'entreprise – et consacre une nouvelle forme de faute pénale à sa charge – le défaut d'organisation¹⁰⁴.

A noter encore qu'il découle de l'art. 105 al. 1 CP que l'art. 102 CP s'applique aux crimes et aux délits (art. 10 al. 2 et 3 CP), mais pas aux contraventions (art. 103 CP)¹⁰⁵.

A ce jour, il n'y a eu que très peu de cas d'application de l'art. 102 CP dans la pratique¹⁰⁶.

93 *Cassani* (n. 27), 78.

94 Voir aussi *Macaluso* (n. 55), 110. A noter que le Message du Conseil fédéral parle de «peine pécuniaire», en lien avec l'art. 7 DPA, et non pas d'une simple «amende», ce qui à notre sens marque encore davantage le caractère pénal de la sanction infligée à l'entreprise (FF 1971, 1029).

95 BO CN 1973, 466: «Das ist strafrechtlich gesehen eine sehr umstrittene Bestimmung.» Et de poursuivre: «Aber die Juristen werden zugeben müssen, dass eine solche Bestimmung unschön, problematisch und sogar sündhaft ist.»

96 BO CN 1973, 466: «Schliesslich mussten wir einsehen, dass die unzähligen Bagatelldelikte offenbar trotz rechtlicher Bedenken eine solche Bestimmung rechtfertigen.»

97 Cf. *supra* IV2.

98 *Cassani* (n. 27), 78 s. Voir aussi *M. Beusch*, Verantwortlichkeiten und Haftungsrisiken der Steuerberatung im Zusammenhang mit Steuerdelikten, in: zsis) 2007, Aufsätze Nr. 2, ch. 4.3.

99 Parmi d'autres, voir *Piquerez/Macaluso* (n. 9), N 759, 262; CR CP I-*Macaluso* (n. 79), art. 102 N 3.

100 *Piquerez/Macaluso* (n. 9), N 760, 262 s.

101 CR CP I-*Macaluso* (n. 79), art. 102 N 47 et 53.

102 Cf. *supra* IV2.

103 *Macaluso* (n. 55), 110; *G. Heine*, Straftäter Unternehmen: Das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Strafrecht, recht 2005, 7; BSK Strafrecht I-*Niggli/Gfeller* (n. 50), art. 102 N 106; *M. A. Niggli/D. R. Gfeller*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: *M. A. Niggli/M. Amstutz* (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Bâle 2007, 165. Voir aussi *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 18.

104 CR CP I-*Macaluso* (n. 79), art. 102 N 1.

105 CR CP I-*Macaluso* (n. 79), art. 102 N 61; voir aussi *Hurtado Pozo* (n. 7), N 1235, 396.

106 Le premier cas d'application connu est une décision rendue par le Juge d'instruction de Fribourg le 5 janvier 2005, concernant une infraction grave à la loi sur la circulation routière, reproduit in: RFJ 2005, 59, JdT 2005 I 558, BJP 2006, N 121, 102 (rés.). En l'espèce, l'entreprise a été frappée d'une amende de CHF 3000.– à la suite de l'impossibilité, pour le Juge, d'identifier le conducteur d'un véhicule d'entreprise ayant commis un excès de vitesse en Suisse. Voir, à ce sujet, *A. Macaluso*, Premiers cas d'application de la nouvelle responsabilité pénale de l'entreprise selon le code pénal suisse, in: *A. Kasser/M. Novier/O. Pelet/R. Schlosser* (édit.), L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges Stoudmann, Genève/Zurich/Bâle 2005, 105 ss. Voir aussi le Message du Conseil fédéral concernant le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0), qui fait remarquer que «les procédures pénales dirigées contre une entreprise ne devraient pas être légions» (FF 2006, 1146).

Le dernier en date, qui nous soit connu, remonte à novembre 2011. Il concerne la condamnation, par voie d'ordonnance pénale¹⁰⁷, de deux sociétés appartenant au groupe *Alstom* à une amende de quelque CHF 2,5 millions, en application de l'art. 102 al. 2 CP, pour «ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher le versement de montants de corruption à des agents publics étrangers en Lettonie, Tunisie et Malaisie, après l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP en octobre 2003»¹⁰⁸.

b) Le nœud du problème

Comme on l'a vu plus haut¹⁰⁹, il découle des art. 2 DPA et 333 al. 1 CP que la partie générale du CP reste, en principe, applicable aux actes réprimés par la législation administrative fédérale, dont fait notamment partie le DPA.

En d'autres termes, l'art. 102 CP est susceptible de s'appliquer aux crimes et délits en vertu de toutes les lois fédérales, en particulier le DPA, à moins que celles-ci ne disposent d'une réglementation qui l'emporterait par spécialité¹¹⁰.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt du 15 octobre 2007¹¹¹.

Lorsque l'infraction n'est pas imputée à une personne physique, notamment en vertu de l'art. 6 DPA, on doit alors se poser la question – qui semble avoir totalement échappé au législateur¹¹² – de l'articulation entre l'art. 7 DPA, d'une part, et l'art. 102 CP, d'autre part.

Le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de révision de la partie générale du CP se limite, en substance, à relever qu'en dépit de l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise dans le CP, les sanctions administratives pénales à l'endroit des entreprises garderont tout leur sens, s'agissant des cas tout à fait mineurs¹¹³. Inversement, ces sanctions administratives ne rendront pas superflue l'ouverture d'une procédure pénale fondée sur l'art. 102 CP à l'encontre des entreprises¹¹⁴.

107 Au sens de l'art. 352 CPP. Voir, à ce sujet, A. Macaluso, L'ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CPPS, in: Jusletter du 2. 5. 2011.

108 <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42300> (consulté le 30 octobre 2012). Voir S. Nadelhofer *do Canto*, Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, GesKR 2012, 129 ss.

109 Cf. *supra* III.

110 Cassani (n. 27), 77.

111 Arrêt du TF 6B_256/2007 du 15.10.2007, consid. 2.2.1.

112 Forster (n. 88), 258, spécialement note 1170; Heine (n. 103), 1; Kräuchi (n. 53), 126; Macaluso (n. 21), 251; Spitz (n. 25), art. 26 N 13.

113 FF 1999, 1949.

114 FF 1999, 1946.

Ainsi qu'il a déjà été démontré par *Garbarski/Macaluso* dans un article paru en 2008¹¹⁵, la doctrine est très divisée en ce qui concerne les liens entre les art. 7 DPA et 102 CP. Quant au Tribunal fédéral, il a expressément laissé la question ouverte dans l'arrêt précité du 15 octobre 2007¹¹⁶.

En réalité, le problème se pose essentiellement par rapport à l'art. 102 al. 1 CP. En effet, sous réserve de l'art. 4a al. 1 lit. a LCD (corruption privée), dont on pourrait penser qu'il tombe aussi dans le champ d'application de l'art. 7 DPA vu le renvoi de l'art. 26 LCD¹¹⁷, les (autres) infractions énumérées à l'art. 102 al. 2 CP sont exhaustivement réglées dans le CP et, partant, ne relèvent pas du DPA¹¹⁸.

Quelles sont, en l'état actuel des choses, les conceptions qui s'affrontent au sujet de l'articulation entre les art. 102 CP et 7 DPA, étant rappelé également que les considérations qui suivent s'appliquent *mutatis mutandis* aux très nombreuses autres dispositions légales qui renvoient à l'art. 7 DPA ou s'en inspirent?

Une partie de la doctrine propose une application alternative automatique des art. 102 al. 1 CP et 7 DPA. Selon cette approche, l'art. 7 DPA entrerait uniquement en ligne de compte en matière de contraventions¹¹⁹ (auxquelles l'art. 102 CP

115 *Garbarski/Macaluso* (n. 24), 843 ss.

116 Arrêt du TF 6B_256/2007 du 15.10.2007, consid. 2.2.4.

117 La question de la relation entre les art. 26 LCD et 102 al. 2 CP a manifestement échappé au législateur. Voir CR CP I-Macaluso (n. 79), art. 102 N 76; Spitz (n. 25), art. 26 N 13.

La responsabilité primaire et indépendante de l'entreprise, selon l'art. 102 al. 2 CP, étant totalement étrangère au mécanisme de l'art. 7 DPA, on doit considérer que le DPA ne comporte pas de «dispositions sur la matière» au sens de l'art. 333 al. 1 CP. Aussi, en dépit du renvoi de l'art. 26 LCD, seul l'art. 102 al. 2 CP (à l'exclusion de l'art. 7 DPA) est applicable lorsqu'un acte de corruption privée est commis au sein d'une entreprise (voir CR CP I-Macaluso [n. 79], art. 102 N 77 et *Garbarski/Macaluso* [n. 24], 845; voir aussi *Gfeller* [n. 27], 277 et 324, lequel aboutit au même résultat, mais sur la base d'un raisonnement différent). Ceci dit, la question reste ouverte, et on pourrait aussi envisager une application potentiellement concurrente entre les art. 102 al. 2 CP et 7 DPA, dans l'hypothèse où, d'une part, la commission de l'acte de corruption privée est le résultat d'un défaut d'organisation de l'entreprise et, d'autre part, l'auteur physique de l'infraction ne pourrait être éventuellement identifié qu'au prix de démarches qui paraissent disproportionnées, compte tenu de la peine encourue dans le cas particulier.

118 Forster (n. 88), 256; *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 69; Heine (n. 103), 2; CR CP I-Macaluso (n. 79), art. 102 N 77.

119 On relèvera à ce sujet que, dans le prolongement de la publication du projet de loi du Conseil fédéral, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats avait proposé de préciser dans le texte de l'art. 7 DPA que celui-ci ne s'applique que «lorsqu'il ne s'agit pas d'un délit» (BO CE 1971, 107). La même Commission avait cependant finalement renoncé à cette adjonction, se ralliant ainsi aux explications du Conseil national, selon lesquelles la gravité de l'acte, dans le cadre de l'art. 7 DPA, ne se mesure pas à la nature de l'infraction (contravention ou délit), mais uniquement à l'aune de la sanction envisagée dans le cas concret (BO CE 1973, 579).

n'est pas applicable)¹²⁰, l'entreprise devant, en revanche, toujours répondre selon l'art. 102 al. 1 CP s'agissant des délits¹²¹.

Les auteurs qui optent pour une application exclusive de l'art. 102 CP en présence d'un délit se basent, en particulier, sur le caractère causal de la responsabilité instaurée à l'art. 7 DPA (par opposition à la responsabilité pour faute dont dispose l'art. 102 CP). Une telle responsabilité causale à la charge de l'entreprise¹²², instituée pour des motifs d'économie de procédure, serait encore acceptable lorsqu'il s'agit de sanctionner une contravention intervenant dans le contexte d'un cas tout à fait mineur, mais ne le serait plus en présence d'une infraction plus grave, de degré délictuel¹²³. Par ailleurs, les règles et les garanties de procédure ne seraient pas du tout les mêmes selon que l'entreprise est appelée à répondre en vertu de l'art. 102 CP (dont la mise en œuvre doit se faire en conformité des règles de la procédure pénale) ou, au contraire, selon l'art. 7 DPA¹²⁴.

C'est également l'application alternative automatique des art. 102 CP et 7 DPA que paraît préconiser le Conseil fédéral, dans son Message du 23 juin 2004 à l'appui du projet de LSR, sans toutefois en exposer les motifs. Le Conseil fédéral se contente de retenir qu'en matière de contraventions, à tout le moins pour les cas de peu d'importance, l'application de l'art. 7 DPA demeure réservée, mais qu'en présence d'un délit, c'est l'art. 102 al. 1 CP qui serait (seul) applicable¹²⁵.

La doctrine majoritaire¹²⁶, à laquelle nous nous rallions¹²⁷, ne partage pas ce point de vue. Il faut considérer, au contraire, que les art. 7 DPA et 102 al. 1 CP

sont dans certaines hypothèses susceptibles d'application parallèle, notamment pour les raisons qui suivent.

L'art. 7 DPA constitue une *lex specialis* par rapport aux normes du CP. En effet, la possibilité offerte par l'art. 7 DPA de rechercher l'entreprise lorsque, d'une part, la sanction envisagée *in concreto* (et non la peine menacée¹²⁸) ne dépasse pas CHF 5000.– (respectivement CHF 100 000.– dans le contexte, par exemple, des art. 100 LTVA et 125 LD, ou CHF 50 000.– dans le cadre de l'art. 49 LFINMA)¹²⁹ et, d'autre part, la mise en œuvre d'une responsabilité pénale individuelle comporterait des efforts disproportionnés, représente une particularité de cette loi qui exclut l'application des dispositions générales du CP, conformément d'ailleurs aux art. 2 DPA et 333 al. 1 CP. Or, le législateur n'a jamais eu l'intention de paralyser la législation (pénale) accessoire de la Confédération, en particulier le DPA, par l'adoption de la nouvelle partie générale du CP¹³⁰.

Dans ce contexte, l'argument tiré du caractère causal de la responsabilité instaurée à l'art. 7 DPA perd sa pertinence.

D'une part, il ne s'agit pas de permettre d'appliquer l'art. 7 DPA (dans les cas où l'entreprise pourrait également répondre selon l'art. 102 al. 1 CP) à n'importe quelle infraction, mais exclusivement à celles dont la poursuite et la sanction sont expressément passibles de cette disposition. Or, le mécanisme de responsabilité instauré à l'art. 7 DPA pouvait déjà être mis en œuvre pour des délits¹³¹ avant l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP¹³², sans que cela n'ait alors suscité la moindre discussion d'ordre dogmatique¹³³. En effet – et les débats parlementaires le confirment¹³⁴ – ce n'est pas la nature de l'infraction (délict ou contravention) qui permet

120 Cf. *supra* sous note de bas de page 105.

121 Heine (n. 103), 7; Forster (n. 88), 257 ss. Voir aussi Gfeller (n. 27), 277 et 324. Cet auteur se base en particulier sur le fait que, selon la nouvelle partie générale du CP, l'amende n'entre en ligne de compte qu'en matière de contraventions (art. 106 CP) ou, en présence d'un délit ou d'un crime, en concours avec une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté, assorties du sursis (art. 42 al. 4 CP). Or, dans la mesure où l'art. 7 DPA envisage uniquement l'amende, Gfeller en déduit que cela exclut *ipso facto* l'application de cette disposition en matière délictuelle ou criminelle. A notre avis, puisque la terminologie du DPA n'a pas du tout été adaptée à la nouvelle partie générale du CP, elle commande la prudence, et l'on ne devrait probablement pas en tirer de conclusion quant au champ d'application de l'art. 7 DPA. On a d'ailleurs vu ci-dessus que, dans son Message de 1971, le Conseil fédéral parlait (déjà) de «peine pécuniaire» en évoquant la sanction prévue par l'art. 7 DPA (FF 1971, 1029; cf. *supra* note de bas de page 94).

122 Sur cette question, cf. *supra* III3b et les références citées. Voir aussi Forster (n. 88), 58 s.

123 Forster (n. 88), 259.

124 Heine (n. 103), 8.

125 FF 2004, 3862, ch. 2.5.8.

126 Cassani (n. 27), 80; Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 69; Kräuchi (n. 53), 126 s.; Macaluso (n. 21), 264 s.; N. Schmid, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003, 224. Dans ce sens aussi, BSK HMG-Suter (n. 60), art. 89 N 15.

127 Garbarski/Macaluso (n. 24), 844 s., ce qui marque d'ailleurs un revirement par rapport à la position que le soussigné avait précédemment défendue, voir Garbarski (n. 30), 433.

128 Hauri (n. 33), 20.

129 Cf. *supra* IV2.

130 CR CP I-Macaluso (n. 79), art. 102 N 74.

131 Cf. également *infra* sous note de bas de page 135.

132 C'est notamment le cas des dispositions suivantes: art. 14 (al. 1 à 3) à 17 DPA, art. 24 *cum* 24b LPN, art. 33 *cum* 35 de la Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS 514.54), art. 49 de la Loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays (RS 531.0), art. 60 *cum* 62 de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01), art. 47 *cum* 49 de la Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0), etc.

A noter également que, depuis l'entrée en vigueur de la LTVA révisée, le 1^{er} janvier 2010, l'art. 97 de cette loi érige au rang de délit la soustraction d'impôt qualifiée, ce qui ouvre dans ce domaine aussi la porte à une application concurrente des art. 100 LTVA et 102 CP en matière de responsabilité de l'entreprise. Voir Kocher (n. 52), 103 s.

133 Cf. également *supra* sous note de bas de page 119.

134 BO CN 1973, 467: «Mais, dans le cas de l'article [7], on ne vous demande pas si le délit est plus grave que la contravention en général, on vous demande si le délit qui a été effectivement commis est grave ou non, si la contravention qui a été effectivement commise est grave ou non, et, dans le cas d'espèce, quelle est la peine qui entre en ligne de compte» (BO CN 1973, 467). Voir

d'en déterminer la gravité dans la perspective de l'art. 7 DPA, mais bien la sanction concrète, envisagée dans un cas d'espèce donné¹³⁵.

D'autre part, personne ne conteste que les art. 7 DPA et 102 al. 1 CP n'obéissent pas aux mêmes conditions de mise en œuvre. L'art. 7 DPA n'est applicable que si l'établissement d'une responsabilité pénale individuelle comporterait des efforts disproportionnés. Cette notion d'*efforts disproportionnés* est étrangère à l'art. 102 CP¹³⁶, si bien que l'autorité de poursuite intervenant dans le contexte de l'art. 102 al. 1 CP a l'obligation de déployer tous les efforts requis pour essayer d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée¹³⁷. L'art. 102 al. 1 CP pose ainsi des exigences plus étendues que l'art. 7 DPA quant aux mesures d'investigation que doit conduire l'autorité de poursuite, avant que d'envisager de punir l'entreprise. Cela s'explique notamment par le caractère fautif que doit revêtir l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée, selon l'art. 102 al. 1 CP¹³⁸.

Il en découle que l'autorité de poursuite pénale, constatant la difficulté qu'il y aurait à tenter d'imputer l'infraction commise à une personne physique déterminée¹³⁹ et considérant le – relatif – peu de gravité de l'infraction commise, peut privilégier une application de l'art. 7 DPA, dont la condition des *efforts disproportionnés* serait alors réalisée. Dans une telle hypothèse, on aurait affaire à une application alternative (exclusive), résultant du caractère de *lex specialis* de l'art. 7 DPA. En d'autres termes, si l'autorité de poursuite, confrontée aux difficultés concrètes de l'enquête, fait le choix de ne pas déployer des efforts disproportionnés pour tenter de mettre en évidence une responsabilité pénale individuelle, elle ne pourra sanctionner l'entreprise qu'en vertu de l'art. 7 DPA.

Quoi qu'il en soit, il subsiste néanmoins des situations où une infraction de degré délictuel, expressément justiciable de l'art. 7 DPA (ou de l'une des normes spéciales qui s'en inspirent)¹⁴⁰, aura été commise dans des circonstances permettant aussi d'appliquer l'art. 102 al. 1 CP¹⁴¹.

aussi: «Massgebend ist aber nicht die angedrohte Busse, sondern, wie Herr Aubert sagte, die im Einzelfall in Betracht zu ziehende Busse.»

135 Arrêt du TF 6S.488/2005 du 31. 8. 2006, consid. 2 *in fine*; Hauri (n. 33), 20.

136 Cf. *supra* sous note de bas de page 103.

137 A. Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise – Principes et commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, Genève/Zurich/Bâle 2004, N 806 s.

138 Macaluso (n. 137), N 818 ss. Il semble cependant que, même dans l'application de l'art. 7 DPA, la jurisprudence récente évolue vers des exigences accrues s'agissant des moyens que l'autorité doit déployer pour tenter de rechercher des responsabilités individuelles. Voir l'arrêt du TF 6B_256/2007 du 15. 10. 2007, commenté par Macaluso (n. 55).

139 Imputation dont l'échec est, on le rappelle, une condition de la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP.

140 Cf. *supra* sous note de bas de page 132.

141 Kräuchi (n. 53), 126 s.

Il en va notamment ainsi lorsque la condition de l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée, selon l'art. 102 al. 1 CP, en raison d'un défaut d'organisation de l'entreprise, se recoupera *a fortiori* avec celle des mesures d'instruction disproportionnées nécessaires à la mise en évidence d'une responsabilité individuelle, au sens de l'art. 7 DPA¹⁴². Or, dans une telle hypothèse, l'autorité dispose d'un véritable choix quant à la disposition légale qu'elle entend appliquer¹⁴³.

L'inverse n'est, en revanche, pas nécessairement vrai: dès lors que les préoccupations d'économie de procédure sont étrangères à l'art. 102 CP¹⁴⁴, on ne saurait considérer que l'infraction n'a pas été imputée à une personne physique déterminée, au sens de l'art. 102 al. 1 CP, au seul motif que la recherche d'une responsabilité individuelle apparaîtrait disproportionnée, selon le mécanisme de l'art. 7 DPA¹⁴⁵.

Dans son Message du 1^{er} février 2006 publié à l'appui du projet de LFINMA¹⁴⁶, le Conseil fédéral – dont la formule n'est, certes, pas dénuée d'ambiguïté¹⁴⁷ – paraît d'ailleurs lui aussi (désormais) envisager la possibilité d'une application concurrente des deux dispositions légales précitées¹⁴⁸.

A noter encore que la question de l'application parallèle des art. 7 DPA et 102 al. 1 CP ne se pose plus uniquement en matière délictuelle, mais elle s'étend désormais aussi, à tout le moins en théorie, aux infractions de degré criminel^{149,150}.

142 Comme indiqué, à juste titre, par Cassani (n. 27), 80, lorsque le reproche du défaut d'organisation et son effet causal sur la non-identification de l'auteur physique ne peuvent être établis, seul l'art. 7 DPA entre en considération.

143 CR CP I-Macaluso (n. 79), art. 102 N 74 *in fine*.

144 Cf. *supra* sous note de bas de page 103.

145 Garbarski/Macaluso (n. 24), 845.

146 Pour être tout à fait précis, le projet de loi était, à l'époque, intitulé «Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN)», FF 2006, 2741.

147 Cassani (n. 27), 80, particulièrement la note 96.

148 Message, FF 2006, 2802, selon lequel la disposition de l'art. 49 LFINMA «ne doit pas être confondue avec la responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 100^{quater} CP. Le but de l'art. 49 n'est en effet pas de punir l'entreprise pour un manque d'organisation, mais bien d'agir dans un souci d'économie de procédure.» Comme le relève à juste titre Macaluso (n. 21), 267, «contrairement à ce que laisse entendre le Message sur ce point, le but de l'art. 102 CP n'est pas de punir l'entreprise pour son manque d'organisation, mais bien pour l'infraction commise en son sein».

149 Voir aussi Macaluso (n. 21), 263, spécialement note 83.

150 En effet, l'art. 14 al. 4 DPA, entré en vigueur le 1^{er} février 2009, érige en crime la contrebande organisée, afin de pouvoir servir d'infraction préalable au blanchiment d'argent selon l'art. 305^{bis} CP (Message du Conseil fédéral sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière [GAFI], FF 2007, 5928. Voir aussi Eicker/Frank/Achermann [n. 9], 116 s.). Or, dans l'hypothèse – *a priori* académique (Eicker/Frank/Achermann [n. 9], 69 s.), – où l'amende qui entre en ligne de compte dans un cas concret de contrebande organisée ne dépasse pas le plafond de CHF 5000.– fixé par l'art. 7 DPA, et qu'il s'avère, par ailleurs, impossible d'identifier le ou les auteurs physiques de l'infraction en raison d'un défaut d'organisation de l'entreprise, l'autorité de poursuite pourrait alternativement choisir de sanctionner cette dernière en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, ce qui aurait en particulier pour conséquence d'augmenter sensiblement l'amende encourue par l'entreprise.

V. L'entreprise dans la procédure

1. Généralités

Le thème de la responsabilité pénale de l'entreprise ne s'épuise pas dans les aspects de droit matériel (ou droit de fond) évoqués dans les développements qui précèdent. En effet, il convient également de s'interroger sur les règles de procédure applicables lorsqu'une entreprise est poursuivie en vertu de l'art. 7 DPA.

Aussi, après une brève présentation du déroulement d'une procédure pénale administrative, telle que réglée dans le DPA (cf. *infra* V2), il conviendra notamment d'examiner le statut que l'entreprise revêt dans le cadre d'une telle procédure, les droits de défense qu'elle peut y faire valoir et déterminer s'il y a des différences de traitement par rapport au régime applicable en droit pénal ordinaire (cf. *infra* V3).

Par ailleurs, nous verrons également dans ce contexte comment le régime procédural prévu par le DPA s'articule, le cas échéant, avec les règles spéciales que le CPP consacre à l'entreprise (cf. *infra* V4c).

A cet égard, il convient de relever qu'au début des travaux consacrés au projet d'unification de la procédure pénale en Suisse, la question s'était en effet posée de savoir s'il ne fallait pas également profiter de cette occasion pour réviser le DPA et, éventuellement, aligner ses dispositions de procédure sur celles du futur CPP unifié¹⁵¹.

Au motif notamment que «l'incorporation à ses travaux des cas relevant du domaine d'application de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) prendrait trop de temps»¹⁵² et qu'il lui «manque les ressources qui permettraient une étude appropriée de ces sujets»¹⁵³, la Commission d'experts mandatée par le Département fédéral de justice et police a cependant renoncé, dès le début du processus législatif, à fournir cet effort supplémentaire, consistant à coordonner et mettre à niveau les autres matières concernées¹⁵⁴.

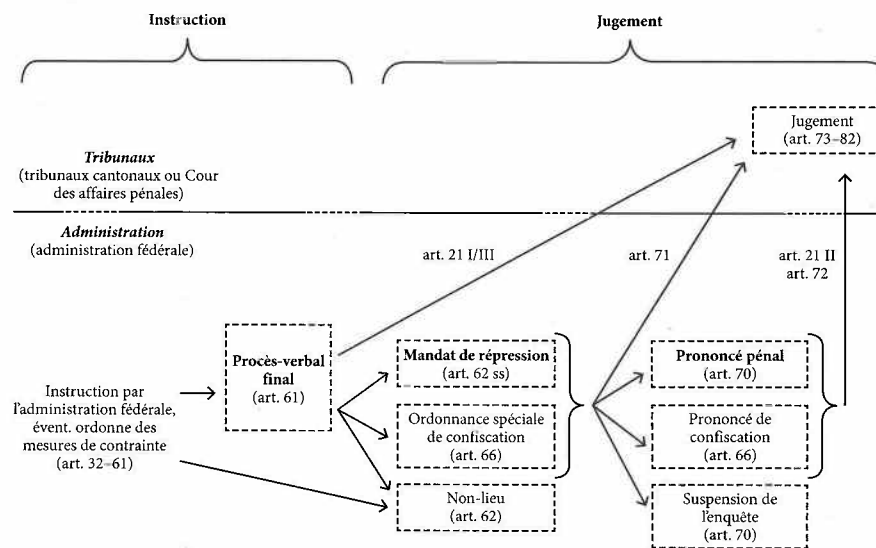
La Commission d'experts jugeait en effet préférable de se concentrer «sur l'essentiel»¹⁵⁵ (à savoir le CPP) dans le cadre de son rapport, et de reporter à plus tard l'examen des éventuelles répercussions de la procédure pénale unifiée sur le DPA, notamment.

A notre connaissance, le législateur ne s'est plus préoccupé de ces questions en marge des travaux préparatoires du CPP unifié. Elles n'ont pas non plus été discutées dans le cadre de la procédure de consultation¹⁵⁶.

En l'état actuel des choses, il faut donc continuer à jongler avec deux régimes distincts, ce qui ne va pas sans poser quelques problèmes d'interprétation, ainsi qu'on le verra plus avant (cf. *infra* V3).

2. Déroulement d'une procédure DPA

Sous réserve des dispositions spéciales de procédure qui découleraient d'autres lois administratives fédérales, la procédure pénale administrative est, pour l'essentiel, réglée aux art. 19 à 103 DPA¹⁵⁷. Il faut en particulier distinguer entre les étapes suivantes¹⁵⁸, que l'on peut schématiser comme suit¹⁵⁹:



151 Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 139.

152 De 29 à l'unité, Rapport de la Commission d'experts «Unification de la procédure pénale», Berne 1997, 74 (disponible à l'adresse suivante: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess/a29m1-f.pdf>) (consulté le 30 octobre 2012).

153 De 29 à l'unité (n. 152), 73.

154 Voir aussi Scheonmakers (n. 23), 33, note 137.

155 De 29 à l'unité (n. 152), 73.

156 Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, Berne 2003, 15 s. (disponible à l'adresse suivante: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess/ve-ber-f.pdf>) (consulté le 30 octobre 2012).

157 Piquerez/Macaluso (n. 9), N 237, 79.

158 Voir aussi le Message, FF 1971, 1025 ss.

159 Source: Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 143.

Le début de la procédure est généralement marqué par l'ouverture d'une enquête (art. 20 et 37 ss DPA), laquelle relève de la compétence de l'administration fédérale concernée (art. 20 al. 1 *cum* art. 1 DPA). L'ouverture peut intervenir sans forme¹⁶⁰. Le fonctionnaire enquêteur dispose, par ailleurs, de pouvoirs d'investigation étendus¹⁶¹, qui le placent dans une situation comparable à celle d'un procureur¹⁶² (art. 139 ss CPP): il peut, par exemple, entendre des témoins (art. 41 DPA), ordonner une expertise (art. 43 DPA), procéder à une inspection locale (art. 44 DPA), ordonner des mesures de contrainte (séquestre, perquisition domiciliaire et fouille de personnes) (art. 45 ss DPA), etc.

Lorsque le fonctionnaire enquêteur considère que son enquête est complète, et qu'il estime qu'aucune infraction n'a été commise, il rend une ordonnance dite de non-lieu (art. 62 al. 1 DPA).

A l'inverse, si le fonctionnaire estime, à la fin de son enquête, qu'une infraction a été commise, il dresse un procès-verbal final, lequel énonce l'identité de l'inculpé et décrit les éléments constitutifs de l'infraction (art. 60 al. 1 DPA). Le procès-verbal final est notifié à l'inculpé, qui peut s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés, consulter le dossier et requérir un complément d'enquête (art. 60 al. 2 DPA).

Après que l'inculpé ait pu faire valoir son droit d'être entendu, l'administration rend soit une ordonnance de non-lieu (art. 62 DPA), soit un mandat de répression (art. 64–65 DPA) et/ou une ordonnance spéciale de confiscation (art. 66 DPA). L'administration concernée est donc également compétente pour juger les infractions (art. 21 al. 1 DPA)¹⁶³.

A noter que, dans l'hypothèse où une peine ou une mesure privative de liberté doit être envisagée, seul le tribunal est compétent, et l'administration doit alors lui transmettre le dossier (art. 21 al. 1 *cum* art. 73 al. 1 DPA)¹⁶⁴. L'administration conserve cependant la qualité de partie dans la procédure judiciaire (art. 74 al. 1 DPA)¹⁶⁵.

L'inculpé qui est visé par un mandat de répression et/ou une ordonnance de confiscation peut demander, dans les 10 jours suivant la notification, à être jugé par un tribunal (art. 21 al. 2 *cum* art. 72 DPA)¹⁶⁶.

Si l'inculpé exerce ce droit ou si, comme évoqué ci-dessus, une peine ou une mesure privative de liberté entre en ligne de compte, l'administration doit se dessaisir de la cause et transmettre le dossier au ministère public cantonal, à l'intention du tribunal compétent. Cette transmission marque le début de la procédure judiciaire (art. 73 à 82 DPA).

Avant d'être portés devant un tribunal, le mandat de répression et/ou l'ordonnance spéciale de confiscation peuvent préalablement faire l'objet d'une opposition de l'inculpé, dans un délai de 30 jours suivant la notification (art. 67 à 70 DPA). L'opposition est examinée par l'administration ayant rendu le prononcé pénal contesté. Elle peut ensuite soit ordonner la suspension, soit rendre un (nouveau) prononcé pénal ou une (nouvelle) ordonnance de confiscation (art. 70 DPA).

Sous réserve des cas où le dossier est transmis à un tribunal, la procédure prévue par le DPA est donc singulièrement marquée par une *concentration du pouvoir d'instruction et de jugement* en mains du fonctionnaire enquêteur, respectivement en mains de l'administration dont ce dernier dépend.

On remarquera, par ailleurs, que la terminologie utilisée par le DPA peut prêter à confusion, en particulier pour les avocats genevois qui pratiquent le droit pénal. En effet, le DPA parle d'«inculpé» (*Beschuldigter* en allemand) pour désigner la personne qui est visée par une enquête pénale, mais contrairement à ce qui prévalait par exemple en procédure pénale genevoise, jusqu'au 31 décembre 2010¹⁶⁷, ce terme ne suppose pas dans le DPA que des charges lui aient été notifiées, ni que des soupçons particulièrement concrets pèsent sur elle.

En ce qui concerne les parties à la procédure pénale administrative, on relèvera que celle-ci se déroule exclusivement entre l'administration fédérale concernée d'une part, et la personne inculpée, d'autre part. Il n'y a donc pas de place pour une partie plaignante (au sens de l'art. 118 CPP)¹⁶⁸ dans le cadre d'une procédure pénale administrative, même s'il arrive qu'une telle procédure soit engagée suite à une dénonciation émanant d'un tiers qui s'estimerait touché par les agissements de l'«inculpé»¹⁶⁹.

160 ATF 120 IV 298, JdT 1996 IV 152, cité par N. Schmid, *Strafprozessrecht*, 4^e édition, Zurich 2004, N 921, 351, en particulier la note 110. Voir aussi ATF 106 IV 417, JdT 1982 IV 124; G. Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^e édition, Zurich 2006, N 1148, 723.

161 Schmid (n. 160), N 921, 351.

162 ATF 120 IV 238, JdT 1996 IV 192 (rés.): «Der untersuchende Beamte hat somit mit Ausnahme der Anordnung der Untersuchungshaft die Funktionen und Kompetenzen eines Untersuchungsrichters.»

163 Arrêt du TF 1B_266/2011 du 30. 8. 2011, consid. 1.3.

164 Schmid (n. 160), N 922, 351.

165 Arrêt du TF 6S.486/2004 du 28. 1. 2005, consid. 1.1.

166 Schmid (n. 160), N 923, 351.

167 Art. 138 de l'ancien Code de procédure pénale genevois, abrogé par l'entrée en vigueur du CPP, le 1^{er} janvier 2011. On rappelle que le CPP ne connaît pas l'institution de l'inculpation formelle. Voir Piquerez/Macaluso (n. 9), N 779, 269 s.; F. Paychère/S. Rohmer, *Du Code de procédure pénale genevois au Code de procédure pénale suisse: illustration pour le praticien*, SJ 2010 II, 265.

168 Concernant la notion de *partie plaignante*, dans le sens où l'entend le CPP, voir A. M. Garbarski, *Qualité de partie plaignante et criminalité économique: quelques questions d'actualité*, RPS 2012, 160 ss.

169 Arrêt du TF 8G.51/1997 du 17. 11. 1997, consid. 3, cité par Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 153.

3. Concours d'infractions et conflits de compétence

En cas de concours d'infractions relevant du droit pénal administratif, d'une part, et du droit pénal ordinaire, d'autre part, il peut se poser un problème de conflit de compétence *ratione materiae* entre l'administration et l'autorité de poursuite ordinaire, fédérale ou cantonale¹⁷⁰.

Avant l'entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2000 de l'art. 20 al. 3 DPA¹⁷¹, lequel traite spécifiquement de cette question¹⁷², le Conseil fédéral avait estimé dans une décision rendue en 1978 que, dans le silence du DPA, et pour des motifs d'économie de procédure, rien ne s'opposait à ce que les opérations de poursuite pour les deux catégories d'infractions soient déléguées aux autorités pénales (ordinaires)¹⁷³. Cette pratique a toutefois été désavouée par le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 24 novembre 1995, au motif notamment qu'une norme expresse de délégation faisait défaut dans le DPA et qu'il s'agissait là d'un silence qualifié du législateur¹⁷⁴.

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral a proposé en 1998 de compléter l'art. 20 DPA par un alinéa³¹⁷⁵. Ce dernier subordonne aux conditions cumulatives suivantes la jonction des procédures en mains de la juridiction pénale ordinaire¹⁷⁶, qu'elle soit cantonale ou fédérale¹⁷⁷:

- l'auteur d'un délit, contre lequel une poursuite pénale a déjà été introduite pour des infractions de droit pénal ordinaire, doit également être l'objet d'une instruction portant sur des infractions qui relèvent du droit pénal administratif (connexité subjective);

170 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 155 s.

171 RO 2000, 2141. Et non pas le 1^{er} janvier 2002, comme indiqué par *Schmid* (n. 160), N 445a, 143.

172 L'art. 20 al. 3 DPA a la teneur suivante: «Lorsque, dans une affaire pénale, la compétence de l'administration concernée, de même que la juridiction fédérale ou cantonale sont établies, le département dont relève l'administration concernée peut ordonner la jonction des procédures par devant l'autorité de poursuite pénale déjà saisie de l'affaire pour autant qu'il existe un rapport étroit et que l'autorité de poursuite pénale ait donné son accord.»

173 Décision du Conseil fédéral du 10.5.1978, reproduite in: JAAC 1978, N 87, 387, résumé in: BJP 1981, N 101. Voir *L. Moreillon/J. Gauthier*, La procédure applicable à la répression des infractions fiscales: procédure administrative ou procédure pénale?, RDAF 1999 II, 60 s.; voir aussi *Hauri* (n. 33), 67.

174 ATF 121 IV 331, JdT 1997 IV 122 (rés.), SJ 1996, 251.

175 Message, FF 1998, ch. 113, 1260 s. et ch. 133, 1267 s.; *Moreillon/Gauthier* (n. 173), 61.

176 Message, FF 1998, ch. 231.1, 1285; *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 156. Voir aussi l'arrêt du TF 6B_174/2010 du 21.10.2010, consid. 5.4. La délégation ne peut donc intervenir que dans un sens (i. e. en faveur des autorités pénales ordinaires), notamment parce que «les infractions au droit pénal administratif encourent en général des sanctions moins sévères que celles qui tombent sous le coup du droit pénal ordinaire et que, pour cette raison, elles revêtent normalement une importance accessoire» (FF 1998, ch. 113, 1260). Le sens unilatéral de la délégation est également souligné par *BSK FINMAG-Schwob/Wohlers* (n. 53), art. 51 N 1.

177 Message, FF 1998, ch. 231.1, 1285.

- les infractions de droit pénal administratif doivent être objectivement liées de façon suffisamment étroite aux accusations relevant du droit pénal ordinaire (connexité objective);
- la jonction doit être ordonnée par le département dont relève l'administration concernée;
- l'autorité de poursuite pénale qui reprend la procédure après la jonction doit, dans chaque cas, avoir donné son accord préalable.

L'art. 20 al. 3 DPA doit ainsi permettre d'éviter du travail à double et les problèmes de coordination qui peuvent se poser entre l'administration fédérale concernée et les organes de poursuite pénale¹⁷⁸. A noter toutefois que la jonction prévue à l'art. 20 al. 3 DPA est facultative¹⁷⁹.

Cette disposition a notamment trouvé un écho dans la législation sur la surveillance des marchés financiers (art. 51 al. 1 LFINMA)¹⁸⁰. Comme l'a relevé le Conseil fédéral dans son Message du 1^{er} février 2006, «en droit des marchés financiers, il n'est pas rare que différentes autorités pénales soient compétentes, comme par exemple en cas d'infractions à la loi sur les banques, pour lesquelles les éléments constitutifs du détournement de fonds sont souvent également remplis»¹⁸¹.

L'art. 51 al. 1 LFINMA se démarque toutefois de l'art. 20 al. 3 DPA, en tant qu'il renonce à subordonner la jonction à l'accord préalable des autorités de poursuite cantonales ou fédérales, car l'expérience aurait démontré «[...] qu'une délégation des procédures pénales, dans les cas où elle aurait été judicieuse, a parfois été refusée sans motif valable par les cantons concernés»¹⁸².

En outre, à la différence de l'art. 20 al. 3 DPA, le texte de l'art. 51 al. 1 LFINMA précise expressément que la jonction ne peut intervenir qu'au stade de l'instruction¹⁸³.

178 Message, FF 1998, ch. 113, 1260.

179 Message, FF 1998, ch. 231.1, 1285.

180 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 156; *BSK FINMAG-Schwob/Wohlers* (n. 53), art. 51 N 1. L'art. 51 al. 1 LFINMA a la teneur suivante: «Lorsqu'une affaire pénale relève à la fois de la compétence du Département fédéral des finances et de la juridiction fédérale ou cantonale, le Département fédéral des finances peut ordonner la jonction des procédures devant l'autorité de poursuite pénale déjà saisie de l'affaire, pour autant qu'il existe un rapport étroit entre les deux procédures, que l'affaire ne soit pas pendante auprès du tribunal appelé à juger et que la jonction ne retarde pas indûment la procédure pendante.»

181 Message du Conseil fédéral du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), FF 2006, 2803 *ad art.* 51.

182 Message, FF 2006, 2803 *ad art.* 51. Voir aussi *BSK FINMAG-Schwob/Wohlers* (n. 53), art. 51 N 2; *D. Kettiger*, Mitteilungen der kantonalen Staatsanwaltschaft an Bundesbehörden im FINMA-Bereich, forumpoenale 2012, 48, spécialement note 26.

183 *BSK FINMAG-Schwob/Wohlers* (n. 53), art. 51 N 4.

4. Statut et droits de l'entreprise dans la procédure

La question qui se pose à présent est celle du statut de l'entreprise dans la procédure et quels sont les droits qu'elle peut faire valoir dans ce contexte.

Ainsi qu'on le verra ci-après, la matière fait l'objet d'une réglementation relativement détaillée dans le CPP, au contraire du DPA, qui ne comporte pas de disposition qui s'adresserait spécifiquement aux entreprises¹⁸⁴.

Cela étant, la procédure et les droits susceptibles d'être exercés par une entreprise ne sont pas moins des sujets d'une importance centrale, y compris dans le cadre du DPA, puisqu'il est unanimement admis que la procédure pénale administrative constitue, à proprement parler, une procédure pénale¹⁸⁵ et, par ailleurs, que les sanctions prononcées en application du DPA¹⁸⁶ revêtent le caractère d'une sanction pénale¹⁸⁷.

Au vu de ce qui précède, on est donc en présence d'une *accusation en matière pénale* au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH, ce qui a nécessairement des répercussions sur les garanties de procédure qui en découlent pour l'entreprise visée par l'enquête¹⁸⁸. En effet, il est aujourd'hui très largement admis que les entreprises peuvent, elles aussi, se prévaloir des garanties de procédure consacrées à l'art. 6 CEDH¹⁸⁹.

a) Le régime prévu par le CPP

Le siège de la matière se situe à l'art. 112 CPP, lequel a remplacé l'art. 102a CP avec effet au 1^{er} janvier 2011, lors de l'entrée en vigueur de la procédure pénale uni-

184 Cassani (n. 27), 78.

185 ATF 120 IV 237, JdT 1996 IV 192 (rés.); BSK FINMAG-Schwob/Wohlers (n. 53), art. 50 N 2; Kocher (n. 52), 115 s.

186 Sous réserve, éventuellement, de l'observation d'une prescription d'ordre, art. 3 DPA.

187 ATF 120 IV 237, JdT 1996 IV 192 (rés.); Eicker/Frank/Achermann (n. 9), 144; C. Riedo/M. A. Niggli, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: I. Häner/B. Waldmann (édit.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurich 2010, 43. Cf. également *supra* sous note de bas de page 85.

188 Macaluso (n. 21), 251 ss. Le Tribunal fédéral a récemment admis qu'au vu de sa quotité, une amende de CHF 61 219.-, infligée à une entreprise en raison d'une violation de la législation vaudoise sur les marchés publics, constitue une sanction à caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH, voir l'arrêt du TF (destiné à la publication) 2C_1022/2011 du 22.6.2012, consid. 5.2.

189 A. Macaluso, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 2005, 89; le même, in: Commentaire romand, A. Kuhn/Y. Jeanneret (édit.), Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, art. 112 N 33; Schmid (n. 126), 206 s.; M. A. Niggli/C. Riedo, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: I. Häner/B. Waldmann (édit.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurich 2010, 57 s.

fiée¹⁹⁰. L'art. 102a CP avait lui-même repris le contenu de l'ancien art. 100quinquies CP, à l'époque de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, de la nouvelle partie générale du CP¹⁹¹.

On relèvera toutefois que l'art. 102a al. 2 CP, qui disposait expressément que «la personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale possède les droits et les obligations d'un prévenu», n'a pas été repris à l'art. 112 CPP, car cette reconnaissance découle déjà de la systématique du code, qui range l'art. 112 CPP dans son chapitre 2, consacré au «prévenu»¹⁹².

Le Message du Conseil fédéral relève aussi à ce sujet que «les dispositions procédurales qui valent pour les personnes physiques ayant le statut de prévenu valent aussi pour ces procédures ou peuvent leur être appliquées par analogie»¹⁹³.

A noter également que, quand bien même le texte de l'art. 102a al. 2 CP faisait référence à la personne physique qui représente l'entreprise dans la procédure, c'est bien l'entreprise, en tant que telle, qui jouit, dans la procédure, de tous les droits et de toutes les obligations qui sont ceux d'un prévenu personne physique¹⁹⁴.

En effet, le représentant de l'entreprise ne revêt pas le statut de prévenu, mais celui d'une «personne entendue à titre de renseignement» (art. 178 lit. g CPP)¹⁹⁵.

Parmi les droits de procédure qui peuvent ainsi être invoqués par l'entreprise, il s'agit en particulier de toutes les garanties de procédure découlant de l'art. 6 CEDH, notamment la présomption d'innocence, le droit d'être entendu (ce qui couvre, entre autres, le droit d'accéder au dossier, le droit à une décision motivée, etc.), le droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*)¹⁹⁶, le droit à l'assistance d'un conseil, le droit de participer à l'instruction, le droit à un juge impartial et indépendant, etc.¹⁹⁷

En ce qui concerne plus particulièrement le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, il signifie que l'entreprise ne peut pas être contrainte de contribuer à sa propre incrimination, si bien que son représentant, au sens de l'art. 112 CPP, n'a au-

190 RO 2010, 2024. CR CPP-Macaluso (n. 189), art. 112 N 1; Piquerez/Macaluso (n. 9), N 380, 130, N 758, 262 et N 762, 263.

191 RO 2006, 3535; Piquerez/Macaluso (n. 9), N 758, 262.

192 Piquerez/Macaluso (n. 9), N 762, 263.

193 FF 2006, 1146.

194 Message, FF 2006, 1146; CR CPP-Macaluso (n. 189), art. 112 N 23; M. A. Niggli/G. Fiolka, in: Basler Kommentar, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Strafrecht I, 2^e édition, Bâle 2007, art. 102a N 70 s.

195 Piquerez/Macaluso (n. 9), N 763, 264; M. Heiniger, Der Konzern um Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Berne 2011, N 885, 372 et N 889, 373. Pour une étude approfondie de la question de la représentation de l'entreprise dans la procédure pénale, voir notamment M. Angler, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zurich 2008.

196 Macaluso (n. 21), 259; Niggli/Riedo (n. 189), 62 s.

197 Macaluso (n. 189), 86 s.; Schmid (n. 126), 206 s.; BSK Strafrecht I-Niggli/Fiolka (n. 194), art. 102a N 71 ss.

cune obligation de participer à une telle incrimination. Au contraire, l'entreprise et son représentant sont légitimés à se taire, et aucune mesure coercitive ne peut être prise contre eux pour les amener à déposer, même si ce refus de collaborer compliquerait ou retarderait la procédure¹⁹⁸.

L'obligation de dépôt de documents, telle que l'avait imaginée le législateur bernois en 2003, par l'adoption d'une ordonnance¹⁹⁹ obligeant l'entreprise de participer à l'élucidation de l'acte punissable qui lui est reproché, était donc clairement contraire au droit hiérarchiquement supérieur, constitutionnel et conventionnel²⁰⁰.

L'ordonnance en question a été abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2007²⁰¹. Elle avait été épinglée avec courtoisie par le Conseil fédéral, dans son Message du 21 décembre 2005 concernant le CPP²⁰².

Quoi qu'il en soit, il faut bien reconnaître que la présomption d'innocence et le droit de ne pas s'auto-incriminer ne vont pas sans poser des difficultés d'application, dans le cadre de l'art. 102 CP, compte tenu des modalités de mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise²⁰³.

On a vu plus haut que cette responsabilité est principalement fondée sur le reproche d'un défaut d'organisation²⁰⁴.

Or, quand bien même cette faute particulière à la charge de l'entreprise doit être prouvée par l'autorité de poursuite²⁰⁵, l'entreprise ne court pas moins le risque que l'impossibilité d'imputer une infraction à une personne physique déterminée (art. 102 al. 1 CP), respectivement le fait qu'une infraction particulière a été commise (art. 102 al. 2 CP), soit naturellement associée à une organisation défaillante. Cela pourrait soit créer une forme de présomption de culpabilité à la charge de l'entreprise et, *de facto*, contraindre celle-ci à démontrer activement qu'elle n'a commis aucune faute²⁰⁶, soit renforcer l'appréciation des charges éventuelles qui pèsent d'ores et déjà sur l'entreprise²⁰⁷.

198 *Macaluso* (n. 21), 259; CR CPP-*Macaluso* (n. 189), art. 112 N 41; voir aussi G. Benedick, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, PJA 2011, 176; plus nuancé, Schmid (n. 126), 207 s.

199 Cette ordonnance (RS/BE 311.111), datée du 25 juin 2003 et intitulée «Ordonnance portant introduction de la modification du Code pénal suisse du 21 mars 2003 (responsabilité de l'entreprise)» disposait, à son art. 4, que «l'entreprise est tenue de participer à l'élucidation de l'acte punissable qu'elle est soupçonnée d'avoir commis. Elle dépose, sur sommation de l'autorité judiciaire, les objets pouvant servir de moyens de preuve.»

200 CR CPP-*Macaluso* (n. 189), art. 112 N 44 s.

201 Source: <http://www.lexfind.ch/?cid=10> (consulté le 30 octobre 2012).

202 FF 2006, 1147. Voir aussi BSK Strafrecht I-*Niggli/Fiolka* (n. 194), art. 102a N 83 *in fine*.

203 CR CPP-*Macaluso* (n. 189), art. 112 N 41.

204 Cf. *supra* IV4a.

205 CR CPP-*Macaluso* (n. 189), art. 112 N 42.

206 Schmid (n. 126), 207 s.; BSK Strafrecht I-*Niggli/Fiolka* (n. 194), art. 102a N 78 s.

207 CR CPP-*Macaluso* (n. 189), art. 112 N 50.

b) Le régime prévu par le DPA

Comme déjà mentionné ci-dessus (cf. *supra* V3), à l'inverse du CPP, le droit pénal administratif, et plus particulièrement le DPA, ne connaît pas de disposition de procédure traitant spécifiquement du statut ou des droits de l'entreprise dans la procédure dirigée contre elle.

Lorsque l'autorité envisage de sanctionner une entreprise en application de l'art. 7 DPA, la question du statut qu'elle revêt dans la procédure n'est, à notre connaissance, toujours pas clairement résolue à ce jour²⁰⁸.

Dans son jugement sus-évoqué du 18 novembre 2006²⁰⁹, rendu dans une affaire concernant la LPTh, l'*Obergericht* de Zurich s'est penché sur cette question, notamment en lien avec un grief qui portait sur la validité formelle de l'acte de renvoi pour jugement (art. 64 al. 1 *cum* art. 73 al. 2 DPA).

En l'espèce, on comprend à la lecture de l'état de fait du jugement précité que l'instance précédente (i. e. le tribunal auquel le dossier avait été transmis en application de l'art. 73 al. 1 DPA) avait refusé de donner suite à l'acte de renvoi, au motif que celui-ci n'aurait pas dû être dirigé *contre inconnu*, mais contre l'entreprise, laquelle avait d'ailleurs été condamnée *in casu* à une amende de CHF 5000.– selon l'art. 7 DPA²¹⁰. En outre, le tribunal a relevé que l'autorité de poursuite aurait dû informer l'entreprise du fait que la procédure avait été réorientée contre elle et qu'elle n'était donc plus dirigée contre des employés, auteurs physiques, dont l'identité n'avait pas pu être établie par l'instruction. En définitive, l'entreprise aurait dû être assimilée à un *inculpé* (dans le sens où l'entend le DPA), et il aurait fallu lui reconnaître tous les droits découlant de ce statut²¹¹.

L'*Obergericht* de Zurich ne partage pas ce point de vue. Dans sa décision du 18 novembre 2006, ce tribunal aboutit à la conclusion que l'entreprise ne revêt pas le statut d'*inculpé* dans la procédure engagée contre elle en vertu de l'art. 7 DPA, mais uniquement celui d'une personne entendue à titre de renseignement (*Auskunftsperson*). Partant, il se justifierait également de diriger l'acte de renvoi en jugement contre inconnu²¹².

Le raisonnement de l'*Obergericht* est étroitement lié à son analyse de la nature juridique de la responsabilité encourue par l'entreprise sous l'angle de l'art. 7 DPA²¹³. En substance, l'*Obergericht* considère que, dans le cadre de l'art. 7 DPA, et à l'inverse de l'art. 100^{quater} CP de l'époque (art. 102 CP actuel), l'en-

208 Voir aussi Cassani (n. 27), 78.

209 Cf. *supra* sous note de bas de page 82.

210 Plus précisément en application des art. 87 al. 1 lit. b *cum* 89 LPTh, ce dernier renvoyant notamment à l'art. 7 DPA.

211 Décision rendue le 18. 11. 2006 dans la cause UK050187, consid. II.1.

212 Décision rendue le 18. 11. 2006 dans la cause UK050187, consid. II.6a *in fine*.

213 A ce sujet, cf. *supra* IV3.

treprise ne disposerait pas de la capacité délictuelle, mais elle serait seulement condamnée à payer une amende en quelque sorte par substitution («gewissermaßen stellvertretend»), à la place d'un tiers (i. e. l'auteur physique)²¹⁴.

A suivre le jugement rendu par l'*Obergericht* de Zurich, l'entreprise ne jouirait ainsi que de garanties limitées, quand bien même la procédure fondée sur l'art. 7 DPA est principalement dirigée contre elle.

La position adoptée par l'*Obergericht* dans son jugement du 18 novembre 2006 est critiquée par la doctrine²¹⁵, à notre avis à juste titre. L'*Obergericht* semble notamment perdre de vue que l'amende encourue par l'entreprise dans le cadre de l'art. 7 DPA revêt indiscutablement le caractère d'une sanction pénale²¹⁶.

Or, dès lors que la procédure pénale administrative constitue une *accusation en matière pénale*²¹⁷, une entreprise doit pouvoir invoquer toutes les garanties fondamentales qui découlent de l'art. 6 ch. 1 CEDH lorsqu'elle est visée par une procédure fondée sur l'art. 7 DPA. Ce principe vaut d'ailleurs même si, dans le domaine concerné, une disposition légale, à l'instar de l'art. 29 LFINMA²¹⁸, soumet l'entreprise à une obligation d'annonce ou de collaboration relativement étendue²¹⁹.

Au vu de ce qui précède, et de manière cohérente avec la jurisprudence du Tribunal fédéral²²⁰, il y a donc lieu d'admettre que, lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure menée en application de l'art. 7 DPA, elle doit être assimilée à un *inculpé* (dans le sens où l'entend le DPA), avec tous les droits qui s'attachent à ce

statut²²¹. Partant, le rôle de simple *personne entendue à titre de renseignement* est clairement insuffisant.

Ceci dit, il convient de relever que le contraste est parfois saisissant entre, d'une part, les règles de procédure spécifiques prévues par le DPA et, d'autre part, le régime «ordinaire» du CPP²²², tant il est vrai que le DPA comporte certaines entorses importantes – pour ne pas dire choquantes – aux droits de la défense²²³.

A titre d'exemple, on peut notamment mentionner l'art. 39 al. 3 DPA²²⁴, dont il découle que le défenseur de l'inculpé peut être déclaré *persona non grata* lors de la première audition²²⁵. Par ailleurs, le fonctionnaire enquêteur n'est pas obligatoirement tenu d'informer l'inculpé de son droit de garder le silence (art. 39 al. 2 DPA)²²⁶. En outre, la communication orale ou écrite entre le détenu et son conseil dépend d'une autorisation du fonctionnaire qui diligente l'enquête, lequel peut limiter ou faire cesser ces communications, pour une certaine durée, si l'intérêt de l'enquête l'exige (art. 58 al. 2 DPA)²²⁷.

On a vu également que la procédure du DPA se caractérise par le fait que les fonctions d'instruction et de sanction sont, dans une très large mesure, concentrées sur la personne du fonctionnaire enquêteur²²⁸, ce qui – nonobstant l'art. 29 al. 2 DPA – peut également prêter le flanc à la critique sous l'angle du droit à un juge impartial et indépendant²²⁹.

Autre exemple, le droit de consulter le dossier ne peut être exercé que de manière très limitée pendant la phase de l'enquête. En effet, il découle des art. 61 al. 2 *cum* 36 DPA (intitulé «consultation des pièces»), qui renvoie, à son tour, à l'application analogique des art. 26 à 28 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)²³⁰, que, jusqu'à la clôture de l'enquête, c'est-à-dire jusqu'à la notification du procès-verbal final, l'inculpé ne peut pas consulter le dossier dans son intégralité, mais uniquement les pièces qui sont énumérées de manière limitative à l'art. 26 al. 1 PA, à savoir (a) les mémoires des parties et les observations responsives d'au-

214 Décision rendue le 18.11.2006 dans la cause UK050187, consid. II.6a, avec référence à BSK HMG-Suter (n. 60), art. 89 N 15.

215 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 161 s.

216 Cf. *supra* sous note de bas de page 85.

217 Cf. *supra* sous note de bas de page 188.

218 L'art. 29 al. 1 LFINMA dispose que «les assujettis, leurs sociétés d'audit et organes de révision ainsi que les personnes et entreprises détenant une participation qualifiée ou prépondérante au sein des établissements assujettis doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches». L'art. 29 al. 2 LFINMA précise que «les assujettis renseignent sans délai la FINMA sur tout fait important susceptible de l'intéresser».

219 R. Truffer, in: Basler Kommentar, R. Watter/N. Vogt (édit.), Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^e édition, Bâle 2010, art. 29 N 23; *Macaluso* (n. 21), 267. Voir aussi sur cette question C. H. L. Raimondi, Praxis zum Finanzmarktaufsichtsrecht, GesKR 2012, 97 et les références citées en note de bas de page 76, en particulier un arrêt du TAF B-4066/2010 du 19.5.2011, consid. 8.2. Cet arrêt évoque notamment la question de savoir si la publication d'une décision par la FINMA (art. 34 LFINMA), mesure appelée *naming and shaming*, peut être assimilée à une *accusation en matière pénale*. Voir aussi l'arrêt du TAF B-2991/2011 du 20 mars 2012, consid. 4.2, où cette question est également évoquée mais laissée ouverte.

220 ATF 120 IV 237, IdT 1996 IV 192 (rés.): «Dies hat unter anderem zur Folge, dass die durch das Bundesgericht für das Strafverfahren aus Art. 4 BV hergeleiteten rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien auch für diese Verfahren gelten.»

221 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 161 s. Comme évoqué ci-dessus, à la lecture de l'état de fait résumé de la décision rendue par l'*Obergericht* de Zurich le 18.11.2006 dans la cause UK050187 (consid. II.1), on comprend d'ailleurs que c'est aussi ce point de vue qu'avait adopté l'autorité précédente.

222 Pour un aperçu, voir notamment *Piquerez/Macaluso* (n. 9), N 780, 270.

223 *Heine* (n. 103), 8.

224 Interprété *a contrario*.

225 A comparer notamment avec les art. 158 al. 1 lit. c et 107 al. 1 lit. c CPP. Critique également, *Heine/Roth* (n. 14), 79.

226 A comparer notamment avec les art. 113 al. 1 *cum* 158 al. 1 lit. b et 107 al. 2 CPP.

227 A comparer notamment avec les art. 159 al. 2 et 223 al. 2 CPP.

228 ATF 120 IV 238, IdT 1996 IV 192 (rés.): «Im Verwaltungsverfahren hat die Verwaltung eine Machtfülle, ist sie doch Untersuchungsbehörde, Anklagebehörde und Richter zugleich.»

229 Voir aussi les réflexions de *Macaluso* (n. 21), 267, en lien avec la LFINMA.

230 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021).

torités, (b) tous les actes servant de moyen de preuve, et (c) la copie de décisions notifiées.

c) Les règles du CPP peuvent-elles être invoquées dans le cadre du DPA?

Nous avons vu plus haut (cf. *supra* IV4b) qu'il pouvait se présenter des situations où l'autorité administrative, dans le cadre d'une procédure dirigée contre une entreprise, dispose d'un véritable choix entre les art. 7 DPA et 102 al. 1 CP.

Or, certains auteurs²³¹ ont récemment proposé que, dans l'hypothèse où l'autorité administrative décide de poursuivre l'entreprise en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, le renvoi de l'art. 2 DPA à la partie générale du CP doit être compris comme englobant également l'art. 102a aCP, dont on a vu qu'il a été déplacé à l'art. 112 CPP, pratiquement sans subir de changement, lors de l'entrée en vigueur de la procédure pénale unifiée, le 1^{er} janvier 2011²³².

Cette proposition semble cependant difficile à mettre en œuvre, en l'état actuel de la législation, d'autant plus que le renvoi qui figure à l'art. 2 DPA²³³ n'a pas été modifié ni élargi lors de l'entrée en vigueur du CPP²³⁴.

Il n'en demeure pas moins que la créativité dont fait preuve la doctrine la plus récente dans sa lecture du DPA²³⁵ démontre, si besoin était, que les dispositions de procédure ancrées dans cette loi paraissent aujourd'hui clairement dépassées²³⁶ et mériteraient d'être retravaillées en profondeur²³⁷.

Des signaux encourageants laissent toutefois penser que le législateur commence à prendre conscience que les droits de la défense jouent un rôle fonde-

231 *Eicker/Frank/Achermann* (n. 9), 161 s. Dans le même sens, voir aussi *Heine/Roth* (n. 14), 66 s., lesquels relèvent que les principes découlant de l'art. 112 CPP «[...] devraient valoir dans une procédure pouvant conduire au prononcé d'une sanction administrative» (mis en évidence dans la version originale).

232 Cf. *supra* sous notes de bas de page 190 à 192.

233 L'art. 2 DPA renvoie uniquement aux dispositions générales du code pénal suisse.

234 RO 2010, 2026. Au contraire par exemple de l'art. 82 DPA, qui traite des dispositions de procédure applicables à titre subsidiaire devant les tribunaux cantonaux, notamment, et dont la teneur a été retouchée pour renvoyer explicitement aux dispositions pertinentes du CPP (RO 2010, 2028).

235 Selon *Spitz* (n. 25), art. 26 N 49, dans la mesure où l'art. 26 LCD renvoie uniquement aux art. 6 et 7 DPA, et la poursuite incombe aux cantons (art. 27 LCD), ce sont les dispositions de procédure du CPP (à l'exclusion de celles du DPA) qui s'appliquent.

236 Il y a trente ans, le Conseil fédéral relevait dans son Message concernant le DPA que «le projet entend [...] améliorer la procédure selon les principes modernes d'un Etat fondé sur le droit» (FF 1971, 1024).

237 Voir aussi *Piquerez/Macaluso* (n. 9), N 97, 34: «De plus en plus de voix et d'arguments se font entendre, afin d'assurer en droit pénal administratif mais aussi en droit administratif des sanctions [...] une application pour le moins analogique des principes fondamentaux de la procédure pénale.»

tal, y compris dans les procédures dirigées par l'administration, notamment lorsque le justiciable s'expose à des sanctions à caractère pénal.

C'est ainsi que la LTVA révisée, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, comporte un nouvel art. 104 LTVA²³⁸, intitulé «Garanties de procédure». Celui-ci dispose expressément, à son premier alinéa, que «le prévenu a droit à une procédure pénale équitable en conformité avec la Constitution et les lois de procédure pénale».

L'art. 104 al. 2 LTVA précise, par ailleurs, que «le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même lors d'une procédure pénale». Ceci n'est autre que l'expression du principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, tel qu'il découle notamment des art. 6 ch. 1 (droit à un procès équitable) et 6 ch. 2 CEDH (présomption d'innocence)²³⁹.

Selon l'alinéa 3, «les renseignements fournis par le prévenu dans le cadre de la procédure de perception de l'impôt (art. 68 et 73) ou les moyens de preuve obtenus lors d'un contrôle au sens de l'art. 78 peuvent être utilisés dans la procédure pénale uniquement si le prévenu y a consenti».

L'art. 104 LTVA doit être salué, car il confirme sans équivoque que les droits de la défense valent aussi bien dans les procédures de droit pénal administratif que dans le cadre de procédures pénales ordinaires. En outre, l'art. 104 al. 3 LTVA confirme que les preuves qui sont recueillies par l'administration dans le cadre d'une procédure administrative préalable ne soit pas exploitables dans l'éventuelle procédure pénale subséquente ou parallèle²⁴⁰.

Les dispositions ci-dessus constituent un progrès important, car il n'est pas rare que les lois administratives fédérales obligent les justiciables de coopérer avec les autorités, leur manque de collaboration pouvant même, dans certaines circonstances, être sanctionné d'une amende²⁴¹.

Enfin, on notera que le texte de l'art. 104 LTVA est libellé de manière large. Rien ne s'oppose donc, à notre sens, à ce que cette disposition puisse également être invoquée par une entreprise, notamment dans le cadre d'une procédure dirigée contre elle sur la base de l'art. 100 LTVA, dont on rappelle qu'il s'agit de l'une des nombreuses normes de droit pénal administratif qui reprend la substance de l'art. 7 DPA²⁴².

238 A noter que l'art. 104 LTVA ne figurait pas dans le Projet du Conseil fédéral du 25 juin 2008. Cette disposition, qui faisait suite à une motion parlementaire du 12 juin 2006 (Motion Müller, n° 06.3261) qui n'avait pas pu être traitée par le Parlement avant la publication du Message du Conseil fédéral (FF 2008, 6298), a finalement été insérée dans le texte légal en marge des délibérations aux Chambres (BO CN 2009, 491).

239 *Piquerez/Macaluso* (n. 9), N 1378, 485.

240 *M. Kocher*, *Strafrecht und Strafprozessrecht nach neuem Mehrwertsteuergesetz*, ECS 2010, 284.

241 Sur ce sujet, voir notamment *Benedick* (n. 198), 169 ss.

242 Cf. *supra* sous note de bas de page 65.

VI. Conclusion

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, la cohabitation entre le CP, le DPA et les autres dispositions légales qui relèvent du droit pénal accessoire soulève bon nombre de difficultés, aussi bien du point de vue du droit de fond que de la procédure.

Ce phénomène s'explique notamment par le fait que la législation pénale accessoire ne s'est pas du tout développée de manière centralisée ou coordonnée. Au fil du temps, l'évolution de cette branche a ainsi débouché sur ce que *Roth*, il y a une vingtaine d'années déjà, appelait des «ordres pénaux périphériques»²⁴³. Ces derniers se caractérisent notamment par leur importante diversification qualitative²⁴⁴.

On l'a vu, les problèmes d'articulation sont particulièrement nombreux en matière de responsabilité pénale de l'entreprise. Le manque de coordination entre les différentes lois concernées est tel qu'il est même arrivé au Conseil fédéral de se contredire, sur la question du lien entre les art. 7 DPA et 102 CP, entre deux Messages publiés avec à peine deux ans d'intervalle²⁴⁵.

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 112 CPP, le 1^{er} janvier 2011²⁴⁶, les difficultés évoquées ci-dessus ont d'ailleurs pris une nouvelle dimension, procédurale.

En effet, la question se pose désormais aussi de savoir si, comme le propose la doctrine la plus récente²⁴⁷, le régime procédural découlant du CPP peut également être invoqué par une entreprise faisant l'objet d'une procédure fondée sur l'art. 7 DPA. Cette proposition paraît d'autant plus légitime si l'on se trouve dans une situation où l'autorité peut (librement) choisir de poursuivre une entreprise soit selon l'art. 7 DPA, soit sur la base de l'art. 102 CP²⁴⁸.

Les solutions préconisées par la doctrine la plus récente démontrent que la situation actuelle n'est pas satisfaisante et qu'à moyen terme, une refonte du DPA (et, dans une certaine mesure, des autres lois qui s'en inspirent), notamment en ce qui concerne les dispositions consacrées à la responsabilité de l'entreprise, semble inévitable.

Reste à espérer que les milieux intéressés ne resteront pas insensibles aux éléments mis en exergue dans la présente contribution, notamment quant à la nécessité d'une remise en question du régime actuel de la responsabilité pénale de l'entreprise, dont l'efficacité et la cohérence ne pourront être garantis que si le thème est appréhendé de façon «multidisciplinaire, transversale et globale»²⁴⁹.

243 *R. Roth*, Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif, RDAF 1981, 382, cité par *Hurtado Pozo* (n. 7), N 44, 17.

244 *Hurtado Pozo* (n. 7), N 44, 17.

245 Cf. *supra* sous notes de bas de page 125 et 148.

246 Cf. *supra* sous note de bas de page 190 et 191.

247 Cf. *supra* sous note de bas de page 231.

248 Cf. notamment *supra* sous note de bas de page 143.

249 Voir *Macaluso* (n. 21), 267 s.