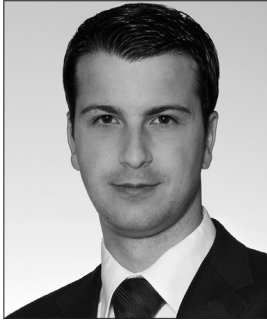


La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif



ANDREW M. GARBARSKI
Docteur en droit, Avocat au Barreau de Genève, Genève



ALAIN MACALUSO
Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université de Fribourg, Avocat au Barreau de Genève, Genève

Plan

- A. Introduction
- B. Genèse de l'article 6 DPA
 - I. Introduction
 - II. L'art. 6 al. 1 DPA, pendant de l'art. 29 CP?
 - a) Principes généraux
 - b) Quelques considérations sur la notion d'organe en droit pénal
 - III. L'art. 6 al. 2 DPA: la «*Geschäftsherrenhaftung*» en droit pénal administratif
 - IV. L'art. 6 al. 3 DPA: application de la «*Geschäftsherrenhaftung*» dans les entreprises
- C. Brève présentation de l'art. 102 CP
- D. L'articulation entre la responsabilité pénale de l'entreprise et celle encourue par ses dirigeants physiques
 - I. Généralités
 - II. L'articulation des art. 102 et 29 CP
 - III. L'articulation de l'art. 102 CP avec la jurisprudence *Von Roll* («*Geschäftsherrenhaftung*»)
- E. L'articulation de l'art. 102 CP avec le droit pénal administratif
- F. Conclusion

A. Introduction

Il arrive régulièrement que les organes dirigeants, en cas de violation des devoirs de leur charge, fassent l'objet d'actions civiles en responsabilité. De telles actions sont le plus souvent intentées par les créanciers qui ont subi un dommage du fait qu'ils ne récupèrent pas, ou partiellement seulement, leurs prétentions dans la faillite de la société.

Depuis quelques années, le public et les médias dénoncent ouvertement l'impunité dont certains dirigeants bénéficient nonobstant les irrégularités commises notamment au détriment de leur entreprise. La tendance actuelle est donc à l'aggravation de la responsabilité des organes dirigeants et

les actions civiles en dommages-intérêts sont de plus en plus souvent précédées du dépôt de plaintes pénales.

Depuis le 1^{er} octobre 2003, date d'entrée en vigueur des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP¹, les personnes physiques ne sont d'ailleurs plus les seules à s'exposer à des poursuites pénales. Désormais, les entreprises peuvent elles aussi se retrouver sur le banc des accusés.

Ce cumul des responsabilités entre les organes dirigeants et leur entreprise est d'ailleurs moins innovateur qu'il n'y paraît.

Il est en effet un domaine du droit, souvent mal maîtrisé et parfois même ignoré par les praticiens, qui prévoit depuis bien longtemps la possibilité d'engager la responsabilité pénale des organes dirigeants voire, à certaines conditions et dans une mesure limitée, celle de l'entreprise elle-même. Le domaine visé est celui du DPA² et des normes, très nombreuses, qui y renvoient ou qui s'en inspirent directement.

La présente contribution s'attache à examiner l'articulation entre les dispositions du droit pénal ordinaire traitant de la responsabilité pénale des organes dirigeants et de l'entreprise et les normes équivalentes prévues par la législation pénale accessoire, dont le DPA.

Cette articulation mérite d'autant plus un examen approfondi qu'elle n'a, à notre connaissance, que très rarement été abordée par la doctrine.

Dans un premier temps (cf. *infra* B), nous examinerons l'art. 6 DPA, disposition souvent peu connue des praticiens. Nous étudierons notamment sa portée ainsi que les liens qu'elle entretient avec des normes semblables ou avec d'autres institutions découlant du droit pénal ordinaire.

Dans un deuxième temps (cf. *infra* C), nous rappellerons succinctement quelques principes relatifs à la responsabilité pénale de l'entreprise.

Nous examinerons ensuite l'articulation entre la responsabilité pénale de l'entreprise et celle encourue par ses dirigeants physiques (cf. *infra* D). Nous aborderons enfin la relation de l'art. 102 CP avec le droit pénal administratif (cf. *infra* E).

B. Genèse de l'article 6 DPA

I. Introduction

A l'image du droit pénal ordinaire (art. 29 CP), la législation pénale accessoire connaît elle aussi un certain nombre d'ins-

¹ Depuis le 1^{er} janvier 2007: art. 102 et 102a CP.

² Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0.

truments destinés à éviter que des infractions commises au niveau de la gestion et de l'exploitation des entreprises demeurent impunies³. Tel est en particulier le but poursuivi par l'art. 6 DPA, véritable disposition-cadre en la matière⁴, dont l'application a été, dans la foulée, empruntée par de nombreuses autres législations fédérales⁵.

Les conséquences pratiques pouvant découler de l'art. 6 DPA justifient que l'on s'y attarde un instant; paradoxalement, en effet, la doctrine n'a montré à ce jour que relativement peu d'intérêt pour cette disposition.

II. L'art. 6 al. 1 DPA, pendant de l'art. 29 CP?

a) Principes généraux

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*».

Au vu de la jurisprudence, plutôt avare, on pourrait penser que l'art. 6 al. 1 DPA ne soulève pas de difficultés particulières⁶. Les arrêts qui ont été rendus ci et là en application de cette disposition se bornent en effet à en rappeler la teneur⁷. La doctrine, pour sa part, se contente généralement de relever que l'art. 6 al. 1 DPA consacre le principe de la personnalité des peines, aux termes duquel la sanction doit être infligée uniquement à l'individu qui a commis l'infraction, que ce soit par commission ou par omission⁸.

En réalité, l'art. 6 al. 1 DPA poursuit un but comparable à celui de l'art. 29 CP⁹ qui, sous réserve de quelques différences rédactionnelles¹⁰, constitue son pendant de la partie générale du CP. Ces deux dispositions permettent en effet de rechercher les personnes physiques qu'elles visent, même si le devoir spécial qui fonde la typicité de l'infraction ne les lie pas personnellement, mais l'entité pour laquelle lesdites personnes ont agi¹¹.

On relèvera néanmoins qu'à la différence de l'art. 29 CP, dont le champ d'application *ratione personae* vise expressément l'organe d'une personne morale¹², respectivement le membre d'un tel organe¹³, le collaborateur, l'associé et le dirigeant effectif, l'art. 6 al. 1 DPA se réfère seulement aux «*personnes physiques qui ont commis l'acte*».

Faut-il voir dans la teneur de l'art. 6 al. 1 DPA la volonté du législateur d'instaurer un cercle (plus) étendu d'auteurs potentiels?

ZAPPELLI¹⁴ se prononce par la négative. Il estime que «*le défaut d'utilisation du mot organe [...] ne signifie pas encore évidemment que la personne physique qui n'a qu'une pure fonction d'exécutant subalterne pourrait être contrainte d'endosser la responsabilité pénale d'actes délictueux commis au sein de la personne morale*»¹⁵. Ce propos doit être nuancé.

Certes, l'art. 6 al. 1 DPA se réfère en premier lieu aux infractions commises dans la *gestion* de l'une des entités énumérées, ce qui suppose, il est vrai, que l'intéressé jouissait

³ LAURENT MOREILLON, La responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 117 (1999), 327.

⁴ Ainsi MOREILLON (n. 3), 328. Voir aussi PIERRE ZAPPELLI, La responsabilité pénale des organes d'une personne morale, RPS 106 (1988), 196.

⁵ Par exemple l'art. 73 de la Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux, RS 814.20, de même que l'art. 37 de la Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre, RS 514.51, et l'art. 26 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241.0. Pour une énumération détaillée, voir récemment MARCEL ALEXANDER NIGGLI/DIEGO R. GFELLER, in: Basler Kommentar, NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (édit.), Strafrecht I, 2^{ème} édition, Bâle 2007, art. 102, N 119 à 197; voir aussi MARKUS OERTLE, Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht, thèse Zurich 1996, 168 ss.

⁶ MARKUS PETER, Erste Erfahrungen mit dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, RPS 93 (1977), 357, lequel constatait, à l'époque déjà, que «*die Regel von Art. 6 hat der Praxis offenbar bisher keine besonderen Probleme gestellt*».

⁷ Voir récemment arrêt du Tribunal fédéral (destiné à la publication) 6S.217/2004 du 26.11.2004, cons. 4; voir aussi ATF 120 IV 365 cons. 4c = JdT 1996 IV 180 (action dirigée contre le directeur et propriétaire économique de la personne morale) et ATF 117 IV 203 cons. 1 = JdT 1993 IV 191 (rés.).

⁸ Dans ce sens, JEAN GAUTHIER, Loi fédérale sur le droit pénal administratif, in: Quatorzième journée juridique, Mémoires

publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1975, 36; KURT HAURI, Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Berne 1998, 14; MOREILLON (n. 3), 327 s.; WALTER ROBERT PFUND, Verwaltungsrecht – Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), RDS 90 (1971) II, 195; RENATE SCHWOB, Droit pénal administratif de la Confédération, FJS no 1286, Genève 1987, 4. Voir aussi le Message, FF 1971 1021 et FURGLER, in: BO CN 83 (1973), 459.

⁹ Ainsi ANKA DIETRICH, Strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, thèse Bâle 1990, Bâle 1991, 121 ss. (sous l'angle de l'art. 172 CP, remplacé – tout comme l'art. 326 aCP – par l'art. 29 CP lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du CP). Voir aussi MARCEL ALEXANDER NIGGLI/DIEGO R. GFELLER, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: NIGGLI/AMSTUTZ (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und Strafrechtliche Perspektiven, Bâle 2007, 153 s.

¹⁰ Pour le détail, ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2006, 320 s.

¹¹ ANDREAS DONATSCH, Interaktionen zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit – aus materiellstrafrechtlicher und prozessualer Sicht, in: WEBER/ISLER (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, 152.

¹² Par quoi il faut entendre, à notre avis, tant les personnes morales du droit privé que celles du droit public, le cas échéant aussi les corporations territoriales. Dans le même sens, URSULA CASSANI, in: Commentaire romand, MOREILLON/ROTH (édit.), Code pénal I, art. 29, N 10 (à paraître).

¹³ Voir sur cette question *infra* BIIb).

¹⁴ ZAPPELLI (n. 4), 197 et 200.

¹⁵ ZAPPELLI (n. 4), 197.

d'une certaine autonomie dans l'exercice de ses attributions. Il en va ainsi notamment des organes formels¹⁶, des associés, des dirigeants effectifs ou encore des collaborateurs qui bénéficient d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont ils ont la charge¹⁷.

Cela étant, le champ d'application de l'art. 6 al. 1 DPA va plus loin, puisqu'il envisage aussi l'hypothèse où l'infraction est commise «de quelque autre manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers»¹⁸. Avec DIETRICH¹⁹, il nous apparaît ainsi que le mandataire légal ou contractuel²⁰ voire, dans certains cas, le simple employé pourraient, eux aussi, tomber sous le coup de l'art. 6 al. 1 DPA²¹. Il faut toutefois que la personne physique visée ait agi fautivement, intentionnellement ou par négligence, lorsque celle-ci est réprimée²². Le représentant ou l'employé devraient donc, en principe, échapper à toute sanction pénale s'ils apparaissent comme de simples instruments aux mains d'un auteur médiateur²³.

Enfin, selon DIETRICH²⁴, rien ne s'oppose à ce que l'art. 6 al. 1 DPA s'applique également, le cas échéant, à la représentation des personnes physiques. Sa proposition, plutôt isolée dans la doctrine, ne nous paraît en tous les cas pas incompatible avec le texte de la disposition, qui se réfère à l'exercice d'une activité «pour un tiers». Quant à la note marginale de l'art. 6 al. 1 DPA, elle distingue les infractions commises dans une entreprise de celles qui sont commises «[...] par un mandataire etc.»²⁵.

b) Quelques considérations sur la notion d'organe en droit pénal

Le texte de l'art. 29 let. a CP se réfère expressément à la personne physique qui agit «en qualité d'organe d'une personne morale ou de membre d'un tel organe». Comme indiqué ci-

dessus²⁶, les organes tombent aussi dans le champ d'application de l'art. 6 al. 1 DPA.

D'après la jurisprudence fédérale récente²⁷ et la doctrine dominante²⁸, c'est au droit civil qu'il appartient de déterminer si une personne physique peut être qualifiée d'organe ou de membre d'un organe. Cela étant, certains auteurs, se fondant sur une pratique quelque peu dépassée²⁹, soutiennent que la notion d'organe du point de vue pénal ne coïnciderait pas avec celle qui est retenue en droit civil³⁰. La notion pénale de l'organe serait plus étendue et comprendrait toutes les personnes qui jouissent d'un pouvoir de décision propre dans le cadre des activités sociales³¹. Le fondé de pouvoirs ou le fondé de procuration, par exemple, pourrait dès lors être assimilé à des organes sous l'angle pénal³².

Cette approche ne nous paraît pas cohérente; elle appelle les commentaires suivants.

En premier lieu, en citant l'exemple du fondé de pouvoirs ou du fondé de procuration, les partisans de la jurisprudence fédérale précitée ne tiennent pas compte du texte – pourtant clair – de l'art. 29 let. c CP (ancien art. 172 al. 3 CP), lequel se réfère expressément au «*collaborateur d'une personne morale ou d'une société, muni d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé*». L'élargissement (artificiel) de la définition pénale de l'organe, dans

²⁶ Cf. *supra* BIIa).

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6P.101/2001 du 28 novembre 2001 cons. 4a bb) (f), reproduit in: SJ 2002 I 129; voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 6P.223/1999 du 18 avril 2000 cons. 9c.

²⁸ Message, FF 1991 1045 ainsi que FF 1999 1820; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Basler Kommentar, NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (édit.), Strafrecht II, 2^{ème} édition, Bâle 2007, art. 326^{bis}, N 10; PETER ALBRECHT, in: Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Volume II, Berne 1990, art. 172, N 4; NIKLAUS SCHMID, Einige Aspekte der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, RPS 106 (1988), 159; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6^{ème} édition, Berne 2003, § 25 N 4; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2^{ème} édition, Zurich 1997, art. 172, N 2; PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Basler Kommentar, NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (édit.), Strafrecht I, 2^{ème} édition, Bâle 2007, art. 29, N 11; YANN WERMEILLE, La diminution effective de l'actif de la société au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 117 (1999), 372.

²⁹ ATF 116 IV 26 cons. 4b = JdT 1992 IV 147; ATF 106 IV 20 cons. 2c = JdT 1984 IV 40; ATF 100 IV 38 cons. 2c (f) = JdT 1975 IV 62 (rés.) = SJ 1974, 601.

³⁰ Dans ce sens, PIERRE-HENRI BOLLE, La responsabilité pénale des personnes morales, FJS no 6, Fiche de remplacement, Genève 1981, 2; MURIEL EPARD, La banqueroute simple et la déconfiture (art. 165 du Code pénal suisse), thèse Lausanne 1983, Mauraz 1984, 80 ss; STEPHAN FREI, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht, thèse Zurich, Zurich 2004, 49; GAUTHIER (n. 8), 35; HANS WIPRÄCHTIGER, Strafbarkeit des Unternehmers, PJA 2002, 754; ZAPPELLI (n. 4), 194 ss.

³¹ ATF 100 IV 38 cons. 2c (f) = JdT 1975 IV 62 (rés.) = SJ 1974, 601.

³² FREI (n. 30), 49; ZAPPELLI (n. 4), 196.

¹⁶ Pour un cas d'application, voir le jugement rendu le 2 octobre 2003 par le tribunal d'arrondissement de Zurich, juge unique dans les affaires pénales («*Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter in Strafsachen*»), cons. III.2 et IV.1 (administrateur avec signature individuelle et directeur d'une société anonyme ayant commis une soustraction d'impôt en déclarant un chiffre d'affaires inférieur à la réalité).

¹⁷ Dans le même sens, PETER POPP, Anwendungsfragen strafrechtlicher so gennanter Geschäftsherrenhaftung, recht 2003, 28, lequel s'appuie cependant sur l'art. 6 al. 3 DPA.

¹⁸ Voir le texte de l'art. 6 al. 1 DPA. Voir également, dans ce contexte, DIETRICH (n. 9), 109: «*Die Ausgestaltung von Art. 172/326 StGB zeigt, dass nicht jedermann, der für einen anderen handelt, erfasst werden soll*».

¹⁹ DIETRICH (n. 9), 122; *contra*: ZAPPELLI (n. 4), 197 et 200.

²⁰ Voir DIETRICH (n. 9), 123. Voir aussi le Message relatif à la révision de la LEaux, FF 1987 1189.

²¹ GARBARSKI (n. 10), 321.

²² ZAPPELLI (n. 4), 200.

²³ ZAPPELLI (n. 4), 197. Voir aussi DIETRICH (n. 9), 123.

²⁴ DIETRICH (n. 9), 122 s.

²⁵ DIETRICH (n. 9), 123.

le but d'y inclure des individus ayant agi en qualité de collaborateurs munis d'un pouvoir de décision dans leur secteur d'activité, apparaît donc comme un détour inutile³³.

Ensuite, la thèse selon laquelle la définition de l'organe serait plus étendue en droit pénal qu'en droit civil (au motif que la première comprendrait également toutes les personnes possédant un pouvoir de décision propre dans le cadre des activités sociales³⁴) ne tient manifestement pas compte de la conception fonctionnelle de l'organe³⁵.

A cet égard, les considérations de WIPRÄCHTIGER sont évocatrices. En relevant que «*Der strafrechtliche Begriff ist weiter gefasst und schliesst alle Personen ein, die im Rahmen der Gesellschaftstätigkeit eine selbstständige Entscheidungsbefugnis haben. Es kommt also auf die tatsächlichen Organfunktionen an*»³⁶, cet auteur laisse apparaître que la doctrine pénale ignore encore (trop) souvent l'acception fonctionnelle de la notion d'organe.

C'est également l'impression qui se dégage de la lecture de l'art. 29 let. a et d CP, qui distingue inutilement l'organe et le dirigeant effectif³⁷, sinon par souci de clarté³⁸.

Or, il sied de rappeler que la notion d'organe comprise dans son acception fonctionnelle englobe non seulement l'organe au sens formel (p.ex. un administrateur inscrit au registre du commerce), mais aussi l'organe au sens matériel et l'organe de fait³⁹, par quoi il faut entendre les personnes qui prennent en fait les décisions réservées aux organes, qui exercent un véritable pouvoir de gestion et qui influencent ainsi de manière déterminante la formation de la volonté sociale⁴⁰.

³³ *Implicite* dans ce sens, GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3^{ème} édition, Berne 2005, § 13 N 177.

³⁴ Cf. les références citées en notes de bas de page 29 et 30.

³⁵ WEISSENBERGER (n. 28), art. 29, N 11. Voir aussi ALBRECHT (n. 28), art. 172, N 4; URSULA CASSANI, La protection pénale du patrimoine, Genève 1988, 168; PETER LIVER, Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht, RPS 95 (1977), 120.

³⁶ WIPRÄCHTIGER (n. 28), 754; dans le même sens, PETRA CAMATHIAS ZIEGLER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, thèse Zurich 2004, 55 et, récemment encore, NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 115; *Trop timide*, à notre avis, PHILIPPE CIOCCA, Les administrateurs de fait, in: DESSEMONTET/OBERSON/THÉVENAZ/BLANC (édit.), Aspects actuels du droit de la société anonyme, Travaux réunis pour le 20^{ème} anniversaire du CEDIDAC (1985–2005), volume 64, Lausanne 2005, 398, lequel semble partager le point de vue exprimé par WIPRÄCHTIGER, mais concède néanmoins que «*cette différenciation pourrait s'avérer difficile à gérer pour les magistrats. Elle est en tous les cas de nature à jeter le trouble et le désarroi parmi les justiciables*».

³⁷ WEISSENBERGER (n. 28), art. 29, N 12.

³⁸ Message, FF 1991 1045; TRECHSEL (n. 28), art. 172, N 2b. Voir GARBARSKI (n. 10), 307.

³⁹ A propos de la distinction entre l'organe de fait et l'organe au sens matériel, voir notamment GARBARSKI (n. 10), 27 ss.

⁴⁰ En droit des sociétés, ATF 128 III 29 cons. 3a = JdT 2003 I 18 = SJ 2002 I 351; ATF 128 III 92 cons. 3b = JdT 2003 I 23 = SJ

En définitive, on retiendra donc que la définition pénale de l'organe est identique à celle qui prévaut en droit civil et en droit commercial⁴¹.

III. L'art. 6 al. 2 DPA: la «*Geschäftsherrenhaftung*» en droit pénal administratif

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 supérieur⁴².

C'est l'objet de l'art. 6 al. 2 DPA⁴³, qui peut donc trouver une application concurrente à celle de l'art. 6 al. 1 DPA⁴⁴. Sa teneur 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*».

Au fond, l'art. 6 al. 2 DPA constitue une codification de la «*Geschäftsherrenhaftung*»⁴⁵. Développée par la voie prétorienne⁴⁶, cette forme de responsabilité permet de poursuivre

2002 I 347. Il découle de ces arrêts que la qualité d'organe de fait suppose par ailleurs que l'intéressé ait exercé des compétences durables et qu'il ait influé sur la marche des affaires sociales en raison d'une position typique d'organe. Voir aussi WEISSENBERGER (n. 28), art. 29, N 12 et DONATSCH (n. 11), 152.

⁴¹ WEISSENBERGER (n. 28), art. 29, N 11; GARBARSKI (n. 10), 304. Dans le même sens, CASSANI (n. 35), 168; DONATSCH (n. 11), 152; PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, thèse St-Gall, Zurich 1978, 131 ss.; NIKLAUS SCHMID, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft, SAS 46 (1974), 108; PHILIPPE SPITZ, Strafrechtliche Produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweise?, thèse Bâle, Bâle/Genève/Munich 2001, 141.

⁴² ANNE PETITPIERRE, Portée et limite du droit pénal dans la protection de l'environnement, RPS 101 (1984), 292.

⁴³ Pour une étude approfondie, voir OERTLE (n. 5), spéc. 175 ss. Voir également PETER BÖCKLI, Zur Garantenhaftung des Vorgesetzten im Verwaltungsstrafrecht, namentlich bei Steuerstrafen, RPS 99 (1981), 80 ss.

⁴⁴ ALAIN MACALUSO, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007, forum-poenale 2/2008, 105 ss.; SCHWOB (n. 8), 6.

⁴⁵ ADRIAN LOBSIGER, Unternehmensstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, RPS 123 (2005), 197; NIGGLI/GFELLER (n. 9), 154; OERTLE (n. 5), 179; HANS VEST, Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn, RPS 106 (1988), 305; voir aussi GÜNTER HEINE, Straftäter Unternehmen: Das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht, recht 2005, 4; SPITZ (n. 41), 19 et NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 117.

⁴⁶ ATF 96 IV 155 = JdT 1974 IV 104 (arrêt «*Bührle*»); ATF 105 IV 172 = JdT 1981 IV 17; ATF 122 IV 103 cons. VI. 1 et 2 = JdT 1997 IV 124 (rés.) (arrêt «*von Roll*»); ATF 125 IV 9 = JdT 2000 IV 78 et arrêt du Tribunal fédéral 6P.101/2001 du 28 novembre 2001, cons. 5b, reproduit in SJ 2002 I 129. Pour

le supérieur hiérarchique⁴⁷ qui, en violation d'une obligation juridique, n'a pas empêché la commission d'une infraction par l'un de ses subordonnés⁴⁸. D'après le Message, la règle ancrée à l'art. 6 al. 2 DPA est destinée à saisir des comportements qui ne revêtent pas toujours une forme bien définie de coactivité, d'instigation ou de complicité⁴⁹ – en clair, selon GRAVEN: «*qui pourraient n'être pas illicites d'après les dispositions ordinaires sur la participation*»⁵⁰. L'art. 6 al. 2 DPA doit également inciter les dirigeants à faire preuve de tout le soin nécessaire dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes subordonnées⁵¹.

Au vu de ce qui précède, il apparaît ainsi que l'art. 6 al. 2 DPA ne poursuit pas du tout le même but que l'art. 29 CP⁵². Alors que ce dernier vise, en matière de délits spéciaux, à reporter la qualité pour répondre des infractions commises dans l'exploitation d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise individuelle sur les personnes physiques qu'il énumère⁵³, l'art. 6 al. 2 DPA assure la punissabilité du chef d'entreprise, de l'employeur, du mandant ou du représenté⁵⁴ qui aurait pu – et dû – intervenir pour empêcher la commission d'une infraction par un subordonné ou, à tout le moins, d'en supprimer les effets⁵⁵.

La notion de chef d'entreprise, mentionnée à l'art. 6 al. 2 DPA, n'a pas encore reçu de définition claire en doctrine⁵⁶. Quant au Message du Conseil fédéral, il n'est d'aucun secours sur ce point⁵⁷.

D'après VEST⁵⁸, par chef d'entreprise, il faut entendre les organes d'une personne morale⁵⁹, d'une société en nom col-

lectif ou d'une société en commandite, d'une entreprise individuelle ou d'une communauté de personnes sans personnalité juridique. D'autres auteurs préconisent une interprétation plus large. BÖCKLI⁶⁰, par exemple, réserve la qualité de chef d'entreprise à tout individu qui était tenu par un devoir de surveillance à l'égard de l'auteur de l'infraction. Quant à KRAUSS⁶¹, il semble y inclure les employés qui jouissent de certaines responsabilités dans l'entreprise. Les solutions proposées par ces deux auteurs suggèrent en tous cas que la notion de chef d'entreprise ne doit pas être restreinte aux organes formels d'une entité donnée⁶²; bien plus, elle s'étend à toutes les personnes physiques qui disposent d'un pouvoir de fait sur leur entreprise et, conséquemment, participent de manière déterminante à la formation de la volonté sociale⁶³. En outre, la relation entre l'auteur de l'infraction et le chef d'entreprise est généralement caractérisée par l'existence d'un lien de subordination⁶⁴.

La «*Geschäftsherrenhaftung*» suppose que le chef d'entreprise occupe une position de garant, c'est-à-dire qu'il ne répond que s'il avait l'*obligation juridique* de prévenir la commission de l'infraction ou d'en supprimer les effets⁶⁵. Or, puisque l'art. 6 al. 2 DPA mentionne expressément la «*violation d'une obligation juridique*», faut-il en déduire qu'il consacre une position de garant *ex lege*⁶⁶? Cette question est controversée en doctrine. OERTLE⁶⁷ se prononce par l'affirmative, au motif que si l'on admettait le contraire, l'art. 6 al. 2 DPA ne ferait que répéter des principes généraux inhérents à tous les délits d'omission improprement dits⁶⁸. La doctrine dominante ne partage pas ce point de vue. Elle estime, selon nous à juste titre, que l'art. 6 al. 2 DPA ne suffit pas à créer une position de garant, laquelle doit encore être

un aperçu de l'évolution de la jurisprudence fédérale, voir MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse St-Gall, Berne 2006, 14 ss; FREI (n. 30), 59 ss; GARBARSKI (n. 10), 328 s. et 332 s.

⁴⁷ Voire le collaborateur, dans les limites de ses attributions et pour autant qu'on lui ait délégué un pouvoir de décision; arrêt du Tribunal fédéral 6S.133/2006 du 14 juillet 2006, cons. 3.1. Voir aussi DONATSCH (n. 11), 151.

⁴⁸ ROMAN GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, thèse Zurich, Zurich 2006, 51 s.; OERTLE (n. 5), 179. Pour un cas d'application récent, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 6S.311/2005 du 26 octobre 2005, spéc. cons. 3.3 (accident sur le lieu de travail).

⁴⁹ Message, FF 1971 1021.

⁵⁰ Ainsi PHILIPPE GRAVEN, La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même, SJ 1985, 503.

⁵¹ Le rapprochement avec les trois *curae* est évident. Voir notamment le Message, FF 1971 1029. Voir aussi HAURI (n. 8), 15; PFUND (n. 8), 195 s.

⁵² Et, partant, que l'art. 6 al. 1 DPA.

⁵³ GARBARSKI (n. 10), 302.

⁵⁴ Pour l'étude des auteurs potentiels visés à l'art. 6 al. 2 DPA, voir en particulier OERTLE (n. 5), 180 ss.

⁵⁵ GAUTHIER (n. 8), 36.

⁵⁶ OERTLE (n. 5), 20 s. et 180.

⁵⁷ Voir en effet le Message, FF 1971 1021 et 1029, qui ne donne aucune indication sur la définition du chef d'entreprise.

⁵⁸ VEST (n. 45), 290.

⁵⁹ Voir aussi SCHMID (n. 28), 161, qui parle de «*geschäftsführenden Organen*».

⁶⁰ BÖCKLI (n. 43), 74 s.

⁶¹ DANIEL KRAUSS, Probleme der Täterschaft im Unternehmen, plädoyer 1989, 43.

⁶² OERTLE (n. 5), 181. Dans le même sens, LOBSIGER (n. 45), 197. On peut aussi tirer un certain parti de l'art. 6 al. 3 DPA qui, dans certains cas, reporte la qualité de chef d'entreprise notamment sur les dirigeants effectifs.

⁶³ LAURENT MOREILLON, L'infraction par omission, Genève 1993, 146 s.; OERTLE (n. 5), 21 s., lequel parle de «*Führungskräfte*»; SCHMID (n. 28), 174; STRATENWERTH (n. 33), § 14 N 28. Dans ce sens également, arrêt du Tribunal fédéral 6S.133/2006 du 14 juillet 2006, cons. 3.1. Voir également YOOKEUN KIM, Individuelle und kollektive Zurechnung, thèse Bâle 2006, Bâle 2007, 80.

⁶⁴ OERTLE (n. 5), 18 s.; SPITZ (n. 41), 22. Voir aussi GEIGER (n. 48), 57. Les employés n'ont donc pas l'obligation d'intervenir envers des personnes de même rang ou des supérieurs. Ainsi, ATF 113 IV 68 cons. 6d = JdT 1988 IV 74. Voir aussi HAURI (n. 8), 17 et MARTIN SCHUBARTH, Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, RPS 94 (1976), 391 note 62.

⁶⁵ FREI (n. 30), 66 s.; GARBARSKI (n. 10), 334 s.; GEIGER (n. 48), 58.

⁶⁶ Voir aussi KATHRIN KUMMER, Commentaire de l'ATF 120 IV 103, PJA 1997, 618.

⁶⁷ OERTLE (n. 5), 188 s.

⁶⁸ Cf. également l'art. 11 al. 1 et 2 CP.

examinée et concrétisée dans chaque cas d'espèce⁶⁹. Quant à la jurisprudence fédérale, il est vrai qu'elle a pu donner l'impression, dans un arrêt paru en 1996⁷⁰, que l'obligation juridique pouvait déjà résulter de l'art. 6 al. 2 DPA⁷¹. Toutefois, dans un arrêt plus récent, rendu en 1998⁷², le Tribunal fédéral a clairement donné raison à la doctrine majoritaire, puisqu'il y a retenu que le juge avait notamment le devoir d'établir en quoi le comportement (passif) reproché au «chef d'entreprise» violait une obligation juridique qui lui incombait.

IV. L'art. 6 al. 3 DPA: application de la «Geschäftsherrenhaftung» dans les entreprises

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 peines⁷³. 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 DPA⁷⁴. 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 «Geschäftsherr» et l'auteur de l'infraction⁷⁵. 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 l'exception de ces derniers, les personnes énumérées à l'art. 6 al. 3 DPA figurent aussi à l'art. 29 CP⁷⁶, dont il constitue une *lex specialis*⁷⁷.

Le but poursuivi par l'art. 6 al. 3 DPA peut aussi être rapproché de l'art. 29 CP. En effet, dans le contexte particulier de l'infraction (distincte) du chef d'entreprise⁷⁸, consacrée par l'art. 6 al. 2 DPA, le troisième alinéa de cette disposition permet d'imputer la responsabilité pénale aux personnes physiques qu'il énumère, 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.

C. Brève présentation de l'art. 102 CP

En Suisse, les entreprises (personnes morales ou non⁷⁹) sont pénalement responsables depuis le 1^{er} octobre 2003, date de l'entrée en vigueur des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP (depuis le 1^{er} janvier 2007: art. 102⁸⁰ et 102a CP).

⁶⁹ BÖCKLI (n. 43), 88 note 83; HAURI (n. 8), 15; KRAUSS (n. 61), 47; POPP (n. 17), 28; SCHUBARTH (n. 64), 376; SCHWOB (n. 8), 5; SPITZ (n. 41), 20; VEST (n. 45), 309 s. et, dans une certaine mesure, ZAPPELLI (n. 4), 209 s.

⁷⁰ ATF 122 IV 103 cons. VI. 2a bb) = JdT 1997 IV 124 (rés.) (affaire «von Roll»). In casu, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 19 al. 2 de l'ancienne Loi fédérale sur le matériel de guerre (RS 514.51), mais cette disposition était calquée sur le texte de l'art. 6 al. 2 DPA.

⁷¹ KUMMER (n. 66), 619; Critique POPP (n. 17), 28: «M.E. hat man allerdings das von Roll-Urteil oft falsch verstanden: Das Bundesgericht wandte nicht die Regel des VStrR, sondern die mit ihr identische des Art. 19 Abs. 2 KMG an, und es orientierte sich daran, dass das Unternehmen eine Grundbewilligung zur Waffenaußfuhr hatte. Dieses hatte mithin eine besondere Pflicht, unzulässige Lieferungen zu vermeiden».

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 6S.823/1996 du 3 juin 1998, spéc. cons. 7c, reproduit partiellement in: DEP 12 (1998), 671 et résumé par WIPRÄCHTIGER (n. 30), 761 s.

⁷³ HAURI (n. 8), 18; SCHWOB (n. 8), 6. Voir également GAUTHIER (n. 8), 37; le même, Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal, RIDP 59 (1988), 405.

⁷⁴ Dans le même sens, OERTLE (n. 5), 180.

⁷⁵ OERTLE (n. 5), 98 ss et 180.

⁷⁶ On peut donc renvoyer à ce qui a été dit plus haut à propos du champ d'application personnel de cette dernière disposition, cf. *supra* BIIa).

⁷⁷ MACALUSO (n. 44), 108. Voir également WEISSENBERGER (n. 28), art. 29, N 4.

⁷⁸ GAUTHIER (n. 8), 37: «Il nous paraît juste de considérer que l'art. 6 al. 2 DPA réprime comme une infraction distincte le concours du chef d'entreprise, de l'employeur, du mandant ou du représenté à l'infraction d'autrui [...]».

⁷⁹ L'art. 102 al. 4 CP énonce quelles entités sont des entreprises aux termes de la norme pénale. Il s'agit des personnes morales de droit privé, des personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales, des sociétés et des entreprises individuelles.

⁸⁰ «Art. 102 Punissabilité

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

² En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} ou 322^{septies}, al. 1, ou encore à l'art. 4a, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

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

⁴ Sont des entreprises au sens du présent article:

a. les personnes morales de droit privé;

b. les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales;

Ces normes introduisent dans l'ordre juridique suisse deux formes bien distinctes de responsabilité pénale de l'entreprise.

Tout d'abord, pour l'immense majorité des infractions, l'art. 102 al. 1 CP dispose d'une responsabilité dite *subsidiare*, 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 imputée à aucune personne physique déterminée.

Ensuite, pour un nombre très restreint d'infractions, exhaustivement énumérées 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'infraction. Autrement dit, la carence d'organisation reprochée à l'entreprise à l'art. 102 al. 2 CP doit être entendue comme la cause non de l'impossibilité d'imputer l'infraction considérée⁸¹ à un auteur physique déterminé, mais bien de l'infraction elle-même⁸².

La peine menace pour l'entreprise dont la responsabilité est engagée selon l'art. 102 al. 1 ou al. 2 CP est l'«*amende*» au montant maximum de 5 millions de francs⁸³.

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'organisation.

Fondamentalement, l'art. 102 CP constitue donc une norme d'imputation («*Zurechnungsnorm*»), fondée toutefois sur une forme particulière de faute. La disposition détermine dans quelles conditions l'entreprise peut être recherchée pour l'infraction commise. Ces conditions d'imputation sont de deux ordres. Tout d'abord, il y a des *conditions objectives* qui, brièvement rappelées, sont les suivantes: l'infraction doit intervenir (i) au sein de l'entreprise, (ii) dans l'exercice d'activités commerciales (iii) conformes au but de cette entreprise; en outre, l'infraction (iv) ne doit pas pouvoir être imputée à une personne physique déterminée.

L'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée doit, par ailleurs, être la conséquence d'un défaut d'organisation de l'entreprise. Ce défaut d'organisation constitue la *condition subjective* de l'imputation d'une infraction à l'entreprise, au même titre que l'intention et la

négligence sont les conditions subjectives de l'imputation de l'infraction aux personnes physiques. Cette nouvelle forme de faute, propre à l'entreprise, se fonde certes sur des éléments matériels (en bref, la bonne ou la mauvaise organisation) mais n'établit pas pour autant de nouvelle infraction – singulièrement pas d'infraction de mauvaise organisation⁸⁴; pas plus que les conditions objectives de l'imputation d'une infraction à l'entreprise ne sauraient être considérées comme des éléments constitutifs d'une telle nouvelle infraction de mauvaise organisation.

En effet, la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise en raison de sa mauvaise organisation suppose toujours la commission, par une ou plusieurs personnes physiques, d'une infraction de la partie spéciale du code pénal (ou d'une autre loi spéciale). C'est ensuite cette infraction-là qui est imputée à l'entreprise aux conditions objectives et subjective rappelées ci-dessus.

Par ailleurs, le fait que la seule sanction prévue à l'art. 102 CP soit l'«*amende*» ne comporte ni que cette disposition créerait de la sorte des infractions spéciales, ni que les infractions sanctionnées en application de cette norme seraient de ce fait disqualifiées en contraventions⁸⁵.

Certes, l'art. 103 CP érige en contraventions les infractions sanctionnées d'une amende (par opposition aux crimes, d'une part, qui sont, à teneur de l'art. 10 al. 2 CP, les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans et aux délits, d'autre part, infractions passibles, selon l'art. 10 al. 3 CP, d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire). Toutefois, lorsque l'art. 103 CP évoque les infractions sanctionnées de l'amende, il ne vise que les dispositions de la partie spéciale du code pénal qui consacrent ces infractions et non les règles de sa partie générale qui, à l'instar de l'art. 102 CP, les sanctionnent différemment de la peine menace spéciale, à raison par exemple de la qualité particulière de leur auteur⁸⁶. En d'autres termes, c'est la gravité de l'infraction dans l'absolu, concrétisée par la peine menace spéciale qui la sanctionne, qui est seule déterminante pour la classification de l'infraction en tant que contravention, délit ou crime (art. 10 CP et art. 103 CP)⁸⁷.

Or, comme indiqué plus haut, l'art. 102 CP ne fait qu'instaurer une règle d'imputation à l'entreprise des infractions commises en son sein. Que l'entreprise réponde de ces infrac-

c. les sociétés;

d. les entreprises en raison individuelle».

⁸¹ C'est en revanche bien ce reproche que comporte l'art. 102 al. 1 CP, NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 207.

⁸² ALAIN MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise – Principes et commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, Genève/Zurich/Bâle 2004, N 879; GARBARSKI (n. 10), 417 s.

⁸³ Art. 102 al. 3 CP. Sur l'ensemble de la question, voir notamment FORSTER (n. 46) et MACALUSO (n. 82).

⁸⁴ MACALUSO (n. 82), N 508 ss; ROBERT ROTH, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in: Berthoud (édit.), La responsabilité pénale du fait d'autrui, CEDIDAC volume 49, Lausanne 2002, 99; DOMINIQUE PONCET/ALAIN MACALUSO, Evolution de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse et perspective inspirée de modèles étrangers, in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER (édit.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, FS Trechsel, Zurich 2002, 529 ss; *Contra*: NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 18 ss et N 50.

⁸⁵ *Contra*: NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 35 ss.

⁸⁶ Ainsi des adolescents sous l'empire de l'art. 95 a CP.

⁸⁷ ATF 92 IV 122 cons. 1 = JdT 1966 IV 140.

tions à raison d'une faute propre, son défaut d'organisation, et dans des conditions objectives données, ne change rien au fait que tant l'entreprise que l'auteur physique répondent d'une seule et même infraction à laquelle ils ont participé.

C'est dès lors toujours la peine menace telle qu'elle résulte de la disposition de la partie spéciale du code pénal (ou d'une loi spéciale) enfreinte qui va déterminer si l'infraction imputée à l'entreprise doit être qualifiée de crime ou de délit, et non la sanction concrète infligée à tel de ses auteurs ou de ses participants.

D. L'articulation entre la responsabilité pénale de l'entreprise et celle encourue par ses dirigeants physiques

I. Généralités

Avant que la responsabilité de l'entreprise ne soit (finalement) consacrée par le droit pénal ordinaire, le droit suisse connaissait déjà l'art. 172 CP (aujourd'hui 29 CP), l'art. 6 DPA, sans oublier la jurisprudence «*Von Roll*», relative à la «*Geschäftsherrenhaftung*».

Or, l'articulation entre la responsabilité pénale de l'entreprise et celle encourue par ses dirigeants physiques ne semble pas avoir véritablement préoccupé le législateur⁸⁸. Il s'agit pourtant d'une question essentielle⁸⁹, à laquelle nous tenterons d'apporter quelques éléments de réponse.

II. L'articulation des art. 102 et 29 CP

L'articulation des art. 102 et 29 CP ne devrait pas soulever de difficultés particulières. Comme exposé ci-dessus⁹⁰, l'art. 29 CP permet d'imputer aux personnes physiques, agissant dans une des positions énumérées au sein de l'entreprise, les qualités spéciales que possède celle-ci⁹¹. Autrement dit, les personnes physiques énoncées à l'art. 29 CP peuvent être recherchées bien que l'infraction soit un *délit propre pur* ou *mixte* et que le devoir spécial qui fonde la typicité de l'infraction ne les lie pas personnellement, mais l'entreprise pour laquelle elles ont agi⁹².

Si une infraction déterminée peut être imputée à une personne physique par le jeu de l'art. 29 CP, la responsabilité *subsidaire* de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP) ne sera pas applicable⁹³. La portée pratique de cette forme de responsabilité montre d'ailleurs ici clairement ses limites⁹⁴, d'autant plus que les entreprises, afin de se soustraire à leur responsabilité pénale, pourraient être tentées de «livrer» un auteur physique de circonstance («*Sitzdirektor*»)⁹⁵.

Quant à l'articulation entre l'art. 29 CP et la responsabilité *primaire* de l'entreprise (art. 102 al. 2 CP), elle ne devrait pas poser davantage de problèmes. L'art. 29 CP est une «*norme générale, applicable à toutes les infractions dont la définition légale érige en élément constitutif ou en circonstance aggravante spéciale la violation par une personne physique d'un devoir qui oblige une personne morale, une société ou une entreprise individuelle*»⁹⁶. Par conséquent, rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les art. 29 et 102 al. 2 CP puissent être appliqués en concours⁹⁷.

Prenons l'exemple du blanchiment d'argent⁹⁸. Si l'organe d'un établissement bancaire viole les devoirs particuliers qui incombent à celui-ci en vertu de la LBA⁹⁹ et commet des actes de blanchiment d'argent pour son compte, il engagera sa responsabilité pénale par le jeu de l'art. 29 CP¹⁰⁰. La banque, quant à elle, pourra être recherchée pour blanchiment d'argent en vertu de l'art. 102 al. 2 CP s'il doit lui être reproché

FREI (n. 30), 48 s.; PONCET/MACALUSO (n. 84), 524; TRECHSEL (n. 28), art. 172, N 2; WEISSENBERGER (n. 28), art. 29, N 3; WERMEILLE (n. 28), 372. Voir aussi le Message, FF 1999 1820 interprété *a contrario*.

⁹³ MACALUSO (n. 82), N 814. Du même avis, LOBSIGER (n. 45), 197.

⁹⁴ MACALUSO (n. 82), N 815. Voir aussi GUNTHER ARZT, Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, RSDA 76 (2004), 360; le même, Die kommende Strafbarkeit der Bank als juristischer Person – Sand im Getriebe der Geldwäschereibekämpfung, in: WIEGAND (édit.), Banken und Bankrecht im Wandel, Jubiläumstagung zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für Bankrecht und der Berner Bankrechtstages, Berne 2004, 79; LOBSIGER (n. 45), 198; MARK PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, RPS 121 (2003), 365. Voir aussi ROTH (n. 84), 96.

⁹⁵ ROTH (n. 84), 95 est le premier auteur à avoir qualifié ce phénomène d'«effet Winkelried». URSULA CASSANI, Droit pénal économique 2003–2005: actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption), in: FELLMANN/POLEDNA (édit.), Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat 2005, Berne 2005, 675; GARBARSKI (n. 10), 414 s.; KIM (n. 63), 211 s.; MACALUSO (n. 82), N 815. Voir aussi NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 200 s. et les références citées.

⁹⁶ Message, FF 1999 1820.

⁹⁷ VINCENT JEANNERET, Une loi bâclée?, in: La punissabilité de l'entreprise, EC 77 (2003), édition spéciale juin-juillet, 7.

⁹⁸ Art. 305^{bis} CP.

⁹⁹ Voir notamment les art. 3 ss LBA (RS 955.0).

¹⁰⁰ Voir en particulier l'art. 29 let. c CP.

⁸⁸ Dans ce sens, NIKLAUS SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches, in: VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS Forstmoser, Zurich 2003, 772 note 46.

⁸⁹ URSULA CASSANI, Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tête, des organes et des petites mains, in: BERTHOUD (édit.), La responsabilité pénale du fait d'autrui, CEDIDAC volume 49, Lausanne 2002, 74 s.

⁹⁰ Cf. *supra* BIIa).

⁹¹ SPITZ (n. 41), 249.

⁹² Récemment, ATF 131 IV 49 cons. 1.3.1, reproduit partiellement in: RSJ 101 (2005), 117; voir également CASSANI (n. 89), 46;

de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires¹⁰¹ pour empêcher l'infraction¹⁰².

III. L'articulation de l'art. 102 CP avec la jurisprudence *Von Roll* («*Geschäftsherrhaftung*»)

L'articulation entre la responsabilité pénale de l'entreprise et la responsabilité pénale du «*Geschäftsherr*»¹⁰³ est plus délicate.

Comme indiqué précédemment, la responsabilité *subsidiare* de l'entreprise (102 al. 1 CP) ne s'applique pas si l'infraction commise peut être imputée à une personne physique déterminée. Or, lorsque l'auteur réel n'aura certes pas été identifié, mais qu'un tiers répond de l'infraction en qualité de «chef d'entreprise», conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁰⁴, il y a lieu d'admettre que l'infraction a été imputée à une personne physique déterminée¹⁰⁵.

La jurisprudence «*Von Roll*» restreint donc (elle aussi) considérablement les cas d'application de l'art. 102 al. 1 CP¹⁰⁶. A la lecture des arrêts rendus par notre Haute Cour dans le contexte de la responsabilité du «chef d'entreprise», on constate d'ailleurs que le reproche du *défaut de sur-*

veillance a été peu à peu remplacé par celui du *défaut d'organisation*¹⁰⁷.

En réalité, les difficultés apparaissent surtout en relation avec la responsabilité *primaire* de l'entreprise (art. 102 al. 2 CP). En effet, puisque celle-ci se fonde aussi sur le grief du *défaut d'organisation*¹⁰⁸, l'analogie avec la responsabilité du chef d'entreprise, telle que le Tribunal fédéral l'a en particulier consacrée dans l'arrêt *Von Roll*, est frappante¹⁰⁹.

C'est d'ailleurs ce qui incite la doctrine à voir dans la responsabilité *primaire* de l'entreprise un genre de responsabilité du chef d'entreprise, dont l'entreprise elle-même serait la destinataire¹¹⁰. A y regarder de plus près, cette assimilation mérite d'être nuancée. Plusieurs critères devraient en effet permettre de faciliter la distinction entre ces deux sources de responsabilité.

- Le chef d'entreprise engage sa responsabilité de garant à raison d'une *infraction déterminée*, dont il aurait pu et dû empêcher spécifiquement la survenance ou, à tout le moins, en supprimer les effets. En revanche, à l'art. 102 al. 2 CP, l'entreprise ne répond d'une infraction donnée qu'en raison de son *défaut d'organisation*, qui en constitue certes l'une des causes¹¹¹, mais qui présente un caractère plus général que l'omission fautive du chef d'entreprise.

Il en découle que l'omission fautive du chef d'entreprise et la commission de l'infraction sont en général rapprochées dans le temps, ce qui n'est pas nécessairement le cas s'agissant des carences organisationnelles pertinentes sous l'angle de l'art. 102 al. 2 CP¹¹².

¹⁰¹ Sur les mesures d'organisation en matière de blanchiment, voir NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 276 à 295; CHRISTOPH HOHLER/NIKLAUS SCHMID, Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100^{quater} f., PJA 2005, 518 s. et ROBERT ROTH, Une responsabilité sans culpabilité? L'entreprise, la «faute d'organisation» et le droit pénal, SJ 2003 II 199 ss.

¹⁰² Voir le texte de l'art. 102 al. 2 CP.

¹⁰³ ATF 122 IV 103 = JdT 1997 IV 124 (rés.).

¹⁰⁴ ATF 122 IV 103 = JdT 1997 IV 124 (rés.).

¹⁰⁵ LOBSIGER (n. 45), 195 s. et 197; ALAIN MACALUSO, Premiers cas d'application de la nouvelle responsabilité pénale de l'entreprise selon le code pénal suisse, in: KASSER/NOVIER/PELET/SCHLOSSER (édit.), L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges Stoudmann, Zurich 2005, 111; le même (n. 82), N 813; le même (n. 44), 109; NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 116; les mêmes (n. 9), 156 et 166; ROLAND M. RYSER/NATALIE KUCHOWSKY, Die Strafbarkeit des Unternehmens, EC 79 (2005), 586 et SCHMID (n. 88), 779; *plus nuancé* HEINE (n. 45), 4 s.

¹⁰⁶ Ainsi ALAIN MACALUSO, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 123 (2005), 94. Du même avis, LOBSIGER (n. 45), 198, lequel fait cependant observer ce qui suit: «*Es bleibt nur zu hoffen, dass die Gerichte die Einführung des allgemeinen Unternehmensstrafrechts nicht zum Anlass nehmen werden, diese Praxis zu Gunsten einer ausweitenden Interpretation von Art. 100^{quater} StGB zu modifizieren, erschiene doch das Abwälzen strafrechtlicher Verantwortlichkeit von den Organen auf die Unternehmung gerade mit Blick auf die Abschreckung hierarchisch hochgestellter Wirtschaftsstraftäter als kontraproduktive Verkehrung der zivilrechtlichen Errungenschaft des Durchgriffs vom anonymen Unternehmen auf vermögensliebende Menschen.*».

¹⁰⁷ CASSANI (n. 89), 69; FORSTER (n. 46), 16 s.; LOBSIGER (n. 45), 196. Voir aussi KIM (n. 63), 64. Pour un aperçu de l'évolution de la jurisprudence et ses effets sur le cercle des auteurs potentiels, voir GARBARSKI (n. 10), 328 s. et 332 s.; FORSTER (n. 46), 14 ss et NIGGLI/GFELLER (n. 9), 158 ss.

¹⁰⁸ Le défaut d'organisation de l'art. 102 al. 2 CP doit être compris, rappelons-le, non comme la cause de l'infraction, mais uniquement comme l'*origine* de l'impossibilité d'individualiser un auteur physique à cette infraction. Voir *supra ad* note 82.

¹⁰⁹ CASSANI (n. 89), 74 s.; FORSTER (n. 46), 15 s. et 255; GÜNTER HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.), RPS 121 (2003), 38; MACALUSO (n. 82), N 857; NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 247. Selon GÜNTER STRATENWERTH, Zurechnungsprobleme im Unternehmensstrafrecht, in: GRAFL/MEDIGOVIC (édit.), FS Burgstaller, Vienne/Graz 2004, 200 spéc. note 23, qui se montre plutôt critique à propos du système mis en place par le législateur, la responsabilité pénale de l'entreprise n'est appropriée que si on la conçoit comme une extension de la responsabilité du «chef d'entreprise».

¹¹⁰ ROTH (n. 101), 196. Du même avis, FREI (n. 30), 129; GEIGER (n. 48), 70 s.; HEINE (n. 109), 38; PIETH (n. 94), 363; RYSER/KUCHOWSKY (n. 105), 586; SCHMID (n. 88), 781. Voir également GARBARSKI (n. 10), 418 et MACALUSO (n. 82), N 855. *Plus nuancé*, FORSTER (n. 46), 228 s.

¹¹¹ HEINE (n. 109), 41. Voir aussi FORSTER (n. 46), 255 et ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, 8^{ème} édition, Zurich 2006, 378.

¹¹² FORSTER (n. 46), 19; GÜNTER HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1995, 265; le

Par ailleurs, le défaut d'organisation reproché à l'entreprise n'équivaut pas à l'addition des fautes individuelles commises par ses organes dirigeants¹¹³, car l'entreprise répond d'un manquement collectif dans son organisation¹¹⁴.

- La «*Geschäftsherrenhaftung*» est également largement marquée par les circonstances personnelles concernant l'organe ou le dirigeant recherché. En ce qui concerne la réalisation de l'élément subjectif de l'infraction¹¹⁵, la négligence du chef d'entreprise n'est en effet punissable que si la norme pénale applicable au cas d'espèce sanctionne (déjà) la négligence¹¹⁶. Par ailleurs, on examinera attentivement la place de l'organe ou du dirigeant dans l'organisation de l'entreprise, ses attributions concrètes et les responsabilités qui en découlent, etc¹¹⁷.
- S'agissant d'une entreprise, on appréciera avec plus d'exigence la diligence mise dans l'adoption, la mise en œuvre et le contrôle des mesures d'organisation qui auraient pu prévenir la commission de l'infraction qu'on ne le ferait à l'égard d'une personne physique, par exemple un chef d'entreprise¹¹⁸. C'est en effet la mesure de la diligence de l'ensemble de l'entreprise qu'il faut prendre en considération¹¹⁹.

Compte tenu des considérations qui précèdent, il apparaît donc que les enseignements découlant de la jurisprudence *Von Roll* demeurent parfaitement pertinents, nonobstant l'entrée en vigueur de l'art. 102 al. 2 CP¹²⁰. La responsabilité du chef d'entreprise reste ainsi entière¹²¹.

même (n. 109), 41: «*Dies [...] garantiert zudem eine zeitnahe Koinzidenz von Unterlassungshandlung und (zu verhindernder) Straftat*».

¹¹³ CASSANI (n. 89), 46.

¹¹⁴ GÜNTER HEINE, Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung, *in*: DÖLLING (édit.), *Jus Humanum*, FS Lampe, Berlin 2003, 594; le même (n. 109), 40. Voir également GARBARSKI (n. 10), 429.

¹¹⁵ GÜNTER HEINE, Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts, RSDA 77 (2005), 19; le même (n. 109), 41.

¹¹⁶ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral 6P.101/2001 du 18 novembre 2001 cons. 5b (f), reproduit *in*: SJ 2002 I 129. Voir aussi GÜNTER HEINE, Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, *in*: NIGGLI/AMSTUTZ (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und Strafrechtliche Perspektiven*, Bâle 2007, 116; KIM (n. 63), 60 et 96 s.

¹¹⁷ CASSANI (n. 89), 46; GARBARSKI (n. 10), 429. Voir aussi HEINE (n. 116), 98 s.

¹¹⁸ HEINE (n. 116), 98 et 108.

¹¹⁹ FORSTER (n. 46), 244 et 255; Voir aussi GEIGER (n. 48), 38 et NIGGLI/GFELLER (n. 5), art. 102, N 246.

¹²⁰ GARBARSKI (n. 10), 430; HEINE (n. 116), 98 s. Voir aussi CASSANI (n. 95), 674. On rappellera par ailleurs que l'art. 102 CP est entré en vigueur (de façon anticipée) le 1^{er} octobre 2003 sous une forme (très) légèrement différente. Il s'agissait alors de l'art. 100^{quater}.

¹²¹ CASSANI (n. 95), 674.

Des recoupements entre ces deux formes de responsabilité ne sont toutefois pas totalement exclus¹²², en particulier lorsqu'on a affaire à une petite entreprise familiale, où le pouvoir est fortement personnalisé¹²³. Inversement, plus on se dirige vers une entité dont la structure est complexe, marquée par la division des tâches et des attributions de chacun, plus il sera difficile de définir le contenu et la portée de l'obligation de garant qui incombe au chef d'entreprise¹²⁴.

E. L'articulation de l'art. 102 CP avec le droit pénal administratif

En raison des renvois des art. 2 DPA et 333 CP, l'art. 102 CP est également applicable au droit pénal administratif¹²⁵.

Le Message à l'appui du projet de nouvelle partie générale du code pénal est particulièrement laconique s'agissant de l'articulation de l'art. 102 CP avec le droit pénal administratif. Il se limite en substance à indiquer que, malgré l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise, les sanctions administratives pénales à l'endroit des entreprises garderont tout leur sens, s'agissant des cas tout à fait mineurs¹²⁶; inversement, ces sanctions administratives ne rendront pas superflue l'ouverture à leur endroit d'une procédure pénale fondée sur l'art. 102 CP¹²⁷.

L'art. 7 DPA, sous la note marginale «*réglementation pour les amendes n'excédant pas 5000 francs*», 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 ne dépasse pas 5000 francs 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, aux conditions posées dans la disposition, 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)¹²⁸.

¹²² DONATSCH/TAG (n. 111), 378.

¹²³ HEINE (n. 109), 41.

¹²⁴ FORSTER (n. 46), 18; HEINE (n. 116), 98 s.

¹²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007, cons. 2.2.1; THOMAS KRÄUCHI, Aktuelle Aspekte im Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum Strafgesetzbuch, *LeGes* 2004/2, 126; MACALUSO (n. 82), N 1110 ss.

¹²⁶ FF 1999 1949.

¹²⁷ FF 1999 1946.

¹²⁸ L'art. 6 al. 1 DPA (application des dispositions pénales à l'auteur physique de l'infraction), d'une part, et les art. 6 al. 2 et 6 al. 3 DPA (responsabilité de l'employeur ou du chef d'entreprise qui n'a pas prévenu l'infraction), d'autre part, sont des normes dont on rappelle qu'elles peuvent trouver une application concurrente.

Ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le rappeler récemment, l'art. 7 DPA ne permet cependant pas à l'administration de procéder, à son gré, tantôt contre la personne physique, tantôt contre l'entreprise elle-même¹²⁹. L'administration qui instruit le cas doit à chaque fois tenter de découvrir d'abord le ou les auteurs physiques¹³⁰ et, si elle parvient à identifier un tel auteur, c'est nécessairement ce dernier qui doit répondre de l'infraction¹³¹.

Ce n'est donc que dans le contexte relativement limité, tel que décrit ci-dessus, que l'entreprise (selon la définition large qu'en donne l'art. 7 DPA) peut être poursuivie en lieu et place des personnes physiques.

De nombreuses normes renvoient aux art. 6 et 7 DPA (ou reprennent la substance de cette dernière disposition) lorsque l'infraction est commise dans une entreprise. Tel est par exemple le cas de l'art. 26 LCD ou encore de l'art. 87 LTVA¹³² et de l'art. 125 LD¹³³, ces deux dernières dispositions permettant l'application de l'art. 7 DPA lorsque l'amende prévisible ne dépasse pas 100 000 francs.

Au vu de ce qui précède, il est ainsi nécessaire d'examiner la relation entre la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP et le DPA¹³⁴, étant précisé que les considérations qui suivent s'appliquent *mutatis mutandis* aux autres normes qui renvoient au DPA ou s'en inspirent.

En l'état actuel de la législation pénale administrative, la question de l'articulation entre les art. 102 al. 1 CP (responsabilité subsidiaire de l'entreprise) et 7 DPA n'est pertinente qu'en matière de délits^{135/136} et, par ailleurs, en l'absence d'imputation de l'infraction à une personne physique.

En effet, si l'auteur de l'infraction s'est vu appliquer les dispositions pénales conformément à l'art. 6 al. 1 DPA, l'infraction a été imputée à une personne physique déterminée selon l'art. 102 al. 1 CP et l'entreprise n'encourt aucune responsabilité subsidiaire au titre de cette disposition. En revanche, rien ne s'oppose, selon nous, à ce que l'entreprise puisse être punie dans un tel cas sur la base de l'art. 7 DPA, notamment parce que l'administration renonce (aux conditions prévues par cette disposition) à poursuivre une personne physique visée par l'art. 6 al. 2 ou 3 DPA. En effet, les poursuites conduites en application des art. 6 al. 1 DPA, d'une part, et 6 al. 2 et 6 al. 3 DPA, d'autre part, revêtent un caractère cumulatif.

Si l'auteur physique de l'infraction n'a pas été recherché aux termes de l'art. 6 al. 1 DPA, mais que l'employeur ou le chef d'entreprise ou leurs organes ont dû répondre de cette infraction au titre de leur position de garant selon les art. 6 al. 2 ou 6 al. 3 DPA, l'infraction a également été imputée à une personne physique déterminée au sens de l'art. 102 al. 1 CP, ce qui exclut la responsabilité pénale de l'entreprise.

La question du rapport entre les art. 102 al. 1 CP et 7 DPA ne se pose ainsi que dans l'hypothèse où l'infraction n'est pas imputée à une personne physique aux termes de l'art. 6 al. 1 DPA et que, de surcroît, l'employeur ou le chef d'entreprise ou leurs organes ne sont pas appelés à en répondre selon les art. 6 al. 2 ou 6 al. 3 DPA. Dans ce cas, en effet, l'infraction n'aura pas été imputée à une personne physique déterminée et la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP pourra en principe être engagée. Or, dans cette hypothèse, l'art. 7 DPA pourrait également s'appliquer.

Comment s'articule la relation entre l'art. 102 al. 1 CP et l'art. 7 DPA lorsque l'une et l'autre de ces dispositions peuvent théoriquement être mises en œuvre?

A la suite de HEINE¹³⁷, une partie de la doctrine propose une application alternative automatique des art. 102 al. 1 CP et 7 DPA. Dans cette approche, l'art. 7 DPA n'entrerait en ligne de compte qu'en matière de contraventions (l'art. 102 CP ne s'étendant pas aux infractions de degré contraventionnel), l'entreprise devant en revanche toujours répondre selon l'art. 102 al. 1 CP s'agissant des délits¹³⁸.

A l'appui de leur position, les tenants d'une application exclusive de l'art. 102 CP en présence d'un délit invoquent en particulier le caractère causal de la responsabilité instau-

¹²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007, cons. 4. Voir aussi FORSTER (n. 46), 58; KRÄUCHI (n. 125), 126; PETER (n. 6), 357; SCHWOB (n. 8), 7.

¹³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007, cons. 4; SCHWOB (n. 8), 7.

¹³¹ FORSTER (n. 46), 58; HAURI (n. 8), 19; PETER (n. 6), 357 s.

¹³² Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RS 641.20.

¹³³ Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes, RS 631.0.

¹³⁴ Le Tribunal fédéral a récemment évoqué cette question, sans toutefois la trancher (arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007).

¹³⁵ Le champ d'application du DPA ne s'étend pas en l'état aux infractions de degré criminel. Toutefois, dans le contexte de la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI (Groupe d'action financière) dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales un Message du 15 juin 2007 prévoyant en particulier l'introduction d'un alinéa 4 à l'art. 14 DPA. L'art. 14 al. 4 DPA réprimera comme crime la contrebande organisée et servira de ce fait d'infraction préalable au blanchiment d'argent selon l'art. 305^{bis} CP. Voir le Message sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, FF 2007 5919 ss.

¹³⁶ En présence d'une contravention, seul l'art. 7 DPA peut entrer en ligne de compte, dès lors que l'art. 105 al. 1 CP exclut expressément la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP pour les infractions de degré contraventionnel.

¹³⁷ HEINE (n. 45), 7 ss; FORSTER (n. 46), 259. *Contra*: NIKLAUS SCHMID, *Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite*, recht 2003, 223 s.; MACALUSO (n. 82), N 1113 ss; le même (n. 44), 109 s.; KRÄUCHI (n. 125), 126 s.; voir aussi LAURENT MOREILLON, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise*, in: KAHIL-WOLFF/WYLER (édit.), *Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée*, Berne 2005, 104 s., lequel semble lui aussi admettre que l'art. 7 DPA demeure applicable aux délits lorsque ses conditions sont réunies (notamment si le montant de l'amende envisagée ne dépasse pas 5000 francs).

¹³⁸ FORSTER (n. 46), 259. HEINE (n. 45), 8.

rée 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'entreprise – qui répondrait ainsi, sans faute propre, du comportement d'un tiers¹³⁹ – 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 nature délictuelle¹⁴⁰. 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 de l'art. 7 DPA¹⁴¹.

C'est également cette solution que paraît préconiser le Conseil fédéral (sans motivation) dans son message du 23 juin 2004 à l'appui du projet de Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs¹⁴². Le Conseil fédéral affirme, en effet, qu'en matière de contravention, 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, ce serait l'art. 102 al. 1 CP qui serait applicable¹⁴³.

En dernière analyse¹⁴⁴, ces arguments ne permettent pas d'emporter la conviction, ni du point de vue juridique, ni du point de vue pratique, cela principalement pour les raisons suivantes.

L'art. 7 DPA constitue une *lex specialis* par rapport aux normes du code pénal. 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 menacée¹⁴⁵) ne dépasse pas 5000 francs (100000 francs dans le contexte des art. 87 LTVA et 125 LD ou 50000 francs dans celui du futur art. 49 LFINMA¹⁴⁶) et que, 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 code pénal, conformément d'ailleurs aux art. 2 DPA et 333 al. 1 CP. Or, il n'a jamais été dans l'intention du législateur de paralyser la législation accessoire de la Confédération, en particulier le DPA, par l'adoption de la nouvelle partie générale du code pénal.

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 délits avant l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP¹⁴⁷, sans que cela n'ait alors suscité le moindre débat d'ordre dogmatique; à juste titre d'ailleurs, puisque ce n'est pas la nature de l'infraction (délit ou contravention) qui permet d'en déterminer la gravité dans la perspective de l'art. 7 DPA, mais bien la sanction concrète envisagée dans un cas d'espèce donné¹⁴⁸.

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 ne trouve à s'appliquer que si la mise en évidence d'une responsabilité pénale individuelle comporterait des efforts disproportionnés. Cette notion d'«*efforts disproportionnés*» est étrangère à l'art. 102 CP, 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 raisonnables aux fins d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée¹⁴⁹. L'art. 102 al. 1 CP pose ainsi des exigences plus étendues que l'art. 7 DPA quant aux mesures d'instruction que doit conduire l'autorité de poursuite avant que d'envisager de punir l'entreprise, en particulier en raison du caractère fautif que doit revêtir l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée selon l'art. 102 al. 1 CP¹⁵⁰.

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 déterminée¹⁵¹ 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 (ex-

¹³⁹ FORSTER (n. 46), 58 s.

¹⁴⁰ FORSTER (n. 46), 259.

¹⁴¹ HEINE (n. 45), 8.

¹⁴² FF 2004 3745 ss.

¹⁴³ FF 2004 3862, ch. 2.5.8.

¹⁴⁴ Conscients de la valeur des différents arguments avancés dans cette querelle, les auteurs de la présente contribution ont évolué dans leur approche et ont modifié ou précisé leur position sur cette question. Les lignes qui suivent sont le résultat de cette réflexion.

¹⁴⁵ HAURI (n. 8), 20.

¹⁴⁶ Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FF 2007 4397 ss), dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2009.

¹⁴⁷ Tel est notamment le cas des art. 14 à 17 DPA, art. 26 LCD, art. 24b de la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451), art. 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. 62 de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01), art. 49 de la Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0), etc.

¹⁴⁸ HAURI (n. 8), 20.

¹⁴⁹ MACALUSO (n. 82), N 806 s.

¹⁵⁰ MACALUSO (n. 82), 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 Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007, commenté par MACALUSO (n. 44).

¹⁵¹ Imputation dont l'échec est, on le rappelle, une condition de la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP.

clusive), 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 application 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 DPA¹⁵², aura été commise dans des conditions permettant aussi, en théorie du moins, d'appliquer l'art. 102 al. 1 CP.

Tel est en particulier le cas lorsque l'exigence de l'impossibilité (relative¹⁵³) d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée, selon l'art. 102 al. 1 CP, est remplie. En effet, le plus souvent, cette condition spécifique à l'art. 102 al. 1 CP recouvrira *a fortiori* celle de mesures d'instruction disproportionnées nécessaires à la mise en évidence d'une responsabilité individuelle contenue à l'art. 7 DPA, si bien que l'autorité dispose, dans une telle hypothèse, d'un véritable choix quant à la disposition qu'elle entend appliquer.

L'inverse n'est en revanche pas nécessairement vrai: on ne peut pas considérer que l'infraction n'a valablement pas été imputée à une personne physique déterminée, conformément à l'art. 102 al. 1 CP, au motif que la recherche d'une responsabilité individuelle apparaîtrait disproportionnée en application de l'art. 7 DPA.

Le choix qui se présente à l'autorité de poursuite pénale ne comporte du reste aucune difficulté liée au caractère objectif de la responsabilité instituée à l'art. 7 DPA, dès lors que le caractère de peu de gravité de l'infraction considérée ne se déterminera pas en fonction de la place de l'infraction dans la classification tripartite traditionnelle (contravention, délit, crime), mais bien par la quotité de la sanction envisagée *in concreto* et plafonnée dans la disposition topique (art. 7 DPA ou norme spéciale, tel l'art. 125 LD). Comme exposé précédemment¹⁵⁴, l'entrée en vigueur de la responsabilité de l'entreprise, telle qu'elle est consacrée par le code pénal, n'a rien changé à cet égard.

Malgré la teneur ambiguë du Message sur ce point¹⁵⁵, il faut retenir que si le choix est fait de poursuivre l'entreprise selon l'art. 102 al. 1 CP, il n'est alors pas envisageable de punir concurremment l'entreprise en application de l'art. 7 DPA, sauf à violer le principe *ne bis in idem*, puisque, comme on le verra ci-après, la sanction pénale administrative constitue une véritable sanction pénale aux termes de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁵⁶.

¹⁵² Pour laquelle la sanction envisagée *in concreto* ne dépassera pas un certain plafond, lequel est fixé dans la disposition légale topique (art. 7 DPA, respectivement dans les dispositions qui s'en inspirent).

¹⁵³ MACALUSO (n. 82), N 807.

¹⁵⁴ Cf. *supra* C.

¹⁵⁵ FF 1999 1946.

¹⁵⁶ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.

En revanche, il n'existe pas de choix possible entre la responsabilité primaire de l'art. 102 al. 2 CP (celle-ci permettant de rechercher l'entreprise notamment pour les actes de corruption privée, réprimée à l'art. 4a LCD) et l'art. 7 DPA.

Partant, nonobstant le renvoi de l'art. 26 LCD à l'art. 7 DPA, ce dernier ne trouvera jamais à s'appliquer s'agissant de la commission d'un acte de corruption privée active intervenu au sein d'une entreprise aux conditions de l'art. 102 al. 2 CP. En effet, la responsabilité primaire de l'entreprise selon l'art. 102 al. 2 CP est indépendante de la punissabilité des personnes physiques. Dès lors, l'entreprise peut être recherchée pénalement pour une violation de l'art. 4a al. 1 let. a LCD même si l'auteur individuel de l'infraction est identifié selon l'art. 6 al. 1 DPA. Or, comme indiqué précédemment, l'art. 7 DPA n'entre en ligne de compte que si l'infraction n'est pas imputée à une personne physique selon l'art. 6 DPA (al. 1, 2 ou 3). En d'autres termes, l'indépendance de la punissabilité de l'entreprise consacrée à l'art. 102 al. 2 CP est totalement étrangère au mécanisme de l'art. 7 DPA. On doit par conséquent retenir que le DPA ne contient pas de disposition sur la matière traitée par l'art. 102 al. 2 CP au sens des art. 333 al. 1 CP et 2 DPA, ce qui exclut l'application de la norme pénale administrative.

Enfin, en ce qui concerne les aspects de procédure, on relèvera que l'entreprise a droit au respect des principes et des garanties procédurales découlant pour tout accusé de la CEDH¹⁵⁷, peu importe qu'elle soit jugée selon l'art. 102 al. 1 CP ou en application de l'art. 7 DPA.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme interprète de façon autonome la notion d'accusation en matière pénale contenue à l'art. 6 § 1 CEDH. En particulier, la classification de l'infraction en cause dans l'ordre juridique interne de l'Etat partie n'est pas décisive¹⁵⁸. La Cour a ainsi développé un ensemble de critères lui permettant de déterminer si la procédure qui lui est soumise ressortit ou non à cette notion d'accusation en matière pénale¹⁵⁹.

A la lumière de ces critères (en bref: la nature de l'infraction, le but, la nature et l'importance de la sanction), il ne fait pas de doute que les infractions réprimées en application du DPA relèvent bien de la notion d'accusation en matière pénale selon l'art. 6 § 1 CEDH, faute de pouvoir être qualifiées d'infractions disciplinaires¹⁶⁰.

¹⁵⁷ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FOLKA, *in*: Basler Kommentar, NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (édit.), Strafrecht I, 2^{ème} édition, Bâle 2007, art. 102a, N 76 ss; STEFAN TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, 171 s.; MACALUSO (n. 106), 89 ss; SCHMID (n. 137), 206 ss. Voir aussi YVAN JEANNERET, L'avocat représentant l'entreprise inculquée, *in*: JEANNERET/HARI (édit.), Défis de l'avocat au XXI^e siècle, FS Burger, Genève 2008, 444 s.

¹⁵⁸ Arrêt de la CourEDH *Engel et al. c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, Série A, vol. 22.

¹⁵⁹ Voir par exemple l'arrêt CourEDH *Ravnsborg c. Suède* du 23 mars 1994, Série A, vol. 283.

¹⁶⁰ Voir par exemple l'arrêt CourEDH dans la cause *Weber c. Suisse* du 22 mai 1990, Série A, vol. 177.

Or, en présence d'une accusation en matière pénale, les Etats parties ont l'obligation d'appliquer les garanties conventionnelles, cela quel que soit le destinataire de la sanction. En d'autres termes, les garanties en matière pénale découlant de l'article 6 CEDH ne trouvent pas uniquement à s'appliquer aux justiciables humains, mais aussi aux entités visées aux art. 7 DPA et 102 al. 4 CP, dès lors que celles-ci font l'objet d'une «*accusation en matière pénale*».

Cela résulte tant de la teneur de l'art. 6 CEDH, lequel étend sa protection à «*toute personne*», que de l'art. 34 CEDH, qui dispose que la Cour européenne peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles¹⁶¹.

En tout état, la reconnaissance récente d'une véritable capacité pénale à l'entreprise en droit interne suisse a des conséquences qui s'étendent nécessairement au-delà du seul champ d'application du code pénal; cette capacité pénale doit aussi comporter l'application à ce nouveau sujet de droit pénal des droits et des garanties de procédure pénale¹⁶².

F. Conclusion

En droit suisse, la responsabilité pénale des organes dirigeants d'entreprises comme celle des entreprises elles-mêmes résultent de sources légales et jurisprudentielles variées, sinon même disparates: les art. 29 et 11 CP, les art. 6 et 7 DPA, l'art. 102 CP, la responsabilité prétorienne dite du «*chef d'entreprise*», telle qu'elle a été consacrée depuis l'arrêt *Von Roll*, notamment.

Or, ces formes de responsabilité n'évoluent pas en vase clos. En particulier par le jeu des renvois des art. 333 CP et 2 DPA, mais également en application de la jurisprudence sur la «*Geschäftsherrenhaftung*», les diverses responsabilités pénales des organes dirigeants et de l'entreprise, notamment selon le code pénal et selon le DPA, sont appelées à interagir.

On ne peut dès lors faire l'économie d'une étude attentive des modalités de l'articulation entre ces diverses formes de responsabilités. Celle-ci suppose de prendre en compte, dans une approche multidisciplinaire et décloisonnée, les nombreuses similitudes et les quelques divergences fondamentales existant entre les normes instaurant une responsabilité pénale au sein de l'entreprise. On assurera ainsi une appli-

cation cohérente et harmonieuse du droit pénal et du droit pénal administratif, au plus grand bénéfice d'une politique pénale efficace et respectueuse de la sécurité du droit.

Im vorliegenden Beitrag befassen sich die Autoren mit der Frage der Verantwortlichkeit des Unternehmens und ihrer führenden Organen, insbesondere mit dem Zusammenhang – und allenfalls der Verknüpfung – zwischen den relevanten Bestimmungen des schweizerischen Strafgesetzbuchs (u.a. Art. 29, 102 StGB) und den entsprechenden Normen des Bundesverwaltungsstrafrechts (u.a. Art. 6, 7 VStR).

Im ersten Teil dieses Aufsatzes unterziehen die Verfasser Art. 6 VStR einer detaillierten Analyse und gelangen insbesondere zum Schluss, dass die ratio legis von Art. 6 Abs. 1 VStR derjenigen von Art. 29 StGB entspricht, mit der Ausnahme, dass der persönliche Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 VStR im Vergleich zu Art. 29 StGB etwas breiter gefasst wurde. Die Autoren weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass entgegen einem (kleineren) Teil der Lehre der strafrechtliche Organbegriff demjenigen des Zivil- bzw. Handelsrechts entspricht.

Im zweiten Teil wird der Mechanismus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB kurz zusammengefasst. Die Autoren haben sich sodann mit der Frage des Zusammenhangs zwischen Art. 102 und Art. 29 StGB befasst und gelangen dabei zum Schluss, dass Art. 102 Abs. 1 StGB in der Praxis eher selten anwendbar sein dürfte (ein Unternehmen könnte insbesondere einen «Sitzdirektor» vorschieben, um der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu entkommen). Im Gegenteil spricht nichts gegen die konkurrierende Anwendbarkeit von Art. 102 Abs. 2 und Art. 29 StGB.

Was den Zusammenhang zwischen Art. 102 StGB und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der Geschäftsherrenhaftung betrifft, vertreten die Autoren die Auffassung, dass sich die Rechtsprechung zur Geschäftsherrenhaftung (die seit dem Von Roll Urteil auch an den Vorwurf des «Organisationsmangels» anknüpft) durch das Inkrafttreten von Art. 102 f. StGB nicht erübrigt hat und weiterhin anwendbar sein sollte.

Im letzten Teil des vorliegenden Beitrages haben sich die Verfasser mit dem Zusammenhang zwischen Art. 102 StGB und Art. 7 VStR vertieft auseinandergesetzt. Wie das Bundesgericht in einem neueren Entscheid feststellte (6B_256/2007 vom 15. Oktober 2007), handelt es sich um eine in der Lehre (sehr) umstrittene Frage.

In diesem Kontext gelangen die Unterzeichneten u.a. zum Schluss, dass die Strafbehörden zwischen der Anwendung von Art. 102 Abs. 1 StGB oder Art. 7 VStR wählen können, soweit es sich bei der im Unternehmen begangenen Straftat um ein Vergehen handelt und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Ist nämlich eine solche Zurechnung unmöglich, muss um so mehr davon ausgegangen werden, dass die Ermittlung einer natürlichen Person Untersuchungsmassnahmen bedingen würde, die unverhältnismässig wären.

¹⁶¹ MARK EUGEN VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2^{ème} édition, Zurich 1999, N 101; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz – Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2^{ème} édition, Berne 1999, 392 ss; JEANNERET (n. 157), 444 s.

¹⁶² NIGGLI/FIOLKA (n. 157), N 71 ss et les nombreuses références citées.