



Droit des sociétés

Poursuite différée: ***non aux accords en droit pénal***

10.03.2020

D'un coup d'oeil

Dans le cadre de la révision du code de procédure pénale, le Ministère public de la Confédération a proposé d'introduire une mise en accusation différée des entreprises sur le modèle américain. Un tel instrument renforcerait inmanquablement le pouvoir déjà étendu des autorités de poursuite pénale. Aux yeux des milieux économiques, étendre leurs pouvoirs sans développer les mécanismes de contrôle de ces instances dans le cadre de la séparation des pouvoirs ne serait pas judicieux. Le Conseil fédéral est du même avis et n'a pas intégré cette proposition dans le projet soumis au Parlement. Le présent dossier politique expose les avantages et inconvénients d'un tel instrument et procède à son évaluation dans le contexte du code de procédure pénale suisse.

Inhalt

1. L'essentiel en bref
2. Position d'economiesuisse
3. 1. Droit pénal des entreprises: quo vadis?
4. 2. Modèle de l'accord de poursuite différée
5. 3. La mise en accusation différée, solution ou semblant de solution?
6. 4. Et maintenant?

L'essentiel en bref

Le «deferred prosecution agreement» (DPA) ou accord de poursuite différée est un accord judiciaire permettant de reporter la mise en accusation d'une entreprise. Par une telle convention, le ministère public renonce provisoirement à lancer une procédure aussi longtemps que l'entreprise respecte les engagements «convenus», tel le paiement d'une amende.

En août 2019, le Conseil fédéral s'est opposé à l'introduction d'un tel concept dans le code de procédure pénale (CPP). Il a estimé que cet instrument aurait pour effet de renforcer le rôle d'ores et déjà étendu du ministère public, tout en relevant aussi qu'aucun contrepoids ou mécanisme de contrôle n'est prévu.

Ainsi, le Conseil fédéral n'a pas donné suite à la proposition du Ministère public de la Confédération en faveur de l'adoption de cet instrument juridique jusqu'ici inconnu en Suisse. Pour formuler sa proposition, le Ministère public de la Confédération s'est appuyé sur le DPA américain.

Notre dossier politique éclaire les avantages et les inconvénients d'un tel instrument juridique. En particulier, il replace la notion de report de la mise en accusation dans la législation suisse en matière de procédure pénale.

Position *d'économiesuisse*

- L'accord de poursuite différée pour les entreprises (DPA «à la façon suisse») serait un instrument propre à renforcer considérablement le pouvoir déjà étendu des autorités de poursuite pénale. Dès lors, il n'est pas souhaitable d'en envisager l'introduction sans développer parallèlement des mécanismes de contrôle de ces instances dans le cadre de la séparation des pouvoirs.
- En cas d'adoption d'un nouvel instrument de ce genre, une analyse approfondie de sa compatibilité avec les principes de l'État de droit sur lesquels reposent nos normes pénales serait indispensable. Une mise en œuvre inconsidérée reviendrait à en ignorer les effets négatifs.
- Les expériences réalisées à l'étranger justifient que l'on porte un regard fondamentalement critique sur cet instrument.
- Pour l'économie, le bien-fondé ou l'absurdité des mesures de répression (existantes et nouvelles) prévues par le système juridique suisse sont toujours à évaluer dans un contexte plus large et en tenant compte des nuances fines entre les sanctions pénales et celles de droit administratif. Dans cette appréciation, le droit pénal doit toujours rester l'ultima ratio.



1. Droit pénal des entreprises: *quo vadis?*

1.1. Place dans le débat actuel

Dans le cadre de la révision du code de procédure pénale, le Ministère public de la Confédération a demandé l'introduction de l'instrument de l'accord de poursuite différée pour les entreprises. Il s'agit d'un accord extrajudiciaire en vertu duquel le ministère public renonce provisoirement à procéder à une mise en accusation à condition que l'entreprise remplisse les engagements «convenus». Pour la formulation du projet d'art. 318^{bis} CPP, le Ministère public de la Confédération s'était inspiré du modèle américain. Il a justifié sa proposition par le souci de sauvegarder les intérêts des entreprises suisses. Le Conseil fédéral a rejeté l'idée pour un double motif. L'instrument ne ferait qu'élargir le rôle d'ores et déjà fort du ministère public sans prévoir aucun contrepoids ou mécanisme de contrôle.

a) L'accord de poursuite différée proposé par le Ministère public de la Confédération

Révision du code de procédure pénale

En 2014, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a chargé le Conseil fédéral d'examiner dans quelle mesure le code de procédure pénale suisse en vigueur depuis 2011 était pertinent au regard de la pratique judiciaire (motion 14.3383). Conformément à ce mandat, notre gouvernement a soumis en consultation un projet d'adaptation en date du 1^{er} décembre 2017.

Prise de position du Ministère public de la Confédération

Dans sa prise de position du 20 mars 2018 sur le projet de révision du code de procédure pénale, le Ministère public de la Confédération a fait part de son constat selon lequel la tendance actuelle est aujourd'hui encore de concevoir les procès pénaux à l'image des procès civils, cela quand bien même le ministère public est tenu au premier chef d'établir la vérité au nom de la mission supérieure qui lui est confiée¹.

Parallèlement, le Ministère public de la Confédération a proposé d'introduire dans le CPP une section 5 contenant un art. 318^{bis} et de créer ainsi la possibilité de la poursuite différée. Pour lui, l'introduction d'une telle possibilité, inspirée du DPA consacré par le droit anglo-saxon, répondrait à une nécessité en matière de poursuite pénale. Il s'agit d'un accord extrajudiciaire selon lequel le ministère public décide de différer une mise en accusation tant que l'entreprise tient ses engagements «convenus».

Art. 318^{bis} CPP (Traduction libre de l'original allemand)

Section 5 - Report de la mise en accusation dans les procédures ouvertes contre des entreprises

Art. 318^{bis}

1 Si, après la clôture de l'instruction menée à l'encontre de l'entreprise, les conditions d'une mise en accusation sont remplies, le ministère public est autorisé à la reporter :

a. si l'entreprise a totalement collaboré à l'établissement des faits et à l'identification de la personne physique ou des personnes physiques à laquelle ou auxquelles l'acte est imputable ; et

b. si l'entreprise conclut avec le ministère public un accord conformément à l'al. 2.

2 L'accord relatif au report de la mise en accusation contient en particulier les données suivantes :

a. les faits mis à la charge de l'entreprise et qui ont été reconnus par elle ;

b. le montant de l'amende à payer par l'entreprise ;

c. la désignation des objets et valeurs saisis qui seront libérés ou confisqués ;

d. le montant de l'indemnité à verser aux plaignants sur la base de leurs prétentions civiles ;

e. les mesures que l'entreprise est tenue de prendre pour remédier aux défauts de

l'organisation et prévenir la commission d'actes punissables dans le futur ;

f. l'institution d'une personne indépendante chargée d'effectuer des contrôles périodiques des mesures prises par l'entreprise conformément à la let. e ;

g. la périodicité des rapports que la personne chargée des contrôles devra fournir au ministère public ;

h. la fixation d'un délai d'épreuve de deux à cinq ans et l'énoncé des conséquences en cas d'échec (mise en accusation) ;

i. les conséquences au niveau des coûts et de l'indemnisation.

3 Les coûts liés à l'institution d'une personne chargée des contrôles sont supportés par l'entreprise. Cette dernière est tenue de lui garantir un accès à ses locaux et de lui fournir tous les renseignements dont elle a besoin pour l'accomplissement de sa mission de contrôle. Demeurent réservés les documents et objets au sens de l'art. 264 CPP.

4 Si l'entreprise enfreint l'accord durant le délai d'épreuve et qu'elle ne met pas fin à cette violation dans un délai raisonnable fixé par le ministère public, ce dernier constate cet état de fait et engage l'accusation devant le tribunal compétent.

5 Le non-respect des engagements est réputé être une condition de l'ouverture de l'action pénale. Sa constatation n'est pas attaquable.

6 Si l'entreprise satisfait les exigences de l'accord durant le délai d'épreuve, le ministère public ordonne le classement de la procédure (art. 319, al. 1, let. d CPP).

Justification avancée par le Ministère public de la Confédération

Au travers de sa demande d'introduction de la mise en accusation différée pour les entreprises dans le CPP, le Ministère public de la Confédération visait à ouvrir un débat sur le sujet à l'échelon national. Son but était de créer

la possibilité de reporter une mise en accusation **«à des fins de défense des intérêts d'entreprises suisses»**. Cela permettrait de renoncer à un acte d'accusation si les conditions convenues ont été respectées tout au long d'un délai d'épreuve dûment fixé. Ainsi, si certains objectifs de l'État de droit étaient remplis, les tribunaux n'auraient plus besoin de rendre un jugement formel contre une entreprise.

Conditions posées à la conclusion d'un accord

Dans la proposition du ministère public, le fait pour l'entreprise de se dénoncer spontanément, de se soumettre rapidement à une enquête pénale et de coopérer pleinement avec les autorités de poursuite pénale est une condition sine qua non pour pouvoir envisager la conclusion d'un accord prévoyant un report de la mise en accusation².

Il relèverait de l'**appréciation de la seule autorité de poursuite pénale** de se prononcer sur le point de savoir

- si un accord entre entreprises et autorités de poursuite pénale est susceptible d'être passé;
- à quelle personne indépendante il conviendrait de confier, aux frais de l'entreprise, les tâches de contrôle («compliance monitor»);
- si l'entreprise a rempli les conditions fixées dans l'accord durant le délai d'épreuve fixé et
- si l'entreprise a prouvé avoir rempli ses engagements et, partant, s'il convient de classer la procédure (art. 319, al. 1, let. d CCP) ou d'engager l'accusation (art. 324 ss. CPP).

Dans l'hypothèse d'une décision ultérieure de mise en accusation de l'entreprise malgré l'accord conclu entre cette dernière et les autorités de poursuite pénale,

- la reconnaissance des faits intervenue dans le cadre de l'accord restera exploitable pour la procédure principale;
- le tribunal sera autorisé en cas d'appréciation divergente à prendre une nouvelle décision s'agissant des amendes et valeurs confisquées, et

- les indemnités que l’entreprise aura déjà acquittées aux parties plaignantes pourront être considérées comme une affaire liquidée, autrement dit le tribunal n’aura plus à s’en occuper et verra ainsi sa tâche allégée d’autant.

Soutien de la part de la Fédération suisse des avocats

La Fédération suisse des avocats (FSA) a accueilli favorablement l’idée d’introduire le concept du report de la mise en accusation³ au vu des dommages collatéraux très graves que sont susceptibles d’entraîner des condamnations pénales prononcées contre des entreprises actives à l’échelon international. Toutefois, la FSA souligne qu’elle ne voit pas en quoi la poursuite différée ne profiterait qu’aux personnes morales au sens de l’art. 102 al. 4 CP, soit à l’exclusion des personnes physiques qui, pourtant, peuvent elles aussi subir des préjudices majeurs en cas de condamnation pénale. En réalité, l’introduction de cet instrument demandé par le Ministère public de la Confédération vise au premier chef la protection des intérêts des entreprises suisses. Des réserves quant au respect de l’État de droit ne sont pas perceptibles.

b) Le Conseil fédéral ne reprend pas l’accord de poursuite différée dans son projet de révision du CPP

Le Conseil fédéral⁴ a refusé en août 2019 d’intégrer l’accord de poursuite différée pour les entreprises dans le projet de révision du code de procédure pénale. Il a justifié sa position par le fait que l’emprise déjà forte du ministère public ne saurait être étendue davantage sans prévoir de contreponds ou même un simple mécanisme de contrôle (l’exigence de son approbation par le tribunal ou des moyens de droit, par exemple).

Le système du droit pénal repose sur le principe selon lequel il appartient aux individus de respecter les règles parce qu’à défaut d’un tel comportement ils s’exposent à des sanctions prévues par ce droit. Or cette conception serait mise à mal s’il était possible, en cas d’infraction, d’«acheter» la renonciation à la poursuite pénale en payant une amende et en promettant d’agir de manière correcte à l’avenir.

1.2. La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse

Longtemps, le principe a prévalu que seules des personnes physiques pouvaient porter une responsabilité pénale («societas delinquere non potest»). Or, depuis quelques années, cette approche est jugée dépassée ou, à tout le moins, s'est estompée aux échelons tant national qu'international.⁵

En Suisse, depuis 2003 déjà, les entreprises peuvent être poursuivies pénalement. Comme on ne saurait reprocher à une personne morale un acte délictueux au sens classique de manquement individuel, la notion de faute sur laquelle repose le droit pénal donne lieu à réinterprétation dans le contexte de la responsabilité pénale de l'entreprise. Là, l'idée de faute fait place au reproche d'**organisation défailante** (il s'agit d'une **culpabilité «sui generis»**).

Il existe deux hypothèses différentes dans lesquelles des entreprises sont susceptibles d'être sanctionnées par une amende. Dans la première, l'entreprise est punie parce qu'elle s'est rendue coupable de ce que la personne physique responsable ne peut pas être identifiée (art. 102, al. 1 CP). Dans la seconde, l'entreprise est accusée d'être coresponsable de l'infraction commise (art. 102, al. 2 CP)⁶. Comme le Tribunal fédéral l'a confirmé récemment, la responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 102, al. 2 CP est une responsabilité primaire et non pas purement causale. Autrement dit, les conditions objectives et subjectives de la culpabilité doivent être réunies chez la personne physique agissant au nom de l'entreprise pour qu'une punissabilité de cette dernière puisse être affirmée. Cette clarification par notre haute cour a été saluée⁷ **au nom de la sécurité du droit et de l'ultima ratio du droit pénal**. En outre, il y a lieu de mentionner que tous les pays ne reconnaissent pas systématiquement l'existence d'une responsabilité pénale de l'entreprise. En Allemagne, par exemple, les entreprises ne peuvent pas être considérées comme coupables en tant que telles, mais elles encourent une responsabilité uniquement pour les conséquences d'actes punissables commis par leurs collaborateurs.⁸

1.3. Les principes de procédure pénale consacrés par le droit suisse

En 2011, les différents codes de procédure pénale cantonaux ont fait place à un code unifié à l'échelon national. Les divers principes fondamentaux de procédure régissant la procédure pénale garantissent le respect de l'État de droit (par exemple le devoir de l'État de rechercher la vérité, le monopole du pouvoir coercitif de l'État, le droit de ne pas s'auto-incriminer (interdiction de l'exigence de contribuer à sa propre incrimination), la présomption d'innocence, le principe du droit à un procès équitable, le principe de la légalité, le droit pénal en tant qu'ultima ratio).⁹

Les écarts et exceptions aux principes précités, dont on connaît l'importance primordiale pour la personne ou l'entreprise inculpée, doivent être justifiés en des termes clairs si l'on veut éviter de donner une impression d'arbitraire.

Dans sa prise de position du 13 mars 2018, la Fédération suisse des avocats est partie de l'idée qu'aucun principe de l'État de droit ne serait remis en cause par l'introduction de l'accord de poursuite différée dans le code de procédure pénale. De son côté, le Ministère public de la Confédération est allé encore plus loin dans sa propre prise de position du 20 mars 2018 où il a justifié l'intégration du concept en question dans le code par la préoccupation du respect et de la poursuite des buts de l'État de droit.

1.4. Instruments existants

Dans le domaine de la procédure pénale, les écarts par rapport aux principes connus précités nécessitent une base légale.

Dans nombre de ces réglementations dérogatoires, un rôle important est joué par le pouvoir d'appréciation étendu attribué aux autorités de poursuite pénale. Il en résulte une relativisation des principes en question, avec pour effet d'affaiblir la sécurité du droit.¹⁰

Aujourd'hui, il est déjà possible en Suisse, à certaines conditions, de liquider une procédure sous une forme simplifiée (art. 358–362 CPP). On peut également suspendre une procédure faute d'intérêt à la répression (art. 52 CP)¹¹ ou parce que la réparation a déjà été effectuée (art. 53 CP, en lien

avec les art. 316 et 319 CPP). Sans entrer en matière sur ces dispositions légales, la doctrine relève que, **dans ces types de procédures, il convient absolument d'ouvrir la porte à une protection accrue de l'accusé**. En particulier, il y a lieu de mettre à disposition des autorités de poursuite pénale des directives pour l'exercice de leur liberté d'appréciation afin de garantir un déroulement de la procédure à l'abri de tout arbitraire¹². Il est relevé également que les «arrangements à l'amiable» intervenant dans le cadre de procédures pénales (cf. art. 316 al. 2 CPP) sont à qualifier d'«incongrus» au regard de notre conception européenne de la procédure pénale conçue comme une procédure d'office. Dès lors, un accord passé entre des autorités de poursuite et un prévenu sera souvent qualifié sous nos latitudes de «deal», de «négociation», de «marchandage avec la justice», de «marchandage d'un aveu de culpabilité» ou encore de «maquignonnage (inadmissible)»¹³.

Dès lors, il n'est pas rare que **l'exemption de peine selon l'art. 53 CPP donne lieu à des critiques également parce que cette mesure permet d'une certaine manière de racheter librement une faute punissable pénalement**. Les efforts déployés en vue d'une suppression de cette disposition pour le motif qui vient d'être indiqué se sont heurtés en 2012 à l'opposition du Conseil national¹⁴. Quoi qu'il en soit, les Chambres fédérales ont restreint il y a peu les conditions d'application des dispositions concernées dans la mesure où la réparation présuppose un aveu de culpabilité et n'est concevable que si aucune peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an n'est susceptible d'être infligée¹⁵. Or l'introduction d'une «justice restaurative» à large échelle, telle que réclamée par certains participants à la procédure de consultation menée sur la modification du code de procédure pénale, se trouve en porte-à-faux avec cette évolution toute récente¹⁶.

L'intérêt pour la procédure simplifiée repose sur l'aspiration à ne pas exposer des personnes ou des entreprises à la publicité des débats. Or cette procédure est elle aussi contestée. La **réduction du caractère public risque de renforcer la méfiance nourrie à l'endroit de la justice et des autorités de poursuite pénale**. Surtout lorsque de grandes entreprises viennent à conclure des «deals» avec les autorités de poursuite pénale dans le cadre de procédures semi-publiques, une surveillance par les médias s'impose¹⁷.

Les instances politiques devront encore clarifier la question de savoir si, pour des raisons de proportionnalité, il n'y aurait pas lieu de modifier des dispositions

légales existantes (art. 53 CP, par exemple) plutôt que d'introduire dans notre système juridique un instrument étranger à ce dernier et qui n'a pas fait ses preuves¹⁸.

1.5. Procédures pénales récentes lancées contre des entreprises

Ci-après, deux procédures pénales emblématiques dirigées contre des entreprises en Suisse font l'objet d'une analyse, certes non définitive.

a) Procédure pénale contre Alstom

Dans le cas d'Alstom, le Ministère public de la Confédération a affirmé l'applicabilité de l'art. 102 CP non seulement à la maison-mère étrangère Alstom SA, sise en France, mais encore à sa filiale helvétique Alstom Network Suisse SA, avec siège à Baden. Il a ouvert une plainte pénale contre chacune de ces deux entreprises. Les procédures engagées ont abouti l'une à un classement conformément à l'art. 319, al. 1, let. a CPP considéré en lien avec l'art. 53 CP (Alstom SA) et l'autre à une ordonnance pénale (Alstom Network Suisse SA).¹⁹

Le fait que la procédure ait débouché sur une lourde amende et au versement d'une réparation importante a été considéré au niveau international comme une preuve que notre droit pénal des entreprises est bien vivant²⁰. En outre, l'ancien Compliance manager d'Alstom Network a été placé en détention préventive, ce qui a été qualifié à l'époque de mesure sans précédent à l'échelon européen²¹.

b) Procédure pénale contre La Poste

Un retrait en espèces a été effectué auprès de La Poste Suisse sur un compte d'une société de placement dont les responsables ont été soupçonnés d'escroquerie par métier. Au niveau des fonds concernés, il se serait agi de sommes provenant de clients ayant commis des détournements. Le Tribunal fédéral a lavé La Poste du soupçon de blanchiment d'argent (cf. ATF 142 IV 333). Notre haute cour a relevé que la responsabilité pénale d'entreprises présuppose toujours la commission d'un délit dont se serait effectivement rendu coupable un collaborateur dans l'exercice de son activité. Certes, au niveau des faits, la caissière et le collaborateur en charge de la conformité de La Poste se sont bien rendus coupables de blanchiment d'argent. Cependant, comme ils ignoraient l'origine criminelle des fonds, l'exigence du critère subjectif n'était pas satisfaite. Dès lors, aucun délit n'a été commis au sein de l'entreprise pour lequel La Poste aurait pu être condamnée. Le Tribunal fédéral a déclaré que la responsabilité de l'entreprise n'a pas un caractère causal²².

Même si un collaborateur a commis une infraction, celle-ci ne suffit pas pour reprocher à l'entreprise une violation de ses devoirs. Il convient encore de prouver que la société n'a pas pris toutes les mesures organisationnelles susceptibles d'être attendues de sa part pour prévenir le délit²³.

c) Résumé

La responsabilité pénale des entreprises consacrée par le droit suisse est reconnue à l'échelon international. De plus, le Tribunal fédéral a dénié il y a peu toute responsabilité causale de l'entreprise. Dès lors, on constatera ce qui suit:

1. À l'échelon international, il apparaît que les instruments existants permettent de remporter des succès en matière de poursuite pénale.
2. Pour les entreprises, il peut valoir la peine de se battre devant les tribunaux afin de se faire reconnaître leurs droits ou d'obtenir un acquittement, et de ne pas se laisser trop vite convaincre d'accepter des accords sous une pression injustifiée.

Dans ce contexte, le recours au «deferred prosecution agreement» proposé en Suisse pour les entreprises par le Ministère public de la Confédération mérite d'être examiné de très près.



2. Modèle de l'accord *de poursuite différée*

2.1. Histoire et signification du DPA aux États-Unis

Les accords, soumis à de multiples conditions, entre autorités de poursuite et entreprises sous enquête, en vue de surseoir à une inculpation, sont connus aux États-Unis comme «deferred prosecution agreement» ou DPA (accord de poursuite différée). Depuis le début du millénaire, ils ont la cote dans le cas de poursuites pénales, jusqu'à devenir une mesure standard²⁴.

Les DPA et NPA («non-prosecution agreement») sont seulement possibles si le principe d'opportunité prévaut et que les magistrats en charge de l'instruction pénale ont la liberté de ne pas déclencher de poursuites, ce qui est le cas au niveau fédéral aux États-Unis. Les autorités de poursuite américaines ont un vaste pouvoir d'appréciation («prosecutorial discretion») pour décider d'engager une action ou de classer une procédure, choisir les infractions à poursuivre ou proposer au prévenu une composition pénale. Les procureurs américains ne connaissent pas le principe de la légalité et, même en présence de preuves suffisantes, ne sont pas tenus d'engager des poursuites.²⁵ La justification réside dans le fait que, dans un **procès pénal en droit américain, le prévenu et l'autorité d'accusation représentant l'État sont des parties adverses**. Ce vaste pouvoir d'appréciation des procureurs est encore renforcé par le fait qu'ils exercent, dans la plupart des États américains, aussi une fonction politique.

Le pouvoir discrétionnaire des procureurs américains est régi par le United States Attorney's Manual (USAM). Depuis les scandales en 2001 des faux en

écritures comptables commis par la compagnie américaine Enron Corporation, la lutte contre la criminalité d'entreprise est devenue une tâche majeure du Department of Justice (DOJ) américain.²⁶

Voici les raisons avancées pour expliquer la progression des DPA aux États-Unis:

- Éviter qu'une mise en accusation et un éventuel procès pénal menacent l'existence de l'entreprise (atteinte à la réputation, exclusion des appels d'offres, perte de licence, etc.)
- Éviter le stigmate de la procédure pénale
- Rendre possible de lourdes amendes ou le versement de compensations aux éventuelles victimes
- Améliorer massivement les règles de conformité d'une entreprise

La décision de proposer ou non un DPA à une entreprise dépend de la gravité des faits en regard de la loi, de sa responsabilité, de sa volonté de coopérer ainsi que des conséquences d'une condamnation. Une condamnation et ses effets collatéraux, l'exclusion de marchés publics par exemple, peuvent aussi menacer la survie d'une entreprise. **L'histoire montre cependant que la seule mise en examen peut déjà être fatale à une entreprise.**

«A conviction often means destruction of the company. After Arthur Andersen, the government became gun shy. DOJ was rightly embarrassed by the outcome of that case: Andersen was not convicted but destroyed.»²⁷

Dans le droit américain, il existe de nombreux termes et outils pour faire aboutir les procédures pénales dans des délais réduits. Les compositions pénales constituent alors l'un des éléments clés des procédures accélérées²⁸ et les règlements extrajudiciaires (autant DPA que NPA). **L'aspect critiqué de la pratique des ententes est le contrôle juridictionnel souvent insuffisant, voire inexistant, ainsi que les faibles exigences de transparence et publicité.**

Lors d'un **DPA**, le DOJ inculpe l'entreprise tout en requérant la suspension de la procédure judiciaire. En contrepartie, l'entreprise doit payer une amende, renoncer à la prescription et garantir une coopération étendue avec les

autorités. De plus, elle doit reconnaître les faits essentiels et prendre des mesures radicales en matière de mise en conformité. L'instauration d'un «compliance monitor» est en outre souvent exigée pour le suivi des améliorations à apporter, pour encadrer, favoriser et vérifier leur mise en œuvre²⁹. L'accord par écrit entre l'entreprise et l'autorité de poursuite est déposé auprès du tribunal et généralement publié sur le site du DOJ. Si l'entreprise remplit les conditions du DPA dans un délai déterminé (en général deux ou trois ans), le DOJ retire l'inculpation et l'entreprise est réputée non condamnée pénalement.

Le **NPA** est une autre forme d'entente extrajudiciaire entre entreprises et autorités de poursuite. Le DOJ ne dresse pas d'accusation, mais l'enquête pénale contre l'entreprise n'est suspendue qu'une fois certaines conditions remplies par cette dernière (analogues à celles d'un DPA).

En vertu du droit américain, un délit commis par un seul collaborateur suffit à motiver l'incrimination de l'entreprise. À cause du vaste pouvoir d'appréciation des autorités de poursuite en cas de comportement délictueux d'un employé, le destin de l'entreprise est alors entre les mains du ministère public et **les entreprises n'ont guère de vraie alternative à la coopération avec les autorités de poursuite³⁰**. Dès qu'une infraction d'une entreprise est suspectée, les autorités de poursuite exigent d'abord qu'elle mène une enquête interne, confiée le plus souvent à des cabinets de renom et extrêmement onéreuse. **Comme elles n'ont ainsi pas besoin d'enquêter elles-mêmes, les autorités de poursuite économisent d'importantes ressources à ce stade. L'auteur présumé de l'infraction, sous l'épée de Damoclès, doit enquêter contre lui-même et supporter les coûts généralement considérables pour la détection de sa propre faute.** Cette position de force prononcée du procureur et l'«externalisation de la tâche d'instruction au prévenu» selon le droit pénal des entreprises américain, n'est guère compatible avec la compréhension suisse de la procédure pénale. Les autorités de poursuite se verraient habilitées à déléguer le travail d'enquête à des particuliers, à priver l'employé sous enquête de certains droits (notamment du droit au silence) et à contourner ainsi ses droits de procédure et de défense.

Le plus remarquable dans toute cette problématique, c'est que pratiquement aucune procédure pénale contre des entreprises n'aboutit. Si, très exceptionnellement, une action est quand même engagée contre une

entreprise, elle se solde en règle générale par une «guilty plea». Ou alors, un DPA est conclu (renoncement à l'audience principale, le prévenu accepte la sanction sans avoir été condamné). Les entreprises qui se voient proposer un DPA par les autorités de poursuite l'acceptent en général, parce qu'il n'existe pour elles guère de moyens de défense³¹. Leur tendance à accepter la transaction est aussi favorisée par le tristement célèbre système des «US jury trials», où les peines prononcées à l'encontre d'entreprises sont souvent très sévères. Du point de vue des jurés, les peines frappant des entreprises inculpées ne sont jamais assez élevées.

La **pression sur les entreprises** qui signent un DPA est encore renforcée par l'obligation leur étant faite de remplir entièrement les conditions de l'accord dans le délai d'épreuve de deux à cinq ans. Dans le cas contraire, le ministère public peut utiliser les **informations divulguées** durant ce délai **pour une éventuelle mise en accusation**. La plupart des **moniteurs de conformité** mis en œuvre dans le cadre d'un DPA **engendrent de surcroît des coûts élevés**. Par ailleurs, les moniteurs fournissent des rapports réguliers au ministère public, qui peut ensuite utiliser les informations en question. Pour les autorités de poursuite, le recours aux moniteurs est un avantage de taille, en ce sens que cela leur permet de compenser, aux frais de l'entreprise, leur manque d'expertise et souvent aussi de ressources.

Du point de vue des autorités de poursuite, un DPA avec une entreprise relève donc du coup de génie en les libérant de leur obligation d'apporter la preuve pénale. **Les enquêtes internes et l'épée de Damoclès d'une menace d'inculpation poussent l'entreprise à accepter l'accord, même en l'absence de preuve à charge.**

«The downside of a DPA is that it is non-adversarial, based on the facts that do not provide evidence strong enough for conviction. If there was not the possibility of a DPA, there would be fewer cases against companies. Because if companies were pushed to go to trial, they would fight, and some might be successful.»³²

La législation américaine ne reconnaît pas aux entreprises le droit de ne pas s'auto-incriminer (principe nemo tenetur). Faire appel à ce droit impliquerait, pour l'entreprise, des risques de sanctions difficilement supportables. À cela s'ajoute que le ministère public, en usant de «récompenses», parvient à

diviser entreprise et employés. Tant l'entreprise que son personnel peuvent bénéficier de la transmission d'informations aux autorités de poursuite. En même temps, le droit pénal des entreprises annihile pratiquement le droit au silence de l'avocat. Les caractéristiques principales du droit pénal des entreprises américain sont la volonté de coopérer de l'entreprise et le plein contrôle du procureur. **La défense de l'entreprise est difficile à envisager au vu des risques élevés.**

2.2. Faits et chiffres

Une **publication du Law & Economics Center (LEC), George Mason University School of Law, 2015** contient des chiffres révélateurs sur les compositions pénales pour régler des infractions présumées d'entreprises. L'étude examine des données statistiques chiffrées sur les NPA, DPA et «plea agreement», sans omettre d'indiquer que des scientifiques américains de renom aussi voient ces instruments d'un œil critique en raison de l'absence de séparation des pouvoirs. Certains vont même jusqu'à contester leur efficacité pratique³³. L'analyse permet de conclure à ce qui suit:

Tendances

- Les accords avec des entreprises cotées pour le règlement de chefs d'inculpation pénal ont fortement augmenté entre 1997 et 2011.
- En 1997, seules onze procédures pénales visant des entreprises cotées ont abouti à une résolution consensuelle, puis elles sont montées en flèche. Leur nombre a quadruplé entre 2005 et 2011.

Caractéristiques des entreprises mises en cause

- La majorité des DPA et NPA (soit 52% et 76%) concernent des sociétés-mère.
- De plus, 32% des règlements ont porté sur des infractions présumées ayant affecté le gouvernement. Une part de 43% des règlements où le gouvernement était la partie lésée se sont soldés par des NPA et DPA, contre seulement 30% des autres accords.

Délits

- En classant les délits par catégories, le plus grand nombre des règlements extrajudiciaires relèvent du droit des cartels (119), suivi de l'environnement et de la sécurité (91), de la corruption transnationale/FCPA (86) et de la santé publique/FDA (59).

Une étude du cabinet américain Gibson Dunn, publiée le 10 janvier 2019³⁴, fournit **des chiffres plus récents pour 2018.**

- En 2018, le Department of Justice a conclu au moins 24 règlements extrajudiciaires (13 NPA, 11 DPA), tous indiqués à la fin de la publication.
- Sur ce total de 24 règlements, 14 étaient liés à des établissements financiers et 7 avaient résulté de plaintes reposant sur la Foreign Corrupt Practice Act (FCPA).
- Deux diagrammes illustrent l'évolution des règlements extrajudiciaires conclus dans la période de 2000 à 2018 sous forme de NPA et DPA, ainsi que les recettes qui en ont résulté.
- Pour ce qui concerne le «nombre de règlements extrajudiciaires conclus», l'année 2015 sort du lot avec 102 règlements (contre 30 en 2014 et 39 en 2016). **Cette valeur extrême en 2015 s'explique par la liquidation, cette même année, des «Swiss bank program category 2 agreements».**
- Le tableau «Total Monetary Recoveries Related to Corporate NPA and DPA, 2000–2018» révèle que, depuis 2008, les États-Unis ont encaissé chaque année des milliards grâce aux règlements extrajudiciaires.
- Les règlements conclus avec les différentes sociétés au second semestre 2018 sont décrits en détail. Parmi les plus connus, l'on trouve le NPA de la banque Lombard Odier & Co Ltd. (NPA addendum), le DPA avec la Banque cantonale de Bâle, le NPA avec la NPB Neue Privat Bank AG et le DPA avec la Banque cantonale de Zurich.

- Il est mentionné qu'à l'échelle internationale, on observe une tendance à suivre le modèle du DPA pour reprendre de tels instruments dans les législations nationales. La Grande-Bretagne et la France en auraient déjà introduit un, des instruments DPA encore incomplets et devant faire leurs preuves existeraient dans d'autres **pays comme le Canada et Singapour, et des pays comme la Suisse, l'Australie et la Pologne envisageraient d'introduire des possibilités dans ce sens.**

L'étude de Gibson Dunn publiée le 8 janvier 2020 présente des chiffres encore plus récents et des tendances internationales pour 2019. Elle contient aussi des explications révélatrices sur la pratique américaine en matière de DPA, fournies en avril 2019 par la sénatrice Elisabeth Warren. Selon celles-ci, les DPA serviraient malheureusement souvent à laver des infractions commerciales («get-out-of-jail cards»³⁵.

2.3. Coup d'œil sur d'autres systèmes juridiques

Par l'entrée en vigueur du Crime and courts act en 2014 et la publication du Deferred Prosecution Agreements Code of Practice avec notes explicatives et lignes directrices détaillées, le DPA a fait son entrée dans le système juridique du **Royaume-Uni**. Les autorités de poursuite britanniques ont ainsi la possibilité d'offrir un règlement par DPA aux entreprises mises en examen pour certains délits. Contrairement au système américain, les tribunaux sont davantage impliqués et, en plus, le pouvoir d'appréciation des autorités de poursuite est davantage limité. De surcroît, il ne doit pas exister d'intérêt public prépondérant à une condamnation de l'entreprise.

À **Singapour**, une loi régissant le DPA³⁶ n'a été adoptée qu'en mars 2018. En **Australie**, le modèle de DPA a été présenté au Parlement au printemps 2018 et son introduction est actuellement à l'étude³⁷.

À l'inverse de la Suisse, l'**Allemagne** ne connaît pas de droit pénal des entreprises et une vive controverse s'est élevée à propos de la possibilité fondamentale d'y transposer le DPA³⁸. Dans ce contexte, la discussion porte sur la question de savoir si, en raison des peines extrêmement sévères, l'introduction d'une responsabilité pénale des entreprises n'enfreindrait pas le principe de proportionnalité ancré dans la constitution. Les critiques visent aussi l'abandon du principe constitutionnel de la faute, engendrant une

quasi-obligation de créer des structures de conformité quelle que soit la forme de société³⁹. Selon le droit en vigueur, il est uniquement possible d'infliger des amendes en vertu de la loi relative aux sanctions administratives (Ordnungswidrigkeitengesetz § 30 OWiG). Il est toutefois souligné que la réforme prévue du droit des sanctions aura un impact significatif sur les pratiques des entreprises et des poursuites. Un peu selon la conviction de nombreux systèmes juridictionnels anglo-saxons, l'idée est sans doute de transformer les entreprises en «good corporate citizen». La priorité est alors moins de sanctionner des torts du passé que d'éviter de futurs manquements⁴⁰. Il est souligné que, dans cette logique, un modèle flexible de composition pénale examiné ne doit en aucun cas priver les entreprises de la possibilité de se défendre contre les chefs d'inculpation⁴¹. Sous cet éclairage, il apparaît peu probable que l'Allemagne introduise dans un avenir proche un outil semblable au DPA.

Depuis 2016, les procureurs de **France** ont la possibilité de conclure avec les entreprises une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), par laquelle celles-ci peuvent se voir infliger des amendes allant jusqu'à 30% de leur chiffre d'affaires. La réglementation repose sur les recommandations de Transparency International France⁴². L'objectif était – dans la lutte contre la corruption – d'accélérer les enquêtes pénales contre les entreprises pouvant durer plus d'une décennie. Dans ce sens, il a été admis de rompre avec la tradition inquisitrice de la procédure pénale française. Dernièrement, UBS a fait les grands titres en France en refusant de contribuer à la conclusion d'une CJIP aux conditions dictées par le ministère public. Par le jugement rendu il y a peu, l'État semble vouloir faire un exemple afin d'inciter à l'avenir les entreprises à signer des CJIP avec le ministère public⁴³.



3. La mise en accusation différée, solution **ou** **semblant de solution?**

3.1. Les risques sont inhérents à l'économie de marché

Par définition, un système d'économie de marché se fonde sur des risques et des opportunités. Le progrès n'est possible qu'avec une certaine prise de risques.

«While a company may die a quick death if it does not manage its critical risks, it will certainly die a slow death, if it does not take enough risks».⁴⁴

Par conséquent, il est important d'établir une distinction entre l'introduction d'une procédure pénale qui pourrait déboucher sur la condamnation d'une entreprise et le fait de sanctionner les agissements répréhensibles de l'entreprise au moyen d'une procédure civile ou d'une procédure administrative. Il existe souvent, au niveau national, une fine mécanique entre droit pénal et dispositions en matière de surveillance qu'il faut éviter de dérégler sans raison. Les conclusions que l'on peut tirer des solutions américaines ne sont valables que de manière limitée pour la Suisse, car la position du procureur et la relation entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale diffèrent sensiblement à l'intérieur de ces deux ordres juridiques⁴⁵.

3.2. L'introduction d'un accord de poursuite différée, chance ou menace pour l'entreprise?

L'instrument de la mise en accusation différée soulève des questions sur le fonctionnement de l'État de droit.

L'introduction de modèles inspirés du DPA revient à attribuer un pouvoir considérable aux procureurs, qui s'exerce au détriment des entreprises et de leurs actionnaires. Les conventions conclues entre les procureurs et les entreprises ne sont pas des accords entre parties égales, car les entreprises n'ont souvent pas d'autre choix que de signer la convention dont les termes sont dictés par les autorités de poursuite pénale. D'où le risque aussi de voir le DPA (et le NPA) être utilisé également dans des affaires qui, autrefois, n'auraient donné lieu à aucune instruction pénale (en présence seulement d'une faute mineure, en l'absence de présomption de culpabilité ou tout simplement faute d'éléments de preuve, par exemple). **On peut ainsi supposer que des procureurs puissent être tentés d'utiliser le DPA aussi dans des affaires qui, par le passé, n'auraient pas donné lieu à l'ouverture d'une procédure, ou pour lesquelles la procédure aurait été suspendue.** On peut s'en inquiéter sous l'angle de la séparation des pouvoirs, car le système n'offre aucun instrument contre des procureurs trop zélés⁴⁶. Par le DPA, les procureurs peuvent de manière discrétionnaire imposer à une entreprise des réformes structurelles importantes sans être soumis au contrôle d'un tribunal. La plupart des DPA incluent une clause⁴⁷ qui prévoit que le procureur est seul compétent pour déterminer si les conditions conclues dans la convention sont respectées.

À en croire les partisans du DPA (et du NPA), ces instruments de lutte contre la criminalité économique (supposée ou avérée) sont efficaces économiquement. Ils offriraient également l'avantage d'éviter les dommages collatéraux⁴⁸. Les opposants à ce système critiquent tant la possibilité de punir l'entreprise que les modalités du DPA (et du NPA). Selon eux, **les autorités de poursuite pénale se verraient attribuer un pouvoir discrétionnaire qui limite fortement, voire anéantit les droits des entreprises accusées.** Ensuite, le système encouragerait les «revolving doors» que poussent des procureurs après un certain temps pour rejoindre l'économie privée et conseiller, contre de fortes rémunérations, des entreprises ayant fait l'objet d'une mise en accusation

différée. L'absence quasi-totale de contrôle du contenu du DPA par un juge, alors que la décision de sanctionner ou non l'entreprise revient en définitive au procureur, et **la mutation du droit pénal en un système de conformité qui dépasserait les compétences techniques des procureurs responsables** sont deux autres points critiqués.

Mais ce n'est pas tout, **dans le cadre d'un DPA, un procureur peut amener une entreprise à prendre des mesures qui, par le passé, auraient dû être suspendues faute de preuves. En jouant sur la peur de l'entreprise mise en accusation et les incertitudes quant à l'issue d'un procès, le système permet d'épargner les coûts d'une enquête et d'alimenter rapidement les caisses de l'État.**

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer lui aussi sur la crainte justifiée d'un dépôt de plainte aux États-Unis:⁴⁹

«Le dépôt d'une plainte aux États-Unis aurait eu, très vraisemblablement, des conséquences mettant l'existence même d'UBS en péril, avec les effets suivants: il est bien connu – comme l'a relevé la FINMA à juste titre – qu'un dépôt de plainte aux États-Unis, indépendamment de son issue pour l'établissement concerné, conduit à une perte irrémédiable de réputation et de fortune, qui a des conséquences dévastatrices dans le domaine bancaire et entraîne rapidement un surendettement. Sur les six établissements financiers mis en accusation aux États-Unis depuis 1989, un seul a survécu⁵⁰. L'ouverture d'une procédure, même s'il s'avère par la suite qu'elle n'était qu'une mesure d'intimidation et qu'elle n'était pas justifiée, met en danger l'existence de l'établissement concerné, du fait de la perte de confiance qu'elle induit⁵¹.»

D'autres considèrent par contre que les DPA ne sont pas assez intimidants, voire qu'ils sont injustes, d'abord parce qu'ils bénéficient surtout aux grandes entreprises («too big to fail, too big to jail»). Avec l'introduction du DPA, les principes clairs du droit pénal, tels qu'ils sont arrivés jusqu'à nous, sont au moins partiellement sacrifiés (coupable ou non coupable, punition ou relaxe) et «échangées contre des concepts de l'ordre de l'incertain».⁵² La base de la sanction financière et des engagements en matière de conformité qui figurent dans la convention ne se fondent pas sur une décision judiciaire, ni non

plus sur des aveux de l'entreprise incriminée dans les instruments européens inspirés des DPA américains. L'État utilise le droit pénal pour extorquer une part d'un bénéfice possiblement illégal sans avoir besoin de réfuter la présomption d'innocence. Il n'est pas du certain que la perte de l'État de droit, la perte de prévisibilité et l'abandon à la légère d'instruments et de systèmes juridiques qui ont fait leurs preuves soient véritablement un pari gagnant pour une place économique qui possède un ordre juridique et un système judiciaire reconnus internationalement.

Les DPA se situent à l'intersection de deux visions de la justice pénale⁵³:

- la justice pénale comme instance de surveillance, de gestion des risques et de contrôle des «suspects»,
- la justice pénale comme instance chargée d'instruire les enquêtes pénales et de condamner les délinquants.

Les standards appliqués divergent selon les critères choisis. La distinction entre procédure civile et procédure pénale s'estompe, ce qui tend à vider de leur substance des procédures judiciaires éprouvées ainsi que des concepts juridiques nationaux en matière de surveillance. Si le DPA est intégré dans l'ordre juridique, de nouveaux modes de surveillance et de gestion des risques feront leur apparition dans le système au nom de la lutte contre la criminalité des entreprises. Avant d'introduire à la légère des instruments d'une très grande portée dans notre système juridique, il faut les analyser très sérieusement.

3.3. La Suisse dans la lutte internationale contre la criminalité économique: la pression internationale comme moteur du changement

La Suisse a introduit la responsabilité pénale de l'entreprise il y a quinze ans déjà. Dans la lutte internationale contre la criminalité économique, il faut se garder d'introduire à la légère des instruments problématiques du point de vue de l'État de droit qui vont potentiellement à l'encontre de nombreux principes de notre système de procédure pénale.

Lorsqu'on examinera la nécessité de modifier éventuellement la responsabilité pénale de l'entreprise, il s'agira de garder à l'esprit les normes internationales. Récemment dans le monde, des sanctions financières très élevées ont été prononcées contre des entreprises étrangères (UBS en France; UBS, CS et d'autres banques aux États-Unis, par exemple). Pour justifier sa proposition d'introduire l'accord de poursuite différée, le Ministère public de la Confédération a expliqué qu'il faut pouvoir disposer de solutions pour condamner des groupes en Suisse et répondre ainsi aux critiques de l'étranger sur le bas niveau des amendes et la lenteur des procédures et des condamnations en Suisse⁵⁴. Il n'est pas possible de savoir ici si cette affirmation est vraie et si une éventuelle inaction sur la scène pénale internationale desservirait l'économie suisse ou s'il ne s'agirait pas plutôt d'une «concurrence entre États au niveau de l'attractivité de la place économique». Quoi qu'il en soit, il serait intéressant d'analyser les montants que les États avec DPA et NPA encaissent au titre de sanctions financières à l'encontre, d'une part, des sociétés nationales et, d'autre part, des sociétés qui ont leur siège à l'étranger. Une récente étude d'un cabinet d'avocats américain a de quoi surprendre. Elle montre que le nombre inhabituel de conventions extrajudiciaires aux États-Unis en 2015 s'explique par les «Swiss bank program category 2 agreements» (NPA conclus par les banques suisses qui s'étaient annoncées dans la catégorie 2 du programme américain).

Il faut également voir la proposition d'introduire le DPA sous un angle international. Les États utilisent le DPA, si non exclusivement, du moins de plus en plus souvent, pour attaquer des entreprises étrangères. Les États-Unis semblent avoir tiré la leçon de la retentissante affaire «Arthur Andersen», que nous avons déjà mentionnée. Une autre affaire qui mérite d'être citée est celle de FedEx, l'entreprise américaine de transport de colis, poursuivie en justice en 2016 pour avoir livré des médicaments vendus illégalement en ligne. FedEx refusa la proposition de plaider coupable, préférant ainsi un procès. L'autorité de poursuite pénale ayant manifestement eu des doutes quant à l'élément subjectif de l'infraction, elle demanda elle-même de suspendre la procédure peu avant le début du procès⁵⁵.

Du point de vue des autorités de poursuite pénale, les DPA sont des instruments économiquement efficaces de lutte contre la criminalité économique, effective ou supposée. Après la crise financière de 2008, l'idée se répandit que l'on pouvait empêcher des atteintes graves aux marchés

nationaux et internationaux au moyen des DPA plutôt qu'au moyen d'une instruction pénale à l'encontre d'une entreprise. Les DPA furent présentés comme l'instrument permettant d'imposer des mesures de conformité à des entreprises multinationales jugées «too big to fail and too big to jail». D'autres ont fait simultanément remarquer que les DPA n'empêchent pas les agissements délictueux⁵⁶ («Justice should neither be bought nor sold»).

3.4. Ressources insuffisantes du Ministère public de la Confédération

Lorsqu'il proposa d'introduire l'accord de poursuite différée à l'encontre des entreprises, le Ministère public de la Confédération ne fit pas mystère que son but était de déclencher un débat au niveau national. Un article du Tages-Anzeiger montre qu'il a réussi⁵⁷.

On entend souvent dire que les autorités de poursuite pénale et le MPC en particulier ne disposent ni de ressources ni de moyens techniques suffisants pour traiter les délits économiques complexes. Ce n'est pas à nous de juger ici si des mesures s'imposent ou non à ce niveau⁵⁸. Si les ressources du MPC devaient se révéler insuffisantes, c'est ce problème qu'il faut régler. Il ne faut pas chercher à le résoudre par un autre biais, par exemple en proposant d'introduire des instruments (étrangers au système), tel l'accord de poursuite différée.



Pour la place économique suisse, il est primordial de mentionner nommément les problèmes, et l'éventuelle insuffisance de moyens du MPC en serait un, et de les résoudre. Dans une perspective plus large, il convient aussi de s'interroger sur le sens ou le non-sens de sanctions dans le système juridique suisse. Il faudrait clarifier aussi la nécessité d'adapter ou non la responsabilité pénale des entreprises en vigueur depuis plus de quinze ans.

Aux yeux des milieux économiques, il faut savoir bien distinguer ce qui est effectivement demandé avec insistance à l'étranger et ce qui, par exemple en cas d'introduction précipitée du DPA en Suisse, représenterait un handicap pour notre pays. Il convient de rappeler ici que l'Allemagne ne connaît pas même la responsabilité pénale de l'entreprise. L'économie doit être bien consciente qu'il y a des domaines où de fortes pressions existent au niveau international et d'autres qui offrent de la place pour des solutions nationales.

Il existe dans tout pays des relations entre droit pénal et dispositions en matière de surveillance dont la fine mécanique ne doit pas être dérégulée sans raison. Examiner uniquement les instruments de droit pénal sans considérer simultanément les dispositions applicables en matière de surveillance dans ce pays n'est pas un exercice très utile. C'est pourquoi les sanctions futures doivent s'entendre obligatoirement au sens large. Les interactions entre les sanctions de droit pénal et les sanctions de droit administratif doivent être analysées dans leur globalité.



Sandrine Rudolf von Rohr

Stv. Leiterin Wettbewerb & Regulatorisches

-
- 1. cela quand bien même le ministère public est tenu au premier chef d'établir la vérité au nom de la mission supérieure qui lui est confiée:** Cf. Synthèse des réponses à la consultation sur l'avant-projet de modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383) publiée sur le site Internet <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo.html>
- 2. une condition sine qua non pour pouvoir envisager la conclusion d'un accord prévoyant un report de la mise en accusation:** Les exigences détaillées à cet égard sont énoncées dans le projet d'art. 318bis CPP.
- 3. La Fédération suisse des avocats (FSA) a accueilli favorablement l'idée d'introduire le concept du report de la mise en accusation:** Cf. Résultats de la consultation sur l'avant-projet de modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383) publiée sur le site Internet <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo.html> ainsi que <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vn-stgn-organisationen.pdf>, p. 190 ss.
- 4. Le Conseil fédéral:** Cf. message concernant la modification du code de procédure pénale du 28 août 2019 accessible sous <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2019/6351.pdf>, p. 6351 ss.
- 5. Or, depuis quelques années, cette approche est jugée dépassée ou, à tout le moins, s'est estompée aux échelons tant national qu'international.:** Cf. Peter Kunz, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, 2016, p. 237
- 6. (art. 102, al. 2 CP):** Cf. Damian Graf, Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, dans GesKR 2018, p. 43
- 7. saluée:** Cf. Juana Vasella, Die originäre Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 CP, in *forum* 1/2018 p. 58, i.c. hinsichtlich des Entscheids gegen die Schweizerische Post
- 8. mais elles encourent une responsabilité uniquement pour les conséquences d'actes punissables commis par leurs collaborateurs .:** Cf. Wessing/Dann, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, Deutsche Sanktionen, p. 412
- 9. Les divers principes fondamentaux de procédure régissant la procédure pénale garantissent le respect de l'État de droit (par exemple le devoir de l'État de rechercher la vérité, le monopole du pouvoir coercitif de l'État, le droit de ne pas s'auto-incriminer (interdiction de l'exigence de contribuer à sa propre incrimination), la présomption d'innocence, le principe du droit à un procès équitable, le principe de la légalité, le droit pénal en tant qu'ultima ratio).:** Dans un article intitulé «Straffreiheit bei Wahrung berechtigter Interessen» (impunité lors de la sauvegarde d'intérêts légitimes en français), dans *Medialex* 2018, p. 24, Franz Riklin qualifie l'ordonnance pénale axée sur l'efficacité d'ennemi des principes sur lesquels reposent le droit pénal et la procédure (art. 352-356 CPP). Compte tenu du nombre impressionnant de dossiers pénaux clos par une ordonnance pénale, cette institution juridique revêt une importance cruciale. Sur 100 jugements exécutoires, plus de 95% sont des ordonnances pénales (non contestées ou ayant donné lieu à un retrait de l'opposition) dans lesquelles le ministère public se mue en juge.
- 10. Il en résulte une relativisation des principes en question, avec pour effet d'affaiblir la sécurité du droit.:** Les notions d'intérêt supérieur ou légitime, de sauvegarde de l'intérêt public, de faute minime, de conséquences minimales de l'infraction, d'intérêt faible de la collectivité et du lésé à la poursuite pénale, de défaut d'intérêt public ou privé prépondérant, d'inadéquation d'une peine en raison de la gravité de l'atteinte subie par l'auteur du fait de son acte, par exemple.
- 11. On peut également suspendre une procédure faute d'intérêt à la répression (art. 52 CP):** Si l'on a uniquement affaire à une défaillance légère de l'organisation et sans conséquences lourdes, les motifs d'exemption de peine indiqués à l'art. 52 CP sont aussi applicables aux entreprises menacées d'une sanction en vertu de l'art. 102 CP; cf. dans ce sens, Daniel Jositsch/Gian Ege/Christian Schwarzenegger dans *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 2018, p. 67
- 12. afin de garantir un déroulement de la procédure à l'abri de tout arbitraire:** Cf. Daniel Jositsch/Gian Ege/Christian Schwarzenegger, op. cit., p. 66, soutiennent à bon droit qu'il est erroné de parler
-

de «culpabilité» aux art. 52 ss. dans la mesure où des présuppositions à cet égard précédant la condamnation constitueraient une violation du principe de la présomption d'innocence

13. Dès lors, un accord passé entre des autorités de poursuite et un prévenu sera souvent qualifié sous nos latitudes de «deal», de «négociation», de «marchandage avec la justice», de «marchandage d'un aveu de culpabilité» ou encore de «maquignonnage (inadmissible)»: Cf. Petra Schoenmakers, op. cit. p. 33

14. se sont heurtés en 2012 à l'opposition du Conseil national: Daniel Jositsch, Gian Ege, Christian Schwarzenegger, op. cit., p. 70; cf. aussi les initiatives parlementaires 10.522 et 10.519

15. si aucune peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an n'est susceptible d'être infligée: Disposition en vigueur depuis le 1er juillet 2019 (RO 2019 1809; FF 2018 3881 et 5029)

16. se trouve en porte-à-faux avec cette évolution toute récente: Cf. FF 2019 6374

17. Surtout lorsque de grandes entreprises viennent à conclure des «deals» avec les autorités de poursuite pénale dans le cadre de procédures semi-publiques, une surveillance par les médias s'impose: Les critiques dirigées contre la conclusion de «deals avec des entreprises» en lieu et place d'un jugement rendu par la justice émanent non seulement des rangs de l'économie mais encore du monde des médias; cf. Luca Schoop, Die Medienöffentlichkeit der Strafjustiz ausserhalb des Hauptverfahrens, dans *Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft* Band/Nr. 38, 2018, p. 75

18. plutôt que d'introduire dans notre système juridique un instrument étranger à ce dernier et qui n'a pas fait ses preuves: L'argument principal avancé par le Ministère public de la Confédération contre une application de l'art. 53 CP à des affaires pénales économiques est que l'opinion publique porterait un grand intérêt à la réparation. En lieu et place, on pourrait faire valoir devant le Parlement qu'une pesée des intérêts devrait avoir lieu au sujet de l'application de l'art. 53 CP plutôt que de se focaliser uniquement sur l'importance de l'intérêt public.

19. Les procédures engagées ont abouti l'une à un classement conformément à l'art. 319, al. 1, let. a CPP considéré en lien avec l'art. 53 CP (Alstom SA) et l'autre à une ordonnance pénale (Alstom Network Suisse SA): Cf. Stefan Lenz, Walter Mäder, Grenzüberschreitende Korruption: Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, dans *forumpoenale* 1/2013, p. 32 ss.

20. que notre droit pénal des entreprises est bien vivant: Cf. Simone Nadelhofer Do Canto, Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehren gegen Bestechung, dans *GeSKR* 11/2012, p. 135

21. ce qui a été qualifié à l'époque de mesure sans précédent à l'échelon européen: Cf. Simone Nadelhofer Do Canto, op. cit., p. 131

22. Le Tribunal fédéral a déclaré que la responsabilité de l'entreprise n'a pas un caractère causal: Cf. ATF 142 IV 333, considérants 4.1 et 4.2

23. pour prévenir le délit: Cf. ATF 142 IV 333

24. Depuis le début du millénaire, ils ont la cote dans le cas de poursuites pénales, jusqu'à devenir une mesure standard: Cf. récapitulatif très compréhensible dans l'article de Carl-Friedrich Stuckenberg, «Deferred Prosecution Agreements» – Ein empfehlenswertes Instrument zur Ahndung von Unternehmenskriminalität? », dans: *Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Steuerrecht: Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, édité par Frieder Dünkel, Christian Fahl, Frank Hardtke, Stefan Harrendorf, Jürgen Regge, Christoph Sowada, Munich: C.H. Beck, 2018, p. 331

25. Les procureurs américains ne connaissent pas le principe de la légalité et, même en présence de preuves suffisantes, ne sont pas tenus d'engager des poursuites.: Cf. Claudia Letzien, *Internationale Korruption und Jurisdiktionskonflikte*, p. 222

26. Depuis les scandales en 2001 des faux en écritures comptables commis par la compagnie américaine Enron Corporation, la lutte contre la criminalité d'entreprise est devenue une tâche majeure du Department of Justice (DOJ) américain.: D'un point de vue historique, les DPA sont nés il y a environ un siècle, pour éviter de stigmatiser par un procès pénal les infractions mineures comme les vols à l'étalage commis par des jeunes. Aujourd'hui, le droit pénal des entreprises est leur premier champ d'application. Au cours des deux dernières décennies, le DOJ a fortement promu cet outil (Cf. «Holder Memo», «Thomson Memo», «Mc Nulty Memo», «Filip Memo», «Yates Memo», du nom des auteurs au

sein du DOJ). Les acteurs américains considèrent les DPA comme «nouveau juste milieu» entre les deux seules options initiales dont disposait l'autorité de poursuite, à savoir la mise en accusation – ou non. Depuis près de douze ans, les DPA sont couramment utilisés pour régler des procédures à l'encontre d'entreprises.

27. «A conviction often means destruction of the company. After Arthur Andersen, the government became gun shy. DOJ was rightly embarrassed by the outcome of that case: Andersen was not convicted but destroyed.»: Extrait de Elisa Hoven et Thomas Weigend, *Praxis und Probleme des Verbandsstrafrechts in den USA*, p. 238. Après le cas Arthur Andersen, plusieurs procureurs généraux ont édicté entre 2009 et 2017 des règles en matière de poursuites pénales d'entreprises ou de leurs employés pour des infractions commerciales pertinentes du point de vue pénal

28. Les compositions pénales constituent alors l'un des éléments clés des procédures accélérées: Cf. Claudia Letzien, op. cit. p. 238; les «plea agreement» se rapportent à la mise en accusation et au procès qui s'ensuit. Cela englobe aussi les termes de «prosecutorial discretion», règle ne ultra petita, «guilty plea», «lesser included offense», «charge bargain», «fact bargain», «sentence bargain», probation, «parol»

29. L'instauration d'un «compliance monitor» est en outre souvent exigée pour le suivi des améliorations à apporter, pour encadrer, favoriser et vérifier leur mise en œuvre: Cf. Urs Zulauf/Nadine Studer, *GesKR* 2018 p. 301 ss; de 2013 à 2017, la mise en place de moniteurs en lien avec des DPA a fortement augmenté. Cet ample recours à des mesures d'amélioration de la conformité des entreprises et de suivi de la mise en œuvre soulève la question de savoir si, ce faisant, les autorités pénales ne se substituent pas aux régulateurs («regulation by prosecutors»). À noter aussi que les autorités américaines en appellent à des moniteurs même pour des entreprises étrangères enfreignant des dispositions du droit économique américain. Le Benczkowski memo du 11 octobre 2018 offre aussi un éclairage intéressant.

30. autorités de poursuite: Cf. Elisa Hoven et Thomas Weigend, op. cit., p. 232

31. Les entreprises qui se voient proposer un DPA par les autorités de poursuite l'acceptent en général, parce qu'il n'existe pour elles guère de moyens de défense: Cf. Elisa Hoven et Thomas Weigend, op. cit., p. 238

32. «The downside of a DPA is that it is non-adversarial, based on the facts that do not provide evidence strong enough for conviction. If there was not the possibility of a DPA, there would be fewer cases against companies. Because if companies were pushed to go to trial, they would fight, and some might be successful.» : Cf. Elisa Hoven et Thomas Weigend, op. cit., p. 243

33. Certains vont même jusqu'à contester leur efficacité pratique: Cf. Cindy R. Alexander et Mark A. Cohen, op. cit., p. 2

34. Une étude du cabinet américain Gibson Dunn, publiée le 10 janvier 2019: À consulter sur le site <https://www.gibsondunn.com/2018-year-end-npa-dpa-update>

35. Selon celles-ci, les DPA serviraient malheureusement souvent à laver des infractions commerciales («get-out-of-jail cards»): Cf. site <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2020/01/2019-year-end-npa-dpa-update.pdf>

36. une loi régissant le DPA: Cf. site https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2018/04/04/-singapore-introduces-deferred-prosecution-agreements

37. a été présenté au Parlement au printemps 2018 et son introduction est actuellement à l'étude: Cf. site <https://www.ag.gov.au/Consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreement-scheme-code-of-practice.aspx>

38. à propos de la possibilité fondamentale d'y transposer le DPA: Les débats à ce sujet ont repris récemment à la suite du scandale VW.

39. Les critiques visent aussi l'abandon du principe constitutionnel de la faute, engendrant une quasi-obligation de créer des structures de conformité quelle que soit la forme de société: Cf. Emanuel H.F. Ballo, Marcus Reichl, *Der Koalitionsvertrag 2018 – Neue Impulse für die Reform des Sanktionsrechts für Unternehmen*, CB 2018 p. 190, II. 1

40. que d'éviter de futurs manquements: Cf. Emanuel H.F. Ballo, Marcus Reichl, op. cit., p. 191, ch. 5

- 41. de se défendre contre les chefs d'inculpation:** Cf. Emanuel H.F. Ballo, Marcus Reichl, op. cit., p. 191, ch. 6.
- 42. La réglementation repose sur les recommandations de Transparency International France:** Cf. aussi <https://transparency-france.org/actu/la-transaction-penale-une-avancee-dans-la-lutte-contre-la-grande-delinquance-economique-et-financiere/#.Xm0adnlo-Ul>
- 43. afin d'inciter à l'avenir les entreprises à signer des CJIP avec le ministère public:** Cf. Zoé Baches dans la NZZ du 6 mars 2019, disponible en ligne sous <https://www.nzz.ch/wirtschaft/wie-unfair-ist--das-urteil-gegen-die-ubs-ld.1464930>
- 44. «While a company may die a quick death if it does not manage its critical risks, it will certainly die a slow death, if it does not take enough risks»:** Cf. James Lam, Enterprise Risk Management – From Incentives to Controls, second edition, Wiley Finance Series, 2016, p. 317
- 45. car la position du procureur et la relation entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale diffèrent sensiblement à l'intérieur de ces deux ordres juridiques:** Une étude exhaustive sur ce sujet nous paraîtrait judicieuse.
- 46. car le système n'offre aucun instrument contre des procureurs trop zélés:** Cf. Sharon Oded, Corporate Compliance, New approaches to Regulatory Enforcement, 2013, p. 226
- 47. La plupart des DPA incluent une clause:** Cf. Sharon Oded, op. cit., p. 227
- 48. Ils offriraient également l'avantage d'éviter les dommages collatéraux:** Cf. Carl-Friedrich Stuckenberg, op. cit., p. 338 ss.
- 49. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer lui aussi sur la crainte justifiée d'un dépôt de plainte aux États-Unis:** Cf. ATF 137 II 431, consid. 4.3.1.
- 50. Sur les six établissements financiers mis en accusation aux États-Unis depuis 1989, un seul a survécu:** Cf. Lukas Hässig, Paradis perdu, Hambourg 2010, p. 150 ss.
- 51. met en danger l'existence de l'établissement concerné, du fait de la perte de confiance qu'elle induit:** Cf. FF 2010 2693 ss, spéc. p. 2699; Schaub, op. cit., p. 212 au sujet de l'affaire «Arthur Andersen»
- 52. Avec l'introduction du DPA, les principes clairs du droit pénal, tels qu'ils sont arrivés jusqu'à nous, sont au moins partiellement sacrifiés (coupable ou non coupable, punition ou relaxe) et «échangées contre des concepts de l'ordre de l'incertain»:** Cf. Carl-Friedrich Stuckenberg, op. cit., p. 343; «Dans le système du DPA, les entreprises sont coupables d'une certaine manière, sans toutefois l'être en bonne et due forme, sanctionnées d'une certaine manière, sans toutefois l'être en bonne et due forme.»
- 53. Les DPA se situent à l'intersection de deux visions de la justice pénale:** Cf. Simon Bronitt, The evolving role of the public prosecutor, Deferred Prosecution Agreements, Negotiating Punishment before Conviction? p. 53
- 54. la lenteur des procédures et des condamnations en Suisse:** Cf. entretien avec le Ministère public de la Confédération dans le «Tages-Anzeiger» du 21 avril 2018 et la durée des procédures, en comparaison, dans l'affaire Behring et l'affaire Madoff
- 55. elle demanda elle-même de suspendre la procédure peu avant le début du procès:** Cf. Elisa Hoven et Thomas Weigend, op. cit., p. 238
- 56. que les DPA n'empêchent pas les agissements délictueux:** Cf. Simon Bronitt, op. cit., p. 45 ss.
- 57. Un article du Tages-Anzeiger montre qu'il a réussi:** Cf. Entretien du MPC dans le «Tages-Anzeiger» du 21 avril 2018, accessible sous <https://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/man-redet-ueber-die-schweiz-alles-gehe-hier-viel-zu-langsam/story/17e489400>
- 58. Ce n'est pas à nous de juger ici si des mesures s'imposent ou non à ce niveau:** Cf. Andreas Donatsch, Fortschritte im Bereich der Strafverfolgung, dans RSJ 113/2007, p. 285 ss.)