



SHELBY DU PASQUIER
AVOCAT, ASSOCIÉ
CHEZ LENZ & STAEHELIN

Un œil sur la place

Entreprises: le risque d'une américanisation des poursuites

La récente condamnation le 31 janvier 2025 par le Tribunal pénal fédéral de la société Trafigura est une première. C'est en effet la première fois qu'un tribunal suisse condamne une entreprise dans le contexte d'une opération de corruption d'agents publics étrangers. Par le passé, ce type de condamnation a en effet toujours eu lieu par le biais d'une ordonnance pénale, à savoir une décision condamnatoire rendue par un procureur contre laquelle l'entreprise ne formait pas opposition.

Quand bien même cette décision d'un tribunal de première instance n'est pas encore définitive et que, de fait, Trafigura continue d'être présumée innocente, elle illustre un développement récent en matière de politique criminelle. Il s'agit de l'incrimination croissante en Suisse d'entreprises au plan pénal. Ce phénomène est assez répandu à l'étranger, notamment aux Etats-Unis. Tel n'était pas le cas jusqu'à récemment dans notre pays. Alors que la base légale fondant une responsabilité pénale existe depuis plus de vingt ans (article 102 CP), ce n'est que depuis quelques années que les autorités de poursuite pénale suisses ont vraiment commencé à agir à l'encontre des personnes morales.

Deux cas de figure

Pour mémoire, le droit pénal suisse est fondé sur le principe de la responsabilité individuelle, pas celle de la personne morale. Ce n'est qu'en 2003 que le législateur a introduit sous la forme d'une norme d'imputation le principe de la responsabilité pénale de l'entreprise.

En substance, l'article 102 CP englobe deux cas de figure: le premier couvre les situations où il n'est pas possible d'imputer la responsabilité d'un agissement illicite à un individu au vu de la désorganisation de l'entreprise. Dans une telle situation, il est possible de poursuivre pénalement l'entreprise concernée en lieu et place de l'individu (article 102 al. 1 CP).

Le second cas de figure vise un certain nombre d'infractions graves (telles que le

blanchiment d'argent (article 305bis CP), la participation à une organisation criminelle (article 260ter CP), la corruption active d'agents publics suisses ou étrangers (articles 322ter et 322septies CP), etc.).

Pour ces infractions, la responsabilité pénale de l'entreprise peut être engagée à côté et indépendamment de celle des personnes physiques impliquées, si un défaut d'organisation peut être reproché à l'entité, lequel défaut a contribué à la commission des agissements incriminés (article 102 al. 2 CP). La violation de cette disposition expose l'entreprise à une amende maximale de 5 millions de francs.

Pendant longtemps, l'article 102 CP a été appliqué avec parcimonie. A ce jour, seule une dizaine de condamnations pénales a ainsi été prononcée contre des entreprises. A partir de 2022, un changement s'est toutefois amorcé avec la nomination de Stefan Blättler comme procureur général de la Confédération.

Le Ministère public de la Confédération (MPC) s'est alors fixé parmi ses priorités la lutte contre la criminalité économique, considérant qu'il s'agissait là d'une composante de la sécurité intérieure de notre pays (Gotham City, «S'il devient notoire que les criminels risquent peu en Suisse, on aura perdu la partie», 5 mars 2025).

Des entreprises pourraient accepter des condamnations suspendues non pas parce qu'elles sont coupables, mais pour des considérations commerciales, voire réputationnelles

Cela s'est traduit par l'ouverture d'une série de procédures pénales fondées sur l'article 102 CP à l'encontre d'entreprises. Dans son rapport d'activité de 2023, le MPC rapportait ainsi l'existence d'une vingtaine de ces procédures pénales. Par ailleurs, depuis 2022, sept condamnations ont été prononcées du chef de cette disposition, dont six par ordonnance pénale et une condamnation par le Tribunal pénal fédéral (le cas Trafigura susmentionné).

Cette politique criminelle de nos autorités de poursuite en matière de responsabilité pénale de l'entreprise place la Suisse en tête du classement mondial lorsqu'on met en perspective le montant des sanctions prononcées avec le PIB des pays concernés (Ministère public de la Confédération, Rapport de gestion 2023, 11 avril 2024, page 27).

Comme indiqué, la sanction maximale à laquelle est exposée une entreprise condamnée est limitée à 5 millions de francs, montant qui peut apparaître très faible au vu de la situation financière de beaucoup d'entreprises. Il faut toutefois garder à l'esprit le fait que l'entreprise condamnée peut être tenue de payer à l'Etat une créance compensatrice, correspondant en quelque sorte au dégoût des profits générés par l'activité criminelle (article 71 CP).

«Deferred prosecution agreement» à la Suisse

Une telle créance peut selon les cas représenter des sommes très importantes, se chiffrant en dizaines voire centaines de millions de francs (par exemple, 150 millions de dollars dans l'affaire Glencore et 145 millions de dollars dans le dossier Trafigura).

Cela s'ajoute aux conséquences réputationnelles et commerciales de la condamnation pénale, sans parler de l'impact réglementaire pour les groupes ayant une activité soumise à autorisation en Suisse ou à l'étranger (e.g. banques, assurances, etc.) ou encore pour les entreprises qui participent à des marchés publics.

Au-delà de la multiplication des actions à l'encontre des entreprises, on peut par ailleurs s'attendre à certains développements législatifs dans ce domaine. L'augmentation du plafond des amendes pénales est ainsi un sujet de discussion au parlement fédéral suite aux demandes réitérées du MPC.

Un autre thème est le développement d'outils judiciaires visant à encadrer le règlement de procédures pénales touchant les entreprises. Le MPC appelle de ses vœux une telle évolution, à l'instar de ce qui existe dans les pays anglo-saxons (le «deferred prosecution agreement») ou, depuis quelques années, en France (la convention judiciaire d'intérêt public).

Il n'est toutefois pas sûr qu'une telle évolution soit nécessairement favorable pour les sociétés. En effet, l'introduction d'un tel instrument donnerait certes une flexibilité accrue et permettrait notamment la suspension d'une condamnation pénale pendant une période probatoire, au bout de laquelle celle-ci tomberait.

D'un autre côté, cela pourrait conduire à une «banalisation» du phénomène, avec une multiplication des procédures pénales à l'encontre des entreprises, dont certaines accepteraient ce type de condamnations (certes suspendues) non pas parce qu'elles sont coupables de l'infraction pénale reprochée, mais pour des considérations commerciales, voire réputationnelles. On risquerait alors de se retrouver dans une situation similaire à celle des Etats-Unis où nombre de sociétés, notamment dans le secteur financier, doivent faire face à une pléthore de procédures pénales et administratives. ■