



La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt « La Poste Suisse »

Réflexions sur les relations entre l'infraction sous-jacente et l'art. 102 CP

ALAIN MACALUSO*



ANDREW M. GARBARSKI**

L'arrêt du Tribunal fédéral 6B_124/2016, rendu le 11 octobre 2016 (publication ATF prévue), marque l'épilogue de l'affaire dite de La Poste Suisse, dont l'acquittement est ainsi définitivement entériné. Cette jurisprudence apporte une clarification bienvenue quant à la portée de la responsabilité pénale de l'entreprise, laquelle ne saurait être engagée sans établir qu'une infraction sous-jacente a été commise dans tous ses éléments objectifs et subjectifs. S'appuyant sur l'arrêt précité comme point de départ à leurs réflexions, les auteurs élargissent leur analyse à d'autres questions qui demeurent ouvertes en lien avec l'article 102 du Code pénal, notamment celle du degré de réalisation de l'élément subjectif lorsque l'auteur physique demeure inconnu.

Das Urteil des Bundesgerichts, 6B_124/2016, vom 11. Oktober 2016 (amtliche Publikation vorgesehen), zieht einen Schlussstrich unter die Affäre «Die Schweizerische Post»: Der Freispruch ist bestätigt. Mit diesem Entscheid wird die Tragweite der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen geklärt. Diese greift nur, wenn sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der Anlasstat erfüllt sind. Ausgehend vom Urteil analysieren die Autoren weitere Fragen, die im Zusammenhang mit Art. 102 StGB noch unbeantwortet sind, vor allem jene nach dem Grad der Verwirklichung des subjektiven Tatbestands, wenn der Anlasstäter nicht ermittelt werden kann.

Plan

- I. Introduction
- II. Bref rappel de la procédure concernant La Poste Suisse
- III. Considérants du Tribunal fédéral
- IV. Analyse et probables implications pratiques
- V. Conclusion

I. Introduction

La responsabilité pénale de l'entreprise est ancrée dans le Code pénal suisse (CP) depuis le 1^{er} octobre 2003¹. Le siège de la matière se trouve à l'art. 102 CP, complété depuis le 1^{er} janvier 2011 notamment par l'art. 112 du Code de procédure pénale suisse (CPP), s'agissant plus particulièrement de la question de la représentation de l'entreprise prévenue.

En bref, le mécanisme prévu à l'art. 102 CP est le suivant : pour l'immense majorité des infractions, l'art. 102 al. 1 CP dispose d'une responsabilité dite *subsidaire*, qui ne peut être mise en œuvre que si, par la suite d'un défaut d'organisation de l'entreprise, un crime ou un délit commis en son sein dans l'exercice d'activités commerciales conformes à son but ne peut être imputé à aucune

personne physique déterminée². Ensuite, pour quelques infractions énumérées exhaustivement à l'art. 102 al. 2 CP³, l'entreprise encourt une responsabilité dite *principale* ou *primaire*, dont il découle qu'elle peut être recherchée indépendamment de la punissabilité des personnes physiques, 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'infraction⁴.

Autrement dit, alors que le défaut d'organisation doit être entendu à l'art. 102 al. 1 CP comme la cause de l'impossibilité d'imputer l'infraction considérée à un auteur physique déterminé, la carence organisationnelle constitue l'une des causes de l'infraction elle-même à l'art. 102 al. 2 CP⁵.

Même si le modèle de responsabilité finalement retenu par le législateur suisse constitue le résultat d'un compro-

* ALAIN MACALUSO, Docteur en droit, Professeur à l'Université de Lausanne, Avocat au Barreau de Genève.

** ANDREW M. GARBARSKI, Docteur en droit, Chargé de Cours à l'Université de Lausanne, Avocat au Barreau de Genève.

¹ Pour un aperçu synthétique du processus législatif, voir notamment MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Berne 2006, 61 ss ; NIKODEMUS VON GLEICHENSTEIN, Strafrechtliche Bankhaftung, Berne 2011, 9 ss.

² Parmi d'autres, CR CPI-MACALUSO, art. 102 N 3, in : Robert Roth/Laurent Moreillon (éd.), Code pénal I, Commentaire romand, Bâle 2009 (cit. CR CP I-auteur).

³ A noter que le texte de l'art. 102 al. 2 CP a été modifié avec effet au 1^{er} juillet 2016 pour refléter l'adoption, dans le Code pénal, de l'art. 322octies CP visant la corruption privée active. Cette modification est passée inaperçue dans l'arrêt 6B_124/2016 du 11.10.2016, dont le c. 3.1 se réfère encore à l'art. 4a de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale.

⁴ GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Zurich 2011, N 760, 262 s.

⁵ ANDREW M. GARBARSKI, L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure, RPS 4/2012, 409 ss, 425 ; ALAIN MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genève/Zurich/Bâle 2004, N 528.

mis⁶, l'art. 102 CP n'a pas moins suscité des attentes élevées lors de son entrée en vigueur⁷. Ces attentes pourraient, de toute évidence, avoir été déçues depuis lors. En effet, sous réserve de cas bagatelle isolés⁸ et de quelques dossiers médiatisés (par exemple, Alstom en 2011, Stanford Group en 2014, Nitrochem et, dans le contexte de l'affaire Petrobras, Odebrecht en 2016) s'étant tous conclus par des ordonnances pénales prononcées par le Ministère public de la Confédération (MPC), très peu d'entreprises ont, à notre connaissance, été poursuivies à ce jour en Suisse et, *a fortiori*, renvoyées en jugement devant un tribunal sur la base de l'art. 102 CP. La rareté des décisions judiciaires rendues en la matière explique également pourquoi les incertitudes et les controverses doctrinales entourant la disposition légale précitée demeurent nombreuses et pourquoi il faut se montrer patient pour voir ses contours clairement dessinés⁹. Ainsi, il a par exemple fallu patienter jusqu'en juillet 2014 (soit onze ans après l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP) pour que la jurisprudence ait enfin l'occasion de trancher la question très discutée du délai de prescription de l'action pénale applicable dans le cadre de la responsabilité dite subsidiaire de l'entreprise, selon l'art. 102 al. 1 CP¹⁰.

Vu ce qui précède, l'affaire mettant en cause La Poste Suisse qui, après plusieurs rebondissements procéduraux¹¹, a finalement donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral (TF) auquel on reviendra plus en détail ci-après, fait figure d'exception dans ce paysage juridique encore très largement inexploré.

⁶ MACALUSO (n. 5), N 456.

⁷ Le nombre de thèses de doctorat consacrées à ce sujet témoigne également de l'enthousiasme qu'il a pu éveiller. En plus des travaux réalisés par FORSTER (n. 1), VON GLEICHENSTEIN (n. 1) et MACALUSO (n. 5), on peut encore citer (sans exhaustivité) les thèses de ROMAN GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zurich/St. Gall 2006 et MATTHIAS HEINIGER, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Berne 2011.

⁸ GARBARSKI (n. 5), 425 et note de bas de page 106.

⁹ MARIANNE JOHANNA HILF, (Wieder)Belebung des Unternehmensstrafrechts durch Geldwäschereiverantwortlichkeit, in : Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (éd.), Geldwäscherei – Asset Recovery, Zurich 2012, 175 ss, 182 s.

¹⁰ TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, commenté par ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GARBARSKI, *forumpoenale* 6/2014, 322 ss, 324 s. Les considérants de cette jurisprudence valent d'ailleurs *mutatis mutandis* pour l'alinéa 2 de l'art. 102 CP.

¹¹ Dans le cadre d'une décision incidente rendue le 17.4.2012, l'*Obergericht* de Soleure a notamment été amené à se prononcer sur la nature juridique de l'art. 102 CP (en bref, norme d'imputation ou infraction autonome de rang contraventionnel), ce qui avait une incidence directe sur le pouvoir d'examen de la juridiction d'appel et les griefs susceptibles d'être invoqués par la partie appelante (cf. art. 398 al. 4 CPP).

Cet arrêt du TF mérite d'autant plus d'attention qu'il traite d'une question (à savoir l'établissement de l'infraction sous-jacente) dont la portée pratique est indéniable. En outre, d'un point de vue temporel, les considérants du TF sont diffusés alors que l'on observe, depuis quelque temps, une tendance des autorités suisses à engager de manière plus systématique des procédures pénales contre les entreprises. Ce constat est tout particulièrement vrai s'agissant du MPC¹², comme en attestent les informations diffusées par ce dernier dans les médias, y compris par voie de communiqués, en lien notamment avec les scandales *Petrobras*¹³ et *IMalaysia Development Berhad (IMDB)*¹⁴. Reste à voir si cette nouvelle approche a des chances de prospérer ou si, au contraire, elle pourrait se heurter à de nouveaux obstacles, vu la solution retenue par le TF dans l'affaire de La Poste Suisse et les perspectives qu'elle comporte.

II. Bref rappel de la procédure concernant La Poste Suisse

En résumé¹⁵, l'affaire dite de La Poste Suisse concerne un cas de blanchiment d'argent portant sur une somme de CHF 4,6 millions, qui avait été remise en espèces à un certain B. au guichet d'un office postal en février 2005. Les

¹² Voir notamment SYLVAIN BESSON/LISE BAILAT, Les procureurs fédéraux s'attaqueront davantage aux banques, *Le Temps*, 11.11.2016 (version online ; <https://www.letemps.ch/suisse/2016/11/11/procureurs-federaux-sattaqueront-davantage-aux-banques> [consulté le 22.12.2016]). On y apprend notamment que le MPC aurait créé un groupe de travail il y a environ un an pour développer une doctrine cohérente sur l'emploi de l'article 102 CP. Voir aussi les propos du Procureur fédéral WALTER MÄDER, relayés par www.mlex.com dans un article intitulé « *Swiss-based banks set to face criminal charges for corruption* ».

¹³ Voir l'article de SÉBASTIEN DUBAS, La Suisse étend son enquête dans l'affaire Petrobras, *Le Temps*, 23.7.2015 (version online ; <https://www.letemps.ch/economie/2015/07/23/suisse-etend-enquete-affaire-petrobras> [consulté le 22.12.2016]) et faisant état d'une procédure dirigée contre la société brésilienne Odebrecht SA. Cette procédure a d'ailleurs débouché le 21.12.2016 sur sa condamnation, ainsi qu'une de ses filiales, par voie d'ordonnance pénale du MPC à une amende de CHF 4,5 millions pour corruption d'agents publics étrangers et blanchiment d'argent.

¹⁴ Voir le communiqué de presse du MPC du 24.5.2016 concernant l'ouverture d'une procédure pénale contre la banque BSI SA (Internet: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-61830.html> [consulté le 22.12.2016]) et, plus récemment, le communiqué du 12.10.2016 concernant Falcon Private Bank SA (Internet: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-64075.html> [consulté le 22.12.2016]).

¹⁵ Voir TAMARA TAUBE, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäscherei-prävention im Bankenalltag, Zurich/St. Gall 2013, 247 ss.

fonds, en provenance de l'étranger, avaient une origine criminelle¹⁶. L'instruction pénale engagée en août 2007 par le ministère public soleurois pour soupçons de blanchiment d'argent visait non seulement La Poste Suisse, mais également les deux employées du service de caisse et du *front desk*, impliquées dans la préparation, respectivement la remise des CHF 4,6 millions. Cela étant, la procédure à l'encontre de ces deux personnes a été classée, en juillet 2008, pour défaut de l'élément subjectif de l'infraction de blanchiment d'argent, les deux employées n'ayant pas agi intentionnellement. En outre, aucune procédure n'avait été ouverte contre le collaborateur du département *compliance* qui avait validé le retrait en espèces.

La Poste Suisse a été renvoyée en jugement par acte d'accusation du 10 juillet 2010. Le 19 avril 2011, le Président de l'*Amtsgericht* de Soleure-Lebern l'a déclarée coupable de blanchiment d'argent et l'a condamnée à une amende de CHF 250'000.- en vertu des art. 305^{bis} et 102 al. 2 CP. Quand bien même aucune personne physique au sein de l'entreprise ne réalisait l'élément constitutif subjectif du blanchiment d'argent, le Président de l'*Amtsgericht* a néanmoins estimé que la responsabilité pénale de La Poste Suisse pouvait être engagée en l'espèce ; selon lui, il ne faisait aucun doute que d'autres collaborateurs du département *compliance* avaient été impliqués dans la décision d'approuver le retrait susmentionné¹⁷. C'est donc, en définitive, le blanchiment commis par ce département qui était imputé à La Poste Suisse¹⁸.

Le 19 novembre 2015, sur appel de La Poste Suisse et appel joint du ministère public, lequel contestait le montant de l'amende infligée qu'il jugeait trop clémente, l'*Obergericht* du canton de Soleure a acquitté La

Poste Suisse, essentiellement au motif que la réalisation de l'élément subjectif du blanchiment d'argent n'avait pas été démontrée¹⁹. Ce jugement a été confirmé en dernier lieu par le TF, par arrêt 6B_124/2016 du 11 octobre 2016, à la suite du recours en matière pénale interjeté par l'*Oberstaatsanwaltschaft* du canton de Soleure.

III. Considérants du Tribunal fédéral

Faisant sienne l'approche suivie par l'instance précédente²⁰, le TF retient que la responsabilité pénale de l'entreprise aux termes de l'art. 102 CP suppose que les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction sous-jacente, commise par une ou plusieurs personnes physiques au sein de l'entreprise, soient remplis. Cela vaut non seulement dans le contexte de l'art. 102 al. 1 CP, mais également dans celui de l'art. 102 al. 2 CP. L'infraction sous-jacente constitue, de ce point de vue, une *condition objective de punissabilité* de l'entreprise, selon le TF²¹.

Partant, si la preuve de la réalisation des éléments constitutifs susmentionnés échoue, la responsabilité de l'entreprise ne saurait être engagée, car admettre l'inverse reviendrait à consacrer une responsabilité causale (*strict liability*), que le législateur avait précisément voulu exclure²².

En outre, en ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité primaire de l'art. 102 al. 2 CP dont il était question à l'égard de La Poste Suisse, le TF souligne que la preuve de l'infraction sous-jacente concernée n'est pas suffisante : encore faut-il démontrer (i) le défaut d'organi-

¹⁶ Les principaux protagonistes, B. et C., ont été reconnus coupables d'escroquerie par métier, d'abus de confiance qualifié et de blanchiment d'argent et ont été condamnés à des peines privatives de liberté (cf. TF, 6B_1198/2013, 18.7.2014).

¹⁷ Jugement de l'*Amtsgerichtspräsident* de Soleure-Lebern du 19.4.2011 (dossier SLSPR.2010.109-ASLWOR), 20 s. : « Aus den obigen Erwägungen erhellt, dass v.a. aufgrund des Gesetzestextes selbst, wie auch der Materialien aber auch gestützt auf die Lehre, der gesetzgeberische Wille ohne Zweifel dahingehend auszulegen ist, dass das Unternehmen bestraft werden kann, auch wenn keiner natürlichen Person der Tatbestand objektiv und subjektiv zugerechnet werden kann. Übertragen auf den vorliegenden Fall heisst dies folgendes : Die Compliance-Abteilung stellt zweifellos einen klar umrissenen Täterkreis dar. [...] Es kann also fraglos davon ausgegangen werden, dass auch noch andere Mitarbeiter involviert wurden. »

¹⁸ Jugement de l'*Amtsgerichtspräsident* (n. 17), 28 : « Im Ergebnis ist die Geldwäschereihandlung der Compliance-Abteilung gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB dem Unternehmen selbst zuzurechnen. Die Schweizerische Post ist demzufolge wegen Geldwäscherei zu verurteilen. »

¹⁹ Jugement de l'*Obergericht* de Soleure du 19.11.2015 (dossier STBER.2011.32), c. 4.7, 28 : « Es fehlt damit zusammenfassend am Nachweis des subjektiven Tatbestandes der Geldwäscherei, wie sie am 10. und 11. Februar 2005 im Unternehmen der Berufungsklägerin hätte begangen worden sein sollen. » Des extraits de ce jugement ont également été publiés dans *forumpenale* 4/2016, 196 ss, avec commentaires de OTHMAR STRASSER et KATIA VILLARD.

²⁰ Jugement de l'*Obergericht* de Soleure (n. 19), c. 4.5.

²¹ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 4.1.

²² TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 4.1, 4.2 et 6. Voir également le passage topique dans le Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse, FF 1999 1787, 1946 s. : « Il n'est cependant pas facile de trouver un critère d'imputabilité limitatif et pourtant suffisamment précis, qui n'aboutisse pas en fin de compte à une responsabilité pénale causale de l'entreprise. Un tel résultat constituerait un élargissement inadmissible des principes généraux de droit pénal. » Voir aussi sur ces questions BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 56 ss, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafrecht I*, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2013 (cit. BSK StGB I-auteur).

sation imputable à l'entreprise et (ii) l'existence d'un lien de causalité entre ce dernier et l'infraction précitée²³.

Dans le cas présent, le TF ne conteste pas que le comportement de la responsable du service de caisse²⁴ et de l'employé du *compliance* en lien avec la remise des CHF 4,6 millions en mains de B. au guichet postal ait pu, effectivement, remplir les éléments constitutifs objectifs du blanchiment d'argent, puisque les fonds étaient de provenance criminelle et leur versement en espèces, synonyme d'interruption du *paper-trail*, correspondait à un acte d'entrave au sens de l'art. 305^{bis} CP²⁵. Cela étant, en ce qui concerne la responsable du service de caisse, le TF déduit de la teneur de l'ordonnance de classement, prononcée en sa faveur par le ministère public en mars 2008, qu'elle n'avait pas l'intention (même par dol éventuel) de commettre du blanchiment d'argent. S'agissant du collaborateur du service *compliance*, notre Haute Cour estime que la même conclusion s'impose et découle implicitement du fait que le ministère public n'a jamais ouvert de procédure pénale à l'encontre de l'intéressé.

Le TF constate, en outre, que tous ceux qui entraient en ligne de compte comme auteurs potentiels de l'infraction de blanchiment avaient été identifiés par le ministère public. En s'abstenant d'approfondir davantage ses investigations, notamment par l'audition des supérieurs de l'employé du service *compliance*, l'autorité de poursuite avait elle-même laissé entendre que l'infraction sous-jacente n'était pas réalisée, si bien que ses éléments subjectifs ne pouvaient pas non plus être imputés à un « auteur physique générique » indéterminé (*generelle Anlasstäterschaft*)²⁶. A cela s'ajoute qu'en l'espèce, les processus internes n'étaient pas complexes à tel point que la preuve de l'élément subjectif de l'infraction aurait échoué au motif qu'aucune des personnes physiques ne disposait de la vue d'ensemble sur la situation²⁷.

En conclusion, compte tenu de l'absence de comportement intentionnel d'une personne physique, la responsabilité de La Poste Suisse ne pouvait être engagée de manière causale, ce qui rendait également superflue l'ana-

lyse de l'existence d'un défaut d'organisation au sein de l'entreprise²⁸.

IV. Analyse et probables implications pratiques

Les considérants de l'arrêt 6B_124/2016 et la conclusion à laquelle le TF aboutit dans l'affaire de La Poste Suisse doivent selon nous être approuvés. Il résulte en effet du Message du Conseil fédéral relatif à l'art. 102 CP²⁹ que la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise est, entre autres conditions, subordonnée à la *commission* d'une infraction en son sein, ce qui suppose que tous les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de cette infraction soient réalisés. Cette approche, à laquelle se rallie également la doctrine majoritaire³⁰, vaut aussi bien pour l'alinéa 2 (responsabilité dite primaire ou concurrente) que l'alinéa 1 (responsabilité dite subsidiaire) de la norme. On reviendra ci-après sur les implications pratiques qui en découlent et les difficultés que cela peut engendrer pour l'autorité de poursuite, notamment lorsque l'auteur physique demeure *inconnu*.

Il ne semble pas inutile de rappeler que, dans le cas particulier de La Poste Suisse, ce problème ne s'était pas posé. Le ministère public avait, en effet, identifié toutes les personnes au sein de l'entreprise qui entraient en ligne de compte comme auteurs potentiels de l'infraction de blanchiment. Dans la mesure où le ministère public avait, en cours d'enquête, classé la procédure dirigée contre certaines de ces personnes (ainsi, s'agissant de la responsable du service de caisse et de l'employée du *front desk*) au motif qu'elles n'avaient pas agi intentionnellement, et avait renoncé à poursuivre les autres (en particulier l'employé du département *compliance*, voire ses supérieurs), c'était bien la démonstration que l'infraction sous-jacente n'avait pas été commise³¹.

En outre, l'état de fait pertinent étant clairement bali-sé, il est logique que le TF n'ait pas analysé plus en détail si l'élément subjectif pouvait être imputé à un auteur physique générique indéterminé³², solution préconisée par

²³ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 4.2. Voir aussi CR CP I-MACALUSO (n. 2), art. 102 N 53 ss.

²⁴ Le raisonnement vaut *mutatis mutandis* pour l'employée du guichet, mais le TF ne l'évoque pas car elle n'était pas mentionnée dans l'acte d'accusation du ministère public.

²⁵ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 5.1.

²⁶ Voir, à ce sujet, FORSTER (n. 1), 162 ss ; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 58 s. et les nombreuses références citées.

²⁷ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 5.1.

²⁸ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 6.

²⁹ Message (n. 22), 1946 s.

³⁰ FORSTER (n. 1), 160 ; MACALUSO (n. 5), N 714 ; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 56 ; TAUBE (n. 15), 247. Voir aussi VILLARD (n. 19), 205 s. et ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zurich 2006, 412.

³¹ Jugement de l'*Obergericht* de Soleure (n. 19), c. 9.3 et 9.4. Voir également VILLARD (n. 19), 206 s.

³² TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 5.1.

certain auteurs³³, ou encore si la réalisation de l'élément subjectif de l'infraction pouvait résulter d'une sorte de « volonté collective » qui découlerait de l'addition d'éléments cognitifs et volitifs individuels qui ne permettraient certes pas de retenir l'existence d'une intention dans la personne d'un auteur physique déterminé, mais qui, pris collectivement, réaliseraient une forme d'« intention » à charge de l'entreprise elle-même³⁴.

Au surplus, les développements du TF appellent notamment les commentaires et réflexions suivants, lesquels portent sur des considérations qui dépassent les circonstances propres au dossier de La Poste Suisse et la problématique du blanchiment d'argent. Ils ont donc vocation à s'appliquer plus largement, dans toute affaire où une entreprise est exposée à des poursuites pénales en vertu de l'art. 102 CP.

(1) A titre de remarque liminaire, l'importance attachée par le TF à la commission d'une infraction sous-jacente renforce, à notre sens, l'idée selon laquelle l'art. 102 CP ne crée pas une nouvelle infraction propre à l'entreprise, mais constitue bel et bien une *norme d'imputation*³⁵, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le souligner lors du commentaire d'un précédent arrêt de juillet 2014 traitant de la responsabilité de l'entreprise³⁶.

Le fait que le TF mentionne, ponctuellement et sans en tirer de conséquences, aux considérants 4.1. et 4.2. de son arrêt que l'infraction sous-jacente constituerait une condition objective de la punissabilité de l'entreprise (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) et que cette infraction serait alors une « infraction d'omission par négligence », ne conduit pas à un autre résultat. En effet, d'une part, l'infraction sous-jacente est certainement une condition objective de la punissabilité de l'entreprise, en ce sens que, sans elle, il ne saurait être question de punir l'entreprise ; cela ne signifie pas pour autant que la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP serait autre chose qu'une règle d'imputation, répondant à des conditions objectives, dont la commission de l'infraction sous-jacente. D'autre part, la référence à une infraction d'omission par négligence doit se comprendre comme explicitant le mécanisme d'imputation de l'infraction sous-jacente à l'entreprise :

pour échapper à sa responsabilité pénale, l'entreprise doit, en effet, avoir notamment pris les mesures d'organisation permettant d'éviter la commission de cette infraction. De ce point de vue, elle se trouve bien dans une situation proche de celle d'un garant. Il lui est donc reproché, du point de vue subjectif, une omission. Par ailleurs, la forme de faute propre à l'entreprise, le défaut d'organisation, présente des similitudes évidentes avec la négligence, de sorte que le mécanisme d'imputation de l'infraction sous-jacente à l'entreprise reprend bien les schémas d'une omission par négligence. Cela n'affecte cependant en rien ni la nature de l'infraction sous-jacente (qui demeure une infraction intentionnelle ou par négligence, de commission ou d'omission), ni le caractère de règle d'imputation qui doit être reconnu à l'art. 102 CP.

(2) Ensuite, même s'il ne fait désormais plus de doute que l'art. 102 CP suppose la réalisation de tous les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction sous-jacente, l'arrêt 6B_124/2016 ne dit pas – explicitement à tout le moins – que ces éléments devraient être impérativement réunis sur la tête d'*une seule et même personne* au sein de l'entreprise. La thèse susmentionnée de l'intention dite collective, préconisée par certains auteurs³⁷ et connue du droit anglo-saxon sous l'appellation de la *collective knowledge doctrine*³⁸, n'a donc pas été mise à l'écart et reste d'actualité en l'état.

Par ailleurs, l'arrêt précité ne traite pas non plus de manière détaillée du *degré concret d'établissement* des éléments constitutifs de l'infraction sous-jacente³⁹. D'un point de vue pratique, la question est surtout pertinente s'agissant de l'élément subjectif, dont la preuve est d'autant plus difficile à rapporter lorsque l'auteur demeure inconnu, à plus forte raison dans le contexte de l'art. 102 al. 2 CP qui ne vise que des infractions intentionnelles⁴⁰.

³³ Voir la note de bas de page 26.

³⁴ Voir MACALUSO (n. 5), N 115 ss.

³⁵ C'est aussi l'avis défendu par l'*Obergericht* de Soleure dans l'affaire de La Poste Suisse, selon décision incidente rendue le 17.4.2012 et rappelée dans son jugement du 19.11.2015 (n. 19), c. 1.1. Voir également VILLARD (n. 19), 205.

³⁶ MACALUSO/GARBARSKI (n. 10), 324 ss, en lien avec l'arrêt TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, concernant la prescription de l'action pénale.

³⁷ Voir notamment GÜNTER HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.), RPS 2003, 24 ss, 33 ; voir aussi VON GLEICHENSTEIN (n. 1), 28 ss ; HILF (n. 9), 191 s. Selon cette approche, l'élément constitutif subjectif de l'infraction pourrait être réalisé par « l'agrégation des parcelles de connaissance et de volonté des différents agents de l'entreprise impliqués » (VILLARD [n. 19], 205 s.). A noter que le jugement de l'*Obergericht* de Soleure (n. 19), c. 4.5, était plus explicite sur ce point : « Tatbestandmässig heisst, die Person muss – unabhängig davon, ob sie auch tatsächlich ermittelt werden konnte – sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandmerkmale erfüllt haben. »

³⁸ MACALUSO (n. 5), N 126 ss ; FORSTER (n. 1), 169 ss.

³⁹ L'arrêt 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 4.1 mentionne seulement : « Dabei muss nachgewiesen sein, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. »

⁴⁰ FORSTER (n. 1), 160 s. ; MACALUSO (n. 5), N 713 et N 863 ; voir aussi BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 57. Voir également sur ces questions GÜNTER STRATENWERTH, Zurech-

Dans l'arrêt de La Poste Suisse, le TF n'a pas eu à s'étendre sur le sujet, dès lors que le cercle des auteurs potentiels avait été clairement délimité et reflété dans l'acte d'accusation du ministère public⁴¹. Cela étant, notre Haute Cour ne semble en tous cas pas avoir totalement fermé la porte à la figure de la *generelle Anlasstäterschaft*⁴² prônée par une partie de la doctrine et qui, dans certaines situations particulières explicitées ci-dessous, devrait permettre de se satisfaire d'une preuve moins stricte de l'intention lorsqu'elle peut être déduite des circonstances extérieures de l'acte⁴³.

(3) Il faut distinguer, schématiquement, selon que l'auteur potentiel de l'infraction sous-jacente *aura ou non été identifié*⁴⁴. Dans l'hypothèse où il n'existe pas de doute quant à la personne de l'auteur, l'établissement de l'élément subjectif ne devrait, en principe, pas poser plus de difficultés qu'en droit pénal ordinaire⁴⁵. Dans ce cas de figure, l'entreprise ne pourra d'ailleurs pas être recherchée en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, peu importe que l'auteur individuel ne puisse lui-même pas être poursuivi ou condamné en raison d'obstacles à l'exercice de l'action pénale⁴⁶ (par exemple, auteur décédé ou en fuite, prescription de l'action pénale⁴⁷, etc.). En outre, s'il est démontré que la personne physique concernée remplit certes l'élément subjectif de l'infraction, mais qu'elle peut se prévaloir d'un fait justificatif qui efface l'illicéité de son comportement⁴⁸, l'entreprise ne pourra pas non plus être recherchée en vertu de l'art. 102 al. 2 CP⁴⁹. La

même conclusion s'impose si l'autorité échoue dans la démonstration que la personne physique concernée a agi avec conscience et volonté.

(4) Sur ce point, l'affaire de La Poste Suisse enseigne que l'autorité de poursuite ne peut (plus) se contenter de faire état dans son acte d'accusation d'une ou plusieurs personnes physiques ayant potentiellement participé à la commission de l'infraction sous-jacente ; encore doit-elle exposer en quoi ces personnes réalisent ses éléments constitutifs, notamment sous l'angle subjectif⁵⁰. Par ailleurs, l'autorité de poursuite sera bien inspirée de procéder à une pesée de tous les intérêts en présence avant que de rendre une ordonnance de classement, pour défaut de l'élément subjectif, au profit d'un agent de l'entreprise (organe, collaborateur, etc.) prévenu dans la procédure⁵¹.

(5) Dans la seconde hypothèse évoquée plus haut, à savoir celle où l'auteur individuel n'aura pas du tout pu être identifié, on peut se demander s'il est opportun, respectivement réaliste d'exiger une preuve stricte de l'élément subjectif de l'infraction sous-jacente. En effet, les difficultés, sinon les limites pratiques d'un tel exercice sont indéniées⁵². A noter que le problème se pose en des termes analogues lorsque l'auteur ne réalise pas en sa (seule) personne l'élément constitutif subjectif, notamment « en raison du morcellement des processus de décision et d'action au sein de l'entreprise »⁵³, ce type de situation ayant précisément incité le législateur à introduire la responsabilité subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP⁵⁴. Il paraît ainsi difficile d'écarter péremptoirement toute possibilité de rechercher une entreprise du seul fait que l'élément subjectif de l'infraction n'aura pas été établi, du moins lorsqu'aucun auteur physique potentiel n'aura été identifié.

(6) La question ne peut cependant être abordée sans relever la différence existant entre les infractions par négligence et celles intentionnelles. Là où l'infraction sous-jacente sera une infraction intentionnelle (et c'est le cas de toutes celles mentionnées à l'art. 102 al. 2 CP), il nous

nungsprobleme im Unternehmensstrafrecht, in : Christian Graf/ Ursula Medigovic (éd.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Vienne/Graz 2004, 191 ss, 194 ss.

⁴¹ Voir aussi, dans le même sens, STRASSER (n. 19), en lien avec les considérants de l'*Obergericht* de Soleure.

⁴² TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 5.1.

⁴³ FORSTER (n. 1), 160 ss.

⁴⁴ Etant rappelé que, dans le contexte de l'art. 102 al. 1 CP, l'autorité de poursuite a l'obligation de déployer tous les efforts raisonnables aux fins d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée, avant que de s'en prendre à l'entreprise. Voir BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 111 s. Les préoccupations d'économie de procédure, inhérentes à l'art. 7 de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif, sont ainsi étrangères au mécanisme de l'art. 102 CP. Voir GARBARSKI (n. 5), 430.

⁴⁵ MACALUSO (n. 5), N 863.

⁴⁶ MACALUSO (n. 5), N 810 ss ; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 113 ss.

⁴⁷ Voir les références citées en note de bas de page 10.

⁴⁸ En effet, tout acte n'est punissable que s'il est illicite. Comme la causalité, l'illicéité est un élément constitutif non écrit de toutes les infractions. Voir MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016, N 702.

⁴⁹ FORSTER (n. 1), 187 ; GARBARSKI (n. 30), 412 s. ; MACALUSO (n. 5), N 712 ; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 116.

⁵⁰ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 5.1 : « Im Übrigen wäre [...] ein Schuldspruch gegen die Beschwerdegegnerin nur denkbar, wenn den in der Anklageschrift genannten Personen eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung nachgewiesen werden könnte. »

⁵¹ TF, 6B_124/2016, 11.10.2016, c. 5.1. Voir aussi VILLARD (n. 19), 206.

⁵² FORSTER (n. 1), 161. Voir aussi, parmi d'autres, ROBERT ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la « faute d'organisation » et le droit pénal, SJ 2003 II 187 ss, 194.

⁵³ MACALUSO (n. 5), N 715, étant précisé qu'un tel morcellement peut précisément constituer un cas d'organisation défailante aux termes de l'art. 102 al. 1 CP qui empêche l'imputation à une personne physique déterminée.

⁵⁴ Message (n. 22), 1943 et 1947.

semble légitime de poser des exigences plus élevées en matière de recherche et d'identification d'une personne physique ayant pu effectivement réaliser cet élément intentionnel, même si elle demeure *in fine* impunie. En effet, lorsque l'on analyse la négligence, à savoir l'imprévoyance coupable, on s'aperçoit que celle-ci repose pour l'essentiel sur des éléments objectifs ou objectivables (contenu et étendue du devoir de prudence qui a été violé, prévisibilité du résultat, lien de causalité, etc.), l'aspect « subjectif » de la négligence (ne pas tenir compte du résultat possible ou ne pas s'en rendre compte), bien que réel, passant souvent à l'arrière-plan. A l'inverse, l'intention, précisément parce qu'elle exige prioritairement la conscience et ensuite la volonté, réside de manière plus intense dans le psychisme de l'être humain⁵⁵ et ne peut donc, ni ne doit, à elle seule résulter d'éléments purement factuels et objectifs⁵⁶. Cela rend donc beaucoup plus difficile la constatation de la commission, dans tous ses éléments constitutifs, y compris subjectifs, d'une infraction intentionnelle quand son auteur n'a pas été identifié.

(7) Toutefois, afin d'éviter que la mise en œuvre de l'art. 102 CP ne soit entravée dans une proportion telle que la disposition légale s'en retrouverait vidée de sa substance à chaque fois que l'auteur individuel demeure inconnu⁵⁷, ce qui irait clairement à l'encontre de la volonté du législateur⁵⁸, on pourrait notamment s'inspirer de la solution retenue par la Cour de cassation française. Celle-ci admet, en effet, qu'une personne morale puisse être condamnée si l'intention résulte « à l'évidence » des faits commis, expression qui démontre bien que cette intention n'a pas pu être à proprement parler établie⁵⁹. Cette approche ne se différencie pas fondamentalement de la

generelle Anlassstäterschaft déjà mentionnée ci-dessus. Les limites d'une telle présomption seront cependant vite atteintes, précisément pour les motifs exposés ci-dessus.

Il est vrai cependant que l'approche préconisée par la jurisprudence française n'est pas très éloignée non plus des principes dégagés par la jurisprudence suisse en matière de confiscation (art. 70 al. 1 CP)⁶⁰, dont il découle, en bref, que le juge est tenu de prononcer la confiscation du produit de l'infraction, même si aucune personne déterminée n'est punissable, ni même poursuivie à raison de celle-ci. Or, une telle confiscation dite autonome ou indépendante⁶¹, ne suppose pas moins que tous les éléments constitutifs de l'infraction en amont soient réalisés⁶², ce dont le juge pourra se déclarer satisfait s'il estime être en présence d'une infraction « typique et illicite »⁶³. Quant à l'aspect subjectif, il est généralement considéré rempli par la jurisprudence lorsqu'il est « ni contesté, ni contestable »⁶⁴ au regard des faits de la cause, quand bien même l'auteur demeure inconnu.

Il existe toutefois une différence majeure entre la confiscation et la responsabilité pénale de l'entreprise : alors que la première tend au prononcé d'une mesure *in rem*⁶⁵, qui vient frapper le détenteur des valeurs patrimoniales assujetties, que celui-ci ait ou non participé à l'infraction, la responsabilité pénale de l'entreprise conduit, pour sa part, à infliger à l'entreprise une *peine*. Ainsi, s'il est généralement admis que la procédure autonome de confiscation ne viole pas le principe de la présomption d'innocence, tant et aussi longtemps qu'elle ne comporte pas l'assertion que l'assujetti aurait commis une infraction pénale⁶⁶, il ne saurait en aller de même de l'imputation à l'entreprise d'une infraction commise en son sein : il s'agit bien ici d'une procédure conduisant à l'infliction d'une peine, soit d'une procédure portant sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale aux termes de l'art. 6 § 1 CEDH.

⁵⁵ Voir aussi FORSTER (n. 1), 176 ss.

⁵⁶ Pour cette raison d'ailleurs, la jurisprudence du TF est plus exigeante dans l'énonciation des éléments factuels sur lesquels repose la négligence que sur la présentation des éléments factuels dont découle l'intention. Cf. ATF 116 Ia 455 ; TF, 6B_633/2015, 12.1.2016, c. 1.4. Le paradoxe n'est qu'apparent : l'intention ne relevant que marginalement des faits, l'acte d'accusation n'a pas besoin d'énoncer avec précision ceux dont découlerait cette intention ; c'est en effet au juge qu'il appartient de s'assurer de la réalisation de l'élément intentionnel (ATF 103 Ia 6), ce qui suppose bien, en principe, qu'une personne déterminée lui soit déférée.

⁵⁷ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (n. 22), art. 102 N 57.

⁵⁸ En particulier dans le contexte de l'art. 102 al. 1 CP, dont l'application suppose, précisément, qu'il n'y ait pas d'auteur individuel qui doive répondre de l'infraction concernée.

⁵⁹ MACALUSO (n. 5), N 873. Voir aussi CR CP I-MACALUSO (n. 2), art. 102 N 41, avec référence à un arrêt de la Cour de cassation criminelle du 21.3.2000. Dans le même sens, voir NIKLAUS SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in : Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl

(éd.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, 761 ss, 772 s.

⁶⁰ MACALUSO (n. 5), N 865 ss. ROTH (n. 52), 194, préconise également de s'inspirer de ces principes.

⁶¹ Voir les art. 376 ss CPP s'agissant des dispositions procédurales.

⁶² BSK StGB I-BAUMANN (n. 22), art. 70/71 N 18.

⁶³ MACALUSO (n. 5), N 869. Voir aussi ATF 125 IV 4 c. 2a bb).

⁶⁴ Voir, par exemple, ATF 124 IV 121 c. 2b.

⁶⁵ BSK StGB I-BAUMANN (n. 22), art. 70/71 N 6 et les références citées.

⁶⁶ TF, 6B_85/2012, 21.5.2012, c. 3.1.

Or, en plus de sa propre présomption d'innocence⁶⁷, l'entreprise est sans doute légitimée, dans ce contexte, à se prévaloir de la présomption d'innocence de l'auteur physique de l'infraction sous-jacente, du moins tant qu'il apparaît probable qu'un tel auteur individuel existe ou a existé⁶⁸.

En matière de blanchiment d'argent aussi, il découle de la jurisprudence récente que la preuve stricte de l'infraction préalable n'est pas exigée⁶⁹ ; il n'est notamment pas nécessaire que l'on connaisse en détail les circonstances du crime, singulièrement son auteur, pour réprimer le blanchiment. En effet, la conviction du tribunal quant à la provenance criminelle des valeurs peut reposer sur un faisceau d'indices convergents⁷⁰.

Il faut néanmoins souligner que ce qui est alors réprimé est une nouvelle infraction, autonome, le blanchiment d'argent, commise par le blanchisseur dans tous ses éléments constitutifs, objectifs comme subjectifs. Cela diffère de la situation où une infraction ne pouvant être considérée comme ayant été « commise », l'élément subjectif intentionnel n'ayant pas été établi, serait *imputée* à l'entreprise.

Quoi qu'il en soit de la possibilité de considérer comme réalisé l'élément subjectif, en particulier intentionnel, de l'infraction quand celui-ci n'a pas pu être établi dans le chef d'une personne physique déterminée, cela ne saurait conduire le ministère public à renoncer à rechercher les auteurs individuels afin notamment de s'assurer de la réalisation de cet élément subjectif.

En effet, le fait que l'art. 102 al. 2 CP établisse l'indépendance des punissabilités de l'entreprise et des personnes physiques ne constitue en rien « un oreiller de paresse » sur lequel le ministère public pourrait se reposer. Le TF a d'ailleurs déjà eu l'occasion de juger, dans le contexte de l'application de l'art. 7 DPA, qu'il était exclu de renoncer à rechercher des responsabilités individuelles, là où cela pouvait se faire sans mesures procédurales disproportionnées, dans le but d'infliger une sanction directement à l'entreprise⁷¹. *A fortiori*, cette

position vaut-elle dans le contexte de l'application du Code pénal où, la jurisprudence du TF dans l'affaire de La Poste Suisse le démontre, l'établissement de l'élément subjectif de l'infraction est essentiel⁷². On rappellera, au demeurant, que l'art. 7 CPP consacre le principe de la légalité des poursuites qui veut que le ministère public doive poursuivre les auteurs d'infractions. Naturellement, renoncer à rechercher et mettre en évidence d'éventuels auteurs individuels afin de ne pas devoir, le cas échéant, constater leur éventuelle absence d'intention serait encore plus critiquable.

V. Conclusion

L'arrêt 6B_124/2016 marque une étape importante dans la clarification de la nature et de la portée de la responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse. Il n'apporte cependant pas de réponse à toutes les questions posées par la norme. Les contours de l'art. 102 CP demeurent donc encore relativement imprécis.

Néanmoins, il est d'ores et déjà clair que la responsabilité pénale de l'entreprise suppose établie la commission d'une infraction sous-jacente, réalisée dans tous ses éléments constitutifs objectifs comme subjectifs. De ce point de vue, le défaut de réalisation de l'un de ces éléments dans le chef de l'auteur physique potentiel de l'infraction empêche toute imputation à l'entreprise et donc toute responsabilité pénale de celle-ci, l'art. 102 CP étant fondamentalement une règle d'imputation.

Il est ainsi exclu de rechercher l'entreprise lorsque le défaut de réalisation de l'élément subjectif de l'infraction est établi.

En revanche, demeure ouverte la question de savoir si l'on peut retenir un élément subjectif lorsque l'auteur potentiel de l'infraction demeure inconnu. Si une telle possibilité ne semble pas complètement exclue, il conviendra toutefois de faire preuve d'une très grande réserve lorsque l'infraction sous-jacente sera une infraction intentionnelle.

Il est dans tous les cas exclu de renoncer à mettre en évidence d'éventuels auteurs physiques de l'infraction pour rechercher directement l'entreprise, notamment au motif que si des auteurs physiques étaient identifiés, ceux-ci ne rempliraient peut-être pas tous les éléments constitutifs de l'infraction. En matière de responsabilité pénale de l'entreprise, comme pour toute procédure pénale, le ministère public est soumis au principe de la légalité des

⁶⁷ BSK StPO-ENGLER, art. 112 N 71 s., in : Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (éd.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2014. Voir aussi récemment ATF 142 IV 207, c. 8.3.3, s'agissant du principe *nemo tenetur*, lequel découle de la présomption d'innocence.

⁶⁸ Voir CourEDH, arrêt Nölkenbockoff c/ Allemagne, n° 10300/83, § 33.

⁶⁹ TF, 6B_545/2015, 10.2.2016, c. 2.1.1 ; TF, 6B_91/2011, 26.4.2011, c. 2.1.

⁷⁰ TF, 6B_91/2011, 26.4.2011, c. 2.2.

⁷¹ TF, 6B_256/2007, 15.10.2007 c. 4, commenté par ALAIN MACALUSO, *forumpenale* 2/2008, 106 ss, 110. Voir aussi GARBARSKI (n. 30), 418.

⁷² Voir également la note de bas de page 44.

poursuites et a l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens raisonnables aux fins de retrouver les auteurs d'infractions et d'établir la vérité matérielle.

De ce point de vue, l'arrêt de La Poste Suisse constitue certainement *une pierre dans le jardin des autorités de poursuite pénale*; la concrétisation de la volonté récemment renouvelée et affichée de poursuivre directement des entreprises aux termes de l'art. 102 CP s'en trouvera immanquablement compliquée.