

# Journée 2008 de droit bancaire et financier

Lionel Aeschlimann  
Gerhard Auer  
Christian Bovet  
Ursula Cassani  
Benoît Chappuis  
Bénédict Foëx  
Lucia Gomez Richa  
Nicolas de Gottrau  
Anne Héritier Lachat  
Philipp M. Hildebrand  
Jean-Baptiste Zufferey

Sous la direction de  
**Luc Thévenoz et Christian Bovet**

Schulthess § 2009  
ÉDITIONS ROMANDES

# SUR QUI TOMBE LE COUPERET DU DROIT PÉNAL ? RESPONSABILITÉ PERSONNELLE, RESPONSABILITÉ HIÉRARCHIQUE ET RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE

Ursula Cassani\*

---

## I. Introduction : à qui s'adresse la loi pénale ?

En énonçant les comportements prohibés et la peine encourue par celui qui les adopte, le droit pénal s'adresse à la personne physique. C'est aussi le cas lorsque cette personne physique agit au sein d'une entreprise, dans le cadre de l'activité commerciale de celle-ci. La primauté de la responsabilité pénale individuelle n'a pas été remise en cause par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> octobre 2003, d'une disposition consacrant la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP)<sup>1</sup>, puisque celle-ci se limite à définir les conditions de l'imputation à l'entreprise d'une infraction individuelle dont l'auteur répond à titre principal (art. 102 al. 1 CP) ou parallèle (art. 102 al. 2 CP).

Lorsqu'une infraction est commise au sein d'une entreprise, ce sont donc en premier lieu les responsabilités individuelles qu'il faut élucider, à la lumière des conditions de la répression définies dans les dispositions générales du Code pénal suisse. En vertu de l'art. 333 al. 1 CP, ces règles s'appliquent à l'ensemble des infractions pénales des lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions spéciales. Ces principes s'appliquent donc également dans le domaine du droit pénal administratif appliqué par les autorités administratives de la Confédération, à l'instar des dispositions de la LFINMA<sup>2</sup>. La DPA<sup>3</sup>, à laquelle se

---

\* Professeure à l'Université de Genève, Département de droit pénal, membre du comité de direction du Centre de droit bancaire et financier, avocate. Des remerciements chaleureux sont dus à M<sup>e</sup> Georgios Pavlidis, assistant, pour son aide dans la mise au net du manuscrit.

1 La disposition pénale a fait son entrée dans le Code pénal comme art. 100<sup>quater</sup> CP, dans le cadre de la modification du droit suisse du 21 mars 2003 (loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, RO 2003 3043) ; elle a été remplacée par l'art. 102 CP à l'entrée en vigueur de la partie générale révisée le 1<sup>er</sup> janvier 2007, sans subir de modifications (Code pénal suisse, modification du 13 décembre 2002, RO 2006 3459).

2 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA), FF 2007 4397 ; Message du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741.

3 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0.

réfère l'art. 50 LFINMA, confirme d'ailleurs à son art. 2 ce renvoi au Code pénal suisse.

La primauté de la responsabilité individuelle vaut ainsi non seulement pour les infractions en vertu du Code pénal suisse et du droit pénal accessoire, par exemple en cas de violation du secret bancaire ou boursier (art. 47 LB<sup>4</sup> et 43 LBVM<sup>5</sup>), mais aussi pour les infractions – telles que celles en vertu de la LFINMA – soumises à la DPA, dont l'art. 6 al. 1 déclare que “les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte”.

## II. La responsabilité pénale individuelle

### A. Une responsabilité personnelle pour des comportements fautifs

Selon un principe bien ancré en droit pénal suisse, chacun répond de ses fautes personnelles, pour les infractions qu'il commet personnellement par un comportement actif ou passif, ainsi que pour la contribution qu'il fournit aux infractions d'autrui.

Lorsqu'une infraction est commise au sein d'une entreprise, ce principe vaut pour tous les collaborateurs, du bas de l'échelle aux rangs les plus élevés. Personne n'est à l'abri de la sanction pénale, même si la division des tâches au sein de l'entreprise fait que certaines infractions sont plus facilement accessibles à certains collaborateurs plutôt qu'à d'autres. Le risque pénal reflète la manière dont les responsabilités sont réparties au sein de l'entreprise; sauf désignation de lampistes, il faut donc s'attendre à ce que les collaborateurs des échelons supérieurs soient exposés à un risque plus important de subir le couperet du droit pénal.

#### 1. Faire ou ne pas faire

La plupart des infractions pénales sont formulées comme des actions et non des abstentions: voler, abuser de la confiance d'autrui en s'appropriant ses biens, blanchir de l'argent. Certaines infractions, appelées “délits d'omission proprement dits” visent expressément des abstentions, par exemple l'art. 37 LBA, réprimant la violation du devoir de communication. A certaines conditions, l'abstention est aussi punissable lorsque l'infraction est formulée comme une action; on parle alors de “délits d'omission improprement dits”.

4 Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB), RS 952.0.

5 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM), RS 954.1.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, de la nouvelle partie générale du Code pénal suisse<sup>6</sup>, la punissabilité des "délits d'omission improprement dits" bénéficie d'une base légale expresse. Au regard de l'art. 11 al. 1<sup>er</sup> CP<sup>7</sup>, "[u]n crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir", pour autant que, ajoute l'al. 3, "compte tenu des circonstances", l'auteur "encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif". Pour que la responsabilité du fait de l'abstention puisse être établie, il faut, en outre, que l'acte que l'on reproche à l'auteur de ne pas avoir accompli aurait été de nature à écarter le danger qu'une infraction soit commise. Enfin, il s'agit toujours d'une responsabilité pour faute. L'auteur doit donc avoir voulu commettre ou favoriser l'infraction en agissant par dol éventuel au moins, ce qui signifie qu'il doit avoir tenu la réalisation de l'infraction pour possible et accepté celle-ci au cas où elle se produirait (art. 12 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase CP). Pour les délits réprimant la négligence<sup>8</sup>, il suffit que l'auteur ait agi par imprévoyance coupable (art. 12 al. 3 CP).

L'obligation juridique d'agir constitue la condition clé de la punissabilité des abstentions. Cette obligation peut se fonder notamment sur la loi, le contrat, une communauté de risques librement consentie ou la création d'un risque. Toutefois, il ne suffit pas que l'obligation d'agir découle de manière générale de la loi : l'auteur doit avoir un devoir spécial d'empêcher la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale (art. 11 al. 2 CP), appelé parfois position de garant. C'est le cas, par exemple, du gérant du patrimoine d'autrui et du surveillant de la gestion au regard de l'art. 158 CP (gestion déloyale), de sorte qu'il n'y a pas lieu d'établir une différence entre le gérant qui porte atteinte au patrimoine qui lui est confié en accordant un prêt sans garantie à un tiers insolvable et celui qui n'encaisse pas une créance qui est due. Dans les deux cas, l'auteur porte atteinte au patrimoine qui lui est confié en violant les devoirs découlant de sa position de gérant.

6 Code pénal suisse, modification précitée de la partie générale du 13 décembre 2002 (n. 1).

7 Pour une analyse détaillée des conditions d'application de cette disposition et leur interprétation par la doctrine, ainsi que pour la construction jurisprudentielle de la punissabilité des abstentions avant l'existence d'une base légale expresse, cf. CASSANI U., "Article 11 CP", in ROTH R./MOREILLON L. (édit.), *Commentaire romand, Code pénal 1: Dispositions générales*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2009 (à paraître).

8 Pour les infractions au CP, la négligence n'est réprimée que si l'incrimination en dispose expressément ainsi (art. 12 al. 1 CP) ; pour les contraventions prévues dans les autres lois fédérales, la négligence est punissable, à moins qu'il ne ressorte de la disposition applicable que la négligence n'est pas réprimée (art. 333 al. 7 CP).

## 2. Les limites de la répression découlant du principe de la culpabilité

La responsabilité pénale suppose toujours une faute personnelle. La responsabilité pénale objective, pour fait propre ou du fait d'autrui, n'existe pas.

La définition de l'élément subjectif constitue une limitation importante par rapport au droit civil. Il faut se souvenir que des infractions centrales du droit pénal des affaires se limitent à la culpabilité intentionnelle: c'est le cas de toutes les infractions contre le patrimoine, dont l'escroquerie (art. 146 CP), la gestion déloyale (art. 158 CP), les infractions boursières (art. 161 et 161<sup>bis</sup> CP) et, de manière plus ambiguë toutefois, de la gestion fautive (art. 165 CP)<sup>9</sup>. C'est également le cas du faux dans les titres (art. 251 CP), de la corruption (art. 322<sup>ter</sup> et ss CP et 4a LCD<sup>10</sup>) et du blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP). Ainsi, il ne suffit pas de prouver que les responsables d'une entreprise ont commis des actes de gestion déraisonnables et causé un dommage considérable; encore faut-il établir que les auteurs ont envisagé et accepté cette conséquence, au moins sous la forme du dol éventuel. Il s'agit là d'une limitation de l'arme répressive que l'issue du volet pénal de l'affaire *Swissair* est venue rappeler récemment<sup>11</sup>.

Les dispositions pénales des différentes lois sur les marchés financiers, relevant soit du droit pénal accessoire<sup>12</sup> soit du droit pénal administratif<sup>13</sup>, vont, en revanche, plus loin, puisqu'elles répriment également la négligence.

<sup>9</sup> L'art. 165 CP réprimant des fautes de gestion commises par le débiteur, dont la "négligence coupable dans l'exercice de sa profession", et étant d'application subsidiaire par rapport aux art. 163 et 164 CP, la question de l'élément subjectif de l'infraction a toujours donné du fil à retordre à la jurisprudence, qui se contente d'une "négligence grave" pour ce qui est de la conscience de causer ou aggraver le surendettement (ATF 127 IV 110, 112, SJ 2001 I 435; ATF 115 IV 38, JT 1990 IV 128, etc.). L'acte de gestion défaillante, quant à lui, doit être intentionnel. Pour un aperçu récent de la doctrine, cf. TRECHSEL S./OGG M., in TRECHSEL S. et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar*, Zurich (Dike) 2008, Art. 165 N 11.

<sup>10</sup> Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241 (révision du 7 octobre 2005).

<sup>11</sup> Pour une analyse des jugements d'acquiescement rendus par le Bezirksgericht Bülach le 4 juin 2007 dans l'affaire *Swissair*, cf. SCHUBARTH M./PETER H., "Die Bedeutung der *Swissair*-Urteile des Bezirksgerichtes Bülach für das Konzernstrafrecht", RSDA 5/2008, p. 455 ss. Les auteurs consacrent l'essentiel de leurs réflexions à la preuve de la gestion défaillante sous l'angle objectif, mais soulignent aussi la différence d'appréciation de l'élément subjectif en droit pénal et en droit de la responsabilité civile (op. cit., p. 464).

<sup>12</sup> Art. 47 LB, 43 LBVM.

<sup>13</sup> Art 50<sup>bis</sup> LB; art. 44 al. 2, 45 al. 2, 46 al. 2, 47 al. 2 LFINMA; art. 37 LBA (pour cette dernière infraction, la répression de la négligence découle de l'art. 333 al. 7 CP; dès l'entrée en vigueur de la LFINMA, qui modifie la LBA sur ce point, elle sera expressément mentionnée à l'art. 37 al. 2 LBA); art. 86 al. 3 loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA), RS 961.01; art. 24 al. 3 loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale, LBN), RS 951.11.

La culpabilité n'est jamais présumée, même lorsque l'auteur est juridiquement tenu de faire des vérifications. L'intermédiaire financier qui ne procède pas à des vérifications, alors même qu'il est en présence d'indices de blanchiment d'argent ou de constatations insolites qui déclenchent l'obligation de clarification en vertu de l'art. 6 LBA, ne commet pas de ce seul fait une infraction de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305<sup>bis</sup> CP. Il se rend, en revanche, coupable de l'infraction à l'art. 37 LBA, qui réprime la négligence<sup>14</sup>. Il va de soi, par ailleurs, que les choses se présentent différemment si l'intermédiaire financier a effectivement eu des doutes sur la provenance criminelle des avoirs, que ces doutes étaient importants et qu'il est passé outre, de sorte qu'il y a lieu de lui reprocher d'avoir commis un blanchiment d'argent par dol éventuel.

La situation est identique au regard du devoir de l'intermédiaire financier en vertu du ch. 5 de la Circ.-CFB 08/1 Règles de conduite sur le marché<sup>15</sup>, énonçant l'obligation, "[e]n présence d'indices selon lesquels des opérations sur valeurs mobilières pour le compte de clients ne sont pas compatibles avec les exigences des chapitres III à VI, [...] d'en rechercher les causes et, le cas échéant, de renoncer à participer aux opérations en question". Celui qui ne reconnaît pas les indices et ne réagit pas de manière appropriée n'est susceptible de se rendre punissable pour délit d'initié (art. 161 CP) ou manipulation de cours (art. 161<sup>bis</sup> CP) que s'il a au moins envisagé et accepté qu'il prêtait assistance à un abus de marché pénalement réprimé.

### 3. La participation aux infractions d'autrui

#### a) La participation principale et accessoire

L'entreprise est un lieu de collaboration. Il est, par conséquent, dans la nature des choses que les infractions commises dans son exploitation soient également le fruit de la collaboration.

Lorsque c'est le cas, toutes les personnes ayant contribué causalement à l'infraction sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale. Ainsi, celui qui participe à l'exécution de l'infraction peut être coauteur ou complice. Même celui qui se tient loin du théâtre des opérations peut se rendre punissable, que ce soit à titre d'auteur médiat utilisant l'auteur direct comme un instrument dénué de volonté délictueuse ou à titre d'instigateur. Le *Schreibtischtäter*, qui se contente d'inciter autrui à commettre l'infraction ou qui conçoit le plan et recueille les fruits de l'infraction, tout en restant dans l'ombre pendant la phase de l'exécution,

<sup>14</sup> Cf. n. 13 (supra).

<sup>15</sup> Circ.-CFB 08/1 Règles de conduite sur le marché, du 19 mars 2008.

se rend coupable comme instigateur ou comme coauteur. Enfin, celui qui se contente de renforcer une personne dans sa résolution délictueuse déjà prise ou lui prodigue des conseils facilitant l'infraction engage, lui aussi, sa responsabilité pénale comme complice psychique ou intellectuel.

Une limitation importante de la responsabilité pénale réside dans le fait que la participation aux infractions d'autrui suppose une intention délictueuse. La participation par négligence est inconcevable, de sorte que celui qui favorise inconsciemment ou involontairement une infraction commise par autrui ne se rend pas punissable. Cependant, un délit par négligence peut être commis par deux coauteurs<sup>16</sup> ou auteurs juxtaposés.

Il convient de se souvenir, par ailleurs, du fait que tous les participants à titre principal encourent la même peine-menace que l'auteur direct, ce qui est également le cas de l'instigateur (art. 24 CP). Le complice encourt, en revanche, une peine atténuée (art. 25 CP), qui tient compte de son rôle subordonné. L'atténuation de la peine est libre en vertu de l'art. 48a CP.

Les principes régissant la participation s'appliquent également en matière de droit pénal administratif (art. 333 al. 1 CP et art. 2 DPA). L'art. 5 DPA précise, en outre, que l'instigation et la complicité sont punissables en matière de contraventions également, ce qui va de soi pour l'instigation mais constitue une exception à la règle découlant de l'art. 105 al. 2 CP pour ce qui est de la complicité.

#### b) Les organes collectifs

Les membres d'organes collectifs, tels que le conseil d'administration ou la direction d'une société anonyme, prennent des décisions communes, pour lesquelles ils agissent comme coauteurs, sans qu'il n'y ait de brèche au principe de la responsabilité pénale individuelle<sup>17</sup>. Chaque personne répond à raison de sa contribution causale à la décision et à l'infraction qui en découle<sup>18</sup>. Lorsque l'infraction commise collectivement – que ce soit par action ou par abstention – est décidée à la majorité, celui qui vote contre la décision n'y contribue pas et n'encourt donc pas de responsabilité de ce fait. Celui qui vote pour la violation du droit ne peut se libérer en faisant valoir que la majorité était nette, que le résultat ne tenait par conséquent pas qu'à sa seule voix et que la décision aurait été la même s'il avait

<sup>16</sup> ATF 113 IV 58 ("rolling stones"), JT 1987 IV 138; STRATENWERTH G., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2005, § 16, N 55.

<sup>17</sup> CAMATHIAS ZIEGLER P., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften: insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*, thèse Zurich, 2004, p. 51.

<sup>18</sup> A noter qu'en règle générale, s'agissant des infractions par commission, la décision doit encore être exécutée pour que l'infraction soit consommée; cf. CAMATHIAS ZIEGLER (n. 17), p. 43.

voté dans le sens contraire. Cette manière de voir s'impose, car une interprétation différente permettrait à chacun d'éluder sa responsabilité en faisant valoir que c'est précisément sa voix qui n'a pas été décisive. Elle suppose néanmoins que la notion de causalité soit repensée. Selon le critère consacré par la jurisprudence (ATF 115 IV 206), est considéré comme une cause le comportement sans lequel le résultat ne serait pas survenu (formule de la *conditio sine qua non*). Or, en l'occurrence, le test de la *conditio sine qua non* ne doit pas s'appliquer au comportement de chaque votant pris individuellement, mais aux votes cumulés de tous ceux qui se sont prononcés dans le même sens; il s'agit donc d'une causalité cumulative<sup>19</sup>.

Celui qui s'abstient ou est absent sans excuse valable ne contribue en principe pas causalement à la décision, sauf si son vote était celui qui manquait pour atteindre une décision conforme au droit<sup>20</sup>. Il en va ainsi pour les décisions prises à la majorité relative, pour lesquelles l'abstention n'est pas comptée; en revanche, lorsqu'une majorité qualifiée ou absolue est exigée, l'abstention a le même effet qu'un vote négatif<sup>21</sup>.

Il convient de se rappeler, par ailleurs, qu'en cas d'infraction portant atteinte à des intérêts que l'auteur a pour mission spécifique de défendre (position de garant), comme c'est le cas du patrimoine de la société pour ce qui est du conseil d'administration et de la direction, l'omission est punissable au regard de l'art. 11 CP. Il s'ensuit que l'abstention sous la forme d'une non-participation non excusée à la séance ou d'un vote blanc peut également être constitutive d'infraction, si les membres présents et votants se décident en faveur de la violation du droit. Il en va ainsi, par exemple, en cas de violation du devoir d'avertir le juge en cas de surendettement (art. 725 CO), qui peut constituer une gestion fautive (art. 165 CP<sup>22</sup>). Lorsque les conditions d'une communication au juge lui paraissent réunies, l'administrateur diligent doit demander qu'une réunion soit convoquée, proposer que la question soit mise à l'ordre du jour et prendre position lors du vote. De manière plus générale, il doit entreprendre ce qui peut être raisonnablement exigé de lui pour empêcher que l'infraction soit commise. Il exprimera donc son désaccord et tentera de convaincre ses collègues lors de la délibération, en prenant la précaution de faire en sorte que sa position se reflète dans le procès-verbal.

Pour le surplus, le devoir d'avertir le juge en cas de surendettement incombe au conseil d'administration collectivement et ne peut, selon la doctrine et la jurisprudence en matière civile, être valablement exercé par un administrateur

19 La causalité cumulative est admise par DONATSCH A./TAG B., *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 8<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2006, p. 100; GRAVEN P., *L'infraction pénale punissable*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1995, p. 91; même résultat: CAMATHIAS ZIEGLER (n. 17), p. 89.

20 CAMATHIAS ZIEGLER (n. 17), p. 93.

21 CAMATHIAS ZIEGLER (n. 17), p. 25.

22 Cf. notamment l'ATF 127 IV 110, SJ 2001 I 435.



seul<sup>23</sup>. La communication au juge serait donc inefficace, de sorte que l'on ne saurait y obliger l'administrateur prudent qui a raison contre tous, ni accuser celui-ci de l'infraction à l'art. 165 CP, s'il y renonce. La dénonciation à la justice pénale serait également prématurée, faute de réalisation de la condition objective de la punissabilité.

## B. Ordre hiérarchique et responsabilité pénale

Le principe de l'égalité devant le risque pénal est atténué à certains égards, du fait que l'ordre hiérarchique implique une division verticale des tâches et des responsabilités de surveillance et qu'elle confère aux dirigeants un ascendant sur leurs subordonnés.

### 1. Qui est susceptible de répondre des délits propres ?

Le fait que le rang hiérarchique peut faire naître des responsabilités accrues se reflète notamment dans le régime auquel sont soumis les délits propres, soit les infractions qui supposent que l'auteur possède une qualité ou viole un devoir particuliers.

Les délits propres purs sont les infractions qui ne peuvent être réalisées, à titre principal, que par une personne qui possède la qualité spéciale (*intraneus*); celle, par exemple, d'être un gérant pour la gestion déloyale (art. 158 CP) ou un débiteur pour la gestion fautive (art. 165 CP). Celui qui ne possède pas cette qualité (*extraneus*) ne peut commettre l'infraction comme auteur à titre principal; il peut, tout au plus, en répondre comme instigateur ou complice. Certaines infractions, appelées délits propres mixtes, visent aussi bien l'*intraneus* et l'*extraneus* comme auteur principal, mais prévoient une peine plus lourde pour le premier. A titre d'exemple, on peut penser aux clauses punitives différentes qui s'appliquent à l'initié et au *tippee* en matière d'exploitation de la connaissance de faits confidentiels (art. 161 CP) ou au débiteur et au tiers en cas de banqueroute frauduleuse (art. 163 CP).

Lorsque l'infraction est commise au sein d'une entreprise et que c'est cette dernière qui possède la qualité spéciale exigée par la loi, se pose la question de

---

23 PETER H./CAVADINI F., in TERCIER P./AMSTUTZ M. (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2008, art. 725 CO, N 46, citant un jugement du TPI Genève 8923/04, du 22 juillet 2004; VENTURI S./BAUEN M., *Le conseil d'administration : organisation, attributions, responsabilité, corporate governance*, Zurich (Schulthess) 2007, N 648; KRNETA G., *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2005, N 2200, 2210; BÖCKLI P., *Schweizer Aktienrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2004, § 13, N 818.

savoir qui répond comme *intraeus*. L'art. 29 CP, intitulé "punissabilité des actes commis dans un rapport de représentation", répond à cette question en établissant une liste de personnes physiques à qui le devoir particulier, dont la violation fonde ou aggrave la punissabilité, peut être imputé<sup>24</sup>. Il s'agit de l'organe d'une personne morale ou du membre d'un tel organe, de l'associé, du collaborateur disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé et du dirigeant effectif.

Il s'ensuit que toutes les personnes mentionnées dans la liste établie à l'art. 29 CP sont potentiellement des auteurs répondant en vertu du délit propre. Il n'en découle aucune présomption ou imputation de responsabilité. Ces personnes ne répondront d'une infraction que si elles l'ont effectivement commise, en réalisant tous ses éléments objectifs et subjectifs.

A noter que, conformément aux art. 333 al. 1 CP et 2 DPA, l'art. 29 CP s'applique aussi aux infractions relevant du droit pénal administratif, puisque la DPA ne régit pas spécifiquement ce point. L'art. 6 al. 1 DPA dispose certes que "[l]orsqu'une infraction est commise dans la gestion d'une personne morale, d'une société en nom collectif ou en commandite, d'une entreprise individuelle ou d'une collectivité sans personnalité juridique ou de quelque autre manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers, les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte", mais n'évoque pas expressément l'imputation de devoirs spécifiques<sup>25</sup>. L'interprétation contraire, soutenue récemment par deux auteurs<sup>26</sup>, aboutirait à rendre n'importe quelle personne physique, y compris l'employé subalterne, responsable en cas de délit propre pur (p. ex. lorsque la loi exige que l'infraction soit commise par un "employeur") et méconnaît le but de cette disposition, consistant à rappeler la primauté de la responsabilité de la personne physique.

## 2. La responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques, dirigeants et chefs suprêmes

Certaines personnes répondent non seulement des infractions qu'elles commettent personnellement, mais aussi de celles commises par d'autres, à condition d'avoir violé un devoir de surveillance. La responsabilité pénale du chef de l'entreprise n'est pas expressément mentionnée dans le Code pénal suisse. Elle l'est à

24 CASSANI U., "Article 29 CP", in ROTH R. / MOREILLON L. (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I : Dispositions générales*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2009 (à paraître).

25 HAURI K., *Verwaltungsstrafrecht (VStrR)*, Berne (Stämpfli) 1998, p. 14 ; SCHWOB R., "La loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif", FJS n° 1287, 1987, p. 4 ss.

26 GARBARSKI A. / MACALUSO A., "La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif", PJA 7/2008, p. 833 ss, p. 834.

l'art. 6 al. 2 DPA, auquel renvoie notamment l'art. 50 al. 1 LFINMA. Cependant, cette responsabilité, qui trouve sa source dans la théorie sur la punissabilité des abstentions (art. 11 CP), s'applique aussi au droit pénal ordinaire, où elle est néanmoins définie plus restrictivement qu'en matière de droit pénal administratif.

Il convient de relever, en effet, que l'art. 6 al. 2 DPA reconnaît la responsabilité pénale du chef au sens large en des termes englobant également le mandant ou le représenté et l'étend, par ailleurs, non seulement à celui qui "omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant", mais aussi à celui qui omet "d'en supprimer les effets", ce qui revient à instaurer une responsabilité subséquente incompatible avec les principes fondamentaux du droit pénal<sup>27</sup>.

a) La responsabilité pénale de l'employeur

La responsabilité pénale à raison de l'omission d'empêcher un subordonné de commettre une infraction a été rattachée, dans un arrêt du Tribunal fédéral relatif à un accident de chantier, au devoir de surveillance de l'employeur en vertu du droit des obligations<sup>28</sup>. Selon cet arrêt, l'employeur répond du dommage causé par ses employés à ses cocontractants (art. 101 CO) ou à des tiers (art. 55 CO) et "a donc l'obligation juridique de veiller à ce que ses employés prennent les mesures de précaution nécessaires pour éviter la survenance d'un dommage; il assume en particulier la *cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo* [...]. Il se trouve ainsi dans une position de garant"<sup>29</sup>. En l'espèce, la responsabilité de l'employeur pour homicide par négligence a été niée, au motif que l'ouvrier fautif savait parfaitement qu'il ne devait pas effectuer la manœuvre qui a été fatale à un collègue. L'arrêt ne permet pas de savoir quelles étaient la forme et la taille de l'entreprise, ainsi que la position de la personne considérée comme "employeur"; selon toute vraisemblance, il s'agissait du patron d'une entreprise exploitée en raison individuelle.

b) La responsabilité du chef d'entreprise

Le chef d'entreprise répond de son omission, s'il se rend compte que ses inférieurs hiérarchiques s'appêtent à commettre une infraction et qu'il n'intervient pas

<sup>27</sup> Les commentateurs de la DPA ne relèvent pas ce point, cf. HAURI (n. 25); SCHWOB (n. 25), p. 6, qui formule néanmoins une critique implicite en considérant étonnant que l'art. 6 DPA n'ait occasionné que très peu de problèmes en pratique.

<sup>28</sup> ATF 117 IV 130, p. 133, JT 1994 IV 127.

<sup>29</sup> ATF 117 IV 130, p. 133, JT 1994 IV 127.

pour les en empêcher. Il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui<sup>30</sup>, mais bien pour faute propre de celui qui a l'obligation juridique de surveiller la source de danger que représente l'activité de ses subordonnés<sup>31</sup>.

Cette responsabilité a été retenue par le Tribunal fédéral dans deux affaires mettant en cause des entreprises suisses du fait de la livraison d'armes ou de composantes d'armes en violation d'un embargo international. Dans la première affaire, jugée par le Tribunal fédéral en 1970<sup>32</sup>, le chef de l'entreprise Bührle s'était rendu compte du fait que ses subordonnés avaient commis des violations de la législation suisse sur le matériel de guerre en exportant des armes à destination de divers pays sous embargo. Le reproche adressé à M. Bührle ne fut pas d'avoir contribué activement à la conception ou à l'exécution du plan, ou encouragé ses subordonnés, mais d'avoir toléré la poursuite de ces livraisons à partir du moment où il en a eu connaissance. Il a certes invité ses subordonnés à mettre fin aux livraisons illicites, mais sans faire preuve de beaucoup de conviction. Selon le Tribunal fédéral, il aurait dû ordonner avec détermination la cessation des livraisons et contrôler que son ordre fût suivi<sup>33</sup>; en lieu et place de cela, il s'est désintéressé de l'affaire. Le Tribunal fédéral en a déduit que M. Bührle avait admis intentionnellement, par dol éventuel, la poursuite des violations du droit par ses subordonnés.

L'arrêt Von Roll<sup>34</sup>, rendu un quart de siècle plus tard (1996), étend considérablement la responsabilité du chef de l'entreprise, aussi bien sous l'angle des personnes susceptibles d'en répondre que des exigences qui s'adressent à elles, par l'énonciation du reproche d'organisation défailante<sup>35</sup> qui deviendra aussi le pivot de la responsabilité de l'entreprise elle-même.

La loi fédérale de 1972, applicable au cas d'espèce, mentionnait expressément la responsabilité du chef d'entreprise qui, "intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné"<sup>36</sup>.

30 GRAVEN P., "La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même", SJ 1985, p. 497 ss, p. 501; HEINE G., "Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften", RPS 119 (2001), p. 22 ss, p. 31 ss; DONATSCH A., "Interaktionen zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit – aus materiel Strafrechtlicher und prozessualer Sicht", in WEBER R./ISLER P. (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*, Zurich (Schulthess) 2008, p. 147 ss, p. 150.

31 DONATSCH / TAG (n. 19), p. 367.

32 ATF 96 IV 155, JT 1974 IV 104.

33 ATF 96 IV 176, JT 1974 IV 117.

34 ATF 122 IV 103. Cet arrêt, qui n'a à notre connaissance pas été traduit en langue française, a fait l'objet d'un résumé très succinct au JT 1997 IV 124.

35 Sur le reproche se rattachant à l'organisation défailante comme critère d'attribution de responsabilité pénale, cf. déjà l'ATF 120 IV 300, p. 310, JT 1996 IV 96 (pollution Ciba-Geigy, Klybeck).

36 Art. 19 al. 2 de la loi sur le matériel de guerre du 30 juin 1972, RO 1973 107.

Durant les années 1980, le groupe Von Roll avait livré, depuis une usine dans le canton de Berne, des pièces pour la construction d'un canon de très grande dimension par l'Irak (le "Supergun de Saddam"). Les représentants de l'entreprise croyaient que les pièces étaient destinées à un usage purement civil, jusqu'au moment où une des livraisons fut bloquée à l'aéroport de Francfort par les autorités douanières allemandes, qui soupçonnaient une violation de la législation sur le contrôle des armes de guerre. Apprenant cet événement, les collaborateurs de Von Roll n'en ont averti ni la direction, ni le conseil d'administration, de sorte qu'une livraison ultérieure a encore pu être effectuée.

Pour cette dernière livraison, le couperet pénal est tombé non seulement sur les collaborateurs qui avaient participé à la planification et à l'organisation des livraisons illicites, mais aussi sur F., administrateur-délégué, dirigeant du groupe de sociétés et chef du service juridique. Or, F. n'avait pas eu connaissance des violations et ne pouvait donc être accusé d'infraction intentionnelle. Le Tribunal fédéral lui reprocha une infraction par négligence, consistant à ne pas avoir mis en place les mécanismes adéquats permettant à l'entreprise de réagir de manière appropriée au blocage d'une livraison par les douaniers allemands, par l'information des instances dirigeantes, à qui il incombait d'élucider les faits et d'empêcher la livraison subséquente<sup>37</sup>.

La responsabilité se fonde ainsi, pour la première fois, non sur le fait d'avoir toléré sciemment des infractions commises par des subordonnés, mais sur le fait d'avoir failli à un devoir d'organisation, consistant à doter l'entreprise de structures et mécanismes de contrôle permettant une maîtrise efficace des risques<sup>38</sup>. Ce devoir est mis à la charge non seulement du conseil d'administration mais aussi de tous les organes et membres d'organes, ainsi que des dirigeants effectifs<sup>39</sup>. Il s'étend à toutes les affaires centrales pour l'activité de l'entreprise<sup>40</sup>, représentant un risque typiquement lié à son activité, critère dont la doctrine souligne l'importance<sup>41</sup>.

37 ATF 122 IV 127 s.

38 HEINE G., "Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen", in NIGGLI M. A. / AMSTUTZ M. (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007, p. 93 ss, p. 98; CASSANI U., "Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tête, des organes et des petites mains", in BERTHOUD F. (édit.), *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, n° 49, Lausanne (CEDIDAC) 2002, p. 43 ss, p. 60.

39 ATF 122 IV 128; cf. DONATSCH (n. 30), p. 151.

40 ATF 122 IV 126 s. (implicite).

41 CASSANI (n. 38), p. 60; DONATSCH / TAG (n. 19), p. 368; HEINE (n. 30), p. 32; STRATENWERTH (n. 16), § 14, N 28; VEST H., "Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn", RPS 105 (1988), p. 288 ss, p. 300 s.

Le raisonnement qui vient d'être exposé s'applique uniquement aux infractions par négligence, comme il en existe beaucoup en matière bancaire et financière<sup>42</sup>. Dans ce domaine, les dirigeants répondent donc du fait qu'ils n'ont pas pris de mesures propres à empêcher des infractions qu'ils ignoraient mais auraient dû connaître. Pour les infractions intentionnelles, par exemple en matière patrimoniale, de corruption, de blanchiment d'argent ou de défaut de vigilance, seul celui qui envisage et accepte, par dol éventuel au moins, que ses subordonnés commettent des infractions et qui reste inactif ou réagit mollement et s'en désintéresse par la suite, répond de ce fait.

### C. Division des tâches et responsabilité pénale

#### 1. La délégation de tâches

L'arrêt Von Roll semble reconnaître l'admissibilité de principe d'une délégation des tâches d'organisation, de sécurité et de contrôle incombant au conseil d'administration<sup>43</sup>, sans pour autant trancher clairement cette question qui ne se posait pas de manière concrète.

Au regard de l'art. 716a CO, les attributions les plus importantes du conseil d'administration sont intransmissibles et inaliénables: en particulier, l'exercice de la haute direction (ch. 1), la fixation de l'organisation (ch. 2) et l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (ch. 5). La délégation de ces fonctions n'est pas licite et ne serait dès lors pas susceptible de libérer de sa responsabilité civile celui qui délèguerait néanmoins une de ces tâches<sup>44</sup>, même si certains auteurs estiment que la répartition des tâches au sein du conseil d'administration peut avoir pour effet que la responsabilité des administrateurs attributaires est jugée de manière plus sévère<sup>45</sup>.

La Circ.-CFB 06/6 Surveillance et contrôle interne (ch. 9 ss) retient également qu'il incombe au conseil d'administration de régler, instaurer, maintenir, surveiller et valider régulièrement un contrôle interne approprié de tous

<sup>42</sup> Cf. l'énumération notes 12 et 13 (supra).

<sup>43</sup> ATF 122 IV 128.

<sup>44</sup> BERTSCHINGER U., "Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht", PJA 11/1998, p. 1286 ss, p. 1290; BÖCKLI P. (n. 23), § 18, N 118 ss; MÜLLER R./LIPP L./PLÜSS A., *Der Verwaltungsrat*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2007, p. 311; SENN D., *Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 13; HONSELL H./VOGT N. P./WATTER R. (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-1186 OR)*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 1994, N 29 ad art. 716a CO.

<sup>45</sup> PETER/CAVADINI (n. 23), N 69 ad art. 716a CO; TRIGO TRINDADE R., "La répartition des tâches au sein du conseil d'administration", RSDA 2004, p. 24 ss, p. 33.

les risques significatifs auxquels s'expose l'entreprise<sup>46</sup>. Lorsque des tâches sont confiées à certains de ses membres ou à des comités, en particulier au comité d'audit, le ch. 31 rappelle que “[d]ans tous les cas, le conseil d'administration reste collectivement responsable des tâches déléguées”.

Les mêmes principes s'appliquent en matière pénale : celui qui délègue ses devoirs inaliénables, comme l'exercice de la haute surveillance, continue de répondre des infractions que des mesures adéquates, à savoir efficaces et proportionnées, qu'il lui appartenait de mettre en œuvre, auraient empêchées<sup>47</sup>. Cependant, il ne faut pas oublier le fait, déjà relevé, que beaucoup d'infractions susceptibles d'être commises dans l'administration d'une entreprise ne répriment pas la négligence. Or, lorsque l'intention est requise, elle l'est aussi pour établir la responsabilité du garant. Ainsi, même si le devoir de surveillance de la gestion incombant au conseil d'administration implique, par exemple, celui de veiller à ce que les personnes chargées de la gestion ne commettent pas de délits d'initié<sup>48</sup>, les administrateurs ne se rendent coupables de cette infraction que s'ils envisagent et acceptent la commission de tels actes.

Le Tribunal fédéral a considéré, à juste titre, dans un arrêt de 1979 qui demeure pertinent, que l'administrateur statutaire – en l'espèce, une femme de paille qui négligeait ses devoirs de surveillance au point extrême, puisqu'elle n'avait aucune idée de ce qui se passait au sein de la société – ne répondait que s'il avait connu et voulu les faits réalisant l'infraction intentionnelle<sup>49</sup>.

En dehors des tâches inaliénables, l'art. 754 al. 2 CO, régissant la responsabilité en cas de délégation intervenue de “manière licite”, précise que celui qui délègue “à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances”<sup>50</sup>. La doctrine pénale reconnaît la validité de ces principes et admet donc la délégation, pour autant qu'elle soit donnée à une personne qualifiée, qu'elle soit claire et précise et que l'activité de celui qui en bénéficie soit surveillée de manière appropriée<sup>51</sup>.

Par ailleurs, le Code des obligations, la loi sur les banques, ainsi que la Circ.-CFB 06/6 admettent, voire prescrivent, que le conseil d'administration soit secondé par d'autres organes et personnes dans la mise en œuvre de la surveillance et du contrôle des risques (audit interne, direction opérationnelle, y compris

46 Circulaire de la Commission fédérale des banques : Surveillance et contrôle interne, du 27 septembre 2006 (Circ.-CFB 06/6 Surveillance et contrôle interne), ch. 9 ss.

47 SCHMID N., “Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen”, RPS 105 (1988), p. 156 ss, p. 176 ss ; d'un avis contraire : VEST (n. 41), p. 302.

48 VENTURI/BAUEN (n. 23), N 504 ; KRNETA (n. 23), N 1289 ; BÖCKLI (n. 23), § 13, N 393.

49 ATF 105 IV 177, JT 1981 IV 19 s.

50 ATF 122 III 195, p. 198, JT 1997 I 221 ; arrêt du 24 mai 1982 reproduit in SJ 1983, p. 96.

51 SCHMID (n. 47), p. 175 ss ; cf. également l'ATF 122 IV 127.

*compliance*). La mise en place des structures de contrôle de l'organisation peut donc incomber à la fois au conseil d'administration, comme organe suprême de direction, d'organisation et de surveillance, et aux personnes qui ont été chargées des mesures concrètes de surveillance et de la mise en œuvre concrète du concept général d'organisation défini par le conseil d'administration<sup>52</sup>. Lorsque c'est le cas, ces personnes chargées de veiller à la sécurité et à l'organisation des mesures préventives ont, elles aussi, un devoir juridique spécial d'agir et répondent de leurs abstentions fautives.

## 2. Division des tâches et confiance réciproque

La collaboration efficace et la division des tâches supposent l'existence d'un climat de confiance réciproque au sein de l'entreprise. Or, en vertu du principe de la confiance, qui a été développé par la jurisprudence en matière de circulation routière, chacun peut "compter, en l'absence d'indice contraire, avec une certaine prudence des autres personnes"<sup>53</sup>. Transposé à la collaboration dans le travail, cela signifie que, "en cas de division horizontale du travail, chaque travailleur doit pouvoir légitimement s'attendre à ce que son collègue respectera ses devoirs, tant qu'aucune circonstance ne laisse présumer le contraire. En cas de répartition verticale, la doctrine subordonne le principe de la confiance à la *cura in eligendo, custodiendo et instruendo*"<sup>54</sup>.

Si une entreprise charge, par exemple, le personnel du service juridique ou du service *compliance* de certaines activités de contrôle et de vérification, les autres collaborateurs de même rang doivent pouvoir se fier à la pertinence des analyses et au caractère licite des actes de ces spécialistes; de cette manière, "[c]hacun peut [...] se vouer à sa propre tâche sans avoir à surveiller les autres"<sup>55</sup>. Les supérieurs sont fondés à leur faire confiance, pour autant que ces personnes aient été choisies, surveillées et instruites avec la diligence nécessaire.

Par ailleurs, en vertu de l'art. 21 CP, "quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable". Lorsque l'erreur sur l'illicéité était évitable, le juge se contente d'atténuer la

<sup>52</sup> BÖCKLI (n. 23), § 18, N 126; KRNETA (n. 23), N 2101; SCHMID (n. 47), p. 176 s.

<sup>53</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_675/2007 du 20 juin 2008, consid. 2.2.2.1; ATF 118 IV 277, p. 280 ss; ATF 120 IV 300, p. 310, JT 1996 IV 96; ATF 125 IV 83, p. 87, JT 1999 I 853.

<sup>54</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_675/2007 du 20 juin 2008, consid. 2.2.2.1., citant la doctrine (SEELMANN K., in NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (édit.), *Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007, N 73 ad art. 1 CP; ROTH R., *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Lausanne 1987, p. 88 ss). Les mêmes principes sont exposés dans l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_200/2007 du 8 mai 2008, consid. 4.1.1.

<sup>55</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_200/2007 du 8 mai 2008, consid. 4.1.1.



peine<sup>56</sup>. Celui qui se fie à un avis de droit émanant d'un avocat ou expert externe ou d'un juriste *in house* peut, en principe, s'en prévaloir. Toutefois, un certain sens critique reste de mise, surtout lorsque l'on sait que les intérêts économiques de l'entreprise sont en jeu et que les employés du service juridique et peut-être même le juriste externe risquent donc d'être enclins à se prononcer trop facilement dans un sens favorable à ces intérêts<sup>57</sup>.

### 3. L'employé subalterne, "ni héroïque ni couard"

Le collaborateur de rang subalterne n'est pas tenu de prévenir la commission d'infractions par des collègues de même rang ou des supérieurs, fût-ce au préjudice de l'entreprise, sauf s'il a pour mission spécifique de contrôler l'activité d'autrui<sup>58</sup>. L'obligation de fidélité du travailleur ne lui impose pas un devoir juridique de dénoncer les infractions qu'il constate dans l'exécution de son travail – à l'exception bien sûr du devoir de communication qui existe à la charge de toute personne possédant la qualité d'intermédiaire financier.

#### a) Ordre hiérarchique et devoir de désobéissance

L'employé doit fidélité et obéissance à l'employeur, ce qui signifie qu'il doit suivre les instructions de son supérieur hiérarchique et qu'il est soumis au contrôle de celui-ci. Cela ne signifie pas pour autant que les ordres du supérieur doivent être suivis aveuglément. L'ordre illégal du supérieur hiérarchique ne libère pas de la responsabilité pénale le subordonné qui se rend compte qu'il commet ou participe à une infraction. En effet, en vertu de l'art. 48 lit. a ch. 4 CP, le fait que l'auteur ait agi "sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait" et que sa liberté de décision ait dès lors été entravée n'est pas un motif d'exclusion mais d'atténuation de la culpabilité et, par conséquent, de la peine<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Celui qui a fait naître l'erreur sur l'illicéité agit également comme auteur médiateur ; la doctrine minoritaire estime à juste titre que c'est également le cas lorsque l'erreur est évitable ; STRÄULI B., "Introduction aux articles 24 à 27 CP", in ROTH R. / MOREILLON L. (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I : dispositions générales*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2009, N 55 (à paraître) ; SEELMANN K., *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007, p. 139-140 ; contra : DONATSCH / TAG (n. 19), p. 183 ; GRAVEN (n. 19), p. 295 ; HURTADO POZO J., *Droit pénal, Partie générale*, 2008, p. 354, N 1098 ; STRATENWERTH (n. 16), § 13, N 34 ; STRATENWERTH G. / WOHLERS W., *Schweizerisches Strafgesetzbuch : Handkommentar*, Berne (Stämpfli) 2007, Vor Art. 24 N 4.

<sup>57</sup> ATF 121 IV 109, p. 126, JT 1996 IV 157.

<sup>58</sup> ATF 113 IV 68, p. 75, JT 1988 IV 74.

<sup>59</sup> HURTADO POZO (n. 56), p. 492, N 1531 ; WIPRÄCHTIGER H., in NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (édit.), *Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007, N 17 ss ad art. 48.

Pour que le subordonné puisse se dégager de toute responsabilité, il faut qu'il ait été utilisé comme un instrument dénué de volonté délictueuse aux mains de son supérieur ou d'autres personnes. Cette hypothèse – qui relève de la contrainte absolue – reste très exceptionnelle. Pour déterminer si la contrainte est relative ou absolue, il faut se demander si “un homme ‘moyen’, ni héroïque ni couard”, pour reprendre l'expression de Philippe GRAVEN<sup>60</sup>, aurait résisté et si ce comportement pouvait aussi être exigé de l'auteur, compte tenu de ses caractéristiques personnelles. Or, l'on est en droit d'attendre des intermédiaires financiers, tout comme des représentants des professions juridiques, une capacité de résistance particulièrement développée pour ce qui concerne les transgressions du cadre juridique de leur activité professionnelle. La menace explicite ou implicite de ne pas être promu à un poste plus important, d'être rétrogradé, de subir une diminution de salaire ou du bonus de fin d'année, voire même la menace d'un licenciement, ne devraient pas être suffisantes pour contraindre de manière absolue un employé de banque à commettre des infractions sérieuses contre des biens individuels ou collectifs, tels que la gestion déloyale, l'escroquerie, la corruption, le blanchiment d'argent ou la complicité à la fraude fiscale.

b) Le “whistleblower”

Même en l'absence d'un devoir de dénoncer, se pose la question de savoir si l'employé – subalterne ou dirigeant – doit être encouragé à rapporter d'éventuelles pratiques illicites constatées au sein de l'entreprise et s'il doit être protégé s'il tire la sonnette d'alarme, en pratiquant le *whistleblowing*<sup>61</sup>. L'expression est utilisée à la fois pour désigner les alertes données à l'interne de l'entreprise, dont la conformité au devoir de fidélité dû à l'employeur ne fait guère de doute, et la transmission d'informations à l'externe, sous la forme d'une dénonciation à l'autorité ou de l'information du public, dont l'appréciation au regard du devoir de fidélité est plus délicate.

60 GRAVEN (n. 19), p. 197 ; nous nous référons à la terminologie de GRAVEN pour la distinction entre la contrainte relative et absolue.

61 Cf. JOSITSCH D., “‘Whistleblowing’ und Korruptionsbekämpfung”, in *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich (Schulthess) 2007, p. 97 ss ; JOSITSCH D., “‘Whistleblowing’ und Strafverfahren, in Individuum und Verband”, in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*, Zurich (Schulthess) 2006, p. 261 ss ; LEDERGERBER Z., “‘Whistleblowing’ unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung”, Berne (Stämpfli) 2005 ; STRASSER O., “Whistleblowing als Element guter corporate governance”, in *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz*, Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen, Zurich (Dike) 2007, p. 485 ss ; VON KAENEL A., “Whistleblowing”, RSJ 103 (2007), p. 309 ss ; CARRANZA C. J. / MICOTTI S., “Whistleblowing : aspects choisis dans le domaine bancaire”, *Revue de l'avocat* 2/2008, p. 67 ss.

La protection des donneurs d'alerte est exigée par certaines conventions internationales, notamment en matière de corruption<sup>62</sup>, et correspond de plus en plus à ce qui est considéré comme *good industry practice*. Le droit suisse, offrant une protection très faible contre les licenciements, y compris en cas de mesure de rétorsion dirigée contre un collaborateur qui dénonce des pratiques illicites graves, reste notoirement peu développé dans le domaine.

Des mesures encourageant les donneurs d'alerte par la mise sur pied d'une procédure d'annonce d'éventuelles irrégularités avaient été préconisées en 2004, dans le cadre de l'élaboration de la circulaire sur le contrôle interne de la CFB<sup>63</sup>, mais abandonnées suite à l'accueil très froid réservé à cette proposition lors de la consultation.

La protection des donneurs d'alerte, non limitée au secteur bancaire, a également fait l'objet d'une Motion Gysin, qui a eu un destin plus favorable, puisqu'elle a été adoptée en 2005 par le Conseil national<sup>64</sup> et en 2006 par le Conseil des Etats<sup>65</sup>. Les Chambres fédérales ont introduit certaines atténuations, en précisant notamment que "les dénonciateurs ne peuvent révéler les faits dont ils ont connaissance à l'opinion publique qu'en dernier recours".

A l'heure où nous finalisons la présente contribution, le Conseil fédéral vient d'envoyer en procédure de consultation un avant-projet de révision législative intitulé "Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)", accompagné d'un rapport explicatif<sup>66</sup>. La modification législative proposée consiste à introduire un article 321a<sup>bis</sup> CO, conférant au travailleur la faculté de signaler à l'autorité compétente des faits mettant en jeu l'intérêt public, soumise à certaines conditions, dont en particulier la subsidiarité par rapport aux mesures prises par l'employeur lui-même. De manière plus subsidiaire encore, soit si l'autorité compétente reste inactive ou s'il est à prévoir

---

62 Art. 22 Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la corruption du Conseil de l'Europe, RS 0.311.55; art. 33 Convention des Nations Unies contre la corruption (dont la ratification a été proposée aux Chambres fédérales par le Message du 21 septembre 2007 concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption, FF 2007 6931; à noter que le Message ne propose aucune modification du droit suisse).

63 Projet de circulaire sur le contrôle interne de la Commission fédérale des banques du 4 mai 2005 (ch. 3.4, "whistleblowing").

64 BOCN 2005 786.

65 BOCE 2006 265; adhésion du CN aux propositions du CE le 22 juin 2007, BOCN 2007 1133.

66 Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), Rapport explicatif relatif à l'avant-projet (sans date); cf. Communiqué de presse du 5 décembre 2008 du Département fédéral de justice et police (Les "whistleblowers" doivent bénéficier d'une meilleure protection). La procédure de consultation court jusqu'au 31 mars 2009.

qu'elle le restera, l'al. 3 permet au travailleur de porter les faits répréhensibles à la connaissance du public, en s'adressant aux médias ou aux "organisations concernées". L'al. 4 réserve les règles sur le secret professionnel et celles prévues dans des lois spéciales.

Lorsque le signalement est fait dans le respect de ces exigences, l'avant-projet considère le congé donné par l'employeur comme abusif et non nul, au regard d'un ajout que le Conseil fédéral propose de faire à l'art. 336 al. 2 CO. La protection accordée au travailleur contre le congé-représailles reste donc limitée à l'indemnisation pour résiliation abusive.

### III. La responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP)

Cinq ans après leur entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> octobre 2003<sup>67</sup>, les dispositions consacrées à la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 et 102a CP) n'ont donné lieu qu'à quelques très rares condamnations de portée anecdotique, prononcées dans des ordonnances pénales. Ces dispositions, qualifiées par la doctrine de largement inadéquates<sup>68</sup>, n'ont donc pas encore eu à traverser l'épreuve du feu d'un procès pénal à part entière, permettant de tester leur solidité et surtout la praticabilité des quelques maigres règles de procédure esquissées à l'art. 102a CP<sup>69</sup>.

L'art. 102 CP permet, à certaines conditions, d'imputer à l'entreprise une infraction commise par une personne en son sein, dans son activité commerciale, et de lui infliger une amende pouvant atteindre 5 millions de francs, alors que le maximum légal de la peine pécuniaire infligée à la personne physique en vertu du Code pénal suisse est de 1 080 000 francs, s'agissant des condamnés les plus aisés (art. 34 al. 1 et 2 CP).

L'art. 102 CP s'applique aux crimes et aux délits, mais non aux contraventions (art. 105 al. 1 CP).

A la quasi-absence de cas d'application jurisprudentiels s'oppose une profusion très inhabituelle d'analyses doctrinales, qui ne sont cependant pas parvenues à combler les nombreuses lacunes et incertitudes concernant l'interprétation

<sup>67</sup> Cf. n. 1 supra.

<sup>68</sup> Pour une critique débouchant sur des propositions *de lege ferenda*, cf. STRATENWERTH G., "Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda", RPS 126 (2008), p. 1 ss, p. 1, résumant les vues critiques exprimées par la doctrine.

<sup>69</sup> Le caractère très lacunaire des règles procédurales subsistera sous l'empire du Code de procédure pénale suisse, adopté le 5 octobre 2007 (FF 2007 6583 ; mise en vigueur probable le 1<sup>er</sup> janvier 2011), qui consacre à la question quelques dispositions éparées (art. 36 al. 2, 112, 178 lit. g, 265 al. 2 lit. c CPP), ajoutant peu d'éléments à ce qui découle de l'art. 102a CP.

de ces normes<sup>70</sup>. Nous nous limiterons à esquisser quelques principes fondamentaux.

L'art. 102 CP décrit deux modèles de responsabilité qui diffèrent l'un comme l'autre du modèle vicarial qui prévaut sur le plan international<sup>71</sup>, dans lequel on impute à la personne morale la faute commise par ses organes.

### A. Le modèle subsidiaire (art. 102 al. 1 CP)

Le régime ordinaire de la responsabilité de l'entreprise est aménagé par l'art. 102 al. 1 CP, en vertu duquel l'entreprise répond à titre subsidiaire des infractions commises en son sein, dans l'exercice de son activité commerciale, par une personne physique qui ne peut être identifiée en raison d'un manque d'organisation. C'est donc le manque d'organisation qui est reproché à l'entreprise, mais ce dernier, fait curieux, n'est pas causal pour la commission de l'infraction, mais pour le fait que la justice pénale ne parvient pas à en identifier l'auteur.

Ce régime comporte peu de risques pour l'entreprise, puisqu'il suffit que la personne physique ayant commis l'infraction soit identifiable, pour que l'entreprise échappe à toute responsabilité. Lorsque la responsabilité pénale de plusieurs personnes entre en considération, il suffit qu'une personne ayant agi à titre principal soit identifiée. La responsabilité du chef de l'entreprise est également de nature à faire écran à celle de l'entreprise<sup>72</sup>. Cependant, il faut se souvenir du fait que le défaut d'organisation fonde à l'encontre du chef de l'entreprise un reproche qui relève de la négligence et n'entre en considération que pour les infractions réprimant celle-ci.

Le modèle peu incisif découlant de l'art. 102 al. 1 CP gouverne tous les crimes et délits, à l'exception de ceux qui sont énumérés à l'al. 2. Il s'applique donc no-

70 Nous nous contenterons de quelques repères bibliographiques récents : GARBARSKI/MACALUSO (n. 26) ; HEINE (n. 38), p. 99 ss ; MACALUSO A., *La responsabilité pénale de l'entreprise : Commentaire des art. 100<sup>quater</sup> et 100<sup>quinquies</sup> CP*, Zurich (Schulthess) 2004, p. 97 s., N 546 à 548 ; ROTH R., "Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la 'faute d'organisation' et le droit pénal", SJ 2003 II 187 ss ; SCHMID N., "Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs", in VON DER CRONE H. C./WEBER R. H./ZÄCH R./ZOBL D. (édit.), *Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich (Schulthess) 2003, p. 761 ss, p. 769 ; cf., pour d'autres références doctrinales, CASSANI U., "Le droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)", in FELLMANN W./POLEDNA T. (édit.), *La pratique de l'avocat 2005*, Berne (Stämpfli) 2005, p. 671 ss, p. 676 s.

71 CASSANI U., "L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent", RDS 127 (2008) II, p. 227 ss, p. 344.

72 DONATSCH A., *StGB Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zurich (Orell Füssli Verlag) 2006, p. 164 ; DONATSCH/TAG (n. 19), p. 377 ; GARBARSKI/MACALUSO (n. 26), p. 841.

tamment aux infractions contre le patrimoine et à d'autres infractions clés du droit pénal économique, telles que le défaut de vigilance en matière d'opérations financières, le faux dans les titres, la violation du secret bancaire, etc.

### **B. Le modèle direct et parallèle (art. 102 al. 2 CP)**

L'art. 102 al. 2 CP décrit un modèle de responsabilité plus incisif pour l'entreprise, qui répond de manière parallèle à la personne physique, s'il "doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher" qu'une infraction soit commise en son sein, dans l'exercice de son activité commerciale. Ce défaut d'organisation de l'entreprise, qui doit avoir eu un effet causal sur la commission de l'infraction, fonde le reproche de "faute sociale" qui remplace la faute individuelle, dont le caractère central pour le droit pénal n'est plus à démontrer.

Ce second régime s'applique aux infractions dont la liste exhaustive est dressée à l'al. 2, soit l'appartenance ou le soutien à une organisation criminelle (art. 260<sup>ter</sup> CP), le financement du terrorisme (art. 260<sup>quinquies</sup> CP), le blanchiment d'argent (art. 305<sup>bis</sup> CP) et la corruption active d'agents publics et privés (art. 322<sup>ter</sup>, art. 322<sup>quinquies</sup>, art. 322<sup>septies</sup> al. 1 CP et art. 4a al. 1 lit. a et 23 LCD).

Pour ces infractions, l'entreprise risque donc d'être reconnue responsable à côté de la personne physique, pour autant que l'absence de mesures de prévention proportionnées de sa part ait eu un effet causal sur la commission de l'infraction. Il va de soi que la personne physique peut aussi être le chef de l'entreprise; toutefois, les infractions énumérées à l'al. 2 sont toutes intentionnelles, de sorte que le chef de l'entreprise ne répond qu'en cas de dol éventuel<sup>73</sup>. La responsabilité de l'entreprise va donc beaucoup plus loin que celle de son chef, puisqu'il suffit d'établir que l'entreprise a omis de prendre les mesures préventives que l'on pouvait attendre d'elle, ce qui constitue un reproche qui se rattache à la négligence<sup>74</sup>.

L'établissement de l'absence de mesures d'organisation raisonnables et nécessaires et le fait que celles-ci auraient été propres à empêcher la survenance de l'infraction incombent à l'accusation; il n'y a donc pas de renversement du fardeau de la preuve. Cependant, selon le Message du Conseil fédéral à propos de la Convention pénale sur la corruption, le fait qu'une personne dirigeante commette une infraction ou permette par son manque de contrôle à un subordonné d'en commettre une, serait toujours l'illustration d'un manque d'organisation<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Aspect non pris en compte par GARBARSKI/MACALUSO (n. 26), p. 842 s.

<sup>74</sup> РОТН (n. 70), p. 187.

<sup>75</sup> Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention, FF 2004 6549, 6587.

### C. Des principales exigences communes aux deux régimes

#### 1. Le reproche qui s'adresse à l'entreprise

En vertu des deux régimes, l'entreprise répond pour son organisation défectueuse; le but de l'art. 102 CP consiste donc à obliger les entreprises à s'organiser de manière appropriée. La finalité est néanmoins différente, puisque l'al. 1<sup>er</sup> incite l'entreprise à s'organiser de manière à savoir qui fait quoi à quel moment, alors que l'al. 2 l'encourage à développer de véritables stratégies préventives d'organisation, de formation et de contrôle<sup>76</sup>. La disposition oblige donc les entreprises du secteur privé à lutter contre la criminalité des personnes physiques agissant en leur sein en mettant sur pied des stratégies, structures et mécanismes de *risk management*.

Pour ce qui est de la lutte anti-blanchiment, qui reste la préoccupation majeure des intermédiaires financiers, la plus-value de l'art. 102 CP n'est guère importante, puisque les règles d'organisation, de vigilance et de formation du personnel découlant de la LBA sont déjà extrêmement détaillées avec, en prime, une surveillance administrative qui en assure le respect et impose des règles d'organisation et de contrôle<sup>77</sup>. Il est, dès lors, difficile de concevoir de nouvelles mesures préventives et d'organisation supplémentaires dans le domaine, découlant de l'art. 102 CP; par contre, d'autres entreprises ne relevant pas du secteur financier peuvent être incitées par l'art. 102 CP à s'entourer de plus de précautions pour lutter contre le blanchiment d'argent. Il en va de même en matière de lutte contre la corruption, qui constitue un domaine dans lequel le relèvement rapide des standards internationaux est condamné à rester lettre morte sans la collaboration active du secteur privé. L'existence d'un risque pénal pour l'entreprise peut encourager celle-ci à élaborer des codes d'éthique, ainsi que des stratégies préventives de sensibilisation du personnel, de contrôle interne ou de vigilance vis-à-vis de l'activité de ses partenaires commerciaux.

#### 2. L'infraction commise par une personne physique

Une exigence primordiale commune aux deux régimes de responsabilité de l'entreprise est qu'il faut qu'une infraction ait été commise par une personne physique. Cela suppose non seulement que la personne physique ait commis un acte réunissant tous les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'une infraction

<sup>76</sup> HEINE (n. 38), p. 100; PIETH M., "Risikomanagement und Strafrecht", in SUTTER-SOMM et al. (édit.), *Risiko und Recht: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2004, p. 597 ss, p. 604.

<sup>77</sup> Cf. la circulaire précitée Circ.-CFB 06/6 Surveillance et contrôle interne, n. 46 (supra).

non justifiée, mais aussi qu'elle ait agi intentionnellement, si l'infraction exige l'intention, ou par négligence, si c'est la négligence qui est visée. Ce n'est que lorsque ces exigences sont remplies qu'il y a lieu d'examiner si un reproche peut être adressé à l'entreprise. Dès lors, l'art. 102 CP n'aboutit pas à réprimer des comportements qui ne sont pas expressément déclarés punissables, par exemple un acte de blanchiment d'argent commis par négligence<sup>78</sup>. Cela étant, il peut être délicat d'établir que l'élément subjectif d'une infraction est réalisé, en particulier lorsque la responsabilité de l'entreprise est fondée sur l'art. 102 al. 1 CP et que la personne physique n'est donc pas identifiée. Il appartient donc à l'accusation d'établir qu'une personne physique non identifiée a agi dans des circonstances qui dénotent la commission intentionnelle d'une infraction ; pour les infractions réprimant la négligence, il suffit d'établir des circonstances dénotant qu'une personne (au moins) a fait preuve de négligence.

### 3. L'auteur a agi au sein de l'entreprise, dans l'exercice de l'activité conforme au but social

Dans les deux régimes, la personne physique doit avoir œuvré au sein de l'entreprise et dans l'exercice de son activité conforme au but social. L'agent commettant doit bénéficier d'une intégration organisationnelle et hiérarchique suffisante dans l'entreprise<sup>79</sup>, que ce soit comme simple employé, comme collaborateur dirigeant, comme organe ou comme membre du conseil d'administration. L'exigence d'une infraction commise au sein de l'entreprise interdit notamment que l'on mette à la charge de celle-ci des infractions commises par un mandataire externe, comme l'avocat indépendant<sup>80</sup> ou le réviseur externe<sup>81</sup>. La responsabilité de l'entreprise peut, en revanche, être engagée dès lors qu'un collaborateur a participé à l'infraction commise par un auteur externe, par exemple en instaurant un avocat de l'entreprise ou d'une société du groupe à commettre une infraction ou en lui fournissant une assistance, y compris sous la forme de la complicité psychique.

<sup>78</sup> Dans le même sens, entre autres, DONATSCH (n. 72), p. 164 ; MACALUSO (n. 70), p. 125, N 715 ; PIETH M., "Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz", RPS 119 (2001), p. 1 ss, p. 14 ; SCHMID (n. 70), p. 772 s., en particulier note 48 ; STRATENWERTH (n. 16), § 13, N 185.

<sup>79</sup> DONATSCH (n. 72), p. 164 ; WOHLERS W., "Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit", in NIGGLI M. A. / HURTADO POZO J. / QUELOZ N. (édit.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zurich (Schulthess) 2007, p. 287 ss, p. 292 ss.

<sup>80</sup> DONATSCH (n. 72), p. 164 ; MACALUSO (n. 70), p. 128, ch. 729.

<sup>81</sup> SCHMID N., "Verantwortlichkeit für die Rechnungslegung aus strafrechtlicher Sicht", in NIGGLI M. A. / AMSTUTZ M. (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen, zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007, p. 45 ss, p. 65.



#### 4. L'externalisation de certaines activités ("outsourcing")

L'exigence du rattachement de l'agent commettant à l'entreprise soulève la question de savoir si celle-ci répond des infractions commises dans une activité externalisée, par exemple lorsque le secret bancaire est violé par l'employé de l'entreprise délégataire.

La doctrine répond en général par l'affirmative, quoique avec certaines nuances, notamment en fonction de l'importance de l'activité qui est externalisée<sup>82</sup>. C'est ainsi que DONATSCH estime, de manière convaincante, que l'activité externalisée reste attribuable à l'entreprise qui la délègue, dans la mesure où les tâches déléguées appartiennent à celles qui sont pertinentes pour le contrôle des risques typiquement liés à l'exploitation de l'entreprise<sup>83</sup>.

Il appartient, par conséquent, à l'entreprise qui externalise une activité d'imposer à son délégataire des mesures d'organisation adéquates pour que l'auteur d'une infraction puisse, le cas échéant, être identifié (art. 102 al. 1 CP) et pour prévenir les infractions énumérées à l'art. 102 al. 2 CP.

L'externalisation de certains services dans le domaine bancaire est régie, sur le plan administratif, par la circulaire de la CFB sur l'externalisation d'activités<sup>84</sup>, dont les chiffres 26 et 27 interdisent à l'entreprise de se libérer de ses responsabilités sur le plan administratif. L'entreprise "continue d'assumer, à l'égard de l'autorité de surveillance, la responsabilité relative au domaine d'activités externalisé" (ch. 26) et "demeure responsable, à l'égard de l'autorité de surveillance, également pour les domaines d'activités transférés, comme si elle les exploitait elle-même" (ch. 27). Il incombe à la banque qui externalise une partie de son activité de "choisir, instruire et contrôler le délégataire avec diligence" (ch. 21); celui-ci peut sous-déléguer une tâche, mais uniquement avec l'accord écrit de l'entreprise et dans le respect des principes découlant de la circulaire (ch. 21a). Le système de sécurité est élaboré de concert entre la banque et le délégataire (ch. 28 ss). Enfin, l'art. 29a ajoute: "Lors de l'élaboration et de l'application du dispositif de sécurité, l'entreprise doit observer les mêmes règles de diligence que celles qu'elle devrait respecter à défaut d'externalisation. Le dispositif de sécurité doit tenir compte de tous les cas d'urgence prévisibles." La sauvegarde du secret bancaire doit être imposée au délégataire (ch. 34 ss).

Ces principes nous paraissent transposables sur le plan pénal: d'une part, l'établissement qui externalise une activité visée par la circulaire en reste res-

<sup>82</sup> DONATSCH (n. 72), p. 164; MACALUSO (n. 70), p. 129, ch. 738 ss, préconise une analyse de cas en cas, en fonction de l'importance de l'activité "outsourcée"; cf. aussi WOHLERS (n. 79), p. 293.

<sup>83</sup> DONATSCH (n. 72), p. 164.

<sup>84</sup> Circulaire de la Commission fédérale des banques: Externalisation d'activités (Outsourcing) du 26 août 1999; dernière modification du 29 juin 2005 (Circ.-CFB 99/2 Outsourcing).

ponsable. D'autre part, le respect de toutes les exigences posées par la circulaire nous paraît équivaloir à la prise de mesures d'organisation adéquates qui libèrent l'entreprise délégataire de la responsabilité pénale. Lorsque la circulaire est violée, se pose la question de savoir si le juge pénal doit automatiquement en faire un reproche de défaut d'organisation sur le plan pénal. Cela dépend sans doute de l'importance de la règle violée. Si c'est la délégation même qui est inadmissible au regard de la circulaire – comme c'est le cas de la haute direction, de la surveillance et du contrôle exercés par le conseil d'administration ou des tâches centrales de direction en vertu du ch. 16 –, le défaut d'organisation s'impose comme une évidence au juge pénal également; pour les informalités, par exemple au regard de l'exigence d'un contrat écrit prenant en compte toutes les conditions, la conclusion est plus nuancée. Enfin, il ne faut pas oublier qu'il ne suffit pas, au regard de la responsabilité pénale de l'entreprise, d'établir qu'une faute d'organisation a été commise; encore faut-il établir que cette faute a eu un effet causal sur la non-identification de l'auteur physique (art. 102 al. 1 CP) ou sur la commission de l'une des infractions énumérées à l'al. 2.

#### *D. La responsabilité pénale de l'entreprise pour les infractions relevant du droit pénal administratif*

En vertu des art. 333 al. 1 CP et 2 DPA, la partie générale du Code pénal suisse s'applique, rappelons-le, aux infractions appartenant à la législation pénale accessoire et au droit pénal administratif, à moins que ces lois ne contiennent des dispositions sur la matière. Il en découle que l'art. 102 CP est susceptible de s'appliquer aux crimes et délits en vertu de toutes les lois fédérales, à moins que celles-ci ne prévoient une réglementation qui l'emporterait par spécialité.

##### 1. La responsabilité de l'entreprise en vertu des art. 7 DPA et 49 LFINMA

Or, la DPA contient précisément une réglementation permettant de sanctionner l'entreprise pour les cas de bagatelle, à certaines conditions définies à l'art. 7 DPA. En vertu de ce dernier, “[l]orsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et que l'enquête rendrait nécessaire [sic!] à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue, il est loisible de renoncer à poursuivre ces personnes et de condamner à leur place au paiement de l'amende la personne morale, la société en nom collectif ou en commandite ou l'entreprise individuelle”. Pour que l'art. 7 DPA puisse s'appliquer, il n'est pas nécessaire que l'infraction soit une contravention. Il suffit que la peine infligée ne dépasse pas 5000 francs.

Le régime ressemble au modèle subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP, mais ne suppose pas que l'entreprise ait, par un défaut d'organisation, causé l'impossibilité d'identifier la personne physique. Il s'agit, par conséquent, d'une responsabilité sans faute<sup>85</sup>. Une partie de la doctrine estime que l'entreprise n'est pas condamnée pénalement mais qu'elle est seulement condamnée à payer l'amende qui aurait été infligée à la personne physique si cette dernière avait été découverte<sup>86</sup>. L'argument paraît peu convainquant.

Il ne fait guère de doute que la notion de responsabilité "pénale objective" est non seulement une *contradictio in adjecto* mais serait aussi clairement incompatible avec la garantie de la présomption d'innocence au regard de l'art. 6 § 2 CEDH, si une personne physique devait en être frappée. Toutefois, la question de savoir si cette garantie s'applique aux personnes morales est controversée<sup>87</sup>. Pour ce qui est de la responsabilité de l'entreprise en vertu de l'art. 102 CP, l'art. 102a al. 2 CP semble trancher la question, en reconnaissant expressément à la personne qui représente l'entreprise tous les droits procéduraux de l'accusé, dont la présomption d'innocence, qui bénéficie ainsi également à l'entreprise elle-même<sup>88</sup>. Ni la DPA ni la LFINMA ne contiennent un tel renvoi aux droits de la personne physique, de sorte que la question n'est pas résolue de manière explicite. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne s'est pas prononcée sur ce point à notre connaissance, au contraire de la Cour de Justice des Communautés européennes, qui reconnaît aux personnes morales le bénéfice de la protection contre l'incrimination de soi-même, tout en leur imposant certains devoirs de collaboration<sup>89</sup>.

85 FORSTER M., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Berne (Stämpfli) 2006, p. 58 ss; GARBARSKI/MACALUSO (n. 26), p. 844.

86 HAURI (n. 25), p. 20; SCHWOB (n. 25), p. 7.

87 Pour une application pleine et entière de la présomption d'innocence en vertu de la CEDH aux entreprises: ARZT G., "Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum", RSDA 4/2002, p. 226 ss, 234; GARBARSKI/MACALUSO (n. 26), p. 845; MACALUSO (n. 70), p. 198, N 1158 ss; HOHLER C./SCHMID N., "Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100<sup>quater</sup> f.", PJA 5/2005, p. 515 ss, p. 523 s.; plus nuancés: TRECHSEL S./JEAN-RICHARD M., in TRECHSEL (op. cit. n. 9), Art. 102a, N 3; plus affirmatif, dans une perspective prévisionnelle, TRECHSEL S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford (Oxford University Press) 2005, p. 172; HEINE G., "Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100<sup>quater</sup> f.): Entwicklung und Grundproblematik", RPS 121 (2003), p. 24 ss, p. 42 ss.

88 PIETH M., "Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens", RPS 121 (2003), p. 353 ss, p. 372; BERTOSSA C. A., *Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen*, Berne (Stämpfli) 2003, p. 127 ss; TRECHSEL S./JEAN-RICHARD M., in TRECHSEL (op. cit. n. 9), Art. 102a, N 3; HOHLER/SCHMID (n. 87), p. 523 s.

89 Les entreprises peuvent être obligées de produire des documents (Mannesmannröhren-Werke c. Commission, aff. T-112/98, Rec 2001 II, p. 279, n<sup>os</sup> 20-90) ou de répondre aux questions factuelles, mais non d'admettre une infraction (Orkem c. Commission, aff. 374/87, Rec. 1989, p. 3283).

Quoi qu'il en soit, la renonciation à toute notion de faute de l'entreprise engendre une tension avec les principes généraux du droit pénal qui est fondé sur la culpabilité. Le mécanisme de l'art. 7 DPA, qui se limite aux cas de bagatelle, fonctionne peut-être à la satisfaction générale, y compris de l'entreprise qui en est frappée et évite des mesures d'enquête en son sein. La construction d'une responsabilité pénale sans aucun reproche s'adressant à l'entreprise est cependant plus difficilement acceptable pour ce qui est des lois qui en étendent l'application à des infractions sanctionnées plus lourdement, comme c'est le cas de la LFINMA<sup>90</sup>. En effet, l'art. 49 LFINMA, intitulé "infractions commises dans une entreprise", adopte la même réglementation mais porte le maximum de l'amende à 50 000 francs. Cette disposition s'applique non seulement aux art. 44-49 LFINMA, mais aussi à l'infraction de violation du devoir de communication en vertu de l'art. 37 LBA, de l'art. 49 LB ou des art. 41-42a LBVM, car l'art. 49 lit. b LFINMA est applicable "aux infractions aux dispositions pénales de la présente loi ou de l'une des lois sur les marchés financiers", dont font partie la LB, la LBVM et la LBA en vertu de l'art. 1 al. 1 lit. d-f LFINMA.

## 2. L'art. 102 CP peut-il s'appliquer aux infractions en vertu de la DPA et de la LFINMA ?

Reste la question de savoir si l'art. 102 CP peut s'appliquer lorsque l'infraction de droit pénal administratif est un délit – comme c'est le cas, par exemple, des art. 44-47 LFINMA – voire un crime.

Pour ce qui est de la relation entre les art. 102 CP et 7 DPA, la question demeure controversée en doctrine et a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral<sup>91</sup>. HEINE<sup>92</sup> considère que l'art. 102 CP régit exhaustivement les crimes et délits en tant que *lex posterior* et que l'art. 7 DPA ne s'applique, dès lors, plus qu'aux contraventions. A cet argument, qui ne vaudrait d'ailleurs pas pour l'art. 49 LFINMA, puisque cette dernière loi est incontestablement postérieure à l'art. 102 CP, la doctrine dominante préfère l'interprétation selon laquelle les art. 7 DPA et 102 CP sont d'application parallèle<sup>93</sup>. Le Conseil fédéral n'a pas tranché la question dans le Message

<sup>90</sup> Cf. aussi l'art. 87 LTVA (100 000 francs).

<sup>91</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_256/2007 du 15 octobre 2007.

<sup>92</sup> HEINE G., "Straftäter Unternehmen: das Spannungsfeld von StGB, VStrR und StrR", *recht* 23/2005, p. 8; FORSTER (n. 85), p. 257 et p. 259.

<sup>93</sup> Cf. SCHMID N., "Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite", *recht* 21/2003, p. 223, p. 224; NATER M. S., *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 51; MACALUSO (n. 70), p. 191, N 1120 ss; MACALUSO A., "Vers un véritable droit pénal suisse des affaires: la nécessité d'une approche centrée sur l'entreprise", *RSDA* 3/2008, p. 248 ss, p. 262 ss; KRÄUCHI T., "Aktuelle Aspekte im Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum Strafgesetzbuch", *LeGes* 2004/2, p. 126.

sur la révision de la partie générale du Code pénal<sup>94</sup>, mais se prononce, dans son Message de 2004 à propos de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs<sup>95</sup>, dans le même sens que HEINE.

C'est l'opinion de la doctrine dominante qui mérite d'être suivie. En effet, les art. 7 DPA et 102 CP ne régissent pas la même situation, de sorte que le premier laisse de la place pour le second. L'art. 7 DPA permet, par souci d'économie procédurale, d'imputer une infraction à l'entreprise lorsque l'enquête contre les personnes physiques responsables nécessiterait des mesures disproportionnées. L'art. 102 CP, quant à lui, permet d'imputer une infraction à une entreprise en lui reprochant son manque d'organisation. Ainsi, l'art. 102 al. 1 CP s'appliquera lorsque la non-identification de la personne physique responsable est le résultat d'un manque d'organisation, reproche qui doit être établi par l'autorité de poursuite. Lorsqu'un tel reproche et son effet causal ne peuvent être établis, seul l'art. 7 DPA entre en considération, pour autant que les mesures d'enquête nécessaires paraissent disproportionnées. Dans le premier cas, la peine maximale est de 5 millions de francs, alors qu'elle est de 5000 francs dans le second.

Les mêmes principes s'appliquent aux rapports entre les art. 102 CP et 49 LFINMA. D'ailleurs, le Message du Conseil fédéral semble opter, de manière ambiguë il est vrai, pour une applicabilité parallèle des deux bases légales<sup>96</sup>. Il s'ensuit que les art. 102 al. 1 CP et 49 LFINMA peuvent s'appliquer l'un ou l'autre<sup>97</sup> aux délits en vertu de la LFINMA, le plafond de l'amende étant de 5 millions de francs lorsque le défaut d'organisation et son effet causal peuvent être établis, et de 50 000 francs lorsque seul le caractère disproportionné des recherches est établi.

<sup>94</sup> Message du 21 septembre 1998, concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs ; FF 1999 1787, 1943 ss.

<sup>95</sup> Message du 23 juin 2004 concernant la modification du Code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 3745, 3862. A noter toutefois que seule la contravention au sens de l'art. 39 LSR (loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, RS 221.302) renvoie à la DPA (art. 39 al. 3 LSR). Le délit en vertu de l'art. 40 al. 1 LSR, ainsi que la contravention en vertu de l'art. 40 al. 2 LSR (négligence), sont poursuivis par les cantons et soumis exclusivement à l'art. 102 CP (art. 333 CP). Les explications du Conseil fédéral ne se rapportent donc pas à une situation de concurrence potentielle en vertu du droit positif.

<sup>96</sup> Message LFINMA (n. 2), p. 2802, ad art. 49 LFINMA : "Cette disposition ne doit pas être confondue avec la responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 100<sup>quater</sup> CP. Le but de l'art. 49 n'est en effet pas de punir l'entreprise pour un manque d'organisation, mais bien d'agir dans un souci d'économie de procédure. De plus, tandis que l'art. 49 est applicable en cas de contravention également, l'art. 100<sup>quater</sup> CP ne l'est que pour les délits et crimes."

<sup>97</sup> Dans le même sens, MACALUSO (n. 93), p. 267.

#### **IV. Conclusion**

L'individu reste au centre du droit pénal économique et financier. Sans lui, pas de responsabilité pénale. Jusqu'à présent, les craintes que la punissabilité de l'entreprise ne vienne émousser la responsabilité individuelle ne se sont pas vérifiées, ce d'autant moins que la destinée judiciaire de l'art. 102 CP a dépassé les attentes les plus optimistes des adversaires d'une responsabilité pénale sérieuse de l'entreprise.

Pour les individus, les responsabilités pénales sont multiples et concurrentes. En théorie, les intermédiaires financiers sont exposés à un risque plus grand d'en courir une sanction au regard des infractions prévues par les lois qui régissent spécifiquement leur activité qu'au regard des dispositions du droit pénal ordinaire. En effet, les incriminations des lois sur les marchés financiers répriment aussi la négligence, ouvrant par là un vaste champ d'application qui reste inaccessible au juge pénal ordinaire quand il applique les infractions intentionnelles au Code pénal formant le noyau dur du droit pénal économique. En pratique, cependant, la politique répressive mise en œuvre par le Département fédéral des finances dans le cadre du droit pénal administratif bancaire et financier semble peu offensive.

Les événements récents ont rappelé que l'intermédiaire financier opérant dans un contexte international risque d'avoir à rendre des comptes non seulement au juge suisse, mais aussi à ceux de tous les pays auxquels se rattache son activité. Les quelques réflexions qui précèdent ont trait au droit suisse. Il n'est pas exclu que d'autres lois, mises en œuvre par d'autres autorités répressives bénéficiant d'instruments procéduraux plus incisifs, entrent également en application.

## SOMMAIRE

Avant-propos	5
Auteurs	7
Abréviations	13
<b>Comment la récente crise des marchés financiers va-t-elle modifier la réglementation et la surveillance des banques ?</b>	21
Philipp M. Hildebrand	
<b>La crise des marchés financiers, la régulation et la surveillance</b>	25
Anne Héritier Lachat	
<b>Société ou placement collectif? Réflexion sur le champ d'application de la loi sur les placements collectifs</b>	35
Lionel Aeschlimann	
<b>La LPCC, une réglementation aux confins du système : quelques commentaires en guise de confirmation et esquisse de solution</b>	47
Jean-Baptiste Zufferey	
<b>Sur qui tombe le couperet du droit pénal ? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise</b>	53
Ursula Cassani	
<b>La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune</b>	83
Benoît Chappuis	
<b>La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune – la vision du praticien/expert-comptable</b>	109
Gerhard Auer	



<b>Les sûretés sur les titres détenus auprès d'une banque en Suisse selon la loi sur les titres intermédiés</b>	123
Bénédict Foëx	
<b>Jurisprudence civile en droit bancaire et financier 2007-2008</b>	147
Nicolas de Gottrau	
<b>FINMA, extension du périmètre de la surveillance, transparence et autres développements récents de la réglementation et de la jurisprudence administrative</b>	189
Christian Bovet & Lucia Gomez Richa	
Table des matières	233