

DE L'ASSIMILATION À LA DIFFÉRENCIATION : VERS UNE JUSTICE NÉGOCIÉE POUR LA CRIMINALITÉ D'ENTREPRISE EN SUISSE

En Suisse, les appels en faveur d'une justice négociée pour gérer les cas de responsabilité pénale d'une entreprise se font de plus en plus pressants. Ce nouveau modèle de lutte contre la criminalité économique favorise un traitement préférentiel pour les entreprises pénalement responsables au nom de la prospérité économique. Cet article se focalise sur l'évolution de la justice négociée et les perspectives d'une telle approche.

Les différentes stratégies contemporaines pour responsabiliser pénalement les entreprises auteurs d'infractions sont invariablement marquées par des paradoxes et des contradictions. Selon les criminologues Steve Tombs et Dave Whyte, le contrôle de la criminalité d'entreprise se développe selon ce qu'ils nomment un « modèle bifurqué » de criminalisation¹. Celui-ci comprend deux aspects distincts mais liés : d'une part, l'assimilation des actes préjudiciables des entreprises à la criminalité ordinaire traitée par le droit pénal traditionnel, et d'autre part, la différenciation de cette criminalité par l'application d'un cadre procédural distinct en réponse à de tels actes. La justice négociée incarne précisément une telle bifurcation en permettant aux entreprises responsables pénalement d'éviter les condamnations pénales.

VERS L'ASSIMILATION : LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ENTREPRISE

Le début du nouveau millénaire a été marqué par l'introduction de lois pénales visant la criminalité d'entreprise dans plusieurs pays, y compris la Suisse. En 2003, le Code pénal suisse (CP) a été modifié pour introduire leur responsabilité pénale². Désormais, comme dans de nombreuses autres juridictions, les entreprises en Suisse peuvent être tenues pénalement responsables de leurs défaillances organisationnelles, indépendamment de la culpabilité de leurs employés. Ce principe repose sur l'idée que les structures, procédures, politiques et cultures de travail de celles-ci peuvent faciliter les comportements criminels.

Cette reconnaissance des défaillances organisationnelles criminelles a été largement saluée par les commentateurs et les criminologues³. Depuis les années 1940, ces derniers mettent en lumière l'aspect culturel, calculé et stratégique de la criminalité d'entreprise. Des stratégies commerciales axées sur le succès à tout prix peuvent créer une culture où des actes criminels, tels que le blanchiment d'argent, la corruption, ou la fraude, deviennent banalisés parmi les employés. En outre, les comportements préjudiciables des entreprises sont souvent délibérés et calculés, et ne peuvent guère être attribués à des conditions sociales défavorables⁴.

L'affaire de l'entreprise brésilienne Odebrecht SA illustre bien

comment une politique d'entreprise axée uniquement sur la maximisation des profits peut normaliser une culture de travail criminel. En 2016, Odebrecht a été reconnue coupable de blanchiment d'argent et de corruption d'agents publics pour obtenir des marchés publics dans plusieurs pays d'Amérique du Sud. La corruption et sa dissimulation faisaient partie intégrante de la stratégie commerciale de l'entreprise pendant plus d'une décennie, à tel point qu'elle avait créé une unité spéciale pour gérer et dissimuler les paiements corruptifs⁵.

L'ÉMERGENCE DE LA JUSTICE NÉGOCIÉE

Il n'est pas contesté que les autorités pénales chargées de poursuivre les crimes commis au sein des entreprises sont confrontées à une tâche difficile. L'absence de victime directe, la transnationalité des infractions et les complexités organisationnelles de l'entreprise moderne sont des obstacles à la détection et à la poursuite pénale des entreprises. Les enquêtes pénales contre les entreprises peuvent s'avérer longues et complexes, nécessitant le déploiement de ressources matérielles et humaines importantes⁶.

Pour surmonter ces défis, les cas de responsabilité pénale des entreprises sont souvent résolus par des accords négociés hors-procès⁷. Parmi les divers types d'accords, la mise en accusation différée⁸ est le modèle le plus reconnu. Ces accords permettent ainsi aux procureurs et aux entreprises accusées de s'accorder sur les faits incriminés, les défaillances organisationnelles à corriger, les sanctions pénales et les montants des profits criminels à confisquer, sans qu'un tribunal ne statue sur le fond de l'affaire¹². Les poursuites sont premièrement différées jusqu'à ce que l'entreprise ait rempli les exigences de l'accord de manière satisfaisante et ensuite abandonnées. Grâce à ces accords, les entreprises évitent des condamnations pénales et les conséquences négatives qui en découlent. En bénéficiant d'une mise en accusation différée, elles sont protégées des dommages réputationnels et des perturbations opérationnelles qu'un procès pénal pourrait engendrer. Une entreprise condamnée pénalement risque, par exemple, l'exclusion d'une participation aux marchés publics. Ces avantages encouragent les entreprises accusées à se dénoncer et à s'auto-investiguer, facilitant ainsi les poursuites pénales⁹.

Ce qui avait commencé comme une exception pour pallier certaines difficultés spécifiques est rapidement devenu un régime spécial de traitement différentiel des entreprises, connu sous le nom de « justice négociée »¹⁰. Dans ce cadre-là, les conditions et conséquences de la responsabilité pénale des entreprises reposent sur les résultats de négociations plutôt que sur des règles prédéterminées¹¹. Depuis leur introduction aux États-Unis, les accords hors-procès se sont rapidement répandus dans plusieurs pays. De nombreuses affaires de criminalité d'entreprise ont été résolues via ces accords négociés, telles que celle de la banque britannique HSBC accusée de faciliter le blanchiment d'argent pour des narcotrafiquants¹², ou encore Crédit Suisse impliqué dans la dissimulation de fonds au fisc français¹³. L'entreprise active dans le secteur aéronautique Airbus a, quant à elle, évité une condamnation pénale après avoir corrompu des fonctionnaires étrangers dans 20 pays différents afin d'obtenir des avantages commerciaux indus¹⁴.

L'ORDONNANCE PÉNALE : UNE JUSTICE NÉGOCIÉE À CONVICTION

En Suisse, les poursuites contre les entreprises sont rares. Lorsqu'elles arrivent jusqu'aux coulisses du Ministère public de la confédération (ci-après : MPC), elles sont résolues à travers des ordonnances pénales¹⁵.

L'attrait pour cette procédure pénale réside dans le fait qu'elle possède plusieurs similarités avec la mise en accusation différée. En effet, ces procédures, peu transparentes, contournent le contrôle judiciaire et laissent aux procureurs et aux entreprises accusées l'opportunité de clore les procédures via des accords informels.

En cas d'infraction, les entreprises sont particulièrement intéressées à éviter les risques réputationnels qu'une procédure ordinaire peut apporter, permettant d'obtenir une issue favorable à la procédure pénale qui soit aussi peu intrusive que possible¹⁶. Elles seront ainsi prêtes à coopérer à l'établissement des faits par la conduite d'auto-investigations ou en ne contestant pas certaines accusations¹⁷, en échange d'une résolution rapide et peu visible. En contrepartie d'un travail facilité et de ressources économisées, les procureurs peuvent choisir de ne pas enquêter sur des suspicions moins fondées, réduire les amendes, et/ou faire d'autres concessions en faveur de l'entreprise¹⁸. En raison de leur caractère négocié, les ordonnances pénales ne font pas l'objet d'opposition, qui ouvre la voie à l'examen judiciaire²³. En conséquence, ni la procédure de reconstruction des faits ni le contenu de cette dernière ne sont rendus publics ou examinés par une autorité judiciaire. L'entreprise est ainsi préservée d'une intrusion substantielle dans ces affaires et d'une publicité négative accrue. L'avantage de la non-transparence est encore accentué par le fait que ces convictions via ordonnances

pénales ne sont pas systématiquement communiquées au public¹⁹.

Bien que la pratique de clore les affaires de criminalité des entreprises via ordonnance pénale présente des similitudes avec les procédures de mise en accusation différée, elle aboutit néanmoins à la condamnation de l'entreprise. Ainsi, les entreprises suisses subissent les conséquences négatives d'une condamnation, contrairement à leurs homologues français, américains ou britanniques qui évitent les condamnations pénales grâce à la mise en accusation différée. L'entreprise vaudoise SICPA, par exemple, s'est vue refuser un contrat gouvernemental en Tanzanie après avoir omis de déclarer sa condamnation en Suisse lors de l'appel d'offres²⁰.

VERS LA DIFFÉRENCIATION : LA MISE EN ACCUSATION DIFFÉRÉE EN SUISSE

En 2018, alors que le Ministère public de la Confédération (MPC) comptait déjà six condamnations d'entreprises via des ordonnances pénales, celui-ci a proposé de formaliser la justice négociée. Lors de la dernière modification du Code de procédure pénale (CPP)²⁶, le MPC a suggéré l'intégration de la mise en accusation différée pour régler les affaires pénales impliquant des entreprises²¹. Cette procédure aurait une valeur ajoutée, même si l'ordonnance pénale remplit déjà la fonction d'une justice expéditive et négociée. Selon la proposition du MPC :

«...une condamnation peut entraîner des dommages collatéraux profonds allant jusqu'à la perte d'autorisations [commerciales] officielles étrangères. Afin de protéger les intérêts des entreprises suisses et, par conséquent, de l'économie suisse, il convient donc de créer la possibilité de différer une mise en accusation et d'en renoncer à l'issue du délai d'épreuve si les effets accessoires convenus sont respectés. »²²

Le MPC estime également qu'une mise en accusation différée serait plus appropriée pour traiter la criminalité des entreprises que le régime actuel. Selon la proposition, l'un des objectifs principaux de la mise en accusation différée serait à « remédier durablement aux lacunes organisationnelles », en imposant aux entreprises une mise en conformité « sur mesure ». Si l'entreprise réalise ses objectifs, « elle renforce ainsi sa réputation dans la concurrence économique et la réputation de la place financière suisse. »²³

Cette proposition a finalement été refusée par le Conseil fédéral qui souligne les incohérences d'un tel procédé avec des principes fondamentaux en droit pénal, notamment la possibilité de sanctionner sans une reconnaissance de culpabilité et d'acheter les renoncements aux poursuites par le paiement d'une amende²⁴. Toutefois, les appels en faveur de l'introduction d'une mise en accusation différée s'intensifient²⁵,

en parallèle de l'augmentation des poursuites pénales en lien avec l'art. 102 CP. Les intérêts des entreprises à l'exercice de leurs activités ininterrompues par des éventuelles convictions pénales restent au cœur des discours en faveur d'une justice négociée « à la suisse ».

Les bienfaits d'une justice négociée pour les entreprises, soulignés par ses défenseurs, résonnent avec les déclarations des abolitionnistes. Depuis les années 1960, ces derniers rejettent les réponses punitives aux comportements préjudiciables, dénonçant les effets collatéraux néfastes de la criminalisation. Les approches pénales, comme la prison, exacerbent les souffrances, impactent négativement des familles et poussent des personnes vers un chômage perpétuel. En contrepartie, les abolitionnistes proposent des approches plus humaines, centrées sur la justice sociale et visant à traiter les causes de la criminalité²⁶. Les critiques, quant à eux, dénoncent ces positions comme étant radicales et anarchistes, voire les rabaisent au rang d'illusions romantiques ou d'utopie²⁷.

Pourtant, lorsqu'il s'agit de gérer la criminalité d'entreprise, certains arguments abolitionnistes sont pris au sérieux. Alors que les délinquants ordinaires bénéficient rarement, ou du moins pas systématiquement, de ce genre de courtoisie, la justice négociée délégitime l'approche pénale actuelle et vise à éviter les effets néfastes d'une condamnation.

Parallèlement, ces procédures tendent à minimiser la gravité perçue des crimes commis par les entreprises, les qualifiant comme des occurrences extraordinaires nécessitant une réponse différente de celle habituellement apportée aux crimes. Pourtant, les dommages causés par la criminalité d'entreprises sont souvent considérables, étendus géographiquement et temporellement, et entraînent une victimisation de masse²⁸. En conséquence, la justice négociée est perçue comme une décriminalisation *de facto* dans le monde académique, reproduisant les idéologies politico-économiques préexistantes prônant la dérégulation du secteur des affaires²⁹.

■ MELODY BOZINOVA

Notes :

1. Tombs, S. et Whyte, D. (2007). *Safety Crimes*. Willan Publishing.
2. La responsabilité pénale de l'entreprise est désormais inscrite à l'art. 102 CP.
3. Lord, N. & Broad, R. (2017). Corporate Failures to Prevent Serious and Organised Crimes: Foregrounding the 'Organisational' Component. *The European Review of Organised Crime* 4(2), p. 32.
4. Alvesalo-Kuusi, A., Bittle, S. et Lähteenmäki, L. (2017). Corporate Criminal Liability and Abolitionism – An unholy alliance of corporate power and critical criminology? *Justice, Power and Resistance*, 1(1).
5. Zysman-Quirós, D. (2020). White-Collar Crime in South and

Central America: Corporate-State Crime, Governance, and the High Impact of the Odebrecht Corruption Case. In *The Handbook of White-Collar Crime*, p. 368.

6. Lord, N. (2014). Responding to transnational corporate bribery using international frameworks for enforcement: Anti-bribery and corruption in the UK and Germany. *Criminology & Criminal Justice*, 14(1).

7. OCDE (2020), [La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accord hors procès](#).

8. « Deferred prosecution agreement » (DPA) en anglais.

9. Davis, F. (2022). Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements: A Comparative Study. *Colum. J. Transnat'l law*, 60.

10. King, C. & Lord, N. (2018). Negotiated Justice and Corporate Crime: The Legitimacy of Civil Recovery Orders and Deferred Prosecution Agreements. Springer.

11. Cressey, D.R. (1968). 'Negotiated Justice'. *Criminology*, 5(4).

12. US Department of Justice (11.12.2012). [HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations](#).

13. Le Monde (24.10.2022). [Fraude fiscale : la banque Credit Suisse paie 238 millions d'euros pour éviter un procès en France](#).

14. Venable LLP (14.02.2022). [Airbus S.E. Resolves Multinational Bribery Investigation with Record \\$4 Billion Deferred Prosecution Agreement](#).

15. Transparency International Suisse (2021). [Punissabilité de l'entreprise : Réglementation lacunaire, application insatisfaisante, transparence insuffisante](#).

16. Wenk, J. (2020). Strafbefehle im Unternehmensstrafverfahren. In *Unternehmens-Strafrecht: Materialrechtliche und prozesuale Aspekte*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, p. 406.

17. Mühlemann, D. (2018). Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren. *recht* 2018, p. 83 s.

18. Mégevand, G. (2023). Accords hors procès avec des entreprises : La lutte contre la corruption transnationale entre concurrence et coopération. *Revue Pénale Suisse*, 141/2023.

19. Capus, N. & Holh, Z. F. (2024). Revamping Anticorruption Criminal Law – The Making of (In-) Transparency. In *La justice négociée dans la corruption transnationale*, p. 7.

20. Gotham City (23.08.2023). [SICPA rejetée d'un appel d'offres en Tanzanie suite à sa condamnation](#).

21. Avec l'introduction d'un nouveau art. 318bis CPP : MPC (20.03.2018). [Revision der Strafprozessordnung \(StPO\) : Aufschiebung der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen \(AAU\)](#).

22. *Idem*.

23. *Idem*.

24. Message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale, p. 6376.

25. Bloch, J., Gstoehl, M. & Weber, D.S. (15.11.2023). Straffbarkeit von Unternehmen reformieren, NZZ; Lembo, S. & Carrupt, A. (08.03.2023). Justice pénale transactionnelle: la Suisse doit se mettre à la page, *Le Temps*; Fati M. (17.02.2023). La justice suisse en manque d'outils pour régler les grosses affaires de corruption, *Le Temps*: résumant la conférence sur la justice négociée tenue le 16.02.2023 et organisée par l'Université de Genève et l'Ordre des Avocats de Genève.

27. Alvesalo-Kuusi, A., Bittle, S. & Lähteenmäki, L. (2017), p. 25 (n. 4).

28. Crofts, P. (2022). The horror of corporate harms. *Australian Journal of Corporate Law*, 38(1).

29. Tombs & Whyte (2013). Transcending the deregulation debate? Regulation, risk, and the enforcement of health and safety law in the UK, *Regulation & Governance*, 7(1) ; Lord, N. (2023). Prosecution deferred, prosecution exempt: On the Interests of (in) justice in the non-trial resolution of transnational corporate bribery. *The British Journal of Criminology*, 63(4).