

Punissabilité de l'entreprise plutôt que de la personne morale

Louis Frédéric Muskens (Dr. iur., avocat chez Bär & Karrer SA et Lecteur et Chargé de cours à l'Université de Fribourg)

Der Artikel befasst sich mit der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 des Schweizer Strafgesetzbuches. Er zeigt auf, dass die Ausdehnung der Strafbarkeit über juristische Personen hinaus auf verschiedene Unternehmensformen problematisch ist, da sie Konflikte mit grundlegenden Rechtsprinzipien wie dem Schuldprinzip und dem *ne bis in idem*-Grundsatz verursacht. Trotz dieser Schwierigkeiten und des innovativen Charakters einer solchen Strafbarkeit wurde diese ohne grosse Diskussionen und Bedenken ins Gesetz eingeführt. Der Artikel fordert eine Neubewertung der Unternehmensstrafbarkeit und regt zum Nachdenken über ihre Zukunft an. Der Autor plädiert dafür, entweder das Zivilrecht anzupassen oder das Strafrecht zu reformieren, um diese Probleme zu lösen.

Introduction

La notion de temps est consubstantielle à celle du changement car il n'est point d'altération, de nature ou d'état, sans progression temporelle. Si le temps est immuablement unidirectionnel, le changement lui peut prendre la forme d'un progrès, d'une stagnation – absence de changement ou changement dans la plus stricte similarité – ou d'une décadence. En échappant à la monotonie de son double, il s'expose toutefois à l'opinion et au jugement de valeur, ce qui le rend d'autant plus intéressant en tant qu'objet de recherche.

Dans cette édition spéciale, j'ai choisi de m'intéresser à la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'actuel art. 102 CP. « Pourquoi ? », me direz-vous. Parce que nous célébrons les dix ans de la revue et que l'art. 102 CP avait tout juste dix ans à la naissance de celle-ci¹. Le hasard fait (parfois) bien les choses puisqu'il me permet de traiter ici de l'un de mes sujets

favoris² avec l'assurance d'une justification à toute épreuve.

Je traiterai plus spécifiquement du choix, à l'orée du nouveau millénaire, d'attacher cette nouvelle responsabilité non à la personne morale mais plus largement à l'entreprise. Il s'agit d'un sujet souvent négligé si ce n'est ignoré en doctrine bien que ce choix soit lourd de conséquences et par là même non anodin. Je souhaite démontrer que ce choix n'a pas été mûrement réfléchi et qu'il est loin de constituer une évolution favorable du droit pénal. Au contraire, il conviendrait à mon sens de s'en distancier à l'avenir.

En guise d'introduction, je replacerai l'actuel art. 102 CP dans son contexte historique afin que mes lecteurs puissent saisir les enjeux de ce développement « vintage » (*infra* I). J'en viendrai ensuite aux raisons qui ont conduit le législateur à adopter une responsabilité de l'entreprise plutôt qu'une responsabilité pénale de la seule personne morale (*infra* II). Dans un troisième temps, j'aborderai les difficultés dogmatiques et contradictions qui en résultent (*infra* III) avant de conclure.

I. Contexte : genèse de l'art. 102 CP

Si la plupart des juristes connaissent l'art. 102 CP et savent qu'il codifie une punissabilité de l'entreprise, rares sont ceux qui connaissent le contexte dans lequel il a vu le jour et la dynamique dans laquelle il s'inscrivait. Souffrez donc que je rappelle l'essentiel au risque de briser certains mythes.

L'art. 102 CP est entré en vigueur au 1^{er} octobre 2003 en tant qu'art. 100^{quater} aCP³. Même s'il ouvrait une brèche dans le principe *societas (recte : universitas) delinquere non potest*, il n'a ni introduit la punissabilité exceptionnelle de la personne morale ni renversé le principe précité.

¹ En effet, l'art. 102 CP actuel est entré en vigueur au 1^{er} octobre 2003 en tant qu'art 100^{quater} aCP (RO 2003 3043), adoptant sa numérotation actuelle avec la révision de la partie générale du CP au 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 3459). L'assemblée générale constitutive de l'association Fribourg Law Review s'est quant à elle tenue le 18 novembre 2013, soit à dix ans, un mois et 17 jours plus tard ou – pour les puristes – 3701 jours plus tard.

² J'y ai consacré ma thèse de doctorat dont l'édition commerciale est en cours d'élaboration. Cf. L. F. MUSKENS, Statut de la personne en droit pénal – Appréhension d'une construction de droit civil par le droit pénal matériel et procédural ainsi que par le droit administratif parapénal, Bâle février 2024. Les références citées dans le texte renvoient aux exemplaires du dépôt obligatoire.

³ RO 2003 3043.

Il était en effet déjà possible de punir les personnes morales avant le 1^{er} octobre 2003, comme le démontre l'extrait de l'arrêt de principe suivant datant de 1979 : « *Juristische Personen sind nicht deliktsfähig, sofern nicht ein Bundesgesetz (vgl. jetzt insbesondere Art. 7 VStrR) oder kantonales Recht die Deliktsfähigkeit ausdrücklich vorsehen (BGE 97 IV 203)* »⁴. Avant même l'édiction de l'art. 102 CP, respectivement de l'art. 100^{quater} aCP, les art. 181 LIFD et 57 al. 1 et 2 LHID⁵ ainsi que l'art. 7 DPA⁶ permettaient déjà de réprimer des personnes morales. En outre, en dépit de l'édiction de l'art. 102 CP, la personne morale est restée en principe non-punissable⁷. Autrement dit, l'art. 102 CP n'est qu'une exception de plus au principe de non-punissabilité, lequel reste pleinement d'actualité.

Par ailleurs, le processus législatif ayant mené à l'édiction de l'actuel art. 102 CP a été tout sauf un long fleuve tranquille⁸. Tout a commencé avec l'incendie de *Schweizerhalle* en 1986, au cours de laquelle les eaux utilisées pour combattre l'incendie qui s'était déclaré dans un entrepôt de l'entreprise Sandoz SA (devenue Novartis en 1996) à Bâle se sont déversées dans le Rhin, provoquant une importante pollution et des dégâts environnementaux conséquents⁹. Faute de preuves,

l'affaire n'avait donné lieu qu'à deux condamnations pour des amendes mineures en lien avec les suites de l'incendie et non l'incendie lui-même¹⁰. L'affaire est connue pour avoir mis évidence les lacunes du droit pénal suisse s'agissant des personnes morales¹¹.

Dans le prolongement de cette affaire, une commission d'experts a élaboré un avant-projet¹² comprenant trois articles, relativement novateur puisqu'il envisageait la punissabilité de principe de l'entreprise et une vaste palette de sanctions sous la forme de mesures pénales¹³. Mis en consultation en 1991, l'avant-projet a reçu un accueil si mitigé que le Conseil fédéral s'est résolu à remettre l'ouvrage sur le métier plutôt qu'à le présenter au Parlement¹⁴. La tâche n'était en effet pas aisée dès lors que la personne morale était considérée comme triplement incompatible avec le droit pénal vu son incapacité à l'action (*Handlungsunfähigkeit*), à la culpabilité (*Schuldunfähigkeit*) et à la peine (*Strafunfähigkeit*)¹⁵. À ce sujet, l'art. 7 DPA a toujours été critiqué en doctrine vu son caractère causal, soit le fait qu'il n'exige aucune faute de l'entreprise

entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998 (ci-après « Message CP 1998 »), FF 1999 II 1787 ss, p. 1943.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Message CP 1998 (n. 9), p. 1946 ; R. ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la « faute d'organisation » et le droit pénal, SJ 2003 II p. 187 ss, p. 193.

¹² Vorentwurf und Erläuternder Bericht, Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzbuches betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Office fédéral de la justice, Berne 1991 (ci-après « AP-CP 1991 »).

¹³ Sur l'AP-CP 1991 voir notamment : FORSTER (n. 8), p. 61 ss ; LÜTOLF (n. 9), p. 205 ss ; MACALUSO (n. 8), p. 114 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1581 ss.

¹⁴ Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zum Vorentwurf über die Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers und die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Département fédéral de Justice et police, Berne juin 1992, p. 19 s. ; Message CP 1998 (n. 9), p. 1944. Cf. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 16 ; FORSTER (n. 8), p. 64 s. ; LÜTOLF (n. 9), p. 204 s. ; MACALUSO (n. 8), p. 121 s. ; MUSKENS (n. 2), N 1589.

¹⁵ P. ex. R. ROTH, Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion, RPS 1997 p. 345 ss, p. 356 ss ; FORSTER (n. 8), p. 23 ss ; P. GRAVEN/C.-A. JUNOD, Societas delinquere potest ?, in : B. Corboz (édit), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 351 ss ; MUSKENS, (n. 2), N 713 ss.

⁴ ATF 105 IV 172, c. 3.

⁵ Les art. 181 LIFD et 57 al. 1 et 2 LHID ont été édictés lors de la réforme dite d'harmonisation fiscale adoptée fin 1990 (RO 1991 1184 ss et RO 1991 1256 ss). Des formes de punissabilité de la personne morale en droit fiscal préexistaient cependant en droit cantonal ainsi qu'à l'art. 130 al. 4 aAIFD. Cf. P. SANSONETTI/D. HOSTETTLER, in : Y. Noël/F. Aubry Girardin (édit.), Commentaire romand – Impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017, art. 181 N 2 ; Roman J. Sieber/J. Malla, in : M. Zweifel/M. Beusch /édit), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 4^e éd., Bâle 2022, art. 57 N 2.

⁶ L'art. 7 DPA est entré en vigueur au 1^{er} janvier 1975 en même temps que la DPA elle-même (RO 1974 1857 ss).

⁷ Cf. p. ex. ATF 144 I 242, c. 3.1.1 ; MUSKENS (n. 2), N 2436 ss.

⁸ Pour un aperçu plus complet du processus législatif : M. A. Niggli/D. R. Gfeller, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar Strafrecht, 4^e éd., Bâle 2019 (ci-après « BSK StGB-NIGGLI/GFELLER »), art. 102 N 13 ss ; M. FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse St-Gall, Berne 2006, p. 61 ss ; A. MACALUSO, La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise – Eléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS, thèse, Lausanne 2004, p. 114 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1581 ss.

⁹ Cf. sur la catastrophe de *Schweizerhalle* : S. H. LÜTOLF, Strafbarkeit der juristischen Person, thèse, Zurich 1997, p. 7 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1584 s. ; FORSTER, (n. 8), p. 61 ; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 13 ; Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales,

subsidièrement punissable¹⁶.

La tâche s'apparentait donc à la quadrature du cercle. Il s'agissait d'introduire une punissabilité de la personne morale respectant les principes du droit pénal et notamment le principe de culpabilité – c'est-à-dire de ne pas se limiter à un simple mécanisme d'imputation de la peine tel que celui de l'art. 7 DPA – mais sans aller aussi loin que ce qu'envisageait l'AP-CP 1991. C'est ainsi que le Conseil fédéral a présenté, dans le cadre du projet de révision totale de la partie générale du CP, une responsabilité pénale de l'entreprise réduite à sa plus simple expression, ne comprenant que ce qui deviendra l'actuel art. 102 al. 1 CP, à savoir une responsabilité purement subsidiaire fondée sur une impossibilité d'imputation due à un défaut d'organisation¹⁷.

Au cours des débats parlementaires, deux modifications importantes ont été apportées au projet en ce sens qu'il a été complété par une responsabilité primaire de l'entreprise – l'actuel art. 102 al. 2 CP – ainsi que par une disposition visant à régir certaines questions procédurales, soit l'ancien art. 102 aCP préfigurant l'art. 112 CPP¹⁸.

Bien que conçus dans le cadre de la révision générale du CP, l'art. 102 et l'art. 102a CP sont entrés en vigueur de manière anticipée en tant qu'art. 100^{quater}, respectivement art. 100^{quinquies} aCP afin de respecter les engagements de la Suisse en matière de lutte contre le financement du terrorisme¹⁹.

¹⁶ Cf. p. ex. A. EICKER/F. FRANK/J. ACHERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne 2012, p. 65 ; N. CAPUS/A. BERETTA, *Droit pénal administratif – Précis de droit suisse*, Bâle 2021, N 161 ; FORSTER (n. 8), p. 59 ; LÜTOLF (n. 9), p. 216 ; MUSKENS (n. 2), N 1407 ss. Cf. également A. MACALUSO/A. GARBARSKI, in : N. Markwalder et al. (édit.), *Basler Kommentar – Verwaltungsstrafrecht*, Bâle 2020 (ci-après « BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI »), art. 7 N 33 ss lesquels proposent d'exiger un défaut d'organisation de manière analogue à l'art. 102 al. 1 CP.

¹⁷ Projet de modification du code pénal suisse du 21 septembre 1998, FF 1999 2101 ss (ci-après « P-CP 1998 ») ; Message CP 1998 (n. 9), p. 1943 ss ; FORSTER (n. 8), p. 65 ss ; MACALUSO (n. 8), p. 123 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1606 ss.

¹⁸ BO 1999 E 1135 s. ; BO 2001 N 591 ss ; BO 2001 E 514 ss ; BO 2002 N 2171 ; BO 2002 E 1306.

¹⁹ RO 2003 3043 ; Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales du 26 juin 2002, FF 2002 5014 ss ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme conclue à New York le 9 décembre 1999 (RS 0.353.22) ; FORSTER (n. 8), p. 69 ss ; MACALUSO (n. 8), p. 133 s. ; MUSKENS (n. 2), N 1617.

Ce très bref rappel de la genèse de l'art. 102 CP suffit à démontrer le contexte particulièrement délicat dans lequel l'art. 102 CP a vu le jour. Ces contraintes ne sont pas étrangères au fait que – comme je m'appête à le démontrer – le cercle des destinataires de l'art. 102 CP n'ait pas été discuté en détail.

II. Entreprise comme sujet pénal : raisons d'être

L'art. 102 CP s'applique à l'« entreprise ». Ce terme n'est pas utilisé dans une acception économique, comme à l'art. 2 LCart²⁰, mais dans un sens juridique puisqu'il est défini à l'art. 102 al. 4 CP par référence à un *numerus clausus* de formes juridiques permettant l'exploitation d'une entreprise au sens économique du terme. Sont ainsi visées non seulement les personnes morales de droit privé et public à l'exception des corporations territoriales (art. 102 al. 4 lit. a et b CP) mais encore les sociétés (art. 102 al. 4 lit. c CP) ainsi que les entreprises en raison individuelle (art. 102 al. 4 lit. d CP).

Curieusement, le choix de s'attacher à l'entreprise plutôt qu'aux seules personnes morales n'est pas véritablement mis en évidence dans le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la partie générale du CP²¹. Le Message laisse entendre que l'adoption de l'art. 102 P-CP 1998 était nécessaire en vertu du droit international et que le régime envisagé correspondait à une tendance qui pouvait notamment être observée en droit pénal français²². Ces deux affirmations laissent perplexes.

Premièrement, les conventions internationales ratifiées par la Suisse en matière de corruption, de blanchiment, de financement du terrorisme et de criminalité organisée n'exigeaient pas d'introduire une punissabilité de l'entreprise mais tout au plus de la personne morale, certaines se contentant même de sanctions efficaces fussent-elles pénales ou non²³.

²⁰ Cf. sur la notion d'entreprise selon l'art. 2 LCart not. M. AMSTUTZ/R. GOHARI, in : M. Amstutz/M. Reiner (édit.), *Basler Kommentar – Kartellgesetz*, 2^e éd., Bâle 2021, art. 2 N 63 ss ; V. MARTENET/P.-A. KILLIAS, in : V. Martenet/C. Bovet/P. Tercier (édit.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 2 N 20 ss.

²¹ Message CP 1998 (n. 9), p. 1943 ss *a contrario*.

²² Message CP 1998 (n. 9), p. 1943.

²³ Cf. art. 18 ch. 8 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime conclue à Strasbourg le 8 novembre 1990 (RS.0.331.53) ; art. 18 de la Convention pénale sur la corruption conclue à Strasbourg le 27 janvier 1999 (RS 0.311.55) ; art. 2 s. de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans

Deuxièmement, la responsabilité pénale de l'entreprise plutôt que de la personne morale était novatrice et, en tous les cas, étrangère au Code pénal français, lequel ne prévoyait et ne prévoit d'ailleurs toujours qu'une punissabilité de la personne morale à son art. 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants [...] »²⁴. A ma connaissance, une telle responsabilité n'était connue que du Règlement européen N° 2988/95 auquel le Message se référait expressément²⁵. Or, ce Règlement prévoyait des sanctions administratives et non des sanctions pénales, étant rappelé que l'Union européenne ne disposait pas d'une compétence pour édicter des normes pénales²⁶. L'aspect novateur de l'approche et le parallèle avec le droit crypto-pénal européen ressortent de l'avis de droit établi par ROTH en amont du P-CP 1998 et publié à la RPS²⁷.

La question n'a pas non plus été thématifiée lors des débats parlementaires et ce bien que le conseiller national Jacques-Simon Eggly eût proposé de

remplacer le terme « entreprise » par le terme « personne morale »²⁸. Hélas, au soutien de sa proposition, Jacques-Simon Eggly a argumenté qu'il n'était pas opportun de soumettre les petites entreprises à des amendes pouvant atteindre 5 millions de francs ce qui a permis à ses opposants, notamment Jean-Nils de Dardel, de balayer la proposition d'un revers de main en soutenant que la situation financière de l'entreprise serait prise en compte dans la fixation de la peine²⁹. Il aurait pu y avoir débat. Il aurait dû y avoir débat. Il n'y en a cependant pas eu, du moins pas sur cette question³⁰. Les débats ont en effet porté sur le caractère subsidiaire ou primaire de la responsabilité, le catalogue des infractions sous-jacentes à la responsabilité primaire et la compatibilité avec le principe de culpabilité³¹.

Personne ne semble ainsi s'être ému de l'approche choisie et ce en dépit de son caractère novateur – ou devrais-je dire révolutionnaire ? Pourtant, des voix s'étaient élevées en doctrine pour inviter le législateur à se limiter à une responsabilité pénale de la personne morale. Ainsi, LÜTOLF qui a consacré sa thèse à la question, concluait à l'opportunité de réprimer les *personnes morales*³².

Si le choix novateur de s'attacher à l'entreprise est passé inaperçu, c'est que les précurseurs de l'art. 102 (al. 1) CP comportaient déjà une forme de responsabilité de l'entreprise et non de la seule personne morale. Tel est en particulier le cas de l'art. 7 DPA selon lequel, « [l]orsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et que l'enquête rendrait nécessaires 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 »³³. De même, l'AP-CP 1991 prévoyait lui aussi une responsabilité de la personne morale, de la société ou de l'entreprise individuelle (entreprise)³⁴. Cela dit, l'art. 7 DPA constitue un

les transactions commerciales internationales conclue à Paris le 17 décembre 1997 (RS 0.311.21) ; art. 26 de la Convention des Nations Unies contre la corruption conclue à New York le 31 octobre 2003 (RS 0.311.56) ; art. 10 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée conclue à New York le 15 novembre 2000 (RS 0.311.54) ; art. 5 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme conclue à New York le 9 décembre 1999 (RS 0.353.22). Dans le même sens : FORSTER (n. 8), p. 50 ; K. VILLARD, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise : avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, thèse, Genève et al. 2017, N 695. *Contra*: M. PIETH, Die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, in : M. J. Lehmkuhl/W. Wohlers (édit.), Unternehmensstrafrecht – Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Bâle 2020, p. 279 ss, p. 281 lequel mentionne à tort une nécessité de responsabilité pénale de l'entreprise (« *Unternehmenshaftung* »).

²⁴ Code pénal français, version au 21 juillet 2024, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1990.

²⁵ Règlement (CE, EURATOM) N° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO L 312 du 23 décembre 1995. Cf. Message CP 1998 (n. 9), p. 1943.

²⁶ Cette compétence a été introduite avec le Traité de Lisbonne en 2007. Cf. H. SATZGER, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9^e éd., Baden-Baden 2020, § 8 N 18 ss ; J. VOGEL, in : U. Sieber et al. (édit.), Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2011, § 5 N 1 ss.

²⁷ ROTH (n. 15), p. 367 s. Cf. également R. ROTH, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in : Frédéric Berthoud (édit.), La responsabilité pénale du fait d'autrui : travaux de la Journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, p. 77 ss, p. 82 ss.

²⁸ BO 2001 N 592 s.

²⁹ BO 2001 N 593 ss.

³⁰ BO 1999 E 1135 s. ; BO 2001 N 591 ss ; BO 2001 E 514 ss ; BO 2002 N 2171 ; BO 2002 E 1306.

³¹ Ibid. Cf. MUSKENS (n. 2), N 2201.

³² LÜTOLF (n. 9), p. 3.

³³ Cf. sur les destinataires de l'art. 7 DPA : BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI (n. 16), art. 7 N 10 ss ; CAPUS/BERETTA (n. 16), N 2 et 158 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1368 ss.

³⁴ Art. 100^{quater} ch. 1 AP-CP 1991 (n. 12) : « *Begeht jemand eine*

mécanisme d'imputation de la peine et non une véritable responsabilité pénale³⁵ et l'art. 100^{quater} AP-CP 1991 n'a jamais dépassé le stade de l'avant-projet comme rappelé ci-dessus (*supra* I). Il y avait donc matière à débattre ou du moins à réfléchir.

Le rapport explicatif relatif à l'AP-CP 1991 se réfère quant à lui au droit américain, ainsi qu'aux droits néerlandais et suédois ainsi qu'aux réformes en cours en Norvège et en France³⁶. Il évoque également une Recommandation du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) du 2 juin 1988³⁷. L'Annexe à la Recommandation y relative du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 octobre 1988 précise cependant qu'elle s'applique « aux entreprises, privées ou publiques, dotées de la personnalité juridique, pour autant qu'elles exercent des activités économiques »³⁸.

Je ne me lancerai pas dans des considérations de droit comparé car je pense que mes lecteurs ont compris où je veux en venir : personne n'a concrètement songé aux implications qu'aurait une future responsabilité pénale de l'entreprise plutôt que de la personne morale. Il faut croire que parfois, les points les plus délicats passent inaperçus.

als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Tat, als Organ, als Mitglied eines Organs oder als Geschäftsführer einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma (Unternehmen), oder als Person, die ohne eine dieser Eigenschaften aufzuweisen, ein Unternehmen tatsächlich leitet oder in dessen Geschäftsbetrieb selbständige Entscheidungsbefugnisse ausübt, so können gegen das Unternehmen die im diesem Titel vorgesehenen Sanktionen verhängt werden. [...]».

³⁵ Cf. MUSKENS (n. 2), N 1419 ss et références citées. La question de la nature de l'art. 7 DPA est controversée en doctrine et les avis sont très divers. P. ex. EICKER/FRANK/ACHERMANN (n. 16), p. 62 ss la qualifient de « *Solidarhaftung des Unternehmens* », CAPUS/BERETTA (n. 16) N 160 de « *norme d'attribution de la responsabilité pénale* » et BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI, art. 7 N 28 ss (n. 16) de responsabilité pénale de l'entreprise.

³⁶ AP-CP 1991 (n. 12), p. 47 s. Cf. concernant la situation en droit américain not. LÜTOLF (n. 9), p. 246 ss.

³⁷ AP-CP 1991(n. 12), p. 48 note de bas de page 30.

³⁸ Annexe à la Recommandation n° R (88) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 octobre 1988.

III. Difficultés résultant du rattachement à l'entreprise plutôt qu'aux personnes morales

A. Hétérogénéité

Faire de l'entreprise un sujet de droit pénal c'est rendre punissable à la fois les personnes morales et des formes juridiques dénuées de personnalité, à l'instar de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société simple ou encore de l'entreprise individuelle³⁹.

Si la personne morale est un sujet de droit, les sociétés en nom collectif ou en commandite sont des sociétés de personnes à qui le droit confère l'exercice mais pas la jouissance des droits civils⁴⁰, la société simple est une pure société de personnes dénuée de personnalité morale⁴¹ et l'entreprise individuelle n'est autre qu'une personne physique inscrite au registre du commerce⁴². Le terme entreprise est donc particulièrement hétéroclite puisqu'il inclut tant des formes juridiques ayant une existence et une individualité propres que des formes juridiques regroupant un ou plusieurs sujets de droit. Pour adopter une métaphore philosophique, il mélange être et non-être, un et multiple⁴³.

Les difficultés suscitées ne sont toutefois pas uniquement philosophiques mais également concrètes et pratiques.

³⁹ Cf. MUSKENS (n. 2), N 2210 ss pour des considérations plus détaillées sur l'hétérogénéité et la surinclusion de la notion d'entreprise selon l'art. 102 CP.

⁴⁰ Cf. A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Aktienrecht*, 13^e éd., Berne 2023, § 2 N 93 ss et 178, § 13 N 27 s. ; R. RUEDIN, *Droit des sociétés*, 2^e éd., Berne 2007, N 790 ; M. BLANC/B. FISCHER, *Les sociétés de personnes*, Zurich 2020, N 370 ss et 743 s. ; MUSKENS (n. 2), N 195 ss.

⁴¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (n. 40), § 12 N 13 ss et en part. N 13 : « *Die einfache Gesellschaft ist eine Personengesellschaft, d.h. es kommt in erster Linie auf die Persönlichkeit des einzelnen Mitglieds an, nicht auf seine Kapitalbeteiligung.* » ; RUEDIN (n. 40), N 609 s. ; MUSKENS (n. 2), N 170 et 190.

⁴² Cf. art. 931 et 945 s. CO. Cf. également MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, (n. 40), § 26 ; RUEDIN (n. 40), N 337 ss.

⁴³ Ces concepts sont notamment thématiques par PLATON (Parménide ou des Idées, in : L. Robin (trad.), *Platon – Œuvres complètes*, Paris 1950, p. 193 ss).

B. Principe de culpabilité et de personnalité des peines

La première difficulté, mais non des moindres, est une incompatibilité avec les principes de culpabilité et de personnalité des peines. Selon le principe de culpabilité, la peine est censée refléter la culpabilité de l'auteur de l'infraction (art. 47 CP)⁴⁴. Selon le principe de la personnalité des peines, seul l'auteur de l'infraction peut subir la peine, à l'exclusion de tiers⁴⁵.

Les non-sujets de droit n'ont pas la jouissance des droits civils et ne peuvent dès lors par définition pas subir de peine. Pour mémoire, la peine se définit comme une atteinte aux droits du condamné censée refléter sa culpabilité⁴⁶. Or, infliger une peine à un non-sujet de droit revient *per definitionem* à la faire subir non à l'entité sanctionnée mais aux tiers qui la composent. Si rien n'empêche le droit pénal de créer un nouveau sujet de droit pénal, et le juge pénal de le déclarer coupable, aucune peine ne peut frapper un non-sujet de droit civil dès lors qu'il n'a pas de droits à restreindre en guise de peine⁴⁷. C'est là que le bât blesse puisqu'une peine est par définition strictement personnelle⁴⁸ à l'instar de la culpabilité qu'elle est

censée refléter⁴⁹. Permettre la répression de non-sujets de droit c'est rompre le lien étroit et nécessaire qui unit culpabilité et peine, tout en bafouant le principe de culpabilité et de personnalité des peines⁵⁰.

Le régime est d'autant plus inadmissible si l'on songe que la composition d'une société de personnes peut varier entre le moment de la consommation de l'infraction et le moment de la condamnation, respectivement de l'exécution de la peine. Dans cette hypothèse, les nouveaux membres de la société sont confrontés à une atteinte à leurs droits alors même qu'ils ne faisaient pas partie de l'entreprise au moment des faits et qu'aucune faute ne peut leur être reprochée.

Quod erat demonstrandum.

C. Principe *ne bis in idem*

Une difficulté supplémentaire résultant de l'attachement à l'entreprise et de l'inclusion de non-sujets de droit est une incompatibilité avec le principe *ne bis in idem*⁵¹.

Selon le principe *ne bis in idem*, ancré à l'art. 11 al. 1 CPP, art. 4 CEDH PA 7 et art. 14 ch. 7 Pacte ONU II, une personne condamnée ou acquittée par jugement entré en force ne peut être poursuivie une nouvelle fois pour les mêmes faits⁵². Le principe *ne bis in idem* interdit la double poursuite et, *a fortiori*, la double peine⁵³.

L'art. 102 al. 2 CP constitue une forme de responsabilité de l'entreprise concurrente à la responsabilité des personnes physiques⁵⁴. En d'autres termes, la culpabi-

Busse höchstpersönlicher Natur [...] ».

⁴⁴ Cf. ATF 136 IV 55, c. 5.5 ; ATF 135 IV 6, c. 5 ; ATF 123 IV 1, c. 2 ; ATF 116 IV 300, c. 2a.

⁴⁵ CourEDH, arrêt du 29 août 1997, requête 19958/92, *A.P. M.P. et T.P. c. Suisse*, Recueil 1997-V § 48 ; CourEDH, arrêt du 29 août 1997, requête 20919/92, *J.O.-L. c. Suisse*, Recueil 1997-V, § 51 ss ; ATF 134 III 59, c. 2.3.2.

⁴⁶ Cf. G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I : Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011, § 2 N 3 ; G. ETIER/B. STRÄULI, *Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale*, in : C. Chappuis/B. Winiger (édit.), *Responsabilité civile – Responsabilité pénale*, Journée de la responsabilité civile 2014, Genève 2015, p. 19 ; D. JO-SITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, *Strafrecht II – Strafen und Massnahmen*, 9^e éd., Zurich 2018, p. 3.

⁴⁷ ROTH (n. 27), p. 91 ; D. PROTET, *Le tiers protégé face à la confiscation pénale et la punissabilité de la personne morale*, in : J.-B. Ackermann/A. Donatsch/J. Rehberg (édit.), *Wirtschaft und Strafrecht – Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zürich 2001, p. 209 ss, p. 216. Cf. également concernant plus généralement la dépendance du droit pénal (économique) au droit civil : M. A. NIGGLI, *Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht – Dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach deltendem Recht und dem Entwurf 1991*, thèse, Zurich 1992, N 360 ; U. CASSANI, *La protection pénale du patrimoine : autonomie et détermination par le droit civil*, thèse Genève, Lausanne 1988, p. 106 ss.

⁴⁸ P. ex. ATF 134 III 59, c. 2.3.2 : « *Wie jede Strafe ist auch die*

⁴⁹ A. DONATSCH/G. GODENZI/B. TAG, *Strafrecht I – Verbrechenslehre*, 10^e éd., Zurich 2022, p. 278 ; STRATENWERTH (n. 46), § 2 N 5 ; S. TRECHSEL/P. NOLL/M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 7^e éd., Zurich 2017, p. 142.

⁵⁰ Cf. MUSKENS (n. 2), N 2220 ss.

⁵¹ Cf. MUSKENS (n. 2), N 2233 ss.

⁵² Cf. ATF 144 IV 362, c. 1.3.2 ; ATF 144 IV 136, c. 10.1 ; ATF 137 I 363, c. 2.1 ; B. TAG, in : M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, *Basler Kommentar – Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 3^e éd., Bâle 2023 (ci-après : « BSK StPO-TAG »), art. 11 N 2 ss ; M. HOTTELLER, in : Y. Jeanret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (édit.), *Commentaire romand – Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 11 N 1 ss.

⁵³ BSK StPO-TAG, (n. 52), art. 11 N 11 ss.

⁵⁴ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 243 ; FORSTER (n. 8), p. 253 ; ROTH (n. 11) ; MUSKENS (n. 2), N 2126 ss.

lité de l'entreprise ne suppose ni n'exclut celle de ses agents. Cela signifie qu'en présence d'un non-sujet de droit, un même sujet de droit peut être puni deux fois, une fois en tant que membre de l'entreprise et une fois en tant qu'agent et ce en lien avec le même comportement. La violation du principe *ne bis in idem* est manifeste voire insupportable si l'on songe à la punissabilité de l'entreprise individuelle, dès lors qu'une seule et même personne physique – le titulaire de l'entreprise individuelle – peut être puni une fois en tant qu'entreprise individuelle et une fois en tant que personne physique⁵⁵.

Cette difficulté n'existe pas à l'art. 7 DPA ni à l'art. 102 al. 1 CP dès lors que ces dispositions consacrent des punissabilités subsidiaires de l'entreprise, lesquelles ne peuvent entrer en concours avec la responsabilité d'un auteur (personne physique) individuel⁵⁶.

Conclusion

En résumé, l'attachement à l'entreprise plutôt qu'à la personne morale ne constitue pas un choix mûrement réfléchi du législateur puisqu'il n'a ni été véritablement discuté dans le Message ni n'a fait l'objet de débats au Parlement.

Cela est particulièrement étonnant lorsqu'on songe que l'extension de la responsabilité pénale à des non-sujets de droit tels que les sociétés en nom collectif ou en commandite, les sociétés simples et autres entreprises individuelles entre en conflit avec des principes cardinaux du droit pénal que sont le principe de culpabilité et de personnalité des peines ainsi que le principe *ne bis in idem*. Elle introduit en effet une scission nécessaire entre l'auteur de l'infraction, sujet de droit pénal, et le destinataire de la sanction, sujet de droit civil. Elle permet en outre une double répression d'un seul et même sujet de droit (civil) pour un même comportement. Ces conséquences paraissent suffisamment sérieuses pour ne pas simplement pouvoir être écartées par des considérations d'efficacité ou la volonté d'adopter une approche économique⁵⁷.

⁵⁵ BO 2001 N 595 ; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 416 ; FORSTER (n. 8), p. 128 ; MACALUSO (n. 8), p. 163 ; MUSKENS (n. 2), N 1650 et 2233.

⁵⁶ MUSKENS (n. 2), N 2237.

⁵⁷ Cf. p. ex. ROTH (n. 15), p. 367 lequel se réfère à la recherche de l'« efficacité économique ».

Même si le format de cet article ne me permet pas d'entrer dans les détails, j'espère avoir convaincu mes lecteurs si ce n'est de restreindre la responsabilité pénale à la personne morale à tout le moins d'approfondir la question et de peser le pour et le contre de cette solution. En ce qui me concerne, je reste convaincu que l'appréhension en tant que sujets pénaux de constructions de droit civil dénués de personnalité morale est à proscrire. Reste donc soit à s'adapter au droit civil soit à le réformer pour qu'il s'adapte au droit pénal.

Pour finir sur une note plus personnelle, si la responsabilité pénale de l'entreprise n'a pas suivi un développement exemplaire, la revue *Quid ?* s'en démarque favorablement. Je n'aurais pas osé espérer, ce jour de novembre 2013 où l'association *Fribourg Law Review* a été constituée, que la revue existerait toujours plus de dix ans plus tard et qu'elle aurait à ce point prospéré. Longue vie donc à *Quid ? Fribourg Law Review* !