

1. Kernstrafrecht Droit pénal primaire

1.1 Schwerpunkt Allgemeiner Teil Accent sur la partie générale

Nr. 56 Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, Arrêt du 21 juillet 2014 dans la cause X. contre Ministère public central du canton de Vaud – 6B_7/2014

Art. 102 CP: responsabilité pénale de l'entreprise; nature juridique de la norme; prescription de l'action pénale.

La question du délai de prescription de l'action pénale applicable dans le contexte de la responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise aux termes de l'art. 102 al. 1 CP dépend de la qualification juridique de cette norme. Celle-ci fait l'objet d'une controverse doctrinale. Une partie de la doctrine considère que l'art. 102 al. 1 CP instituerait une infraction propre à l'entreprise, de degré contraventionnel, voire délictuel; un autre courant doctrinal estime que l'art. 102 al. 1 CP constitue essentiellement une norme d'imputation. Le Tribunal fédéral, sans trancher cette querelle, souligne l'importance qu'il convient d'attacher, du point de vue de la prescription, à l'infraction de base, imputée à l'entreprise. (Résumé des auteurs du commentaire)

Art. 102 StGB: strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens; Rechtsnatur der Norm; Verfolgungsverjährung.

Die Frage nach der auf die Verfolgungsverjährung anwendbaren Frist bei der subsidiären strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB hängt von der rechtlichen Einordnung dieser Bestimmung ab. Diese ist in der Lehre strittig. Ein Teil der Doktrin vertritt die Ansicht, Art. 102 Abs. 1 StGB würde einen für das Unternehmen eigentümlichen Straftatbestand, auf der Stufe einer Übertretung oder gar eines Vergehens, errichten; andere Autoren betrachten Art. 102 Abs. 1 StGB im Wesentlichen als eine Zurechnungsnorm. Ohne diesen Meinungsstreit zu entscheiden, unterstreicht das Bundesgericht die Bedeutung, welche der dem Unternehmen zugerechneten Anlasstat unter dem Blickwinkel der Verfolgungsverjährung beizumessen ist. (Regeste der Anmerkungsverfasser)

Art. 102 CP: responsabilità penale dell'impresa; natura giuridica della norma; prescrizione dell'azione penale.

La questione inerente al termine alla prescrizione dell'azione penale applicabile nel contesto della responsabilità

penale sussidiaria dell'impresa giusta l'art. 102 cpv. 1 CP dipende dalla qualificazione giuridica di tale norma. Quest'ultima è oggetto di una controversia dottrinale. Una parte della dottrina è dell'opinione che l'art. 102 cpv. 1 CP istituirebbe una fattispecie penale peculiare per l'impresa a livello di una contravvenzione o addirittura di un delitto, mentre un'altra corrente dottrinale lo considera essenzialmente una norma di imputazione. Senza risolvere questa controversia di opinioni il Tribunale federale sottolinea l'importanza che occorre accordare al reato ascrivibile all'impresa dal punto di vista della prescrizione dell'azione penale. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

Faits:

A. était un employé de B. Ltda, une filiale colombienne de la société C. SA, basée en Suisse. A. a été enlevé et tué entre les 10 et 11.9.2005 par des paramilitaires colombiens. Le 13.3.2012, sa veuve X., a déposé une plainte pénale contre E., F., G., H. et I. qui occupaient tous, au moment des faits, à des degrés divers, une position dirigeante au sein de C. SA. En substance, la plaignante X. reprochait à ces personnes d'avoir commis un homicide par négligence, au motif qu'elles n'avaient rien entrepris pour empêcher le décès de A. Subsidièrement, ce reproche était également invoqué contre la société C. SA, sur la base de l'art. 102 al. 1 CP. Le Ministère public du canton de Vaud a rendu le 1.5.2013 une ordonnance de non-entrée en matière, en raison de la prescription de l'infraction d'homicide par négligence. Par arrêt du 17.9.2013, le Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours formé par X. contre cette ordonnance. L'affaire a ensuite été portée devant le TF, par la voie du recours en matière pénale.

Extraits des considérants:

[...]

1.2 On peut encore se demander si la recourante est également légitimée pour recourir en tant que le classement a trait à la responsabilité subsidiaire de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP). Tel pourrait éventuellement être le cas si cette disposition devait être interprétée comme une norme d'imputation à l'entreprise d'une infraction de base (*in casu* un homicide) dont les personnes physiques qui en sont les auteurs ne peuvent être identifiées au sein de l'entreprise. On peut, en revanche, sérieusement douter qu'une telle légitimation puisse être admise si la norme devait être appréhendée comme une contravention ou un délit contre l'administration de la justice [...]. En effet, la recourante n'est pas titulaire de ce bien juridique dont elle ne peut invoquer l'atteinte pour prétendre être lésée et fonder sa qualité pour recourir [...]. Cette question, qui ne peut être entièrement séparée du fond de la cause, souffre toutefois de demeurer indécise en l'espèce pour les motifs qui suivent.

[...]

3. La recourant invoque la violation de l'art. 102 al. 1 CP.

3.1 Conformément à cette norme, un crime ou un délit, qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'ac-

tivités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

3.2 La cour cantonale a examiné si la prescription d'une éventuelle infraction d'homicide par négligence susceptible d'être reprochée à des personnes physiques, faisait obstacle à une poursuite pénale de cette dernière sur la base de l'art. 102 al. 1 CP. Après avoir exposé que diverses théories s'opposaient en doctrine quant à la nature juridique de cette norme [...], elle a retenu que, quelle que soit la théorie retenue, la prescription de l'infraction initiale excluait, dans tous les cas, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise [...].

3.3 La recourante objecte, en substance, que si la prescription de l'action pénale empêche les poursuites contre les personnes physiques, puis le jugement de celles-ci, elle ne s'opposerait, en revanche, pas, dans une procédure continuée contre la seule entreprise, à rechercher si un manque d'organisation engagerait la responsabilité de l'entité collective au regard de l'art. 102 al. 1 CP. En d'autres termes, deux causes pourraient, en apparence, concourir à la non-imputabilité de l'infraction à une ou plusieurs personnes physiques, mais la prescription ne ferait qu'occulter la cause réelle résidant dans la désorganisation [...].

3.4 La question de la prescription dans le cadre de l'art. 102 CP est discutée en doctrine. Sa solution dépend notamment de l'analyse faite de la nature de la norme, elle-même objet de débats nourris.

3.4.1 Selon un premier courant, l'art. 102 CP constituerait une norme d'imputation à l'entreprise de l'infraction commise par une personne physique (dite infraction «de base») [...]. D'autres auteurs considèrent qu'il s'agirait d'une norme pénale *sui generis*, envisagée soit comme un cas spécifique de participation, soit comme une règle mixte de sanction et d'imputation [...]. On peut se limiter à relever que conçue comme un cas particulier de participation et/ou d'imputation d'une infraction de base, la règle devrait, logiquement, suivre le régime de prescription de cette dernière infraction [...].

3.4.2 Selon le dernier courant de doctrine, la norme instituerait une infraction pénale propre à l'entreprise. L'infraction de base constituerait une condition objective de punissabilité. L'état de fait punissable résiderait dans le déficit organisationnel de l'entité collective, qui aurait pour conséquence l'impossibilité d'imputer l'infraction de base à des personnes physiques, que celles-ci ne puissent être identifiées au sein de l'entreprise ou que l'organisation mise en place, en raison du partage des responsabilités et compétences, ne permette pas de réunir sur une seule tête les conditions objectives et subjectives de l'infraction de base [...]. Selon ces auteurs, l'infraction constituerait une contravention [...], voire un délit [...]. Le comportement visé par la norme procéderait, en règle générale, de l'omission de prendre les me-

sures organisationnelles nécessaires (un comportement actif étant envisageable dans de rares cas) permettant d'identifier les personnes physiques responsables au sein de l'entreprise. L'infraction devrait être appréhendée comme une infraction continue [...], se prescrivant comme une contravention (ou comme un délit [...]), à compter du jour où l'entreprise a remédié au défaut d'organisation [...]. Toutefois, selon les principaux tenants de cette approche, l'infraction réprimée par l'art. 102 CP ne pourrait plus être réalisée une fois celle de base prescrite, dès lors que l'impossibilité d'imputer cette dernière à une personne physique ne résulterait alors plus du défaut (même avéré) d'organisation mais de la survenance de la prescription de cette première infraction [...].

3.4.3 Quels que soient ses mérites sur un plan général, cette théorie occulte, dans le contexte de la prescription, que le législateur ne s'est pas limité à prescrire aux entreprises de pourvoir adéquatement à leur organisation interne et à sanctionner d'une amende l'omission de ces mesures. Il a soumis l'application de l'art. 102 al. 1 CP à la triple condition de la réalisation d'une infraction de base, de l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent d'imputer celle-là à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise. [...] En d'autres termes, la désorganisation n'est déterminante qu'autant qu'elle induit l'absence de preuve permettant l'imputation à une personne physique. On ne voit donc pas de motif d'ignorer cet aspect de l'art. 102 al. 1 CP s'agissant de déterminer l'effet de la prescription sur l'application de cette norme [...].

En prenant en considération cette exigence légale d'un résultat concret, il apparaît d'emblée que l'art. 102 al. 1 CP ne peut être appréhendé comme une infraction continue. En effet, une fois l'infraction de base commise dans des conditions d'organisation internes à l'entreprise ne permettant pas l'identification de son auteur (ou la réunion sur une seule tête de toutes les conditions de punissabilité de l'infraction de base), les correctifs susceptibles d'être mis en place postérieurement (définition claire des postes, compétences et responsabilités; tenue de plans de travail nominatifs précis; instauration de carnets de course pour les véhicules d'entreprise, etc.) ne seraient jamais de nature à supprimer le résultat (impossibilité d'imputer l'infraction de base à une personne physique). La prescription ne commencerait donc jamais à courir. Aussi, dans la conception selon laquelle l'art. 102 al. 1 CP constituerait une infraction (par opposition à une norme d'imputation), il faudrait logiquement, pour tenir compte de l'ensemble des conditions posées par la loi, considérer que cette infraction de résultat est réalisée dès la commission de l'infraction de base dans le cadre d'une organisation déficiente de l'entreprise ne permettant pas d'en identifier la personne physique responsable et que cette condition demeure (et demeurera) réalisée indépendamment de toute action ou omission de l'entreprise. Il s'agirait, partant, typiquement d'une infraction de situation (*Zustandsdelikt*), pour laquelle le délai de prescription courrait aussi-



tôt l'ensemble des éléments constitutifs réalisés, soit au moment déjà de la commission de l'infraction de base dans des conditions n'en permettant pas d'identifier l'auteur [...].

3.4.4 En conclusion, si l'on ne devait pas admettre, avec ce courant de doctrine, que les conditions de l'art. 102 al. 1 CP (considéré comme une contravention ou un délit), ne peuvent plus être réalisées une fois l'infraction de base prescrite, il faudrait en tous les cas retenir, avec Trechsel et al., que le délai de prescription de l'infraction réprimée par l'art. 102 al. 1 CP courrait, lorsque la désorganisation pré-existe à l'infraction de base, au plus tard du jour de la commission de celle-ci. Sous réserve de la question de la durée du délai de prescription, on aboutit ainsi à la même solution que celle préconisée par les auteurs soutenant qu'il s'agit d'une norme d'imputation ou d'une norme mixte. Il s'ensuit, en l'espèce, que la recourante ne peut rien déduire non plus en sa faveur de l'argumentation qu'elle développe à propos de la notion d'imputation retenue par les auteurs qualifiant la norme comme une contravention ou un délit.

[...]

Commentaires:

I. La responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 CP) est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003. A ce jour, seules quelques décisions judiciaires ont été rendues dans ce domaine. En attendant que les contours de la norme soient davantage précisés par la jurisprudence, de nombreux aspects liés à l'art. 102 CP demeurent controversés. L'arrêt 6B_7/2014 du TF, brièvement commenté ici, présente donc un intérêt tout particulier, d'autant plus qu'il tranche une question dont l'*incidence pratique est indéniable*, à savoir celle du délai de prescription applicable dans le cadre de la responsabilité dite subsidiaire de l'entreprise, selon l'art. 102 al. 1 CP. Vu ce qui précède, on peut d'ailleurs s'étonner que l'arrêt 6B_7/2014 ne soit pas destiné à la publication dans le recueil des ATF.

II. 1. Ainsi que le mentionne le TF d'entrée de cause dans son analyse (consid. 3.4), le point de savoir quel est le délai de prescription applicable dans le contexte de la responsabilité pénale dite subsidiaire de l'entreprise, aux termes de l'art. 102 al. 1 CP, dépend de la qualification juridique de cette norme. Or, cette question est particulièrement *controversée*. Trois conceptions principales s'affrontent. On peut brièvement les résumer comme suit.

Selon un premier courant doctrinal, l'art. 102 al. 1 CP constitue une norme d'imputation à l'entreprise («*Zurechnungsnorm*») – fondée sur une forme particulière de faute (la désorganisation) – de l'infraction dite de base ou sous-jacente commise en son sein par une ou plusieurs personne(s) physique(s) (voir p.ex. ARZT, recht 2004, 213, 213 s.; GARBARSKI/MACALUSO, PJA 2008, 833, 839; GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zurich/St. Gall 2006, 21; MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genève/Zurich/Bâle

2004, N 508 ss.; SCHMID, recht 2003, 201, 205; voir aussi BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Berne 2003, 46 ss.). C'est cette approche que nous préconisons. A noter que l'*Obergericht* de Soleure s'est aussi rallié à la théorie de la norme d'imputation, dans une décision rendue le 5.11.2012 en marge du recours formé par Postfinance (à notre connaissance non encore tranché sur le fond) contre sa condamnation pour blanchiment d'argent.

Selon d'autres auteurs, l'art. 102 al. 1 CP constituerait une forme particulière ou *sui generis* de participation (FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Berne 2006, 73), étant relevé que cette conception n'est, au demeurant, pas nécessairement incompatible avec la première.

Selon un troisième courant, l'art. 102 al. 1 CP aurait pour effet de créer une nouvelle infraction, propre à l'entreprise. En bref, cette infraction résiderait dans son défaut d'organisation, entraînant l'impossibilité d'imputer l'infraction de base – condition objective de punissabilité – à une personne physique déterminée (p.ex. NIGGLI/GFELLER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER [édit.], BSK Strafrecht I, 3^{ème} édition, Bâle 2013, art. 102 N 20 ss.; HEINIGER, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Berne 2011, N 270; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, in: TRECHSEL/PIETH [édit.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2^{ème} édition, Zurich/St. Gall 2013, art. 102 N 7b). L'infraction de désorganisation constituerait alors une contravention (NIGGLI/GFELLER, BSK Strafrecht I, art. 102 N 51; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, StGB PK, art. 102 N 7b), voire un délit (HEINIGER, N 307 et 316).

2. Si l'art. 102 al. 1 CP se conçoit comme une norme d'imputation et/ou un cas particulier de participation, la poursuite pénale de l'entreprise se prescrit selon les règles applicables à l'infraction dite de base (MACALUSO, N 1107 ss.; DUPUIS et al., Petit commentaire CP, Bâle 2012, art. 102 N 12), dont on rappelle qu'il ne peut s'agir que d'un crime ou d'un délit, à l'exclusion donc des contraventions (MACALUSO, in: ROTH/MOREILLON [édit.], CR CP I, Bâle 2009, art. 102 N 61). Dans l'affaire portée devant le TF et commentée ici, l'infraction de base (homicide par négligence) étant prescrite, la recourante ne pouvait rien déduire des deux premières théories rappelées ci-dessus sur le plan de la prescription. La responsabilité pénale de l'entreprise ne pouvait donc pas être engagée.

Le constat de la prescription de l'infraction de base a également pour conséquence qu'il n'est ni utile ni même envisageable, dès ce constat, d'enquêter sur l'éventuel défaut d'organisation de l'entreprise qui empêcherait, par hypothèse, d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée. Ainsi, même s'il est vrai, comme le souligne un auteur (BUENO, FP 2014, 258, 261), qu'il n'est pas possible de retenir, avant toute enquête à ce sujet, que l'impossibilité d'imputer une infraction à une personne physique déterminée ne résulterait pas du défaut d'organisation de l'entreprise, il

n'en demeure pas moins que la survenance de la prescription éteignant l'action publique (art. 319 al. 1 lit. d CPP), aucune enquête ne saurait plus être ouverte ou poursuivie. On ne voit pas pourquoi il en irait autrement s'agissant des conditions d'imputation de la responsabilité pénale (subsidaire) de l'entreprise.

En revanche, si l'art. 102 al. 1 CP devait être considéré comme une infraction indépendante, propre à l'entreprise, le délai de prescription serait celui prévu pour les contraventions (3 ans, cf. art. 109 CP), voire celui applicable aux délits (7 ans selon l'art. 97 al. 1 lit. c aCP, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013). Selon cette approche, le comportement reproché à l'entreprise consisterait en l'omission de prendre les mesures organisationnelles nécessaires aux fins d'identifier les personnes physiques responsables au sein de l'entreprise, respectivement remédier à une situation contraire au droit. Partant, l'infraction relevant du délit continu, le délai de prescription ne commencerait à courir que le jour où l'entreprise aurait remédié au défaut d'organisation (NIGGLI/GFELLER, BSK Strafrecht I, art. 102 N 25, 47 et 50; HEINIGER, N 317; *contra* TRECHSEL/JEAN-RICHARD, StGB PK, art. 102 N 7c). NIGGLI/GFELLER nuancent toutefois leur propos, dans le cas où l'infraction de base serait déjà prescrite: dans cette hypothèse, la responsabilité de l'entreprise ne pourrait, d'après eux, plus être engagée selon l'art. 102 al. 1 CP, étant donné que l'impossibilité d'imputer l'infraction à une personne physique déterminée ne serait pas due à un défaut d'organisation de l'entreprise, mais résulterait de la prescription de l'infraction de base (NIGGLI/GFELLER, BSK Strafrecht I, art. 102 N 50 et 117).

Or, comme le souligne à juste titre le TF dans l'arrêt commenté (consid. 3.4.3), cette approche conduirait en pratique au *même résultat*, du point de vue de la prescription, que celle que nous préconisons, soit l'art. 102 CP comme norme d'imputation. En effet, on ne saurait occulter le fait que le défaut d'organisation retenu à charge de l'entreprise, même préexistant à l'infraction de base (et même s'il subsiste après la commission de celle-ci), n'est pénalement relevant que dans la mesure où il conduit, concrètement, à un «résultat», qui est l'impossibilité d'imputer l'infraction commise à une ou plusieurs personne(s) physique(s) déterminée(s). Le TF, examinant les conséquences juridiques de cette approche, en déduit logiquement que la prétendue infraction que constituerait l'art. 102 CP serait alors une infraction de situation («*Zustandsdelikt*»), pour laquelle le délai de prescription courrait dès la commission de l'infraction de base.

III. L'importance que le TF attache à l'infraction de base et le rôle qu'il lui reconnaît en matière de prescription, sous l'angle de l'art. 102 al. 1 CP, nous paraissent bien fondés.

Par ailleurs, quand bien même la nature juridique de la responsabilité envisagée par l'art. 102 CP reste ouverte et qu'il est en l'état difficile de préjuger de la solution qui sera un jour retenue par le TF à cet égard, l'arrêt 6B_7/2014 laisse néanmoins apparaître, selon nous, certaines des *faiblesses* de

la conception qui voit dans l'art. 102 al. 1 CP une infraction propre à l'entreprise.

Les incidences pratiques résultant de la qualification juridique de l'art. 102 al. 1 CP et, partant, de son degré de détachement par rapport à l'infraction de base, sont d'ailleurs multiples et dépassent le cadre de la prescription de l'action pénale. Les arguments qui en découlent viennent ainsi compléter ceux, plus fondamentaux, d'ores et déjà avancés par les tenants de l'approche qui voit dans l'art. 102 CP une norme d'imputation (nous renvoyons à cet égard aux ouvrages et contributions cités sous ch. II.1. *supra*).

Ainsi, s'agissant de la qualité pour recourir d'un tiers contre une décision relative à l'art. 102 al. 1 CP (p.ex. une ordonnance de classement), le TF relève dans l'arrêt 6B_7/2014 (consid. 1.2) – sans toutefois trancher la question – que l'intérêt juridique au recours pourrait éventuellement être admis si l'art. 102 al. 1 CP devait être interprété comme une norme d'imputation à l'entreprise d'une infraction de base. En revanche, le TF estime que l'on peut «[...] *sérieusement douter qu'une telle légitimation puisse être admise* [...]» si la norme devait être appréhendée comme une infraction de désorganisation, propre à l'entreprise, puisque dans cette hypothèse le bien juridiquement protégé serait l'administration de la justice (à ce sujet, voir par exemple KIM, Individuelle und kollektive Zurechnung, Bâle 2007, 205).

En outre, comme l'a marqué à juste titre l'*Obergericht* de Soleure dans sa décision du 5.11.2012 sus-évoquée, si l'art. 102 al. 1 CP devait être assimilé à une infraction de rang contraventionnel, le pouvoir d'examen de l'instance d'appel et les griefs susceptibles d'être invoqués par l'appelant seraient limités (art. 398 al. 4 CPP), ce qui ne paraît pas souhaitable, compte tenu de la diversité et de la gravité des infractions potentiellement imputables à l'entreprise.

Alain Macaluso, Docteur en droit, Professeur à l'Université de Lausanne, Avocat au Barreau de Genève
Andrew M. Garbarski, Docteur en droit, Avocat au Barreau de Genève

