

D'une non-condamnation par ordonnance pénale : l'affaire SICPA

Le droit suisse ne connaît aujourd'hui pas d'instrument de justice négociée du type *deferred prosecution agreement*, soit un mécanisme permettant au ministère public d'abandonner la poursuite moyennant le respect, par le prévenu, de certaines conditions. La pratique réclame depuis plusieurs années l'introduction d'un tel outil en matière de responsabilité pénale des entreprises. En attendant, procureurs et entreprise prévenue négocient dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale. Les entreprises concernées étant actives dans un contexte transnational, il est arrivé que le procureur en charge de l'affaire émette, aux côtés de l'ordonnance pénale, une « side letter » expliquant les termes et effets d'une telle décision. Cela a été le cas dans l'affaire « SICPA SA », condamnée en avril 2023 pour des faits de corruption. Or, la « side letter » du procureur publiée sur le site internet de l'entreprise édulcore largement le reproche pénal adressé à SICPA SA. L'objectif de la présente contribution est d'expliquer en quoi le contenu de ce document n'apparaît pas compatible avec la construction de la responsabilité pénale de l'entreprise et la notion d'ordonnance pénale en droit suisse.

I. Un courrier surprenant	80
II. La notion de <i>deferred prosecution agreement</i>	81
III. La nature de la responsabilité pénale de l'entreprise	81
1. Les conditions de la responsabilité	82
2. La nature de l'infraction reprochée à l'entreprise	82
3. La faute de l'entreprise	83
4. Synthèse	83
IV. Les effets d'une ordonnance pénale	83
V. Remarques conclusives	84

Citation:

KATIA VILLARD, D'une non-condamnation par ordonnance pénale : l'affaire SICPA, *sui generis* 2025, p. 79

Katia Villard, Professeure associée à l'Université de Genève.

L'autrice remercie chaleureusement M. Fabio Burgener, dr. en droit et avocat, de sa relecture attentive et de ses remarques avisées.

DOI : <https://doi.org/10.21257/sg.278>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Un courrier surprenant

- 1 Un communiqué de presse du Ministère public de la Confédération du 27 avril 2023 nous apprend que la multinationale suisse « SICPA SA [a été] condamnée pour responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption »¹. La formulation nous paraît maladroite². On condamne une personne – qu'elle soit physique ou morale – pour une infraction et non pas « pour responsabilité pénale en lien avec une infraction »³. Sur le fond cependant, ce n'est pas la première ni la dernière fois qu'une entreprise suisse est condamnée par ordonnance pénale pour corruption active d'agents publics étrangers, sur la base de l'art. 102 CP⁴ cum art. 322^{septies} al. 1 CP⁵.
- 2 On retient également du communiqué de presse que l'entreprise a déclaré renoncer à former opposition contre l'ordonnance pénale qui est donc entrée en force le jour même conformément à l'art. 437 al. 1 let b CPP⁶, ce qui signifie, en amont, que l'ordonnance pénale a fait l'objet de négociations (informelles) entre le procureur et la (défense de la) prévenue. Mais là encore, rien d'inhabituel. Certes, la procédure de l'ordonnance pénale n'a pas été conçue comme une procédure dite négociée⁷. A notre sens, le fait qu'elle soit utilisée comme telle ne consacre

cela étant pas, en soi, violation des dispositions relatives à cette procédure⁸. En effet, à partir du moment où les conditions pour le prononcé d'une ordonnance pénale sont réalisées⁹ et où la maxime d'instruction au sens de l'art. 6 CPP est respectée¹⁰, le code de procédure pénale ne s'oppose pas à ce que l'instruction se déroule dans une ambiance de consensus plutôt que d'affrontement.

Par ailleurs, l'entreprise a elle-même publié sur son site internet un communiqué de presse relatif à cette affaire¹¹. Dans celui-ci, SICPA SA se distancie de la condamnation – admise, selon elle, pour ne pas prolonger une déjà trop longue incertitude – et utilise pudiquement le terme « non éthique » plutôt que « pénal ». Mais là encore, la démarche ne sort pas de l'ordinaire. Faute d'accord formel, l'ordonnance pénale ne contient pas de clause à l'image de celle que l'on trouve dans les *deferred prosecution agreement* états-uniens et qui interdit à l'entreprise tout communiqué public contredisant les termes de l'accord¹².

Plus surprenante en revanche est la « lettre annexe » provenant du Ministère public de la Confédération (MPC), jointe au communiqué de presse de l'entreprise. Le document est rédigé (en allemand) sous forme de courrier et

1 Communiqué du Ministère public de la Confédération du 27 avril 2023 (SICPA SA condamnée pour responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption).

2 Elle est la même en allemand, le communiqué de presse étant libellé ainsi : « SICPA SA wegen strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Unternehmens im Zusammenhang mit Korruptionshandlungen verurteilt ».

3 Cette locution à notre sens peu heureuse n'est pas propre à l'affaire SICPA. La même formulation a par exemple été employée pour annoncer la condamnation de l'entreprise Gunvor : Communiqué du Ministère public de la Confédération du 1^{er} mars 2024 (GUNVOR SA condamnée pour sa responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption en Équateur).

4 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

5 On peut ainsi mentionner entre autres les condamnations d'Alstom Network Schweiz AG en 2011 (MPC, Ordonnance pénale du 22 novembre 2011, EAIL.04.0325-LEN), de Gunvor SA en 2019 et 2024 (MPC, Ordonnance pénale du 14 octobre 2019, SV.18.0958-SAG ; MPC, Ordonnance pénale du 1^{er} mars 2024, SV.210600-ROH), de trois filiales suisses de l'entreprise SBM Offshore en 2021 (MPC, Ordonnance pénale du 18 novembre 2021, SV.20.1217-MGR), de la société ABB Management Services SA (filiale du groupe ABB) en 2022 (MPC, Ordonnance pénale du 2 décembre 2022, SV.19.0984-POM) ou encore de l'entreprise Glencore en 2024 (MPC, Ordonnance pénale du 5 août 2024, SV.20.0632-RAM).

6 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0). Pour une discussion de cette possibilité de renoncer à faire opposition, MARC THOMMEN, *Kurzer Prozess – fairer Prozess ?*, Berne 2013, p. 116 ss.

7 GRÉGOIRE MÉGEVAND, *Accords hors procès avec des entreprises*, RPS 2023, p. 73 ; GWARDYS GILLIÉRON / MARTIN KILLIAS, in : Jeanneret / Kuhn / Perrier-Depeursinge, *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, 2^{ème} éd., Bâle 2019, art. 352 N 1 (cit. CR CPP-AUTEUR-E) ; MICHAEL DAPHINOFF, in : Niggli / Heer / Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 3^{ème} éd., Bâle 2023, art. 352-356 N 5 et 8 (BSK StGB-AUTEUR-E) ; cf. aussi Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 (FF 2006 1057), p. 1272 ss.

8 Dans le même sens, BSK StPO-DAPHINOFF, art. 352-356, N 33 s. Cet auteur se montre toutefois plus circonspect dans sa thèse, estimant que, de manière générale, des « accords cachés » ne devraient pas avoir lieu et ne seraient pas compatibles avec le principe selon lequel la peine doit être adaptée uniquement à la faute de l'auteur : MICHAEL DAPHINOFF, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zurich et al. 2012, p. 338 ; cf. aussi JAN WENK, *Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht*, Zurich 2024, p. 249. On objectera à cette position que la coopération du prévenu est un critère à prendre en considération à décharge dans la fixation de la peine (cf. p. ex. NICOLAS QUELOZ / LINDA MANTELLI-RODRIGUEZ, *Commentaire romand, Code pénal*, 2^{ème} éd., Bâle 2021, art. 47 N 78).

9 Sur ces conditions, cf. N 8 ss *infra*.

10 La doctrine admet qu'au regard des exigences d'efficacité de la procédure de l'ordonnance pénale, cette disposition peut revêtir une portée un peu plus limitée dans ce cadre (JAN WENK, § 17 *Strafbefehle im Unternehmensstrafverfahren*, in : Lehmkühl / Wohlers (édit.), *Unternehmensstrafrecht*, Bâle 2020, p. 409 s. ; DAPHINOFF (n. 8), p. 312 s. ; cf. aussi BSK StGB-RIEDO/FIOLKA, art. 6 N 37 ss. L'art. 6 CPP serait toutefois violé si l'autorité de poursuite pénale, dans le cadre des négociations, laissait tomber des pans de l'accusation initiale. Tel n'a toutefois, à notre connaissance, pas été le cas dans l'affaire qui nous occupe ni dans les autres affaires de responsabilité pénale de l'entreprise qui ont été clôturées par ordonnance pénale après une procédure consensuelle.

11 Communiqué de SICPA du 23 avril 2023 (SICPA Press Release About OAG).

12 Cf. p. ex. le *deferred prosecution agreement* entre le DOJ et l'entreprise Samsung Heavy Industries CO. LTD. du 22 novembre 2019, § 2 et 20, disponible dans le communiqué du Département de la Justice des États-Unis du 22 novembre 2019 (Samsung Heavy Industries Company Ltd Agrees to Pay \$75 Million in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery Case). Cf. aussi les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public française (mise à jour au 16 janvier 2023), p. 12 : « L'exécution de bonne foi de la CJIP par la personne morale suppose que [les qualifications pénales] ne fassent pas l'objet d'un dénigrement public de sa part ».

à la demande expresse, selon ses termes, de SICPASA elle-même. Il constitue une sorte de résumé de la procédure, expliqué par le MPC. C'est ainsi que ce dernier y indique reprocher à l'entreprise « de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher des violations de la loi par des collaborateurs et des consultants »¹³. Mais – continue le texte – « la responsabilité de l'entreprise ne signifie pas que SICPASA elle-même commise les infractions de base, ni qu'elle les voulait ou les ait acceptées »¹⁴. S'ensuivent des propos attestant de la complète et volontaire mise en conformité de l'entreprise sur le plan organisationnel et de la bonne coopération de celle-ci à la procédure, ainsi qu'une explication sur la peine prononcée. La déclaration se termine sur le constat que la Suisse ne connaît pas d'instrument du type *deferred prosecution agreement*, de sorte que l'ordonnance pénale apparaît le moyen le plus approprié pour clore la procédure. Elle n'implique toutefois – termine le courrier – « pas de reconnaissance de culpabilité de la part de SICPASA et il n'y a pas eu de condamnation par un tribunal »¹⁵.

- 5 Le contenu de cette déclaration apparaît problématique à deux égards. Premièrement, il édulcore le reproche pénal 1) en donnant l'impression que le comportement répréhensible réside dans une mauvaise organisation ayant conduit à une violation de la loi (le courrier omet d'ailleurs l'adjectif « pénale »); 2) en rappelant une évidence comme si cela n'en était pas une, à savoir qu'une entreprise ne peut, en elle-même, commettre une infraction avec conscience et volonté. Secondement, il présente l'ordonnance pénale comme un instrument différent de ce qu'elle est en réalité 1) en évoquant une mise en conformité de l'entreprise qui n'a toutefois pas pu être vérifiée; 2) en minimisant le caractère condamatoire de l'ordonnance pénale.
- 6 Le premier problème interroge la nature de la responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 102 CP (N 8 ss *infra*), le second les effets d'une ordonnance pénale (N 20 ss *infra*). Avant d'y venir, nous effectuerons un bref rappel de la notion de *deferred prosecution agreement* évoquée par le Ministère public de la Confédération dans son courrier.

13 Traduction libre de l'allemand : « Dieser Strafbefehl (...) beurteilte Vorfälle (...), in welchen SICPASA nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Massnahmen ergriffen hatte, um Gesetzesverstösse von Mitarbeitern und Beratern zu verhindern ».

14 Traduction libre de l'allemand : « Die Verantwortlichkeit des Unternehmens bedeutet nicht, dass SICPASA diese von ehemaligen Mitarbeitern oder Beratern begangenen Anlasstaten selbst begangen hat, noch diese gewollt oder in Kauf genommen hat ».

15 Traduction libre de l'allemand : « Mit diesem Strafbefehl ist kein Schuldgeständnis verbunden, noch erfolgte eine Beurteilung der SICPASA zur Last gelegten Sachverhalte durch ein Gericht ».

II. La notion de *deferred prosecution agreement*

Le *deferred prosecution agreement* est un instrument de justice pénale négociée parmi d'autres¹⁶. Techniquement, l'expression renvoie au type d'accord hors procès utilisé aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni. Dans la bouche des autorités (ou de la doctrine), elle ne vise pas strictement l'instrument tel que façonné par le droit anglais ou états-unien mais, de manière plus générale, un mécanisme qui permet la clôture d'une procédure pénale sans la condamnation (formelle) du prévenu, là où une procédure ordinaire veut aboutir à une telle condamnation. En substance, une procédure pénale est engagée mais ensuite suspendue pendant une certaine période durant laquelle le prévenu doit satisfaire aux conditions de l'accord (paiement d'une somme d'argent, mise en conformité sur le plan organisationnel si le prévenu est une entreprise, etc.)¹⁷. Si les exigences sont remplies, la procédure est « abandonnée » (« classée » selon la terminologie juridique suisse). Le mécanisme peut s'appliquer tant aux personnes physiques que morales, mais il est surtout thématiquement en lien avec la responsabilité pénale des entreprises et certains Etats le réserve aux entités collectives¹⁸.

III. La nature de la responsabilité pénale de l'entreprise

La responsabilité de l'entreprise pour les infractions commises en son sein est prévue à l'art. 102 CP, plus précisément à son al. 2 s'agissant d'infractions de corruption. Il n'est pas contesté qu'il s'agit d'une responsabilité « pénale »¹⁹.

16 Cf. pour un tour d'horizon de ce type d'accord, OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, 2020, p. 51 ss.

17 OCDE (n. 16), p. 57 ss. On notera en particulier que la France connaît depuis 2016 la Convention judiciaire d'intérêt public, mécanisme spécialement créé pour les affaires de corruption transnationale (cf. sur cette convention not. JEAN-FRANÇOIS BOHNERT, La convention judiciaire d'intérêt public à la croisée de la confidentialité et de la transparence, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité, Bâle 2024, p. 33 ss).

18 Par exemple, la Convention judiciaire d'intérêt public française ne s'applique qu'aux personnes morales; cf. de manière plus générale, OCDE (n. 16), p. 29.

19 Certains États, tels l'Allemagne ou l'Italie, répugnent à qualifier de pénale la responsabilité de l'entreprise pour les infractions commises en son sein et la considèrent comme une responsabilité (formelle) administrative même si celle-ci présente, matériellement, toutes les caractéristiques d'une responsabilité pénale. Cf. pour le droit italien le *Decreto legislativo* du 8 juin 2001 (n. 231) et, pour le droit allemand, l'art. 30 OWiG/D (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten du 24 mai 1968; OWiG).

1. Les conditions de la responsabilité

- 9 Les conditions de la responsabilité de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 2 CP sont au nombre de cinq : 1) la commission d'une infraction ; 2) la commission de l'infraction au sein de l'entreprise ; 3) la commission de l'infraction dans le cadre des activités commerciales de l'entreprise ; 4) un défaut d'organisation ; 5) un lien de causalité entre le défaut d'organisation et l'infraction commise.
- 10 La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise suppose la réalisation d'une infraction pénale par une personne physique, soit un acte typique et illicite. On rappelle que, selon la théorie finaliste qui prévaut en Suisse, intention et négligence font partie de la typicité, de sorte que l'élément subjectif doit également être vérifié²⁰. La culpabilité de l'individu n'a en revanche pas besoin d'être donnée. Pour que l'infraction puisse être considérée comme perpétrée au sein de l'entreprise, l'auteur physique doit entretenir un lien hiérarchique et organisationnel suffisant avec celle-ci. Ce sera typiquement le cas d'un employé, voire d'un consultant, l'élément déterminant étant le contrôle que l'entreprise peut, respectivement doit, exercer sur son agent²¹. Les faits doivent avoir été commis dans la conduite des affaires de l'entreprise. Finalement, l'accusation doit établir des manquements dans l'organisation de l'entreprise, lesquels doivent se trouver en lien de causalité (hypothétique) avec l'infraction.
- 11 En l'espèce, la procédure conduite par le Ministère public de la Confédération a, en substance, établi qu'au moins deux collaborateurs de l'entreprise ont corrompu des agents publics étrangers dans le cadre de l'octroi de trois marchés octroyés à SICPA SA au Brésil, en Colombie et au Venezuela²². L'un a d'ailleurs été condamné par ordonnance pénale du même jour²³. L'autre a visiblement été acquitté en deuxième instance par la justice brésilienne en juin 2022²⁴. Cet acquittement, qui semble au demeurant avoir été essentiellement motivé par des motifs procédu-

20 ATF 142 IV 333, consid. 4.1 et 5.1. Cf. pour des détails, KATIA VILLARD, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, Genève et al. 2017, N 537 ss.

21 Dans le même sens, ANDREAS DONATSCH / GUNHILD GODENZI / BRIGITTE TAG, Strafrecht I, 10^{ème} éd., Zurich et al. 2022, p. 414 ; MARCEL ALEXANDER NIGGLI / DIEGO R. GFELLER, in : Niggli/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4^{ème} éd., Bâle 2019, art. 102 N 65 ss (cit. BSK StGB-AUTEUR-E) ; VILLARD, (n. 20), N 551 et N 567.

22 Cf. MPC, Ordonnance pénale du 27 avril 2023, SV.141681-KOU, en particulier II.A.3.3, II.A.3.7, II.A.4.1, II.A.4.10 s., II.A.5.4, II.A.5.7 s. ; Communiqué du Ministère public de la Confédération du 27 avril 2023 (SICPA SA condamnée pour responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption).

23 MPC, Ordonnance pénale du 27 avril 2023, SV.141681-KOU.

24 MPC, Ordonnance pénale du 27 avril 2023, SV.141681-KOU, II.A.3.4 ; Article du journal « Gotham City » du 15 juin 2022 (Accusé de corruption, l'agent brésilien de SICPA est acquitté en appel).

raux²⁵, ne s'oppose pas (formellement) à la constatation, par un magistrat suisse, de la réalisation d'une infraction commise par le collaborateur acquitté. À notre sens toutefois, pour des motifs de cohérence matérielle, une brève motivation sur ce point dans l'ordonnance pénale eût été la bienvenue.

Quoi qu'il en soit, la condamnation de l'entreprise SICPA SA repose bel et bien sur l'établissement de faits constitutifs d'infractions pénales, que le Ministère public de la Confédération désigne, dans sa « lettre annexe », par l'euphémisme « violations de la loi ».

Quant aux mesures organisationnelles, l'ordonnance pénale souligne toute une série de manquements : « double casquette » du CEO, pas de fonction « gestion de risques », directives internes insuffisantes, création tardive d'un département « compliance » pas assez indépendant, processus pour le « whistleblowing » lacunaire, pas de contrôle des intermédiaires, etc.²⁶. Le lien de causalité ne pose ensuite guère de difficultés²⁷.

La réalisation des conditions de l'art. 102 al. 2 CP entraîne la reconnaissance de la responsabilité pénale de SICPA SA et la condamnation de celle-ci sur cette base.

2. La nature de l'infraction reprochée à l'entreprise

Depuis l'entrée en vigueur de la responsabilité pénale de l'entreprise en 2003, deux camps s'affrontent en doctrine s'agissant de la nature de cette norme. Certains auteurs considèrent l'art. 102 CP comme une infraction *sui generis* dite de « mauvaise organisation »²⁸. Dans cette conception, le comportement constitutif consiste – sous forme d'omission proprement dite – dans les lacunes organisationnelles et la réalisation de l'infraction par la personne physique constitue une condition objective de punissabilité. L'infraction est une contravention²⁹. D'autres auteurs, dont nous sommes, voient en l'art. 102 CP une norme d'imputation : l'infraction reprochée à l'entreprise est celle commise par l'individu – par exemple l'infraction de corruption – et elle peut être imputée à l'entreprise du

25 Cf. l'article du journal « Gotham City » du 15 juin 2022 (Accusé de corruption, l'agent brésilien de SICPA est acquitté en appel).

26 MPC, Ordonnance pénale du 27 avril 2023, SV.141681-KOU, II.B.7.

27 MPC, Ordonnance pénale du 27 avril 2023, SV.141681-KOU, II.B.8.

28 Not. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 18 ss, en particulier N 51 ; MARCEL ALEXANDER NIGGLI / STEFAN MAEDER, § 8 Unternehmensstrafrecht, in : Ackermann (édit.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2^{ème} éd., Berne 2021, N 18 ss ; MATTHIAS HEINIGER, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 CP, Berne 2011, N 270.

29 BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102 N 35 ss, en particulier N 51 ; NIGGLI/MAEDER (n. 28), N 32 ; *contra* HEINIGER (n. 28), N 307, qui qualifie l'art. 102 CP de délit.

fait de la mauvaise organisation de celle-ci³⁰. Le débat a déjà suffisamment été thématiquement pour que nous nous gardions de le dérouler une fois de plus et nous renvoyons aux contributions idoines sur le sujet³¹.

- 16 On soulignera en revanche que le Tribunal fédéral a finalement tranché : s'il a tout d'abord penché en faveur de l'infraction *sui generis*³², il s'est, quelques années plus tard, rallié à l'approche de la norme d'imputation³³.
- 17 La formulation choisie dans le courrier annexe du Ministère public de la Confédération apparaît dès lors réductrice. SICPA SA n'a pas été condamnée pour des lacunes organisationnelles ayant permis les actes corruptifs. Elle l'a été pour corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP), reproche pénal qui peut lui être fait en raison de son défaut d'organisation. Cette dernière condition ne constitue donc pas, comme on va le voir dans les lignes qui suivent, le comportement constitutif de l'infraction mais la « faute » de l'entreprise.

3. La faute de l'entreprise

- 18 L'avènement de la responsabilité pénale de l'entreprise ne s'est pas effectué sans heurts, car il fallait composer avec les principes fondateurs du droit pénal, en particulier la conception que le droit pénal doit être fondé sur une faute et que l'on ne saurait répondre du fait d'autrui³⁴. Or – c'est indéniable – l'entité abstraite qu'est l'entreprise ne peut, physiquement, commettre elle-même un acte pénalement répréhensible. Sa responsabilité doit donc nécessairement se baser sur les faits et gestes d'un individu. A noter que la construction est également connue en matière de responsabilité individuelle, lorsqu'il s'agit de reprocher au chef d'entreprise les manquements commis par ses subordonnées³⁵. De même, une entité abstraite

30 Not. GÜNTER ARZT, Die kommende Strafbarkeit der Bank als juristischer Person, in : Wiegand (édit.), Banken und Bankrecht im Wandel, Berne 2004, p. 82 ; ALAIN MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genève et al. 2004, N 508 ss ; ALAIN MACALUSO / ANDREW M. GARBARSKI, L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, PJA 2019, p. 194 ss ; URSULA CASSANI, Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise, in : Chappuis/Winiger (édit.), Responsabilité civile – Responsabilité pénale, Genève 2015, p. 118 s. ; VILLARD (n. 20), N 516 ss ; WENK (n. 8), p. 33 ss.

31 Voir *supra* (n. 28 et 30).

32 ATF 142 IV 333, consid. 4.1s. Pour une critique de cette décision, VILLARD (n. 20), N 511 ss.

33 ATF 146 IV 68, consid. 2.3s. Rappelé dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2020 du 16 novembre 2022, consid. 8. Pour une critique de l'ATF 146 IV 68, NIGGLI/MAEDER (n. 28), N 27 s.

34 Cf., sur le développement, en général, de la responsabilité pénale de l'entreprise et les critiques qui lui ont été opposées, GUY STESENS, Corporate Criminal Liability : A comparative Perspective, The International et Comparative Law Quarterly 1994, p. 494 ss.

35 Cf. not., sur cette figure juridique, URSULA CASSANI / KATIA VILLARD, Droit pénal économique, 2^{ème} éd., Bâle 2025, N 2.62 ss ; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, § 4 Tatbestandsmässigkeit, in : Ackermann (édit.),

est dépourvue de conscience et de volonté propres. L'écueil a été contourné par certains ordres juridiques qui basent la responsabilité de l'entreprise sur la position, dans l'entreprise, de l'auteur physique de l'infraction. Celle-ci doit avoir été commise par un dirigeant, dont l'acte et la volonté sont réputés être ceux de l'entreprise elle-même. Un parallèle peut être effectué avec le droit civil suisse, qui, conformément à l'art. 55 al. 2 CC³⁶, rend la société responsable des actes – notamment les actes illicites – de ses organes. Le législateur suisse a choisi une autre voie : la responsabilité de l'entreprise n'est pas limitée aux actes de ses dirigeants et s'étend à ceux commis par n'importe lequel de ses agents ; en revanche, la punissabilité est subordonnée à une « faute » propre de celle-ci, à savoir ses lacunes organisationnelles. Le défaut d'organisation constitue ainsi – sous la plume du Conseil fédéral – le critère d'imputabilité pour éviter l'introduction d'une responsabilité causale de l'entreprise, incompatible avec les principes généraux du droit pénal³⁷.

4. Synthèse

Effectivement, les lois de la nature font qu'une entité abstraite, ne peut – volontairement qui plus est – serrer la main d'un agent public étranger en conclusion du pacte corruptif. En d'autres termes, une entreprise ne peut elle-même commettre et vouloir un comportement constitutif d'une infraction pénale. Il n'en demeure pas moins que l'entreprise est un sujet de droit pénal à part entière, à laquelle on reproche la commission d'une infraction au même titre qu'une personne physique. C'est précisément le but de l'introduction, dans les ordres juridiques nationaux, des normes prévoyant la responsabilité pénale des entités collectives. En droit suisse, cette responsabilité s'articule, en matière de corruption, autour de la commission d'une infraction de ce type par un agent de l'entreprise, rendue possible en raison des carences organisationnelles de celle-ci.

IV. Les effets d'une ordonnance pénale

L'ordonnance pénale est une procédure sommaire qui permet de faire l'économie d'un procès public³⁸. Elle ne peut être rendue, à teneur de la loi, que si le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que la peine

Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2^{ème} éd., Berne 2021, N 86 ss ; FABIO BURGNER, La responsabilité pénale du chef d'entreprise, RPS 2015, p. 368 ss.

36 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

37 Message 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 du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 (FF 1999 II 1787), p. 1946 s.

38 CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, art. 352 N 2.

prononcée est une amende, une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté de six mois au plus (art. 352 al. 1 CPP). Une confiscation (art. 69, 70 ou 72 CP), respectivement une créance compensatrice (art. 71 CP), peut être prononcée en sus (art. 352 al. 2 CPP). L'écrasante majorité des procédures se termine par voie d'ordonnance pénale³⁹. Dans la mesure où le processus, en tant que tel, ne respecte pas les exigences de l'art. 6 CEDH⁴⁰ faute de débats publics et de tribunal indépendant et impartial, l'ordonnance pénale est décrite comme une proposition de jugement, à laquelle le prévenu peut s'opposer sans motivation (art. 354 al. 1 let. a et al. 2 CPP)⁴¹. L'opposition permet de déférer le cas devant un tribunal, dans le respect, cette fois, des garanties fondamentales de procédure (art. 356 al. 1 CPP). En cas d'absence d'opposition, l'art. 354 al. 3 CPP prévoit que « l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force ».

- 21 Comme indiqué en introduction, l'ordonnance pénale n'a pas été conçue comme un instrument consensuel. Elle n'est d'ailleurs pas non plus destinée aux procédures complexes⁴². C'est la procédure simplifiée des art. 358 à 362 CPP qui a été pensée comme un mode de justice négociée⁴³, notamment dans les affaires de criminalité économique complexes⁴⁴. Mais la procédure simplifiée requiert la ratification de l'accord trouvé entre le Ministère public et le prévenu par un tribunal, dans le cadre d'un procès public (art. 361 et 362 CPP).
- 22 Dans le domaine de la responsabilité pénale de l'entreprise, la pratique lui a donc préféré la plus discrète procédure de l'ordonnance pénale, qui n'est pas soumise à intervention judiciaire⁴⁵. Les audiences d'instruction se

39 ANDRÉ KUHN / LÉA BERGER-KOLOPP, Regard criminologique sur l'ordonnance pénale, in : Bohnet/Dupont/Kuhn (éd.), Dix ans de Code de procédure pénale, Bâle 2020, N 2; CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, art. 352 N 3; BSK StPO-DAPHINOFF, art. 352-356 N 5 et 8; MARC THOMMEN, Der Staatsanwalt als Richter, Zurich 2025, p. 11 s.

40 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS O.101).

41 Cf. not. ATF 149 IV 9, consid. 7.1; THOMMEN (n. 6), p. 42; KUHN/BERGER-KOLOPP (n. 39), N 19 s. Pour une critique de cette qualification au regard du faible taux d'opposition à l'ordonnance pénale, THOMMEN (n. 39), p. 12.

42 WENK (n. 8), p. 248.

43 Cf. not. GÉRARD PIQUERETZ / ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3^{ème} éd., Genève et al. 2011, N 1577.

44 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (n. 7), p. 1279.

45 Quelques procédures ont également été négociées sur la base de l'art. 53 CP qui, au contraire, de l'ordonnance pénale se termine par le classement de la procédure. L'une des conditions de cette disposition est toutefois que l'intérêt public à la poursuite pénale soit peu important. Or, le Ministère public de la Confédération, à la suite de critiques de l'OCDE, a arrêté d'appliquer cette disposition dans le cadre des procédures pénales ouvertes contre des entreprises pour corruption d'agents publics étrangers, dès lors que, dans le cadre de ces affaires, l'intérêt à la poursuite pénale ne peut pas être considéré comme de peu d'importance (cf. Organisation de coopération et de

transforment ainsi, à tout le moins partiellement, en négociations informelles et l'ordonnance pénale devient *de facto* un instrument de justice négociée⁴⁶. Faute de base légale en droit suisse, ces négociations ne sont en revanche pas accompagnées d'un processus de *monitoring* qui permettrait au Ministère public de la Confédération d'affirmer, comme il le fait dans sa « lettre annexe », que l'entreprise a, depuis la commission de l'infraction, pallié les carences organisationnelles constatées. Ensuite, toute transigée qu'elle ait été, la procédure de l'ordonnance pénale aboutit nécessairement, à l'instar d'ailleurs de la procédure simplifiée, à une condamnation pénale (au contraire d'une procédure ordinaire d'ailleurs qui peut évidemment se terminer par un acquittement). En l'espèce, SICPA SA a été reconnue coupable et condamnée à une amende d'un million de francs suisses, ce qui constitue une peine⁴⁷.

Une ordonnance pénale, pas plus qu'un jugement d'un tribunal, n'implique de reconnaissance (formelle) de culpabilité de la part du prévenu, qui doit tout au plus, selon l'une des conditions alternatives de l'art. 352 al. 1 CPP, avoir admis les faits. Elle suppose en revanche une reconnaissance judiciaire de culpabilité, au même titre qu'un jugement.

V. Remarques conclusives

Le Ministère public de la Confédération⁴⁸ et les avocats⁴⁹ 24 réclament instamment, depuis plusieurs années déjà, l'introduction, en droit suisse, d'un réel instrument de justice négociée destiné aux procédures pénales contre

développements économiques (OCDE), La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de phase 4 : Suisse, 2018, p. 41 ss; Ministère public de la Confédération, Rapport de gestion 2017, p. 8). Cf. aussi SONJA PFLAUM, Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung, GesKR 2019, p. 118 ss.

46 Cf. MÉGEVAND (n. 7), p. 72 ss; STEFAN BLÄTTLER / MARIA SCHNEBLI, La poursuite pénale efficace en Suisse en matière de corruption internationale, in : Capus/Hohl Zürcher (éd.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité, Bâle 2024, N 23; THOMMEN (n. 39), p. 64 s.

47 Cf. le dispositif de l'ordonnance pénale du 27 avril 2023, SV.14.681-KOU. Une créance compensatrice de 80 millions de francs a également été prononcée à son encontre, mais cette sanction, au contraire de l'amende, ne démontre pas encore qu'il y a eu condamnation pénale puisqu'elle peut être prononcée y compris en cas de classement (art. 320 al. 2, ph. 2 CPP) ou d'acquiescement, ou encore contre un tiers (art. 71 al. 1, ph. 2 CP).

48 Cf. les rapports de gestion du Ministère public de la Confédération 2024, p. 3; 2023, p. 12 s.; 2022, p. 11 s.; BLÄTTLER/SCHNEBLI (n. 46), N 54.

49 Cf. la prise de position, de la Fédération suisse des avocats dans le cadre de la révision du Code de procédure pénale entrée en vigueur en 2024, p. 209 du document consolidé; CLAUDIA GÖTZ STAEHELIN / SAVERIO LEMBO, Transparency in Cross-Border Corruption Cases – From Investigation to Disclosure and Resolution, in : Capus/Hohl Zürcher (éd.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité, Bâle 2024, N 44 ss.

les entreprises, à l'image du *deferred prosecution agreement* états-unien ou de la convention judiciaire d'intérêt public française. Une tentative a été effectuée à l'occasion de la révision du code de procédure pénale, mais le Conseil fédéral n'a pas suivi⁵⁰.

25 L'un des principaux attraits, pour l'entreprise prévenue, d'un tel outil est l'abandon des poursuites si celle-ci satisfait aux exigences de l'accord, notamment le paiement d'un certain montant⁵¹. Ainsi, l'entreprise ne se retrouve pas *in fine* avec une reconnaissance formelle de culpabilité, susceptible d'aggraver encore le dommage réputationnel que l'ouverture d'une procédure pénale peut engendrer, de lui fermer l'accès à certains marchés, etc.⁵². On pourrait objecter que, pour qui sait lire entre les lignes, un tel accord n'est guère différent d'une reconnaissance formelle de culpabilité s'agissant des qualifications pénales faisant l'objet de la transaction. Toutefois, dans la

50 Cf. la prise de position du Ministère public de la Confédération dans le cadre de la révision du Code de procédure pénale suisse entrée en vigueur en juillet 2024 : « Revision der Strafprozessordnung (StPO) : Aufschiebung der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU) », p. 39 ss du document consolidé ; Message concernant la modification du code de procédure pénale du Conseil fédéral du 28 août 2019 (FF 2019 6351), p. 6376.

51 Sur le plan de la sanction, l'entreprise n'est donc pas nécessairement mieux traitée dans le cadre d'un accord, la somme d'argent à payer dans ce contexte pouvant correspondre matériellement parlant à une amende à laquelle devrait s'ajouter l'absorption des profits illicitement acquis (cf. p. ex. les lignes directrices (n. 12), p. 13, selon lesquelles l'amende d'intérêt public couvre le montant des avantages tirés, additionné à une somme d'argent dite « afflictive »).

52 GÖTZ STAEBELIN/LEMBO (n. 49), N 44 ; BLÄTTLER/SCHNEBLI (n. 46), N 24. Ce sont les dispositions nationales idoines qui décident si l'exclusion de certains marchés doit être subordonnée à une reconnaissance formelle de culpabilité. Par exemple, en droit suisse, l'art. 44 al. 1 let. e LMP (Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 [LMP ; RS 172.056.1]) prévoit qu'un soumissionnaire peut être exclu d'une procédure d'adjudication s'il a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption. L'application de cette disposition ne suppose pas une condamnation entrée en force et même la violation de normes extra-pénales peut la justifier (Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du Conseil fédéral du 15 février 2017 [FF 2017 1695], p. 1807).

mesure où cette distinction apparaît essentielle pour l'entreprise, force est de lui reconnaître son importance.

Dans ce cadre, c'est, évidemment, dans l'optique d'atténuer les effets de la condamnation de SICPA SA que le Ministère public de la Confédération a rédigé sa lettre annexe, dans laquelle il édulcore le reproche pénal adressé à l'entreprise.

Le procédé ne nous paraît toutefois pas admissible. Tant que le législateur n'aura pas décidé de l'introduction d'un instrument de justice négociée et des conditions de sa mise en œuvre⁵³, les autorités pénales doivent composer avec les outils qu'elles ont à disposition, les appliquer correctement, et assumer leurs effets.

Si le Ministère public de la Confédération a prononcé une ordonnance pénale à l'encontre de SICPA SA, c'est qu'il a considéré que les conditions d'un reproche pénal étaient réalisées : l'entreprise doit se voir imputer les infractions de corruption commises par ses agents, conformément aux art. 102 al. 2 et 322^{septies} al. 1 CP. La conséquence est une reconnaissance formelle de culpabilité, assortie du prononcé d'une peine⁵⁴. La décision rendue vaut jugement. Le Ministère public de la Confédération ne peut pas dire autre chose.

53 Cf. le postulat n°25.3028 déposé en début d'année par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, qui charge le gouvernement « d'examiner, en collaboration avec les autorités de poursuite pénale, les tribunaux, les avocats et avocates, ainsi que les milieux économiques et scientifiques, quels seraient les avantages et les inconvénients de l'introduction de l'instrument de l'accord de poursuite différée (« *deferred prosecution agreement* ») pour les entreprises mises en cause, et de présenter les résultats de cet examen dans un rapport ».

54 On rappellera ici qu'il n'y a pas en Suisse de casier judiciaire pour les entreprises, l'introduction d'un tel casier ayant été refusée par le Parlement. Pour une critique de cette situation, cf. not. CASSANI/VILLARD (n. 35), N 3.101 ; NORA MARWALDER, Warum braucht es ein Strafregister für Unternehmen ?, in : Jeanneret/Sträuli (édit.), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Zurich 2021, p. 257 ss.

Abstract

Das Schweizer Recht kennt derzeit kein Instrument der verhandelten Justiz vom Typ «Deferred Prosecution Agreement», also einen Mechanismus, der es der Staatsanwaltschaft ermöglicht, die Strafverfolgung einzustellen, wenn der Beschuldigte bestimmte Bedingungen erfüllt. In der Praxis wird seit mehreren Jahren die Einführung eines solchen Instruments im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen gefordert. In der Zwischenzeit verhandeln Staatsanwälte und beschuldigte Unternehmen im Rahmen des Strafbefehlsverfahrens. Da die betroffenen Unternehmen in einem transnationalen Kontext tätig sind, käme es vor,

dass die zuständige Staatsanwaltschaft neben dem Strafbefehl in einem «Side Letter» die Bedingungen und Auswirkungen einer solchen Entscheidung erläutert. Dies war der Fall bei SICPA SA, die im April 2023 wegen Korruptionshandlungen verurteilt wurde. Der auf der Website des Unternehmens veröffentlichte «Side Letter» des Staatsanwalts mildert jedoch den strafrechtlichen Vorwurf gegen SICPA SA erheblich ab. Ziel dieses Beitrags ist es, zu erläutern, warum der Inhalt dieses Dokuments nicht mit der Konstruktion der strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmens und dem Begriff des Strafbefehls im Schweizer Recht vereinbar ist.