

Solutions négociées en droit pénal économique

Dr. Jean-Baptiste Maillart, LL.M.
Avocat

Genève, 17 février 2025

Conférence organisée par le Jeune Barreau de l'Ordre des avocats de Genève



Plan de la conférence

1. Les risques et inconvénients des procédures complexes et transnationales de droit pénal économique
2. L'art. 53 CP
3. L'ordonnance pénale négociée
4. La procédure simplifiée
5. Les limites et faiblesses du système transactionnel suisse: vers un nouvel outil ?
6. Incursion en droit français: la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)
7. Conclusion

1. Les risques et inconvénients des procédures complexes et transnationales de droit pénal économique

1. Du point de vue de l'autorité de poursuite

- Procédures longues et onéreuses
- Manque de ressources à disposition
- Limites de l'entraide judiciaire internationale
- Moyens de défense importants à disposition des entreprises
- Prescription

2. Du point de vue de l'entreprise prévenue

- Condamnation pénale et conséquences réputationnelles et économiques
- Incertitude quant au résultat en cas de procès
- Publicité des débats et du jugement (30 Cst ; 69 al. 1 CPP)
- Perturbations opérationnelles et impact sur la gouvernance
- Frais de défense

2. L'art. 53 CP

1. Les conditions de mise en œuvre

*« Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente **renonce** à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine:*

a. s'il encourt une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende;

b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants, et

c. si l'auteur a admis les faits »

2. L'art. 53 CP

1. Les conditions de mise en œuvre

- a. **L'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort causé**
- En règle générale: paiement d'une somme d'argent visant à compenser le tort causé
 - L'acquiescement du lésé à la réparation n'est pas requis (ATF 136 IV 41 = JdT 2011 IV 235, c. 1.2.2)
 - Qualité pour recourir de la partie plaignante contre une ordonnance de classement sur la question de la culpabilité de l'auteur, laquelle peut avoir une influence sur ses conclusions civiles, que la partie plaignante les ait fait valoir ou non (art. 382 al. 1 CPP ; ATF 139 IV 78, c. 3.3.3)
 - Paiement symbolique ou à une oeuvre caritative possible
 - Proportionnalité requise entre la réparation et la gravité de l'acte et ses conséquences

2. L'art. 53 CP

1. Les conditions de mise en œuvre

b. La peine envisagée est une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende

- Personnes physiques: la condition du sursis doit être remplie, ce qui suppose qu'une peine ferme ne paraisse pas nécessaire pour détourner l'auteur de la commission d'autres crimes ou délits (42 al. 1, 2e phr. CP) et que l'auteur n'ait pas été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de plus de six mois dans les cinq ans qui précèdent, sauf en cas de circonstances particulièrement favorables (2 al. 2 CP)
- Entreprises: le besoin de prévention de la récidive doit être évalué à la lumière des mesures mises en œuvre par l'entreprise pour remédier aux circonstances ayant mené à la commission des infractions en cause

2. L'art. 53 CP

1. Les conditions de mise en œuvre

c. L'intérêt public à la poursuite pénale est peu important

- Notamment pris en compte en l'absence de lésé
- L'intérêt public peut être pris en compte malgré le dédommagement intégral de la partie plaignante
- L'intérêt public à la poursuite pénale diminue au fur et à mesure de l'écoulement du temps depuis la commission de l'infraction (ATF 135 IV 12, c. 3.6)

2. L'art. 53 CP

- 1. Les conditions de mise en œuvre**
- d. L'intérêt du lésé à la poursuite est peu important**

2. L'art. 53 CP

1. Les conditions de mise en œuvre

e. L'auteur a admis les faits

2. L'art. 53 CP

2. Les effets

- a. **Classement de la procédure (319 al. 1 let. e cum 8 al. 1 et 4 CPP) = acquittement (320 al. 4 CPP)**
- b. **Ne bis in idem (11 al. 1 CPP)**
- c. **Reprise de la procédure à des conditions restrictives (323 CPP)**
 - *« Le ministère public ordonne la reprise d'une procédure préliminaire close par une ordonnance de classement entrée en force s'il a connaissance de nouveaux moyens de preuves ou de faits nouveaux qui remplissent les conditions suivantes: a. ils révèlent une responsabilité pénale du prévenu; b. ils ne ressortent pas du dossier antérieur. »*
 - Les faits nouveaux peuvent porter sur la réparation du dommage (TF 6B_512/2012 du 30 avril 2013, c. 1.4.2)
- d. **Frais de la procédure à la charge du prévenu (426 al. 2 CPP; ATF 144 IV 202, c. 2.3)**

2. L'art. 53 CP

3. La publicité (GE)

- § 13: « *Sauf si un intérêt public ou privé prépondérant digne de protection s'y oppose, **les personnes intéressées qui se prévalent d'un intérêt légitime et les journalistes** peuvent avoir accès à une ordonnance de classement, une ordonnance de non entrée en matière ou une ordonnance pénale **rendue depuis moins de 5 ans, y compris si l'ordonnance n'est pas définitive** (cf. art. 14 RADPJ ; ATF 147 I 407 et arrêt 1B_103/2021 du 4 mars 2022) »*
- § 13.1: « *Les journalistes accrédités reçoivent une copie des ordonnances, sans frais. Les autres journalistes et les autres personnes intéressées reçoivent une copie des ordonnances moyennant paiement des frais de copie »*
- § 13.2: « ***Les journalistes accrédités reçoivent une copie des ordonnances non caviardées. Les journalistes non accrédités reçoivent une copie qui peut être caviardée. Les autres personnes intéressées reçoivent une copie des ordonnances caviardées** »*

(Directive du Procureur général A.7 – Communication et relations avec les médias (12 février 2013))

2. L'art. 53 CP

4. Le refus du MPC d'appliquer l'art. 53 CP

... ce qui n'a pas toujours été le cas:

- Alstom SA (2011; CHF 1 million versé en faveur du CICR)
- Banque cantonale des Grisons (2012; EUR 21 millions versés en faveur du lésé)

2. L'art. 53 CP

4. Le refus du MPC d'appliquer l'art. 53 CP

*« L'analyse, le traitement et la clôture d'un ensemble concret d'affaires dans le domaine de la responsabilité pénale de l'entreprise ont mis en évidence – par substitution – que **la nouvelle pratique du MPC qui consistait à libérer de toute peine en cas de réparation selon l'art. 53 CP ne devait en principe plus être appliquée pour des entreprises actives au plan transnational.** A cet égard, le MPC a considéré que **l'intérêt du public à la poursuite du prévenu, le principe procédural de l'examen d'office et le fait d'éviter l'apparence d'un « commerce d'indulgences » dans de telles constellations devait avoir une plus grande pondération que le fait qu'une entreprise concernée avait déposé une dénonciation spontanée.***

L'élément de la dénonciation spontanée ainsi que la collaboration active apportée dès le début, l'aide totale pour le traitement, la mise en application de mesures concrètes pour empêcher les lacunes découvertes dans l'organisation et tout particulièrement la capacité économique de l'entreprise ont été spécialement pris en compte dans le cadre des critères pertinents pour la fixation de la peine »

(Rapport de gestion du MPC 2017, p. 8)

2. L'art. 53 CP

4. Le refus du MPC d'appliquer l'art. 53 CP

*"The examiners recommend that Switzerland ensure that the law enforcement authorities **do not have recourse to article 53 CC in foreign bribery cases.**"*

(Switzerland's Phase 4 Monitoring Report, OECD (10 October 2018, p. 42)

2. L'art. 53 CP

5. Casuistique genevoise

- **HSBC** (2015; CHF 40 millions versés en faveur de l'Etat de Genève)
 - **Addax** (2017; CHF 31 millions versés en faveur de l'Etat de Genève)
- Motion « *Pour une juste utilisation des montants versés par HSBC Private Bank (Switzerland) SA et Addax Petroleum Ltd à l'État de Genève, et de tout autre montant saisi ou versé par des prévenus au titre de réparation du dommage* » déposée le 2 juin 2020 par-devant le Grand Conseil (rejetée)

3. L'ordonnance pénale négociée

- Célérité
- Réduction des coûts
- Publicité réduite

3. L'ordonnance pénale négociée

1. Les conditions de mise en œuvre (352 CPP)

a. L'admission des faits

*« La **condition sine qua non** pour rendre une ordonnance pénale est l'admission des faits par l'entreprise. Si tel n'est pas le cas, il est préférable d'éviter l'étape inutile de l'ordonnance pénale, qui sera frappée d'opposition, et de privilégier la voie judiciaire, en renvoyant l'entreprise en accusation devant le tribunal »*

(S. Blättler / M. Schebli, « La poursuite pénale efficace en Suisse dans le contexte d'enquêtes de corruption internationale – un acte de balance entre le secret de l'instruction et la transparence envers le public », *in* La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité, 2024, N 22)

b. **La peine envisagée est une peine privative de liberté de six mois au plus, une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ou une amende (+ éventuellement confiscation/créance compensatrice)**

+ contenu de l'ordonnance pénale conforme aux exigences de 353 CPP

3. L'ordonnance pénale négociée

2. Les effets

a. Condamnation pénale

b. Pas d'opposition

c. *Ne bis in idem* (11 al. 1 CPP)

3. L'ordonnance pénale négociée

3. La publicité

- Caractère non public de la procédure de l'ordonnance pénale (69 al. 3 CPP)
- Les « *personnes intéressées* » peuvent consulter les ordonnances pénales (69 al. 2 CPP); pas besoin d'un intérêt digne de protection

3. L'ordonnance pénale négociée

3. La publicité (MPC)

- « *La consultation est autorisée durant **quatre semaines** à partir de l'inscription sur la liste du dépôt public. Une liste actualisée des ordonnances consultables est établie chaque semaine. **Lors de la consultation sur place, l'ordonnance pénale n'est en règle générale pas anonymisée.** Aucune copie n'est fournie pendant la consultation et les enregistrements personnels (par ex. photographies) ne sont pas autorisés. **Après la consultation et sur demande écrite, des copies ne sont transmises que sous une forme anonymisée** »*
- « *Il ne découle toutefois pas du principe de la publicité un droit général et illimité des tiers non parties à la procédure de consulter les ordonnances pénales et les ordonnance de classement et de non-entrée en matière du MPC. Il convient de procéder à la **pesée des intérêts** entre celui de la personne qui demande la consultation et celui des autorités de justice au maintien du secret, ainsi que celui des tiers concernés. Ainsi, les demandes de consultation ne doivent pas mettre en danger le bon fonctionnement de la justice pénale. Il appartient au MPC de procéder à cette pesée des intérêts dans le cas concret. **Si des intérêts particuliers au maintien du secret s'opposent à une consultation, cela sera communiqué par le MPC à la personne ayant effectué la demande dans le cadre de la requête de consultation** »*

(Extrait du site internet du MPC)

3. L'ordonnance pénale négociée

3. La publicité (GE)

- § 11: « *Les ordonnances pénales rendues au cours des 30 derniers jours, y compris celles qui ne sont pas définitives, sont consultables par les personnes intéressées (art. 69 al. 2 CPP), à savoir les particuliers et les journalistes* »
- § 12.2: « *Sur demande, les journalistes accrédités reçoivent une copie des ordonnances pénales, sans frais. Les autres journalistes et les autres personnes intéressées reçoivent une copie des ordonnances moyennant paiement des frais de copie* »
- § 12.3: « *Les journalistes accrédités reçoivent une copie des ordonnances pénales non caviardées. Les journalistes non accrédités reçoivent une copie qui peut être caviardée. Les autres personnes intéressées reçoivent une copie des ordonnances caviardées* »

(Directive du Procureur général A.7 – Communication et relations avec les médias (12 février 2013))

3. L'ordonnance pénale négociée

3. La publicité

- Communiqué de presse du MPC
- Communiqué de presse de l'entreprise concernée
- *Side letter*

3. L'ordonnance pénale négociée

4. Le droit d'opposition de la partie plaignante (aCPP)

- 354 al. 1 let. b aCPP: « *Peuvent former opposition contre l'ordonnance pénale devant le ministère public, par écrit et dans les dix jours: (...) b) les autres personnes concernées* »
- ATF 141 IV 231: exigence pour la partie plaignante d'un intérêt juridique au sens de 382 al. 1 CPP à l'annulation ou à la modification de l'ordonnance pénale

3. L'ordonnance pénale négociée

4. Le droit d'opposition de la partie plaignante (nCPP)

- 354 al. 1 let. a^{bis} nCPP: « *Peuvent former opposition contre l'ordonnance pénale devant le ministère public, par écrit et dans les dix jours: (...) a^{bis}) la partie plaignante* »
- 354 al. 1^{bis} nCPP: « *La partie plaignante ne peut pas former opposition contre la sanction prononcée dans l'ordonnance pénale* »
- « *[L]e projet propose de consacrer dans la loi la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la légitimation de la partie plaignante à faire opposition. L'autorité judiciaire suprême légitimera la partie plaignante dans ce sens lorsque celle-ci a qualité pour recourir au sens de l'art. 382, al. 1, CPP (art. 354, al. 1, let. bbis, et 1ter)* » (Message du Conseil fédéral, FF 2019 6351, 6370).
- « *[L]e renvoi à l'art. 382 CPP n'a plus de raison d'être et la position de la partie plaignante s'en trouve renforcée. **Comme le prévenu, elle peut former opposition (à la seule exception de la sanction infligée, art. 354 al. 1 CPP), sans devoir prouver, comme c'était le cas auparavant, un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de l'ordonnance pénale*** » (SK.2024.8 du 6 septembre 2024, consid. 9.1.1)
- BB.2024.122 du 11 novembre 2024

4. La procédure simplifiée

« En raison de la criminalité économique, il est à craindre que les autorités de poursuite pénale soient de plus en plus surchargées. En effet, dans ce domaine, les affaires sont complexes, exigent d'abondants moyens de preuves et, parfois, manquent de clarté sur le plan juridique. **Cette situation devrait avoir pour incidence de renforcer la tendance et d'accroître la propension des dites autorités à passer des conventions, même en l'absence de bases légales, aux fins de simplifier la procédure.** Le Conseil fédéral estime qu'il est plus correct de créer les normes légales permettant de passer de telles conventions et, partant, d'éliminer les « zones grises » (pour ne pas dire noires) en la matière que de tolérer le recours à de tels procédés en l'absence de bases légales. »

(Message du Conseil fédéral, FF 2006 1057, 1279)

4. La procédure simplifiée

- a. La procédure est engagée à la demande du prévenu avant la mise en accusation**
- b. Le prévenu a reconnu les faits déterminants pour l'appréciation juridique**
- c. Le prévenu a reconnu les prétentions civiles au moins dans leur principe**
- d. Le ministère public ne requiert pas une peine privative de liberté supérieure à cinq ans**

(358 CPP)

5. Les limites et faiblesses du système transactionnel suisse: vers un nouvel outil ?

1. Les limites et faiblesses du système transactionnel suisse

- Refus du MPC d'appliquer 53 CP
- Inapplicabilité de 53 CP avec certaines affaires, notamment d'une certaine ampleur
- Ordonnance pénale = condamnation pénale = conséquences (réputationnelles et économiques) dommageables pour l'entreprise
- Logique répressive de l'ordonnance pénale
- Absence de transparence du processus de négociation
- Absence de contrôle judiciaire

5. Les limites et faiblesses du système transactionnel suisse: vers un nouvel outil ?

2. La prise de position du MPC du 20 mars 2018

- Révision du CPP
- Proposition d'un nouvel article 318bis CPP (« *Ajournement de la mise en accusation dans les procédures dirigées contre des entreprises* »):

*« Il consisterait pour le ministère public, dans les procédures menées contre une entreprise, à conclure une **convention avec l'entreprise** en question plutôt que de demander la mise en accusation au juge. Dans la convention, **l'entreprise reconnaîtrait les faits** qui lui sont reprochés et s'entendrait avec le ministère public sur le montant de **l'amende** à payer, sur le **séquestre** et la **confiscation de valeurs patrimoniales** et sur les **dispositions que l'entreprise doit prendre pour remédier au manque d'organisation** fondant la responsabilité pénale et prévenir d'autres infractions. Cette convention régirait également les **prétentions civiles de la partie plaignante** et définirait un **mécanisme permettant d'imposer le respect des dispositions, de remédier au manque d'organisation et de prévenir d'autres infractions**. Elle instituerait un délai d'épreuve pendant lequel l'entreprise devrait se tenir à la convention. En cas de succès de la mise à l'épreuve, la procédure pénale serait classée; en cas d'échec, le ministère public demanderait la mise en accusation au juge. »*

5. Les limites et faiblesses du système transactionnel suisse: vers un nouvel outil ?

2. La prise de position du MPC du 20 mars 2018

- Révision du CPP
- Proposition d'un nouvel article 318bis CPP (« *Ajournement de la mise en accusation dans les procédures dirigées contre des entreprises* »):

« *Le MPC estime que, dans le droit en vigueur, la condamnation d'une entreprise a souvent des **conséquences économiques indésirables**, dans la mesure où suite à la condamnation, l'entreprise ne peut plus exercer son activité à l'étranger. Sa proposition permettrait selon lui **d'élucider les faits**, d'obtenir le **versement de l'amende convenue** et de **régler les effets accessoires** de manière à ce que l'entreprise **compense le tort qu'elle a causé**; une condamnation s'avérerait alors inutile. »*

(FF 2019 6351, 6376)

5. Les limites et faiblesses du système transactionnel suisse: vers un nouvel outil ?

2. La prise de position du MPC du 20 mars 2018

- Révision du CPP
- Proposition d'un nouvel article 318bis CPP (« *Ajournement de la mise en accusation dans les procédures dirigées contre des entreprises* »):

« Le **Conseil fédéral** ne méconnaît pas le point de vue du MPC selon lequel il est **souhaitable de disposer d'instruments permettant de clore rapidement des procédures complexes menées à l'encontre d'entreprises**. Mais les règles proposées seraient source d'incohérences et soulèvent différentes questions.

Elles ne feraient que renforcer la position déjà forte du ministère public sans contrepouvoir et sans mécanisme de contrôle (par ex. autorisation du juge, voies de droit).

Selon la conception du droit pénal, les individus se conforment aux règles parce qu'ils risquent des sanctions en cas d'infraction. Cette conception serait mise à mal s'il était possible d'« acheter » la renonciation à la poursuite pénale en cas d'infraction en payant une amende et en promettant de bien se tenir à l'avenir. (...) »

(FF 2019 6351, 6376)

6. Incursion en droit français: la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)

1. Fonctionnement

- Article 22 de la loi «Sapin II» du 9 décembre 2016
- Articles 41-1-2, 180-2 et R. 15-33-60-1 ss CPP
- Procédure transactionnelle hors procès sans reconnaissance de culpabilité conclue avec un procureur (puis validée par un juge) visant à éteindre *in fine* les poursuites pénales contre une personne morale en contrepartie (i) du paiement par celle-ci d'une amende d'intérêt public très importante, (ii) d'un exposé des faits et (iii) de l'application d'un programme de mise en conformité et d'indemnisation des victimes éventuelles.

6. Incursion en droit français: la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)

1. Fonctionnement

- Proposition par le Procureur de la République...
- ... à une **personne morale** mise en cause ou mise en examen
- **Catalogue d'infractions bien précis**, p. ex: corruption active (art. 433-1) et trafic d'influence (art. 433-2) commis par un particulier; corruption active (art. 435-3) et trafic d'influence actif d'agent public étranger (art. 435-4); corruption privée active (art. 445-1) et passive (art. 445-2); fraude fiscal; infractions environnementales
- Obligations à la charge de l'entreprise:
 - Le versement d'une amende d'intérêt public, dont le montant ne peut excéder 30% du chiffre d'affaires annuel calculé sur la moyenne des trois derniers exercices
 - La mise en œuvre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA), d'un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de détection de la corruption, pendant une durée maximale de trois ans
 - La réparation du dommage causé à la partie lésée lorsque celle-ci peut être identifiée

6. Incursion en droit français: la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)

1. Fonctionnement

- Acceptation par la personne morale
- Validation par le président du Tribunal judiciaire → ordonnance de validation
- Publication de la CJIP sur le site internet des ministères de la justice et de l'économie et des finances
- Communiqué de presse par le Procureur de la République
- En cas de refus de validation, de rétractation par la personne morale ou d'inexécution des obligations prévues dans la convention dans le délai imparti, le Procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau
- La CJIP n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. Elle n'est donc pas inscrite au casier judiciaire de la personne morale

6. Incursion en droit français: la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)

2. Avantages

- Célérité
- Pas de condamnation pénale
- Maintien du lien de confiance
- Meilleure gestion de l'aléa financier
- Démarche preventive renforcée
- Publicité de la CJIP et transparence accrue
- Amélioration du climat social au sein de l'entreprise
- Souveraineté pénale et économique préservée

6. Incursion en droit français: la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)

3. Statistiques

- 68 CJIP conclues entre 2018 à 2024
- En 2023, plus de EUR 4 milliards versés dans les caisses de l'Etat grâce à la conclusion de CJIP

7. Conclusion

Merci.



Corporate Social Responsibility

We are committed to being
a responsible business.

→ www.swlegal.ch/CSR



Dr. Jean-Baptiste Maillart, LL.M.

jean-baptiste.maillart@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer SA / Avocats

15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse

T +41 22 707 8000 / F +41 22 707 8001

www.swlegal.ch

**Schellenberg
Wittmer**