

Nouvelles responsabilités pénales pour le conseil d'administration

PAOLO BERNASCONI

Introduction

Une nouvelle norme, des nouveaux risques? Le législateur pénal approuve des nouvelles normes dans le but de préserver la communauté humaine des atteintes provoquées par les individus qui ne respectent pas les biens juridiques principaux. Est-il nécessaire de le rappeler? Oui, à cause des milieux économiques qui sont, comme toujours et encore plus, récalcitrants à la vague normative, la "Gesetzesflut". En approuvant l'article 100^{quater} CPS, le législateur suisse, après ceux d'autres pays et notamment sous la pression de devoir adapter son droit national pour pouvoir ratifier des conventions internationales prévoyant cette nouvelle forme de responsabilité pénale, et tout en choisissant un compromis assez prudent, a voulu renforcer les moyens pour combattre quelques unes des formes les plus alarmantes de la criminalité contemporaine. Tous – communautés de personnes en Suisse et à l'étranger, et aussi les marchés – devraient profiter de cette nouvelle norme dans la mesure où le risque de devenir victime des conséquences ravageuses de ces formes de criminalité économique devrait leur être épargné dans un prochain futur. En attendant de pouvoir bénéficier des effets de cette nouvelle forme de responsabilité en vigueur dès le 1er octobre 2003, toutes les entreprises se sont retrouvées confrontées avec un nouveau type de risque: les conséquences préjudiciables liées à l'application de l'amende prévue par l'article 100^{quater} CPS, mais aussi à l'ouverture des procédures qui y sont connexes directement ou indirectement (cf. Deuxième Partie). Dans le but d'empêcher la réalisation de ce risque légal, chaque entreprise se doit de satisfaire toutes les obligations codifiées par l'article 100^{quater} CPS. Pour ce faire, ce qui équivaut à maîtriser ce nouveau risque légal, il faut connaître ces obligations (cf. Première Partie) en relation avec la nature des risques typiques de chaque entreprise. Il s'agit, d'une part, d'une tâche rentrant dans les compétences du conseil d'administration dans le but d'accomplir tous ses devoirs légaux à l'égard de l'entreprise qu'il est appelé à administrer. Mais, d'autre part, la connaissance du "risque 100^{quater}"¹ peut se révéler utile aussi pour tous ceux qui sont amenés à apprécier la façon avec laquelle une entreprise tierce – par exemple débitrice, future partenaire, cliente, candidate à une fusion, etc. – maîtrise ce risque légal.

¹ Avec l'entrée en vigueur vraisemblablement début 2006 des nouvelles Dispositions Générales du Code pénal suisse adoptées le 13 décembre 2002 cette norme sera placée à l'article 102.

Première partie: L'article 100^{quater} CPS: un nouveau risque légal

1. Responsabilité pénale pour les infractions commises au sein d'une entreprise

Depuis longtemps le législateur et la jurisprudence s'efforcent d'adapter les normes et leur application à l'évolution d'une criminalité qui a su utiliser, de plus en plus, les sociétés, même dans ses formes les plus sophistiquées. Ainsi, ils ont commencé à punir, dans un premier temps, les formes les plus simples de communautés de personnes réunies en vue de commettre des infractions et de s'en assurer la réussite et ses avantages – c'est-à-dire la co-réalisation, la complicité, l'instigation, la bande, la participation à une organisation criminelle et, dans un second temps, le recel ainsi que sa forme moderne, le blanchiment. Plus récemment ce fut le tour à d'autres formes de responsabilité individuelle de personnes agissant sous le couvert d'une entreprise, telle la responsabilité de l'organe supérieur dans sa qualité de "garant"², la responsabilité de l'organe de fait à côté de l'organe formel et la responsabilité dans le cadre de l'adoption de décisions collégiales³, de faire l'objet de condamnation pénale.

Prochainement, dans le cadre de la révision de la Partie générale du Code pénal suisse, des normes encore plus précises entreront en vigueur, c'est-à-dire l'article 11 CPS⁴ et l'article 29 CPS⁵, à tel point que nous aurions pu nous poser la question de savoir si une politique criminelle fondée plus sur la raison que

² VEST Hans, Die strafrechtliche Garantspflicht des Geschäftsherren, in: RPS 105 (1988), pp. 288 ss.; WIPRÄCHTIGER Hans, Strafbarkeit des Unternehmers, Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtssprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: PJA (2002), pp. 754 ss.; PETRIN Martin, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Zürich 2004; Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui, Travaux de la Journée d'étude du 30 novembre 2001, CEDIDAC, Berthoud Frédéric (éd.), Lausanne 2002.

³ FREI Stephan, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus strafrechtlicher Sicht, Zürich 2004; SCHAAL Alexander, Strafrechtliche Verantwortlichkeiten bei Gremienentscheidungen im Unternehmen, Berlin 1999; ABEGGLEN Sandro, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Berne 2003.

⁴ Ici de suite le texte de l'art. 11:

Art. 11 Commission par omission

¹ Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir.

² Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu:

- a. de la loi;
- b. d'un contrat;
- c. d'une communauté de risques librement consentie;
- d. de la création d'un risque.

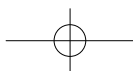
³ Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif.

⁴ Le juge peut atténuer la peine.

⁵ Ici de suite le texte de l'art. 29:

Art. 29 Punissabilité des actes commis dans un rapport de représentation

Un devoir particulier dont la violation fonde ou aggrave la punissabilité et qui incombe uniquement à la personne morale, à la société ou à l'entreprise en raison individuelle est imputé à une personne physique lorsque celle-ci agit:



sur les émotions n'aurait pas recommandé d'évaluer les résultats de la mise en oeuvre de ces normes avant d'imposer à toute l'économie la gestion du risque 100^{quater} CPS. Mais, une fois de plus, la pression internationale autour de la Suisse montait...

2. Responsabilité de l'entreprise en droit suisse

En droit pénal, grâce au nouvel article 100^{quater} CPS, en introduisant la responsabilité pénale de l'entreprise, le législateur suisse a abandonné le principe "*societas delinquere non potest*"⁶, d'après lequel seule la personne physique peut être rendue responsable sur le plan pénal. Mais, dans d'autres domaines juridiques, l'entreprise doit déjà répondre, sous différentes formes, pour certaines catégories d'actes qui lui sont imputables:

En droit administratif, l'entreprise répond pour les infractions commises dans le cadre de la gestion de ses affaires dans le cas où:

- l'amende applicable est inférieure à CHF 5'000.- et
- l'enquête à l'égard des personnes punissables rend nécessaire des mesures d'instruction disproportionnées⁷.

En droit civil, l'entreprise répond pour la réparation des dommages-intérêts et pour les autres conséquences liées à des violations contractuelles ainsi que pour enrichissement illégitime et pour les actes illicites commis par ses organes⁸ ainsi que par ses employés⁹.

3. Définition de l'entreprise d'après l'article 100^{quater} CPS

3.1. Nature juridique de l'entreprise

3.1.1 Il faut remarquer d'emblée que la formulation de la définition de l'entreprise d'après l'article 100^{quater} CPS est délibérément très vaste en allant plus loin que la définition de personne morale prévue par le droit civil.

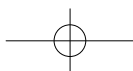
- a. en qualité d'organe d'une personne morale ou de membre d'un tel organe;
- b. en qualité d'associé;
- c. en qualité de collaborateur d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise en raison individuelle disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé;
- d. en qualité de dirigeant effectif qui n'est ni un organe ou un membre d'un organe, ni un associé ou un collaborateur.

⁶ Avant cette révision, selon le principe "*societas delinquere non potest*", l'entreprise n'était pas punissable; la punissabilité était prévue exclusivement pour la personne physique qui avait agi ou avait omis d'intervenir pour prévenir un délit. Le principe de l'exclusion de la responsabilité pénale pour des faits commis par des tiers fut limité d'une façon importante par l'Arrêt du Tribunal fédéral du 27.11.1970, qui a condamné l'industriel Bührle pour avoir omis d'adopter les mesures nécessaires pour empêcher que ses employés enfreignent la Loi fédérale sur le matériel de guerre.

⁷ Voir l'article 7 de la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

⁸ Par organes selon l'article 55 alinéa 2 du Code Civil, il faut inclure non seulement les organes au sens formel, mais également les personnes qui exécutent des fonctions d'organes (organe au sens matériel).

⁹ Article 101 du Code des Obligations; voir aussi l'article 55 du Code des Obligations concernant la responsabilité de l'employeur.



3.1.2 D'après le quatrième alinéa de l'article 100^{quater} CPS, les catégories des entreprises, auxquelles s'applique la responsabilité pénale prévue par l'article 100^{quater} CPS sont les suivantes:

- a) Les personnes morales de droit privé, y compris les associations et les fondations¹⁰;
- b) Les personnes morales de droit public, comme par exemple les entreprises publiques (art. 59 al. 1 CCS), les sociétés anonymes de caractère mixte (art. 762 al. 2 CO) et les sociétés anonymes de droit cantonal (art. 763 CO), (à l'exception des corporations territoriales, c'est-à-dire de la Confédération, des Cantons et des Communes et des entreprises qui en dépendent, comme les écoles, hôpitaux, entreprises de transport, entreprises électriques, entreprises de l'eau potable, etc.);
- c) Les sociétés, parmi lesquelles, entres autres,
 - les sociétés de personnes, c'est-à-dire la société simple, la société en commandite et la société en nom collectif,
 - les sociétés de capitaux, parmi lesquelles la société anonyme, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée.
 - les sociétés coopératives;
- d) Les entreprises en raison individuelle.

3.1.3 L'article 100^{quater} CPS est applicable à toute entreprise existante, indépendamment du fait qu'elle soit inscrite au Registre du Commerce.

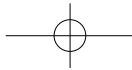
Par conséquent, l'article 100^{quater} CPS est applicable aussi à l'entreprise en liquidation ou qui se trouve dans une procédure de faillite¹¹.

3.1.4 S'expose aussi au risque de l'amende prévue par l'article 100^{quater} CPS toute entreprise qui serait responsable suite à une acquisition, un apport, une fusion ou d'une autre façon d'une entreprise ou d'un secteur d'entreprise qui serait entaché par l'un des défauts d'organisation prévus par l'un et/ou l'autre des deux alinéas de l'article 100^{quater} CPS. Par conséquent, dans le cadre de la due diligence¹², en cas de fusion, acquisition ou activité similaire, il est également nécessaire de vérifier l'éventuelle existence d'un défaut d'organisation punissable d'après l'article 100^{quater} CPS.

¹⁰ Concernant les développements récents aussi au niveau des mesures organisationnelles cf. *Stiftungsparadies Schweiz - Zahlen, Fakten und Visionen*, Egger Philipp (Hrsg.), Basel 2004; MÜLLER Roland, *Die Verantwortlichkeit der Stiftungsräte von Vorsorgeeinrichtungen*, in: *AJP/PJA* 2, 2004, pp. 131 ss.; RIEMER Hans, *Die Behandlung der Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz*, in: *SJZ* 100 (2004), pp. 201 ss.

¹¹ BERTOSSA, *op. cit.*, p. 29; contra SCHMID, *op. cit.*, p. 777.

¹² FISCHER Daniel, *Crime Due Diligence*, in: *RPS* 121 (2003), p. 228; FREI Stephan, *Was gilt bei Fusionen, bei Liquidationen. Klärungsbedarf bei der Strafbarkeit von Unternehmen*, in: *NZZ* Nr. 184, 10.8.2004, p. 13; HÖHN Jakob, *Einführung in die rechtliche Due Diligence*, Zürich 2003.



3.2. *Nature des activités soumises à l'article 100^{quater} CPS*

3.2.1 Du fait que la responsabilité pénale de l'entreprise est prévue exclusivement en relation avec des infractions commises "dans l'exercice des activités commerciales", d'après le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS, celui-ci est applicable exclusivement aux entreprises qui déploient leur activité principalement dans le secteur économique¹³.

3.2.2 Le texte de l'article 100^{quater} CPS ne contient aucune autre limitation au genre d'activité économique déployée par une entreprise. Par conséquent, sont exposées au risque de sanctions pénales les entreprises qui appartiennent à n'importe quel secteur économique, public ou privé.

3.3. *Localisation du siège et de l'activité des entreprises soumises à l'article 100^{quater} CPS*

3.3.1. L'article 100^{quater} CPS ne contient aucune limitation ou précision concernant la nationalité et la localisation du siège des entreprises soumises à cet article. Par conséquent, il faut conclure que sont aussi soumises à l'article 100^{quater} CPS les entreprises étant des filiales ou des succursales, soit en Suisse, soit à l'étranger, d'entreprises suisses ou étrangères¹⁴. Y sont également soumises les entreprises qui appartiennent aux entreprises mentionnées ci-dessus ou qui sont contrôlées par celles-ci ainsi que les groupes d'entreprise (Konzern), y compris les groupes d'entreprises de caractère international.

3.3.2. Dans le but d'établir si une entreprise est soumise à l'article 100^{quater} CPS et à la juridiction pénale suisse, il faut tenir compte, en plus des règles générales concernant la juridiction en matière pénale, de la localisation territoriale du siège d'une entreprise, de son centre décisionnel, de la localisation des défauts d'organisation de l'entreprise et de la localisation de l'infraction commise au sein de l'entreprise. Par conséquent, les activités suivantes peuvent faire l'objet de l'application de l'article 100^{quater} CPS:

¹³ Par conséquence sont exclues de la responsabilité pénale les entreprises actives dans le secteur culturel, des loisirs et du sport, à moins qu'elles déploient une activité économique et commerciale assez importante, comme par exemple les fondations d'entreprise ou les associations qui sont inscrites au Registre du commerce sur la base de l'article 61 alinéa 2 CC. Ainsi, par exemple, rentrent dans la liste de l'article 100^{quater} alinéa 4 CPS la FIFA et toutes les organisations faitières de même genre, les équipes de football ou de hockey appartenant à la catégorie A; par contre, ne sont pas dans la liste celles appartenant aux catégories de peu d'importance.

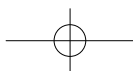
¹⁴ En effet, l'article 100^{quater} CPS ne mentionne pas explicitement être applicable aux entreprises de droit étranger, en même temps il n'exclut pas cette possibilité. En ce qui concerne les difficultés au niveau de la procédure concernant l'application de l'article 100^{quater} CPS aux entreprises étrangères: voir Jeanneret op. cit. p. 8, Bertossa op. cit. p. 28, qui - bien que sans motifs - estiment, pour cette raison, qu'il faudrait utiliser une demande d'entraide active adressée à l'autorité judiciaire pénale du siège étranger de l'entreprise.

- A. Pour les entreprises dont le siège principal est situé en Suisse
- a) L'activité déployée en territoire suisse ou bien en territoire étranger;
 - b) L'activité de succursales de ces entreprises déployée en territoire suisse ou en territoire étranger;
 - c) L'activité de filiales de ces entreprises, dans la mesure où elle est déployée en territoire suisse, à l'exclusion de celle qui est déployée sur territoire étranger, à moins que les décisions y relatives aient été adoptées en territoire suisse.
- B. Pour les entreprises dont le siège principal est situé à l'étranger
- a) L'activité déployée en territoire suisse;
 - b) L'activité de succursales de ces entreprises déployée en territoire suisse;
 - c) L'activité de filiales en Suisse appartenant à ces entreprises déployée soit en territoire suisse ou en territoire étranger.

- C. Pour les sociétés avec un siège offshore, titulaires de comptes bancaires en territoire suisse

Tout en considérant les critères mentionnés ci-dessus et en relation aux cas concrets déterminés, il s'agit principalement de l'activité d'une société ayant son siège offshore dont le siège décisionnel et administratif est localisé, au moins de fait, en territoire suisse, qui sera soumise à l'article 100^{quater} CPS¹⁵. Il s'agit ainsi notamment de l'activité déployée de la part de sociétés ayant leur siège offshore, titulaires de comptes ouverts auprès de banques localisées en territoire suisse.

¹⁵ Voir Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent: « Assujettissement des organes de sociétés de domicile à la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA)» document du 16 janvier 2004.



4. Responsabilité subsidiaire et responsabilité principale de l'entreprise

<i>Base légale</i>	Responsabilité subsidiaire	Responsabilité primaire
	Premier alinéa de l'art. 100 ^{quater} CPS	Deuxième alinéa de l'art. 100 ^{quater} CPS
<i>Rapport avec la sanction contre la personne physique qui a commis le délit</i>	La personne physique n'est pas identifiable; la sanction contre l'entreprise s'applique à la place de la sanction contre l'auteur matériel.	La sanction contre l'entreprise s'ajoute à la sanction contre l'auteur matériel.
<i>Infraction préalable</i>	Tous ¹⁶ les crimes et les délits prévus par le CPS et par d'autres lois suisses.	Participation à une organisation criminelle (art. 260 ^{ter} CPS)
		Financement du terrorisme (art. 260 ^{quinquies} CPS)
		Blanchiment d'argent (art. 305 ^{bis} CPS)
		Corruption d'agents publics suisses ou étrangers ¹⁷
<i>Carences organisationnelles constatées au sein d'une entreprise</i>	Organisation interne insuffisante à cause de laquelle il est impossible d'individualiser la personne physique responsable d'un crime ou délit commis dans une entreprise.	Omission des mesures organisationnelles raisonnables et nécessaires ¹⁸ afin d'empêcher la consommation d'un des crimes susmentionnés ¹⁹ .
<i>Sanction²⁰</i>	Amende jusqu'à un maximum de 5 millions de francs suisses ²¹	

5. Fautes organisationnelles punissables

5.1. L'article 100^{quater} CPS punit la faute organisationnelle ou le défaut d'organisation²² lorsqu'il est en rapport avec des infractions déterminées qui sont commises au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts.

¹⁶ Par conséquent, ce type de responsabilité est exclu si l'infraction commise appartient à la catégorie des contraventions selon l'article 101 CPS, c'est-à-dire des infractions moins graves qui sont punies uniquement par les arrêts ou l'amende.

¹⁷ Plus précisément il s'agit des crimes prévus par les articles 322^{ter} CPS (corruption active d'agents publics suisses), 322^{quinquies} CPS (octroi d'un avantage à un agent public suisse) et 322^{septies} CPS (corruption active d'agents publics étrangers).

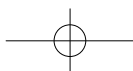
¹⁸ "erforderlich und zumutbar" dans la version en allemand, "ragionevoli e indispensabili" dans la version en italien.

¹⁹ L'omission coupable peut se référer par exemple à des lacunes dans l'organisation de l'entreprise, à la formation insuffisante du personnel, à des carences dans le système de contrôle interne, etc.

²⁰ Outre l'amende, l'article 59 CPS reste toutefois applicable. Ainsi, la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction peut être ordonnée.

²¹ Selon le troisième alinéa de l'article 100^{quater} CPS, parmi les critères pour la détermination de l'amende figurent la gravité du crime, la gravité des carences organisationnelles - respectivement si ces dernières ont été commises intentionnellement ou par négligence - la gravité du dommage causé, le potentiel économique de l'entreprise.

²² Dans la doctrine, les définitions suivantes sont utilisées: faute organisationnelle (Organisationsverschulden), défaut d'organisation (Organisationsmangel), faute sociale (soziale Schuld).



5.2. L'article 100quater CPS ne contient aucune définition du défaut d'organisation punissable ni aucune indication ni aucun critère utile pour une définition. D'après les travaux préparatoires et d'après la doctrine, il faut se référer aux normes législatives qui concernent l'organisation de l'entreprise, notamment les normes du Code des obligations concernant les compétences et le fonctionnement du conseil d'administration et de l'organe de révision ainsi que les normes de droit civil et de droit administratif concernant la tenue de la comptabilité.

5.3. Est applicable aussi la soft law, c'est-à-dire les normes professionnelles²³ ainsi que les normes internes de chaque entreprise, nonobstant qu'elles, d'après le Tribunal fédéral²⁴, ne soient pas obligatoires pour le juge pénal, parce qu'elles ne constituent qu'une aide pour l'interprétation des normes pénales²⁵.

Par conséquent, actuellement, le principe de l'application par analogie de normes est encore discutable, comme par exemple l'application par analogie aux entreprises, qui ne sont pas cotées en bourse, des règles et des directives professionnelles et privées concernant la Corporate Governance qui ont été édictées pour les sociétés cotées en bourse.

5.4. L'infraction commise au sein d'une entreprise peut être punissable même dans le cas où le défaut d'organisation n'est pas intentionnel mais, comme dans la plus grande majorité des cas, s'il est seulement due à la négligence. Ainsi, par exemple, la responsabilité pénale de l'entreprise est possible dans le cas d'un défaut d'organisation non intentionnel lié au blanchiment d'argent.

6. Organisation conforme à l'article 100quater CPS

6.1 *Le silence de la loi*

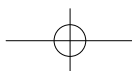
6.1.1 L'article 100quater CPS ne contient aucune prescription ni indication concernant les "mesures d'organisation raisonnables et nécessaires" pour empêcher la réalisation des infractions énumérées par le deuxième alinéa de l'article 100quater et concernant les mesures d'organisation nécessaires pour assurer l'identification de l'auteur d'une infraction commise au sein d'une entreprise. La norme ne contient aucun renvoi ni mention d'autres normes légales déterminées ou d'une catégorie déterminée de normes légales.

Même la lecture des travaux législatifs n'offre pas d'indication déterminante ni même suffisante de façon à permettre de déduire, par voie d'interprétation, le contenu de ses mesures d'organisation dont la violation peut donner lieu à l'application de la sanction pénale.

²³ ROTH Monika, Die Standesregeln der Schweizer Banken und ihre Relevanz für eine Haftung aus Vertrag und aus Delikt, Basel 2004.

²⁴ ATF 125 IV 139.

²⁵ Voir la critique de la part de Wolfgang WIEGAND et Jürg WICHTERMANN, dans «Die Standesregeln der Banken als "blosse" Auslegungshilfe - zur (Un-)Verbindlichkeit von Selbstregulierungen», in: RECHT 2000, pp. 28 ss.



6.1.2 D'une part, ce silence est en réalité très insatisfaisant: confrontés à une norme d'un contenu tellement nouveau et qui concerne potentiellement des centaines de milliers d'entreprises, nous nous serions attendus à plus de précision de la part du législateur. D'autre part, il faut reconnaître que celui-ci n'avait pas d'autre choix du fait que cette norme est destinée à s'appliquer à un nombre très important d'entreprises de nature et de dimensions très différentes qui sont actives dans des secteurs économiques très hétérogènes. Par conséquent, il est évident que la seule solution pour le législateur consistait à laisser aux tribunaux, soit à la jurisprudence, sur la base de la doctrine, le soin de répondre aux attentes du législateur. Malgré la réaffirmation constante de l'importance du principe de détermination (*Bestimmtheitsgebot*) dans le domaine du droit pénal, une fois de plus ce principe législatif n'a pas été respecté avec suffisamment de rigueur. Par conséquent, il faut s'attendre de la part des autorités pénales à ce que la sanction pénale ne soit réservée dans une première phase – qui pourrait s'étendre jusqu'à la première jurisprudence générale – qu'aux entreprises dont les défauts organisationnels auront été flagrants. En outre, pendant cette première phase, qui pourrait s'étendre durant plusieurs années, nous ne pouvons pas exiger davantage de la part des entreprises que le respect des mesures d'organisation qui sont prévues par les normes légales, dans le sens formel et matériel du terme. S'agissant de normes édictées à des niveaux différents (ordonnances, directives, etc.), et notamment des normes privées (*soft law*), il doit s'agir exclusivement de celles qui jouissent depuis beaucoup d'années d'une application unanime bien enracinée et étendue à un secteur économique concerné.

6.1.3 Pour l'instant, nous ne pouvons que nous référer à la doctrine assez importante déjà existante²⁶, tout en considérant, en relation avec la doctrine de droit étranger, que celle-ci n'a qu'une valeur indicative et exclusivement subsidiaire, notamment en ce qui concerne le contenu des mesures d'organisation, parce que dans ce domaine la réglementation des différents pays est encore très hétérogène sinon divergente.

6.2. Critères généraux

6.2.1 D'après la doctrine, les mesures de prévention des six infractions mentionnées par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS sont différentes des mesures prévues par le premier alinéa. C'est seulement pour des raisons pratiques et au risque d'une simplification excessive que, dans ce chapitre, cette question est traitée conjointement. Cette approche n'apparaît pas trop hasardeuse parce que, au moins de facto, nous pouvons bien considérer que, parmi les

²⁶ Voir la bibliographie annexée.



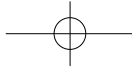
“mesures d’organisation raisonnables et indispensables” dans le but de prévenir des infractions graves de nature différente, comme celles qui ont été énumérées par le deuxième alinéa de l’article 100^{quater}, peuvent figurer aussi les mesures indispensables pour empêcher qu’une infraction commise au sein d’une entreprise ne puisse pas être imputée à aucune personne physique déterminée.

De toute façon, après cette analyse conjointe, dans les chapitres suivants, nous procéderons à une analyse différenciée.

6.2.2 Il est évident – mais parfois le magistrat qui n’a aucune expérience dans le domaine de l’entreprise pourrait l’oublier – que les mesures d’organisation doivent varier d’une entreprise à l’autre, parce qu’elles doivent être adaptées aux caractéristiques spécifiques de chacune. Nous pouvons mentionner notamment les caractéristiques spécifiques suivantes:

- a) la différence entre les normes légales et professionnelles qui réglementent de manière spécifique le secteur économique dans lequel est active une entreprise déterminée, comme par exemple:
 - les règles de l’art médical et sanitaire qui réglementent l’établissement de diagnostics ainsi que l’exécution de thérapies dans les hôpitaux, dans les maisons de soins médicaux et paramédicaux,
 - les règles de prévention des accidents professionnels, dont constituent un exemple les règles de prévention établies par la Caisse nationale des assurances dans le secteur de la construction,
 - les règles de prudence prévues dans le secteur des transports sur route, chemin de fer, ou par avion,
 - les normes concernant la prévention du blanchiment d’argent dans le marché bancaire et financier;
- b) la différence des degrés du risque de se trouver confronté à des activités illicites. La différence de ce degré de risque dépend du contexte politique, géographique, économique, social et/ou environnemental, etc. dans lequel une entreprise déterminée a son siège ou dans lequel elle exploite son activité;
- c) la différence concernant l’expérience et la qualité des cadres dirigeants ainsi que du personnel d’une entreprise déterminée;
- d) la différence concernant l’ancienneté et le degré d’intégration de la “culture d’entreprise”.

6.2.3 Chaque mesure d’organisation nécessite sa mise à jour constante, notamment dans le temps, dans le but de pouvoir tenir compte du développement de l’entreprise ainsi que du développement du contexte dans lequel une entreprise déterminée déploie son activité. En effet, il est possible de maintenir l’efficacité des mesures d’organisation exclusivement par leur mise à jour. Par conséquent, une mesure d’organisation ne peut être qualifiée une fois pour toute comme suffisante, raisonnable et nécessaire, mais doit s’apprécier exclusivement par rapport à la situation concrète existante à un moment déterminé.



6.2.4 Chaque mesure d'organisation est efficace dans la mesure où, au sein de l'entreprise a été désigné, et est en fonction un service qui vérifie constamment le respect de ces mesures. Un règlement d'entreprise qui prévoit ces mesures d'organisation est indispensable, mais, s'il n'est pas accompagné de mesures de contrôle et de surveillance, il reste inefficace et ne sert que d'alibi. Evidemment, un règlement établi exclusivement pour servir d'alibi ne mettra pas l'entreprise à l'abri de l'amende prévue par l'article 100^{quater} CPS.

6.3. *Dans le but de déterminer le contenu et l'ampleur des mesures d'organisation, il faut tenir compte des normes légales et des autres normes d'application et de discipline qui réglementent le secteur économique et l'activité commerciale exploitée par une entreprise déterminée.*

Un exemple est représenté par l'article 8 LBA²⁷, qui est applicable à l'activité des intermédiaires financiers en Suisse. S'agissant d'une norme très précise et complète, destinée à réglementer l'activité d'un secteur économique très vaste et très important, cette norme peut être appliquée par analogie aussi à des entreprises qui sont actives dans des secteurs économiques limitrophes mais qui présentent des caractéristiques semblables. Par conséquent, une analyse quoique sommaire peut apparaître utile aussi à ce stade.

Pour commencer, le principal commentateur²⁸ de l'article 8 LBA affirme, contrairement au texte de la norme, que la liste des mesures énumérées dans le texte de l'article 8 LBA serait exhaustive. Il en précise la liste comme suit:

- a) formation des cadres dirigeants et des employés;
- b) consultation des cadres dirigeants et des employés;
- c) établissement d'instructions pour les cadres dirigeants et les employés;
- d) surveillance de l'activité des cadres dirigeants et des employés;
- e) organisation de la délégation de compétence.

Un autre commentateur, qui a joué un rôle important dans l'élaboration de l'article 100^{quater} CPS²⁹, a ajouté à la liste mentionnée ci-dessus, en relation avec les mesures d'organisation énoncées au deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS, les conditions d'emploi ainsi que les critères de choix des employés³⁰. Il a également ajouté les conditions de rémunération du personnel. À cet égard il est utile de rappeler encore ce qui suit:

- a) un système de rémunération qui est fondé, dans une proportion excessive, sur le résultat des prestations professionnelles s'est parfois révélé comme

²⁷ L'article 8 de la Loi sur le blanchiment d'argent prévoit ce qui suit:

"Les intermédiaires financiers prennent dans leur domaine les mesures nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent. Ils veillent notamment à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués."

²⁸ DE CAPITANI Werner, GwG, in Schmid (Hrsg.) Kommentar Einziehung, Geldwäscherei, organisiertes Verbrechen, Volume II, Zurich 2002, pp. 956 ss.

²⁹ ROTH 2003, p. 200.

³⁰ Voir aussi les 40 Recommandations contre le blanchiment d'argent du GAFI du 1996 dans le texte révisé en 2003.

un facteur qui pourrait, au moins indirectement, freiner l'impact des mesures de prévention des infractions au sein de l'entreprise³¹. Par conséquent, au cas où les autres conditions prévues par les deux premiers alinéas de l'article 100^{quater} CPS seraient satisfaites, un système de cette nature pourrait exposer une entreprise déterminée au risque de l'amende prévue par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS;

- b) un système de bonus³² fondé sur des paiements cash ou sur la remise d'options en faveur des administrateurs et/ou des cadres dirigeants pourrait être qualifié comme gestion déloyale (art. 158 CPS), banqueroute frauduleuse (art. 163 CPS), gestion fautive (art. 165 CPS), au cas où ces bonus seraient disproportionnés au regard de la situation financière d'une entreprise dans la période où ces bonus auraient été payés.

Une entreprise déterminée pourrait ainsi s'exposer au risque d'une amende

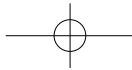
- (i) au cas où une des trois infractions mentionnées ci-dessus ne pourrait pas être imputée à une personne physique déterminée (art. 100^{quater} al. 1 CPS);
- (ii) au cas où dans l'entreprise aurait été commis un blanchiment du produit d'une de ces trois infractions (art. 100^{quater} al. 2 CPS), dans la mesure où elle serait punissable comme crime.

6.4. *Caractère formel des mesures d'organisation*

La forme écrite – sur support papier et non seulement sur support électronique – est manifestement nécessaire, d'une part, dans le but d'en faire l'objet de l'instruction interne au sein de l'entreprise, et, d'autre part, pour prouver son existence, ainsi que la date de la diffusion des règles de prévention. S'agissant d'un secteur qui tombe sous le couvert de la gestion de risques d'entreprise, ces règles doivent être approuvées par le conseil d'administration, lequel doit s'assurer, dans le cadre de l'exercice de sa haute surveillance, qu'elles sont respectées, qu'elles conservent toute leur efficacité et qu'elles sont mises à jour. D'après les caractéristiques spécifiques du risque légal existant pour chaque entreprise, ces règles seront prévues par un règlement spécial consacré expressément au "facteur de risque 100^{quater} CPS" ou bien par des clauses insérées dans des règlements plus généraux.

³¹ Voir le chapitre consacré aux "Anreizsysteme" in LÖW Arnold, Integriertes Risiko-Management der Wirtschaftskriminalität - Multiperspektivische Analyse der Wirtschaftskriminalität (Konsequenzen für die Gestaltung des Integrierten Risiko-Managements, mit einer Fallstudie zur Barings Bank), I-VW-Schriftenreihe, Volume 43, Institut für Versicherungswirtschaft, St. Gall 2003, chapitres 3.2.2. et 7.

³² LAZEAR Edward, Wie sind Manager zu entlönnen?, in: Neue Zürcher Zeitung 10.6.2003 (Nr. 131) Sonderbeilage.



6.5. *Organes responsables pour la mise en oeuvre des mesures d'organisation*

6.5.1 Dans le but de mettre en oeuvre les mesures d'organisation, chaque entreprise doit s'équiper avec des instruments adéquats et proportionnés à ses caractéristiques spécifiques mentionnées ci-dessus. Par conséquent, on peut imaginer des solutions très hétérogènes. En tout cas, les fonctions de haute vigilance sont indispensables ainsi que celles de contrôle du respect des mesures d'organisation, de vérification de leur efficacité et de leur mise en oeuvre: ces fonctions pourront être cumulées auprès d'un seul service ou bien, chacune d'elles pourrait être attribuée à un service interne différent, et ceci en fonction des dimensions de chaque entreprise.

6.5.2 Manifestement, l'institution de ces organes ainsi que l'attribution de ces compétences à ces organes, qui est admise par l'article 716 alinéa 2 CO (tout en respectant l'art. 716a CO), ne peuvent pas avoir lieu simplement comme exercice théorique: les membres de ces organes, notamment le comité de contrôle (Audit Committee) et le comité pour la rémunération (Compensation Committee) doivent garantir leur indépendance³³, leur professionnalité³⁴ et leur responsabilité³⁵. Les règlements internes doivent préciser leur coordination³⁶.

6.5.3 Une grande partie des fonctions mentionnées ci-dessus peut être attribuée à un service dénommé "Compliance Office"³⁷, lorsque cette mesure apparaît proportionnée aux dimensions opérationnelles d'une entreprise déterminée. La fonction de Compliance Office est habituellement interne à l'entreprise, mais elle peut aussi être confiée à une entreprise externe (outsourcing), dans la mesure où celle-ci dispose des capacités et de l'expérience nécessaires.

Reconnaissant les effets préjudiciables liés à la réalisation du risque légal, de nombreuses entreprises ont déjà institué ou renforcé, au niveau quantitatif et qualitatif, la fonction de prévention du risque légal, en lui attribuant le mandat d'établir un inventaire de toutes les normes qui doivent être respectées dans l'exercice des activités de l'entreprise (dans le sens de *to comply with*, d'où provient la définition de cette fonction comme *compliance office*) par l'entreprise, de

³³ "Verwaltungsräte müssen unabhängig sein. Neue Governance-Regeln der NYSE und der Nasdaq", in: Neue Zürcher Zeitung du 6.11.2003 (Nr. 258), p. 33; cf. aussi in: Neue Zürcher Zeitung du 7.11.2003 (Nr. 259, p. 31).

³⁴ "Sadly, too many auditors have horror stories about audit committees that turned out to be full of dummies who did not understand their concerns, or relied on management", HEMRAJ Mohammed, Corporate Governance: Directors, Shareholders and the Audit Committee, in: Journal of Financial Crime, Vol. 11, 2.11.2003, pp. 157 ss.

³⁵ "If members of compensation committees were more regularly held to account for the contracts which they approve, it seems likely that fewer of those contracts would be offensive to employees, shareholders and the general public", in: Where's the stick? The problem with lavish executive pay, in: The Economist 17.10.2003, Nr. 8345, p. 76.

³⁶ BACHMANN Stephan, Le comité d'audit et ses rapports avec les réviseurs interne et externe, in: SZW/RSDA 1/2004, pp. 51 ss.

³⁷ The compliance function in banks, Basel Committee on Banking Supervision, Publication no. 103, octobre 2003, (www.bis.org/bcbst/).

tenir à jour cet inventaire et de s'assurer du respect effectif de ses normes. Il s'agit en effet de concrétiser, en se référant au risque spécifique concret de chaque entreprise déterminée, les règles de prudence anciennes de la *cura in eligendo, cura in instruendo, cura in custodiendo*, mais qui ne sont toutefois pas devenues désuètes.

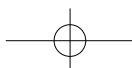
6.5.4 À l'intérieur d'une entreprise, en fonction de ses dimensions et de son importance, des tâches déterminées concernant l'identification du risque légal ainsi que la gestion de celui-ci peuvent être aussi attribuées au département défini comme "legal risk management". D'autres fonctions complémentaires à celles-ci peuvent être attribuées aussi à l'inspection interne, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier le fonctionnement et l'efficacité de l'organisation et des processus d'organisation.

6.5.5 Un rôle de plus en plus important est attribué à l'organe qui est compétent pour la révision externe. Malheureusement certaines conséquences perverses sont à craindre: qu'en est-il de la *management letter* ainsi que du rapport de révision annuel, lequel est destiné, essentiellement et de par sa nature, à souligner et à mettre en exergue les processus d'organisation qui doivent faire l'objet d'amélioration et de perfectionnement? En règle générale, l'attitude de loyauté critique qui doit être garantie par l'organe de révision externe à l'égard d'une entreprise a pour effet que la *management letter* consiste souvent dans une énumération de critiques à l'égard des organes de l'entreprise. Dans le cas où au sein d'une entreprise devraient se réaliser les conditions objectives prévues par l'article 100^{quater}, la *management letter* ainsi que le rapport de révision pourraient devenir une arme à double tranchant, d'autant plus que ces rapports auraient été rédigés d'une façon efficacement critique. Les avocats des parties ayant subi un dommage feront en sorte d'obtenir que l'autorité judiciaire pénale ou civile, chargée d'une enquête contre une entreprise, oblige celle-ci à lui remettre non seulement les règlements d'organisation et de fonctionnement mais aussi les *management letters* et les rapports annuels établis par la société de révision. Ce risque contraindrait celle-ci à la plus grande retenue même dans la formulation de leurs rapports, précisément dans le but d'éviter toute interprétation ou manipulation de la part de parties impliquées dans une procédure ouverte contre une entreprise. Il s'agit d'un effet pervers dont l'éventualité a malheureusement échappé au législateur.

7. Obligations de caractère organisationnel connexes à la responsabilité pénale principale de l'entreprise prévue par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS

7.1. Généralités

La responsabilité pénale de l'entreprise prévue par l'article 100^{quater} alinéa 2 CPS est définie comme principale parce qu'elle est indépendante par rapport à la responsabilité de l'auteur (personne physique) de l'infraction



préalable commise dans le cadre de l'entreprise. En effet, cette forme de punissabilité de l'entreprise existe "indépendamment de la punissabilité des personnes physiques"³⁸ dans le cas où on peut reprocher à l'entreprise "de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction"³⁹, c'est-à-dire une des infractions mentionnées d'une façon exhaustive par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS.

7.2. Obligation générale de prévention

L'article 100^{quater} alinéa 2 CPS introduit une obligation générale de prévention⁴⁰ – tout au moins en ce qui concerne les six infractions mentionnées par cet article lui-même – dans une forme jusqu'aujourd'hui inconnue en droit suisse⁴¹.

L'article 100^{quater} CPS ne contient aucune indication ni aucun critère, que ce soit de façon explicite ou implicite, qui permet de connaître la concrétisation de cette obligation générale, qui, par conséquent, peut et doit avoir lieu, avant tout, en application des règles générales de caractère organisationnel en rapport direct ou indirect à la prévention des infractions. Il s'agit de règles prévues par le droit administratif et par le droit pénal, au niveau des lois, des ordonnances ou des circulaires, ainsi que par des normes professionnelles, au niveau international ou national. En outre, il ne faut pas oublier le réseau toujours plus complexe et en évolution permanente des règles qui jouissent d'une acceptation commune et générale, définies aujourd'hui – plutôt que comme droit coutumier – comme soft law.

Au niveau de l'application de ces normes, on ne peut pas négliger ni oublier d'analyser les personnes qui sont impliquées dans l'activité notamment des secteurs à risque des entreprises, d'analyser la documentation disponible, notamment de caractère comptable, jusqu'à l'analyse du noyau typique des mécanismes de caractère illicite en général, et de caractère criminel en particulier⁴².

On peut encore y ajouter le respect du principe général *Know Your Customer*, qui est concrétisé par l'article 305^{ter} CPS et par l'article 4 LBA, ainsi que le respect de l'obligation, dans des circonstances déterminées – notamment celles qui présentent un risque élevé⁴³ – d'éclaircissement de l'arrière-plan économique tel qu'il a été établi par l'article 6 LBA.

³⁸ "unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen"; "a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche".

³⁹ "alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern"; "tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato".

⁴⁰ GOLDSCHMIDT Leo, The Role of Boards in Preventing Economic Crimes, in: Journal of Financial Crime, 2004, p. 342.

⁴¹ Selon Niklaus Schmid il s'agit d'une "allgemeine Deliktsverhinderungspflicht" (SCHMID Niklaus, in: Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Festschrift Forstmoser, Zürich 2003, p. 781).

⁴² FISCHER Daniel, Crime Due Diligence. Eine Verdachtsschöpfungsstrategie, in: RPS 121, 2003, p. 228.

⁴³ KUNZ Michael/HUNGER Patrick, Erhöhte Sorgfaltspflichten bei Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken, in: L'Expert-Comptable Suisse, 10/03, pp. 823 ss.

De cette façon, ces deux principes, qui ont été imposés à tous les intermédiaires financiers actifs en territoire suisse, conformément aux trois normes légales mentionnées ci-dessus, deviennent applicables de facto à toutes les activités commerciales déployées aussi dans d'autres secteurs économiques. Il appartiendra à la jurisprudence d'établir les limites de cette extension, en tenant compte du fait que la volonté du législateur à cet égard ne s'est pas manifestée d'une façon suffisamment claire et en tenant compte aussi du principe de détermination (Bestimmtheitsgebot) qui doit être respecté par toute norme de caractère pénal ou qui est en rapport direct ou indirect avec une norme de caractère pénal.

7.3. Obligation de prévention du blanchiment d'argent

7.3.1 Article 305^{bis} CPS⁴⁴

L'exemple du blanchiment d'argent, c'est-à-dire une des infractions mentionnées dans la liste de l'article 100^{quater} alinéa 2 CPS, est emblématique, parce qu'il s'agit d'un secteur qui fait l'objet d'une réglementation étendue et détaillée, au niveau des normes de caractère public⁴⁵, des normes de caractère professionnel⁴⁶ et privé, c'est-à-dire qu'elles ont été aussi élaborées et mises en vigueur par les entreprises qui sont actives en qualité de intermédiaires financiers.

7.3.2 "Effet domino" lié à l'article 305^{bis} CPS

Comme toujours, lorsque le législateur appuie son doigt sur la touche du blanchiment d'argent, il déclenche chaque fois l'"effet domino" lié typiquement à l'article 305^{bis} CPS, avec pour conséquence que, d'après le Tribunal fédéral, peut être puni de blanchiment d'argent aussi celui qui a commis l'infraction principale dont découle le profit qui fait l'objet d'une infraction de blanchiment d'argent⁴⁷. Par conséquent, toutes les mesures de caractère organisationnel qui sont nécessaires pour la prévention du blanchiment d'argent coïncident, au

⁴⁴ Article 305^{bis} CPS Blanchiment d'argent

1. *Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*

2. *Dans les cas graves, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté sera cumulée avec une amende d'un million de francs au plus.*

Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant:

a. *Agit comme membre d'une organisation criminelle;*

b. *Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent;*

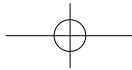
c. *Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent.*

3. *Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise.*

⁴⁵ Article 305^{bis} CPS, article 305^{ter} CPS; Loi sur le blanchiment d'argent; Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur le blanchiment d'argent, Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, etc.

⁴⁶ Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03); Règlements et statuts des organismes d'autorégulation prévus par l'article 25 de la Loi sur le blanchiment d'argent; voire aussi «Verantwortliche Manager riskieren Sanktionen», in: Commission fédérale des banques (CFB) (Ed.) Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz, Berne, 25.10.2002, chapitre 6.3.

⁴⁷ ATF 120 IV 323. Pour une mise à jour cf. VEST Hans, Anwendungsprobleme im Bereich der Geldwäscherei, in: SJZ/RSJ 100 (2004), p. 53.



moins de facto, avec les mesures qui sont nécessaires dans le but de prévenir toutes les infractions principales en amont du blanchiment d'argent. Ces infractions sont nombreuses, comprenant notamment toutes les infractions contre le patrimoine ainsi que la corruption et tous les trafics illégaux (p.ex. le trafic de drogue, le trafic lié à la prostitution organisée, etc.). Par conséquent, la punissabilité principale de l'entreprise risque, au moins de facto, de comporter, par extension, la punissabilité du défaut de prévention en rapport avec les infractions en amont du blanchiment, bien que ces infractions n'aient pas été mentionnées parmi les six infractions de la liste prévue par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS.

7.4. Obligation de prévention de la corruption⁴⁸

7.4.1 Généralités

Les obligations de caractère organisationnel concernant la prévention de la corruption ne sont pas prévues, en droit suisse, par des normes légales ou par des normes professionnelles spécifiques. Par conséquent, ces obligations devront être déduites des normes au niveau international ainsi que par les modèles de codes de conduite élaborés par les organisations professionnelles. Les seules normes de caractère organisationnel dans ce domaine étant celles qui sont prévues pour le secteur bancaire et des intermédiaires financiers en général, notamment par l'ordonnance de la Commission fédérale des banques contre le blanchiment d'argent du 18.12.2002⁴⁹, celles-ci représenteront le niveau minimum de normes applicables.

7.4.2 Corruption active

Parmi les infractions concernant la corruption de fonctionnaires publics, l'alinéa 2 de l'article 100^{quater} CPS ne mentionne que les normes punissant la corruption active, c'est-à-dire les normes qui répriment le corrupteur. L'article 100^{quater} CPS mentionne soit la corruption des fonctionnaires suisses (art. 322^{ter} et 322^{quinquies} CPS [Octroi d'avantages]) soit la corruption des fonctionnaires étrangers (art. 322^{septies}), c'est-à-dire les fonctionnaires agissant pour le compte d'organisations internationales ainsi que pour le compte d'États étrangers. Selon l'article 110 chiffre 4 CPS, le terme *fonctionnaire* s'applique au fonctionnaire et à l'employé d'une administration publique ou de la justice. Sont aussi considérés

⁴⁸ SCANLAN G., The Control of Corruption, in: Journal of Financial Crime, 2004, p. 316.

⁴⁹ Les normes concernant les relations d'affaires avec les "Politically Exposed Persons" sont les suivantes: article 1 premier al. lit. a chiffre 1 et 2; article 2 alinéa 2; article 4 alinéa 2; article 5; article 7 alinéa 3; article 10 alinéa 2 lettre g; article 17 alinéa 2 lettre g; article 22 alinéa 1 lettre a; Annexe à l'Ordonnance A39. Voir aussi MAZUMDER Sita, Die Sorgfalt der Schweizer Banken im Lichte der Korruptionsbekämpfung und Prävention, Berne 2002, et aussi les recommandations du Secrétariat d'État à l'économie (seco), Prévenir la corruption - conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger, Berne, 2003. Après la ratification de la Convention pénale contre la corruption du conseil de l'Europe du 27.1.1999 à cette liste sera ajoutée encore la corruption privée ainsi que prévue par l'art. 4a de la loi fédérale révisée contre la concurrence déloyale, (cf. Message du conseil fédéral du 10.11.2004).

(www.seco-admin.ch/imperia/md/content/spezialthemen/korruptionsbekaempfung/2.pdf).

comme fonctionnaires les personnes qui occupent une fonction ou un emploi à titre provisoire, ou qui exercent une fonction publique temporaire.

7.4.3 Corruption entre personnes privées

Lors de son entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2003, l'article 100^{quater} alinéa 2 CPS ne mentionnait que les infractions⁵⁰ concernant la corruption active de fonctionnaires publics (suisse ou étrangers). Après la ratification et l'entrée en vigueur de la Convention de droit pénal contre la corruption du conseil de l'Europe⁵¹, cette liste sera complétée par l'article 4a alinéa 1 lettre a de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale concernant la corruption passive privée. Avant la ratification et l'entrée en vigueur de la Convention contre la corruption du conseil de l'Europe, la corruption de et entre personnes privées n'était punissable que grâce à l'article 4b de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale, ainsi que, dans des cas qualifiés, pour le chef de gestion déloyale conformément à l'article 158 CPS. Après la ratification de cette Convention, même en droit suisse la punissabilité de la corruption privée, c'est-à-dire de et entre personnes privées, sera étendue et renforcée. La Convention prévoyant notamment, d'une façon explicite, la responsabilité pénale de l'entreprise même dans le cas de corruption de personnes privées, les mesures de caractère organisationnel devront alors être adaptées.

7.5. Obligation de prévenir les infractions liées au crime organisé et au terrorisme

7.5.1 Faute de normes légales spécifiques de prévention, nous devons faire appel aux critères généraux de diligence fondés sur l'expérience judiciaire, qui permettent d'identifier les connexions possibles avec des activités criminelles liées à une personne déterminée, à une activité économique déterminée ou à une opération commerciale ou financière déterminée.

⁵⁰ Article 322^{ter} Corruption d'agents publics suisses - corruption active

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire, en faveur de l'un d'eux ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

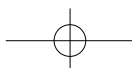
Article 322^{quinquies} Corruption d'agents publics suisses - Octroi d'un avantage

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Article 322^{septies} Corruption active d'agents publics étrangers

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à une personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

⁵¹ Voir Rapport et avant-projet du 20 août 2003 du Département fédéral de justice et police (DFJP) concernant l'adhésion à la Convention pénale du conseil de l'Europe contre la corruption du 27.1.1999 ainsi que le Protocole additionnel du 15.5.2003 ainsi que le Message du conseil fédéral du 10.11.2004.



S'agissant du financement du terrorisme⁵² d'après l'article 260^{quinquies} CPS, il faut rappeler que la diligence n'est pas axée – comme dans le cas de la prévention du blanchiment d'argent – seulement sur l'origine légale ou illégale des fonds, mais aussi sur leur destination, ce qui implique une attitude bien différente et des mesures de diligence plus complexes. En effet, si en rapport avec l'article 305^{bis} CPS nous parlons de "blanchiment", en revanche, en rapport avec l'article 260^{quinquies} CPS, nous parlons plutôt de "noircissement"⁵³.

Une omission punissable pourrait consister, par exemple, dans l'ignorance ou dans l'inobservation:

- a) des listes de personnes et d'organisations liées au terrorisme qui sont établies par les autorités nationales et étrangères et par des organisations internationales, comme par exemple celles qui sont établies par les autorités des Etats-Unis et, en Suisse, par le Seco et par la Commission fédérale des banques;
- b) des renseignements d'une autorité publique concernant le niveau de risque et de concentration d'activités criminelles ainsi que de concentration de financement des organisations terroristes dans des régions du monde déterminées⁵⁴.

7.5.2 "Effet domino" lié à l'article 260^{ter} CPS

La participation à une organisation criminelle d'après l'article 260^{ter} CPS ayant été organisée en droit suisse en rapport avec la consommation d'autres infractions principales déterminées, nous assistons à un "effet domino" (voire chapitre 7.3.2.) analogue à celui dont il faut tenir compte en relation avec l'article 305^{bis} CPS punissant le blanchiment d'argent. Ainsi, les mesures d'organisation nécessaires pour la prévention de la consommation des infractions liées au crime organisé coïncident, de facto, au sein d'une entreprise, avec les mesures nécessaires pour la prévention de toutes les infractions en amont du crime puni par l'article 260^{ter} CPS.

8. Mesures d'organisation liées à la responsabilité subsidiaire de l'entreprise prévue par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS

8.1. Généralités

La responsabilité pénale de l'entreprise prévue par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS est définie comme subsidiaire, parce qu'elle se déclenche exclusivement à condition que l'auteur ou les auteurs d'un crime ou d'un délit qui est commis au sein d'une entreprise ne peuvent pas être identifiés.

⁵² PIETH Mark (Ed.), *Financing Terrorism*, The Hague et al., 2003.

⁵³ JOHNSON Jackie, 11th September, 2001: Will it Make a Difference to the Global Anti-Money Laundering Movement?, in: *Journal of Money Laundering Control* vol. 6, 2002, p. 9.

⁵⁴ FISCHER Daniel, *op. cit.*, p. 223, suggère une liste de base de données utilisable à cette fin.

Il doit s'agir d'un crime ou d'un délit commis au sein d'une entreprise "dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts" (chapitre 9.7.). En plus, l'impossibilité d'imputer le crime ou le délit à une personne physique déterminée, doit avoir lieu en raison du "manque d'organisation de l'entreprise".

8.2. *Un crime ou un délit ne peut être imputé ("zugerechnet"; "imputato") à aucune personne physique déterminée dans les cas suivants:*

- a) lorsque l'auteur de l'infraction ne peut pas être identifié du tout;
- b) lorsque deux ou plusieurs personnes entrent en ligne de compte comme auteurs de l'infraction sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude laquelle ou lesquelles de ces personnes a été effectivement l'auteur de cette infraction ou lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la participation de l'une ou de l'autre de ces personnes.

Par contre, la responsabilité subsidiaire ne se déclenche pas:

- aa) lorsque l'auteur a pu être déterminé, mais il ne peut pas ou il ne peut plus être poursuivi à cause de son décès, ou parce qu'il ne peut plus être puni, à cause de son irresponsabilité totale (art. 10 CPS), de l'existence d'une erreur de fait (art. 19 CPS) ou d'une erreur de droit (art. 20 CPS) ou d'une motif justificatif (comme par exemple en application des articles 32, 33 ou 34 CPS);
- bb) lorsque l'auteur d'une infraction principale, par exemple la violation de normes de protection de l'environnement, n'a pas pu être identifié avec certitude, mais qu'un dirigeant de l'entreprise qui a omis de prévoir et de mettre en oeuvre les installations nécessaires pour la protection contre l'incendie ou contre la pollution a pu être identifié;
- cc) lorsqu'une personne physique a pu être identifiée comme auteur d'un crime ou d'un délit ayant provoqué une catastrophe environnementale qui exerce une fonction mineure⁵⁵ au sein de l'entreprise, soit notamment une personne agissant en qualité de bouc émissaire dans le but de couvrir les responsabilités de dirigeants placés à des niveaux plus élevés⁵⁶.

8.3. *Manque d'organisation de l'entreprise*⁵⁷

8.3.1 L'organisation interne de l'entreprise est déficitaire d'après le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS, lorsqu'elle constitue la cause de l'impossibilité d'imputer un crime ou un délit à une personne physique déterminée. Par contre, lorsque le défaut d'organisation a rendu possible ou facilité la

⁵⁵ Nous parlons à ce propos de la "clause Schweizerhalle" faisant référence à la condamnation d'un employé subalterne d'une grande industrie chimique de Bâle en relation à la pollution désastreuse du Rhin (voir protocole de la Commission juridique du conseil des États, séance du 11/13 août 1999, p. 160), décrite par LÜTOLF Sandra, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Zurich 1997.

⁵⁶ Il s'agit de "l'effet Winkelried"; pour le neutraliser, il a été proposé une solution fondée sur l'équité (ROTH 2001, p. 95), c'est-à-dire sur un principe dont l'application en droit pénal paraît tout au moins discutable.

⁵⁷ "mangelhafte Organisation"; "carente organizzazione interna".

consommation d'un crime ou d'un délit au sein de l'entreprise, c'est sa responsabilité principale d'après le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS qui se déclenche, mais ceci seulement dans le cas des infractions mentionnées d'une façon exhaustive par le deuxième alinéa de l'art. 100^{quater} CPS.

Les défauts suivants font partie de la catégorie des défauts d'organisation au sens du premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS:

- a) structures d'organisation qui n'ont pas été décrites d'une façon suffisamment claire, notamment en ce qui concerne la délégation de compétences;
- b) contrôle interne inexistant ou insuffisant;
- c) cahiers de charges ("*Pflichtenhefte*"; "*mansionari*") inexistantes ou insuffisantes;
- d) verbalisation inexistante ou insuffisante des délibérations des organes décisionnels, notamment du conseil d'administration et de la direction, ainsi que des résolutions et des décisions qui s'en suivent;
- e) inexistence ou insuffisance des règles sur la base desquelles il est possible d'établir qui a établi un document comptable⁵⁸ ou d'une autre nature (art. 962 CO; art. 7 LBA) et par conséquent qui en est le responsable;
- f) absence ou insuffisance de règles concernant la mise à jour et la vérification du caractère adéquat des normes et des structures mentionnées ci-dessus.

8.3.2 Le "*défaut d'organisation interne*" déclenche la responsabilité subsidiaire de l'entreprise, dans le cas où elle a été maintenue ou tolérée intentionnellement ou par négligence.

Cette "*faute d'organisation*" doit être appréciée par rapport au défaut d'organisation en tant que tel. Elle ne doit pas être appréciée, du moins principalement, par rapport au crime ou au délit qui a été commis.

9. Nature de l'infraction principale connexe à la responsabilité subsidiaire prévue par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS

9.1. Alors que la responsabilité principale de l'entreprise se déclenche exclusivement en rapport avec les crimes qui ont été mentionnés d'une façon spécifique et exhaustive par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS, il suffit d'un crime ou d'un délit commis intentionnellement ou par négligence pour que la responsabilité subsidiaire prévue par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS s'applique.

9.2. Évidemment, dans la catégorie des infractions que nous appellerons principales rentrent non seulement les crimes et les délits punissables d'après le Code pénal suisse, mais aussi tous les crimes et les délits, commis intentionnellement ou par négligence, qui sont punissables selon les nombreuses lois fédérales qui prévoient une peine privative de liberté, mais au moins la détention, en cas de violation d'une obligation légale. En effet, ne sont exclues

⁵⁸ BOSSHARD Ernst, Die kaufmännische Buchführung, Zürcher Kommentar, Zurich 1984, Art. 962 Nr. 30 ss.

des infractions prévues par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS que les contraventions, c'est-à-dire, les infractions qui d'après l'article 101 du Code pénal suisse ne sont punissables que par l'amende ou par les arrêts.

9.3. Du fait que le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS ne spécifie pas et ne prévoit aucune limitation des catégories des "crimes et délits", la responsabilité pénale subsidiaire de l'entreprise s'applique aussi en rapport avec les délits qui sont punissables conformément à la législation fédérale et cantonale concernant les impôts directs et indirects, les redevances douanières et les primes pour assurances sociales⁵⁹.

9.4. En général, n'entrent en ligne de compte que les crimes et délits commis au sein d'une entreprise par les membres de ses organes ou par ses employés au préjudice de tierces personnes physiques ou morales, de nature privée ou publique. En revanche, si, au contraire, la partie ayant subi un dommage n'est que l'entreprise elle-même, la question de savoir si la responsabilité pénale de l'entreprise s'applique est discutable.

9.5. Si le crime ou le délit principal est prescrit (art. 70 CPS), la responsabilité pénale de l'entreprise est exclue, et cela en vertu de la formulation prévue par le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS, selon lequel "le crime ou le délit est imputé à l'entreprise" ("*dem Unternehmen zugerechnet*", "*ascritto all'impresa*"). En effet, le premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS ne prévoit aucune réglementation spéciale concernant la prescription de l'action pénale ou la prescription de la peine.

9.6. Si l'infraction principale n'est punissable que sur plainte déposée par la victime (art. 29 CPS), comme par exemple dans le cas de violation de secrets professionnels ou d'affaires, d'infractions contre le patrimoine commises au préjudice d'un membre de la famille, d'infractions contre l'honneur, la responsabilité pénale de l'entreprise s'applique uniquement si la plainte a été déposée en respectant le délai de trois mois et par la personne légitimée.

9.7. Infraction commise dans l'exercice d'activités commerciales conformes au but de l'entreprise

Cette limitation explicite concernant les infractions principales prévues par le premier alinéa ainsi que par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS a pour but d'exclure la responsabilité pénale de l'entreprise dans le cas d'infractions qui sont totalement étrangères à l'activité de l'entreprise en question et qui n'ont aucun rapport avec les risques qui sont typiquement liés à cette activité.

Cela ne signifie pas qu'il ne peut s'agir que d'infractions de caractère économique, patrimonial ou commercial ou bien d'infractions qui rentrent dans la catégorie des activités déployées dans l'intérêt de l'entreprise. Par exemple, si la gestion d'une école fait aussi partie de l'activité d'une entreprise, des abus de caractère sexuel de la part d'un enseignant tomberont dans les

⁵⁹ Évidemment, dans la mesure où cette responsabilité n'est pas déjà prévue par des normes en vigueur, comme par exemple l'article 181 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct ainsi que l'article 57 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs et les normes dont l'application est tributaire aux cantons.

risques d'entreprises typiques de cette activité, ce qui évidemment ne sera pas le cas pour l'activité d'une entreprise commerciale.

Par conséquent, à titre d'exemple, parmi les crimes et les délits intentionnels ou par négligence qui peuvent entraîner la responsabilité subsidiaire de l'entreprise, nous pourrions imaginer les infractions suivantes:

- a) dans les entreprises industrielles:
infractions contre l'intégrité de la personne, comme par exemple l'homicide (art. 117 CPS) et les lésions corporelles (art. 125 CPS) par négligence, la mise en danger des personnes à cause de la violation de normes de protection (art. 227 ss. CPS), incendie par négligence (art. 224 CPS) ou infractions contre les normes de protection de l'environnement⁶⁰;
- b) dans les entreprises de transport⁶¹:
infractions commises par négligence au préjudice de la sécurité de personnes ou au préjudice de la sécurité des transports (art. 237 ss. CPS) ou infractions contre les normes de la Loi fédérale sur la circulation routière;
- c) dans les hôpitaux ou dans les maisons de retraite médicalisée (EMS):
infractions par négligence contre la vie et l'intégrité corporelle dues, par exemple, en raison de fautes médicales dans l'établissement du diagnostic ou dans le cadre de la thérapie;
- d) dans les entreprises de construction, études d'ingénieurs et études d'architectes:
infractions par négligence au préjudice de la vie ou de l'intégrité des personnes (art. 117, art. 125 CPS) ou de mise en danger en raison de violations des normes professionnelles de protection (art. 227 ss. CPS);
- e) dans les compagnies d'assurance, banques, sociétés financières et fiduciaires, commerçants de valeurs mobilières, gérants de patrimoine, caisses de pension:
infractions contre le patrimoine, faux dans les titres (art. 251 CPS), comme par exemple des bilans, comptes de perte et profit, pièces de comptabilité, actes de gage, relevés de comptes, etc., insider trading (art. 161 CPS), manipulations de cours (art. 161^{bis} CPS), blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CPS), défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} CPS), infractions informatiques (art. 143 ss. CPS), financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CPS), infractions à la Loi fédérale sur les banques, à la loi fédérale sur les fonds d'investissement, à la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, à la Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées, à la Loi fédérale sur le blanchiment et aux normes professionnelles connexes⁶²;

⁶⁰ BRUNNER Ursula, Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung im Umweltrecht, in: RDS NF 123, II, 2004, p. 307.

⁶¹ JEANNERET Yvan, La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, in: AJP/PJA 8/2004, pp. 917 ss.

⁶² ROTH Monika, Die Standesregeln der Schweizer Banken und ihre Relevanz für eine Haftung aus Vertrag und Delikt, Basel 2004; ZUFFEREY Jean-Baptiste, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière: thèses pour un état des lieux en droit suisse, in: RDS/ZSR 123, II, (2004), pp. 479-611.

- f) dans les entreprises d'audit:
infractions à la nouvelle Loi fédérale sur la surveillance des sociétés de révision dont les infractions punissables d'après son article 42 constituent des délits, ce qui peut entraîner l'application de l'article 100^{quater} CPS dans le cas où l'un de ces délits ne pourrait être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation d'une entreprise exerçant l'activité de la révision⁶³;
- g) dans les entreprises commerciales:
corruption de fonctionnaires suisses ou étrangers (art. 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} CPS), escroquerie (art. 146 CPS), abus de confiance (art. 138 ss. CPS), gestion déloyale (art. 158 CPS), falsification de factures, de la comptabilité ou du bilan (art. 251 CPS), banqueroute frauduleuse (art. 163 CPS), mauvaise gestion (art. 165 CPS), infractions informatiques (art. 143 ss. CPS), concurrence déloyale, infractions à la législation fédérale sur les modèles, sur les brevets et sur les marques de fabrique, violation du secret d'affaire (art. 162 CPS), fausses informations sur les sociétés commerciales (art. 152 CPS), violation de la législation sur les cartels;
- h) dans les entreprises d'information:
violation de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale, discrimination raciale (art. 261^{bis} CPS), pornographie (art. 197 CPS), représentation de la violence (art. 135 CPS), calomnie (art. 174 CPS), diffamation (art. 173 CPS), injure (art. 177 CPS), publication de débats officiels secrets (art. 293 CPS), de secrets professionnels (art. 321 CPS) et de secrets de fonction (art. 320 CPS)⁶⁴.

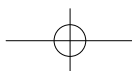
10. Auteurs de l'infraction principale d'après le premier alinéa et le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS

Parmi les infractions prévues par le premier et par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS figurent les crimes et les délits qui ont été commis "au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts". Par conséquent, les auteurs de ces infractions appartiennent nécessairement au cercle des personnes qui sont liées à l'entreprise sur la base du droit des sociétés ou sur la base de liens contractuels, c'est-à-dire:

- a) les normes concernant les organes de l'entreprise, c'est-à-dire du conseil d'administration, de la direction et de l'organe de révision externe.
Parmi les membres d'organes, en font partie toutes les personnes qui remplissent les conditions formelles de nomination et, le cas échéant, sont inscrites au Registre du commerce, mais aussi tous les membres factuels, c'est-à-dire toutes les personnes qui exercent des pouvoirs décisionnels et

⁶³ Cf. chiffre 2.5.8 du Message du conseil fédéral du 23 juin 2004 concernant la révision du CO et la loi sur la surveillance des réviseurs.

⁶⁴ L'article 100^{quater} CPS s'applique subsidiairement par rapport aux articles 27 et suivants CPS et à l'article 322^{bis} CPS concernant la responsabilité en cascade dans le domaine des médias.



qui donnent des instructions sans être formellement membres d'un organe déterminé, dans lequel en réalité ils exercent, totalement ou partiellement, le contrôle ou au moins une influence;

- b) toutes les personnes qui sont liées à l'entreprise sur la base d'un contrat de travail ainsi que d'un contrat de mandat, notamment dans le cadre de l'accomplissement de fonctions exercées à l'extérieur de l'entreprise (outsourcing), par exemple pour la tenue de la comptabilité, pour la gestion des données informatisées ou pour l'exercice de la fonction de compliance.

Du point de vue de l'application de l'article 100^{quater} CPS, la stabilité et la durée d'un rapport contractuel ainsi que l'intensité de l'implication d'une personne déterminée avec l'activité d'une entreprise déterminée apparaissent déterminants.

En vertu de la formulation explicite "au sein d'une entreprise" plutôt que de la formulation "pour ou dans l'intérêt d'une entreprise", l'architecte ou l'avocat ne tombent pas dans ce cercle de personnes, parce qu'il leur fait défaut, en raison de la liberté décisionnelle exercée dans le cadre de leur profession libérale, la condition de dépendance hiérarchique et organisationnelle à l'égard des organes décisionnels de l'entreprise.

Deuxième Partie: Risques légaux pour l'entreprise

11. Risques liés à la procédure pénale ouverte en application de l'article 100^{quater} CPS

11.1. *Introduction*

En général, lorsque nous parlons de risques légaux, nous avons tendance, d'une part, à amplifier le risque lié à l'application de sanctions et, d'autre part, à sous-estimer les risques liés à la procédure pénale qui précède l'application éventuelle de sanctions.

Avant tout, il ne faut pas négliger que, assez souvent, des procédures pénales ouvertes à cause d'infractions liées à la délinquance économique, font l'objet d'ordonnances de classement pour défaut de preuves suffisantes ou en raison de l'absence d'éléments constitutifs de l'infraction qui faisaient l'objet des hypothèses de l'accusation au début de la procédure pénale. C'est aussi pour cette raison qu'il faut distinguer les risques liés à la procédure pénale des risques liés à l'application des sanctions.

11.2. *Diffusion de renseignements secrets*

Toute entreprise est tenue à garder le secret sur les nombreux renseignements qui concernent son activité ainsi que l'activité déployée dans l'intérêt

de clients ou de tierces personnes. Il s'agit notamment de tous les renseignements qui sont protégés par un secret dont la violation est sanctionnée par la loi, notamment le secret d'affaires (art. 162 CPS ainsi que l'art. 6 LCD) ainsi que les secrets prévus expressément dans le secteur bancaire et financier (art. 47 LB et l'art. 43 LBVM). Mais il y a aussi toute une série de renseignements que chaque entreprise protège jalousement notamment pour des raisons de concurrence. Ces renseignements peuvent être révélés dans le cadre d'une procédure pénale à la suite des interrogatoires des membres des organes d'une entreprise ainsi que de ses employés, mais aussi lors de perquisitions tendant au séquestre ou à la remise de données archivées sous support papier ou informatique. Même toute la correspondance interne par voie électronique – comme il l'a été démontré clairement dans le cas Enron-Arthur Andersen – peut faire l'objet d'une ordonnance de séquestre de la part des autorités pénales.

11.3. Séquestre du produit de l'infraction

La confiscation d'après l'article 59 CPS représente une mesure qui peut être adoptée par le juge pénal qui statue sur le fond au sujet de l'application de l'amende prévue par l'article 100^{quater} CPS (cf. chapitre 13). Par conséquent, l'autorité judiciaire chargée de l'enquête a la faculté de procéder au séquestre de biens et d'avoirs pouvant être soumis à la confiscation. En application de l'article 59 CPS, préalablement aux mesures de séquestre, l'autorité judiciaire pénale peut procéder à des mesures destinées à permettre l'exécution d'une éventuelle décision de confiscation prononcée par le Tribunal pénal compétent, en Suisse ou à l'étranger.

11.4. Coûts liés à la procédure pénale

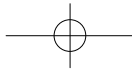
D'après l'article 100^{quinquies} CPS⁶⁵, une entreprise impliquée dans une procédure pénale visant à l'application de l'article 100^{quater} CPS a la possibilité d'être représentée. La doctrine s'est empressée de souligner les futures difficultés d'application de l'article 100^{quinquies} CPS, dues au fait que les règles de

⁶⁵ Le texte de l'article 100^{quinquies} CPS, concernant la procédure pénale qui est aussi en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003, est le suivant:

¹ En cas de procédure pénale dirigée contre l'entreprise, cette dernière est représentée par une seule personne, qui doit être autorisée à représenter l'entreprise en matière civile sans aucune restriction. Si, au terme d'un délai raisonnable, l'entreprise ne nomme pas un tel représentant, l'autorité d'instruction ou le juge désigne celle qui, parmi les personnes ayant la capacité de représenter l'entreprise sur le plan civil, représente cette dernière dans la procédure pénale.

² La personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale possède les droits et les obligations d'un prévenu. Les autres représentants visés à l'al. 1 n'ont pas l'obligation de déposer en justice.

³ Si une enquête pénale est ouverte pour les mêmes faits ou pour des faits connexes à l'encontre de la personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale, l'entreprise désigne un autre représentant. Si nécessaire, l'autorité d'instruction ou le juge désigne un autre représentant au sens de l'al. 1 ou, à défaut, un tiers qualifié.



procédure contenues dans cette norme sont insuffisantes⁶⁶, tout en s'efforçant de mettre à disposition quelques points de repère⁶⁷.

De toute façon, ce qui ressort très clairement de cette nouvelle disposition, c'est que l'activité de représentation de l'entreprise accusée sera source de coûts liés à la nécessité incontournable de l'entreprise de s'adresser à un avocat bien expérimenté dans ce domaine. Dans le cadre d'une condamnation, l'entreprise devra supporter surtout l'amende définitive. En cas de classement ou d'acquiescement, l'entreprise pourra demander que ses coûts soient indemnisés par l'Etat. Mais, d'une part, les procédures d'indemnisation sont encore assez rudimentaires ainsi que la pratique y relative. D'autre part, il faut rappeler que la jurisprudence récente du Tribunal fédéral⁶⁸ ne s'est pas montrée généreuse car le Tribunal fédéral a décidé que les indemnités peuvent être réduites dans le cas où des fautes, reconnues non seulement dans le cadre de la procédure pénale, mais aussi au niveau du droit civil, peuvent être imputables au demandeur. Il est facile d'imaginer que, même en cas de classement ou d'acquiescement, une procédure pénale aura mis en avant des insuffisances et des défauts d'organisation, ce qui pourrait permettre à l'autorité compétente de réduire l'ampleur des indemnités dans une mesure importante.

Sont aussi des coûts de procédure ceux qui sont liés aux expertises ordonnées par le juge ou celles mandatées par l'entreprise. En effet, il est facile de prévoir que l'audience de l'autorité judiciaire pénale se transformera en bataille dans laquelle s'affronteront notamment les experts d'organisation d'entreprise, lesquels seront appelés à se prononcer sur la compatibilité de l'organisation de l'entreprise en question avec les obligations prévues par l'article 100^{quater} CPS ainsi que sur l'efficacité des mesures de mise en oeuvre. Il s'agit typiquement de questions de caractère très spécifique, qui demandent des connaissances approfondies dans un domaine très spécialisé, dans lequel les juristes, même expérimentés dans ce secteur, ne pourront pas se prononcer. Il est aussi facile de prédire que les procédures entamées contre une entreprise feront la une des médias⁶⁹, ce qui obligera les entreprises attaquées à se faire assister par des juristes experts dans le droit des médias⁷⁰ ainsi que – connaissant les faiblesses des mesures légales de protection des personnes attaquées par les médias – par des experts en relations publiques qui sont mieux placés que l'autorité judiciaire civile et pénale pour assurer la protection des droits de la personnalité.

⁶⁶ Voir BERTOSSA Bernard, De quelques problèmes pratiques de mise en oeuvre, in: L'Expert-Comptable Suisse no. 7/juin-juillet 2003, édition spéciale, pp. 27 ss.

⁶⁷ SCHMID Niklaus, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: Recht 2003 Heft 6, pp. 201 ss.

⁶⁸ ATF BK.K 006/04 du 6.7.2004, cons. 4.2. ss.

⁶⁹ "Certainly the media should expose corporate wrongdoing. But the competitive nature of the new business often causes them to seek sensation over substance", Golin AI, Trust or Consequences, New York 2004, p. 17.

⁷⁰ JOSITSCH Daniel, Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, in: RPS 122 (2004), pp. 115 ss.

12. Confiscation

L'article 100^{quater} CPS n'ayant pas introduit une nouvelle infraction dans le système juridique pénal suisse, la doctrine a plutôt tendance à considérer que la "faute organisationnelle" qui entraîne la sanction prévue par l'article 100^{quater} CPS ne saurait produire, comme telle, des valeurs patrimoniales⁷¹. Par conséquent, on ne pourrait pas concevoir l'existence même de l'objet de la confiscation prévue par l'article 59 CPS, c'est-à-dire le "produit de l'infraction". Il s'en suit aussi que ne serait pas concevable de confisquer la créance compensatoire prévue par l'article 59 chiffre 2 CPS.

Comme il n'y a d'autres valeurs patrimoniales confiscables que celles en relation avec l'infraction commise par la personne physique, il n'y aurait pas de place pour la confiscation des valeurs patrimoniales qui représentent le produit de l'infraction reprochée à l'entreprise au sein de laquelle a été commise l'infraction par cette même personne physique.

D'un autre côté, il faut rappeler la doctrine⁷² d'après laquelle l'entreprise qui profite du produit de l'infraction commise par une personne physique ne pourrait pas se prévaloir d'une acquisition faite de bonne foi. Par conséquent, cette entreprise n'est pas protégée contre la confiscation. Ainsi, l'entreprise au sein de laquelle une infraction aurait été commise serait exposée, d'une part à la condamnation au paiement de l'amende et, d'autre part, à la confiscation du produit de l'infraction que cette même entreprise a obtenu grâce à l'infraction ou à la confiscation liée à la créance compensatrice prévue par l'art. 59 chiffre 2 CPS.

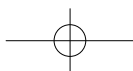
13. Condamnation au paiement d'une amende

13.1. Généralités

D'un point de vue systématique, la norme est mal rédigée. En effet, la sanction de l'amende n'a été mentionnée qu'à la fin du premier alinéa de l'article 100^{quater} CPS. Cependant, il est indiscutable que la sanction de l'amende s'applique aussi à la responsabilité principale ou solidaire prévue par le deuxième alinéa de l'article 100^{quater} CPS.

⁷¹ SCHMID Niklaus, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: RECHT 2003, p. 221; du même avis MACALUSO Alain, La responsabilité pénale de l'entreprise. Principes et commentaires des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS, Zurich 2004, p. 174. Contra, mais en relation avec la rédaction précédente de l'article 100^{quater} CPS, PIOTET Denis, Le tiers protégé face à la confiscation pénale et la punissabilité de la personne morale, in: Festschrift Niklaus Schmid, Zürich 2001, pp. 217 ss.

⁷² SCHMID Niklaus (Hrsg.), Kommentar, Geldwäscherei, Einziehung, Organisierte Kriminalität, Zurich 1998, p. 91, N. 20.



13.2. Critères de détermination de l'amende

Dans la fixation du montant de l'amende, le juge tiendra compte des critères ordinaires prévus par les Dispositions Générales du Code pénal, notamment par l'article 63 CPS ainsi que par les normes concernant l'atténuation de la peine. A ce propos il faut notamment rappeler que la révision approuvée le 13 décembre 2002 a maintenu à l'article 47 les critères mentionnés par l'article 63 CPS.

En particulier, ainsi que le prévoit expressément la lettre de l'alinéa 3 de l'article 100^{quater} CPS, le juge tiendra compte de la gravité de l'infraction, in abstracto et in concreto, de la gravité du manque d'organisation, de la gravité du dommage causé, c'est-à-dire de la gravité de l'atteinte au bien juridique protégé ou de la mise en danger de ce bien juridique, ainsi que de la capacité économique de l'entreprise, en prenant en considération notamment son chiffre d'affaires, son bénéfice, ses actifs et ses passifs.

Le maximum de trois cent soixante jours-amende prévu par le nouvel article 34 alinéa 1 nCPS pourra être dépassé, parce que le maximum total de l'amende a été prévu d'une façon explicite par l'article 100^{quater} CPS.

13.3. Mesures de contrainte en cas de non-paiement de l'amende

Dans le cas où l'amende n'aurait pas été payée, totalement ou partiellement, après l'expiration du délai imposé par le jugement, elle fera l'objet de la poursuite pour dettes. Il faut rappeler que la voie de la faillite, en application de l'article 43 chiffre 1 LP, n'est pas ouverte. Aucune des personnes associées à n'importe quel titre à l'entreprise ne pourra faire l'objet de la poursuite, sauf dans le cas d'une entreprise en raison individuelle, du fait de la confusion juridique du patrimoine du chef de la maison avec le patrimoine de l'entreprise.

14. Publication du jugement

D'après l'article 61 CPS, si l'intérêt public ou celui du lésé ou l'intérêt de celui qui a le droit de porter plainte l'exige, le juge ordonnera la publication du jugement aux frais du condamné. Au stade actuel, nous pouvons au moins émettre l'hypothèse que la condamnation d'une entreprise en application de l'article 100^{quater} CPS pourrait toucher des intérêts si importants que le juge pourrait ordonner la publication du jugement. Cette mesure étant prévue dans les Dispositions Générales du Code pénal suisse, nous ne pouvons pas exclure à priori qu'elle soit applicable aussi à une entreprise dont la condamnation serait prononcée en application de l'article 100^{quater} CPS.

En réalité il est facile d'imaginer qu'un tel jugement, ne serait-ce qu'à cause de la nouveauté de la norme, trouverait certainement une large diffusion

médiatique indépendamment de la décision du tribunal d'appliquer l'article 61 CPS.

15. Dommages à la réputation

Dans un milieu économique caractérisé, d'une part, par une concurrence toujours plus accrue et, d'autre part, par une médiatisation acharnée à l'égard de laquelle les moyens de protection de la personnalité sont de moins en moins efficaces⁷³, la réputation d'une entreprise acquiert de plus en plus d'importance. La doctrine s'en est aperçue⁷⁴ jusqu'à énumérer la réputation parmi les "strategic assets" de la banque. Mais, dans la pratique, cette conviction n'a pas encore réussi à s'affirmer suffisamment – preuve en est que la dénomination de "Cinderella asset" est utilisée – ce qui pourrait constituer une faiblesse supplémentaire pour une entreprise en cas d'implication dans une procédure basée sur l'article 100^{quater} CPS.

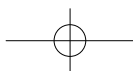
Le praticien peut constater assez souvent l'ampleur des dommages à la réputation d'une entreprise liés directement ou indirectement à l'importance médiatique⁷⁵ de l'ouverture d'une procédure pénale et même administrative (p. ex. fiscale, douanière, ou pour violation de normes sur la concurrence, sur les cartels, etc.), ou, encore pire, d'une condamnation concernant les membres des organes d'une entreprise: fuite de clients actuels ou potentiels, déstabilisation des cadres et des employés, attitude plus critique et restrictive des autorités, etc. Pour ne citer que quelques exemples concrets:

- a) une procédure liée à la corruption peut conduire à l'enregistrement de l'entreprise en question dans des "listes noires", p. ex. celle diligentée par la Banque Mondiale, ou jusqu'à exclure l'entreprise concernée des procédures d'appel d'offres;
- b) une procédure menée contre une banque peut motiver une vérification de la garantie d'activité irréprochable par la Commission fédérale des banques ou l'attribution à une catégorie de rating moins favorable;
- c) une procédure menée contre une entreprise qui est cliente d'une banque peut entraîner la dénonciation d'un crédit avec demande de remboursement ou l'attribution à une catégorie de risque plus élevée d'après l'article 7 de l'Ordonnance antiblanchiment de la Commission fédérale des banques.

⁷³ HAUSHEER/HEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage, in: RECHT 4/2004, pp. 129 ss.

⁷⁴ LARKING Judy, Strategic Reputation Risk Management, New York, 2003; RAYNER Jenny, Managing Reputational Risk, New York 2003; NELLI/BENSI, L'impresa e la sua reputazione, Milano 2003.

⁷⁵ "...bereits der Verdacht extrem rufschädigend sein kann und regelmässig Auswirkungen auf die finanzielle Situation des Unternehmens hat", PIETH Mark, Nichtstrafrechtliche Mittel zur Prävention und Repression von Wirtschaftskriminalität, in: Bolle/Steffen, La criminalité financière - Finanzkriminalität - Financial Crimes, Basel 2002, pp. 73-79.



16. Responsabilité civile pour les dommages-intérêts en faveur des victimes en application de l'article 100^{quater} CPS⁷⁶

Dans le cas où un dommage est en relation de causalité avec un défaut d'organisation prévu par l'article 100^{quater} CPS, la condamnation de l'entreprise pourrait être utilisée dans le but de démontrer le caractère illicite de l'omission d'après la définition prévue par les articles 41 et 55 CO.

Dans le cas où l'autorité judiciaire pénale aurait constaté un défaut d'organisation d'après la définition prévue par l'article 100^{quater} alinéa 2 CPS, l'employeur ne pourrait se disculper en prouvant qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour éviter le dommage causé par ses travailleurs ou que sa diligence n'aurait pas empêché le dommage de se produire selon l'article 55 alinéa 1 CO.

Par exemple, le défaut d'organisation constaté par l'autorité judiciaire pénale en rapport avec la commission d'un acte de blanchiment d'argent au sein d'une entreprise d'après l'article 305^{bis} CPS, pourrait donner lieu à l'obligation de réparation du dommage causé par le blanchiment. En effet, selon un principe établi par le Tribunal fédéral, l'auteur du blanchiment d'argent est tenu de réparer le dommage causé à la victime de l'infraction préalable au blanchiment⁷⁷.

17. Blanchiment d'argent en rapport avec l'article 100^{quater} CPS

17.1. Punissabilité pour le chef de blanchiment du produit de l'infraction (art. 305^{bis} CPS)

D'une part, la punissabilité du blanchiment d'argent présuppose l'existence d'une infraction principale dont le produit peut faire l'objet d'un acte de blanchiment. D'après la doctrine⁷⁸, le défaut d'organisation en tant que tel ne saurait produire de valeurs patrimoniales qui seraient susceptibles de constituer l'objet d'une action de blanchiment.

D'autre part, l'article 100^{quater} CPS n'a pas institué une nouvelle infraction, il se borne en effet à prévoir expressément que c'est l'infraction commise par la personne physique qui est imputée à l'entreprise. Par conséquent, à défaut d'une nouvelle infraction, la question de savoir si le comportement puni par l'article 100^{quater} CPS constitue un crime ou un délit, c'est-à-dire une infraction préalable et principale par rapport à l'infraction punie par l'article 305^{bis} CPS,

⁷⁶ CHAPPUIS Benoît, Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence, in: Semaine Judiciaire, 2000, II, p. 304.

⁷⁷ ATF 6S.22/2003 du 8 septembre 2003. Voir l'analyse contenue dans ROTH Monika, Die Standesregeln der Schweizer Banken und ihre Relevanz für eine Haftung aus Vertrag und aus Delikt, Basel 2004, pp. 216 ss.

⁷⁸ SCHMID Niklaus, Strafbarkeit des Unternehmens: Die prozessuale Seite, in: RECHT 2003, p. 221.

ne se pose pas. En revanche, il est évident que si l'une des infractions commises par une personne physique au sein d'une entreprise appartient à la catégorie des crimes et des délits qui "produisent" des valeurs patrimoniales, celui qui aura commis les actes énumérées par l'article 305^{bis} CPS concernant l'objet de ces infractions principales, peut être punissable pour le chef de blanchiment d'argent.

17.2. *Obligation de blocage et de communication concernant le produit d'un crime (art. 9 et 10 LBA)*

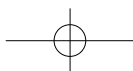
Mutatis mutandis il y a lieu d'appliquer aux articles 9 et 10 LBA les principes exprimés au sujet de l'application de l'article 305^{bis} CPS en relation avec l'article 100^{quater} CPS (voir chapitre 17.1.). Par conséquent, nous ne pouvons pas parler de mesures de prévention de blanchiment d'argent stricto sensu en relation directe et exclusive avec la responsabilité de l'entreprise telle qu'elle est prévue par l'article 100^{quater} CPS.

17.3. L'Accord signé entre l'UE et la Suisse le 26 octobre 2004 pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale prévoit la coopération entre les autorités judiciaires et administratives dans le domaine de la fiscalité indirecte, mais aussi dans le cadre des procédures menées contre le blanchiment du produit de ces infractions, a été appelé "blanchiment d'après le droit de l'UE" ("Geldwäscherei nach EU-Recht"). Pour ce type de blanchiment, l'application de l'article 100^{quater} CPS est exclue, ainsi qu'il l'a été prévu par le Rapport du 18 août 2004 accompagnant cet Accord dans la procédure de consultation, qui prévoit ce qui suit: "Schliesslich machen sich die Finanzintermediäre auch nicht strafbar im Sinne von Art. 100^{quater} StGB, wenn sie organisatorische Vorkehren gegen die Geldwäscherei nach EU-Recht unterlassen" (cf. page 7). La création d'un statut juridique différent de celui en vigueur lié au blanchiment "de droit suisse" apparaît discutable pour plus d'une raison. Le Message du 1.10.2004 n'a plus repris ce thème, qui n'a pas été discuté au Parlement en décembre 2004: ce sera au juge pénal de trancher en appliquant le principe de la double punissabilité abstraite.

18. Admission de demandes d'entraide étrangères relatives à des procédures ouvertes à l'étranger contre des entreprises

18.1. *Principe de double punissabilité*

Ce principe est reconnu par les accords internationaux ratifiés par la Suisse et il est prévu expressément par l'article 64 alinéa 1^{er} LEIMP, selon lequel toutes les mesures d'exécution des demandes d'entraide qui impliquent la contrainte prévue par le droit de procédure nationale (p. ex. la perquisition et



le séquestre, la convocation d'un témoin, la levée du secret bancaire, etc.) ne peuvent être ordonnées que si l'état des faits exposés dans la demande d'entraide correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse. L'article 100^{quater} CPS introduit une nouvelle forme de responsabilité pénale concernant les entreprises. Ainsi, dès son entrée en vigueur, des demandes d'entraide provenant de l'étranger relatives à des procédures menées par les autorités étrangères contre des entreprises pourront être acceptées. L'interdiction de l'effet rétroactif des sanctions pénales n'étant pas applicable aux normes de procédure ni à celles – par ailleurs ressortant du droit administratif – de l'entraide internationale, il s'ensuit qu'une demande d'entraide concernant une procédure étrangère entamée contre une entreprise serait admissible même si l'infraction aurait été commise avant l'entrée en vigueur de l'article 100^{quater} CPS.

18.2. *La possibilité d'accorder l'entraide judiciaire relative à des procédures pénales menées à l'étranger contre des entreprises a été prévue d'une façon explicite par les accords internationaux suivants:*

18.2.1 Par le Deuxième Protocole additionnel de la Convention européenne concernant l'entraide internationale en matière pénale (art. 1 al. 3) ainsi que par les Accords complémentaires ratifiés par la Suisse avec l'Allemagne, l'Autriche, la France et l'Italie;

18.2.2 Par l'Accord concernant la coopération entre l'UE et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers signé le 26 octobre 2004, dont l'article 26 chiffre premier lettre c prévoit expressément:

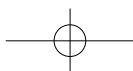
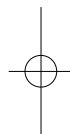
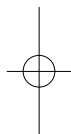
"L'entraide judiciaire est également accordée:

c. pour des faits ou des infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale de la Partie contractante requérante".

Par conséquent, parmi les risques légaux auxquels est soumise une entreprise déployant son activité sur le territoire suisse, il faut dorénavant aussi compter avec l'exécution de demandes d'entraide provenant de pays membres de l'Union Européenne concernant des procédures ouvertes dans ces pays suite à des infractions à la législation sur les impôts indirects, notamment la fraude fiscale, la soustraction fiscale, la contrebande, le blanchiment de produits de la fraude fiscale grave ainsi que de la contrebande exercée par métier;

18.2.3 Par la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997.

18.3. Des entreprises accusées à l'étranger, ayant leur siège et/ou leur activité en territoire étranger et/ou en territoire suisse, peuvent faire l'objet de l'exécution de demandes d'entraides provenant de l'étranger relative à



une procédure ouverte contre l'une de ces entreprises par l'autorité judiciaire étrangère. Nous pouvons songer notamment à l'exemple de sociétés boîte-aux-lettres qui ont été constituées à l'étranger et qui exercent leur activité en territoire suisse, notamment en qualité de titulaires de comptes bancaires ouverts auprès d'une banque en territoire suisse.

Perspectives

Combien de conseils d'administration parmi les centaines de milliers d'entreprises suisses et étrangères soumises à cette nouvelle forme de responsabilité pénale ont déjà porté à l'ordre du jour d'une séance le thème "*risque 100^{quater}*" ? Et combien de Ministères publics et de Juges d'instruction en Suisse ont déjà ouvert une procédure pénale contre une entreprise? La réponse nous permettrait d'évaluer l'impact de la norme sur la réalité économique au niveau de la prévention et de la répression.

D'après des données empiriques – la statistique sur la criminalité économique étant encore le parent pauvre – le peu de réaction depuis le 1er octobre 2003 laisse plutôt penser que cette "révolution normative" ne l'a été que sur le plan dogmatique, au moins jusqu'à aujourd'hui. En présence d'une norme qui n'est pas destinée à un secteur limité, il y a lieu en général de différer de cinq ans le premier bilan intérimaire. Ce ne sera qu'à ce stade que nous disposerons des éléments suffisants permettant d'établir si et dans quelle mesure les objectifs du législateur auront été atteints et d'évaluer l'ampleur des coûts imposés à l'économie.