

Band/Tome

137

RPS

Revue Pénale Suisse

2

RPS

Rivista Penale Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Laurent Moreillon/Mathilde von Wurstemberger
**La reconnaissance mutuelle des décisions pénales
et le principe *ne bis in idem***

Caroline Schär
**Die Beschränkung von Teilnahmerechten
und deren strafprozessuale Folgen**

Joëlle Vuille/André Kuhn
**L'expertise culturelle : une nécessité dans
une procédure pénale moderne ?**

Monika Simmler/Regina Weder
Zum Sinn und Unsinn von Mindeststrafen

Saverio Lembo/Tali Paschoud
**La désignation du représentant de l'entreprise
poursuivie pénalement (art. 112 CPP) :
morceaux choisis**



Stämpfli Verlag

Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

St. Trechsel, Prof., Bern – *R. Roth*, Prof., Genève – *A. Donatsch*, em. Prof., Unterengstringen – *P.-H. Bolle*, Prof., Neuchâtel – *K.-L. Kunz*, Prof., Bern – *M. Pieth*, Prof., Basel – *F. Riklin*, Prof., Freiburg – *J.-B. Ackermann*, Prof., Luzern – *L. Moreillon*, Prof., Lausanne – *H. Vest*, Prof., Bern – *A. Kuhn*, Prof., Neuchâtel – *M. A. Niggli*, Prof., Freiburg – *W. Wohlers*, Prof., Basel – *U. Cassani*, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. *Wolfgang Wohlers*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – *B. Bouloc*, Prof., Paris – *R. Moos*, Prof., Linz – Dr. *M. Rutz*, a. Obergerichtsschreiberin, Liestal – *M. Schubarth*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *F. Sgubbi*, Prof., Bologna – *M.-A. Beernaert*, Prof., Louvain – *W. Perron*, Prof., Freiburg i. Br.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 194.– Ausland Fr. 209.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 174.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.
Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Saverio Lembo, Genève

Tali Paschoud, Genève

La désignation du représentant de l'entreprise poursuivie pénalement (art. 112 CPP) : morceaux choisis

I. Introduction¹

Alstom en 2011, Stanford Group en 2014 et, plus récemment, Nitrochem et Odebrecht se sont vu condamner sur la base de l'art. 102 CP qui instaure une responsabilité pénale de l'entreprise.

Il n'existe, certes, pas de statistiques officielles concernant le nombre de procédures pénales diligentées contre des personnes morales ou le nombre de condamnations d'entreprises² depuis l'entrée en vigueur en 2003 de cette disposition. Cela étant, la volonté des autorités de poursuite pénale suisses de lutter contre le blanchiment d'argent et la corruption se reflète indéniablement par l'augmentation relativement récente du nombre de procédures pénales visant essentiellement des entreprises d'une certaine envergure³.

Avec l'expérience accumulée, certaines entreprises telles que les banques sont devenues plus ou moins familières avec le déroulement de procédures pénales initiées à leur encontre. Pour d'autres, l'ouverture d'une procédure pénale demeure une *terra incognita*. Tel est notamment le cas lorsque l'entreprise prévenue est confrontée à un premier choix important dans la pratique : qui sera l'interlocuteur du Ministère public durant l'enquête et quelle sera la voix par laquelle elle s'exprimera ?

Si au sein d'une PME le choix peut s'imposer de lui-même lorsque les qualités d'administrateur et d'homme de terrain se confondent en une seule et même personne, la question peut s'avérer plus délicate au sein d'entreprises de plus grande taille.

1 Nous remercions M^e Alexandra Rayroux de son aide précieuse dans la mise en forme de la présente contribution.

2 Pour mémoire, l'inscription des condamnations des entreprises au casier judiciaire a été proposée par le Conseil fédéral mais rejetée par le Parlement en 2016 (cf. Message relatif à la loi sur le casier judiciaire du 20 juin 2014 FF 2014 5525 ss ainsi que les débats du Conseil national du 15 mars 2016 [<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=36931#votum32>]).

3 Article du journal *Le Temps* du 11 novembre 2016 intitulé « Les procureurs fédéraux s'attaqueront davantage aux banques » ; A. Macaluso/A. Garbarski, La responsabilité pénale de l'entreprise après l'arrêt « *La Poste Suisse* », PJA 2017, 99, 100 ; K. Villard, Blanchiment d'argent : la banque face au risque pénal, RSDA 2018, 113, 115.

De plus, lorsque l'administrateur est également prévenu aux côtés de l'entreprise, celle-ci se trouve confrontée à une seconde difficulté, celle de devoir naviguer dans la tempête sans capitaine⁴.

Plusieurs auteurs ont déjà traité du cadre légal et des problématiques pertinentes entourant ce prévenu « pas comme les autres »⁵. La présente contribution propose, quant à elle, un *zoom* sur certaines questions rencontrées dans la pratique lors du choix du représentant de l'entreprise, notamment celle de la désignation de ce dernier par la direction de la procédure.

II. Rappel du mécanisme de l'art. 112 CPP

L'art. 112 al. 1 CPP prévoit qu'en cas de procédure pénale dirigée contre une entreprise, seule une personne peut valablement représenter la société devant les autorités de poursuite pénale.

Le représentant étant une « personnification » de l'entreprise, cette dernière doit s'exprimer – ou se taire – d'une seule voix⁶. Le souhait du législateur est clair : la société ne s'exprime pas par un collègue de mandataires ou par plusieurs individus qui représentent de manière alternative l'entreprise⁷. En pratique, l'on constate toutefois une relative souplesse de la direction de la procédure, consentant parfois à ce que deux personnes se relaient pour assister aux nombreuses audiences d'instruction, principalement lorsque leur objet est l'audition d'autres parties à la procédure.

4 Art. 112 al. 3 CPP ; G. Piquerez/A. Macaluso, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Zurich 2011, 264 s. N 766 ; Y. Jeanneret/G. Droz, La personne morale et l'entreprise en procédure pénale, in : La personne morale et l'entreprise en procédure, F. Bohnet/O. Hari (édit.), Neuchâtel 2014, 65 s. N 20.

5 Jeanneret/Droz (n. 4), 55-76 ; A. Macaluso, La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, éléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS, Lausanne 2004 ; Y. Jeanneret, L'avocat représentant l'entreprise inculpée, in : Défis de l'avocat au XXI^e siècle – mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, V. Jeanneret/O. Hari (édit.), Genève 2008, 441 ss ; M. Heiniger, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB – Die strafrechtliche Erfassung eines wirtschaftlichen Phänomens, Berne 2011, 317 s. N 750 ss.

6 M. Engler, in : Basler Kommentar StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, Art. 112 N 20 s. ; Y. Jeanneret/A. Kuhn, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018, N 7006a ; L. Moreillon/A. Parein-Reymond (édit.), Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, Art. 112 N 1.

7 A. Macaluso, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (édit.), Bâle 2010, Art. 112 N 5 ; PC CPP-Moreillon/Parein-Reymond (n. 6), Art. 112 N 6 ; Piquerez/Macaluso (n. 4), N 764 ; Jeanneret/Droz (n. 4), 64 ; BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 20 s.

C'est en premier lieu l'entreprise elle-même qui désigne son représentant, lequel doit être autorisé « à représenter l'entreprise en matière civile sans aucune restriction » (art. 112 al. 1 CPP)⁸. Le représentant doit donc disposer d'un pouvoir général et non d'un pouvoir spécial ou d'une seule procuration *ad hoc* conférée pour la procédure en question⁹.

Ce pouvoir général peut notamment reposer sur la loi, les statuts, le contrat de société ou encore une décision sociale¹⁰. La doctrine cite comme exemple de personne disposant d'un pouvoir général « l'administrateur d'une société anonyme ou coopérative, l'associé d'une société simple, l'associé gérant d'une société en nom collectif ou d'une société à responsabilité limitée, le membre de la direction d'une fondation, le membre du comité d'une association, le liquidateur ou l'administrateur de la masse en faillite mais aussi un directeur »¹¹ si ses pouvoirs s'étendent à l'ensemble de l'activité de l'entreprise¹². L'assemblée générale ou l'organe de révision n'ont, quant à eux, pas vocation à représenter la société¹³. Par ailleurs, le fait que le représentant ne puisse agir sur le plan civil que collectivement – comme tel est souvent le cas dans les entreprises d'une certaine importance – est sans pertinence du point de vue pénal et ne fait pas obstacle à sa désignation comme représentant de l'entreprise¹⁴.

Il n'est pas nécessaire que le représentant désigné ait assuré une fonction au sein de l'entreprise à l'époque des faits visés par l'enquête pénale ou encore qu'il ait fait partie de l'entreprise au moment de l'ouverture de l'instruction pénale¹⁵. L'élément-clé est qu'il soit habilité à la représenter au moment de sa nomination comme représentant de l'entreprise dans la procédure pénale¹⁶. On peut dès lors imaginer la nomination d'un administrateur dans le seul but d'agir en tant que représentant de l'entreprise dans la procédure pénale. On songera notamment au cas de la société dont l'administrateur unique et les organes de direction revêtent également la qualité de prévenus dans la même procédure.

8 FF 2006 1057, 1146.

9 *Ibidem*; CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 7; PC CPP-Moreillon/Parein-Reymond (n. 6), Art. 112 N 6.

10 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 6; Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 4), N 764; Macaluso (n. 5), N 1185 s.

11 Jeanneret/Droz (n. 4), 65 et les références citées.

12 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 11.

13 *Idem*, N 10; BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 24; Jeanneret/Droz (n. 4), 65.

14 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 8; BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 22 Jeanneret/Droz (n. 4), 65.

15 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 9; BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 36.

16 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 9; BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 36; Jeanneret/Droz (n. 4), 65.

En conséquence – hormis dans le cas prévu par l'art. 112 al. 3 CPP¹⁷ – l'entreprise n'est pas autorisée à désigner un tiers pour la représenter, comme par exemple un mandataire extérieur qui ne participe pas à la formation ou à l'expression de la volonté de la société du point de vue civil¹⁸.

Si l'entreprise ne désigne pas elle-même son représentant, la direction de la procédure doit la mettre en demeure formelle d'y procéder dans un délai raisonnable. La doctrine mentionne un mois¹⁹ ou moins, lorsque l'entreprise doit pouvoir se défendre rapidement, par exemple afin de pouvoir interjeter un recours dans le délai de dix jours contre un séquestre²⁰. La direction de la procédure doit informer l'entreprise des conséquences si elle ne procède pas à la désignation du représentant (art. 112 al. 2 CPP)²¹.

Si l'entreprise ne se conforme pas à cette obligation, la direction de la procédure désigne elle-même le représentant parmi les personnes ayant la capacité de représenter l'entreprise en matière civile (art. 112 al. 2 CPP). Elle doit alors en priorité choisir un représentant du même cercle de personnes que celui visé par l'art. 112 al. 1 CPP. La désignation d'un représentant au seul bénéfice d'un pouvoir limité n'est possible qu'à titre subsidiaire²². En pratique, un tel choix s'avère néanmoins restreint par les pouvoirs dont l'existence a été rendue publique (par exemple une inscription au registre du commerce)²³.

Il appartiendra alors le plus souvent au Ministère public, direction de la procédure lors de l'ouverture de la procédure pénale (art. 61 CPP), de désigner le représentant de la société. Ce pouvoir n'est pas anodin, dans la mesure où il permet purement et simplement à l'autorité de poursuite de désigner sa partie adverse. Comme justement souligné par *Macaluso*, il aurait été préférable de confier ce choix à une autorité neutre, telle que le Tribunal des mesures de contrainte²⁴.

En tout état, l'accord de la personne désignée pour représenter l'entreprise est toujours nécessaire et un refus n'a pas à être justifié²⁵. De plus, la décision de la

17 « 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 doit désigner un autre représentant. Si nécessaire, la direction de la procédure désigne un autre représentant au sens de l'al. 2 ou, à défaut, un tiers qualifié » (art. 112 al. 3 CPP).

18 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 12 ; PC CPP-*Moreillon/Parein-Reymond* (n. 6) ; *Jeanneret/Droz* (n. 4), 65.

19 BSK StPO-*Engler* (n. 6), Art. 112 N 45 ; *Jeanneret/Droz* (n. 4), 67.

20 *Jeanneret/Droz* (n. 4), 66 s.

21 M. A. Niggli/G. Fiolka, in : Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2007, Art. 102a N 52 ; CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 17.

22 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 17 ; PC CPP-*Moreillon/Parein-Reymond* (n. 6), Art. 112 N 11.

23 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 17 ; BSK StPO-*Engler* (n. 6), Art. 112 N 24 s.

24 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 18.

25 BSK StPO-*Engler* (n. 6), Art. 112 N 43, 49 ; *Niggli/Fiolka*, in : BSK StGB I (n. 21), Art. 102a N 50 ; V. Lieber, in : Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (édit.), 2^e éd., Zurich 2014, Art. 112 N 9.

direction de la procédure qui désigne un représentant est une décision sujette à recours devant les instances cantonales (art. 393 ss CPP)²⁶ et, selon toute vraisemblance, jusqu'au Tribunal fédéral. En effet, une telle décision est susceptible de causer un préjudice irréparable au recourant (art. 93 let. a LTF).

Il n'est pas inusuel qu'une procédure pénale soit ouverte, pour des faits connexes, à la fois à l'encontre de l'entreprise et de ses dirigeants (administrateurs ou directeurs)²⁷. Dans cette hypothèse, l'entreprise doit désigner un « *autre représentant* » (art. 112 al. 3 CPP). À nouveau, dans le même ordre, cet autre représentant doit tout d'abord être désigné parmi les personnes disposant d'un pouvoir général en matière civile (tel que prévu à l'art. 112 al. 1 CPP)²⁸. À défaut, la société doit désigner alternativement un « *autre représentant* » (tel que prévu par l'art. 112 al. 2 CPP), à savoir une personne ne disposant que d'un pouvoir limité, ou un « *tiers qualifié* » (art. 112 al. 3 *in fine* CPP)²⁹.

Par « *tiers qualifié* », on entend un employé ou encore un tiers externe, qui n'a jamais été désigné par un organe statuaire³⁰. La doctrine mentionne comme exemple le propriétaire économique ou un représentant légal de l'entreprise qualifié tel un avocat-gérant, un administrateur délégué de l'entreprise³¹ ou encore les membres du conseil d'administration de la société mère, d'une filiale ou d'une société sœur³², à l'exclusion de l'avocat au seul bénéficiaire d'une procuration générale de son mandataire³³.

Si l'entreprise ne se conforme pas à cette obligation, la direction de la procédure désignera elle-même le représentant, selon le même ordre³⁴. Ce cas de figure ne relève pas de la science-fiction. En effet, il n'est pas chose aisée que de trouver une personne disposée à représenter une entreprise à laquelle il serait reproché un comportement criminel ou délictuel. Une telle mission comporte souvent des risques réputationnels potentiellement dissuasifs.

26 BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 50; Jeanneret/Droz (n. 4), 67.

27 À noter que l'art. 36 al. 2 CPP concrétise le principe de l'unité de la procédure (art. 29 CPP) et crée des attractions de compétences au for des infractions commises au sein d'une entreprise afin de poursuivre une « *personne agissant au nom de l'entreprise* » pour le même état de fait.

28 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 30; Niggli/Fiolka, in: BSK StGB I (n. 21), Art. 102a N 65.

29 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 30.

30 BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 58; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 25), Art. 112 N 10; Jeanneret/Droz (n. 4), 65; Jeanneret (n. 5), 451.

31 Lieber, in: Kommentar StPO (n. 25), Art. 112 N 11; PC CPP-Moreillon/Parein-Reymond (n. 6), Art. 112 N 15.

32 P. Montavon, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens, TREX 2005, 87, 93; J. Vasella, Das heilmittelrechtliche Vorteilsverbot – Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen, Zurich 2016, 280.

33 PC CPP-Moreillon/Parein-Reymond (n. 7), Art. 112 N 15; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 25), Art. 112 N 11.

34 CR CPP-Macaluso (n. 7), Art. 112 N 31.

À titre illustratif, on peut imaginer une entreprise qui n'est pas en mesure de désigner un représentant parce que son administrateur et actionnaire unique est prévenu dans la même procédure. La direction de la procédure pourrait alors nommer, en application de l'art. 112 al. 3 CPP, un analyste financier d'une grande fiduciaire, rompu à l'exercice de l'analyse de flux de fonds et dont les compétences techniques seraient mises au service de la direction de la procédure. Dans un tel cas de figure, il existe un risque important que le représentant nommé par l'autorité pénale se préoccupe davantage des intérêts des autorités de poursuite pénale que de ceux de la société. Cette personne revêtirait alors le rôle d'auxiliaire de la direction de la procédure. Elle pourrait, par exemple, être plus encline à accepter une condamnation par voie d'ordonnance pénale avec à la clé des sanctions potentiellement lourdes³⁵.

Une telle situation est problématique sous l'angle des droits de la défense de l'entreprise prévenue. Elle nous amène à questionner la réelle autonomie du représentant de l'entreprise.

Tant qu'il existe des organes en place, le représentant doit agir conformément aux instructions reçues³⁶. Il n'est pas autorisé à se distancier des instructions qu'il estimerait contraires aux intérêts de l'entreprise³⁷. Le représentant doit, en effet, répercuter la volonté de l'entreprise telle qu'exprimée à l'interne par les organes compétents. Comme dans n'importe quelle autre décision relative à l'entreprise, le représentant ne peut pas agir contrairement aux instructions reçues. Dans l'hypothèse où il n'existe plus d'organe non impliqué dans la procédure, de nouveaux administrateurs doivent être désignés en convoquant une assemblée générale extraordinaire³⁸. Si cela n'est pas possible, la nomination d'un curateur doit être sollicitée, vu le conflit d'intérêts existant entre l'entreprise et ses organes³⁹.

III. Qui choisir ? Une décision délicate

En pratique, lorsque l'entreprise ne peut être représentée par ses animateurs principaux car ceux-ci sont également prévenus dans la même procédure ou dans une procédure connexe, l'entreprise a intérêt à désigner elle-même son propre représentant même si celui-ci n'est pas le candidat idéal.

35 Pour une autre illustration de ce même problème voir *Jeanneret* (n. 5), 451 s.

36 *Jeanneret/Droz* (n. 4), 68 ; *Jeanneret* (n. 5), 452.

37 *Contra*: CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 15 ; A. *Macaluso*, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, RPS 2005, 79, 83.

38 *Jeanneret/Droz* (n. 4), 68 ; *Jeanneret* (n. 5), 452.

39 *Jeanneret/Droz* (n. 4), 68 s. ; *Jeanneret* (n. 5), 452.

En effet, l'entreprise sera mieux défendue par un représentant qui possède un lien réel et concret avec la société plutôt que de prendre le risque que la direction de la procédure nomme un tiers, qui pourra se révéler potentiellement incontrôlable et devenir de facto le bras droit de la direction de la procédure.

En effet, chaque représentant engage, à l'égard des tiers, l'entreprise par ses déclarations et son comportement procédural, qu'il impute à cette dernière⁴⁰. Par tant, le représentant de l'entreprise dispose de pouvoirs considérables car il agit seul dans les rapports entre l'entreprise et la justice pénale. C'est lui qui avoue, nie, sollicite des actes d'instruction, décide de recourir ou non, accède au dossier, accepte la condamnation par voie d'ordonnance pénale, etc⁴¹.

Le choix du représentant doit dès lors être opéré soigneusement, et ce dès les prémices de l'enquête⁴².

En effet, lorsque l'entreprise est partie à une procédure civile, il lui incombe d'alléguer et de prouver les faits dont elle déduit ses prétentions (art. 8 CC et art. 55 CPC). Dans ce cas de figure, il apparaît clair que l'intérêt de l'entreprise est que son représentant connaisse le litige sur le bout des doigts et ait idéalement une connaissance directe du litige.

Or en procédure pénale, la situation peut être différente. Le fardeau de la preuve étant supporté par l'accusation, le choix du représentant est moins évident. Dès lors, sa connaissance, respectivement son implication personnelle dans les faits de la cause, n'est pas forcément souhaitable selon les cas de figure. Il s'agit là d'une question à résoudre au cas par cas.

En tout état, la nomination d'un représentant de l'entreprise qui présente le moindre risque d'être également personnellement inquiété sur le plan pénal est à proscrire. Ce représentant se trouverait alors en situation de conflit permanent consistant à devoir, d'une part, représenter les intérêts de la société poursuivie, tout en cherchant à se protéger à titre personnel.

On le voit, le choix du représentant n'est pas un choix anodin et l'avocat nommé à la défense de l'entreprise doit rendre cette dernière attentive à cet important écueil.

40 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 13 ; *Jeanneret* (n. 5), 452.

41 *Jeanneret/Droz* (n. 4), 66.

42 À noter qu'est entendu en qualité de personne appelée à donner des renseignements quiconque « a été ou pourrait être désigné comme représentant de l'entreprise dans une procédure dirigée contre celle-ci, ainsi que ses collaborateurs » (art. 179 let. g CPP).

IV. La représentation de l'entreprise en cas de faillite ou de liquidation de l'entreprise

1. Les conséquences d'une dissolution et mise en liquidation volontaire sous l'angle de l'art. 305 CP

L'ouverture d'une instruction pénale peut avoir des conséquences sur la bonne marche des affaires de l'entreprise et il n'est pas rare qu'elle se retrouve asphyxiée financièrement.

Les conséquences d'une faillite ou d'une liquidation de l'entreprise ne sont pas réglées par le CPP. Durant les phases de dissolution et liquidation, la société conserve sa personnalité et continue à exister. Par sa radiation, elle cesse alors d'être un sujet de droit pénal, de sorte que la procédure initiée à son encontre doit être classée en application de l'art. 319 al. 1 let. c CPP, à l'instar de la situation qui prévaut en cas de décès d'une personne physique prévenue dans une procédure pénale⁴³. Quand bien même la doctrine a esquissé des pistes de réflexion visant à empêcher une société de voter sa dissolution, liquidation ou radiation⁴⁴, il n'existe pas, en l'état, de base légale interdisant à une société de procéder de la sorte. En conséquence, une entreprise prévenue dont l'activité est largement compromise par une procédure pénale diligentée à son encontre pourrait songer à se déclarer en faillite ou à prononcer sa dissolution aux fins d'effectuer un *stop loss*.

La question qui se pose est alors celle d'une éventuelle commission, par les personnes physiques en charge des décisions, d'une infraction d'entrave à l'action pénale (art. 305 CP)⁴⁵. Il faut y répondre par la négative. Tout d'abord, les actionnaires votant la dissolution et la mise en liquidation de la société ne sauraient commettre une entrave à l'action pénale car, tant qu'elle n'est pas radiée, la société continue à exister. Il serait également hasardeux de construire une tentative d'entrave à l'action pénale (art. 305 al. 1 CP). Pour qu'il y ait tentative, il faut en effet que l'auteur « *commence à accomplir des actes qui, selon le cours ordinaire des choses et en tenant compte de ses caractéristiques personnelles, devraient normalement aboutir immédiatement à la consommation du délit en question. Si par contre, la consommation de l'infraction n'est pas immédiate, mais est reportée à un moment relative-*

43 R. Roth, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (édit.), Bâle 2010 (n. 7), Art. 319 N 11 ; Landshut/Broschard, in : Kommentar StPO (n. 25), Art. 319 N 25 ; Jeanneret/Droz (n. 4), 59 ; N. Schmid, Strafbarkeit des Unternehmens, die prozessuale Seite, Recht 2003, 201, 209 ; U. Cassani, Droit pénal économique 2003-2005, actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption), in : W. Fellmann/T. Poledna (édit.), La pratique de l'avocat 2005, Berne 2005, 671, 684.

44 A. Macaluso, in : Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, R. Roth/L. Moreillon (édit.), Bâle 2009, Art. 102 N 86 ; Macaluso (n. 5), 194 N 1136 ; Cassani (n. 43), 685.

45 ATF 101 IV 314, 315 ; CR CP I-Macaluso (n. 44), Art. 102 N 86 ; Cassani (n. 43), 685.

ment éloigné, et si le déroutement imaginé par l'auteur lui permet de revenir encore sur son projet, on admet un acte préparatoire »⁴⁶. Or, la dissolution et la mise en dissolution n'aboutissent pas immédiatement à la radiation. Ces moments sont généralement suffisamment éloignés pour exclure la tentative. De plus, l'entrave à l'action pénale est une infraction intentionnelle de sorte que cet aspect subjectif devrait également être démontré pour qu'une tentative d'entrave à l'action pénale puisse être retenue. Ce sont donc uniquement les personnes concourant à la radiation de la société qui pourraient être *prima facie* susceptibles de réaliser une entrave à l'action pénale.

L'art. 305 al. 1 CP suppose que l'auteur de l'infraction soit une personne distincte de la personne favorisée, tant et si bien que l'autofavorisation n'est pas punissable, sauf si elle est constitutive d'une autre infraction pénale, telle que le blanchiment (art. 305^{bis} CP)⁴⁷.

Il s'agit de déterminer si l'annonce de la radiation de l'entreprise au Registre du commerce (art. 746 CO) est le fait d'un organe ordinaire ou celui du représentant de l'entreprise au sens de l'art. 112 CPP. Dans cette dernière hypothèse, *Jeanneret* et *Droz* soutiennent de manière convaincante que la disparition de l'entreprise ne pourra lui être reprochée au titre de l'art. 305 CP⁴⁸. Dès lors qu'il représente la société, il faut retenir que c'est l'entreprise elle-même qui accomplit les actes de favorisation et ces derniers doivent demeurer impunis.

En règle générale, les décideurs d'une mise en liquidation d'une société prévenue devraient être à l'abri d'une condamnation pour violation de l'art. 305 CP. La société veillera toutefois à ne pas commettre d'abus ou de violation d'autres dispositions du Code pénal, notamment le blanchiment (art. 305^{bis} CP). Par mesure de précaution, il est prudent de procéder de manière transparente vis-à-vis de la direction de la procédure, notamment en informant cette dernière de la décision de dissolution prise par la société.

46 M. Kiliyas/A. Kuhn/N. Dongois, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016, 68 s. N 504; CR CP I-Hurtado Pozo (n. 44), Art. 22 N 5 s.; M. Dupuis (et al.), Petit Commentaire Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, Art. 22 N 4 s.

47 V. Delnon/B. Rüdy, in: Basler Kommentar Strafrecht II, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 4^e éd., Bâle 2018, Art. 305 N 11, 32; PC CP-M. Dupuis (et al.) (n. 46), Art. 102 N 8; S. Trechsel/H. Affolter-Eijsten, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, S. Trechsel/M. Pieth (édit.), 2^e éd., Zurich 2013, Art. 305 N 13; S. Flachsmann, in: StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, A. Donatsch (édit.), 18^e éd., Zurich 2010, Art. 305 N 14; B. Corboz, Les infractions en droit suisse, volume II, 3^e éd., Berne 2010, 602 N 8.

48 *Jeanneret/Droz* (n. 4), 63.

2. La désignation du représentant de l'entreprise (art. 112 CPP) durant la phase de liquidation

Avant que l'entreprise ne soit radiée, la voix – civile – de l'entreprise s'exprime par son liquidateur (nommé par l'assemblée générale ou par le juge) ou, dans le cadre de la faillite, par l'administration de la faillite. Dès lors, certains auteurs considèrent à juste titre que ces personnes peuvent également représenter l'entreprise dans le cadre d'une procédure pénale⁴⁹.

Cela dit, ces personnes ne sauraient être de facto les seuls représentants possibles d'une entreprise en liquidation ou en faillite. En effet, un tel automatisme pourrait inciter la direction de la procédure à laisser l'entreprise s'asphyxier financièrement dans le but que soit nommé un liquidateur ou administrateur de la faillite, étranger à l'entreprise et, dès lors, potentiellement plus collaborant.

Se pose donc la question du risque que la direction de la procédure décide *sua sponte*, sous prétexte de la mise en liquidation, de désigner *ex officio* le liquidateur comme représentant de l'entreprise au sens de l'art. 112 CPP en lieu et place de celui ayant été mis en place par la société prévenue. Cette prérogative doit être niée, dans la mesure où il n'existe aucune base légale permettant à la direction de la procédure de procéder de la sorte.

La liquidation a lieu par les soins du conseil d'administration, à moins que les statuts ou l'assemblée générale ne désignent d'autres liquidateurs (art. 740 CO). C'est l'entreprise, et elle seule, qui doit désigner son représentant au sens de l'art. 112 CPP. La direction de la procédure ne peut intervenir que dans le contexte des situations visées par l'art. 112 al. 2 et 3. CPP. Le législateur n'a pas prévu d'exception en cas de mise en liquidation.

V. L'audition de l'entreprise – une nécessité ?

Le défaut d'organisation est un aspect central de la responsabilité pénale de l'entreprise. Il doit être compris au sens de l'art. 102 al. 1 CP comme la raison pour laquelle il est impossible d'imputer l'infraction à un auteur déterminé. Ce manque d'organisation est quant à lui causal dans la réalisation de l'infraction commise par la personne physique dans la situation prévue par l'art. 102 al. 2 CP⁵⁰.

C'est à l'autorité pénale qu'il incombe de prouver un tel défaut d'organisation. Pour être établie, la faute de l'entreprise suppose l'accès à un certain nombre

49 BSK StPO-Engler (n. 6), Art. 112 N 32, 22 ; Lieber, in : Kommentar StPO (n. 25), Art. 112 N 4 s.

50 Macaluso/Garbarski (n. 3), 99 ; A. Garbarski, L'entreprise dans le viseur du droit pénal : éléments de droit matériel et de procédure, RPS 2012, 409, 425.

de moyens de preuve qui peuvent être qualifiés d'objectifs, tels que l'existence ou non de directives, d'organigrammes⁵¹, de processus de contrôle, de mécanisme de surveillance ou encore de *reporting* interne. Ces éléments nécessitent notamment l'accès à certains moyens de preuve qui peuvent être recueillis par des mesures de contrainte (notamment la perquisition ou la saisie) ou qui requièrent la collaboration volontaire de l'entreprise⁵².

Le droit de ne pas s'auto-incriminer s'applique également aux entreprises et l'autorité pénale ne doit tirer aucun argument du défaut de collaboration du représentant de l'entreprise ou de l'absence de fourniture de moyens de preuve⁵³. En effet, l'entreprise prévenue n'a pas un devoir de divulgation et de production de documents⁵⁴. Toutefois, comme pour une personne physique prévenue, on ne saurait empêcher l'autorité pénale de prendre en compte, pour apprécier la force probante des éléments à charge, le silence de l'entreprise, soit de son représentant, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part⁵⁵.

La pratique démontre qu'il n'est pas rare que l'audition par le Ministère public de l'entreprise prévenue soit source de frustrations, tant du côté de l'accusation que de celui de la défense.

En effet, il arrive que le représentant de l'entreprise ne parvienne tout simplement pas à répondre à une question factuelle parce qu'il n'était pas ou peu impliqué dans les faits constituant l'objet de la procédure pénale. L'audition n'est, dès lors, que peu utile au déroulement de l'enquête.

Cette situation met en évidence la difficulté résultant de la position particulière du représentant de l'entreprise, qui doit répondre au nom de cette dernière sans avoir la directe connaissance des faits sous investigation. En pratique, il s'agit souvent d'une stratégie délibérée de la part de la société, qui n'entend pas répondre aux questions de la direction de la procédure ou des autres parties.

Dans de tels cas, le représentant doit simplement indiquer à la direction de la procédure qu'il n'est lui-même pas en mesure de répondre à cette question (ce qui ne signifie pas que l'entreprise n'a pas de réponse). On songera, par exemple, à l'existence de directives internes sur un thème précis, dont le représentant n'est pas au courant car elles ne visent pas sa branche de compétence directe, mais qui ont bel et bien été édictées et mises en œuvre par l'entreprise.

51 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 43.

52 *Ibidem*.

53 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 41 ; A. *Garbarski*, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Genève/Zurich/Bâle 2006, 423 ; *Schmid* (n. 43), 201, 207 s.

54 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 44 s. ; PC CPP-*Moreillon/Parein-Reymond* (n. 7), Art. 112 N 3 ; *Jeanneret/Droz* (n. 4), 71.

55 CR CPP-*Macaluso* (n. 7), Art. 112 N 49.

Ce cas de figure illustre les difficultés que l'audition du représentant de la personne morale peut poser en pratique. L'oralité et l'immédiateté de l'audition d'une personne physique prévenue, d'un témoin ou de la partie plaignante trouvent leur fondement dans l'importance pour la direction de la procédure d'obtenir un récit spontané basé sur les connaissances et les souvenirs de la personne entendue. Or, lorsque le représentant de la société n'a lui-même pas été impliqué dans les faits de la cause, cette spontanéité est, par essence, inexistante et ses déclarations relèvent du oui-dire.

Si le représentant n'a pas ou peu de connaissance directe, il a dû – en vue de son audition – apprendre et retenir comment les faits se sont déroulés à l'époque, pourquoi ils se sont déroulés ainsi et comment se déterminer sur les charges qui pèsent à l'encontre de l'entreprise⁵⁶. Il s'agit dès lors d'un véritable travail de reconstitution et de compréhension, qui s'effectue a posteriori et à la lumière des faits révélés par l'ouverture de l'enquête pénale.

Dans de telles situations, l'autorité pénale devrait avoir recours plus régulièrement à la faculté qu'elle a de solliciter des rapports écrits (art. 145 CPP). Sans exclure l'audition du représentant – antérieure et/ou postérieure à la production du rapport –, des réponses écrites aux questions qui auraient été adressées par la direction de la procédure et les autres parties (art. 104 CPP) permettraient un déroulement plus efficace de ces procédures, principalement lorsque le représentant de l'entreprise n'a pas de connaissance directe des faits de la cause et que son audition n'apporte que peu d'éléments utiles à l'enquête.

En application de l'art. 179 let. g CPP, le représentant de l'entreprise est lui-même entendu en qualité de personne appelée à donner des renseignements (« PADR »). Il a, partant, le droit de refuser de déposer selon l'art. 180 al. 1 CPP. Il convient de garder à l'esprit que lorsque le représentant de l'entreprise fait usage de ce droit, par exemple en refusant de transmettre des documents requis par la direction de la procédure, il expose la société à des mesures de contrainte, telle que la perquisition (art. 244 CPP). À l'inverse, s'il coopère avec la direction de la procédure, il pourra en limiter le risque. Enfin, en sa qualité de PADR, le représentant de l'entreprise pourrait songer à se faire assister personnellement par un avocat (art. 127 al. 1 *cum* 105 al.1 let. g CPP). Une telle représentation paraît toutefois, dans la pratique, superflue dès lors que l'entreprise elle-même peut déjà bénéficier de l'assistance d'un ou plusieurs défenseurs juridiques.

56 Il est ici fait essentiellement référence aux situations dans lesquelles les personnes au sein de l'entreprise qui ont une connaissance directe des faits sont elles-mêmes prévenues.

VI. Conclusion

Diverses conclusions peuvent être tirées des considérations qui précèdent.

Tout d'abord, le représentant de l'entreprise prévenue n'a pas d'autonomie propre. Il représente les intérêts de la société qui l'a nommé et doit dès lors prendre ses instructions auprès de cette dernière.

La possibilité donnée à la direction de la procédure de nommer le représentant (art. 112 al. 2 CPP) constitue une erreur législative. Elle est problématique sous l'angle de l'indépendance et l'autonomie du représentant, qui ne saurait devenir le bras droit de la direction de la procédure. Cette tâche devrait être confiée à une autorité indépendante telle que le Tribunal des mesures de contrainte.

La question du choix du représentant doit être soigneusement traitée par les organes de la société *in limite litis* et examinée au cas par cas. Nommer un représentant n'ayant pas eu de connaissance directe des faits reprochés à l'entreprise peut être une stratégie de défense. À cet égard, le degré de collaboration de l'entreprise avec la direction de la procédure est susceptible de limiter les risques de perquisition. En tout état, il convient d'éviter de nommer un représentant qui pourrait potentiellement être personnellement inquiété aux côtés de l'entreprise.

En cas de liquidation de la société, la direction de la procédure n'a pas d'autres prérogatives que celles prévues par l'art. 112 CPP. Elle ne peut notamment pas imposer *ex officio* un représentant à la société en liquidation si celle-ci en a déjà désigné un.

La mise en liquidation d'une société prévenue ne devrait pas exposer les décideurs à une condamnation pour violation de l'art. 305 CP. L'abus de droit ou la violation d'autres dispositions du Code pénal sont réservés.

Finalement, l'audition du représentant de l'entreprise n'apporte, dans la pratique, souvent pas satisfaction, de sorte que le recours à des rapports écrits (art. 145 CPP) doit être privilégié.