



Collection lausannoise
CEDIDAC

Alain Macaluso / Laurent Moreillon /
Carlo Lombardini / Andrew M. Garbarski
(éditeurs)

Développements récents en droit pénal de l'entreprise III

Unil



Stämpfli Editions

Développements récents en droit pénal de l'entreprise III

Le droit pénal de l'entreprise, entre 2020 et 2021, a donné lieu à plusieurs arrêts de principe du Tribunal fédéral portant sur des questions d'actualité. Mais cette période a également été marquée par l'aboutissement ou l'initiation d'importantes modifications législatives.

Un thème qui s'est particulièrement illustré au cours de ces derniers mois est celui de la communication de soupçons de blanchiment d'argent au MROS, au regard des conséquences pénales encourues en cas de violation. Cette question fait notamment écho au droit pénal administratif, une matière dans le cadre de laquelle la nature juridique de la responsabilité encourue par l'entreprise continue à faire débat et donne lieu à une pratique fluctuante des autorités.

La réalité des dossiers démontre, en outre, que les affaires financières ont de plus en plus souvent des ramifications transfrontalières, ce qui soulève le point de l'organisation de l'autorité de poursuite et les défis qui sont les siens dans la réalisation de sa mission.

Dans ce contexte, une question récurrente est celle de la coopération internationale et de l'appréhension de l'entreprise dans la procédure d'entraide.

Un autre enjeu soulevé par les affaires de criminalité financière est celui du séquestre, de la confiscation de valeurs patrimoniales d'origine illicite et de la créance compensatrice.

Avec le progrès technologique les contours de la notion de valeurs patrimoniales n'ont d'ailleurs cessé d'être redéfinis. Celle-ci s'étend désormais aux crypto-monnaies, dont le risque de blanchiment mérite une attention.



Collection lausannoise
CEDIDAC

Développements récents en droit pénal de l'entreprise III

Édité par

Alain Macaluso

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat

Laurent Moreillon

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat

Carlo Lombardini

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat

Andrew M. Garbarski

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne • 2022
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-8213-3

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

Print ISBN 978-3-7272-8238-6

printed in
switzerland



Avant-propos

Le 12 octobre 2021 s'est déroulée, à Dorigny, la 3ème journée de droit pénal de l'entreprise, organisée par le Centre de droit pénal et le Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC).

Le droit pénal de l'entreprise se démarque d'autres branches par la coloration souvent internationale des dossiers qu'il embrasse. Mais cette matière s'est également illustrée, ces dernières années, par la transversalité croissante des questions juridiques appréhendées et par son caractère évolutif.

Cette nouvelle journée de droit pénal de l'entreprise était donc l'occasion non seulement d'oublier un peu la pandémie du COVID, mais également de stimuler la réflexion des praticiens quant à des sujets d'actualité de droit de fond ou de procédure.

Une première intervention a ainsi porté sur l'actualité jurisprudentielle et législative en droit pénal de l'entreprise. En effet, depuis la journée qui s'est tenue en février 2020, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs jurisprudences de principe, notamment en lien avec l'obligation de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent et la prescription de l'action pénale. En outre, des modifications législatives importantes sont entrées en vigueur ou sont en cours.

Vu la pertinence pratique du sujet de l'obligation de communiquer des soupçons de blanchiment d'argent, c'est tout naturellement que la deuxième intervention de la journée a été consacrée au système de communication au MROS, tenant compte également de la récente révision de la LBA.

La troisième conférence a porté sur les défis de la poursuite pénale en matière de criminalité financière transfrontalière. C'était l'occasion d'évoquer l'organisation du Ministère public de la Confédération, la coopération internationale et les enjeux de la saisie et de la confiscation de valeurs patrimoniales dans les affaires d'envergure.

Toujours dans le domaine de la coopération internationale, la quatrième intervention de la journée a abordé des questions éminemment pratiques telles que la portée du Durchgriff en matière de séquestre, l'absorption de l'entreprise ou encore sa qualité pour recourir dans le contexte de l'entraide.

La cinquième intervention était l'occasion de présenter le regard que porte le juge pénal sur le séquestre, la confiscation et la créance compensatrice à l'aune de jurisprudences cantonales d'actualité.

La sixième intervention a porté sur les évolutions et perspectives en droit pénal administratif, notamment s'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise et la pratique divergente des autorités administratives fédérales en la matière.

La septième intervention de la journée s'est proposée d'évoquer un sujet d'une actualité brûlante, à savoir l'appréhension du risque de blanchiment d'argent dans le contexte des crypto-monnaies, compte tenu de leur fonctionnement et des caractéristiques qui sont à l'origine de l'engouement qu'ils suscitent à l'échelle planétaire.

Enfin, les procédures pénales impliquant les entreprises étant de plus en plus souvent précédées ou doublées d'enquêtes internes visant à établir les faits et/ou identifier d'éventuels dysfonctionnements aux fins de pouvoir les corriger, la huitième et dernière conférence était l'opportunité d'évoquer la cohabitation entre ces deux types d'investigations et les enjeux juridiques que cela comporte.

Les éditeurs remercient vivement Monsieur Enzo Bastian, MLaw, assistant doctorant au CEDIDAC, Madame Margot Sutter, BLaw, assistante étudiante au CEDIDAC et Maître Quentin Herold, MLaw, avocat-stagiaire pour la relecture et la mise en forme du présent ouvrage.

Lausanne, le 25 mai 2022

Les éditeurs

Alain Macaluso

Laurent Moreillon

Carlo Lombardini

Andrew Garbarski

Sommaire

Avant-propos.....	V
Table des principales abréviations.....	IX
Actualités jurisprudentielles et législatives en matière de droit pénal de l'entreprise.....	1
<i>ALAIN MACALUSO</i>	
Système de communication MROS : <i>quo vadis</i> ?.....	15
<i>ANDREW M. GARBARSKI</i>	
<i>YANN CONTI</i>	
Entraide judiciaire pénale et implication de l'entreprise	53
<i>LAURENT MOREILLON</i>	
Séquestre, confiscation et créance compensatrice dans la jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois	67
<i>PATRICK STOUDMANN</i>	
Droit pénal de l'entreprise : Évolutions et perspectives en droit pénal administratif	143
<i>NORA MARKWALDER</i>	
Appréhension du risque de blanchiment d'argent dans le contexte des cryptomonnaies	163
<i>CARLO LOMBARDINI</i>	
Cohabitation entre enquêtes internes et procédure pénale : enjeux et pistes de réflexion.....	181
<i>KATIA VILLARD</i>	
Guide pratique pour la cohabitation entre enquêtes internes et procédure pénale.....	197
<i>CLARA POGLIA</i>	

Table des abréviations

aCO	Ancienne loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, France
al.	alinéa
AML	<i>Anti-Money Laundering</i>
art.	article
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaFin	<i>Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i> , Allemagne
BCE	Banque centrale européenne
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BLV	Base législative vaudoise
BNS	Banque Nationale Suisse
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar
CAPE	Cour d'appel pénale (VD)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CE	Conseil des États
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
cf.	<i>confer</i>
CFO	<i>Chief Financial Officer</i>
Ch.	Chapitre ou chiffre
CHF	franc(s) suisse(s)
CJCE	Cour de justice de l'Union européenne (avant Traité de Lisbonne)

CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (après Traité de Lisbonne)
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12
CMG	<i>Crisis management groups</i>
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
Comp.	Comparer avec
consid./ (c.)	considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CR	Commentaire romand
CREP	Chambre des recours pénale (VD)
CRO	<i>Chief Risk Officer</i>
CSF	Conseil de stabilité financière
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
D-SIB	<i>Domestic Systemically Important Banks</i>
DFF	Département fédéral des finances
DGD	Direction générale des douanes
DPA	Droit pénal administratif
éd.	Édition ou éditeur
éds	éditeurs
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
<i>etc.</i>	<i>et cætera</i>
EUR	Euro(s)
ex.	exemple
FCA	<i>Financial Conduct Authority</i> , Royaume-Uni
FECG	<i>Forum Europaeum on Company Groups</i>

FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FR	Canton de Fribourg
FSA	<i>Financial Services Authority</i> , Royaume-Uni
G-SIB	<i>Global systemically important banks</i>
GAFI	Groupe d'action financière
GC	Grande chambre
GCBF	Groupe de coordination interdépartemental sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme
GE	République et canton de Genève
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GwG	<i>Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung</i> , RS 955.0
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
IBAN	<i>International Bank Account Number</i>
ICO	<i>Initial Coin Offering</i>
IHD	<i>Intermediate Holding Company</i>
<i>in fine (i.f.)</i>	à la fin
IOSCO	<i>International Organization of Securities Commissions</i>
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel
JU	Canton du Jura
LArm	Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions, RS 514.54
LATC	Loi du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions, BLV 700.11
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0

LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.0
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, RS 954.1.
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1
LD	Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes, RS 631.0
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers, RS 954.1
let.	Lettre
LFINMA	Loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers, RS 956.1
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers, RS 958.1
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 935.61
LMP	Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics, RS 172.056.1
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1
LRPL	Loi fédérale du 19 décembre 1997 concernant la redevance sur le trafic des poids lourds liée aux prestations, RS 641.81
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2008 sur les services financiers, RS 950.1
Ltd.	<i>Limited</i>
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110

LTVA	Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RS 641.20
Mias	Milliards
Mios	Millions
MPC	Ministère public de la Confédération
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent
N	numéro(s) de paragraphe
n.	note(s) de bas de page ou de fin
n°	numéro
not.	notamment
Nr.	<i>Nummer</i>
NRA	<i>National Risk Assessment</i>
NYC	<i>New York City</i>
OBA-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 3 juin 2015 sur le blanchiment d'argent, RS 955.033.0
OCDE	Organisation de coopération et développement économiques
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	<i>Orell Füssli Kommentar</i>
OFR	Ordonnance du 1 ^{er} juin 2012 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières, RS 952.03
OIB-FINMA	Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire du 30 août 2012, RS 952.05
OLiq	Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités des banques, RS 952.06
ORAb	Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, RS 221.331
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce, RS 221.411
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
par.	Paragraphe(s)

PDG	Président-directeur général
Phr.	phrase
PJA	Pratique Juridique Actuelle
PRA	<i>Prudential Regulation Authority</i> , Royaume-Uni
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RF	Revue fiscale
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPS	Revue Pénale Suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
s.	Suivant(e)
SA	Société Anonyme
Sàrl	Société à responsabilité limitée
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SFI	Secrétariat d'État aux questions financières internationales
SGC	Système de gestion de la conformité
SJ	Semaine judiciaire
SJK	<i>Schweizerische Juristische Kartothek</i>
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
SK	<i>Schulthess Kommentar</i>
SNC	Société en nom collectif
SPoE	<i>Single point of entry</i>
ss	suivant(e)s
StPO	<i>Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007</i> , RS 312.0
TAF	Tribunal administratif fédéral
TBTF	<i>Too big too fail</i>
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse

TLAC	<i>Total Loss Absorbing Capacity</i>
UE	Union européenne
USD	<i>United States Dollar</i>
v.	voir
VD	Canton de Vaud
vol.	volume
VStrR	<i>Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, RS 313.0</i>
ZGR	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>
ZKB	<i>Zürcher Kantonalbank</i>

Actualités jurisprudentielles et législatives en matière de droit pénal de l'entreprise

ALAIN MACALUSO*

Professeur de droit pénal

Faculté de droit, Université de Lausanne

Table des matières

I. Introduction.....	1
II. La responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP	2
III. Le DPA.....	4
A. La violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 37 LBA : prescription et contours de la notion de « soupçons fondés »	4
B. La violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 37 LBA : responsabilité du membre d'un organe collectif	7
C. L'interdiction d'exercer une profession selon l'art. 33 LFINMA..	8
D. Conclusions sur l'art. 37 LBA	9
IV. Modifications législatives.....	9
A. Le droit de la SA	9
B. La LMP	10
C. L'harmonisation des peines et CP.....	11
D. La DPA	12
E. La LBA	13
V. Conclusion	14
VI. Bibliographie	14

I. Introduction

Depuis la précédente Journée de droit pénal de l'entreprise, organisée en 2020, plusieurs arrêts intéressants ont été rendus par le Tribunal fédéral dans le domaine des infractions d'entreprise au sens large.

* L'auteur remercie Mme Honor Felisberto et M. Ryan Gauderon, assistants diplômés et doctorants au Centre de droit pénal de l'École de droit de l'Université de Lausanne pour leurs relectures attentives et l'aide apportée à la mise en forme de la présente contribution.

Après une brève incursion dans la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP, nous évoquerons quelques arrêts rendus en matière de droit pénal administratif et plus particulièrement de violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 37 LBA, domaine dans lequel la jurisprudence a été particulièrement riche au cours de la période sous revue, certains arrêts de principe ayant été prononcés.

Nous signalerons pour conclure plusieurs révisions législatives, d'ores et déjà entrées en vigueur ou actuellement discutées aux Chambres ou encore qui se trouvent à l'état de projet et qui touchent, directement ou indirectement, au droit pénal de l'entreprise.

II. La responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP

Dans un arrêt du 9 septembre 2021¹, non destiné à la publication au recueil des ATF, le Tribunal fédéral s'est une nouvelle fois penché sur la question de la responsabilité pénale de l'entreprise aux termes de l'art. 102 CP.

Dans cet arrêt, par ailleurs sans véritable intérêt factuel ni juridique propre, le Tribunal fédéral a cru devoir rappeler certains principes présidant à la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 CP. Ce faisant, alors même que ces questions de principe n'étaient pas l'objet du recours, le Tribunal fédéral s'est référé à des considérations annexes qu'il avait cru devoir élever à l'occasion de son arrêt « *La Poste Suisse* »².

Or, si l'arrêt « *La Poste Suisse* » constitue indiscutablement un arrêt de principe devant être salué en ceci qu'il comporte l'affirmation claire que la responsabilité pénale de l'entreprise ne peut être engagée lorsque l'infraction qui lui est imputée n'a pas été réalisée dans tous ses éléments constitutifs objectifs comme subjectifs (pour le moins lorsque des personnes physiques ont été poursuivies au titre de l'infraction sous-jacente mais n'ont pas été condamnées en raison de l'absence de l'un ou l'autre des éléments constitutifs), il contient aussi un certain nombre d'affirmations dont le bien-fondé dogmatique et pratique est pour le moins discutable³.

Parmi ces affirmations discutables figurent, d'une part, celle selon laquelle l'infraction sous-jacente à la responsabilité pénale de l'entreprise constituerait une *condition objective de la punissabilité* de celle-ci, au même titre que, par

¹ TF, 6B_750/2020 du 9 septembre 2021.

² ATF 142 IV 333.

³ Voir MACALUSO/GARBARSKI, L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, PJA 2019, p. 194 ss.

exemple, la faillite, notamment, est une condition objective de la punissabilité des infractions dans le domaine de la poursuite et la faillite, comme la banqueroute⁴, et, d'autre part, celle selon laquelle l'art 102 CP réprimerait une infraction d'omission par négligence⁵.

Ces deux assertions ont été critiquées par la doctrine⁶ en tant qu'elles pouvaient laisser entendre que l'art. 102 CP pourrait constituer non pas une simple règle d'imputation de l'infraction à l'entreprise, mais bien comporter une infraction autonome, singulièrement une infraction de mauvaise organisation de l'entreprise.

Cette interprétation et les positions doctrinales qui la sous-tendaient⁷ ont d'ailleurs été clairement rejetées par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe du 12 décembre 2019⁸, dans lequel la Haute Cour a tranché sans ambiguïté la controverse doctrinale en retenant que l'art. 102 CP constitue bien une *règle d'imputation* et que l'affirmation contraire, selon laquelle cette disposition pourrait instaurer une nouvelle infraction, est dénuée de fondement⁹.

Il en découle que l'on ne saurait plus prétendre que l'art. 102 CP réprimerait une infraction d'omission par négligence.

De la même façon, soutenir que l'infraction imputée à l'entreprise serait une condition objective de la punissabilité de l'entreprise reviendrait à affirmer, en contradiction avec l'arrêt de principe du 12 décembre 2019, que cette entreprise ne répondrait pas directement de cette infraction sous-jacente mais bien d'une autre, propre, dont l'infraction sous-jacente ne serait qu'une condition de la punissabilité.

On doit dès lors regretter que le Tribunal fédéral semble avoir ainsi perdu de vue sa propre jurisprudence de principe pour répéter, alors que cela n'était d'ailleurs absolument pas nécessaire à son raisonnement dans le cas d'espèce, des affirmations ambiguës, contraires à sa jurisprudence publiée.

On passera au demeurant sur l'affirmation difficilement compréhensible selon laquelle « *hors des infractions visées par l'article 102 alinéa 2 CP, l'infraction préalable doit pouvoir être rapportée au déficit d'organisation* »¹⁰; ce passage semble en effet laisser entendre que le déficit d'organisation de l'entreprise ne

⁴ Art. 163 CP.

⁵ ATF 142 IV 333, c. 4.2.

⁶ Voir notamment MACALUSO/GARBARSKI, L'art. 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation, PJA 2019, p. 194 ss.

⁷ Voir BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, art. 102, N 19a ss.

⁸ ATF 146 IV 68.

⁹ ATF 146 IV 68, c. 2.3 et 2.4.

¹⁰ TF, 6B_750/2020 du 9 septembre 2021, c. 4.1.

serait pas également une condition, subjective, de l'imputation à l'entreprise des infractions visées à l'art. 102 al. 2 CP, telles le blanchiment d'argent, ce qui est évidemment faux et ne fait l'objet d'aucune controverse doctrinale.

III. Le DPA

C'est particulièrement en matière de violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 37 LBA que la période sous revue a été riche en jurisprudences intéressantes, voire de principe.

A. La violation de l'obligation de communiquer selon l'art. 37 LBA : prescription et contours de la notion de « soupçons fondés »

Intéressons-nous tout d'abord à un arrêt du Tribunal fédéral du 11 janvier 2021¹¹, par lequel la Haute Cour a confirmé la décision de la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral annulant l'acquittement que la Cour des affaires pénales de ce même tribunal avait prononcé à l'endroit d'un ancien *compliance officer* d'une grande banque.

Au-delà des faits topiques, sans grand intérêt, le Tribunal fédéral a eu à se déterminer sur deux questions importantes :

- d'une part, une fois encore, la question de l'acte judiciaire susceptible d'interrompre, en DPA, la prescription de l'action pénale et,
- d'autre part, la notion de « soupçons fondés », particulièrement la compatibilité de l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de cette notion avec les principes de la légalité et de la non rétroactivité.

S'agissant de la prescription, on se souvient qu'en DPA, c'est le prononcé pénal de l'administration¹², qui, selon la jurisprudence¹³, met un terme au cours de la prescription de l'action pénale, alors qu'en droit pénal ordinaire cet effet est réservé au jugement de première instance, prononcé donc par un tribunal, en application de l'art. 97 al. 3 CP. Cette différence de traitement est largement critiquée par la doctrine, notamment en raison du fait que l'ordonnance pénale, très similaire au prononcé pénal de l'administration, ne connaît pas le même

¹¹ ATF 147 IV 274.

¹² Art. 70 DPA.

¹³ ATF 147 IV 274, c. 1.3 ; ATF 142 IV 11, c. 1.2.2 ; ATF 133 IV 112 ; TF, 6B_286/2018 du 26 avril 2019, c. 3.5.3 ; TF, 6B_1304/2017 du 25 juin 2018, c. 2.4 ; TF, 6B_207/2017 du 11 septembre 2017, c. 1.5.

régime¹⁴. Le Tribunal fédéral a cependant régulièrement confirmé sa jurisprudence ces dernières années¹⁵.

Dans le recours ayant fait l'objet de la jurisprudence que nous examinons, le Tribunal fédéral a eu à examiner deux arguments nouveaux dirigés contre l'assimilation du prononcé pénal à un jugement de première instance.

Tout d'abord, le recourant faisait valoir que le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence récente¹⁶, avait dénié au jugement par défaut¹⁷ la qualité de jugement de première instance, notamment en raison de l'effet de rétractation que comporte l'opposition à ce jugement par défaut, rétractation qui ne laisse rien subsister du jugement originaire.

À cet argument le Tribunal fédéral a répondu en affirmant que sa jurisprudence relative au jugement par défaut était fondée sur un changement législatif qui n'existait pas en DPA.

Par ailleurs, selon la Haute Cour, l'élément déterminant pour considérer qu'un prononcé pénal est l'équivalent d'un jugement de première instance réside dans le fait que le prononcé pénal a été précédé d'une procédure contradictoire avec des droits de participation étendus en faveur des personnes concernées. Cette situation serait très différente de celle d'une procédure par défaut, dans laquelle « *les droits de participation de l'accusé sont manifestement restreints puisqu'il est jugé hors sa présence* »¹⁸.

Cette affirmation-même est discutable dans la mesure où désormais, précisément en raison de l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale¹⁹, les droits de la personne jugée par défaut sont très largement assimilés à ceux du prévenu qui comparait à son audience²⁰.

Ensuite, et on en revient toujours là, il est hautement discutable de retenir de manière générale que la procédure qui précède le prononcé pénal de l'administration serait en pratique (et toujours) une procédure contradictoire dans laquelle les preuves seraient administrées de manière étendue : dans la plupart des cas en effet, le prononcé pénal n'est qu'un « copié-collé » du

¹⁴ BSK StGB-ZURBRUGG, art. 97, N 62 ; MACALUSO/GARBARSKI, 6B_207/2017 : La prescription de l'action pénale en droit pénal administratif : confirmation d'une jurisprudence critiquable, PJA 2018, p. 117 ; MARKWALDER/FRANK, Verwaltungsstrafrecht : Besprechung des Entscheids des Bundesstrafgerichts BV.2018.6, FP 6/2018, p. 543 ; CR CP I-ROTH/KOLLY, art. 97, N 63f ss.

¹⁵ TF, 6B_286/2018 du 26 avril 2019, c. 3.5.3 ; TF, 6B_1304/2017 du 25 juin 2018, c. 2.4 ; TF, 6B_207/2017 du 11 septembre 2017, c. 1.4 à 1.6.

¹⁶ ATF 146 IV 59, c. 3.4.

¹⁷ Art. 366 ss CPP.

¹⁸ ATF 146 IV 59, c. 3.3.

¹⁹ RS 312.0.

²⁰ Voir art. 366 ss CPP.

mandat de répression²¹ qui est rendu par l'administration, sans aucune administration de preuve complémentaire.

Ensuite, toujours en lien avec la prescription, le recourant faisait également valoir que le jugement susceptible d'interrompre le cours de la prescription de l'action pénale ne pouvait être que le fait du juge indépendant et impartial dont dispose l'art. 6 par. 1 CEDH et non le fait d'une administration qui revêt par ailleurs la position de partie.

Selon le Tribunal fédéral toutefois, la garantie de l'accès au juge indépendant et impartial n'a pas vocation à régir des aspects de droit matériel, tel le calcul du délai de prescription. Dès lors, le sort matériel de l'institution juridique de la prescription ne serait pas définitivement scellé par le prononcé pénal de l'administration puisque le juge aurait le pouvoir de revoir librement son application.

Cette approche est tout à fait discutable dans la mesure où le sens de l'art. 97 al. 3 CP est de donner au juge, et au juge seul, la compétence d'interrompre le cours de la prescription de l'action pénale au travers du regard indépendant et impartial qu'il pose sur les faits et la procédure. Anticiper cet effet en donnant à une autorité partisane la compétence d'interrompre la prescription ne permet donc plus le recours *effectif* au juge, celui-ci étant privé de l'un des attributs attachés par la loi à sa décision et à elle seule. Il s'agit donc bien, non pas d'une question de droit matériel, mais de la violation d'une *garantie de procédure*.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de prescription de l'action pénale a été ici confirmée et il faut en retenir l'importance essentielle que la Haute Cour attache au caractère contradictoire de la procédure qui mène au prononcé pénal.

On peut donc légitimement soutenir que là où cette procédure n'aura pas été *effectivement* contradictoire, il ne saurait s'attacher d'effet interruptif de la prescription au prononcé pénal ; il s'agit ainsi d'examiner, de manière approfondie et dans chaque cas de figure, si les conditions d'une interruption de la prescription sont réalisées, ce qui ne permet guère d'assurer la sécurité du droit.

Pour le surplus, la question de la prescription de l'action pénale en matière de DPA sera à nouveau débattue lors des travaux législatifs consacrés à la révision de cette loi, les Chambres ayant finalement refusé de codifier la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral à la faveur des modifications législatives induites par la révision du droit des sanctions²².

²¹ Art. 64 DPA.

²² Voir *infra* IV.C. Voir également BO CE 2021, 18.043, N 819 s.