

# La possibilité d'un *Deferred Prosecution Agreement* à la façon suisse, bientôt dans notre droit ?

24 avril 2018

## Une nouvelle procédure de *Deferred Prosecution Agreement* à la façon suisse (DPA CH) pourrait bientôt permettre à une entreprise de conclure avec le ministère public un accord prévoyant une mise en conformité surveillée pendant un délai d'épreuve.

De plus en plus souvent, les procédures pénales ne se terminent pas par la lecture d'un jugement dans la salle d'audience d'un tribunal. Elles connaissent une fin négociée dans le huis-clos du bureau d'un procureur<sup>1</sup>. En Suisse également, ces façons de ne pas aller jusqu'au procès sont largement pratiquées. En 2017, par exemple, près de 29% des procédures de criminalité économique du canton de Zurich ont fait l'objet d'un traitement négocié en procédure dite simplifiée.

Les avantages de cette justice négociée ne doivent pas être sous-estimés. La possibilité d'influer sur son sort favorise une montée à la surface spontanée des comportements illicites commis au sein de l'entreprise. À l'inverse, une application stricte du couple poursuite/sanction conduit à des réflexes de dissimulation qui rendent plus difficile la tâche des autorités et retardent l'évolution des comportements.

En droit suisse, différents types de procédures négociées peuvent être envisagés. Dans le cas de la procédure dite simplifiée, la négociation porte essentiellement sur le contenu de l'acte d'accusation<sup>2</sup>. L'accord doit ensuite être approuvé par le juge. Cette ratification ne dure que quelques minutes, le temps de vérifier notamment la qualité du consentement de l'accusé à se voir juger de cette manière. Cette procédure est cependant peu séduisante pour les entreprises puisque, même au terme d'une négociation fructueuse, l'idée de devoir passer ne serait-ce que quelques minutes sur le banc de l'infamie de la salle d'audience pénale fonctionne comme un repoussoir assez efficace.

L'autre procédure susceptible d'être négociée est celle de l'ordonnance pénale. Dans ce cas, la condamnation est prononcée directement par un procureur, sans audience publique. C'est en particulier de cette manière que

s'est soldée l'affaire Alstom Network Schweiz AG, en novembre 2011. Cette société a été condamnée par le Ministère public de la Confédération (MPC), mais les contours exacts de l'ordonnance pénale ont été intelligemment négociés, en particulier le montant de l'amende et le renforcement de l'unité *compliance* du groupe industriel.

Troisième et dernière forme envisageable de *deal*, peut-être la plus spectaculaire mais aussi la plus discutable, le « classement 53 CP », ou dit plus clairement le classement au motif d'une réparation suffisante du dommage. À Genève, les entreprises HSBC et Addax ont pu profiter récemment de ce traitement exprès et quasi indolore<sup>3</sup>.

Parce qu'ils rebutent (procédure dite simplifiée), parce qu'ils ne sont pas totalement adaptés (procédure de l'ordonnance pénale), ou parce qu'ils peuvent même conduire l'autorité à en faire un usage un peu dévoyé (classement 53 CP), ces instruments de justice pénale négociée n'atteignent qu'imparfaitement l'objectif d'assainissement des pratiques au sein des entreprises. C'est pourquoi le MPC a proposé très récemment l'introduction d'une procédure de *Deferred Prosecution Agreement* à la façon suisse (DPA CH), sous la forme d'un nouvel article 318bis du Code de procédure pénale. Cette procédure ne concernerait que les entreprises<sup>4</sup>,

1 Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, dans *Deals de justice*, PUF, 2013, se demandent si cette « justice sans Justice » n'annonce pas un « marché américain de l'obéissance mondialisée où l'on demande à chacun de se faire le juge et le dénonciateur de lui-même ».

2 L'affaire Tinner, relative à divers actes ayant favorisé un programme illégal d'armement nucléaire, est l'une des affaires les plus connues qui se soient terminées de cette manière en Suisse. C'était en 2012, devant le Tribunal pénal fédéral.

3 Au niveau fédéral, dans l'affaire Alstom précitée, un « classement 53 CP » négocié, incluant le paiement d'un million de francs suisses à la Croix-Rouge Internationale, avait accompagné l'abandon des poursuites contre la maison mère française.



en lien avec les infractions prévues à l'article 102 du Code pénal, soit notamment le blanchiment d'argent et la grande majorité des actes de corruption d'agents publics ou privés.

Si ce mécanisme est adopté en Suisse, les entreprises pourront éviter la condamnation pénale, laquelle comporte souvent des dommages collatéraux importants à l'étranger, tels que la perte d'une autorisation d'exercer. Ce DPA CH, qui reposerait sur un accord conclu entre le ministère public et l'entreprise, poursuivrait les trois objectifs suivants : l'élucidation des faits ; la réparation du tort causé ; et l'élimination des défauts d'organisation de l'entreprise, afin d'éviter la commission de nouveaux actes illicites. Les conditions principales posées à la conclusion d'un tel accord seraient les suivantes : la dénonciation spontanée, ou du moins l'acceptation rapide de l'instruction pénale par l'entreprise ; sa pleine collaboration<sup>4</sup> ; et la disposition de l'entreprise à l'amélioration de ses procédures de contrôle interne.

Le DPA CH comprendrait les éléments suivants : la présentation des faits ; le montant de l'amende ; la désignation des valeurs patrimoniales confisquées ; la reconnaissance des prétentions civiles ; l'obligation d'éliminer durablement les défauts d'organisation et d'adopter les mesures correctives suffisantes (par ex. un programme renforcé de *compliance*) ; la durée du délai d'épreuve, de deux à cinq ans ; la vérification périodique, par un mandataire privé indépendant, du respect des obligations imposées à l'entreprise ; les conséquences en cas de violation de l'accord ; et la question des frais de procédure.

Cette proposition de DPA CH doit être approuvée sur le principe. En particulier parce que cet instrument permettrait de concevoir des obligations qui soient très précisément adaptées à l'entreprise visée, puis d'en vérifier le parfait respect. Ce n'est en particulier que dans le temps long qu'une autorité de poursuite pénale peut s'assurer de ce que les comportements au sein d'une entreprise se sont véritablement et durablement modifiés. ■

---

**Grégoire Mangeat**  
Avocat, M.B.L.-HSG, Mangeat LLC, Genève

---

**Fanny Margairaz**  
Avocate, Mangeat LLC, Genève

---

4 Dans une prise de position du 13 mars 2018, la Fédération suisse des avocats défendait l'application d'une telle procédure de DPA aux entreprises, mais aussi aux particuliers.

5 Un aveu de culpabilité ne serait en revanche pas exigé.