



Article scientifique

Article

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'application du principe "ne bis in idem" transnational à l'entreprise

Villard, Katia Anne

How to cite

VILLARD, Katia Anne. L'application du principe 'ne bis in idem' transnational à l'entreprise. In: Revue pénale suisse, 2019, vol. 137, n° 3, p. 291–333.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:124573>

Katia Villard, Genève¹

L'application du principe *ne bis in idem* transnational à l'entreprise

Table des matières

- I. Introduction
- II. Les consécutions légales du principe *ne bis in idem* transnational
 - 1. Dans l'espace Schengen
 - a) L'article 54 CAAS
 - b) Le droit suisse
 - 2. Dans l'Union européenne
- III. Le champ d'application matériel du principe *ne bis in idem* transnational
 - 1. Exposé de la problématique
 - 2. Le droit supranational
 - a) La portée matérielle de l'art. 50 de la Charte des droits fondamentaux
 - b) La portée matérielle de l'art. 54 CAAS
 - 3. Le droit suisse
 - 4. Synthèse dans le contexte de la responsabilité des entités collectives
- IV. L'interprétation de la règle *ne bis in idem* dans le cadre de la poursuite d'entités collectives
 - 1. *Ne bis...*
 - a) La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
 - b) La notion de « décision définitive » au regard du droit suisse
 - 2. *...in idem*
 - a) L'identité des faits
 - aa) La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
 - bb) L'idem dans le cadre de la responsabilité des entités collectives : un renvoi à l'infraction de base
 - b) L'identité de l'auteur
 - 3. Deux enjeux particuliers
 - a) Les divergences nationales dans les conditions d'imputation de l'infraction à l'entité collective : un obstacle au principe *ne bis in idem* ?
 - b) *Ne bis in idem* et blanchiment d'argent
 - 4. Le principe d'imputation
- V. Remarques conclusives

1 Dr en droit, postdoctorante FNS. L'auteure remercie vivement le Prof. Robert Roth pour sa relecture de la présente contribution et ses remarques pointues.

I. Introduction

Durant la seconde moitié du siècle dernier, les États continentaux ont reconnu tour à tour la capacité des entités collectives² à répondre des infractions commises en leur sein. En Suisse, la responsabilité pénale de l'entreprise est prévue à l'art. 102 CP et, s'agissant des infractions soumises au droit pénal administratif, à l'art. 7 DPA³ ou dans d'autres dispositions spéciales telles l'art. 49 LFINMA⁴.

Depuis l'abandon du principe *societas delinquere non potest*, le sujet occupe une place de choix dans la littérature scientifique, tant en Suisse qu'à l'étranger. Les recherches existantes se concentrent principalement sur les justifications de cette responsabilité⁵, sur les conditions d'imputation d'un comportement humain à une entité incorporelle⁶ ou encore sur la comparaison des modèles de responsabilité qui varient d'un État à l'autre⁷. En revanche, les problématiques procédurales liées à la poursuite des entités collectives, notamment dans la perspective d'une criminalité entrepreneuriale qui dépasse les frontières nationales, sont davantage restées dans l'ombre. Dans la même veine, les garanties fondamentales applicables à l'entreprise accusée d'une infraction pénale n'ont pour l'heure guère fait l'objet d'une analyse

2 Sauf indication particulière et pour éviter de trop nombreuses répétitions, les termes « entité collective », « entreprise » et « société » sont ici employés comme synonymes.

3 Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974, RS 313.0.

4 Loi sur l'autorité de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007, RS 956.1. Sur l'articulation entre l'art. 102 CP et 7 DPA, cf. A. Garbarski/A. Macaluso, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008, 833, 842 ss.

5 Cf. parmi d'autres S. Beale, A response to the critics of corporate criminal liability, American Criminal Law Review 2009, 1481 ss ; A. Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise – Commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, Genève/Zurich/Bâle 2004, 3 ss ; A. Mentovich/M. Cerf, A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities, in : Regulating Corporate Criminal Liability, D. Brodowski/M. Espinoza de los Monteros de la Parra/K. Tiedemann/J. Vogel (édit.), Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/Londres 2014, 33 ss ; S. Obidairo, Transnational Corruption and Corporations – Regulating Bribery through Corporate Liability, Surrey/Burlington 2013, 169 ss ; R. Roth, Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion, RPS 1997, 345 ss.

6 Cf. parmi d'autres la thèse de S. Lütolf, Strafbarkeit der juristischen Person, Zurich 1997 et les ouvrages cités sous n. 7.

7 Cf. notamment les études comparatives suivantes : S. Adam/N. Colette-Basecqz/M. Nihoul (édit.), La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, Bruxelles 2008 ; Brodowski/Espinoza de los Monteros de la Parra/Tiedemann/Vogel (édit.) (n. 5) ; A. Fiorella (édit.), Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – Volume I – Liability « ex crimine » of Legal Entities in Member States, Naples 2012 ; G. Giudicelli-Delage/S. Manacorda (dir.), La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Paris 2013 ; S. Manacorda/F. Centonze/G. Forti (édit.), Preventing Corporate Corruption – The Anti-Bribery Compliance Model, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/Londres 2014 ; M. Pieth/R. Ivory (édit.), Corporate Criminal Liability – Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht/Heidelberg/Londres/New York 2011 ; G. Vermeulen/W. De Bondt/Ch. Ryckman, Liability of legal persons for offences in the EU, Anvers/Apeldoorn/Portland 2012.

substantielle⁸. C'est en particulier le cas du principe *ne bis in idem* envisagé ici dans sa dimension internationale⁹.

Or, dans la mesure où, de fait, la délinquance d'entreprise s'inscrit largement dans un contexte transnational, le risque de conflits de juridictions et de multiplication des procédures est un enjeu majeur en matière de responsabilité des entités collectives¹⁰. Il se trouve d'autant plus accru que la tendance est à une extension de la compétence pénale, tant par une interprétation extensive du principe de territorialité que par l'élargissement des compétences extraterritoriales¹¹. Dans ce contexte, la règle¹² *ne bis in idem* transnationale, en tant que régulateur d'actions pénales concurrentes, prend toute son importance. Si elle souffre d'insuffisances de par notamment son appréhension trop tardive de la problématique¹³, elle présente le

8 À l'heure actuelle, le thème émergeant est le droit au silence de l'entreprise, en particulier dans le contexte de la lutte antiblanchiment, cf. C. Fritsche, Kooperieren oder nicht?, GesKR 2016, 376 ss; C. Geth, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und *nemo tenetur*, in: Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, S. Emmenegger (édit.), Bâle 2014, 141, 155 ss; S. Gless, *Nemo tenetur se ipsum accusare* und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, in: Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, C. Fahl/E. Müller/H. Satzger/S. Swoboda (édit.), Heidelberg 2015, 723, 728 ss; K. Villard, Blanchiment d'argent : la banque face au risque pénal, RSDA 2018, 113, 119 ss.

9 Pour l'application à l'entreprise du principe *ne bis in idem* à l'échelle interne, K. Villard, La coexistence d'une poursuite pénale et d'une procédure d'enforcement contre l'entreprise à l'aune du principe *ne bis in idem* : colocation ou ménage commun?, RDS 2018, 13, en particulier 31 ss.

10 M. Pieth, Swiss Report on Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law, in: Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues, International Colloquium Section 4, Bâle, 21-23 juin 2017, S. Gless/S. Broniszewska-Emdin (édit.), 285, 300 s.; sur les conséquences néfastes des conflits de compétence, cf. notamment M. Grotenrath, Unternehmenssanktionierung in Europa – Jurisdiktionskonflikte im Kontext transnationaler Verbandsverantwortlichkeit, Francfort 2017, 83 ss.; K. Villard, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise – Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, Genève/Zurich/Bâle 2017, N 56 ss.

11 Dans le même sens, J. de la Cuesta, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « *ne bis in idem* », Revue internationale de droit pénal 2002, 673, 704.

12 L'adage *ne bis in idem*, classiquement qualifié de « principe », constitue bien entendu simultanément une règle au vu de ses multiples consécutions légales, respectivement conventionnelles.

13 Cf. D. Bernard, Les solides frontières du principe *ne bis in idem* : fondements et objectifs en droit européen et international, in: Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment, D. Bernard et al. (coord.), Limal 2013, 389, 408; de la Cuesta (n. 11), 704; T. Rafaraci, The principle of *non bis in idem* in the jurisprudence of the European Court of Justice, in: Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, S. Braum/A. Weyembergh (édit.), Bruxelles 2009, 93, 104; B. Rekaté, Die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten und der Grundsatz einmaliger Strafverfolgung in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Göttingen, 2015, 182 ss; Villard (n. 10), N 70; A. Weyembergh, Le *ne bis in idem* en matière pénale dans l'UE: de quelques développements récents et de quelques perspectives, in: Existe-t-il encore un seul *non bis in idem* aujourd'hui?, D. Brach-Thiel (dir.), Paris 2017, 195, 212.

mérite d'être aujourd'hui consacrée dans plusieurs instruments internationaux, ainsi que sur le plan national¹⁴. En revanche, la reconnaissance d'une véritable « litispendance transnationale¹⁵ » en matière pénale n'en est qu'à ses balbutiements¹⁶.

Sur le principe, et à juste titre, il ne semble pas contesté qu'une entité collective peut se prévaloir de la garantie procédurale que constitue le principe *ne bis in idem* au même titre qu'un individu¹⁷. Le principe *ne bis in idem* est d'ailleurs régulièrement appliqué aux entités collectives par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en droit de la concurrence¹⁸.

14 Dans le même sens, les conclusions de l'avocat général *M^{me} E. Sharpston* du 6.2.2014 dans l'affaire *M.* (arrêt CJUE du 5.6.2014), §§ 51 ss.

15 Pour reprendre les termes de *R. Roth*, in : Commentaire romand – Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (édit.), Bâle 2011, Art. 8 N 37.

16 Une telle litispendance ne devrait d'ailleurs pas s'établir sur une base « premier arrivé, premier servi » mais en fonction de la juridiction qui apparaît la plus appropriée pour traiter du cas (cf. Commission des Communautés européennes, Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, COM(2005)696 final, Bruxelles, 23.12.2005 ; *Rafaraci* (n. 13), 104 s. ; *K. Villard*, Opportunité des poursuites et conflits de compétences : notes sur les articles 8 al. 2 let. c et 8 al. 3 CPP, in : *Dodécapophonie pénale, Liber discipulorum* en l'honneur du professeur Robert Roth, S. Garibian/Y. Jeanneret (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2017, 131, 140). À l'échelle supranationale, certains instruments imposent un échange de vues entre États en cas de conflits de juridictions, ceux-ci demeurant libres d'exercer leur compétence pénale comme bon leur semble en cas d'échec de la concertation (cf. en particulier la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales ; cf. aussi art. 42 ch. 5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, RS 0.311.56).

17 Entre autres, *Grotenrath* (n. 10), 189 ss ; *de la Cuesta* (n. 11), 688 ; *J. Vervaele*, The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its *Ne bis in idem* Principle in the Member States of the EU, *Review of European Administrative Law* 2013, 113, 115 ; *Weyembergh* (n. 13), 211 ; cf. aussi § 6 du « Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union », A. Biehler/R. Kniebühler/J. Lelieur-Fischer/S. Stein (édit.), Fribourg-en-Brisgau 2003, disponible sur : <https://www.mpicc.de/files/pdf2/farne-bis-in-idem.pdf> (2.11.2018) ; pour le droit états-unien, *S. Beale*, United States' Report on Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law, in : *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law : Jurisdictional Issues* (n. 10), 307, 310. Sur les fonctions du principe *ne bis in idem*, cf. *J. Lelieur*, La règle *ne bis in idem* – Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, thèse soutenue le 9 décembre 2005 à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), § 19.

18 Sur l'application et l'interprétation – différenciée – du principe en droit de la concurrence, cf. notamment, arrêt CJUE (GC) *Toshiba Corporation* du 14.2.2012, §§ 93 ss et les conclusions de l'avocat général *M^{me} J. Kokott* du 8.9.2011 dans la même affaire, §§ 101 ss ; conclusions de l'avocat général *M. N. Wahl* du 29.11.2018 dans l'affaire *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, § 38 ; *R. Nazzini*, Parallel Proceedings in EU Competition Law – *Ne bis in idem* as a Limiting Principle, in : *Ne Bis in Idem in EU Law*, B. van Bockel (édit.), Cambridge 2016, 131 ss ; *P. van Cleynebreugel*, Le *non bis in idem* en droit de la concurrence : un monde de différence avec le droit pénal ?, in : Existe-t-il encore un seul *non bis in idem* aujourd'hui ? (n. 13), 171 ss.

De manière générale, la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* soulève de nombreuses questions, notamment quant à sa portée matérielle et à la définition du « *idem* », qui ne sont que partiellement résolues, et souvent au cas par cas, par la jurisprudence et la doctrine. Les difficultés d'interprétation s'accroissent dans le cadre de l'application transnationale du principe. En matière de procédures à caractère pénal engagées contre des entreprises, ces problématiques apparaissent encore exacerbées au vu de l'hétérogénéité des modèles de responsabilité des entités collectives adoptés par les États.

La présente contribution a pour objectif une appréhension « sous toutes ses coutures » du principe *ne bis in idem* transnational dans le cadre de la responsabilité des entreprises pour les infractions perpétrées en leur sein. Dans cette optique, elle se focalise sur la dimension « garantiste » de la règle. Nous n'aborderons donc pas le principe *ne bis in idem* sous l'angle de la coopération internationale, comme motif – contraignant ou facultatif – de refus de l'entraide judiciaire. Nous ne traiterons pas davantage de l'application de la règle dans le cadre de la justice pénale internationale, dès lors que cette dernière – pour l'heure à tout le moins – ne s'occupe pas de la poursuite des entités collectives¹⁹.

L'examen porte sur le cadre juridique supranational et intègre les conclusions qu'il convient d'en tirer sous l'angle du droit suisse. Après un exposé des consécutions légales du principe *ne bis in idem* transnational, nous nous pencherons sur le champ d'application matériel de cette garantie procédurale (III *infra*). La notion de décision définitive rendue à l'encontre d'une entreprise fera ensuite l'objet de quelques considérations (IV. 1 *infra*). En ce qui concerne la thématique du « *idem* », il s'agira en particulier d'examiner si le concept de « mêmes faits » s'analyse de manière similaire en matière de responsabilités individuelle et collective (IV. 2. a) bb) *infra*). La notion d'identité de l'auteur sera également abordée (IV. 2. b) *infra*). Nous concentrerons ensuite notre propos sur deux problématiques particulières. La première, fondamentale, consiste à se demander si, à la lumière des réflexions que nous aurons effectuées jusqu'alors, l'hétérogénéité des modèles de responsabilité choisis par les États fait obstacle à la mise en œuvre du principe *ne bis in idem* (IV. 3. a) *infra*). La deuxième s'articule autour de l'application de celui-ci en matière de blanchiment d'argent, infraction typiquement commise dans un contexte entrepreneurial (IV. 3. b) *infra*). Le débat s'achève avec quelques remarques sur la version « édulcorée » de la règle *ne bis in idem*, à savoir le principe d'imputation, et ce au regard des disparités nationales relatives aux sanctions prévues à l'égard des entreprises (V. *infra*).

19 Proposée lors des négociations du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (RS.0.312.1), la responsabilité des entités collectives n'a pas été retenue (F. Meyer, *Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht*, RPS 2013, 56, 67 s.).

II. Les consécrationes légales du principe *ne bis in idem* transnational

À titre liminaire, rappelons que le principe *ne bis in idem* dans sa dimension interne apparaît solidement ancré dans les ordres juridiques nationaux et est prévu à l'art. 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁰ ainsi qu'à l'art. 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Envisagée dans une perspective transnationale, la règle (pour l'heure ?) ne trouve en revanche application que de manière limitée, même si le principe de reconnaissance mutuelle du droit de l'Union européenne parle en sa faveur²¹.

Rappelons également, en écho à nos propos introductifs, que, dans sa conception classique, la règle n'interdit pas la conduite parallèle de deux procédures portant sur les mêmes faits, mais uniquement l'ouverture de la seconde après clôture définitive de la première²². Il apparaît cela étant peu opportun d'engager une poursuite à raison d'événements qui font déjà l'objet d'investigations – fût-ce à l'étranger – pour devoir y mettre un terme dès que la première procédure a trouvé son épilogue. En droit suisse, l'art. 8 al. 3 CPP permet aux autorités pénales de renoncer à poursuivre des faits déjà sous enquête à l'étranger si aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose²³. Une suspension de l'instruction au sens de l'art. 314 al. 1 let. b CPP est également envisageable²⁴.

1. Dans l'espace Schengen

a) L'article 54 CAAS

La norme emblématique consacrant, en tant que garantie fondamentale, le principe *ne bis in idem* sur le plan transnational en Europe est l'art. 54 de la Conven-

20 Cf. sur la limitation de cette disposition au principe *ne bis in idem* à l'échelle interne, D. Spinellis, Global Report – The *ne bis in idem* Principle in « Global » Instruments, Revue internationale de droit pénal 2002, 1149, 1152 ; B. van Bockel, The *ne bis in idem* Principle in EU Law, Austin/Boston/Chicago/New York/Les Pays-Bas 2010, 13.

21 Cf. entre autres Bernard (n. 13), 396 s.

22 Cf. entre autres arrêt CJUE Turanský du 22.12.2008, § 44.

23 Cf., en lien avec cette dernière condition, décision du TPF BB.2016.192 du 30.11.2016, consid. 3.2.5. En droit italien, on constatera avec intérêt que, selon l'art. 4 ch. 1 de la loi sur la responsabilité des entités collectives (Decreto legislativo 8 giugno, n. 231), le juge italien ne peut agir contre une entité collective italienne pour une infraction perpétrée à l'étranger que si elle ne fait pas déjà l'objet de poursuites dans l'État territorial.

24 Cf. sur ces deux dispositions, Villard (n. 16), 138 ss.

tion d'application de l'Accord de Schengen (CAAS)²⁵. À teneur de cette dernière disposition, « une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation »²⁶.

L'art. 55 ch. 1 CAAS admet toutefois des réserves à l'application du principe *ne bis in idem*, et ce dans trois hypothèses. La première est celle dans laquelle l'État qui entend juger *in idem* se prévaut du principe de territorialité, à condition toutefois que l'État dans lequel la première décision a été rendue ait exercé sa compétence sur une base *extraterritoriale* (art. 55 ch. 1 let. a CAAS). La seconde concerne les infractions contre les intérêts essentiels de l'État (art. 55 ch. 1 let. b CAAS). La troisième permet à l'État employeur d'un fonctionnaire de poursuivre ce dernier pour des agissements commis en violation des devoirs de sa charge, indépendamment de l'existence d'une première décision portant sur les mêmes faits (art. 55 ch. 1 let. c CAAS). Cette dernière hypothèse ne devrait pas jouer de rôle dans le cadre de la poursuite d'entités collectives, puisqu'elle supposerait en principe²⁷ que les ordres juridiques concernés reconnaissent une responsabilité – de nature matériellement

25 Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. Même si la CAAS s'inscrit dans le cadre général de la coopération internationale, le principe *ne bis in idem* y est bel et bien consacré avant tout dans sa dimension « garantiste » (cf. notamment K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 5^e éd., Munich 2018, § 10 N 178 ; J. Vervaele, *Ne bis in idem : Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU*, *Utrecht Law Review* 2013, 211, 218). Les dispositions y afférentes (art. 54 à 58 CAAS) font d'ailleurs l'objet d'un chapitre séparé de celui sur l'entraide judiciaire (dans le même sens, A. Klip, *European Criminal Law*, 3^e éd., Cambridge 2016, 296 ; van Bockel (n. 20), 3 et 12 ; cf. aussi l'art. 53 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 et l'art. 35 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972).

26 La même règle (réserves comprises) est prévue à l'art. 10 de la Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du Traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

27 Une exception pourrait être envisagée si l'État concerné devait assimiler au « fonctionnaire » l'individu employé par une société privée – et donc soumise aux dispositions relatives à la responsabilité pénale de l'entreprise – mais accomplissant des tâches publiques (cf. art. 322^{decies} al. 2 CP). Une telle interprétation ne se dégage cependant pas de la réserve de la Suisse à l'art. 55 § 1 let. c CAAS qui vise les « fonctionnaires de la Confédération suisse » ; cf. l'accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen du 26 octobre 2004, RS 0.362.31.

pénale – de l'État pour les infractions commises par ses agents dans la poursuite de ses activités, ce qui n'apparaît guère probable²⁸.

L'art. 56 CAAS atténue – un peu – l'effet de telles réserves en prévoyant une version (souple) du principe d'imputation : toute période de privation de liberté déjà subie pour les mêmes faits doit être imputée. Les autres sanctions devront être prises en considération, mais seulement dans la mesure où les législations nationales le permettent. Dans le contexte de cette disposition, l'applicabilité du principe d'imputation aux peines prononcées contre des entités collectives dépendra donc des ordres juridiques nationaux.

b) Le droit suisse

La Suisse²⁹, à l'instar par exemple de la France³⁰ et de l'Allemagne³¹, a effectué des réserves conformément à l'art. 55 ch. 1 CAAS³². Ainsi, si une société autrichienne a été condamnée en Autriche, sur la base du principe du siège³³, à une

28 Cf. pour le droit suisse, art. 102 al. 4 let. b CP; cf. aussi par exemple pour le droit français, *J. Tricot*, Corporate Criminal Liability in France, in : Corporate Criminal Liability and Compliance Programs (n. 7), 131, 141; pour le droit espagnol, *A. Nieto Martin*, Criminal Liability of Legal Entities in Spain, in : Corporate Criminal Liability and Compliance Programs (n. 7), 181, 203 s.; pour le droit portugais, *M. Espinoza de Los Monteros de La Parra*, Criminal Liability of Legal Entities in Portugal, in : Corporate Criminal Liability and Compliance Programs (n. 7), 213, 217 s.

29 La Suisse a émis une réserve à l'art 55 § 1 let. a, b, et c CAAS : cf. l'Accord de Schengen (n. 27).

30 La France a émis une réserve à l'art. 55 § 1 let. a et b CAAS; cf. Décret n° 95-304 du 21 mars 1995 portant publication de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990, JORF n° 0069 du 22 mars 1995, 4441. Selon la doctrine, un problème dans la réception au Luxembourg de la déclaration de la France rend toutefois cette réserve dépourvue de validité (cf. *S. Göllly*, « Ne Bis in Idem » – Das unionsrechtliche Doppelverfolgungsverbot, Vienne 2017, 32 s.; *M. Puéchavy*, Le principe *ne bis in idem* en matière pénale et l'Union européenne, in : Le principe *ne bis in idem*, *M. Puéchavy* [dir.], Bruxelles 2012, 91, 93).

31 L'Allemagne a émis une réserve à l'art. 55 § 1 let. a et b CAAS; cf. Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 20. 4. 1994, BGBl. 1994 II, aus Nr. 21 vom 26. 5. 1994, 631.

32 Cf., pour un panorama des réserves effectuées conformément à l'art. 55 CAAS, *Göllly* (n. 30), 112 ss.

33 Cf. § 12 (2) Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005. Sur la compétence du juge autrichien à l'égard des entreprises, cf. *M. Hilf/Ch. Urtz/M. Handstanger*, Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsstrafrechtlicher Sicht, 20. ÖJT, vol. III/1, Vienne 2018, 117 ss; *L. Stärker*, Unternehmensstrafrecht/ Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – Kommentar, Vienne 2007, 165 ss; *Villard* (n. 10), N 803 ss; sur le principe du siège en général, *Villard* (n. 10), N 1041 ss.

« *Verbandsgeldbusse* »³⁴ pour des faits à coloration pénale réputés commis sur sol helvétique, la Suisse peut la poursuivre à raison des mêmes événements. Dans cette configuration, conformément au principe d'imputation, le juge suisse devra retrancher l'amende payée par l'entreprise en Autriche sur celle à prononcer en Suisse (art. 3 al. 2 CP)³⁵.

La réserve de l'art. 55 ch. 1 let. a CAAS prend d'autant plus d'importance que, selon la conception dominante en Suisse, le principe de territorialité dans le cadre de la responsabilité pénale des entités collectives est interprété largement : tant le lieu où l'agent de l'entreprise a agi ou aurait dû agir que l'endroit où doit être situé le défaut d'organisation qui fonde la punissabilité de l'entreprise constituerait un lieu de commission de l'infraction reprochée à celle-ci³⁶. Dans la mesure où le manque d'organisation se localisera généralement au siège de l'entité collective, une entreprise suisse ne pourra pas se prévaloir du principe *ne bis in idem* à l'encontre du juge helvétique si l'infraction qui lui est reprochée n'a pas été commise dans l'État de la première décision rendue à son encontre (art. 55 ch. 1 let. a *i.f.* CAAS *a contrario*).

Il convient par ailleurs de relever qu'au regard des seules dispositions du droit suisse (art. 3 et 8 CP), il n'y a pas de place pour une application du principe *ne bis in idem* à partir du moment où la Suisse se prévaut du principe de territorialité, et ce même si le *ius puniendi* de l'État dans lequel la première décision a été rendue se fondait sur le même chef de compétence. Au sein de l'espace Schengen, les art. 3 et 8 CP doivent donc être lus, cas échéant adaptés, à la lumière des art. 54 ss CAAS. Les instruments internationaux en général et la CAAS en particulier ne définissant pas de façon autonome la notion de lieu de commission de l'infraction, l'interprétation du principe de territorialité est laissée à l'appréciation des États concernés³⁷. En d'autres termes, la Suisse détermine conformément à son propre

34 Cf. § 4 VbVG (n. 33).

35 L'amende prononcée en Suisse sera donc bien entendu égale à zéro toutes les fois où celle payée par l'entreprise à l'étranger se révèle supérieure à celle infligée par le juge suisse. Dans notre exemple, pour donner un ordre d'idées, la sanction pécuniaire maximale que le juge autrichien peut prononcer s'élève à EUR 1 800 000, contre CHF 5 000 000 selon le droit suisse (cf. § 4 (3) et (4) VbVG (n. 33) ; art. 102 al. 1 CP).

36 Cf. notamment U. Cassani, La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ?, in : Lutte contre la corruption internationale – *The never ending story*, U. Cassani/A. Héritier Lachat (dir.), Genève/Zurich/Bâle 2011, 33, 52 ; S. Lenz/W. Mäder, Grenzüberschreitende Korruption : Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, *forum poenale* 2013, 33, 36 s. ; M. A. Niggli/D. R. Gfeller, in : Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 4^e éd., Bâle 2018, Art. 102 N 431 ; Pieth (n. 10), 295 ; pour une position plus nuancée Villard (n. 10), N 882 ss.

37 Dans le même sens, Rapport explicatif du Conseil de l'Europe relatif à la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970, 51 ; Rapport explicatif du Conseil de l'Europe relatif à la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972, 37.

droit si l'évènement considéré est réputé commis sur son territoire. En revanche, il ne lui appartient pas d'apprécier si c'est, selon ses critères à elle, à raison que l'État de la première décision a (également) admis un rattachement territorial avec les faits en question³⁸.

Le principe *ne bis in idem* transnational trouve en revanche application lorsque la Suisse a délégué la poursuite de l'infraction (commise sur son territoire) à un État qui a ensuite définitivement statué sur le cas (cf. art. 3 al. 3 CP). Il en va de même lorsque la Suisse exerce sa compétence sur une base extraterritoriale (cf. art. 5 al. 2, 6 al. 3 et 7 al. 4 CP), sauf, conformément à la réserve émise en application de l'art 55 ch. 1 let. c CAAS, en cas d'application du principe de protection (art. 4 CP).

2. Dans l'Union européenne

En droit européen, le principe *ne bis in idem* est consacré à l'art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte), à teneur duquel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »³⁹. Des restrictions ne sont admissibles que si elles reposent sur une base légale, poursuivent un intérêt général reconnu par l'Union ou la protection des droits d'autrui, et respectent le principe de proportionnalité (cf. art. 52 de la Charte). Par ailleurs, si l'art. 50 ne requiert pas que la

38 Dans la mesure où l'art. 54 CAAS a une vocation « garantiste », le fait que l'État de la première décision a exercé sa compétence territoriale sur la base d'un rattachement manifestement exorbitant ne doit pas constituer un motif de remise en cause de son application, motif qui, par le jeu de la réserve de l'art. 55 § let. a CAAS, conduirait à une deuxième poursuite pour les mêmes faits.

39 À noter que le champ d'application matériel de l'art. 50 est limité aux situations juridiques qui mettent en œuvre le droit de l'Union (art. 51 de la Charte). Il a à cet égard été souligné à plusieurs reprises que le caractère transnational de la situation implique forcément la mise en œuvre du droit de l'Union sous l'angle du principe de la libre circulation, voire de l'art. 54 CAAS en tant que droit secondaire de l'Union (cf. *M. Böse*, *Ausnahmen vom grenzüberschreitenden « Ne bis in idem » ? – Zur Fortgeltung der Vorbehalte nach Art. 55 SDÜ*, in : *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag*, R. Esser/H.-L. Günther/C. Jäger/C. Mynolopoulos/B. Öztürk (édit.), Heidelberg 2013, 519, 524 s. ; *Grottenrath* (n. 10), 163 s. ; *P. J. Wattel*, *Ne bis in idem* and Tax Offences in EU Law and ECHR Law, in : *Ne Bis in Idem in EU Law* (n. 18), 167, 168 s. ; cf. aussi, arrêt CJUE (GC) XC, YB et ZA du 24. 10. 2018, § 14 : *contra* : *M. Heger*, *Das europäische Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRG*, in : *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag* (même n.), 565, 569 ss.

première sanction ait été exécutée, la CJUE a jugé une telle exigence, qui découle de l'art 54 CAAS, compatible avec l'art. 52 de la Charte⁴⁰.

Dans l'Union européenne, la validité de la réserve de l'art. 55 CAAS a été remise en cause par l'avocat général M. Yves Bot dans l'affaire *Kossowski* de juin 2016, ce au regard de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union et des art. 50 à 52 de la Charte. Suite à une analyse détaillée qui se basait, pour l'essentiel, sur l'importance du principe de reconnaissance mutuelle, M. Bot est parvenu à la conclusion que cette réserve n'était pas nécessaire, de sorte qu'elle devait être déclarée invalide⁴¹. La CJUE « bottera en touche » puisqu'elle estimera que l'art. 54 CAAS ne trouvait de toute façon pas application en l'espèce faute de caractère définitif de la première décision rendue, conclusion qui la dispensera de l'examen de la compatibilité de l'art. 55 CAAS avec le droit de l'Union⁴². Si la position de l'avocat général emporte la conviction, elle semble en revanche contredite par les explications – non contraignantes – relatives à la Charte, à teneur desquelles « les exceptions très limitées par lesquelles [l'art. 54 CAAS] permet(...) aux États membres de déroger à la règle « non bis in idem » sont couvertes par la clause horizontale de l'article 52, paragraphe 1, sur les limitations »⁴³.

40 Arrêt CJUE (GC) *Spasic* du 27.5.2014, § 51 ss; *Grotenrath* (n. 10), 184; cf. aussi *Ambos*, qui émet des doutes sur le caractère conscient (et donc) voulu de la renonciation, par l'art. 50 de la Charte, à la condition de l'exécution de la sanction (n. 25, § 10 N 189). Pour un avis contraire, fondé sur le fait que les progrès de la coopération européenne doivent conduire à ce que celui qui s'est soustrait à l'exécution de sa peine soit renvoyé dans l'État où cette sanction doit être exécutée plutôt que d'être jugé une deuxième fois par un autre État (*J. Lelieur*, La règle *ne bis in idem* en transition, in : Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment [n. 13], 409, 426). Critique également, *M. Böse*, Einschränkungen des transnationalen ne bis in idem – notwendiges Korrektiv oder Anachronismus?, in : « Ne bis in idem » in Europa – Praxis, Probleme und Perspektiven des Doppelverfolungsverbots, G. Hochmayr (édit.), Baden-Baden 2015, 171, 174 ss.

41 Conclusions de l'avocat général M. Y. Bot dans l'affaire *Kossowski* du 15.12.2015 § 32 ss (arrêt CJUE (GC) du 29.6.2016); dans le même sens, *Böse* (n. 40), 179 s.; *contra Ambos* (n. 25), § 10 N 170; *Grotenrath* (n. 10), 165; pour un panorama de la doctrine, *Gölly* (n. 30), 139 ss.

42 Arrêt CJUE (GC) *Kossowski* du 29.6.2016, § 53 ss.

43 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux du 14.12.2007, ad art. 50. Ces explications, conformément aux art. 6 ch. 1 § 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) et 52 ch. 7 de la Charte, doivent être « dûment prises en considération » (cf. aussi *Weyembergh* [n. 13], 203 ss; arrêt CJUE [GC] *Spasic* du 27.5.2014, § 54 ss).

III. Le champ d'application matériel du principe *ne bis in idem* transnational

1. Exposé de la problématique

Le champ d'application matériel du principe *ne bis in idem* dans sa dimension interne a fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la CourEDH. En résumé, dans l'arrêt de principe *A. et B. c. Norvège* de novembre 2016, la Grande Chambre de la CourEDH a confirmé que l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH trouvait application dans le cadre d'« accusations en matière pénale » au sens de l'art. 6 CEDH⁴⁴. En d'autres termes, la portée matérielle de la règle *ne bis in idem* s'apprécie au regard des trois critères (alternatifs) *Engel* posés par la CourEDH en 1976 dans l'affaire éponyme.

Le champ d'application de cette règle dans sa dimension transnationale n'a en revanche pas fait l'objet à ce jour d'une analyse circonstanciée par la CJUE. Trois solutions sont à cet égard envisageables. Premièrement, le principe *ne bis in idem* ne s'applique qu'à la matière pénale au sens strict, conformément au droit national considéré⁴⁵. Une telle interprétation revient à faire dépendre sa mise en œuvre de la classification formelle de l'infraction dans l'ordre juridique des deux États concernés⁴⁶. Deuxièmement, le champ d'application du principe *ne bis in idem* se recoupe avec celui de la plupart des instruments d'entraide judiciaire en matière pénale. Dans cette dernière hypothèse, la règle *ne bis in idem* s'étend aux « procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de la partie requérante ou de la partie requise au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction

44 Arrêt CourEDH (GC) *A. et B. c. Norvège* du 15.11.2016, § 107. Certains États, tels que la France, l'Italie, l'Allemagne et l'Autriche, ont toutefois effectué une réserve à l'art. 4 du Protocole n° 7, à teneur de laquelle la règle *ne bis in idem* ne s'applique que dans le cadre d'infractions pénales selon le droit national. Les réserves de l'Italie et de l'Autriche ont cela étant été jugées non valables car ne respectant pas les exigences de l'art. 57 de la Convention (arrêt CourEDH *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4.3.2014, § 206 ss ; arrêt CourEDH *Gradinger c. Autriche* du 23.10.1995, § 51). Selon la doctrine, la réserve de la France n'est pas davantage valable (cf. *J. M. Brigant*, *Droit disciplinaire & Non bis in idem*, in : Existe-t-il encore un seul *non bis in idem* aujourd'hui ? (n. 13), 93, 109 ; *M. Puéchavy*, *L'arrêt Zolotoukhine c. Russie*, in : Le principe *ne bis in idem* (n. 30), 19, 29 ; *Lelieur* (n. 17), § 223.

45 En ce sens apparemment, *Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales (n. 16), Question n° 15.

46 Dans le même sens, *van Bockel* (n. 20), 41.

compétente, notamment en matière pénale »⁴⁷. Troisièmement, le « terrain de jeu » du principe *ne bis in idem* est le même, que celui-ci soit envisagé dans une perspective interne ou internationale⁴⁸. L'analyse exige par ailleurs de déterminer si le champ d'application de la règle est identique dans le cadre des art. 50 de la Charte et 54 CAAS, raison pour laquelle ces deux sources feront l'objet d'un examen séparé.

L'enjeu apparaît d'autant plus important dans le contexte de la responsabilité des entités collectives que certains États, notamment l'Allemagne, ne connaissent pas une responsabilité de nature formellement pénale des entités collectives pour les infractions commises en leur sein. Ainsi, par exemple, si le champ d'application du principe *ne bis in idem* transnational se limite aux infractions qualifiées de pénales selon le droit national, la règle ne ferait pas obstacle à l'ouverture, en Suisse, d'une poursuite dirigée contre une entreprise qui aurait déjà été condamnée à raison des mêmes faits en Allemagne sur la base de l'art. 30 OWiG⁴⁹ par l'autorité administrative compétente. À l'inverse, si la portée du principe *ne bis in idem* doit s'apprécier au regard des critères *Engel*, le principe *ne bis in idem* s'opposera à une nouvelle procédure en Suisse puisque les infractions administratives réprimées par l'OWiG sont considérées comme relevant de l'accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH⁵⁰. Il en va de même dans le cas où le champ d'application de la règle devait s'étendre aux infractions administratives pouvant être portées devant un tribunal compétent en matière pénale. L'amende prononcée conformément à l'art. 30 OWiG peut en effet, par le jeu des §§ 67, 68 et 69 de la loi, être contestée devant l'*Amtsgericht*, lequel s'occupe notamment des affaires pénales (§§ 12 et 13 GVG)⁵¹.

47 Cf. art. 1 ch. 3 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001 (RS. 0.351.12), étant précisé que cette disposition est formulée de manière potestative ; art. 49 let. a CAAS ; art. 3 ch. 1 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 ; art. 1 let. a iii) de la décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires du 24 février 2005 ; art. 4 let. b de la directive concernant la décision d'enquête européenne matière pénale du 3 avril 2014. Cf. aussi l'art. 1a) de l'Initiative de la République hellénique de 2003 en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe *non bis in idem* (2003/C 100/12), qui n'a toutefois pas été suivie d'effets (sur ce document, cf. notamment *van Bockel* [n. 20], 5).

48 En ce sens, § 6 (2) (b) du « Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union » (n. 17) ; *Association internationale de droit pénal*, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* – Projet de résolution, *Revue internationale de droit pénal* 2002, 1173, 1174 et 1176, ch. II.2 cum ch. I.2 ; *J. Lelieur-Fischer*, Observations sur le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, Fribourg-en-Brisgau, mars 2006, disponible sur : https://www.mpicc.de/files/pdf2/observations_livre_vert_nebisi-nidem.pdf (12. 12. 2018), 22 s. ; en lien avec l'art. 50 de la Charte, *van Bockel* (n. 20), 18 s.

49 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* du 19 février 1987, BGBl. I 1987 602.

50 Cf. entre autres, arrêt CourEDH *Öztürk c. Allemagne* du 21. 2. 1984, §§ 46 ss ; *Grottenrath* (n. 10), 198 s.

51 *Gerichtsverfassungsgesetz* du 9 mai 1975, BGBl. I 1975 1077 ; *Grottenrath* (n. 10), 135.

2. Le droit supranational

a) La portée matérielle de l'art. 50 de la Charte des droits fondamentaux

D'emblée, il convient de souligner que la particularité de l'art. 50 de la Charte par rapport à l'art. 54 CAAS est qu'il s'applique aussi bien au sein d'un seul État qu'entre les États membres de l'Union européenne. Le lecteur de la jurisprudence de la CJUE doit garder cet aspect à l'esprit lors de son analyse.

Sur le plan terminologique, et au contraire de l'art. 54 CAAS, l'art. 50 de la Charte emploie des notions qui relèvent spécifiquement de la nomenclature pénale : « infraction »⁵², « jugement pénal » et « acquittement »⁵³. On relèvera cela étant d'ores et déjà, en lien avec les termes « jugement » et « acquittement », qu'ils sont interprétés largement, dans le sens de « décision définitive »⁵⁴, ce qui correspond à la jurisprudence relative à l'art 54 CAAS⁵⁵.

Selon l'art. 52 ch. 3 de la Charte, lorsque celle-ci garantit des droits qui trouvent leur pendant dans la CEDH, « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Plus précisément en lien avec le principe *ne bis in idem*, les explications relatives à l'art. 50 de la Charte indiquent qu'« en ce qui concerne les situations visées par l'article 4 du Protocole n° 7, à savoir l'application du principe à l'intérieur d'un même État membre, le droit garanti a le même sens et la même portée que le droit correspondant de la CEDH »⁵⁶. Le même document précise, en lien avec l'art. 52 ch. 3 de la Charte, que le sens de l'art. 50 est le même que l'art. 4 du Protocole n° 7 mais que sa portée est étendue au niveau de l'Union européenne. Le sens et la portée des droits en question s'apprécient non seulement à la lueur du texte de la CEDH mais également au regard de la jurisprudence de la CourEDH⁵⁷.

Selon la CJUE, l'art. 50 de la Charte s'applique dans le cadre de poursuites, respectivement de sanctions, de « nature pénale », ces derniers termes devant s'examiner à l'aune de trois critères : la qualification juridique de l'infraction en droit

52 Si le terme « infraction » est également utilisé pour les violations du droit administratif, il renvoie avant tout au droit pénal et, lorsqu'il est employé dans le domaine administratif, est en principe accompagné de l'adjectif distinctif « administrative ».

53 Pour la version anglaise : « offence », « criminal proceedings » et « acquittal » ; pour la version allemande : « Straftat », « Strafverfahren » et « Freispruch ».

54 Cf. notamment arrêt CJUE (GC) *Fransson* du 26.2.2013, § 33 ; arrêt CJUE (GC) *Spasic* du 27.5.2014, § 53 ; *Klip* (n. 25), 296 ; *van Bockel* (n. 20), 225.

55 Notamment *Gölly* (n. 30), 32 s. ; *Grottenrath* (n. 10), 162 et 173 s. ; sur cette notion, cf. IV. 1. a) *infra*.

56 Explications relatives à la Charte (n. 43), ad art. 50. Cette disposition est qualifiée de clause d'homogénéité (cf. X. Groussot/A. Ericsson, *ne bis in idem* in the EU and ECHR Legal Orders – A Matter of Uniform Interpretation ?, in : *Ne Bis in Idem* in EU Law (n. 18), 53, 71 ss.)

57 Explications relatives à la Charte (n. 43), ad art. 52.

interne, la nature même de l'infraction et la sévérité de la sanction encourue⁵⁸. Ce faisant, la CJUE reprend – mais sans toujours le dire – les critères *Engel*⁵⁹. Cette jurisprudence repose sur des cas qui concernaient à chaque fois le principe *ne bis in idem* dans sa dimension interne. Dans son arrêt *Menci* de mars 2018, la CJUE, dans la droite ligne de l'arrêt de la CourEDH *A et B. c. Norvège* – qu'elle mentionne au demeurant⁶⁰ – a précisé l'art. 50 de la Charte dans le sens que cette dernière disposition ne s'oppose pas à une double poursuite, l'une pénale, l'autre administrative mais présentant un caractère répressif, à condition que, cumulativement : 1) les poursuites et sanctions revêtent des buts complémentaires ; 2) les procédures soient coordonnées de manière à réduire au strict nécessaire la charge supplémentaire résultant, pour les personnes⁶¹ concernées, du cumul des poursuites ; 3) la sévérité de l'ensemble des sanctions prononcées respecte le principe de proportionnalité par rapport à la gravité de l'infraction concernée⁶².

Dans l'affaire *Spasic*, qui concernait, cette fois, le principe *ne bis in idem* transnational, la CJUE indique simplement que l'application de l'art. 50 de la Charte « suppose que les mesures qui ont déjà été adoptées à l'encontre du prévenu au moyen d'une décision devenue définitive revêtent un caractère pénal »⁶³. Cela étant, la nature pénale de la (première) sanction n'était en l'occurrence pas contestée⁶⁴.

Le recouplement du champ d'application matériel de l'art. 50 de la Charte avec l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH n'est pas contesté. Il a en particulier été souligné que cette dernière disposition n'avait pas été reprise intégralement par tous les États membres, ceux-ci n'ayant pas tous ratifié le Protocole n° 7 ou ayant,

58 Arrêt CJUE (GC) *Menci* du 20. 3. 2018, § 26 ss ; arrêt CJUE (GC) *Fransson* du 26. 2. 2013, § 35 ; arrêt CJUE (GC) *Bonda* du 5. 6. 2012, § 37.

59 La CJUE se réfère à la jurisprudence *Engel* dans l'arrêt *Bonda* mais non dans les arrêts *Fransson* et *Menci*, lesquels renvoient en revanche à l'arrêt *Bonda*. Cf. sur cette absence de référence, dans la jurisprudence de la CJUE, à celle de la CourEDH, arrêt CJUE *Orsi et Baldetti* du 5. 4. 2017, § 15 ; arrêt CJUE (GC) *Menci* du 20. 3. 2018, § 22 ; cf. aussi, pour la doctrine, *Grousot/Ericsson* (n. 56), 60 ss.

60 Arrêt CJUE (GC) *Menci* du 20. 3. 2018, § 61 s.

61 Dans cette contribution, sauf indication contraire, le terme « personne » comprend tant les personnes physiques que les entités collectives.

62 Arrêt CJUE (GC) *Menci* du 20. 3. 2018, § 65 ; cf. aussi les affaires jointes *Di Puma et Zecca*, § 40 ss, ainsi que *Garlsson Real Estate SA*, § 43 ss, rendues le même 20 mars 2018 par la Grande Chambre de la CJUE ; pour une critique de cette jurisprudence, cf. les conclusions de l'avocat général M. M. Campos Sánchez-Bordona du 12. 9. 2017 dans l'affaire *Menci*, § 57 ss.

63 La CJUE renvoie à cet égard à son arrêt *Fransson* du 26. 2. 2013, qui avait trait à la dimension interne de la règle *ne bis in idem*.

64 Arrêt CJUE (GC) *Spasic* du 27. 5. 2014, § 53 ; cf. aussi la prise de position de l'avocat général M. N. Jääskinen du 2. 5. 2014 dans cette affaire : « Je considère d'emblée que l'analyse de la portée du principe *ne bis in idem* au regard de la Charte dans la présente affaire doit se borner au seul domaine du droit pénal classique, en excluant ainsi les questions liées aux sanctions administratives, avec toutes les conséquences et les spécificités que ledit domaine du droit pénal peut porter » (§ 41).

pour certains d'entre eux, émis une réserve⁶⁵ visant précisément à restreindre le champ d'application du principe *ne bis in idem* aux infractions pénales selon le droit national⁶⁶. Dans cette configuration, « l'obligation d'interpréter la Charte à la lumière de la CEDH [devrait] être nuancée »⁶⁷. On objectera à cette position que, conformément à l'art. 52 ch. 3 i.f. de la Charte, rien n'empêche celle-ci d'imposer aux États membres une protection plus étendue que la CEDH ou ses protocoles, en lien avec le champ d'application matériel du principe *ne bis in idem*⁶⁸. En outre, le Protocole n° 7 à la CEDH date de 1984 et l'on peut se poser la question de savoir si de telles réserves, qui non seulement limitent le champ d'application d'une garantie fondamentale, mais, surtout, la subordonnent aux choix nationaux de politique criminelle seraient aujourd'hui admissibles. Quant au critère, appliqué en matière d'entraide, de la compétence matérielle de la juridiction de deuxième instance, il nous paraît un mauvais point de départ car trop formel et, à nouveau, a priori dépendant du droit national⁶⁹, en l'occurrence des règles en matière d'organisation judiciaire⁷⁰.

Il est par ailleurs contraire à l'esprit de l'art. 50 de la Charte d'effectuer une interprétation différente de cette disposition selon que le principe est appliqué à l'intérieur des frontières nationales ou entre États membres. En outre, le principe de reconnaissance mutuelle et la large coopération interétatique qui est supposée régir les relations entre les États membres de l'Union européenne plaident en faveur d'une interprétation large de la portée matérielle de l'art. 50 de la Charte. Enfin, le fait que *ne bis in idem* trouve application, même si son interprétation est un peu différente, en droit de la concurrence⁷¹, démontre également l'extension nécessaire du principe en dehors du droit pénal au sens strict.

65 Cf. n. 44.

66 Conclusions de l'avocat général M. P. Cruz Villalón du 12. 6. 2012 dans l'affaire *Fransson* (arrêt CJUE (GC) du 26. 2. 2013), § 81 ss.

67 Conclusions de l'avocat général M. P. Cruz Villalón du 12. 6. 2012 dans l'affaire *Fransson* (arrêt CJUE (GC) du 26. 2. 2013), § 85.

68 Dans le même sens, *Vervaele* (n. 17), 131.

69 Il est cela étant intéressant de noter que, dans une affaire qui concernait la décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, la CJUE, effectuant – sans le dire – un parallèle avec la notion d'accusation en matière pénale de l'art. 6 CEDH, a estimé que les termes « [juridiction] ayant compétence notamment en matière pénale » s'appréciaient de manière autonome, la juridiction en question devant appliquer « une procédure qui réunit les caractéristiques essentielles d'une procédure pénale » (arrêt de la CUE (GC) *Baláz* du 14. 11. 2013, § 35 s.).

70 Critiques également, J. Vervaele, The transnational *ne bis in idem* principle in the EU – Mutual recognition and equivalent protection of human rights, *Utrecht Law Review* 2005, 100, 115 ; R. Roth, *Non bis in idem* transnational : vers de nouveaux paradigmes ?, in : Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen (n. 13), 121, 129.

71 Cf. n. 18.

Nous nous rallions dès lors à la position selon laquelle le champ d'application du principe *ne bis in idem* transnational tel que consacré par le droit de l'Union européenne se recoupe avec celui de l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH et, par tant, inclut toutes les « accusations en matière pénale » au sens de l'art. 6 CEDH⁷².

Prolongement logique de cette dernière conclusion, la jurisprudence *Menci*, respectivement *A. et B. c. Norvège*, vaut également à l'échelle transnationale de la règle *ne bis in idem*⁷³. Ainsi, une sanction administrative à caractère répressif prononcée dans un État membre ne fait pas obstacle à une nouvelle procédure, de nature pénale, dans un autre État membre si : 1) la sanction prononcée dans le premier État poursuit un but complémentaire à celle envisagée dans le second ; 2) les autorités des deux États concernés se coordonnent pour réduire au strict nécessaire le fardeau découlant, pour les personnes impliquées, de la dualité des poursuites ; 3) au moment du verdict, la deuxième autorité tient compte de la sanction prononcée dans le premier État membre de manière à ce que les deux condamnations considérées dans leur ensemble restent proportionnées par rapport à la gravité des faits reprochés⁷⁴. Il est cela étant clair qu'une concertation, en amont de la première procédure déjà, entre les États concernés en vue de l'allocation du cas, dans son ensemble, à l'un d'entre eux apparaît le procédé le plus adéquat⁷⁵.

Cette interprétation du champ d'application matériel de la règle *ne bis in idem*, si elle s'impose pour les raisons qui viennent d'être évoquées, pose donc des exigences élevées en termes de collaboration interétatique. Elle n'est par ailleurs pas exempte d'interrogations : par exemple, la question de savoir si deux normes sanctionnatrices émanant d'ordres juridiques différents poursuivent un but complémentaire peut s'avérer délicate.

b) La portée matérielle de l'art. 54 CAAS

Comme son nom l'indique, la Convention d'application de l'Accord de Schengen, d'une dizaine d'années antérieure à la Charte⁷⁶, concrétise l'accord éponyme de 1985, qui constitue une première forme de coopération renforcée entre cinq États membres de la Communauté européenne, à savoir la République

72 Dans le même sens, *Grotenrath* (n. 10), 176.

73 À défaut d'ailleurs, le principe *ne bis in idem* envisagé dans une perspective internationale aurait une portée plus étendue que la règle dans sa dimension interne, puisque le premier s'opposerait catégoriquement à toute nouvelle poursuite, là où la deuxième admettrait une seconde procédure aux conditions dégagées dans ces deux jurisprudences.

74 Arrêt CJUE (GC) *Menci* du 20. 3. 2018, § 65 ; arrêt CourEDH (GC) *A et B. c. Norvège* du 15. 11. 2016, § 132.

75 Dans le même sens déjà, avant les jurisprudences *A et B. c. Norvège* et *Menci*, *Vervaele* (n. 17), 133.

76 La Convention date de 1990, la Charte a été promulguée en 2000 et a acquis force obligatoire avec le Traité de Lisbonne en 2009.

fédérale d'Allemagne, la France, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas⁷⁷. *Van Bockel* rappelle que l'art. 54 CAAS a été adopté en vue d'une collaboration interrégionale policière et judiciaire en matière pénale, ce qui plaide en défaveur d'un élargissement du champ d'application de la norme en dehors du droit pénal au sens strict⁷⁸. Cet auteur relève toutefois simultanément que l'importance du rôle joué dans de nombreux États par le droit administratif dans la répression de certains comportements est un argument en faveur d'une telle extension⁷⁹.

Sur le plan terminologique, aucun des termes employés à l'art. 54 CAAS, que ce soit dans sa version française, allemande ou encore anglaise, ne relève exclusivement de la nomenclature pénale⁸⁰. Le but de la CAAS ne s'oppose pas à une interprétation large du champ d'application matériel de l'art. 54. Cet instrument a en particulier pour objectif de faciliter la libre circulation des personnes⁸¹. Une vision restrictive de la portée *ratione materiae* de la règle *ne bis in idem* transnationale va manifestement à l'encontre d'un tel but. De manière plus générale, la cohérence du système exige une interprétation uniforme des art. 50 de la Charte et 54 CAAS au sein de l'Union européenne⁸². La CJUE va dans le même sens lorsqu'elle indique, de manière certes laconique, que l'art. 54 CAAS doit être interprété « à la lumière » de l'art. 50 de la Charte⁸³. Rien ne permet par ailleurs de supposer que la CAAS autoriserait une application différenciée du principe *ne bis in idem* selon que les États concernés soient, ou non, tous les deux membres de l'Union européenne. Une distinction dans l'interprétation du principe en fonction des États impliqués n'apparaît pas davantage souhaitable.

77 Cf. la note d'information du Sénat français sur l'Accord de Schengen, <https://www.senat.fr/europe/schengen.html> (12. 3. 2019) ; dans le même sens, R. Zimmermann, La coopération judiciaire en matière pénale, 4^e éd., 2014, N 28.

78 *Van Bockel* (n. 20), 22 et 146 s.

79 *Van Bockel* (n. 20), 22 et 146 s.

80 Cf., pour la version française, II. 1. a) *supra* ; les versions anglaise et allemande sont respectivement libellées comme suit : « a person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party » ; « [w]er durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann » ; visiblement *contra* : *van Bockel* (n. 20), 22 et 146.

81 Cf. le Préambule de la Convention ; Zimmermann (n. 77), N 30.

82 Dans le même sens Grotenrath (n. 10), 177 ; *van Bockel* (n. 20), 25.

83 Arrêt CJUE (GC) *Kossowski* du 29. 6. 2016, § 31 ; arrêt CJUE M. du 5. 6. 2014, § 35 ; cf. aussi arrêt CJUE (GC) *Spasic* du 27 mai 2014 où la Cour analyse la compatibilité de l'art. 54 CAAS avec l'art. 50 de la Charte (§ 51 ss ; cf. à cet égard II. 2. *supra*) ; dans le même sens, Grotenrath (n. 10), 162.

En conclusion, nous plaçons pour une interprétation évolutive⁸⁴ de l'art. 54 CAAS, dont la portée doit (désormais) s'apprécier à l'aune des critères *Engel*⁸⁵. Les difficultés pratiques en lien avec l'application de la jurisprudence *Menci*, respectivement *A et B. c. Norvège*, évoquées sous a) *supra* peuvent en théorie se trouver exacerbées du fait que les États entre lesquels une étroite collaboration est requise ne sont pas forcément membres de l'Union européenne. En pratique toutefois, il n'est pas dit que la coopération interétatique soit notablement plus difficile avec les trois États associés à Schengen mais non membres de l'Union européenne, à savoir la Suisse, la Norvège et l'Islande.

3. Le droit suisse

Les normes relatives à la règle *ne bis in idem* transnationale se situent dans la partie générale du Code pénal, dans le cadre des art. 3 à 8 CP qui concernent le champ d'application dans l'espace du droit pénal suisse⁸⁶. Elles s'appliquent à toutes les infractions du Code pénal, à celles prévues par le droit accessoire (art. 333 CP), ainsi qu'à celles soumises au droit pénal administratif, à défaut de dispositions spéciales à cet égard (art. 2 DPA). Dès lors que le principe *ne bis in idem* ne trouve en revanche pas application dans les rapports entre le droit pénal et le droit administratif⁸⁷, le problème se pose en ces termes : quid d'un cumul d'actions répressives lorsque l'une d'elles, de nature administrative selon les conceptions helvétiques, doit être qualifiée d'accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH ? Ainsi, par exemple, si le Tribunal fédéral estime qu'une interdiction d'exercer, qui est une mesure administrative au sens de l'art. 33 LFINMA, ne tombe pas sous le coup de l'art. 6 CEDH, une telle position est loin de faire l'unanimité en doctrine⁸⁸. À notre

84 Cf. aussi les conclusions de l'avocat général M. H. Saugmandsgaard Øe du 5.6.2018 dans le cadre de l'affaire *XC, YB et ZA* (arrêt CJUE (GC) du 24.10.2018), § 35 : « Je rappelle que la CAAS était originellement un accord interétatique conclu en dehors du cadre l'Union européenne. Le traité d'Amsterdam a toutefois procédé à l'intégration de l'acquis de Schengen (...). Partant, (...) la CAAS est devenue partie intégrante du droit de l'Union (...) » ; dans le même sens, arrêt CJUE *Gözütok et Brügger* du 11.2.2003, § 46.

85 Dans le même sens *Grottenrath* (n. 10), 177.

86 Cf. II. 1. b) *supra*.

87 Cf. *P. Popp/T. Keshelava* in : BSK StGB I (n. 36), Vor Art. 3 StGB N 47.

88 Cf. *M. Gottini/H. C. von der Crone*, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG – Bundesgerichtsurteil 2C_739/2015 vom 25. April 2016, RSDA 2016, 640, 645 ss ; *Villard* (n. 9), 31 ss ; dans le même sens, avant cette jurisprudence, *J. Iffland*, Les procédures d'enforcement de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, in : *Journée 2010 de droit bancaire et financier*, L. Thévenoz/C. Bovet (dir.), Genève/Zürich/Bâle 2011, 121, 123 et 133 ss ; *M. A. Niggli/S. Maeder*, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter 7 mars 2016, N 79 ; cf. aussi *Grottenrath* (n. 10), 236.

sens, la réponse diffère selon que la première décision émane d'un État « Schengen » et, donc, que l'art. 54 CAAS s'applique, ou non.

Dans le premier cas, la portée de la règle *ne bis in idem* doit être appréciée selon cette dernière disposition, et le principe trouve donc application à partir du moment où les deux normes à raison desquelles les procédures sont engagées satisfont à l'un des critères *Engel*. Plus concrètement, la disposition conventionnelle interdit dans son principe à l'autorité suisse : 1) d'ouvrir une procédure pénale ou de droit pénal administratif pour des faits qui ont déjà été sanctionnés à l'étranger par une mesure administrative à caractère répressif ; 2) d'ouvrir une procédure de droit administratif à caractère répressif à raison d'événements qui ont déjà donné lieu à l'étranger à une sanction (exécutée) de nature à tout le moins matériellement pénale au sens de l'art. 6 CEDH. La conduite d'une seconde poursuite en Suisse ne pourra être admise qu'aux conditions posées par la jurisprudence *Menci*, respectivement *A. et B. c. Norvège*.

Si la première décision a été rendue dans un État qui n'est pas partie à la CAAS, une distinction doit selon nous être effectuée selon le cas de figure n° 1 et le cas de figure n° 2 précités. Dans la première configuration, à partir du moment où l'État dans lequel la mesure a été rendue qualifie cette dernière de *pénale* et lui reconnaît « l'effet » *ne bis in idem*, l'autorité suisse devrait respecter cette position, même si, selon sa propre conception, la mesure considérée relève du droit administratif. La règle *ne bis in idem* joue donc son rôle. Il doit en aller de même dans la constellation inverse, soit si la sanction prononcée dans le premier État n'est pas considérée comme répressive dans cet État, mais l'est – au sens du droit pénal ou du droit pénal administratif – selon le droit suisse. En revanche, dans le cas de figure n° 2, et aussi insatisfaisante la solution fût-elle, l'autorité administrative suisse estimera probablement que « sa » procédure ne rentre pas dans le champ d'application du principe *ne bis in idem*, faute d'applicabilité de la partie générale du Code pénal, et qu'elle a donc toute latitude pour l'engager, ce malgré la première décision sanctionnatrice rendue sur la base des mêmes faits à l'étranger.

4. Synthèse dans le contexte de la responsabilité des entités collectives

Le principe *ne bis in idem* transnational s'applique aux procédures dirigées contre des entreprises à raison d'infractions pénales ou d'infractions administratives à caractère répressif⁸⁹ commises dans la conduite de leurs activités, et ce même si l'un des États concernés – ou les deux – ne connaissent pas de responsabilité de nature formellement pénale des entités collectives. Il suffit que la norme sanction-

89 Ainsi l'art. 130 de l'OWiG allemande, qui réprime au titre d'une infraction administrative la violation de devoirs de surveillance au sein d'une entreprise ayant donné lieu à la commission d'infractions par des employés, et applicable à l'entreprise par le jeu de l'art. 30 OWiG, doit être considéré comme une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH (cf. n. 49 et n. 50).

nant l'entreprise présente les traits d'une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH⁹⁰. Cela devrait être en principe le cas de tous les systèmes de responsabilité de l'entreprise qui se fondent sur la perpétration d'actes délictueux en son sein, sous réserve d'une réglementation non répressive qui ne tendrait qu'à la compensation du dommage causé par l'infraction. Cela étant, une telle réglementation se heurterait selon toute probabilité aux instruments internationaux en matière pénale qui laissent le choix aux États quant à la nature – pénale, administrative, voire civile – de la responsabilité des entités collectives mais exige quoi qu'il en soit l'adoption de sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » à leur encontre⁹¹.

La jurisprudence *Menci*, respectivement *A et B. c. Norvège*, s'applique lorsque l'une des procédures est de nature formellement administrative mais présente un caractère punitif, et l'autre se réclame du droit pénal au sens strict⁹². À cet égard, il est douteux que les différents mécanismes nationaux de responsabilité des entités collectives en matière de criminalité entrepreneuriale, indépendamment de leur « étiquette », remplissent la première condition développée dans les jurisprudences précitées, à savoir le caractère complémentaire, l'une par rapport à l'autre, des deux procédures. Si la première décision a été rendue par un État membre de Schengen, le principe *ne bis in idem* devrait donc trouver pleine application, pour autant qu'aucune réserve résultant de l'art. 55 CAAS n'entre en considération.

La règle interdit ainsi à l'autorité pénale suisse d'engager une poursuite sur la base de l'art. 102 CP ou 7 DPA à l'encontre d'une entreprise suisse si cette dernière a déjà été condamnée pour les mêmes faits en Allemagne conformément à l'art. 30 OWiG, État où s'est par hypothèse déroulée l'infraction de base. En revanche, à suivre le Tribunal fédéral qui dénie aux mesures des art. 32 ss LFINMA le caractère d'accusation en matière pénale, si les faits reprochés à cette entreprise constituent simultanément une violation du droit de la surveillance, la FINMA peut ouvrir une procédure d'*enforcement* (art. 30 ss LFINMA) susceptible de déboucher, par exemple, sur un retrait d'autorisation au sens de l'art. 37 al. 1 *i.f.* LFINMA⁹³.

90 Sur cette notion, en lien avec les procédures administratives à caractère répressif, Villard (n. 9), 15 ss.

91 Cf. par exemple l'art. 26 ch. 4 de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 ; l'art. 10 ch. 4 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, RS 0.311.54 ; l'art 23 al. 2 de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005, RS 0.311.543.

92 Il est en effet douteux que deux procédures administratives à caractère punitif respectent le premier critère de ces jurisprudences, à savoir présentent, l'une par rapport à l'autre, un caractère complémentaire. Il nous paraît donc difficile d'envisager une transposition de ces jurisprudences dans le cadre de deux procédures qui sont formellement de nature similaire.

93 Nous inférons en effet de la position du Tribunal fédéral qui estime que l'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA ne tombe pas dans le champ d'application du volet pénal de l'art. 6 CEDH qu'il en irait, selon notre Haute Cour, de même s'agissant des autres mesures prévues aux art. 32 ss LFINMA.

À l'inverse, si on adhère à la position doctrinale selon laquelle cette dernière disposition constitue une accusation en matière pénale, l'ouverture de la procédure d'*enforcement* sera soumise aux conditions de la jurisprudence *Menci*, respectivement *A. et B. c. Norvège*, étant précisé que, dans cette constellation, le caractère complémentaire des deux procédures (l'allemande et la suisse) serait probablement admis.

IV. L'interprétation de la règle *ne bis in idem* dans le cadre de la poursuite d'entités collectives

Dans la mesure où, malgré leur formulation différente, les art. 54 CAAS et 50 de la Charte doivent s'interpréter de la même manière s'agissant du *bis*⁹⁴ et du *idem*⁹⁵, et pour simplifier la lecture, les propos qui suivent se réfèrent à l'art. 54 CAAS mais valent *mutatis mutandis* pour l'art. 50 de la Charte.

1. *Ne bis...*

a) La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Conformément à la jurisprudence constante de la CJUE, l'application du principe *ne bis in idem* suppose tout d'abord l'extinction définitive de l'action publique contre l'auteur de l'infraction, conformément au droit de l'État ayant rendu la décision pénale en cause⁹⁶. Le propos doit toutefois être nuancé à l'égard des pays qui ont émis une réserve à l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH, à teneur de laquelle le principe *ne bis in idem* ne s'applique que dans le cadre des procédures considérées comme pénales selon le droit national⁹⁷. Dans cette constellation en effet, la décision répressive d'une autorité administrative qui, conformément à nos propos

94 Cf. III.2. *supra*.

95 Cf. notamment *Gölly* (n. 30), 19 s. et 32 s. ; *Grottenrath* (n. 10), 162, 168 et 173.

96 Arrêt CJUE (GC) *Kossowski* du 29.6.2016, § 34 s. ; arrêt CJUE *M.* du 5.6.2014, § 36 ; arrêt CJUE (GC) *Mantello* du 16.11.2010, § 46 (dans le cadre du mandat d'arrêt européen). La décision n'est en particulier pas définitive si elle ne déclenche pas l'application du principe *ne bis in idem* sur le plan interne : arrêt CJUE *Turanský* du 22.12.2008, § 39 ; cf. aussi *van Bockel* (n. 20), 227 s. ; *Grottenrath* (n. 10), 179 s. ; *Klip* (n. 25), 288 ; *B. Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5^e éd., Berlin 2015, 480. Pour une critique du renvoi au droit national : *G. Hochmayr*, *Europäische Rechtskraft oder gegenseitige Anerkennung. Anforderungen an die Bestandskraft der Erledigung*, in : « *Ne bis in idem* » in Europa (n. 39), 89, 95 ss ; *D. Voulgaris*, *Transnationales « ne bis in idem » zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht*, Berlin 2016, 242 ss, en particulier 246.

97 Cf. n. 44.

tenus sous III.2 *supra*, rentre dans le champ d'application matériel de l'art. 54 CAAS n'emporte pas forcément extinction de l'action publique sur le plan pénal⁹⁸. Mais elle doit entraîner l'application du principe *ne bis in idem* transnational, puisqu'il n'est pas admissible de permettre au droit national, sous l'angle de la condition de la décision définitive, de restreindre le champ d'application de l'art. 54 CAAS. Dans cette configuration, la portée matérielle de la règle *ne bis in idem* transnationale est donc plus étendue que sur le plan interne⁹⁹.

L'art. 54 CAAS est par ailleurs applicable à une décision adoptée par une autorité de poursuite pénale sans intervention d'une juridiction, à condition que cette décision ait été prise après une instruction approfondie, de sorte qu'elle contienne une appréciation sur le fond de l'affaire¹⁰⁰. La clôture d'une procédure suite à une transaction avec le Ministère public dans le cadre de laquelle le prévenu a payé une somme d'argent sanctionne un comportement illicite, déclenchant l'application du principe *ne bis in idem*¹⁰¹. Un abandon des poursuites pour insuffisance de charges, décidé suite à une instruction au cours de laquelle les éléments de preuve idoines ont été recueillis et administrés, est également couvert par la règle *ne bis in idem*, à condition qu'il intègre une décision définitive sur le caractère insuffisant de ces preuves et exclue toute réouverture du dossier sur la base du même faisceau d'indices¹⁰². La réouverture de l'instruction judiciaire en cas de faits ou de moyens de preuve nouveaux ne remet pas nécessairement en question le caractère définitif de la décision de clôture de la procédure¹⁰³. La CJUE a justifié cette dernière approche notamment par le fait qu'« eu égard à la nécessité de vérifier le caractère véritablement nouveau des éléments invoqués pour justifier une réouverture, toute nouvelle

98 Dans cette hypothèse en effet, conformément à la réserve qu'il a émise, l'État en question peut poursuivre sur le plan pénal la personne qui a déjà fait l'objet d'une sanction administrative même si cette dernière présente un caractère répressif.

99 Dans le même sens, *Grottenrath* (n. 10), 202 s. ; cf. aussi *M. Heger*, *Der Tatbegriff* (« idem ») des EUGH in *Strafsachen*, in : « Ne bis in idem » in *Europa* (n. 39), 65, 85 s.

100 Arrêt CJUE (GC) *Kossowski* du 29.6.2016, § 52 s. ; arrêt CJUE *Gözütok et Brügger* du 11.2.2003, § 31 ss ; cf. aussi *de la Cuesta* (n. 11), 691.

101 Arrêt CJUE *Gözütok et Brügger* du 11.2.2003, § 27 ss et les conclusions de l'avocat général *M. D. Ruiz-Jarabo Colomer* du 19.9.2002 dans cette affaire, § 64 ss.

102 Arrêt CJUE *M.* du 5.6.2014, § 30.

103 Arrêt CJUE *M.* du 5.6.2014, § 40 ; cf. aussi arrêt CJUE (GC) *Kossowski* du 29.6.2016, § 37 ; art. 4 § 2 du Protocole n° 7 à la CEDH. Sur la notion de reprise de la procédure en cas de faits ou moyens de preuve nouveaux, *K. Schmoller*, *Ne bis in idem und die Wiederaufnahme des Strafverfahrens*, in : « Ne bis in idem » in *Europa* (n. 39), 115, 122 ss et 134 ss. Cet auteur souligne qu'il convient de voir dans cette constellation non pas une répétition de procédures mais la continuation de la première (127) ; visiblement *contra*, à tort à notre sens, sur ce dernier point : arrêt CJUE *M.* du 5.6.2014, § 40. Dans cette dernière affaire, la CJUE indique que, d'avantage que la continuation de la première procédure, une reprise de la poursuite en cas de faits ou moyens de preuve nouveaux doit s'analyser en une procédure distincte. Or, c'est justement l'engagement d'une nouvelle poursuite que prohibe le principe *ne bis in idem*.

procédure, fondée sur une telle possibilité de réouverture, contre la même personne et pour les mêmes faits, ne peut être engagée que dans l'État contractant sur le territoire duquel cette [décision] a été rendue »¹⁰⁴.

La clôture d'une procédure par un État au motif qu'une action pénale pour les mêmes faits est déjà engagée dans un autre État ne saurait en revanche être considérée comme une décision définitive au sens de l'art. 54 CAAS, faute d'examen matériel du cas¹⁰⁵. À noter cela étant que la CJUE a estimé en 2006 qu'un acquittement fondé sur la prescription, qui ne s'appuie donc pas sur les aspects substantiels du dossier, entraînait l'application du principe *ne bis in idem*¹⁰⁶. On peut toutefois se demander si une telle jurisprudence vaudrait encore à l'heure actuelle : d'un côté, le principe de reconnaissance mutuelle plaide en faveur du maintien ; de l'autre, elle va à l'encontre des décisions récentes de la CJUE, notamment de l'arrêt *Kosowski* rendu par la Grande Chambre en juin 2016¹⁰⁷, qui mettent l'accent sur l'examen au fond du cas.

En résumé, il nous semble qu'à l'heure actuelle, la clôture d'une procédure *sans le prononcé de sanctions* doit être considérée comme une décision définitive au sens de l'art. 54 CAAS si, cumulativement : 1) elle entraîne l'application du principe *ne bis in idem* sur le plan interne, interprété à la lumière de l'art. 4 du Protocole n° 7 de la CEDH et sans prise en considération des réserves ; 2) la décision de clôture porte une appréciation sur le fond de l'affaire ; 3) la procédure a fait l'objet d'une instruction circonstanciée¹⁰⁸. Ces critères nous paraissent offrir une pesée des intérêts adéquate entre la règle *ne bis in idem* et l'intérêt à éviter « une impunité sans fondement »¹⁰⁹. Il est cela étant vrai que le dernier critère souffre d'un manque de précision¹¹⁰ et ne devrait pas faire l'objet d'exigences trop élevées¹¹¹,

104 Arrêt CJUE *M.* du 5.6.2014, § 40 ; nuancé : *Schmoller* (n. 103), 136 ss.

105 Arrêt CJUE *Miraglia* du 10.3.2005, § 34. Dans cette affaire, l'application de l'art. 54 CAAS aurait fait se mordre la queue au serpent : les Pays-Bas, qui avaient mis fin aux poursuites contre *M. Miraglia* du fait de celles déjà engagées en Italie, se prévalaient de la règle *ne bis in idem* pour refuser la requête d'entraide présentée par l'État italien dans le cadre de son enquête contre *M. Miraglia*.

106 Arrêt CJUE *Gasparini* du 28.9.2006, § 26 ss ; dans le même sens, *Voulgaris* (n. 96), 246. Pour une position contraire, cf. les conclusions de l'avocat général *M^{me} E. Sharpston* du 15.6.2006 dans l'affaire *Gasparini*, § 91 ss ; *Klip* (n. 25), 289 ; cf. aussi *van Bockel* (n. 20), 227.

107 Dans ce sens, *Weyembergh* (n. 13), 199 s.

108 Critique à l'égard de ces deux derniers critères, *M. Böse*, The Transnational Dimension of the *ne bis in idem* Principle and the Notion of *res iudicata* in the European Union, in : Justice Without Borders – Essays in Honour of Wolfgang Schomburg, *M. Böse/M. Bohlander/A. Klip/O. Lagodny* (édit.), Leiden/Boston 2018, 49, 61 ss.

109 Pour reprendre les termes de *Roth* (n. 70), 128.

110 *Böse* (n. 108), 63 s. ; cf. aussi *Gölly* (n. 30), 183.

111 Dans le même sens, *Gölly* (n. 30), 184.

l'audition, autant que faire se peut, des principaux intéressés, soit notamment du lésé, constituant à cet égard un standard minimum¹¹².

b) La notion de « décision définitive » au regard du droit suisse

Au risque d'énoncer une évidence, on commencera par relever que le jugement rendu contre une entreprise conformément à l'art. 351 CPP déclenche l'effet *ne bis in idem*. En cas de condamnation, il faut encore que l'entité collective se soit acquittée de l'amende prononcée conformément à l'art. 102 al. 3 CP, ainsi que d'une éventuelle créance compensatrice (art. 71 CP), respectivement que les mesures confiscatoires prononcées aient été mises à exécution (art. 69, 70 et/ou 72 CP). La condition du caractère définitif de la décision sera remplie à l'échéance du délai pour l'annonce d'appel, soit dix jours à compter de la communication du jugement (art. 437 al. 1 let. a cum art. 399 al. 1 CPP). En cas d'appel, elle apparaît satisfaisante au moment de la décision de la juridiction cantonale de deuxième instance (art. 437 al. 1 let. c et al. 3 CPP), sauf renvoi de la cause en première instance, ou, en cas de recours au Tribunal fédéral, au moment du prononcé de ce dernier¹¹³. Un jugement rendu au terme d'une procédure simplifiée (art. 358 ss CPP) entraîne également l'application de la règle *ne bis in idem*¹¹⁴. À notre sens, cette dernière devrait valoir aussi à l'égard des éventuelles charges qui, dans le cadre des négociations, auraient été abandonnées¹¹⁵. Cet abandon fait en effet partie de l'accord global, de sorte que la solution inverse reviendrait à ne reconnaître qu'une partie du jugement rendu en procédure simplifiée, et ce en défaveur d'un justiciable dont l'intérêt à la négociation pourrait se trouver considérablement restreint. La notion de décision définitive

112 Une telle audition manquait précisément dans l'affaire *Kossowski*, cf. arrêt CJUE (GC) du 29.6.2016, en particulier §§ 48 et 52. *Gölly* observe que cette problématique, à tout le moins dans le cadre de l'affaire *Kossowski*, est davantage liée à la question de la qualité de l'examen au fond qu'à son existence et entraîne donc un jugement de valeur de la part d'un État sur la procédure menée par un autre (n. 30), 182.

113 Art. 61 de la loi sur le Tribunal fédéral (RS. 173.110); ATF 144 IV 35, consid. 2.3.2; arrêt du TF 1B_58/2014 du 15.04.2014, consid. 3.1. La question de savoir si, en réalité, l'effet *ne bis in idem* ne devrait donc pas intervenir à l'échéance du délai de recours au Tribunal fédéral n'a guère d'incidence pratique puisqu'il est douteux que l'entreprise s'acquitte de montants fixés par un jugement qu'elle conteste.

114 Cette conclusion s'impose a fortiori vu l'arrêt de la CJUE *Gözütok et Brügge* du 11.2.2003, § 27 ss et les conclusions de l'avocat général *M. D. Ruiz-Jarabo Colomer* du 19.9.2002, § 64 ss. Dans le même sens, *L. Moreillon*, Les droits de l'homme et la coopération pénale dans l'Union européenne, RSDIE 2007, 437, 461.

115 Dans le même sens, *M. Henzelin*, « Ne bis in idem », un principe à géométrie variable, RPS 2005, 344, 366; cf. aussi, sous un angle un peu différent, *L. Moreillon*, Quelques réflexions sur le principe « ne bis in idem », in : Festschrift für Andreas Donatsch, D. Jositsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2017, 137, 146 s.; décision du TPF BB.2014.123 du 17.6.2015, consid. 5.4.

comprend également l'ordonnance pénale du Ministère public (352 ss CPP) ou le mandat de répression au sens de l'art. 64 DPA (non frappés d'opposition).

Dans le contexte d'une renonciation à la poursuite, le principe *ne bis in idem* devrait s'appliquer suite à un classement au sens de l'art. 319 al. 1 let. a, b, ou c CPP, dès lors qu'une décision basée sur ces dispositions suppose la conduite d'une instruction portant sur les aspects substantiels du dossier¹¹⁶. L'analyse est différente s'agissant de l'art. 319 al. 1 let. d CPP qui n'implique en principe pas un examen matériel du cas. Ainsi, si l'autorité suisse classe une procédure sur la base de cette disposition pour défaut de compétence au sens des art. 3 à 8 CP, une telle décision ne fait (évidemment) pas obstacle à l'ouverture d'une procédure dans (l')un (des) État(s) compétent(s)¹¹⁷. À notre sens, contrairement à ce qu'a jugé la CJUE dans l'affaire *Gasparini*, un classement prononcé en raison de la prescription de l'infraction ne s'oppose pas à une nouvelle poursuite *in idem*¹¹⁸, pas plus qu'en cas de défaut de plainte du lésé si celle-ci est nécessaire¹¹⁹.

116 Dans le même sens en lien avec l'art. 319 al. 1 let. b et c CPP, G. Fiolka, in : Basler Kommentar Internationales Strafrecht, Bâle 2015, Art. 5 N 40 à 42. La jurisprudence du Tribunal pénal fédéral qui, *en matière d'entraide*, ne fait pas du principe *ne bis in idem* un motif de refus de la coopération internationale lorsque la première décision prend la forme d'un classement n'est donc pas applicable dans le cadre de l'art. 54 CAAS (cf. ATPF 2010 91, JdT 2011 IV 303, consid. 2.2 ; arrêt du TF 1A.174/2002 du 21. 10. 2002, consid. 5.2 ; décision du TPF RR.2013.108 du 12. 12. 2013, consid. 9.3 ; décision du TPF RR.2012.286 du 6. 5. 2013, consid. 4.3 ; cf. aussi M. Ludwiczak, *Entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Bâle 2018, N 135). De manière générale, le principe *ne bis in idem* comme motif – d'ailleurs souvent facultatif – de refus de la coopération internationale ne revêt pas la même portée que lorsqu'il est appréhendé dans sa dimension « garantiste ». Dans le cadre de l'art. 54 CAAS, l'État qui applique le principe *ne bis in idem* renonce à exercer sa juridiction dans un but de protection des intérêts de l'individu concerné. En matière d'entraide, l'État requis refuse sa coopération à celui qui entend juger *in idem*. Ce faisant, il protège ses propres intérêts lorsque c'est lui-même qui a rendu la première décision. Le principe de faveur s'applique, de sorte qu'en cas de doute, le principe *ne bis in idem* ne fera pas obstacle à l'octroi de l'entraide (ATPF 2010 91, JdT 2011 IV 303, consid. 2.2 ; décision du TPF RR.2017.64 du 7. 9. 2017, consid. 3.1). La coopération sera d'ailleurs d'autant plus facilement accordée que la requête d'entraide ne vise souvent pas seulement la personne déjà jugée mais également d'autres protagonistes (entre autres, décision TPF RR.2014.226 du 17. 12. 2014, consid. 5.4 et 5.5). L'application du principe *ne bis in idem* doit être laissée avant tout à l'appréciation de l'État requérant, ce d'autant lorsque ce dernier est lié par l'art. 54 CAAS (décision du TPF RR.2017.64 du 7. 9. 2017, consid. 3.1). La jurisprudence prête d'ailleurs à confusion car elle se réfère régulièrement à l'art. 54 CAAS dans des cas d'entraide, laissant à tort entendre que cette dernière disposition revêt la même portée que le principe *ne bis in idem* envisagé comme motif de refus de l'entraide judiciaire.

117 Dans le même sens, Hochmayr (n. 96), 111.

118 Cette question n'apparaît pas purement théorique dans le cadre de la responsabilité des entités collectives : en 2014 en effet, le Tribunal fédéral a refusé d'entrer en matière sur une plainte pénale dirigée contre l'entreprise *Nestlé*, motif pris de la prescription (arrêt du TF 6B_7/2014 du 21. 7. 2014).

119 *Contra Fiolka*, in : BSK IRSG (n. 116), Art. 5 N 40 cum 43.

Une exception s'impose en revanche en lien avec un projet du Ministère public de la Confédération d'insertion dans le Code de procédure pénale d'un nouvel art. 318^{bis} 120. Cette disposition vise spécifiquement les entreprises et est calquée sur le modèle du *Deferred Prosecution Agreement* que connaissent les droits états-unien et britannique¹²¹. En substance, l'art. 318^{bis} CPP prévoirait, suite à la clôture de l'instruction, la possibilité de suspendre l'accusation contre une entreprise en cas de pleine coopération de celle-ci et si un accord avec le Ministère public est conclu aux conditions de l'alinéa 2 de la même disposition. Conformément à ce dernier alinéa, l'accord doit notamment contenir les indications suivantes : la reconnaissance des faits par l'entité collective accusée ; le montant de l'amende ; la désignation des valeurs patrimoniales à confisquer ; les mesures à prendre par l'entreprise pour supprimer le défaut d'organisation et prévenir la commission d'infractions futures ; le recours à un mandataire indépendant en vue du contrôle périodique des mesures adoptées par l'entreprise. À l'expiration d'un délai d'épreuve de deux à cinq ans et si l'entreprise a satisfait aux obligations convenues, le Ministère public classe la procédure conformément à l'art. 319 al. 1 let. d CPP. Si l'art. 318^{bis} CPP venait à être adopté, l'ordonnance de classement du Ministère public rendue en application de cette disposition remplirait manifestement les exigences relatives au caractère définitif de la décision au sens de l'art. 54 CAAS.

La mise en œuvre du principe *ne bis in idem* lorsque le classement repose sur l'art. 319 al. 1 let. e CPP dépend de la disposition à laquelle cet article renvoie en l'espèce. En matière de responsabilité des entités collectives, l'art. 53 CP a été utilisé à plusieurs reprises. À teneur de cette dernière disposition, « lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre (...) s'il encourt (...) une amende, si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants, et si l'auteur a admis les faits ». À défaut de lésé individualisé, ce qui est régulièrement le cas en matière de blanchiment d'argent, la « réparation » de l'art. 53 CP est versée à l'État ou à une association d'utilité publique. En pratique, l'art. 53 CP est généralement mis en œuvre à l'issue de négociations entre le Ministère public et la défense. *Macaluso* admet l'effet *ne bis in idem* de l'art 53 CP à condition qu'il y ait eu préalablement

120 Cf. Ministère public de la Confédération, Revision der Strafprozessordnung (StPO) : Aufschub der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU), disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/ve-organisationen.pdf> (13.2.2019).

121 Cf. G. Mangeat/F. Margairaz, La possibilité d'un *Deferred Prosecution Agreement* à la façon suisse, bientôt dans notre droit ?, in : *Le Temps*, 30 avril 2018, disponible sur : <https://www.letemps.ch/economie/possibilite-dun-deferred-prosecution-agreement-facon-suisse-bientot-droit> (6.2.2019).

une instruction approfondie¹²². Popp et Keshelava arrivent au même résultat, sans exiger la condition supplémentaire de l'enquête circonstanciée¹²³.

Dans les affaires *Gözütok* et *Brügge*, l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer s'est prononcé en faveur de l'application du principe *ne bis in idem* dans le cadre d'une transaction pénale, sous réserve que les conditions imposées par le Ministère public revêtent le caractère de sanctions, que l'accord intègre une reconnaissance de culpabilité et qu'il ne porte pas préjudice aux lésés, notamment sous l'angle de l'action civile¹²⁴. Le raisonnement de la CJUE a été plus sommaire mais est resté dans le même ordre d'idées : la procédure mise en œuvre « sanctionnait le comportement illicite reproché au prévenu » et les lésés n'étaient pas empêchés de faire valoir leurs droits par le biais d'une action civile¹²⁵. L'art. 54 CAAS était donc applicable.

À notre sens, une procédure clôturée conformément à l'art. 53 CP s'oppose à une nouvelle poursuite sur les mêmes faits, instruction préalable ou non. Comme indiqué sous a) *supra*, cette dernière question est pertinente en cas d'abandon des charges *sans imposition de sanctions*, ce qui n'est pas le cas visé par l'art. 53 CP. Nonostante la lettre de cette dernière disposition, sa mise en œuvre ne se résume pas à une pure compensation du dommage causé au sens où l'entendrait le droit civil. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Alstom* (2011), la procédure a été classée par le Ministère public de la Confédération à l'égard de la société mère française Alstom SA sur la base de l'art. 53 CP, après que cette dernière a versé CHF 1 000 000.– à la Croix-Rouge à titre de réparation. Matériellement, ce paiement ne diffère guère de l'amende dont doit s'acquitter l'entreprise condamnée sur la base de l'art. 102 CP. De même, l'art. 53 CP a été appliqué en 2013 dans le cadre d'une poursuite dirigée contre une filiale suédoise du groupe Siemens, suite à un versement de CHF 125 000.–, à nouveau à la Croix-Rouge, une créance compensatrice de plus de CHF 10 millions ayant au surplus été prononcée. En outre, depuis le 1^{er} juillet 2019, la décision de classement devrait intégrer la reconnaissance des faits par l'auteur. Il serait d'ailleurs injuste de priver du bénéfice de *ne bis in idem* une personne qui a été sanctionnée – certes dans une moindre mesure – alors même que sa culpabilité n'a finalement pas été établie à satisfaction de droit¹²⁶, là où le condamné pourrait s'en prévaloir.

122 Cf. A. Macaluso, L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale, in : Festschrift für Andreas Donatsch (n. 115), 121, 134.

123 Popp/Keshelava, in : BSK StGB I (n. 36), Vor Art. 3-8 StGB N 46.

124 Conclusions de l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer du 19.9.2002 dans les affaires jointes *Gözütok* et *Brügge*, § 134.

125 Arrêt CJUE *Gözütok et Brügge* du 11.2.2003, §§ 29 et 47.

126 Cf. aussi Macaluso (n. 115), 122.

En revanche, un classement pour les motifs d'opportunité mentionnés à l'art. 8 al. 2 CPP ne devrait pas déclencher l'effet *ne bis in idem*¹²⁷. Dans le contexte de cette dernière disposition, l'autorité effectue un pronostic sur la peine prévisible dans le cas où la culpabilité du prévenu devait être établie pour ensuite renoncer à l'action pénale en opportunité. Un tel exercice ne saurait à notre sens être qualifié d'examen au fond¹²⁸, et ce d'autant que cette dernière condition implique naturellement que l'autorité se prononce dans le sens du résultat de l'analyse substantielle du dossier. Il en va bien sûr de même, et conformément à l'arrêt *Miraglia*¹²⁹, lorsque l'autorité pénale renonce à poursuivre une infraction qui fait déjà l'objet d'une procédure à l'étranger conformément à l'art. 8 al. 3 CPP¹³⁰. Enfin, il nous semble que le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas davantage suite à une ordonnance de non-entrée en matière rendue avant instruction pour défaut manifeste de réalisation d'une infraction pénale (art. 310 al. 1 let. a CPP), faute d'enquête préliminaire¹³¹.

2. ... *in idem*

a) L'identité des faits

aa) *La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*

Selon la formule classique de la CJUE, le facteur pertinent pour l'application des art. 54 CAAS et 50 de la Charte est celui de l'identité des faits matériels, compris comme un ensemble de circonstances indissociablement liées entre elles dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet¹³². À noter toutefois que la condition du lien spatial nous semble largement à relativiser en matière d'infractions commises au moyen de télécommunications. La qualification juridique,

127 *Contra Fiolka*, in : BSK IRSG (n. 116), Art. 5 N 46.

128 *Contra Fiolka*, in : BSK IRSG (n. 116), Art. 5 N 46 ; G. Fiolka/C. Riedo, in : Basler Kommentar StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, Art. 8 N 123.

129 Cf. n. 105.

130 Dans le même sens, *Fiolka*, in : BSK IRSG (n. 116), Art. 5 N 47 ; cf. aussi *Klip* (n. 25), 289.

131 Le Tribunal fédéral a d'ailleurs récemment effectué une claire distinction entre le classement et la non-entrée en matière, du fait, dans le cadre de cette dernière, de l'absence d'instruction. Sans aller jusqu'à remettre en question l'effet *ne bis in idem* de l'ordonnance de non-entrée en matière (art. 320 al. 4 CPP *cum* art. 310 al. 2 CPP), il a estimé que la décision de reprise, au sens de l'art. 323 CPP, d'une procédure suite à une décision de non-entrée en matière n'était pas susceptible de recours dès lors qu'elle constituait matériellement une ordonnance d'instruction (cf. art. 309 al. 3 CPP) (ATF 144 IV 81, consid. 2.3.).

132 Notamment arrêt CJUE *Kraaijenbrink* du 18.7.2007, § 26 s. ; arrêt CJUE *Kretzinger* du 18.7.2007, § 29 ss ; arrêt CJUE *Van Esbroek* du 9.3.2006, § 36 ss.

l'intérêt protégé ou l'intention délictueuse commune ne sont pas à eux seuls déterminants¹³³. À défaut d'harmonisation des législations pénales nationales, le recours au critère de la qualification juridique ou de l'intérêt protégé restreindrait drastiquement le champ d'application du principe *ne bis in idem*¹³⁴. La notion de mêmes faits s'apprécie donc, sur le principe, de manière autonome, conformément à la définition précitée¹³⁵.

Ce dernier propos doit toutefois être nuancé à deux égards. Premièrement, selon la jurisprudence de la CJUE, l'appréciation définitive, dans le cas d'espèce, de la notion de « mêmes faits » revient aux autorités nationales compétentes¹³⁶. Deuxièmement, et surtout, dans la mesure où la notion de « décision définitive » se détermine conformément au droit de l'État qui l'a rendue, le concept de l'identité factuelle est nécessairement influencé par l'état de fait retenu dans cette première décision¹³⁷. D'ailleurs, l'application du principe *ne bis in idem* implique que la deuxième juridiction nationale ne peut pas remettre en question les constatations de fait établies par la première décision¹³⁸. La notion de « mêmes faits » ne doit pas s'apprécier uniquement au regard du dispositif de la décision, mais également à la lumière de ses considérants, en particulier lorsque le premier jugement ne retient qu'une partie des faits reprochés. En ce sens, le complexe de faits qui fait l'objet du premier jugement doit avant tout s'évaluer au regard de l'acte d'accusation¹³⁹.

Eminemment délicate à analyser, la notion de « mêmes faits » ne peut se circonscrire dans l'abstrait ; elle se construit à partir des éléments qui, implicitement ou explicitement, ont composé la première procédure. Ce constat est probablement regrettable¹⁴⁰ car il va à contre-courant d'une application uniforme du concept au sein de l'espace Schengen, mais il nous paraît inévitable au vu de la diversité illimitée des circonstances d'espèce et de l'hétérogénéité des ordres juridiques nationaux,

133 Arrêt CJUE *Kraaijenbrink* du 18. 7. 2007, §§ 29 et 36.

134 Cf. notamment arrêt CJUE *Van Esbroek* du 9. 3. 2006, §§ 29 et 35.

135 Notamment *Ambos* (n. 25), § 10 N 182 ; *Gölly* (n. 30), 80 ; *Heger* (n. 99), 66 s. ; *D. Hußung*, Der Tatbegriff im Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, Francfort 2011, 175 ; *Voulgaris* (n. 96), 222.

136 Arrêt CJUE *Van Esbroek* du 9. 3. 2006, § 38 ; arrêt CJUE *Van Straaten* du 28. 9. 2006, § 52 ; arrêt CJUE *Gasparini* du 28. 9. 2006, § 56 ; arrêt CJUE *Kretzinger* du 18. 7. 2007, § 36 s. ; *Gölly* (n. 30), 95 ; critique : *Hußung* (n. 137), 168.

137 Cf. en particulier arrêt CJUE (GC) *Mantello* du 16. 11. 2010, § 32 ss. Sur cette problématique : *Hochmayr* (n. 96), 95.

138 Cf. les conclusions de l'avocat général *M^{me} E. Sharpston* du 15. 6. 2006 dans l'affaire *Gasparini* (arrêt CJUE du 28. 9. 2006), § 145 ; cf. aussi *C. Riedo/G. Fiolka/M. A. Niggli*, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsache, Bâle 2011, N 245 ss.

139 Cf. aussi arrêt CJUE (GC) *Mantello* du 16. 11. 2010, § 44 ; *Association internationale de droit pénal* (n. 48), 1176, ch. II. 2. 1.

140 Cf. *Hußung* (n. 137), 171 s.

tant sur le plan du droit répressif matériel que procédural. Tout au plus peut-on souhaiter à ce stade le développement par la jurisprudence européenne de quelques balises qui contribueraient à tendre vers une certaine uniformité.

Par ailleurs, contrairement à ce que la jurisprudence de la CJUE laisse entendre, l'examen n'est pas purement factuel. Il s'effectue sur la base d'éléments de fait mais impliquera régulièrement une appréciation normative de ces éléments¹⁴¹. Pour illustrer la problématique, on peut prendre l'exemple du gérant de fortune qui amène des clients dans la banque X dans le but de toucher une rétribution pour l'apport de la clientèle. En droit suisse, ces faits sont susceptibles de réaliser les infractions de gestion déloyale et de corruption privée passive en concours idéal (art. 158 et 322^{novies} CP)¹⁴². Si, sur la base de ces faits, le gérant est condamné dans un État uniquement pour gestion déloyale, peut-il être ensuite poursuivi dans un deuxième État pour corruption passive privée, dès lors que le rapport d'échange qui caractérise le processus corruptionnel n'a pas été pris en considération dans le cadre de la première procédure ? La réponse est probablement négative à partir du moment où l'on admet que l'intérêt juridique protégé par le droit national n'est pas un critère déterminant dans l'appréciation de la notion de mêmes faits¹⁴³. En revanche, le participant à une organisation criminelle qui est condamné dans un État pour une infraction particulière commise au profit de cette organisation peut à notre sens être jugé en Suisse sur la base de l'art. 260^{ter} CP si sa participation, respectivement son soutien, à l'organisation criminelle ne s'est pas épuisé(e) dans la

141 Cf. Roth (n. 70), 129 : « Il n'existe pas de fait brut. Un fait est toujours qualifié tel par l'ordre juridique. (...) Il n'existe pas de faits naturels ; il n'existe que des faits (re)construits par le droit ». Dans le même sens, Ambos (n. 25), § 10 N 183 ; Göllly (n. 30), 94 ; Heger (n. 99), 81 s. ; Hußung (n. 137), 231 ; van Bockel (n. 20), 231 s.

142 Cf. sur le concours, N. Queloz/J. Sadik, in : Commentaire romand Code pénal II, A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (édit.), Bâle 2017, Art. 322^{novies} CP N 24 s. ; pour un exemple détaillé M. Engler, Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive – Ungetretene Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, ST 2010, 137 s.

143 En effet, le bien juridique protégé par l'infraction de corruption privée va au-delà des intérêts pécuniaires de l'employeur ou du mandant (cf. Message du Conseil fédéral du 30.4.2014 concernant la modification du Code pénal (Dispositions incriminant la corruption, FF 2014 3433, 3439 s.) ; U. Cassani, Évolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique : blanchiment d'argent et corruption privée, RPS 2018, 197, 206 ss. Cf. aussi Hußung qui propose comme critère le but et les intérêts protégés par l'état de fait décrit dans les normes pénales pertinentes pour le cas d'espèce, selon les deux ordres juridiques nationaux, ce critère devant s'apprécier *de manière aussi indépendante que possible* des intérêts protégés dans les droits nationaux (« *soweit wie möglich unabhängig von dem nationalen Rechtsgüterschutz* », [n. 137] 236) ; dans le même sens, Ambos (n. 25), § 10 N 183 s. Aussi approprié peut-elle paraître, au gré des circonstances concrètes, la proposition revient à réintroduire la notion, aujourd'hui abandonnée à part en droit de la concurrence, de bien juridiquement protégé et suppose une certaine harmonisation des législations pénales.

commission de cette seule infraction¹⁴⁴. L'élément de fait que constitue sa collaboration à l'organisation n'a en effet pas fait l'objet du premier jugement¹⁴⁵. Il en va en revanche différemment si cet élément a été pris en considération, par exemple au titre de circonstance aggravante.

bb) L'idem dans le cadre de la responsabilité des entités collectives : un renvoi à l'infraction de base

La CJUE s'est toujours penchée sur le concept de « même faits » en matière de responsabilité individuelle. Dans le cadre de celle des entités collectives, il reste encore à savoir si cette notion vise les agissements de l'auteur physique, « déclencheurs » de la responsabilité de l'entreprise, ou (cas échéant également) le « comportement » propre de l'entreprise.

La lecture des lignes qui suivent supposent de garder à l'esprit que : 1) les modèles étatiques de responsabilité des entités collectives sont hétérogènes ; 2) l'application de l'art. 54 CAAS n'est pas subordonnée au rapprochement des législations nationales¹⁴⁶.

Par ailleurs, même si la responsabilité des entités collectives, tant s'agissant de sa nature que de ses conditions d'application, est aménagée différemment suivant les États, elle est sous-tendue par des réflexions identiques et des structures communes à la plupart des ordres juridiques¹⁴⁷.

Indépendamment du type – pénal ou administratif – de responsabilité choisi par les États, l'abandon du paradigme *societas delinquere non potest* s'articule autour du reproche, formulé à l'encontre de l'entreprise, de la commission d'une infraction de nature pénale en son sein. La responsabilité de l'entité collective se rattache donc toujours, d'une manière ou d'une autre, au comportement d'une personne physique – l'agent de l'entreprise – qui réalise les conditions d'une norme répressive.

À partir de là, trois modèles principaux de responsabilité des entités collectives se dessinent : le modèle identificatoire, le modèle vicarial et le modèle organisationnel. Le premier se fonde sur la position de dirigeant de l'auteur physique de

144 Cf. sur l'art. 260^{ter} CP, L. Livet/M. Dolivo-Bonvin, in : CR CP II (n. 144), Art. 260^{ter} CP N 35 ; cf., en lien avec le principe *ne bis in idem*, Göllly (n. 30), 93 s. ; cf. aussi l'analyse et les exemples de Heger (n. 99), 81 ss ; Hußung (n. 137), 232 s. ; Hochmayr (n. 96), 96 ; comparer : *Association internationale de droit pénal*, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « *ne bis in idem* » – Projet de résolution, Revue internationale de droit pénal 73/2002, 1176, ch. II. 2. 2.

145 Cela peut notamment être le cas si l'État en question s'est estimé incompétent, *ratione loci*, pour connaître de l'infraction de participation à une organisation criminelle. Pour un autre raisonnement, fondé sur une pesée des intérêts, Voulgaris (n. 96), 234 ss.

146 Parmi d'autres arrêt CJUE *Gözütok et Brügger* du 11.2.2003, § 46.

147 *Grottenrath* (n. 10), 48.

l'infraction : par un raisonnement analogique à celui qui, en droit civil, attribue à la personne morale la volonté et les actes de ses organes (art. 55 CC), le comportement pénalement répréhensible du dirigeant est réputé être celui de l'entreprise. Dans le modèle vicarial, le cercle des personnes qui, au sein de l'entreprise, sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de celle-ci n'est pas limité : il comprend toute la pyramide hiérarchique. Le troisième modèle se base sur un reproche propre à l'entreprise : un défaut d'organisation qui a permis la réalisation de l'infraction. Suivant l'ordre juridique, l'omission de prendre les mesures préventives utiles renvoie directement à l'organisation de l'entreprise elle-même ou se constate dans le chef de l'un de ses dirigeants¹⁴⁸. En pratique, la frontière entre ces trois modèles n'est pas étanche. En particulier, le critère du défaut d'organisation a gagné en reconnaissance et joue un rôle dans des ordres juridiques qui se réclamaient traditionnellement du modèle identificatoire ou vicarial.

Dans la mesure où le dénominateur commun, dans les ordres juridiques, de la responsabilité des entités collectives est le comportement répréhensible d'un agent de celles-ci, c'est ce comportement qui doit déclencher l'effet *ne bis in idem* à l'égard de l'entreprise. En d'autres termes, les faits à prendre en considération pour l'appréciation du *idem* recouvrent le même complexe d'éléments et s'analysent de la même manière¹⁴⁹ – que la (première) procédure ait été conduite à l'encontre de la personne physique, de l'entreprise ou des deux.

Par exemple, une entreprise britannique qui aurait été condamnée en France sur la base de l'art. 121-2 du Code pénal français pour corruption, État où des représentants de l'entreprise « auraient graissé la patte » du corrompu, ne peut plus être poursuivie au Royaume-Uni pour ne pas avoir prévenu la commission de cette infraction conformément à la section 7 du *UK Bribery Act 2010*. Le fait que le jugement français n'incorpore pas le reproche de ne pas avoir pris les mesures nécessaires à la prévention du processus corruptif n'empêche pas l'application du principe *ne bis in idem*. Il en va de même dans l'hypothèse inverse, soit celle dans laquelle le premier jugement est rendu au Royaume-Uni, et ce même si les faits reprochés à l'entreprise selon la section 7 du *UK Bribery Act* ne sont pas tant les actes de corruption eux-mêmes que l'omission des mesures destinées à en empêcher la réalisation. La conclusion inverse apparaît manifestement choquante.

b) L'identité de l'auteur

Au risque d'énoncer une évidence, on commencera par rappeler que le principe *ne bis in idem* n'entre en considération que si une procédure est ouverte à

148 M. Hilf, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im Rechtsvergleich und ihre Auswirkungen auf Criminal Compliance : Schweiz, Österreich, Liechtenstein, in : Criminal Compliance, T. Rotsch (édit.), Baden-Baden 2015, § 9 N 55.

149 Cf. aa) *supra* ; comparer : Grottenrath (n. 10), 169.

l'encontre de *la même personne* qui a déjà fait l'objet d'une première poursuite pour les mêmes faits. Un prévenu ne peut ainsi se prévaloir de la règle *ne bis in idem* pour s'opposer à sa condamnation au motif qu'un tribunal étranger a acquitté son coauteur des mêmes faits que ceux qui lui sont reprochés¹⁵⁰.

En matière de poursuites contre les entités collectives, il ne fait pas de doute que le principe *ne bis in idem* ne s'oppose pas à ce qu'une personne physique et une entreprise fassent l'objet d'une procédure à raison des mêmes faits, faute d'identité d'auteur¹⁵¹. Une telle dissociation entre personne physique et entité collective est admise même si la première est poursuivie en sa qualité de représentante légale de la deuxième¹⁵². *Weyembergh* penche toutefois en faveur de l'application du principe *ne bis in idem* entre personne physique et entité collective « lorsque le degré d'identité entre la personne physique et le groupement est très élevé, comme lorsque la personne physique est le seul actionnaire du groupement et est aussi pleinement responsable de la gestion et de la direction de celui-ci »¹⁵³. Dans le même ordre d'idées, le principe *ne bis in idem* devrait s'opposer à la double condamnation de l'entreprise individuelle et du titulaire de celle-ci¹⁵⁴.

Quid ensuite de l'effet *ne bis in idem* d'un jugement condamnant la filiale d'un groupe de sociétés par rapport à une poursuite pour les mêmes faits dirigées contre la société mère, voire contre une société sœur ? Dans la mesure où il s'agit de deux entités juridiquement distinctes, la règle *ne bis in idem* ne trouve en principe pas application¹⁵⁵. Une partie de la doctrine, qui défend une approche (purement) économique du groupe de sociétés, soutient la position inverse¹⁵⁶. À notre

150 Arrêt du TF 6B_947/2015 du 29.6.2017, consid. 8.1.

151 Cf. entre autres arrêt CourEDH *Pirttimäki c. Finlande* du 20.5.2014, § 51 ; décision sur la recevabilité *Isaksen c. Norvège* du 2.10.2003 ; arrêt du TF 6B_1053/2017 du 17 mai 2018, consid. 5.2 s. ; *Grottenrath* (n. 10), 240 ; *Moreillon* (n. 115), 148 ; *van Bockel* (n. 20), 39 et 219.

152 Notamment arrêt CJUE *Orsi et Baldetti* du 5.4.2017, § 22 ss ; conclusions de l'avocat général *M. P. Mengozzi* du 31.1.2013 dans l'affaire *Texdata Software GmbH*, (arrêt CJUE du 26.9.2013), § 105.

153 *Weyembergh* (n. 13), 211 ; dans le même sens conclusions de l'avocat général *M. P. Mengozzi* du 31.1.2013 dans l'affaire *Texdata Software GmbH* (arrêt CJUE du 26.9.2013), § 105, nbp 76.

154 L'entreprise individuelle fait en effet partie des entreprises soumises à l'art. 102 CP (cf. art. 102 al. 4 let. d. ; dans ce sens notamment *Moreillon* (n. 115), 150 ; *Villard* (n. 10), N 981, nbp 1229 ; dans le même sens à condition que l'entreprise individuelle n'ait pas d'autre employé que son chef, *M. A. Niggli/S. Maeder*, in : *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, in : *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, J.-B. Ackermann/G. Heine (édit.), Berne 2013, § 8 N 42.

155 Dans le même sens, *Grottenrath* (n. 10), 243 ss, en particulier 247 ; *M. Schubarth*, *Konzernstrafrecht*, in : *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz* (n. 156), § 9 N 25.

156 *M. Heiniger*, *Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB*, Berne 2011, N 564 ss ; *M. Ingold*, La responsabilité pénale d'une société mère suisse en cas d'infraction commise au sein de la société fille à l'étranger, RPS 2015, 228, 252 ; cf. aussi *van Bockel*, selon lequel la question dépend du degré d'indépendance des entités l'une par rapport à l'autre (n. 20), 219 et 221.

sens toutefois, c'est au niveau de la sanction que l'identité économique entre la maison mère et sa filiale peut être prise en considération. Ainsi, conformément à une approche fondée sur le principe de proportionnalité, la sanction prononcée contre la société mère devra tenir compte, dans une juste mesure, de la peine déjà infligée à sa filiale (et vice-versa si c'est la maison mère qui est jugée en premier)¹⁵⁷. Suivant les circonstances et en fonction des ordres juridiques, on peut même envisager un classement de la procédure contre une société du fait de la condamnation d'une autre entité du même groupe¹⁵⁸. À noter toutefois que, conformément à la notion de décision définitive développée sous 1.a) *supra*, un classement pour ce seul motif ne devrait pas faire obstacle à l'introduction d'une nouvelle poursuite dans un autre État compétent à l'égard de la société précitée.

3. Deux enjeux particuliers

Deux enjeux spécifiques dans le cadre du sujet qui nous occupe méritent réflexion. Le premier résulte de l'hétérogénéité des modèles de responsabilité des entités collectives adoptés par les États : le principe *ne bis in idem* s'applique-t-il en cas de relaxe de l'entreprise pour des motifs qui ne permettent pas la disculpation de celle-ci selon l'ordre juridique de l'État qui entend juger *in idem* ? En d'autres termes, ce dernier doit-il « respecter » les choix de politique criminelle effectués par l'État de la première poursuite dans le domaine de la responsabilité des entités collectives ? Le second concerne la notion de « mêmes faits » en matière de blanchiment d'argent, infraction qui nous paraît poser des problématiques particulières à cet égard et qui – au côté de l'infraction de corruption, à laquelle elle est largement associée – constitue l'exemple type du délit commis au sein de la vie entrepreneuriale.

- a) Les divergences nationales dans les conditions d'imputation de l'infraction à l'entité collective : un obstacle au principe *ne bis in idem* ?

Au-delà des trois modèles de responsabilité des entités collectives mentionnés sous 2.a)bb) *supra*, les divergences nationales peuvent se révéler dans d'autres conditions d'imputation de l'infraction à l'entreprise. Ainsi, on peut imaginer qu'un État ne reconnaisse la responsabilité des entités collectives seulement pour certains

157 Dans le même sens, Schubarth (n. 157), § 9 N 25.

158 Ainsi, dans les affaires *Alstom* et *Siemens*, le fait que des entités du même groupe aient déjà été condamnées, en Suisse ou à l'étranger, a été l'un des motifs déterminants qui a conduit le Ministère public à classer la procédure à l'encontre de Alstom SA et de Siemens Industrial Turbomachinery (ordonnance de classement EAIL.04.0325-LEN du 22. 11. 2011, point III.1.2.3 et III.1.2.6 ; ordonnance de classement SV.13 0805-KOU du 5. 9. 2013, point 4.3 et 4.3.3).

crimes ou délits¹⁵⁹, ou que cette responsabilité soit subsidiaire à celle de la personne physique. C'est en particulier le cas en droit suisse : selon l'art. 102 al. 1 CP, l'entité collective ne peut être rendue responsable d'une infraction commise dans le cadre de ses activités commerciales que si l'auteur physique ne peut pas être identifié, et ce à cause d'une mauvaise organisation entrepreneuriale.

Dans ce contexte se pose la question de l'effet *ne bis in idem* en cas de libération de l'entreprise des fins de la poursuite pénale dans un État en raison de l'inexistence d'une condition d'imputation de l'infraction qui n'est pas prévue par le droit de l'État de la deuxième poursuite. Nous observons ici une tension entre le principe de reconnaissance mutuelle, en l'occurrence des choix étatiques quant aux systèmes de responsabilité des entités collectives, et la légitime inclinaison de l'État de la deuxième poursuite, dont les conditions d'attribution de l'infraction à l'entité collective apparaissent moins strictes que dans l'État de la première procédure, à éviter une impunité que l'État qui entend juger *in idem* estime sans fondement.

Ainsi, une entité collective, acquittée dans un État ayant choisi le modèle identificatoire du fait que le dirigeant poursuivi aux côtés de l'entreprise ne pouvait se voir reprocher l'infraction perpétrée par son subordonné faute de l'intention requise, peut-elle être poursuivie pour les mêmes faits dans un État dont les actes de l'employé en question sont directement imputables à l'entreprise ? L'entreprise relaxée en raison d'un manque de preuves relativement à son défaut d'organisation peut-elle être jugée *in idem* par un État dans lequel la punissabilité de l'entité collective n'est pas subordonnée à des carences organisationnelles ? L'infraction commise *dans le cadre* de la vie entrepreneuriale mais non *au bénéfice* de l'entité collective peut-elle faire l'objet d'une seconde procédure si l'entreprise a déjà été jugée dans un État dont le système de responsabilité des entités collectives exigerait que celles-ci aient (effectivement) tiré avantage du crime ? Enfin, une entreprise qui aurait été libérée de l'accusation de gestion déloyale par l'autorité pénale suisse parce que l'auteur physique a pu être identifié peut-elle être ensuite poursuivie pour « *Untreue* » par les autorités allemandes conformément au § 266 du Code pénal allemand (StGB) *cum* § 30 OWiG ?

Tout d'abord, il convient de souligner qu'en pratique, la question de savoir si le principe *ne bis in idem* peut ne serait-ce qu'entrer en considération dépend de l'ouverture d'une procédure dans le premier État, qui ne devrait de toute façon pas avoir lieu à partir du moment où la condition d'imputation en cause fait d'emblée défaut. Cela devrait en particulier être le cas lorsque l'infraction commise ne fait pas partie de celles susceptibles d'être reprochées à l'entreprise : on peut en effet partir de l'idée qu'une telle responsabilité est prévue pour certaines catégories

159 C'est notamment le cas du Portugal, cf. art. 11 du Code pénal portugais ; cf. aussi OECD(OCDE), phase 3, Report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Portugal, juin 2013, § 44.

d'infractions aisément différenciables, dans leurs éléments constitutifs, de celles inaptes à fonder une telle responsabilité.

Dans le cas, certes marginal mais néanmoins envisageable, dans lequel l'entreprise est poursuivie, puis libérée des fins de la poursuite pénale parce que l'état de fait finalement arrêté par l'autorité compétente ne constitue pas une infraction susceptible d'entraîner sa responsabilité, le principe *ne bis in idem* ne trouve à notre sens pas application. En effet, dans un tel cas, un examen substantiel de l'affaire fait défaut, l'analyse se limitant à reconnaître, *in casu*, le principe *societas delinquere non potest*. Ou, peut-on dire, le juge ne fait que constater son défaut de compétence *ratione personae* à l'égard de l'entité collective. Il en va de même si la relaxe de l'entreprise provient du fait que celle-ci n'est pas incluse dans le type d'entités collectives soumises à responsabilité, en particulier si l'ordre juridique considéré ne connaît que la responsabilité des personnes morales¹⁶⁰ et que l'entreprise en question ne revêt pas la personnalité juridique.

Si, en revanche, l'entité collective est relaxée parce qu'il s'avère, après enquête, qu'elle n'a pas effectivement bénéficié de l'infraction ou qu'aucun de ses dirigeants n'est impliqué dans l'infraction commise, la règle *ne bis in idem* s'oppose à une deuxième poursuite. Il en va de même si, conformément à l'art. 102 al. 1 CP, une ordonnance de classement est rendue à l'égard de l'entreprise parce que l'instruction a finalement permis d'identifier un auteur physique au départ inconnu. La conclusion est enfin identique si l'acquittement de l'entreprise s'articule autour de l'absence de preuve d'un défaut d'organisation.

Comme vu sous 2.a)bb) *supra*, les conditions d'imputation de l'infraction de base à l'entité collective n'influent pas sur la définition du *idem* : cette dernière notion s'apprécie à l'aune du comportement de l'auteur physique. En outre, dans les hypothèses précitées, l'autorité compétente s'est prononcée sur le fond de l'affaire, en excluant la «culpabilité» de l'entité collective. Elle a estimé, conformément à son propre droit, que les faits répréhensibles ne pouvaient en l'espèce être reprochés à l'entreprise¹⁶¹. Un parallèle peut ici être effectué avec la responsabilité des personnes physiques : le principe *ne bis in idem* s'applique si un individu a par hypothèse été considéré irresponsable dans une première décision, même si l'État qui entend juger *in idem* ne connaît pas le motif d'irresponsabilité reconnu par cette décision.

Nous concédons que cette position peut paraître dérangeante lorsque le premier État reconnaît la responsabilité des entités collectives à des conditions inutilement restrictives comme c'est notamment le cas à l'art. 102 al. 1 CP. Il

160 C'est le cas par exemple en France, cf. art. 121-1 du Code pénal français.

161 Comparer aussi avec l'exemple de *Hochmayr* qui admet l'effet *ne bis in idem* d'un jugement allemand acquittant un prévenu du fait que sa participation à un suicide n'est pas punissable, alors qu'elle le serait selon le droit autrichien (cf. § 78 Ö-StGB), (n. 96), 111.

n'appartient toutefois pas à la double poursuite de « remédier » aux mauvais choix étatiques en matière de politique criminelle. La conclusion inverse irait manifestement à l'encontre du principe de reconnaissance mutuelle. On pourrait en revanche imaginer, dans des cas particulièrement choquants, une seconde poursuite, en dérogation consciente à la règle *ne bis in idem*, fondée sur des motifs d'ordre public. En droit suisse, une telle exception est prévue en cas de violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la CEDH (art. 3 al. 3, 5 al. 2, 6 al. 3 et 7 al. 4 CP)¹⁶².

b) *Ne bis in idem* et blanchiment d'argent

En droit suisse, l'existence d'un acte de blanchiment peut entraîner la punissabilité de l'entité collective indépendamment de l'identification, ou de la non-identification, de l'auteur physique. Conformément à l'art. 102 al. 2 CP, une entreprise peut être condamnée pour blanchiment si elle n'a pas pris les mesures d'organisation nécessaires et raisonnables pour empêcher la commission, en son sein, d'une telle infraction. Le régime de responsabilité de l'entité collective est ainsi beaucoup plus étendu que celui, limitatif, de l'art. 102 al. 1 CP mentionné sous a) *supra*.

Pour mémoire et en résumé, le blanchiment d'argent vise à la dissimulation des produits d'un crime, de manière à entraver la confiscation des avoirs illicitement obtenus. La première question qui se pose est dès lors de savoir si l'acte de blanchiment commis subséquent par l'auteur de l'infraction préalable doit, respectivement peut, selon les circonstances, être considéré comme indissociablement lié au crime sous-jacent¹⁶³. À notre sens, la réponse est en principe négative. Le fait de commettre une infraction et d'en tirer profit est une chose, l'acte de dissimulation de ce produit, par exemple sous la forme d'un transfert bancaire à destination d'une juridiction « opaque », en est une autre¹⁶⁴. Ainsi, l'acquiescement de l'entreprise de l'infraction préalable pour l'un des motifs évoqués sous a) *supra* ne fait pas obstacle à sa poursuite subséquente pour blanchiment des produits du crime.

Une exception est cependant envisageable en cas de simple camouflage physique du butin, si tant est que cette seule opération puisse déjà être qualifiée d'acte de blanchiment d'argent¹⁶⁵. Si la dissimulation intervient immédiatement après

162 Sur cette clause, U. Cassani/R. Roth, Le juge suisse au service de la « communauté des peuples » ? – Réflexions à propos des nouveaux articles 3 à 8 CP, in : Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, A. Donatsch/M. Forster/C. Schwarzenegger (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2002, 449, 469 ss.

163 Si l'acte de blanchiment est commis par un tiers, la question du *ne bis in idem* ne se pose de toute façon pas, faute d'identité d'auteur.

164 Visiblement *contra* Göllly (n. 30), 92 s.

165 Cf. par exemple ATF 119 IV 59, JdT 1005 IV 43, consid. 2 ; sur la retenue qu'il convient d'avoir quant à la qualification de la dissimulation physique de valeurs comme acte de blanchiment d'argent, U. Cassani, in : CR CP II (n. 144), Art. 305^{bis} CP N 14.

réception des valeurs issues de l'infraction préalable et procède de la même intention délictueuse¹⁶⁶, elle peut être considérée comme indissociablement liée à la commission du crime sous-jacent. Dans un tel cas donc, l'auteur condamné à l'étranger pour l'infraction préalable ne peut plus être poursuivi en Suisse pour blanchiment. À noter cela étant qu'un acte de blanchiment qui s'épuiserait dans la seule dissimulation physique de valeurs patrimoniales est rarissime en matière de criminalité entrepreneuriale.

Ensuite, l'examen – factuel – de la condition de l'identité des événements peut se révéler délicate en matière de blanchiment d'argent, dès lors que cette dernière infraction implique régulièrement une succession d'opérations financières (blanchiment en chaîne)¹⁶⁷. À cet égard, il est tout d'abord clair qu'un transfert bancaire d'un État à un autre constitue un même fait. Il est exclu de condamner une première fois un individu pour avoir viré des fonds depuis un État et de le poursuivre une deuxième fois pour la réception des avoirs dans un autre État. Il en va de même, cas échéant, du transport physique de fonds d'un pays à un autre¹⁶⁸. Par ailleurs, plusieurs opérations successives de blanchiment portant sur les mêmes valeurs patrimoniales devraient régulièrement être appréhendées comme une seule infraction, même si chaque acte pris séparément constitue déjà un comportement constitutif de blanchiment d'argent¹⁶⁹. Ceci vaut en tout cas lorsque ces transactions sont suffisamment rapprochées dans le temps et que l'intention de l'auteur, au moment du premier acte de blanchiment, englobe déjà, au moins dans leurs grandes lignes, les actes d'entrave subséquents¹⁷⁰. Un problème particulier de compétence *ratione loci* se pose toutefois à ce stade dès lors que cet enchaînement de transactions est généralement effectué sur le plan transnational. En effet, lorsque des fonds sont virés d'un État à un autre, avant d'être retransférés dans une troisième juridiction, l'État d'où les fonds sont partis peut ne pas s'estimer compétent

166 Si, dans son arrêt *Kraaijenbrink* du 18.7.2007, la CJUE a estimé que l'unité d'intention n'était pas à elle seule déterminante, elle reste un critère pertinent parmi d'autres, § 29 ss.

167 Cf. les conclusions de l'avocat général *M^{me} E. Sharpston* du 5.12.2006 dans l'affaire *Kraaijenbrink*, § 31.

168 Pour l'hypothèse cf. ATF 127 IV 20, JdT 2002 IV 87, consid. 3 ; pour un parallèle en matière d'importation, respectivement d'exportation, de marchandises illicites, arrêt CJUE *Van Esbroek* du 9.3.2006, § 42 ; arrêt CJUE *Van Straaten*, du 28.9.2006, § 62 ; arrêt CJUE *Kretzinger* du 18.7.2007, § 36.

169 J. B. Ackermann/S. Zehnder, in : Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, vol. II, J.-B. Ackermann (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2018, § 11 N 662 ss ; A. Dyens, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse – Etude critique des art. 3 et 8 CP – Enjeux théoriques et pratiques, en particulier en matière de criminalité économique et financière, Bâle 2014, N 1062 ; K. Villard, La compétence territoriale du juge pénal suisse (art. 3 et 8 CP) : réflexions autour d'évolutions récentes, RPS 2017, 145, 149 ; cf. aussi décision du TPF SK.2006.20 du 3.10.2007, consid. 3.1.1 ss.

170 Cf., pour un examen détaillé, Ackermann/Zehnder (n. 171), § 11 N 662 ss.

pour connaître du second virement¹⁷¹. Dans ce cas, il ne peut poursuivre ni l'auteur physique, ni l'entreprise, sauf s'il peut se baser sur un chef de compétence spécial pour celle-ci, par exemple sur le fait que l'entité collective a son siège sur son territoire.

Logiquement, si l'État ne tient compte que du premier transfert, l'auteur sera puni dans une moindre mesure que si la condamnation porte sur l'opération de blanchiment prise dans sa globalité. Mais faire dépendre l'appréciation de l'identité des faits de l'existence ou de l'inexistence d'une compétence étatique à l'égard des événements considérés nous paraît un exercice d'équilibrisme risqué. En réalité, cela reviendrait à dénier l'autorité de chose jugée de la première décision par rapport au second transfert. Dans ce cas, la personne – physique ou morale – pourrait être condamnée (une seconde fois) en lien avec ce second virement, situation qui lui est défavorable vu le cumul des poursuites et celui des sanctions, l'addition de celles-ci étant selon toute probabilité plus élevée que si les deux transferts avaient fait l'objet d'un seul jugement. De manière plus générale, la segmentation artificielle des actes d'entrave alors que les agissements de l'auteur – imputables à l'entreprise – doivent manifestement être appréhendés comme un ensemble est à éviter. Il nous semble ainsi souhaitable de tendre à une notion de « mêmes faits » qui s'affranchisse autant que possible des droits nationaux – en l'espèce les règles en matière de compétence spatiale – et de leurs divergences.

Selon nous, à partir du moment où les actes de blanchiment doivent être considérés comme un complexe de faits indissociablement liés entre eux, la compétence de l'État dans lequel l'un des transferts a eu lieu devrait en principe¹⁷² être admise pour le tout¹⁷³. Une telle conclusion s'impose dès lors que les actes successifs d'entrave doivent être appréhendés comme une seule infraction et que la compétence du juge à l'égard de l'intégralité du complexe de faits considérés comme un tout peut résulter d'une exécution partielle de l'infraction sur son territoire¹⁷⁴.

L'identité des faits apparaît plus douteuse lorsque les actes de blanchiment portent sur des valeurs patrimoniales différentes, quand bien même ces dernières proviendraient du même complexe de faits préalable. L'identité des faits relativement au crime sous-jacent n'entraîne pas *eo ipso* celle du blanchiment des produits tirés de l'infraction. Les circonstances d'espèce seront à ce dernier égard déterminantes. Pour prendre un exemple, si l'auteur d'une escroquerie reçoit de la dupe

171 Cf. aussi, sur cette problématique de compétence, *Ambos* (n. 25), § 10 N 185 s.

172 On peut réserver le cas où la compétence de l'État se fonderait sur une opération qui apparaîtrait tout à fait marginale dans le processus de blanchiment par rapport à d'autres actes d'entrave perpétrés dans un autre État.

173 Dans le même sens, *Heger* (n. 99), 85 et 87 ; *Hußung* (n. 137), 177.

174 Dans ce sens *Dyens* (n. 171), N 1077 ; *Villard* (n. 171), 149 ; *contra* : *Ackermann/Zehnder* (n. 171), § 11 N 800.

tant des espèces que de la monnaie scripturale et qu'il dépose ensuite simultanément les deux valeurs patrimoniales sur le compte d'une société offshore, les actes de dépôt de ces deux valeurs devraient être appréhendés comme un seul et même comportement. Il en va différemment en fonction des critères (exemplatifs) suivants : un certain laps de temps s'est écoulé entre la réception des deux montants ; les sommes proviennent de deux lésés différents ; les fonds ne sont pas transférés en même temps et/ou sur des comptes bancaires différents, etc.¹⁷⁵

4. Le principe d'imputation

Version « édulcorée » de la règle *ne bis in idem*, le principe d'imputation ne prohibe ni une deuxième poursuite ni une deuxième condamnation, mais impose au second juge de déduire de la peine qu'il entend prononcer la sanction déjà subie suite à la condamnation étrangère. Il constitue une sorte de garantie minimale dans les cas soumis aux réserves étatiques relativement à l'application du principe *ne bis in idem*. En droit suisse, il s'applique lorsque l'autorité ouvre une deuxième procédure sur la base de sa compétence territoriale (et, dans l'espace Schengen, si l'État de la première procédure exerçait quant à lui sa compétence sur une base extraterritoriale) ou sur celle du principe de protection. L'art. 8 al. 2 CPP impose par ailleurs à l'autorité compétente de renoncer à la poursuite lorsqu'au regard de la sanction encourue en Suisse, l'imputation de la première peine rendrait la seconde insignifiante, à condition qu'aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose.

En matière de responsabilité des entités collectives, le principe d'imputation ne pose pas de difficultés lorsque les deux États connaissent le même type de sanctions, en particulier lorsqu'il s'agit de déduire le montant de la sanction financière payée à l'étranger de l'amende que le juge suisse envisage de prononcer conformément à l'art. 102 al. 3 CP. Les choses se corsent lorsque l'entreprise a subi à l'étranger une peine inconnue du droit suisse, par exemple une interdiction d'exercer pour une durée limitée. Dans un tel cas, le juge suisse pourrait par exemple se livrer à une estimation – quoique nécessairement imprécise – du gain perdu par l'entreprise en raison de l'interdiction d'exercer prononcée. Ce type de sanction, à part s'il est infligé pour une (très) courte période, peut être plus dommageable pour l'entité collective que le plafond de CHF 5 millions prévu à l'art. 102 al. 3 CP. La publication du jugement à l'étranger ne fait, selon nous, pas obstacle, sur le principe, à une telle publication en Suisse sur la base de l'art. 68 CP, la collectivité visée étant

175 Comparer avec l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Kraaijenbrink* du 18.7.2007, en matière de sommes issues d'un trafic de stupéfiants.

différente. Le juge suisse doit en revanche prendre en considération, conformément au principe de la proportionnalité, le « dommage » déjà subi par l'entreprise du fait de la publication du jugement étranger.

Par ailleurs, les mesures confiscatoires exécutées par le juge étranger, respectivement la créance compensatrice dont l'entreprise s'est acquittée en vertu du premier jugement, doivent être retranchées sur la mesure similaire que le juge suisse envisage de prononcer en vertu des art. 69 ss CP (en particulier les art. 70 et 71 CP). Le principe d'imputation s'applique indépendamment de la nature – pénale, administrative, voire civile – de ces instruments dans l'ordre juridique étranger¹⁷⁶.

V. Remarques conclusives

Le principe *ne bis in idem* est nécessaire mais il n'est pas suffisant. À l'heure de la mondialisation en général et de celle du crime en particulier, un événement à coloration pénale est de plus en plus rarement l'affaire d'un seul État et les conflits de compétences pénales se multiplient. Cela est particulièrement vrai en matière de criminalité entrepreneuriale. Un système de répartition internationale des compétences, assorti d'un mécanisme régulateur des conflits de juridictions, avec attribution de l'affaire à l'État le mieux placé *in casu* est devenu incontournable¹⁷⁷. L'instrument de la délégation de compétence permettrait par ailleurs à l'État dans lequel la procédure serait ouverte de connaître des faits transnationaux que ses propres règles en matière de compétence lui empêchent en principe d'appréhender. Les États devraient en outre cas échéant s'accorder sur le type de procédure – pénale ou administrative à caractère répressif – qu'il apparaît en l'espèce le plus approprié d'ouvrir contre l'entreprise. Ceci exige non seulement la coopération entre autorités judiciaires mais également avec les autorités administratives¹⁷⁸. Même si, nous l'avons vu, les jurisprudences *Menci* et *A. et B. c. Norvège* ne s'opposent pas, sous certaines conditions, à la conduite de deux procédures, une telle dualité devrait autant que possible être évitée. Elle peut l'être d'autant plus si les deux systèmes considérés possèdent une palette de sanctions similaires¹⁷⁹.

176 Cf. aussi *Grotenrath* (n. 10), 221 ss.

177 Cf. notamment *U. Cassani*, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB), RPS 1996, 237, 261 ; *Grotenrath* (n. 10), 130 ss.

178 Dans le même sens, *M. Luchtman*, Inter-state cooperation at the interface of administrative and criminal law, in : Do labels still matter ? – Blurring boundaries between administrative and criminal law – The influence of the EU, F. Galli/A. Weyembergh (édit.), Bruxelles 2014, 191, 210 ss.

179 Ce qui n'est malheureusement pas le cas en Suisse, le juge pénal ne pouvant prononcer une mesure d'interdiction d'exercer à l'égard de l'entreprise.

Dans le cadre de la poursuite des entités collectives, les différents modèles de responsabilité ne font généralement pas obstacle à l'application du principe *ne bis in idem*. Il en va du principe de reconnaissance mutuelle, étant rappelé que la CJUE a toujours refusé de subordonner l'effet *ne bis in idem* à l'harmonisation des législations nationales. Il peut cela étant y avoir une tension entre la mise en œuvre de ce principe et les clauses des conventions internationales en matière pénale, qui exigent l'adoption de sanctions nationales « efficaces, proportionnées et dissuasives » à l'encontre des entités collectives. Un système restrictif de punissabilité des entreprises, à l'instar de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP, limite drastiquement le risque de sanction (de nature) pénale. Or, une peine qui n'a que peu de probabilité d'être prononcée ne présente pas le caractère dissuasif escompté. Pour éviter une impunité choquante, une dérogation possible à la règle *ne bis in idem* pourrait être envisagée dans des situations extrêmes.

Sur le long terme, la meilleure option pour faciliter l'application du principe *ne bis in idem* ainsi que, de manière plus générale, la coopération internationale et, en fin de compte, une lutte efficace et juste contre la criminalité transfrontière reste le rapprochement des ordres juridiques nationaux en matière pénale, notamment dans le domaine de la responsabilité des entités collectives.