

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TRACY JOSEPH REINALDET DOS SANTOS

**LA RESPONSABILITÉ PÉNALE À L'ÉPREUVE DES PERSONNES MORALES :
ÉTUDE COMPARÉE FRANCO-BRÉSILIENNE**

CURITIBA

2017

TRACY JOSEPH REINALDET DOS SANTOS

**LA RESPONSABILITÉ PÉNALE À L'ÉPREUVE DES PERSONNES MORALES :
ÉTUDE COMPARÉE FRANCO-BRÉSILIENNE**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

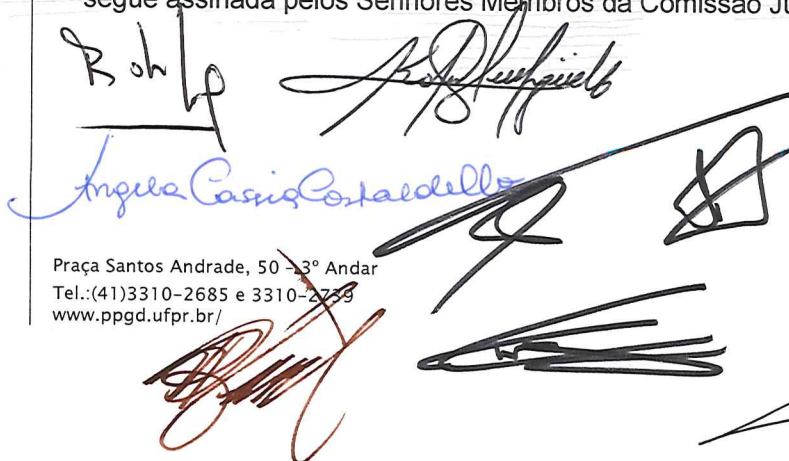
Orientadores: Prof. Dr. Paulo César Busato e Prof. Dr. Bertrand de Lamy

CURITIBA

2017

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Tracy Joseph Reinaldet dos Santos**, realizada no dia vinte e oito de setembro de dois mil e dezessete, às quinze horas.

No dia vinte e oito de setembro do ano de dois mil e dezessete, às quinze horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Tracy Joseph Reinaldet dos Santos**, sob o título **“LA RESPONSABILITÉ PÉNALE À L'ÉPREUVE DES PERSONNES MORALES: ÉTUDE COMPARÉE FRANCO-BRÉSILIENNE”**. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Paulo Cesar Busato (Orientador-Presidente/UFPR), Bertrand de Lamy (Orientador-Presidente/L'Université Toulouse Capitole), Angela Cássia Costaldello (UFPR), Katie Silene Cáceres Argüello (UFPR), Marc Segonds (Université Toulouse 1 Capitole), Jean-Christophe Saint-Pau (Université de Bordeaux), Raphaële Parizot (Université de Paris Ouest) e Antoine Botton (Université Toulouse 1 Capitole) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo doutorando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador arguirá o doutorando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o doutorando foi argüido sucessivamente pelos Professores Doutores Paulo Cesar Busato, Bertrand de Lamy, Angela Cássia Costaldello, Katie Silene Cáceres Argüello, Marc Segonds, Jean-Christophe Saint-Pau, Raphaële Parizot e Antoine Botton. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Paulo Cesar Busato, 10,00 (dez inteiros), Bertrand de Lamy, 10,00 (dez inteiros), Angela Cássia Costaldello, 10,00 (dez inteiros), Katie Silene Cáceres Argüello, 10,00 (dez inteiros), Marc Segonds, 10,00 (dez inteiros), Jean-Christophe Saint-Pau, 10,00 (dez inteiros), Raphaële Parizot, 10,00 (dez inteiros), Antoine Botton, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Vanessa Sayuri U. Hoshina, Secretária Administrativa do Setor de Pós-Graduação em Direito, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Tracy Joseph Reinaldet dos Santos**, sob o título **LA RESPONSABILITÉ PÉNALE À L'ÉPREUVE DES PERSONNES MORALES: ÉTUDE COMPARÉE FRANCO-BRÉSILIEUNE**, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Dr. Paulo Cesar Busato - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Bertrand de Lamy - 10,00 (dez inteiros)

Prof.^a Dr.^a Angela Cássia Costaldello - 10,00 (dez inteiros)

Prof.^a Dr.^a Katie Silene Cáceres Argüello - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Marc Segonds - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Jean-Christophe Saint-Pau - 10,00 (dez inteiros)

Prof.^a Dr.^a Raphaële Parizot - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Antoine Botton - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela concessão do título de Doutor em Direito ao candidato **Tracy Joseph Reinaldet dos Santos**.
É o parecer.

Curitiba, 28 de setembro de 2017.



RESUMO

Na França e no Brasil, a restauração da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não foi o resultado de uma vontade doutrinária ou a consequência de uma reinvidicação jurisprudencial. Na verdade, nesses dois países, o restabelecimento dessa responsabilidade ocorreu em razão de uma escolha utilitarista realizada pelo legislador. Por conta dessa escolha, a instauração da responsabilidade penal da empresa não foi precedida por uma reflexão teórica aprofundada, nem na França, nem no Brasil. Dessa forma, mesmo após a entrada das pessoas jurídicas no campo de aplicação do direito penal, a responsabilidade destas continuou gerando problemas dogmáticos. Com efeito, tínhamos dificuldade de compreender como seria possível utilizar o direito penal, o qual foi concebido para ser aplicado às pessoas físicas, para se punir as empresas. Nesse contexto de dissonância entre o direito penal e a responsabilidade das corporações, três grandes problemas foram levantados na França e no Brasil como principais obstáculos dogmáticos à responsabilidade penal dos entes coletivos. Em primeiro lugar, a incompatibilidade existente entre o tipo objetivo e a natureza imaterial das pessoas jurídicas. Em segundo lugar, o antagonismo presente entre o tipo subjetivo e as particularidades dos entes morais. Em terceiro lugar, a incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza desencarnada dos entes coletivos. Com o objetivo de resolver esses três grandes problemas dogmáticos, o ordenamento jurídico franco-brasileiro realizou um processo de harmonização com relação à responsabilidade das empresas, o qual almejou tornar essa responsabilidade plenamente compatível com as teorias e os conceitos do direito penal. Tanto na França, quanto no Brasil, esse processo de harmonização entre o direito penal e a responsabilidade das pessoas jurídicas ocorreu em três fases e ele foi dinamizado por intermédio de uma dialética dúplice de adaptação e de criação. Em verdade, de um lado, alguns conceitos do direito penal, como o tipo objetivo e o tipo subjetivo, foram adaptados à natureza desencarnada das corporações, enquanto que, de outro lado, outros conceitos, como a noção pragmática de culpabilidade, foram especialmente criados para os entes coletivos. Nesse contexto, o objetivo do nosso estudo é o de explicar esse processo de harmonização que foi realizado entre o direito penal e a responsabilidade das corporações na França e no Brasil, a fim de esclarecer de que maneira esse processo pôde tornar as teorias e os conceitos do direito penal plenamente compatíveis com as peculiaridades da pessoa jurídica.

Palavras-chave: Complexidade organizacional da pessoa jurídica. Compliances programs. Concepção de ação significativa. Cultura de gestão da empresa. Defeito na organização ou na estrutura da empresa. Direito penal. Direito penal comparado franco-brasileiro. Identificação da pessoa física órgão ou representante. Teoria da dupla imputação. Incapacidade de ação da pessoa jurídica. Liberdade organizacional do agrupamento. Noção construtivista de culpabilidade. Noção pragmática de culpabilidade. Responsabilidade penal dos estados e dos municípios. Responsabilidade penal da União. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito privado. Modelo identificatório. Modelo vicarial. Modelo organizacional. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

RÉSUMÉ

En France et au Brésil, la restauration de la responsabilité pénale des personnes morales n'a pas été le résultat d'une demande de la doctrine ou la conséquence d'une revendication jurisprudentielle. En effet, dans ces deux pays, le rétablissement de cette responsabilité a eu lieu en raison d'un choix pragmatique réalisé par le législateur. En raison de ce choix pragmatique, l'instauration de la responsabilité des groupements n'a pas été précédée d'une réflexion théorique approfondie ni en France, ni au Brésil. De ce fait, même après l'entrée des personnes morales au sein du champ pénal, leur responsabilité a continué à poser problème. En effet, on avait du mal à saisir comment pourrait-on appliquer un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des êtres humains à ce nouveau délinquant qui n'était pas une personne physique, mais qui était une personne morale. Dans le cadre de cette dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des groupements, trois grands problèmes ont été soulevés en France et au Brésil en tant qu'obstacles à la responsabilité pénale des êtres collectifs. En premier lieu, l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature immatérielle des personnes morales. En deuxième lieu, l'inconciliabilité entre l'élément subjectif de l'infraction et les particularités des groupements. En troisième lieu, l'antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs. Dans le but de résoudre ces trois grands problèmes, l'ordre juridique franco-brésilien a effectué un processus d'harmonisation au sujet de la responsabilité des groupements, lequel a été accompli afin de rendre cette responsabilité pleinement conciliable avec les théories et les concepts du droit pénal. Autant en France qu'au Brésil, cette harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales a été réalisée en trois phases et elle a été mise en œuvre par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. En réalité, tandis que certains concepts, comme les éléments matériel et subjectif de l'infraction, ont été adaptés à la nature désincarnée des êtres collectifs, d'autres concepts, comme la notion pragmatique d'imputabilité, ont été spécialement créés pour les personnes morales. Dans ce contexte, l'objectif de notre étude est celui de mettre en lumière ce processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal franco-brésilien et la responsabilité des groupements, afin d'expliquer de quelle manière ce processus d'harmonisation a pu rendre les théories et les concepts du droit pénal pleinement compatibles avec les particularités des personnes morales.

Mots-clés : Complexité de l'organisation de la personne morale. Compliances programs. Conception de l'action significative. Culture de gestion de l'entreprise. Défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement. Droit pénal. Droit pénal comparé franco-brésilien. Identification de la personne physique agissant en qualité. Imputabilité collective. Incapacité d'action de la personne morale. Liberté d'organisation. Notion constructiviste d'imputabilité. Notion pragmatique d'imputabilité. Responsabilité pénale des collectivités territoriales. Responsabilité pénale de l'État. Responsabilité pénale des personnes morales de droit privé. Responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Responsabilité pénale identificatoire. Responsabilité pénale organisationnelle. Responsabilité pénale vicariale. Responsabilité pénale des personnes morales.

RESUMO SUBSTANCIAL

1. O estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica é objeto de grande controvérsia no seio da seara criminal. Não sem razão, o direito penal moderno se desenvolveu “a partir do” e “para o” ser humano. Em verdade, para a maior parte dos penalistas dos séculos XIX e XX, os conceitos de ação, de dolo e de culpabilidade eram incompatíveis com o ente moral. Por tal motivo, o direito penal dessa época possuía como única fonte referência a pessoa física, estando ele ancorado em uma teoria da infração e em uma teoria da responsabilidade que só poderiam ser aplicadas vis-à-vis de um infrator que possuísse certas aptidões pessoais em princípio inexistentes na natureza incorpórea da pessoa jurídica.

No entanto, a evolução da sociedade convidou o direito penal a rever seus conceitos e a colocar em discussão alguns temas que já pareciam resolvidos. Dentre eles, o da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Após a revolução industrial, duas grandes guerras, a criação da união europeia, a revolução das comunicações e a globalização, parecia impossível de se acreditar que o direito penal concebido para ser aplicado apenas a um único tipo de delinquente, o homem, poderia ainda dar conta dos novos problemas propostos pela criminalidade. A sociedade tinha mudado, o direito penal deveria, ele também, mudar.

Nesse contexto de mudanças, várias transformações ocorreram no seio da seara criminal. A introdução da responsabilidade penal do diretor da empresa. A expansão do direito penal econômico e do grupo de infrações penais denominadas como “artificiais”. A construção de uma justiça penal internacional. A expansão da criminalidade organizada internacional. O ganho de importância da vítima no seio do processo penal. E, aquilo que é o objeto do nosso estudo, a reintrodução da temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essas transformações, longe de serem peculiaridades de um único país, afetaram diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles o francês e o brasileiro.

Na França, a evolução mais importante proposta pelo Código penal de 1994 foi a introdução da responsabilidade penal da empresa no seu artigo 121-2. De acordo com tal dispositivo, “as pessoas jurídicas, a exclusão do Estado, são penalmente responsáveis (...) pelas infrações realizadas em seu nome, por seus órgãos ou representantes”. No Brasil, o legislador promulgou em 1998 a Lei nº 9.605, a qual prevê a possibilidade de se

incriminar penalmente um ente moral pela prática de uma infração contra o meio ambiente. Segundo o artigo 3º dessa Lei, “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas (...) penalmente (...) nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

2. Problemática. Dessa forma, nesses dois países, mesmo face à sua natureza incorpórea, a pessoa jurídica poderia doravante realizar um ato ilícito, e foi esse paradoxo que abalou as teorias da infração e da responsabilidade existentes no direito penal de até então. De fato, como poderíamos transpor aos entes morais tais teorias, as quais foram concebidas para pessoas físicas? Um direito penal criado “para o” e “a partir do” homem, poderia ser utilizado para as empresas?

Diante de tais questões, uma parte da doutrina e da jurisprudência na França e no Brasil propôs uma solução simples. A responsabilidade penal da pessoa jurídica não deveria funcionar da mesma maneira que a da pessoa física, de sorte que ela não precisaria respeitar certos princípios fundamentais do direito penal. Dessa forma, ela seria uma responsabilidade indireta, tendo em vista o fato de que a empresa é incapaz de realizar o elemento material da infração. Além disso, ela seria uma responsabilidade objetiva, porque a pessoa jurídica seria inapta a realizar não apenas o elemento subjetivo do tipo, mas igualmente a noção de culpabilidade. Em primeiro lugar, porque ela não é capaz de possuir uma vontade e um conhecimento no sentido psicológico desses termos. Em segundo lugar, porque as ideias de capacidade de discernimento, de potencial consciência da ilicitude do fato e de uma aptidão a resistir à infração são incompatíveis com a natureza imaterial das corporações. Por tais razões, a responsabilidade penal da pessoa jurídica seria uma exceção a três princípios fundamentais do direito penal: o da responsabilidade pessoal; o da responsabilidade subjetiva; e o princípio da culpabilidade.

Mesmo se essa solução parecia contornar diversos problemas dogmáticos, não almejando harmonizar o direito penal à natureza incorpórea da pessoa jurídica, ela não poderia se sagrar definitiva, vez que tal proposição não respeitava os princípios fundamentais do direito penal. Por tal razão, um esforço de harmonização entre as teorias clássicas do direito penal e a natureza desencarnada da empresa teve que ser

realizado, justamente no intuito de tornar essa nova responsabilidade inteiramente compatível com os princípios basilares desse ramo do direito.

Nesse contexto, há alguns anos, os juristas franceses e brasileiros vêm tentando harmonizar o direito penal às peculiaridades da pessoa jurídica. No bojo desse processo de conformação, várias questões foram levantadas. O ente moral seria capaz de realizar ele próprio o tipo objetivo da infração? Ele poderia, da mesma forma, perpetrar o elemento subjetivo do tipo? A noção de culpabilidade poderia existir vis-à-vis de um ser sem discernimento e sem uma vontade tecnicamente livre? De fato, essas interrogações constituem o frontispício de um problema maior, o qual é o objeto central do nosso estudo: de que modo ocorreu a harmonização entre o direito penal e a pessoa jurídica no contexto franco-brasileiro? Dito com outras palavras, de que forma essa responsabilidade pôde ser instituída nesses dois ordenamentos jurídicos de maneira a respeitar os princípios básicos do direito penal?

3. Apresentação do plano de trabalho. Para encontrar as respostas de tais indagações, o vertente trabalho propôs um estudo de direito penal comparado, o qual analisou o texto legal, a dogmática e a evolução jurisprudencial ocorrida nos últimos anos na França e no Brasil no que tange a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por intermédio de tal análise, pôde-se chegar a conclusão de que essa harmonização entre o direito penal e a empresa ocorreu, nesses dois países, através de uma dialética dupla de adaptação e de criação. De um lado, alguns conceitos do direito penal foram adaptados à natureza incorpórea das corporações. De outro lado, outros conceitos do direito penal foram reinventados especialmente para a empresa.

Esse movimento de harmonização realizado entre o direito penal e a empresa, o qual almejou tornar a responsabilidade da pessoa jurídica coadunável com os princípios fundamentais do direito penal, compõe, portanto, o objeto central do presente estudo. Para melhor compreendê-lo, o vertente trabalho foi dividido em duas partes. Na primeira, foi analisado o esforço de adaptação do direito penal frente à pessoa jurídica, o qual buscou justapor os elementos objetivo e subjetivo do tipo à natureza imaterial da corporação. Na segunda, foi estudado o esforço de criação realizado pelo direito penal no que tange o ente moral, o qual visou, através da elaboração de novos conceitos, dar

fim ao problema da incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza incorpórea da empresa.

Dessa forma, em razão dessa divisão, o vertente estudo abordou, à luz do direito comparado, quatro grandes temas. Em primeiro lugar, o movimento realizado pelo direito penal para adaptar o elemento objetivo do tipo à empresa. Em segundo lugar, o movimento realizado pelo direito penal para adaptar o elemento subjetivo do tipo à pessoa jurídica. Em terceiro lugar, o movimento de criação realizado pelo direito penal para conceber novos conceitos e, assim, superar o problema da incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza desencarnada da empresa. Por fim, em quarto lugar, foi analisado o campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França e no Brasil. Na verdade, contrariamente ao que poderia parecer mais lógico, o exame do campo de aplicação dessa responsabilidade não foi o ponto de partida, mas ele foi o ponto de chegada do nosso estudo, isto porque ele é apto a demonstrar que, efetivamente, a harmonização entre o direito penal e a pessoa jurídica ocorreu por intermédio de uma dialética dupla de adaptação e de criação. Assim sendo, a análise do campo de aplicação dessa responsabilidade serviu como elemento de corroboração do raciocínio traçado ao longo do nosso estudo, razão pela qual ela ocorreu apenas ao final do vertente trabalho.

4. Primeiro título: o tipo objetivo e a pessoa jurídica. Tanto no direito francês, quanto no direito brasileiro, o primeiro obstáculo levantado contra a responsabilidade penal da empresa dizia respeito à incapacidade de ação do ente moral. Despida de um suporte físico, parecia impossível que a pessoa jurídica pudesse perpetrar o elemento material do tipo e assim realizar uma ação ou omissão ilícita. Para resolver esse problema, o direito penal na França e no Brasil se utilizou do mesmo recurso: na falta de um corpo físico, a empresa emprestaria de seus órgãos ou representantes um “substrato humano” que a tornaria apta a realizar o elemento objetivo do tipo. Ou seja, ela cometeria suas ações ou omissões ilícitas por intermédio de seus órgãos ou representantes pessoas físicas. Essa solução à incapacidade de ação da empresa está consubstanciada tanto no artigo 121-2 do Código penal francês, como no artigo 3º da Lei 9.605/98 no Brasil, mais precisamente quando tais dispositivos preveem a primeira condição de responsabilidade da pessoa

jurídica: a perpetração material de um fato ilícito por um órgão ou representante da empresa.

5. Uma responsabilidade penal indireta. Por conta da utilização desse recurso como meio de adaptação do elemento material do tipo à natureza incorpórea da corporação, o direito francês e o direito brasileiro interpretaram, em um primeiro momento, a responsabilidade penal da pessoa jurídica como uma responsabilidade indireta, a qual estaria inserida em um modelo vicarial. Essa interpretação franco-brasileira possuía algumas consequências práticas. Na França, em razão dela, uma pessoa jurídica poderia ser penalmente condenada apenas nos casos em que a pessoa física que perpetrou materialmente a infração fosse identificada nos autos do processo. No Brasil, por conta dessa leitura, para que um ente moral fosse condenado, era necessário se imputar simultaneamente a infração à pessoa jurídica e à pessoa física que executou o tipo objetivo do delito.

6. Uma responsabilidade penal direta. Essa primeira interpretação tinha a sua razão de ser, mas, tanto na França, quanto no Brasil ela não se compatibilizava com o princípio da responsabilidade penal pessoal. Por tal razão, em um segundo momento, esses dois ordenamentos jurídicos mudaram a interpretação conferida a utilização de tal técnica como solução ao problema da incapacidade de ação da empresa. Essa mudança de interpretação ocorreu, à partida, na França e, em seguida, no Brasil. De acordo com ela, o fato ilícito realizado materialmente por um órgão ou representante da empresa deveria ser apercebido não como um fato de outrem imputado à pessoa jurídica, mas ele deveria ser apercebido como o fato ilícito da própria corporação. Por tal razão, para a aplicação dessa responsabilidade, não seria mais necessário nem a identificação da pessoa física que realizou materialmente o ato ilícito em nome da empresa, nem a imputação simultânea da infração à empresa e a seu representante ou órgão pessoa física.

7. As semelhanças e as diferenças entre a França e o Brasil. De toda sorte, mesmo se essa mudança de interpretação acabou por tornar a responsabilidade da empresa compatível com o princípio da responsabilidade penal pessoal tanto na França, quanto no Brasil, mesmo assim, ela não ocorreu da mesma forma nesses dois países. Enquanto que na

França ela aconteceu por intermédio da aplicação de um modelo identificatório de responsabilidade penal da empresa, no Brasil ela ocorreu graças à releitura do conceito de ação em direito penal, a qual foi propiciada pela concepção significativa de ação. De toda forma, apesar de tais diferenças, por conta dessa modificação de interpretação ocorrida na jurisprudência, tanto na França quanto no Brasil, a pessoa jurídica parecia não só capaz de realizar uma ação ou omissão ilícita, como, além disso, de o fazer de um modo compatível com o princípio da responsabilidade penal pessoal.

No entanto, nesses dois ordenamentos jurídicos, parte da doutrina salientou que uma simples mudança jurisprudencial de interpretação não seria suficiente para tornar a responsabilidade da empresa compatível com o princípio da responsabilidade penal pessoal. Por tal razão, para que essa compatibilização ocorresse de modo pleno, a pessoa jurídica deveria ser penalmente responsabilizada não apenas por uma infração realizada materialmente por seu órgão ou representante, mas igualmente pela existência de um defeito na sua estrutura de funcionamento. No entanto, na França e no Brasil, essa posição doutrinária não encontrou respaldo na jurisprudência, de modo que o fato do órgão ou representante era suficiente para permitir a adaptação do elemento material da infração à natureza incorpórea da corporação, e isto de um modo compatível com o princípio da responsabilidade penal pessoal.

De qualquer forma, essas similitudes e essas diferenças existentes entre o direito penal francês e o direito penal brasileiro no que tange o tema nos permitiram chegar à algumas conclusões sobre esse primeiro movimento de adaptação realizado vis-à-vis das pessoas jurídicas.

8. Um movimento de adaptação e não de criação. Em primeiro lugar, essa interpretação feita em dois tempos pelos tribunais franceses e brasileiros nos levou à conclusão de que existe um percurso natural de evolução no que tange a responsabilidade penal da pessoa jurídica na França e no Brasil. De acordo com esse percurso, em um primeiro tempo, haveria uma tendência a se interpretar essa responsabilidade como uma responsabilidade penal indireta. No entanto, em um segundo tempo, essa responsabilidade passaria a ser vista como uma responsabilidade penal direta da empresa, de modo que o fato ilícito realizado materialmente pelo órgão ou representante do agrupamento deixaria de ser apercebido como um fato de outrem,

para passar a ser interpretado como um ato ilícito da própria pessoa jurídica. De fato, a análise da evolução jurisprudencial ocorrida na França e no Brasil com relação ao tema vai justamente nesse sentido. De um modelo vicarial, para um modelo identificatório de responsabilidade. De uma responsabilidade penal indireta, para uma responsabilidade penal direta. Dessa forma, ao final desse percurso natural de evolução, a pessoa jurídica pôde, na França e no Brasil, não apenas realizar uma ação ou omissão ilícita, como, além disso, fazê-lo de maneira compatível com o princípio da responsabilidade penal pessoal.

Em segundo lugar, a recusa dos tribunais franco-brasileiros no que tange a aplicação de um modelo organizacional de responsabilidade da empresa, e a utilização nesses dois países da técnica do substrato humano como solução ao problema da incapacidade de ação da pessoa jurídica, nos permitiu concluir que a harmonização entre o direito penal e o ente moral no que tange o tipo objetivo da infração ocorreu, efetivamente, por intermédio de um movimento de adaptação e não de criação. Ou seja, através da primeira condição de responsabilidade prevista no artigo 121-2 do Código penal francês e no artigo 3º da Lei 9.605/98, o direito penal adaptou o elemento material da infração à natureza incorpórea da empresa, a fim de que a pessoa jurídica pudesse realizar ações ou omissões ilícitas não obstante a sua natureza imaterial. De qualquer forma, diante de tais observações, foi imperioso saber se esse movimento de adaptação também tinha ocorrido no que tange o elemento subjetivo do tipo.

9. Segundo título: o tipo subjetivo e a pessoa jurídica. Tanto no direito penal francês, quanto no direito penal brasileiro o segundo obstáculo à responsabilidade da pessoa jurídica era a incompatibilidade existente entre o elemento subjetivo do tipo e a natureza incorpórea da empresa. De acordo com a concepção psicológica do elemento subjetivo, apenas uma pessoa física, ser dotado de um aparelho psíquico, poderia executar o tipo subjetivo da infração. A pessoa jurídica era um ser despido de um aparelho psíquico, dessa forma ela não seria capaz de produzir dois fenômenos psicológicos necessários para a realização da intenção em direito penal: o conhecimento e a vontade.

10. A incompatibilidade entre o dolo, a imprudência e a pessoa jurídica. Face a esse obstáculo, o direito penal na França e no Brasil possuía, em princípio, duas opções. De um lado, excluir a pessoa jurídica do seu campo de aplicação. De outro lado, consagrar,

ao menoscabo do princípio da responsabilidade penal subjetiva, uma responsabilidade penal objetiva da empresa. O problema da primeira opção era o fato de que ela negaria tanto a presença de uma realidade criminológica na corporação, quanto a existência de uma tendência mundial no sentido de se responsabilizar penalmente a empresa. O problema da segunda opção era o fato de que ela desrespeitaria um princípio fundamental do direito penal, o qual diz respeito a uma das características mais marcantes dessa seara do direito: a subjetivação da responsabilidade.

Diante dessa via sem saída, o Direito penal na França e no Brasil teve que realizar um segundo esforço de adaptação junto às peculiaridades da pessoa jurídica, no sentido de tornar o elemento subjetivo da infração compatível com a natureza imaterial da corporação e, assim, assegurar uma responsabilidade penal subjetiva da empresa. Esse movimento de conformação foi realizado em duas etapas.

11. Primeira etapa: a consagração de uma concepção jurídica. A primeira etapa foi marcada pelo abandono de uma concepção estritamente psicológica do elemento subjetivo da infração. Na verdade, de modo progressivo, o processo penal colocou em evidência que a aplicação de uma concepção psicológica do tipo subjetivo era impossível de ser realizada. Os fenômenos psíquicos proveem do foro íntimo do agente, de modo que eles são inacessíveis ao órgão julgador. Por tal razão, a noção psicológica do dolo e da imprudência se tornou um postulado ilusório quando de sua aplicação no bojo do processo penal.

Assim sendo, por causa desse divórcio existente entre a concepção psicológica do tipo subjetivo e a realidade probatória do processo penal, foi imperioso se estabelecer uma outra concepção a respeito da natureza do elemento subjetivo da infração; uma concepção que poderia não só harmonizar a dimensão processual com a dimensão substancial desse elemento da infração, como, além disso, ser compatível com a natureza desencarnada da empresa. Foi analisando a maneira através da qual é caracterizado o tipo subjetivo da infração no curso de uma ação penal que a doutrina consagrou, então, uma concepção jurídica no lugar de uma concepção psicológica do dolo e da imprudência em direito penal. É bem verdade que essa nova concepção não foi concebida especialmente para a pessoa jurídica. No entanto, de maneira não intencional, ela acabou por, além de conciliar as dimensões processual e material do elemento subjetivo da

infração, tornar tanto a noção de dolo, como a noção de imprudência compatíveis com a natureza imaterial da empresa, e isto por duas razões.

A uma, porque, por conta dessa concepção jurídica, o dolo e a imprudência foram apercebidos como simples “imagens normativas” da “intenção subjetiva” que se pode encontrar no comportamento do agente no momento dos fatos. Por conseguinte, o elemento subjetivo do tipo não era mais um conceito descritivo que invocava concretamente fenômenos reais da psicologia humana, mas ele era um conceito que trabalhava tão somente com a descrição normativa de um percurso intelectual. Por tal motivo, a ausência de certas capacidades psíquicas deixou de ser um impedimento para que a pessoa jurídica pudesse realizar o conceito de dolo e de imprudência em direito penal. Como o elemento subjetivo da infração não era mais um fenômeno real da psicologia humana, mas sim uma simples imagem normativa do comportamento intelectual do agente, ele poderia existir e estar presente no comportamento ilícito perpetrado pela pessoa jurídica.

A duas, porque, em razão dessa concepção jurídica, a sede do elemento subjetivo do tipo não era mais o aparelho psíquico do agente, mas sim o próprio comportamento ilícito perpetrado pelo infrator. Por tal razão, a pessoa jurídica passou a ser capaz de executar o elemento subjetivo da infração, vez que, por intermédio das ações ou omissões de seus órgãos ou representantes, ela poderia realizar um ato ilícito o qual serviria como sede do seu dolo ou da sua imprudência. Dessa forma, a partir do comportamento perpetrado pela empresa, seria possível reconstituir a sua conduta intelectual face à ação ou omissão ilícita realizada por seu órgão ou representante.

Portanto, a concepção jurídica do tipo subjetivo propôs uma intenção desencarnada do aparelho psíquico do infrator, a qual se harmonizava com a natureza igualmente desencarnada da pessoa jurídica. Por tal razão, a mudança da concepção de dolo e de imprudência em direito penal, de um tipo subjetivo psicológico para um tipo subjetivo jurídico, foi a primeira etapa desse esforço de adaptação do direito penal com relação à natureza incorpórea da pessoa jurídica. Essa afirmação é possível porque, graças a esse esforço de adaptação, a natureza imaterial da empresa não seria mais incompatível com a natureza psicológica do dolo e da imprudência em direito penal.

Não obstante, além de um elemento subjetivo do tipo conciliável com a natureza imaterial das corporações, foi necessário estabelecer um critério objetivo por intermédio

do qual se poderia identificar a vontade ilícita da pessoa jurídica por detrás do comportamento do seu representante ou órgão. Por tal razão, uma segunda etapa desse movimento de adaptação foi realizada na França e no Brasil, a fim de tornar o dolo e a imprudência inteiramente compatíveis com a natureza imaterial da corporação.

12. Segunda etapa: consagração de um critério objetivo para identificar a intenção da empresa. Essa segunda etapa desse movimento de adaptação do direito penal vis-à-vis da pessoa jurídica foi marcada pelo estabelecimento, na França e no Brasil, de uma segunda condição para a responsabilidade penal do ente moral: a exigência de que a infração perpetrada materialmente pelo representante ou órgão da empresa seja realizada em nome da corporação.

Na verdade, essa segunda condição de responsabilidade invoca duas noções – a noção de interesse e a noção de proveito – que nos ajudam a identificar a intenção ilícita da empresa por detrás do ato ilegal realizado materialmente por seu órgão ou representante. Por tal razão, ela é um critério objetivo estabelecido pelo legislador franco-brasileiro por intermédio do qual é possível identificar o vínculo intelectual existente entre a pessoa jurídica e a infração por ela perpetrada e, dessa forma, caracterizar tanto o dolo quanto a imprudência junto à corporação criminosa. Assim sendo, o preenchimento dessa segunda condição de responsabilidade permite a ordem jurídica de concluir que o ente moral realizou o ato ilícito não apenas em sua dimensão objetiva, mas igualmente em sua dimensão subjetiva.

Tudo somado, graças a esse movimento de adaptação efetivado em duas etapas, o elemento subjetivo da infração foi finalmente harmonizado com a natureza incorpórea da pessoa jurídica, de sorte que a aparente incapacidade da empresa de realizar o dolo e a imprudência não poderia mais ser invocada como argumento contrário à sua responsabilidade penal. De um lado, a natureza jurídica e não psicológica da intenção em direito penal seria doravante compatível com a natureza desencarnada da empresa. De outro lado, o legislador na França e no Brasil foi vitorioso no estabelecimento de um critério objetivo por intermédio do qual é possível identificar tanto o dolo, quanto a imprudência no comportamento perpetrado pela empresa.

13. Semelhanças e diferenças entre a França e o Brasil. Dessa forma, a exemplo do que ocorreu com relação ao elemento material da infração, foi realizado, na França e no Brasil, um movimento de adaptação do direito penal à pessoa jurídica igualmente no que diz respeito ao elemento subjetivo do tipo. Graças a esse movimento de adaptação, a responsabilidade penal da corporação não é uma responsabilidade objetiva, mas ela é uma responsabilidade subjetiva, a qual se concilia perfeitamente com os princípios fundamentais do direito penal. De toda sorte, esse movimento de adaptação do elemento subjetivo do tipo às peculiaridades da empresa não ocorreu de modo simultâneo nesses dois países.

Em primeiro lugar, porque a substituição de uma concepção psicológica do tipo subjetivo por uma concepção jurídica aconteceu primeiramente na França e em seguida no Brasil. Por conta desse descompasso temporal, a doutrina brasileira, contrariamente à doutrina francesa, ainda é refratária a responsabilidade da empresa, sublinhando para tanto uma suposta incompatibilidade existente entre o elemento subjetivo do tipo e a natureza imaterial da corporação, sem perceber, no entanto, que uma concepção jurídica do dolo e da imprudência é plenamente compatível com as peculiaridades da empresa.

Em segundo lugar, porque essa segunda condição de responsabilidade prevista tanto no artigo 121-2 do Código penal francês, como no artigo 3º da Lei 9.605/98, ainda não adquiriu no Brasil a mesma importância que ela possui atualmente na França. Dessa forma, o direito penal brasileiro ainda não constatou explicitamente nem a relação existente entre essa condição e o elemento subjetivo da infração, nem a utilidade dessa condição como um critério objetivo por intermédio do qual podemos caracterizar tanto o dolo quanto a imprudência junto à pessoa jurídica criminosa. Dessa maneira, conferindo pouca importância a essa segunda condição de responsabilidade, o direito brasileiro parece estar mais longe do que o direito francês no que diz respeito à descoberta da utilidade que essa condição possui no bojo do movimento de adaptação do direito penal vis-à-vis da empresa com relação ao elemento subjetivo do tipo.

De qualquer forma, apesar de tais diferenças, graças a esse movimento de adaptação, o direito penal franco-brasileiro pôde, enfim, apreender a subjetividade criminosa da pessoa jurídica. Por tal razão, a responsabilidade penal da empresa é uma responsabilidade subjetiva, a qual respeita os princípios fundamentais do direito penal tanto na França, como no Brasil.

14. Um duplo movimento de adaptação. Tudo somado, pôde-se concluir que nesses dois países alguns conceitos do direito penal foram adaptados à natureza incorpórea da empresa, a fim de tornar possível a realização de um ato ilícito por parte desse novo ator penal.

Graças à primeira condição de responsabilidade prevista no artigo 121-2 do Código penal francês e no artigo 3º da Lei 9.605/98, o elemento material da infração passou a ser compatível com as peculiaridades da empresa, de sorte que doravante uma pessoa jurídica pode realizar uma ação ou omissão ilícita em direito penal. Em seguida, por causa da segunda condição de responsabilidade disposta no artigo 121-2 do Código penal francês e no artigo 3º da Lei 9.605/98, o elemento subjetivo da infração também passou a ser conciliável com a natureza incorpórea da pessoa jurídica, de maneira que, de agora em diante, o ente moral pode realizar tanto uma falta intencional, quanto uma falta não intencional em direito penal.

Em razão desse duplo movimento de adaptação, a responsabilidade da pessoa jurídica é atualmente na França e no Brasil uma responsabilidade penal direta e subjetiva, a qual respeita os princípios fundamentais dessa seara do direito. Dessa forma, observando os limites do antropomorfismo, esses dois ordenamentos jurídicos conseguiram conciliar a teoria da infração à empresa. Na verdade, por intermédio de um movimento de adaptação e não de criação, os conceitos do direito penal concebidos para a pessoa física foram finalmente harmonizados com as especificidades da pessoa jurídica. Assim sendo, por intermédio da primeira e da segunda condição de responsabilidade prevista no artigo 121-2 do Código penal francês e no artigo 3º da Lei 9.605/98, o elemento material e o elemento subjetivo da infração foram justapostos à corporação, de modo que uma empresa é hoje capaz de realizar não apenas uma ação ou uma omissão ilícita, mas igualmente uma falta intencional ou não intencional em direito penal franco-brasileiro. De qualquer forma, uma questão restava ainda por resolver: a incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza incorpórea da pessoa jurídica.

15. Terceiro título: a culpabilidade e a pessoa jurídica. A introdução da responsabilidade penal da empresa em direito positivo é, sem dúvida, a maior inovação ocorrida nas últimas décadas no direito penal, pois passamos a ter uma nova categoria de infrator.

Por ser um novo delinquente, a pessoa jurídica demanda a criação de um novo direito penal próprio a ela e diferente do direito penal concebido para a pessoa física. Na verdade, se com relação a alguns conceitos a harmonização entre o direito penal e a corporação ocorreu por intermédio de um movimento de adaptação, com relação à noção de culpabilidade essa harmonização parece ter ocorrido por intermédio de um movimento de criação. Ou seja, no lugar de adaptar a noção de culpabilidade já existente à natureza incorpórea do ente moral, o ordenamento jurídico na França e no Brasil acabou por criar uma nova noção de culpabilidade própria à empresa, a qual se distingue da noção de culpabilidade existente para a pessoa física. Quando se analisa os contornos da noção de culpabilidade, assim como o grau de incompatibilidade existente entre ela e a natureza desencarnada da pessoa jurídica, pode-se compreender porque com relação ao tema ocorreu não uma adaptação do direito penal à empresa, mas sim a criação de um novo direito penal exclusivo à corporação.

16. *Um movimento de criação e não de adaptação.* Entre todos os conceitos existentes no direito penal, talvez o mais humano e subjetivo dentre eles seja o conceito de culpabilidade. Essa afirmação é possível porque, diferentemente de outros conceitos, o suporte teórico e empírico da noção de culpabilidade é o infrator e não o ato lícito realizado por ele. Dessa forma, esse conceito foi especialmente concebido a partir de certas características exclusivas dos seres humanos, possuindo um conteúdo e uma estrutura que trabalham com determinadas aptidões individuais que somente podem existir no seio de um infrator pessoa física. Por tal razão, a natureza incorpórea do ente moral parecia ser ainda mais incompatível com o conceito de culpabilidade do que com outros conceitos existentes no direito penal. Tendo em vista o fato de que essa noção é talvez a noção mais humana e subjetiva existente nesse ramo do ordenamento jurídico, parecia óbvio concluir que, diferentemente de outras noções, a de culpabilidade não poderia ser adaptada à natureza incorpórea do ente moral.

Nesse contexto, por conta do irreduzível antagonismo existente entre a noção de culpabilidade e a natureza imaterial da pessoa jurídica, a harmonização entre o direito penal e a empresa no que tange o tema foi realizada não por intermédio de um movimento de adaptação, como ocorreu com outros conceitos, mas sim por intermédio de um movimento de criação. Diante da impossibilidade de se adaptar o direito penal vis-

à-vis do agrupamento, foi necessário criar um novo direito penal específico à pessoa jurídica, a fim de vencer a incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza da empresa e, dessa forma, permitir uma responsabilidade da pessoa jurídica que fosse compatível com o princípio da culpabilidade em direito penal. No âmbito desse movimento de criação, na França e no Brasil, três proposições foram realizadas para solucionar o problema de tal incompatibilidade.

17. Primeira proposição: um novo conceito de periculosidade. Em primeiro lugar, para uma parte da doutrina, nós deveríamos fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica não na noção de culpabilidade, mas sim em uma nova noção de periculosidade, concebida exclusivamente para a empresa. No que tange essa nova noção de periculosidade, duas propostas foram feitas. De um lado, fundamentar essa noção na ideia de um defeito organizacional existente na estrutura de funcionamento da empresa. De outro lado, criar uma noção objetiva de periculosidade compatível com a natureza desencarnada da corporação. De qualquer forma, em ambos os casos, no bojo dessa primeira proposição, a resposta penal ao ato ilícito da pessoa jurídica não seria uma pena, mas sim uma medida de segurança, ou seja, uma resposta penal que se harmonizaria de maneira mais adequada com a natureza incorpórea do ente moral.

18. Segunda proposição: um conceito de culpabilidade baseado na capacidade e na liberdade de organização existentes na pessoa jurídica. Em segundo lugar, para outra parte da doutrina, deveria ser criado uma nova noção de culpabilidade própria à pessoa jurídica. Essa noção teria por fundamento não mais certas aptidões pessoais existentes apenas na pessoa física, mas ela teria por fundamento as ideias de uma capacidade de organização e de uma liberdade de organização existentes no ente moral. No bojo dessa segunda proposição, nós encontramos não apenas novas condições de imputação exclusivas à corporação (complexidade da organização da empresa e existência de um defeito na estrutura de funcionamento do ente moral), mas igualmente uma causa excludente de culpabilidade própria à pessoa jurídica (presença de um programa de *compliance* no âmbito da empresa).

19. Terceira proposição: um conceito pragmático de culpabilidade. Em terceiro lugar, para alguns autores, a fim de solucionar o problema da incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade em direito penal e a natureza desencarnada da empresa, deveria ser criado um conceito pragmático de culpabilidade, exclusivo à pessoa jurídica. De acordo com esse conceito, a noção de culpabilidade não seria baseada em certas aptidões pessoais que o infrator deveria possuir para ser responsabilizado perante o direito penal, mas ela deveria ser baseada na constatação de um dado objetivo vis-à-vis do ente moral: a perpetração de um ato ilícito por um órgão ou representante da empresa, em seu benefício ou proveito. Na verdade, em razão da natureza incorpórea da pessoa jurídica, a constatação desse fato objetivo já seria suficiente para que o ordenamento jurídico pudesse emitir um juízo de reprovação em desfavor da empresa e, assim, impor uma pena a ela.

20. França e Brasil: consagração de uma noção pragmática de culpabilidade. Por intermédio de uma análise da jurisprudência franco-brasileira existente com relação ao tema, pôde-se concluir que, ao menos no que diz respeito à aplicação dessa responsabilidade pelos tribunais, tanto o ordenamento jurídico francês, quanto o ordenamento jurídico brasileiro escolheram a terceira proposição como resposta ao problema da incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza incorpórea da empresa. Essa afirmação é possível porque um exame das decisões prolatadas pela Corte de cassação francesa, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, permite deduzir que a jurisprudência franco-brasileira realiza um juízo pragmático de reprovação em desfavor da pessoa jurídica criminoso. De acordo com esse juízo pragmático de reprovação, a perpetração de um ato ilícito por um órgão ou representante da empresa, em seu benefício ou proveito, já é suficiente para que o direito penal possa emitir um juízo de reprovação ao encontro do agrupamento criminoso, impondo a este a execução de uma pena.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre com relação à pessoa física, o juízo de reprovação emitido em desfavor da pessoa jurídica não está centrado na existência de certas aptidões pessoais que tornam o infrator reprovável, mas ele está centrado na constatação de um dado objetivo: a perpetração de uma infração por um órgão ou representante da empresa em seu benefício ou proveito. Na realidade, esse dado

objetivo já é suficiente para que o direito penal possa emitir um juízo de reprovação em desfavor da pessoa jurídica criminosa, impondo a ela a execução de uma pena.

Assim sendo, por intermédio da jurisprudência da Corte de cassação francesa, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pôde-se concluir que tanto o direito penal francês, como o direito penal brasileiro acabaram por optar pela terceira das proposições acima descritas como solução ao problema da incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza incorpórea da empresa. Ou seja, nesses dois ordenamentos jurídicos, foi consagrada uma nova noção pragmática de culpabilidade, a qual foi concebida exclusivamente para a pessoa jurídica.

21. Razão de tal semelhança. Quer nos parecer que, no que tange a matéria, tal semelhança entre o direito penal francês e o direito penal brasileiro existe porque essa terceira proposição se afigura mais compatível do que as outras com relação à redação dos artigos que instauraram a responsabilidade penal da pessoa jurídica na França e no Brasil. Dessa forma, para não se afastarem do texto legal do artigo 121-2 do Código penal francês e do artigo 3º da Lei 9.605/98, os tribunais franceses e brasileiros acabaram optando por aplicar uma noção pragmática de culpabilidade vis-à-vis da pessoa jurídica criminosa, a qual se harmoniza melhor com a letra da lei existente nesses dois países com relação ao tema.

22. Uma noção pragmática, mas compatível com o princípio da culpabilidade. De toda forma, a consagração dessa noção pragmática de culpabilidade, a qual é exclusiva à pessoa jurídica, não teve por consequência o menoscabo do princípio da culpabilidade na França e no Brasil.

Em primeiro lugar, porque no bojo dessa noção pragmática de culpabilidade a empresa é reprovada por conta da perpetração de um ato ilícito que é produto tanto de uma conduta (1ª condição de responsabilidade), quanto de uma intenção da própria corporação (2ª condição de responsabilidade). Dessa forma, tendo em vista a relação de identificação existente entre o representante, o órgão e a corporação, deve-se concluir que no bojo desse novo conceito de culpabilidade a pessoa jurídica é reprovada em razão da sua própria falta penal e não em razão da falta penal de outrem.

Em segundo lugar, porque, apesar de algumas disparidades teóricas pertinentes à matéria, nada impede que no bojo desse novo conceito pragmático de culpabilidade a pessoa jurídica possa invocar a seu favor uma causa exculpante já existente no direito penal. Dessa forma, esse novo conceito pragmático de culpabilidade não menospreza as causas subjetivas de irresponsabilidades previstas tanto no Código penal francês, quanto no Código penal brasileiro.

Por tais razões, quer nos parecer que, a despeito do seu pragmatismo teórico, essa terceira proposição apresentada como solução ao problema da incompatibilidade existente entre a noção de culpabilidade e a natureza incorpórea da empresa é compatível com o princípio da culpabilidade tanto no que tange o ordenamento jurídico francês, como no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro.

23. A inexistência de argumentos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Além disso, uma vez realizado tal movimento de criação com relação à noção de culpabilidade, nem o princípio de personalidade das penas, nem as finalidades dessa resposta penal, nem a impossibilidade de se aplicar certas penas com relação à pessoa jurídica poderiam ser obstáculos intransponíveis à responsabilidade penal da corporação.

24. Uma harmonização feita por intermédio de uma dialética dupla de adaptação e de criação. Tudo somado, pôde-se então concluir que, por intermédio de uma dialética dupla de adaptação e de criação, o direito penal foi finalmente harmonizado à natureza incorpórea da empresa. Dessa forma, após esse processo de conformação, a pessoa jurídica é, atualmente, capaz de realizar um ato ilícito em sua dimensão objetiva e subjetiva. Além disso, ela é igualmente capaz de ser objeto de um juízo de reprovação emitido em seu desfavor pelo ordenamento jurídico, e isto tanto no que diz respeito ao direito francês, quanto no que tange o direito brasileiro.

A constatação dessa dialética dupla de adaptação e de criação nos levou por sua vez ao estudo do campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França e no Brasil. Na verdade, tal estudo demonstrou que o raciocínio utilizado ao longo do vertente trabalho tinha a sua razão de ser, especialmente no que tange a existência dessa dialética dupla de adaptação e de criação.

25. Quarto título: o campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O estudo do campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto franco brasileiro foi dividido em duas partes. Na primeira parte, foi analisado o grupo de pessoas jurídicas atingidas por essa nova responsabilidade. Na segunda parte, foi examinado o grupo infrações pelas quais uma pessoa jurídica pode ser penalmente condenada na França e no Brasil.

26. O campo de aplicação no que tange as pessoas jurídicas. Com relação ao grupo de pessoas jurídicas que podem ser penalmente responsabilizadas, percebeu-se que, nesses dois ordenamentos jurídicos, há certa propensão no sentido de se realizar uma discriminação entre as pessoas morais de direito público e as pessoas morais de direito privado. Dessa forma, enquanto que as primeiras gozariam de certa imunidade penal, as demais seriam plenamente responsáveis por todos os atos ilícitos realizados por seus representantes ou órgãos. Assim sendo, haveria uma desigualdade no campo de aplicação dessa responsabilidade, em especial no que tange às pessoas jurídicas por ele atingidas, pois nem todos os entes morais receberam do direito penal franco-brasileiro o mesmo tratamento jurídico.

27. O campo de aplicação no que tange as infrações. Com relação ao grupo de infrações pelas quais uma pessoa jurídica pode ser penalmente condenada, percebeu-se igualmente algumas semelhanças entre o direito penal francês e o direito penal brasileiro. De fato, nesses dois ordenamentos jurídicos o legislador, sobretudo nos anos que seguiram à instauração da responsabilidade penal da empresa, instituiu um princípio de especialidade, o qual limitava o grupo de infrações pelas quais uma pessoa jurídica poderia ser penalmente responsabilizada na França e no Brasil. Dessa forma, um ente moral não poderia ser condenado por todo e qualquer tipo de crime existente no ordenamento jurídico franco-brasileiro, mas tão somente por um rol específico de ilícitos, o qual seria determinado pelo legislador nesses dois países.

De toda sorte, constatou-se igualmente que tanto na França quanto no Brasil existe uma tendência a se expandir o grupo de infrações pelas quais uma pessoa jurídica pode ser penalmente responsabilizada. De um lado, essa tendência levou ao abandono do princípio de especialidade no ordenamento jurídico francês, o qual ocorreu no ano de

2005. De outro lado, ela está presente no projeto do novo Código penal brasileiro, o qual prevê a expansão do grupo de infrações pelas quais uma empresa pode ser condenada.

28. O campo de aplicação e a confirmação de uma dialética dupla. De qualquer forma, a análise do campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França e no Brasil permitiu a confirmação do raciocínio levado a efeito ao longo deste estudo, em especial no que diz respeito à utilização de uma dialética dupla de adaptação e de criação no que tange o movimento de harmonização realizado entre o direito penal e a empresa.

De um lado, a existência transitória de um princípio de especialidade demonstra que esse princípio é empregado pelo legislador nos anos que subseguem a instauração da responsabilidade penal da empresa justamente no intuito de se permitir uma adaptação do direito penal às particularidades da corporação. Na verdade, durante o tempo necessário para que o direito penal possa se justapor à empresa, limita-se o campo de aplicação dessa responsabilidade, a fim de que essa justaposição possa ser realizada primeiramente em um “tubo de ensaio” e, somente depois disso, ela possa ser expandida para as demais fronteiras da matéria criminal. Assim sendo, a existência transitória de um princípio da especialidade na França e no Brasil confirma o movimento de adaptação do direito penal com relação à empresa.

De outro lado, as discriminações presentes no que tange o grupo de pessoas jurídicas atingidas por essa responsabilidade demonstram que ela é resultado de um novo direito penal, no seio do qual encontramos algumas imunidades que não possuem correspondência com as imunidades já existentes no seio do direito penal “tradicional”. Portanto, o estudo do grupo de pessoas jurídicas atingidas por essa responsabilidade corrobora o movimento de criação de um novo direito penal para a empresa.

Por tais razões, na França e no Brasil, a análise do campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica serviu para comprovar o fato de que graças a um movimento de adaptação e de criação o direito penal pôde se harmonizar às peculiaridades da empresa. Por conta desse processo de harmonização, nesses dois ordenamentos jurídicos, um ente moral pode atualmente não apenas realizar um ato ilícito em sua dimensão objetiva e subjetiva, mas ele pode igualmente ser objeto de um juízo de reprovação realizado pelo direito penal em seu desfavor.



THÈSE

Envue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques

Présentée et soutenue par

Tracy Joseph REINALDET DOS SANTOS

Le 28 septembre 2017

**La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales :
étude comparée franco-brésilienne**

Discipline : Droit

Spécialité : Droit Privé et Sciences Criminelles

Unité de recherche : IRDEIC (EA 4211)

Directeurs de thèse M. Bertrand DE LAMY, Professeur à l'Université de Toulouse.
M. Paulo César BUSATO, Professeur à l'Université Fédérale du Paraná.

JURY

Rapporteurs Mme. Raphaële PARIZOT, Professeur à l'Université Paris Nanterre.
M. Jean-Christophe SAINT-PAU, Professeur à l'Université de Bordeaux,
Doyen de la faculté de droit.

Suffragants Mme. Angela COSTALDELLO, Professeur à l'Université Fédérale du Paraná.
Mme. Katie ARGUELLO, Professeur à l'Université Fédérale du Paraná.
M. Marc SEGONDS, Professeur à l'Université de Toulouse.
M. Antoine BOTTON, Professeur à l'Université de Toulouse.

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières de l'auteur. »*

À mes grands-parents José et Alba.

REMERCIEMENTS

Je remercie M. le Professeur Bertrand de Lamy et M. le Professeur Paulo César Busato pour le soin apporté à la direction de mes recherches et surtout pour leurs conseils non seulement concernant le droit pénal, mais également en ce qui concerne d'autres choses plus importantes que le droit pénal.

Je remercie ma famille, laquelle n'a jamais compté ses efforts pour que je puisse étudier. C'est avec elle que j'ai compris l'importance que les études peuvent avoir dans notre vie et qu'une existence sans connaissance, c'est une existence dans le noir.

Je remercie Romain Geniez, Paul Cazalbou et surtout Anaïs Chéry pour leur aide dans la correction du français. Pour un brésilien, le français n'est pas évident, mais il devient saisissable dès lors qu'on a de bons amis.

Je remercie mes chers amis Ricardo Almeida, Renato Agottani, Ana Lis Jurgensen, Arthur Dembiski, Leticia Cerqueira, Michel Oleynik, Bérenger Zuccon, Jonas Nefzi, Romain Geniez, Anaïs Chéry, Laura Costes, Guillaume Léguevaques, Adrien Léguevaques, Stanislas Barry et Alice Mornet pour leur soutien dans les instants de difficultés et pour leur présence dans les moments de bonheur.

Je remercie mes associés au cabinet, Adriano Bretas et Andre Pontarolli, pour leur compréhension dans les moments durant lesquels je n'étais pas là.

Je remercie enfin Paula Feliz, elle sait pourquoi.

SOMMAIRE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

<i>Introduction Générale</i>	8
<u>PARTIE I. L'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales</u>	43
TITRE I. Une responsabilité personnelle : le fait de l'organe ou d'un représentant comme le fait de la personne morale	45
<u>Chapitre I. La première condition de la responsabilité pénale des personnes morales</u>	48
<u>Chapitre II. L'élément matériel de l'infraction adapté aux personnes morales</u>	96
TITRE II. Une responsabilité subjective : une infraction commise pour le compte de la personne morale	141
<u>Chapitre I. Une infraction commise pour le compte : une condition à préciser</u>	143
<u>Chapitre II. Une infraction commise pour le compte : une condition utile</u>	233
<u>PARTIE II. La création du droit pénal à l'égard des personnes morales</u>	305
TITRE I. Une notion d'imputabilité propre aux personnes morales	308
<u>Chapitre I. À défaut d'imputabilité : de nouvelles notions de dangerosité</u>	310
<u>Chapitre II. À défaut d'imputabilité : de nouvelles notions d'imputabilité</u>	370
TITRE II. Le champ d'application de la responsabilité des personnes morales	432
<u>Chapitre I. Le champ d'application en ce qui concerne les personnes morales</u>	433
<u>Chapitre II. Le champ d'application en ce qui concerne les infractions</u>	474
<i>Conclusion générale</i>	501
<i>Bibliographie</i>	509

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ	Actualité jurisprudentielle
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique Pénal
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. ass. plén.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
Bull. ch. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre mixte)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Ch. comm.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Ch. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice de l'union européenne
Conseil Const.	Conseil constitutionnel
Cour de cass.	Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Dr. Pénal	Revue droit pénal
Gaz. Pal.	Gazette du palais
JCP	Juris-Classeur périodique
JO	Journal officiel
JO, NA.	Journal Officiel (Assemblée nationale)
JO, Sén.	Journal Officiel (Sénat)
<i>In</i>	Dans l'ouvrage de
<i>Infra</i>	Au-dessous
LPA	Les petites affichages
N ^o	Numéro
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
RDP	Revue de droit public
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de sciences criminelles
S.	Suivants
<i>Supra</i>	Au-dessus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance

TJ
TRF-2
TRF-3
TRF-4

Tribunal de Justiça
Tribunal Regional Federal da Segunda Região
Tribunal Regional Federal da Terceira Região
Tribunal Regional Federal da Quarta Região

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Introduction générale

1. Un droit pénal crée pour les personnes physiques. Même si une personne morale ne peut pas tenir une arme, personne ne doute aujourd'hui du fait qu'elle puisse donner la mort. Cette simple assertion illustre clairement la controverse autour de la responsabilité pénale des groupements¹. En effet, indépendamment de l'ancienneté du thème, depuis toujours le droit pénal ne s'est pas montré très compatible avec l'idée d'un délinquant sans chair ni sang². C'est pourquoi les théories et les concepts du droit pénal moderne³ se sont développés pour et autour d'une seule personne : l'être humain⁴.

En réalité, pour la plupart des pénalistes du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècles⁵, les concepts d'éléments matériel et subjectif de l'infraction⁶ et celui d'imputabilité étaient incompatibles avec les êtres collectifs⁷. Le droit pénal, en ayant comme unique référence la

¹ J. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris : L'Harmattan, 2003, p. 19. Dans le cadre de notre travail, on va utiliser les termes « personne morale », « groupement », « être collectif », « corporations » et « entreprise » comme des synonymes pour désigner une entité formellement dotée d'une personnalité juridique au sein du droit franco-brésilien.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 711.

³ Le droit pénal moderne est né dans la période après la Révolution Française (M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI, *Le droit pénal au prisme de la postmodernité : évolutions et ruptures*, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010), on lui doit la paternité, selon les propos de MERLE, de la « source classique » du droit pénal, laquelle est issue des œuvres de « Montesquieu, de Rousseau, de l'Italien Beccaria, de l'anglais Bentham et de l'allemand Feurbach. Cependant, c'est le jeune marquis Cesare de Beccaria qui lui a donné son expression la plus retentissante dans son célèbre *Traité des délits et des peines* de 1764. Ce petit livre, rapidement colporté dans toute l'Europe, est en effet devenu le symbole de la grande révolution pénale dont la Révolution de 1789 allait permettre, quelques années plus tard la réalisation. » R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome I, Paris : Ed. Cujas, 1997, p. 109. Il s'agit d'un droit pénal individualiste, qui a dans l'être humain son seul destinataire, en oubliant complètement la personne morale : « depuis la Révolution, les sociétés européennes s'étaient accordées pour considérer que le droit pénal ne pouvait s'appliquer qu'à des êtres humains, vivants, capables de discernement et dont l'intelligence et la volonté n'avaient souffert aucune atteinte » A. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 16.

⁴ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, 1899, p. 32. Dans le même sens, J. TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français*, in *RSC*, 2012, p. 19.

⁵ Par exemple, GARRAUD pointait, que « les personnes morales, qui ne sauraient être reconnues pénalement responsables, peuvent l'être au contraire, civilement, même par les tribunaux de répression, à raison des infractions commises par leurs agents (...) Pendant longtemps, on a admis, comme un axiome, la responsabilité pénale collective des corporations. Cette idée est repoussée par le droit positif moderne. Les personnes morales sont bien moins des personnes que des moyens ou instruments dont se servent les personnes véritables (...) la responsabilité pénale et collective de l'être moral est une fiction ; ce qui est vrai c'est la responsabilité individuelle de chacun de ses membres. » R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris : Librairie de la société du recueil J. B. Sirey & du journal du palais, 1909, p. 62-63.

⁶ L'incapacité d'action de la personne morale a été parfaitement exprimée dans la célèbre exclamation de M. JÈZE : « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale ! », voir G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris : Dalloz, 2011.

⁷ « Les arguments n'ont pas manqué pour résister à la responsabilité des personnes morales. On a d'abord fait valoir que la tradition a toujours reposé sur l'idée que les infractions pénales ne pouvaient être commises que par des personnes physiques, parce qu'elles supposent l'imputabilité, c'est-à-dire l'intervention d'une volonté, faite de conscience et d'intelligence, ce que n'auraient pas les personnes morales. » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 2010, p. 358-359.

Introduction générale

personne physique⁸, comprenait alors une théorie de l'infraction et une théorie de la responsabilité qui exigeaient de l'infracteur certaines aptitudes personnelles en principe inexistantes chez la personne morale. On se demandait comment un groupement sans capacité d'action et sans volonté autonome, pourrait remplir les éléments matériel et subjectif de l'infraction ? En outre, on se demandait également comment une personne morale en dépit d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre, pourrait accomplir l'exigence d'imputabilité ? La réponse à ces interrogations ne semblait être que négative, de sorte que dans cette période il était logique d'exclure le groupement du champ d'application du droit pénal. En ne possédant pas certaines aptitudes personnelles, les êtres collectifs n'auraient pas une nature conciliable avec les théories et les concepts du droit pénal, raison pour laquelle cette matière devrait s'appliquer uniquement aux êtres humains⁹.

Le droit pénal possédait, alors, des contours bien précis. Il avait une seule destinataire : la personne physique¹⁰. Il avait un champ d'application bien déterminé : les infractions dites naturelles¹¹. Certes, les débats doctrinaux et les incertitudes jurisprudentielles demeuraient, mais ils ne contestaient pas la base, les principes fondamentaux du droit pénal de cette époque. C'était alors avec un succès variable que la théorie de l'infraction et la théorie de la responsabilité semblaient répondre aux besoins des pénalistes et le principe *societas delinquere non potest* était la règle durant le XIX^{ème} et début du XX^{ème} siècles.

Toutefois, certains événements sociaux ont invité le droit pénal à une évolution et à une relecture de certaines données théoriques considérées comme acquises¹². Après la révolution

⁸ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Curitiba : Juruá, 2012, p. 29.

⁹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 712.

¹⁰ « L'être humain est le début et la fin du Droit pénal » R. DOTI, *Curso de Direito Penal – parte geral*, Rio de Janeiro : Forense, 2004.

¹¹ L'italien GAROFALO a été le premier à faire une distinction juridique entre les infractions naturelles et les infractions artificielles (R. GAROFALO, *La criminologie*, Paris : F. Alcan, 1890, p. 38). Il distinguait les infractions indispensables « pour l'adaptation de l'individu à la société. C'est là ce que l'on peut appeler crime ou délit naturel ». De même, il identifiait les infractions techniques, lesquelles pourraient être qualifiées d'infractions artificielles. Ainsi, « le droit pénal naturel regrouperait donc l'ensemble des comportements qui font l'objet d'une réprobation générale et permanente (...) qui sanctionne les atteintes portées aux normes les plus fondamentales dans la cité. À l'inverse, le droit pénal artificiel correspondrait à des infractions contingentes : la sanction de ces comportements ne s'imposerait pas, par elle-même, mais parce qu'elle apparaît utile à la défense d'un ordre juridique précis à un moment donné. » E. DREYER, *op. cit.*, p. 112-113.

¹² « La responsabilité pénale constitue l'expression d'une forme de réaction organisée par la société en réponse à certains événements qui troublent son ordonnancement (...) il n'est évidemment guère surprenant que cette réaction ait connu une évolution parallèle à celle des sociétés dans lesquelles elle est susceptible de se produire » J.-H. SYR, *La responsabilité pénale : essai d'approche sociologique*, in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Marseille : Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007, p. 489-490. Dans le même sens, ORTOLAN précisait que « toute révolution sociale a son influence sur le droit privé ; toute révolution politique sur le droit pénal ; à plus forte raison celles qui sont à la fois sociales et politiques » J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris : Plon, 1859, p. 68.

industrielle¹³, les deux grandes guerres¹⁴, la création de l'Union Européenne¹⁵, la Révolution des communications¹⁶ et la mondialisation¹⁷, le droit pénal ne semblait plus en mesure de répondre aux problèmes sociaux de la même façon qu'au XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècles. La société avait évolué, le droit pénal devait donc évoluer parallèlement¹⁸.

Dans ce contexte, en raison de ces événements sociaux, plusieurs transformations ont eu lieu au sein du droit pénal : l'introduction de la responsabilité pénale du chef d'entreprise ; l'expansion du droit pénal des affaires et avec elle l'expansion du groupe des infractions le plus techniques ; la construction d'une justice pénale internationale ; l'expansion d'une criminalité organisée transfrontière ; « le poids grandissant des victimes dans le processus de pénalisation et de réparation »¹⁹ ; et, ce sur quoi il s'agira de s'attarder, le rétablissement de la responsabilité pénale des personnes morales. Ces transformations, loin de s'être uniquement manifestées dans un seul pays, ont eu lieu dans plusieurs, dont la France et le Brésil.

¹³ « Après la révolution industrielle, qui a eu lieu surtout en Angleterre, les relations sociales ont beaucoup changé (...) et avec elles le droit (...) l'on va avoir après la révolution industrielle le début d'une importante délinquance dans l'entreprise – laquelle va exiger des changements en droit pénal » S. SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 22.

¹⁴ Il est important de souligner que le Tribunal de Nuremberg, créé à partir du traité de Londres, a appliqué des sanctions pénales à l'encontre des personnes morales qui ont collaboré avec l'État allemand pendant la seconde guerre mondiale. La responsabilité pénale des personnes morales était prévue dans les articles 9 et 10 du traité qui a créé le Tribunal de Nuremberg. Dans ce sens, voir M. BARBERO SANTOS, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano : Giuffrè, 1981, p. 451-452.

¹⁵ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a pris une recommandation qui incitait les pays européens à introduire la responsabilité pénale des personnes morales dans leur législation. Il s'agissait de la Recommandation n° R (88) 18, concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités. Par ailleurs, certains auteurs ont fait remarquer que « le droit pénal concerne directement le domaine de la souveraineté, frappé de plein fouet par les mutations qui abolissent les frontières. En effet, la montée du droit pénal européen et l'apparition de juridictions internationales, les multiples dispositifs systèmes d'échange et de coopération entre les États, la perméabilité des normes et des systèmes judiciaires, marquent des évolutions radicales dans l'exercice de la souveraineté ». M. MASSÉ, J.P. JEAN et A. GIUDICELLI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ « Les paramètres de communication ayant connu des changements radicaux avec la technologie Internet, les frontières entre pays ont été repoussées et cela suscite aussi de nombreuses interrogations sur l'évolution du concept de personnalité morale (...) l'influence des législations étrangères et l'influence de la virtualisation des rapports entre les individus, se refléteront tôt ou tard sur nos concepts les plus fondamentaux » C.-M. BENARD, *Les limites de la personnalité morale en droit privé*, thèse Toulouse, 2003, p. 29.

¹⁷ « Ainsi, Françoise Tulkens, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, évoquant le développement du droit pénal européen et l'internationalisation de la réaction sociale à la déviance, fait l'hypothèse pour le champ pénal 'd'une rupture épistémologique qui est peut-être aussi importante que celle qui est intervenue à la fin du XVIII^{ème} siècle et qui a donné naissance à ce que l'on a appelé l'avènement du droit pénal moderne' ». Y. CARTUYVELS, *Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » : évolutions et transformations*, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010, p. 23.

¹⁸ P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, in *RSC*, 1954, p. 572.

¹⁹ M. MASSÉ, J.P. JEAN et A. GIUDICELLI, *op. cit.*, p. 26.

Introduction générale

En France, l'évolution la plus fondamentale du Code pénal de 1994²⁰ a été l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales au sein de l'article 121-2 du Code pénal, selon lequel « les personnes morales (...) sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Au Brésil, en suivant l'exemple français, le législateur a adopté en 1998 la loi 9.605/98, laquelle prévoit également la possibilité de rendre une personne morale pénalement coupable de certaines infractions. Selon l'article 3 de la loi 9.605/98, « les personnes morales sont responsables (...) pénalement pour les infractions accomplies dans leur intérêt ou à son profit à partir d'une décision de son représentant légal ou statutaire ou de son organe collectif »²¹. Ainsi, l'évolution sociale qui a eu lieu en France et au Brésil a poussé plusieurs transformations au sein du droit pénal, parmi lesquelles le rétablissement de la responsabilité pénale des personnes morales au sein de l'ordre juridique franco-brésilien.

2. Problématique. De ce fait, dans ces deux pays, alors que l'être moral demeurerait incapable de tenir physiquement une arme, il pouvait désormais donner la mort à autrui²², et c'était ce paradoxe qui a bouleversé les théories de l'infraction et de la responsabilité en droit pénal franco-brésilien²³. Comment pourrait-on appliquer des théories et concepts conçus pour les personnes physiques à des êtres qui ne sont pas humains ? De quelle manière un groupement pourrait-il accomplir non seulement les éléments matériel et subjectif de l'infraction, mais également l'exigence d'imputabilité ? Un droit pénal créé à partir de et pour l'être humain s'harmoniserait-il avec la responsabilité des personnes morales notamment en ce qui concerne ces principes fondamentaux ?²⁴

²⁰ « La responsabilité pénale des personnes morales apparaît comme la réforme majeure du nouveau Code pénal » M.-E. CARTIER, La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution, in *Revue de la Semaine Juridique*, ed. Entreprise, n° 50, suppl. n° 5, 1994.

²¹ Par ailleurs, il faut dire que le projet du nouveau Code pénal brésilien (PLS n° 236/2012) prévoit lui-aussi dans son article 41 la responsabilité pénale des personnes morales.

²² Au Brésil, en raison du principe de spécialité, la responsabilité pénale des personnes morales est restreinte aux infractions contre l'environnement. De toute façon, la phrase « donner la mort à autrui » est utilisée ici dans le sens de l'accomplissement d'une infraction et non pas dans son sens littéral d'accomplir une atteinte volontaire contre la vie. Par rapport aux raisons pour lesquelles le législateur brésilien a établi la responsabilité pénale des personnes morales notamment en ce qui concerne les infractions contre l'environnement, voir : A. KIST, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Leme : Editora de Direito, 1999, p. 73 et s. Il faut dire, en outre, qu'au Brésil l'environnement a une valeur constitutionnelle, notamment à cause du fait qu'il s'agit d'une valeur collective et non pas uniquement individuelle, c'est pourquoi le législateur brésilien a voulu établir la responsabilité pénale des personnes morales à propos de telles infractions, justement pour protéger encore plus cette valeur collective.

²³ R. LEGROS, L'imputabilité pénale et entreprise économique, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelles : 1969, p. 365.

²⁴ « La configuration de la mise en jeu de la responsabilité des entités collectives illustre les difficultés d'ordre conceptuel, technique et pratique posées à la raison et aux outils du pénal ; autant de difficultés qui interrogent jusqu'à la capacité du

Dans la recherche de réponses à des telles questions, le contexte de création de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil s'est révélé peu éclairant. En réalité, l'instauration de cette responsabilité n'a pas été précédée par une réflexion théorique approfondie²⁵, principalement « parce que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal n'a pas été le résultat de la volonté de la doctrine, mais elle a été le résultat de la volonté pragmatique du législateur »²⁶. Ainsi, si les doutes autour de cette responsabilité existaient déjà en France et au Brésil avant son établissement, ils ont été nourris par des contingences utilitaristes lors de sa conception²⁷.

Dans ces circonstances, même après l'entrée des personnes morales au sein du champ pénal franco-brésilien, leur responsabilité a continué à poser des problèmes à propos de sa compatibilité avec les théories et les concepts du droit pénal. En réalité, on avait du mal à saisir comment on pourrait appliquer un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des êtres humains à ce nouveau délinquant qui n'est pas une personne physique. Dans le cadre de cette dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des groupements, trois grands problèmes ont été soulevés en France et au Brésil comme des obstacles à la responsabilité pénale des êtres collectifs. En premier lieu, l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature immatérielle des personnes morales. En deuxième lieu, l'inconciliabilité entre l'élément subjectif de l'infraction et les particularités des groupements. En troisième lieu, l'antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs. Au fond, ces trois grands problèmes synthétisaient le débat autour de la dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales et ils condensaient toute la controverse autour du thème en France et au Brésil.

droit pénal à saisir cette délinquance à partir du cadre théorique construit sur la personne physique ainsi que l'opportunité de l'en charger » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19.

²⁵ « La nécessité d'introduire en droit français la responsabilité pénale des personnes morales semble s'être imposée avec évidence au législateur, sans qu'une véritable réflexion juridique approfondie n'ait été menée au préalable sur le mécanisme lui-même ni sur ces incidences » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : LexisNexis, 2010, p. 4. « Lors de la réforme de 1994, il ne semble pas que la question du fondement de la responsabilité pénale de la personne morale ait été tranchée. En particulier, la question de la nature de cette responsabilité – responsabilité par représentation ou responsabilité autonome – est restée en suspens, ce qui explique la vigueur des débats actuels autour de cette question » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *La responsabilité pénale des personnes morales : une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente*, in *Droit Pénal*, 2014, étude 5, p. 7.

²⁶ P. GARCÍA CAVERO, *La persona jurídica como sujeto penalmente responsable*, in *Derecho Penal Empresario*, Madrid: B de F, 2010, p. 65.

²⁷ « Au-delà des arguments théoriques, ce sont des raisons d'ordre pratique qui ont conduit à instituer la responsabilité pénale des personnes morales. » D. MAYER, *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin*, in *Prospectives du droit économique*, Paris : Dalloz, 1994, p. 292.

Introduction générale

En raison de cette dissonance, suite à l'entrée des personnes morales au sein du champ pénal, une partie de la doctrine et de la jurisprudence en France et au Brésil a souligné un soi-disant caractère *sui generis* de la responsabilité des groupements, en interprétant cette responsabilité d'une manière singulière²⁸. D'après eux, puisque, d'un côté, la personne morale ne serait jamais capable d'accomplir les éléments matériel et subjectif de l'infraction et que, de l'autre côté, la notion d'imputabilité serait totalement inconciliable avec la nature désincarnée des groupements, la responsabilité pénale des personnes morales aurait deux particularités. Tout d'abord, il s'agirait d'une responsabilité du fait d'autrui, car on imputerait à l'être collectif une action ou une omission illicite qui n'aurait pas été accomplie par la personne morale, elle-même. Ensuite, il s'agirait d'une responsabilité objective, puisque ni les notions de dol ou d'imprudence, ni celle d'imputabilité pourraient être identifiées chez la personne morale.

L'avantage de cette interprétation résidait dans le fait qu'elle contournait quelques questions « irritantes que les juristes se posent depuis de nombreuses années »²⁹. De ce fait, avec elle, on n'avait pas besoin de résoudre les trois grands problèmes qui synthétisaient le débat autour de la dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales. Par ailleurs, avec cette interprétation les juristes n'avaient pas le devoir de refondre le droit pénal en fonction de la responsabilité des groupements. Les théories et les concepts classiques demeuraient valables pour les personnes physiques, tandis que pour les personnes morales ils ne seraient pas applicables de la même manière qu'ils le sont pour les êtres humains³⁰.

Cependant, au fur et à mesure³¹, l'on s'est aperçu que nonobstant ses avantages, cette interprétation avait un grave inconvénient : le manque d'estime de deux principes fondamentaux du droit pénal³². En premier lieu, la déconsidération du principe de personnalité, selon lequel

²⁸ J. DEL SEL, *Societas delinquere, potest o non potest*, in *Derecho Penal Empresario*, Madrid : B de F, 2010, p. 127.

²⁹ M.-E. CARTIER, Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français, in *Les petites affiches*, n° 149, 1993, p. 18.

³⁰ J. FIGUEIREDO DIAS, O Direito penal entre "a sociedade industrial" e a "sociedade do risco", in *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005, p. 144.

³¹ La responsabilité pénale du chef d'entreprise a suivi la même évolution : d'une responsabilité incompatible avec les principes du droit pénal vers une responsabilité harmonisée avec cette branche du droit. Au début, d'aucuns pensaient qu'il s'agissait d'une responsabilité indirecte, du fait d'autrui. Cependant, au fur et à mesure, l'on s'est aperçu qu'il s'agit en réalité d'une responsabilité « par le fait d'autrui » et non pas « du fait d'autrui », « ce qui permet de respecter le principe de responsabilité personnelle ». X. PIN, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2012, p. 7. Dans le même sens, E. DREYER, *op. cit.*, p. 653.

³² « L'introduction en Droit pénal de la personne morale ne signifie pas que ce nouvel acteur pénal ne soit pas soumis aux principes traditionnels du Droit pénal, au contraire. La responsabilité pénale des personnes morales doit respecter les règles du Droit pénal classique, il n'y a pas de raison pour que cette responsabilité ne soit pas soumise aux mêmes principes que la responsabilité des personnes physiques » M. GARCÍA ARÁN, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *El nuevo Código Penal : Presupuestos y Fundamentos*, Granada : AA.VV., 1999, p. 333.

toute responsabilité pénale doit être une responsabilité personnelle³³. En second lieu, le mépris du principe de culpabilité, d'après lequel il n'y a point de responsabilité pénale objective³⁴. C'est pourquoi, dans le but de résoudre ce grave inconvénient, le droit pénal en France et au Brésil a procédé à un processus d'harmonisation au sujet de la responsabilité des groupements. Ce processus d'harmonisation a été réalisé afin de modifier cette manière singulière de concevoir la responsabilité des êtres collectifs et conséquemment en vue de rendre les théories et les concepts du droit pénal pleinement compatibles avec la nature désincarnée des groupements.

Dans le cadre de ce processus d'harmonisation, plusieurs interrogations ont été soulevées en France et au Brésil³⁵. Comment pourrait-on rendre l'élément matériel de l'infraction compatible avec la nature immatérielle des personnes morales ? De quelle manière serait-il possible d'identifier et de caractériser le dol ou l'imprudence chez les êtres collectifs ? La notion d'imputabilité pourrait-elle s'accorder avec les particularités des groupements ?³⁶ La responsabilité des êtres collectifs pourrait-elle être perçue comme une responsabilité personnelle et subjective ? En effet, ces interrogations constituent le frontispice d'une question plus profonde encore, laquelle symbolise parfaitement la problématique de notre étude : de quelle manière a été réalisé le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales ?³⁷ Ce processus d'harmonisation a été exécuté par le biais d'un mouvement d'adaptation

³³ « Ce principe de personnalité irradie tant l'infraction que la peine et signifie que la punition ne doit en principe affecter que l'auteur de l'infraction. Plus précisément, s'agissant de l'infraction, il signifie que tout acte n'entraîne la répression de son auteur que s'il lui est imputable personnellement (...) il n'existe en effet pas de responsabilité pénale du fait d'autrui » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 7. Il est prévu à l'article 121-1 du Code pénal français et à l'article 5, XLV, de la Constitution brésilienne.

³⁴ Selon le principe de culpabilité il n'y a pas d'infraction sans faute. Alors, il est exigé pour la qualification pénale l'existence d'un élément matériel (*actus reus*) et d'un élément subjectif (*mens rea*) manifestés par le délinquant. Par ailleurs, dans un second temps, le principe de culpabilité exige pour que la peine puisse être prononcée à l'encontre du condamné que l'auteur de l'infraction soit doté d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre (conditions d'imputabilité). X. PIN, *Droit pénal général*, p. 21. Ces conditions sont prévues à l'article 121-3 du Code Pénal français et aux articles 18, 21 et 26 du Code pénal brésilien.

³⁵ G. DANNECKER, Reflexions sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in *Revista penal*, n. 7, Emero : Ed. La Ley, 2001, p. 44. « Tellement que la doctrine s'évertue depuis quinze ans à trouver à la responsabilité pénale des personnes morales la juste appellation. Est-elle une responsabilité indirecte ? Par ricochet ? Par représentation ? Ou alors par incarnation ? Apporter une réponse est difficile » L. SAENKO, De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Droit Pénal*, juillet-août, 2009, p. 10.

³⁶ « La responsabilité pénale des personnes morales nous invite à réécrire la théorie de l'infraction et la théorie de la responsabilité pénale classiques. Bien sûr, concernant ce sujet, il y a plusieurs problèmes à résoudre, mais il y en a deux qui sont plus décisifs : celui de la volonté de la personne morale et sa capacité à remplir l'élément subjectif de l'infraction ; et celui de l'imputabilité » P. BUSATO, Vontade Penal da Pessoa Jurídica, in *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 217.

³⁷ « La question du fondement de la responsabilité pénale des personnes morales demeure sans réponse, de même que celle consistant à savoir si une telle responsabilité peut s'harmoniser avec les principes fondamentaux du droit pénal » J. COSTA, A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos, in *Revista Portuguesa de Ciências Penais*, ano 2, fasc. 4, Coimbra : Coimbra Editora, 1992, p. 509.

Introduction générale

des théories et des concepts du droit pénal à l'égard des personnes morales ?³⁸ A-t-il été accompli par le biais d'un mouvement de création d'un nouveau droit pénal spécifique aux groupements, avec ses propres théories et concepts ?³⁹ Ou encore, est-ce que ce processus d'harmonisation a été réalisé à travers une dialectique double⁴⁰ : d'un côté, l'adaptation des théories et des concepts du droit pénal auprès des personnes morales; de l'autre côté, la création d'un nouveau droit pénal propre aux groupements ?⁴¹

Au fond, ces questions sont le fil d'Ariane de notre étude, car il est évident que la responsabilité des personnes morales ne peut pas être interprétée comme une exception aux principes fondamentaux du droit pénal, c'est-à-dire comme une responsabilité du fait d'autrui, laquelle possède un aspect objectif. De ce fait, notre effort doctrinal tend à expliquer comment un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des personnes physiques a pu s'harmoniser en France et au Brésil avec la responsabilité des êtres collectifs, tout en respectant ses principes fondamentaux⁴². Autrement dit, notre objectif est de mettre en lumière le processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal et la responsabilité des groupements, afin d'expliquer de quelle manière ce processus d'harmonisation a pu rendre les théories et les concepts du droit pénal pleinement compatibles avec les particularités des êtres collectifs.

Dans le cadre de cet objectif, l'histoire de la personnalité morale et de la responsabilité pénale des groupements peut éventuellement nous aider à mieux comprendre les interrogations autour de notre problématique. En effet, cette histoire révèle que la responsabilité des personnes morales a presque toujours été présente dans le droit pénal, quoique avec quelques allers et retours⁴³. De plus, elle suggère que la responsabilité pénale des groupements est irréductiblement

³⁸ Adaptation car « l'irruption de la personne morale parmi les sujets pénalement responsables est sans doute de nature à modifier sinon même à bouleverser les analyses traditionnelles de la responsabilité pénale » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 32.

³⁹ « La responsabilité pénale des personnes morales ne demande pas une adaptation de l'action et de l'imputabilité humaines à l'égard des personnes morales. Elle demande plus, elle demande une théorie de l'infraction et une imputabilité propres et exclusives de la personne morale » J. ZULGADÍA ESPINAR, *La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005, p. 445.

⁴⁰ On emploie l'expression « dialectique » pour faire référence à l'idée d'un raisonnement qui possède une certaine structure, sans cependant avoir la prétention de l'employer en tant qu'expression qui fait référence à une technique de raisonnement de la philosophie.

⁴¹ Dans le même sens, J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 89.

⁴² Dans le même sens, G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales, in Mélanges offerts à André Decocq*, Paris : LexisNexis, 2004, p. 543.

⁴³ « Le problème de la responsabilité pénale de la personne morale n'est guère nouveau et, contrairement à la pensée d'une partie de la doctrine, il existe depuis longtemps » A. FRANCO, *Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas*, Rio de Janeiro : Ypiranga, 1930, p. 14. « La responsabilité personnelle de la société, personne morale, a toujours existé mais de manière plus ou moins manifeste selon le contexte juridique » C.-M. BENARD, thèse préc., p. 28. Dans le même sens, A. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux*, p. 19.

entachée de certains caractères depuis son origine : le pragmatisme autour de sa création⁴⁴ ; les controverses relatives à la possibilité ou l'impossibilité de son existence⁴⁵ ; d'interminables discussions théoriques autour de son caractère personnel/impersonnel et subjectif/objectif.

3. Le processus de personnification. En réalité, la personne morale⁴⁶ et la responsabilité qui y est associée ont leur origine dans un processus anthropologique que l'on peut appeler « processus de personnification », par le biais duquel certaines sociétés substantialisaient des concepts et des idées abstraites à l'aune d'une logique anthropomorphique. Ce processus de personnification a été constaté pour la première fois dans les sociétés primitives, telles que les Dogons du Mali⁴⁷. Par ailleurs, il a été aussi constaté dans la mythologie grecque et dans le christianisme. « Le mystère de la Sainte Trinité en est une illustration : Père, Fils et Saint Esprit, trois personnes n'en formant qu'une »⁴⁸. Il s'agit d'un processus à l'aune duquel l'homme attribue à des choses inhumaines, tels que la mer ou le jour, des caractéristiques humaines⁴⁹. Par ailleurs, il s'agit également d'un processus au cours duquel une entité abstraite devient concrète et au cours duquel des entités différentes peuvent être assimilées et représentées par un unique symbole.

Certes, ce processus de personnification est une manifestation fort éloignée « de la personnalité morale telle que nous la concevons » aujourd'hui⁵⁰. Cependant, il témoigne déjà la dialectique qui fut employée dans le cadre de la création du concept de personne morale et de la responsabilité qui y est associée. À tâtons et de façon inconsciente, certaines sociétés primitives

⁴⁴ « La personnalité garde toujours la marque de son origine utilitaire et artificielle ; elle avait été un procédé commode, un moyen ingénieux de simplifier les procédures, et non pas la conséquence reconnue d'un fait naturel ». A. MESTRE, thèse préc., p. 32. Dans le même sens, Mme. C.-M. BENARD : « L'histoire conforte l'idée que sa justification est éminemment pragmatique et que ses contours ont été modelés en fonction des besoins sociaux. La personnalité morale a toujours été un outil » C.-M. BENARD, thèse préc., p. 6.

⁴⁵ « Si l'on examine les différentes lois, on voit que la responsabilité pénale des personnes morales est admise en Droit pénal depuis longtemps, au moins dans quelques pays. Cependant, son admission a toujours provoqué de nombreuses discussions en ce qui concerne sa compatibilité avec les principes du Droit pénal. Par ailleurs, l'histoire de la responsabilité pénale des personnes morales nous montre qu'elle s'est structurée en raison d'arguments d'ordre utilitariste et non pas en raison d'arguments d'ordre théorique » W. ROTHENBURG, *A pessoa jurídica criminosa*, Curitiba : Juruá, 1997, p. 87.

⁴⁶ « De façon minimaliste, la personnalité morale est le principe générateur qui permet d'attribuer la qualité de personne juridique à une entité désincarnée – appelée personne morale -, à l'origine de laquelle se trouve une personne (physique ou morale), un groupe de personnes ou un groupe de biens » C.-M. BENARD, thèse préc., p. 1.

⁴⁷ M. GRIAULE, *Masques dogons*, Paris : Institut d'ethnologie, 1938.

⁴⁸ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 6.

⁴⁹ « Des aïeux aussi anciens que leur oubli avaient inventé des dieux aux formes humains afin de recouvrir, encore une fois, les choses de corps, de chair, d'images et de voix, de sens (...) comme ils avaient peur de la mer, ils l'affublaient d'une icône armée d'un trident (...) comme ils s'angoissaient du jour et de sa lumière, ils le voilaient du doux nom de Père (...) narcissiques, les hommes métamorphosent les choses du monde en femmes et hommes » M. SERRES, *Biogée*, Paris : Éditions Le Pommier, 2013, p. 41-42.

⁵⁰ *Ibid.*

Introduction générale

manifestaient déjà « l'intuition » qui, des siècles plus tard, serait employée et systématisée pour engendrer le concept de personnalité morale. Quoiqu'il en soit, la création d'un véritable concept de personne morale a été encore précédée de certaines manifestations du phénomène sociétaire au sein des civilisations marchandes.

4. La naissance du phénomène sociétaire. L'émergence du phénomène sociétaire a eu lieu dans les sociétés marchandes situées sur les pourtours de la Méditerranée⁵¹. Bien qu'ils aient donné peu d'importance au droit privé, on rencontre chez ces sociétés la loi rhodienne du jet à la mer⁵², qui prévoyait le partage des risques d'exploitation entre l'équipage du navire. Selon cette loi, si pendant une tempête on devait jeter la marchandise à la mer afin d'alléger le navire, les dépenses issues de cette opération seraient partagées entre toutes les personnes physiques à bord de l'embarcation. Cette opération de partage montre alors le début du phénomène sociétaire, car l'on commence à faire la division des dépenses acquises dans l'exercice d'une activité réalisée par plusieurs personnes physiques.

Dans cette même période historique, le Code d'Hammourabi va lui aussi fournir d'autres illustrations du phénomène sociétaire, lesquelles vont être plus liées au droit pénal. En réalité, en plus d'avoir une « préfiguration du droit des sociétés »⁵³, le Code d'Hammourabi prévoyait également dans son article 23 la possibilité pour la victime d'un vol d'être indemnisée par la collectivité en raison du préjudice causé par l'infraction. Selon cet article, « si le voleur n'est pas pris, le volé déclare sous serment le montant de ses pertes; alors la collectivité [...] résidant sur le terrain et territoire ou domaine, compense les biens volés »⁵⁴. Bien évidemment, il est difficile d'affirmer que le Code d'Hammourabi prévoyait une réelle responsabilité pénale des personnes morales, car son article 23 établissait plus une responsabilité collective subsidiaire qu'une véritable responsabilité pénale des êtres collectifs⁵⁵. Cependant, cet article nous apprend que des lois anciennes faisaient déjà une liaison entre le droit pénal et les êtres collectifs, quoique l'idée

⁵¹ *Idem*, p. 9.

⁵² Le droit romain va reprendre cette règle dans la *Lex Rhodia de jactu* (Digeste, 14, 2).

⁵³ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 10.

⁵⁴ B. SALVINI, *Le code de Hammourabi*, Paris : Réunion des musées nationaux, 2008.

⁵⁵ La responsabilité pénale des personnes morales ne peut pas être confondue avec d'autres formes de responsabilités collectives, comme celle de la famille ou celle du clan. Dans ces deux dernières, la responsabilité et la peine sont « étendues à n'importe quel membre du groupe (...) ce sont toujours des individus que la justice atteint parce qu'ils sont membres d'un groupe » ; tandis que dans la responsabilité pénale des groupements la peine et la responsabilité sont imposées au groupement lui-même et non pas à ses membres. La responsabilité pénale collective était très présente dans les sociétés dites primitives, mais elle ne peut pas être considérée comme une responsabilité pénale des personnes morales A. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux*, p. 14.

d'un concept de personnalité morale n'existait pas encore, mais uniquement certaines manifestations du phénomène sociétaire. En réalité, il fallut attendre le droit romain pour qu'on puisse avoir une première conceptualisation de la personne morale⁵⁶ et avec elle le début d'une véritable responsabilité pénale des êtres collectifs.

5. Le droit romain : le berceau de la personnalité morale. La personnalité morale a eu besoin de plusieurs années pour être conçue par les juristes car « elle exige un effort considérable d'abstraction qui n'est pas à la portée d'intelligences encore peu familiarisées avec les constructions juridiques »⁵⁷. Par conséquent, bien que le fait que l'on rencontre déjà dans les sociétés primitives et dans les civilisations marchandes des éléments qui vont servir à l'élaboration du concept de personne morale, c'était à Rome qu'on le rencontre pour la première fois tel qu'on l'entend aujourd'hui, bien que dans une forme encore embryonnaire et extrêmement utilitariste⁵⁸.

En effet, la personnalité morale a été conçue en droit romain en raison d'arguments pragmatiques et non pas comme la conséquence d'un fait naturel⁵⁹. C'est pourquoi à Rome les êtres collectifs étaient « donc davantage perçus comme des outils, des techniques du droit, que comme de véritables sujets de droit »⁶⁰. En effet, la personnalité morale était au sein du droit romain un simple instrument légal, lequel avait été créé pour faciliter la vie juridique des groupements et leur donner une capacité d'ester en justice, en faisant la distinction des droits de l'*universitas*⁶¹ de ceux dont jouissent leurs membres⁶². Par conséquent, les personnes morales à

⁵⁶ « Ces entités viennent de la nuit des temps sous leur forme spontanée mais elles procèdent de Rome, il y a deux mille ans, sous leurs traits juridiques essentiels » A-M. PATAULT, La personnes morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie, in *Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 17, p. 79 et s.

⁵⁷ A. MESTRE, thèse préc., p. 32.

⁵⁸ Voir : B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris : Sirey, 1942 ; G. HANARD, *Droit Romain*, t. 1, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997 ; et PHILIPSHON, La personnalité juridique en droit romain, in *Revue de droit de l'Antique*, VI, 1951, p. 141 s.

⁵⁹ J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 445.

⁶⁰ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 10.

⁶¹ Les romains n'utilisaient pas encore l'expression « personne morale ». Plusieurs formules vont être utilisées pour décrire l'être collectif à Rome : *societas* ; *collegium* ; *municipes* ; et, la principale, *universitas*. Chaque expression correspondait à un type spécifique de personne morale. Le premier juriste à utiliser l'expression « personne morale » était S. PUFENDORF, dans son livre *Du droit de la nature et des gens*, 1672, trad. Barbeyrac, Londres 1740, Livre I, chap. I, §12. Réimpression Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1987. Il l'utilise « dans un sens approchant de celui que nous connaissons, mais pas totalement identique » C.-M. BENARD, thèse préc., p. 12.

⁶² A. MESTRE, thèse préc., p. 31-32.

Introduction générale

Rome étaient considérées comme des simples fictions juridiques, lesquelles jouaient le rôle d'une personne⁶³, mais n'avaient ni capacité d'action⁶⁴, ni volonté autonome vis-à-vis de ses membres⁶⁵.

Toutefois, nonobstant cette incapacité d'action et cette absence de volonté autonome chez la personne morale, l'*universitas* pouvait quand même agir et manifester sa volonté à travers les personnes physiques qui le composent. De ce fait, si la majorité des membres d'une personne morale ont voulu réaliser un acte illicite, cette infraction était perçue à Rome comme étant l'acte illicite de l'être collectif lui-même⁶⁶. En conséquence, bien qu'elle était une fiction, la personne morale pouvait par le biais de ses membres accomplir une infraction et en être responsable au sein du droit romain, et c'est ce paradoxe qui a soulevé toute une controverse autour de l'inexistence ou de l'existence d'une véritable responsabilité pénale des groupements à Rome.

D'un côté, d'importants juristes ont défendu l'inexistence d'une responsabilité pénale des groupements en droit romain, parmi lesquels GIERKE et SAVIGNY⁶⁷. Selon GIERKE, la loi 15, §1 D. de dolo, 4, 3, était la preuve de l'incapacité pénale des personnes morales à Rome. En effet, d'après ce juriste, cette loi prévoyait que le *municipes* ne pouvait pas avoir une volonté autonome et par conséquent, il ne pouvait pas avoir une intention criminelle. C'est pourquoi selon GIERKE l'on devrait conclure que la responsabilité pénale des personnes morales n'existait pas à Rome, car certaines lois romaines énonçaient clairement qu'une personne morale était incapable d'avoir une intention criminelle. SAVIGNY, à son tour, en plus de rejoindre l'argument de GIERKE, énonçait également qu'on ne pouvait pas défendre l'existence d'une véritable responsabilité pénale des groupements à Rome en s'appuyant sur la loi 9, §1, D, 4, 2, laquelle semblait conférer une capacité pénale aux groupements romains. En effet, d'après SAVIGNY cette loi désignait uniquement la faculté d'intenter une action en justice contre un groupement à cause de l'accomplissement d'une infraction, mais elle ne prévoyait pas la possibilité pour une personne morale d'accomplir elle-même un acte illicite. Pour cette raison, d'après SAVIGNY, il n'était pas possible de déduire que

⁶³ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁴ « Elle fut donc et resta une fiction, incapable de vouloir et d'agir réellement » A. MESTRE, thèse préc., p. 32. Pendant cette époque, il existait un principe de droit selon lequel *universi consentire non possunt*. Ce principe était prévu dans la loi 1, § 22, D. 41, 2. En effet, pour les romains alors seulement le *populus romanus*, l'ensemble des citoyens romains, pourrait avoir une volonté propre et collective.

⁶⁵ « L'expression même dont se servent les jurisconsultes romains, pour indiquer qu'un groupement est doué de la personnalité, indique bien l'idée qu'ils s'en faisaient ; ils ne disent jamais : tel groupement est une personne, mais 'il joue le rôle d'une personne' » A. MESTRE, thèse préc., p. 32.

⁶⁶ Règle prévue dans la loi 160, D. 50, 17 : *Refertur ad universos quod publice fit per majorem partem*.

⁶⁷ Cependant, il faut dire que ces deux auteurs n'avaient pas la même conception par rapport à la nature des personnes morales. Tandis que SAVIGNY apercevait les groupements comme des fictions, GIERKE a été l'un des promoteurs de la théorie de la réalité.

les êtres collectifs étaient pénalement responsables au sein du droit romain, car ni la loi 15, §1 D. de dolo, 4, 3, ni la loi 9, §1, D, 4, 2 ne permettaient une telle conclusion⁶⁸.

De l'autre côté, d'autres éminents juristes ont défendu la position contraire, c'est-à-dire l'existence d'une véritable responsabilité pénale des personnes morales en droit romain⁶⁹. Parmi eux et principalement, MESTRE. Pour la défendre, ce juriste va tout d'abord préciser que le principe romain selon lequel « les actes accomplis par la majorité » des membres d'une personne morale « sont considérés comme accomplis par l'*universitas* » était un principe général, « applicable aussi à la matière des délits commis par les représentants de la personne morale pour son propre compte ». Par conséquent, en raison de ce principe général, la personne morale, grâce à une fiction, pourrait parfaitement réaliser des actes illicites à Rome et ainsi devenir pénalement responsable au sein de cet ordre juridique⁷⁰.

Ensuite, toujours pour défendre sa position, MESTRE va aussi réfuter les arguments de GIERKE et SAVIGNY en faveur de l'inexistence d'une véritable responsabilité pénale des groupements au sein du droit romain. En effet, à partir des écrits d'ULPIEN, MESTRE affirmait que l'interprétation donnée par GIERKE et SAVIGNY à la loi 15, § 1, D. de dolo, 4, 3 n'était pas correcte. Selon lui, contrairement à ce qui a été affirmé par ces juristes allemands, cette loi ne prévoyait pas que le *municipes* ne pouvait pas avoir d'intention criminelle, mais elle prévoit tout simplement qu'en raison de la perte d'attributions du *municipes* au profit du collège de décurions, ce premier groupement n'aurait plus une compétence suffisamment large pour qu'il puisse réaliser un acte illicite. De ce fait, selon MESTRE, le problème décrit dans la loi 15, § 1, D. de dolo, 4, 3 ne résidait pas dans l'impossibilité pour une personne morale d'avoir une intention criminelle et ainsi commettre une infraction, mais résidait dans l'impossibilité du *municipes* « de faire du tort à qui ce soit, en raison des pouvoirs restreints dont il jouit à son époque »⁷¹. Par conséquent, à l'opposé de GIERKE et de SAVIGNY, pour MESTRE on devrait conclure que la loi 15, § 1, D. de dolo, 4, 3 ne disposait pas qu'une personne morale était incapable d'avoir une intention criminelle, mais elle prévoyait tout simplement qu'en raison de son petit champ d'attribution, le *municipes* ne pouvait plus rien faire avec une volonté illicite⁷². En outre, contre le second argument de SAVIGNY,

⁶⁸ A. MESTRE, thèse préc., p. 44.

⁶⁹ Parmi eux, on peut citer concernant le droit pénal brésilien : A. FRANCO, *op. cit.* ; et F. DE SANCTIS, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo : Saraiva, 1999.

⁷⁰ A. MESTRE, thèse préc., p. 34.

⁷¹ *Idem*, p. 42.

⁷² « Ulpien écrivait en effet au commencement du III^{ème} siècle et déjà à cette époque, l'assemblée des citoyens avait perdu à peu près toutes ses attributions et ne se réunissait que pour des circonstances exceptionnelles ; tout le pouvoir de fait

Introduction générale

MESTRE soulignait que l'interprétation donnée par ce juriste allemand à la loi 9, §1, D, 4, 2 était également fautive. En réalité, selon MESTRE cette loi ne prévoyait pas uniquement une faculté d'après laquelle l'action en justice pouvait être intentée contre un groupement en raison de l'accomplissement d'une infraction, mais plus que cela cette loi prévoyait qu'une personne morale pouvait elle-même accomplir l'acte illicite à l'origine de cette action en justice. De ce fait, pour MESTRE, la loi 9, §1, D, 4, 2 n'envisageait pas l'être collectif seulement comme un « tiers en mesure de réparer le dommage », mais elle envisageait le groupement comme le véritable auteur d'une infraction⁷³. Pour ces motifs, d'après MESTRE les arguments invoqués par GIERKE et SAVIGNY pour justifier l'inexistence d'une authentique responsabilité pénale des personnes morales à Rome n'étaient pas valables, raison pour laquelle on devrait conclure qu'au sein du droit romain les groupements étaient effectivement pénalement responsables.

Finalement, afin d'étayer son raisonnement, MESTRE invoquait encore deux récits historiques qui corroboraient la capacité pénale des êtres collectifs à Rome. En premier lieu, celui de PLUTARQUE, dans lequel une demande de condamnation faite par un avocat romain suite à la mort d'un romain dans la ville de Chéronée, a été dirigée contre « tout le corps de la ville, ni plus ni moins que si c'eût été une seule personne »⁷⁴. En second lieu, celui de KARLOWA, où « une cité se rend coupable de désobéissance prolongée (*longa contumacia*) et se voit menacée de peine »⁷⁵. Conséquemment, en se fondant sur une interprétation différente de celle donnée par GIERKE et SAVIGNY aux lois romaines et en se basant sur certains récits historiques, MESTRE a réussi à démontrer le fait que la responsabilité pénale des personnes morales était une réalité à Rome⁷⁶. De ce fait, face à cette controverse doctrinale, il nous semble que, contrairement à ce qui a été énoncé par GIERKE et SAVIGNY, il est plus correct de conclure qu'une personne morale pouvait effectivement devenir pénalement responsable au sein du droit romain.

Toutefois, même si on peut arriver à cette conclusion, l'on ne doute guère que la responsabilité pénale des groupements n'était pas très employée par les juristes romains, car la faible quantité des récits historiques montre bien que la condamnation pénale d'une personne

avait passé aux décurions ; à raison même de l'anéantissement de leurs attributions, les municipes étaient dans l'impossibilité matérielle de causer un dommage par leur dol » *Ibid.*

⁷³ *Idem*, p. 44.

⁷⁴ GIERKE, qui avait connaissance de ce récit, « se contente de dire que Rome a connu le délit et la peine de l'*universitas* seulement en droit international » *Idem*, p. 38-39.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Dans le sens contraire, affirmant que les exemples cités par MESTRE étaient des exceptions en droit romain et non pas la démonstration d'une responsabilité pénale des personnes morales à Rome, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 29.

morale était inhabituelle dans cet ordre juridique. Dans tous les cas, si à Rome cette responsabilité n'était pas beaucoup mise en œuvre par les juristes, on ne peut pas en dire de même de la période historique suivante, comprise entre le Moyen Âge et la Révolution française. En effet, dans cette période la responsabilité des personnes morales était présente au sein du droit pénal avec beaucoup plus d'intensité qu'en droit romain⁷⁷.

6. Moyen Âge et droit canonique. Pendant le Moyen Âge, les glossateurs ont été les premiers commentateurs du droit romain. Sans avoir une vision de l'ensemble de ce droit, ils n'arrivaient pas à comprendre leurs principes et leurs théories, notamment en ce qui concerne les personnes morales⁷⁸. Pour cette raison, la période du Haut Moyen Âge a été caractérisée par la régression du droit⁷⁹.

Dans ce contexte, sans avoir une culture juridique très développée, les idées des glossateurs sur le thème étaient à l'origine superficielles et confuses⁸⁰. De ce fait, à la différence des romains, ils ne vont pas interpréter l'être collectif comme une personne distincte des personnes physiques qui le composent⁸¹. En effet, pour les glossateurs la personne morale et ses membres étaient une seule et même personne, raison pour laquelle une infraction pourrait être accomplie par un groupement, lequel de la même manière pouvait avoir sa responsabilité pénale engagée sans aucune difficulté⁸². Par conséquent, pendant cette période plusieurs villes ont été pénalement condamnées en raison de l'accomplissement d'actes illicites⁸³. De toute façon, c'est par la suite avec le droit canonique qu'une conceptualisation de la responsabilité pénale des groupements va être développée avec plus de raffinement théorique.

⁷⁷ A. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux*, p. 13.

⁷⁸ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁹ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 12.

⁸⁰ A. MESTRE, thèse préc., p. 48.

⁸¹ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 31.

⁸² « *L'universitas*, ce sont les individus qui la composent ; la volonté, les actes de ces derniers sont la volonté, les actes de *l'universitas* même (...) leurs délits, en tant qu'ils agissent au nom du groupe, sont les délits de *l'universitas* » A. MESTRE, thèse préc., p. 52. Face à cette idée, le problème pour les glossateurs était celui d'articuler cette responsabilité avec la loi 15, §1, D. de dolo. Pour résoudre la question, ils ont trouvé une solution simple : ajouter à la fin du texte de ladite loi le mot « facile ». Ainsi, avec cette addition, le sens de la loi a complètement changé. Il ne s'agissait plus d'une impossibilité de dol, mais plutôt d'une difficulté, raison pour laquelle la responsabilité pénale des personnes morales pourrait dorénavant coexister avec la loi 15, §1, D. de dolo.

⁸³ A. FRANCO, *op. cit.*, p. 33. MESTRE nous donne un exemple : « l'archevêque de Ravenne possédait une forêt où il avait interdit aux habitants d'une commune d'aller couper du bois. Un paysan brava sa défense, mais il fut tué par les gens de l'évêque (...) L'archevêque se demandait s'il allait punir la commune *ut universitas*, ou tous les paysans *ut singuli* : Bassianus répondit par une distinction : si les membres de *l'universitas* ont agi collectivement, *ad sonum campanae* ou enseigner déployées, leur conseil à leur tête, c'est le groupe qui a commis le délit et qui devra en être puni ; il en serait autrement si chacun avait agi pour son propre compte » A. MESTRE, thèse préc., p. 56.

Introduction générale

Le droit canonique a essayé de créer un ordre juridique à partir des écrits religieux, des décrétales des papes et des décisions des conciles⁸⁴. À cette époque, il y aura un développement considérable de l'Église, laquelle a commencé à être perçue par le droit comme une entité distincte et en dehors de l'État, avec une personnalité morale propre⁸⁵. De ce fait, l'essor du « corpus mystique du Christ »⁸⁶ va susciter alors le débat doctrinal sur la personnalité morale et, par conséquent, sur l'existence ou l'inexistence d'une responsabilité pénale des groupements. Ce débat va permettre conséquemment que le thème soit abordé pendant cette période avec plus de raffinement théorique.

De cette façon, à partir des idées issues du droit romain, le droit canonique va employer la théorie de la fiction pour expliquer l'existence de la personnalité morale⁸⁷. Par conséquent, au sein de ce droit, l'être collectif était considéré comme une personne unique, à la fois distincte et assimilable aux êtres physiques⁸⁸, mais en tous cas dépourvu d'une capacité d'action et d'une volonté autonome. C'est pourquoi, d'après divers canonistes, les groupements étaient en principe incapables d'accomplir un acte illicite, raison pour laquelle ils seraient théoriquement pénalement irresponsables. Dans ce contexte, le premier canoniste qui a théoriquement nié l'existence d'une responsabilité pénale des groupements était TEUTONICUS, lequel par le biais de la *glossa ordinaria* du Décret de Gratien a affirmé qu'une personne morale devrait rester exclue du champ d'application du droit pénal⁸⁹. Ensuite, le Pape INNOCENT IV, pendant le concile de Lyon qui a eu lieu en 1245, a également nié théoriquement la responsabilité pénale des groupements, en affirmant qu'un être collectif était une fiction sans âme propre⁹⁰, raison pour laquelle il ne pouvait pas agir et vouloir par lui-même⁹¹ et ainsi ne pouvait pas accomplir une infraction⁹².

⁸⁴ F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁵ A. MESTRE, thèse préc., p. 64.

⁸⁶ « Pour St Paul, l'Église constitue le 'corps mystique' du Christ. Dans ces mots, se trouve contenue en germe toute la doctrine postérieure sur le rôle et la nature de l'Église ; par là, en sont affirmés les caractères d'unité vivante, de coordination des divers membres en vue d'un même but, et surtout de transcendance par rapport à toutes les institutions humaines, puisque l'Église n'est que la manifestation terrestre de l'esprit de Dieu. Par ce mot enfin est consacrée la réalité de l'existence collective pour la communauté chrétienne » A. MESTRE, thèse préc., p. 63.

⁸⁷ F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁸ En raison d'un tel raisonnement, le droit canonique va être le premier à utiliser le mot personne pour désigner le groupement. Voir, A. MESTRE, thèse préc., p. 65.

⁸⁹ « L'universitas, avait-il dit, est incapable d'accomplir par elle-même des actes ; elle n'agit que par représentation, et par conséquent, non potest de crimine accusari. Mais il ne traite la question qu'incidemment, à propos d'un texte où se trouvent les mots *ecclesiam accusandi* » A. MESTRE, thèse préc., p. 69.

⁹⁰ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris : Éditions la mémoire du droit, 1992, p. 219-221.

⁹¹ INNOCENT IV, livre V de son *apparatus decretalium* (Lyon, 1578), chap. 52, n. 1-2, fol. 364-5 ; et livre II, chap. 14, n. 2.

⁹² *Impossibile est quod universitas delinquant.*

Cependant, si théoriquement certains canonistes niaient la responsabilité pénale des personnes morales, la mise en œuvre du droit canonique l'acceptait. En effet, les considérations conceptuelles des auteurs canonistes n'ont pas empêché ni la condamnation, ni l'application des sanctions pénales à l'encontre des communes, provinces et *universitas* pendant cette période⁹³. Pour l'illustrer, au sein de l'ordre juridique canonique plusieurs villes en Italie ont été pénalement condamnées en raison du fait qu'elles ont accompli une infraction⁹⁴. Par conséquent, on peut déduire que, malgré la position théorique de certains penseurs canonistes, la responsabilité pénale des personnes morales existait dans la pratique de ce droit, laquelle a même forgé plusieurs conditions pour établir les situations dans lesquelles un être collectif pourrait ou non devenir pénalement coupable d'un acte illicite⁹⁵.

Face à cette contradiction, le principal problème existant au sein du droit canonique était celui de concilier sa théorie avec sa mise en œuvre, car tandis que la première niait l'existence de la responsabilité pénale des groupements, la seconde affirmait justement le contraire, en appliquant régulièrement des peines à l'encontre des êtres collectifs. Dans ce contexte, BARTOLE va être le principal penseur qui a essayé d'harmoniser la doctrine avec la pratique canoniste sur ce thème. Selon lui, la personne morale comme un « être social » devrait effectivement être perçue comme une fiction, raison pour laquelle elle ne pouvait pas théoriquement accomplir des actes illicites et ainsi devenir pénalement responsable. Cependant, le groupement comme un « être juridique » était une réalité et de ce fait il pouvait dans la pratique du droit réaliser des actes illicites et ainsi devenir pénalement coupable d'une infraction⁹⁶. De ce fait, avec cette distinction entre personne morale « être social » et personne morale « être juridique », BARTOLE a réussi à

⁹³ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁴ A. MESTRE, thèse préc., p. 71.

⁹⁵ « Quels seront les signes qui nous avertiront que l'on se trouve en face d'un acte commis par l'*universitas*, pour lequel les particuliers qui l'ont accompli ont agi, non pas en leur propre nom, *ut singuli*, mais seulement comme membres du groupe, *ut universi* ? Ce seront justement les formes corporatives, exigées par les statuts pour l'élaboration régulière de la volonté corporative et son exécution normale ; il faudra, disent les canonistes, qu'on ait sonné la cloche et convoqué le conseil (*pulsata campana et congregatoconsilio*) (...) de sorte que la décision qui sera émise par le conseil pourra être, réellement et justement, considérée comme l'expression de la volonté corporative » A. MESTRE, thèse préc., p. 74. Ce qu'il est intéressant de remarquer est qu'avant de penser à une théorie générale ou aux fondements de la responsabilité pénale des personnes morales, les canonistes ont pensé aux conditions d'application de cette responsabilité. Avant de trouver une théorie pour l'expliquer, ils ont eu besoin de trouver les conditions pour la rendre applicable dans la pratique du droit. Pourrait-on affirmer qu'il s'agit d'une conséquence du caractère pragmatique et utilitariste de la responsabilité pénale des personnes morales ? Avant la théorie, on pense à l'instauration et à l'application de cette responsabilité.

⁹⁶ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 32.

Introduction générale

harmoniser la théorie et la pratique du droit canonique, en élaborant une conceptualisation plus raffinée du thème au sein de ce droit⁹⁷.

De toute façon, nonobstant le fait que pendant le Moyen Âge et le droit canonique les personnes morales pouvaient déjà devenir pénalement responsables, c'est seulement dans l'Ancien droit qu'on va avoir pour la première fois l'existence d'une loi qui prévoyait expressément la possibilité de rendre un groupement pénalement coupable d'un acte illicite.

7. L'Ancien droit. L'Ancien droit a été marqué par « un manque de rigueur découlant de son refus de se soumettre à une [pleine] légalité formelle »⁹⁸. Sans avoir rien qui ressemblât à un Code pénal, il était un droit coutumier par voie des ordonnances⁹⁹, où le juge avait un ample pouvoir arbitraire à l'égard des accusés¹⁰⁰. Dans ce droit, les peines étaient sévères. La mort, les galères perpétuelles et la castration en sont des exemples. En outre, l'inégalité entre les condamnés était évidente, puisque pour l'illustrer en crimes qui méritaient la mort, le vilain était pendu, tandis que le délinquant noble était décapité¹⁰¹.

Quoi qu'il en soit, en reprenant la pratique issue du Moyen Âge et du droit canonique, l'Ancien droit va alors permettre la responsabilité pénale des personnes morales. De ce fait, les épisodes de condamnations des groupements pendant cette époque étaient nombreux. Par exemple, Toulouse¹⁰², Bordeaux¹⁰³ et Montpellier¹⁰⁴ n'ont pas échappé à des condamnations pénales en raison des infractions accomplies par la ville elle-même¹⁰⁵. En outre, les penseurs de

⁹⁷ A. MESTRE, thèse préc., p. 102. Ainsi, on peut constater que la théorie de la fiction peut avoir des influences sur le débat sur la responsabilité pénale des personnes morales. Cependant, cette théorie ne peut pas faire obstacle à elle seule à l'existence de cette responsabilité. Cette assertion est possible car, comme on a pu le constater, les groupements pendant le droit canonique ont été pénalement responsables, bien qu'ils étaient perçus comme des fictions.

⁹⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris : PUF, 2006, n° 116.

¹⁰⁰ R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris : PUF, 1998, p. 5.

¹⁰¹ Voir A. LOISEL, cité par X. PIN in *Droit pénal général*, p. 7.

¹⁰² Toulouse, en 1331, a été déclarée coupable de la mort de l'étudiant Bérenger par les Capitouls et fut privé du droit de corps et communauté, avec confiscation, au profit du Roi de son patrimoine. Voir, A. MESTRE, thèse préc., p. 111.

¹⁰³ Par un arrêt du 26 octobre 1548, la ville de Bordeaux a été condamnée « à perdre ses antiques privilèges par suite d'une émeute » A. MESTRE, thèse préc., p. 111.

¹⁰⁴ « En 1379, la ville de Montpellier se souleva à l'occasion d'un impôt royal : les officiers royaux furent massacrés au cours de l'émeute, et la ville fut privée 'de son université, du consulat, de la maison commune et de tous ses privilèges' » A. MESTRE, thèse préc., p. 110.

¹⁰⁵ Il est intéressant de constater qu'à l'époque, la plupart des condamnations ont été dirigées contre les personnes morales de droit public, lesquelles ont, aujourd'hui, une certaine immunité pénale en France et au Brésil. Cela s'explique, peut-être, par le fait que « le texte royal, non plus que les criminalistes anciens, ne parlent des personnes morales les plus en vue dans le droit moderne, à savoir les sociétés commerciales, parce que leur développement sera bien postérieur » A. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains des anciens droit pénaux*, p. 16.

cette époque, comme CHARONDAS¹⁰⁶ et BODIN¹⁰⁷, étaient théoriquement favorables à la responsabilité pénale des groupements et ont même essayé de créer une conceptualisation concise et complète sur la matière¹⁰⁸.

Par conséquent, cette période a une certaine importance pour le thème, surtout parce que c'est durant l'Ancien droit qu'une loi va prévoir pour la première fois expressément et sans aucune controverse la possibilité de rendre une personne morale pénalement responsable d'une infraction. En effet, l'article 1^{er} de l'ordonnance criminelle de 1670 disposait en France que « le procès sera fait aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies qui auront commis quelque rébellion, violence ou autre crime ». Par ailleurs, cette même ordonnance prévoyait un titre entier (titre XXI) dédié à la « manière de faire le procès aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies »¹⁰⁹. De ce fait, on peut conclure que pendant cette période les personnes morales vont gagner beaucoup en importance au sein du droit pénal, car leur responsabilité pénale existait dans l'Ancien droit non seulement en ce qui concerne sa mise en œuvre, mais également à propos de ses théories et de ses textes légaux.

Dans cette époque, le Brésil avait déjà été découvert¹¹⁰, mais il était encore une colonie portugaise. Ainsi, les lois brésiliennes étaient alors les lois portugaises et à l'image de l'Ancien droit en France, l'ordre juridique brésilien fonctionnait également par voie d'ordonnances. Cependant, ni l'ordonnance Afonsina (1446), ni l'ordonnance Manoelina (1521), ou encore l'ordonnance Filipina (1603) ne prévoyaient la responsabilité des personnes morales au sein du droit pénal brésilien¹¹¹. Toutefois, même à défaut d'une loi spécifique, la condamnation des groupements

¹⁰⁶ L. CHARONDAS, *Réponses de droit français*, Paris : P. Chevalier, 1605, rép. 83, p. 75.

¹⁰⁷ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris : Gérard Mairet, 1553, liv. III, p. 489.

¹⁰⁸ A. MESTRE, thèse préc., p. 114.

¹⁰⁹ Il est important de souligner que l'ordonnance de 1670 prévoyait des peines applicables à l'encontre des personnes morales. Cependant, elle ne prévoyait ni la mise en œuvre, ni les conditions de fond de la responsabilité pénale des groupements. C'est alors la doctrine de l'époque, plus précisément les commentateurs de l'ordonnance, qui ont établi les conditions de fond pour que la responsabilité pénale des personnes morales puisse être appliquée. « Jousse (Jousse, *De la justice criminelle*, t. 2, p. 704), par exemple, exige, pour qu'il y ait eu délit de communauté que l'accomplissement de l'infraction 'soit précédé d'une assemblée ou délibération. Autrement, et si, sans aucune assemblée ou délibération précédente, tous les habitants d'une ville se jetaient sur quelqu'un et qu'ils le missent à mort, quand même cela serait fait au son du tocsin et que les échevins se trouvaient au nombre des meurtriers, un pareil délit ne pourrait être regardé comme un délit commis par la communauté, mais par les particuliers qui le composent » A. MESTRE, thèse préc., p. 118. Le législateur à cette période semblait déjà comme aujourd'hui laisser à la doctrine et à la jurisprudence l'achèvement des contours et des mécanismes de la responsabilité pénale des personnes morales. Voir, J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁰ Avant la découverte du Brésil, les peuples indigènes qui y habitaient connaissaient une forme de responsabilité collective, où le clan entier était responsable pour l'acte de l'un de ses membres. Cependant, leurs systèmes juridiques étaient trop rudimentaires pour concevoir des idées telles que celles d'une personnalité morale ou de la responsabilité pénale des groupements. Voir, J. GONZAGA, *O Direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil*, São Paulo : Max Limonad, 1972, p. 114.

¹¹¹ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 36-37.

Introduction générale

était une coutume dans la pratique juridique brésilienne de cette époque¹¹². Cette assertion est possible puisque des récits historiques décrivent des condamnations des groupements en raison de l'accomplissement d'actes illicites au sein du droit brésilien¹¹³. De ce fait, on peut conclure que nonobstant l'inexistence d'une loi spécifique sur le thème au Brésil, la responsabilité pénale des groupements était présente au sein de l'ordre juridique brésilien dans cette époque.

De toute façon, en 1789 le projet du nouveau Code pénal luso-brésilien à l'instar de l'ordonnance de 1670 en France va prévoir lui aussi la responsabilité pénale des groupements, en consacrant dans la loi une coutume qui existait déjà au sein de l'ordre juridique brésilien¹¹⁴. Cependant, avant même son entrée en vigueur, ce projet de nouveau Code pénal a été abandonné autant au Portugal qu'au Brésil et cela parce qu'un évènement se déroulant l'année de sa création a changé l'histoire du droit pénal et avec elle l'histoire de la responsabilité pénale des personnes morales : la Révolution française.

8. La Révolution française. Au XVIII^{ème} siècle, la sévérité et l'arbitraire de l'Ancien droit sont arrivés à l'extrême et ont commencé à devenir insupportables pour les justiciables et même pour la société¹¹⁵. Dans ce contexte, le courant des lumières a proposé une réforme, voire une Révolution, dans le droit pénal. Des penseurs tels que MONTESQUIEU¹¹⁶, ROUSSEAU¹¹⁷ et, le plus important d'entre eux¹¹⁸, BECCARIA¹¹⁹ ont forgé les bases théoriques de cette réforme¹²⁰, en défendant les idées d'égalité, de modération dans la répression, de séparation des pouvoirs et de légalité des délits et des peines¹²¹. Ces idées vont alors être à l'origine de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹²², laquelle a été responsable d'un véritable bouleversement au sein du droit pénal.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ En effet, on rencontre certains récits historiques que décrivent des condamnations de certaines villes au Portugal, lesquelles ont été prononcées par le juge de Castelo-Melhor. Ainsi, si au Portugal la responsabilité pénale des personnes morales existait dans la pratique du droit, malgré l'absence d'une ordonnance la prévoyant, on peut penser qu'au Brésil, en raison de l'application des lois et des coutumes portugaises dans la colonie, une telle responsabilité aurait pu aussi exister. Q. SALDANA, *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid : Editorial Reus, 1927, p. 112.

¹¹⁴ Le paragraphe 8^{ème} dudit projet prévoyait que « les corporations et les villes pouvaient accomplir des infractions à travers de leur représentants », il disait aussi que « l'on peut imputer un délit à l'encontre de l'*universitas* quand il est accompli par la majorité des membres qui la composent » S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris : Éditions Gallimard, 2013, p. 14 et s.

¹¹⁶ C. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris : Classiques Garnier, 2011.

¹¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris : Librairie Générale Française, 2013.

¹¹⁸ A. FRANCO, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris : Flammarion, 2006.

¹²⁰ P. BUSATO, Fundamentos políticos-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, in *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2011, p. 100-101.

¹²¹ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 8.

¹²² L'article 6 de la déclaration concerne le principe d'égalité : « la loi est l'expression de la volonté générale, elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Les articles 5 et 8 mentionnent une modération dans la

Dans ce contexte, le droit pénal va être perçu alors, en plus d'un outil pour lutter contre la délinquance, comme un moyen de canaliser la réaction sociale, en limitant la répression utilisée par l'État à l'encontre du délinquant¹²³. Pour cette raison, dans cette période, l'Homme est revenu au centre de cette matière, non seulement comme l'Homme criminel, mais également comme l'Homme citoyen, lequel possédait certains droits et libertés individuels qui limitaient la réaction sociale à son encontre¹²⁴. Toutefois, avec l'ascension de l'être humain au centre du droit pénal, les personnes morales vont parcourir le chemin inverse et de ce fait elles vont perdre toute l'importance qu'elles ont gagné au sein de cette matière pendant l'Ancien droit.

En effet, la Révolution française a forgé une véritable suspicion envers les groupements¹²⁵, car les êtres collectifs ont été considérés par les révolutionnaires comme des véritables obstacles à la démocratie, en étant susceptibles de s'interposer entre l'État et les citoyens. Êtres dangereux¹²⁶, les groupements pourraient alors menacer le nouvel ordre qui s'instaurait et de ce fait devenir « des entraves à l'exercice des droits individuels »¹²⁷. Pour cette raison, d'après les révolutionnaires, on devrait enlever toute l'importance que les êtres collectifs ont acquis durant l'Ancien droit non seulement à l'intérieur du droit pénal, mais également au sein de l'ordre juridique. En réalité, le droit devrait désormais s'occuper d'un seul agent : l'être humain. C'est pourquoi, en suivant cette idée, la loi le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 et le décret du 17 août 1792 vont prévoir l'anéantissement complet de toutes les personnes morales, de sorte qu'après la Révolution française les groupements vont littéralement disparaître en droit¹²⁸ et la

répression : « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (art. 5) ; « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » (art. 8). L'article 16 prévoit la séparation des pouvoirs, en énonçant que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Enfin, la deuxième partie de l'article 8, prévoit le principe de légalité des délits et des peines : « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ».

¹²³ « Soumettre la force au droit, faire du droit pénal le bouclier des citoyens contre l'État, proportionner l'usage de la peine aux strictes nécessités de son but, en faire un instrument de pédagogie populaire, voilà ce qu'était pour l'essentiel la doctrine classique originaire : elle incarnait et incarne toujours ce qu'on appelle le droit pénal libéral » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁴ Pour les révolutionnaires, « la fonction d'un 'droit' pénal digne de ce nom est donc de limiter la répression à ce qui apparaît strictement nécessaire au maintien de l'ordre public dans le respect des droits de l'Homme » E. DREYER, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁵ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 16.

¹²⁶ SIEYÈS précisait en 1789 que « l'intérêt personnel n'est point à craindre ; il est isolé, chacun a le sien ; la grande difficulté vient de l'intérêt par lequel un citoyen s'accorde avec quelques autres seulement. Celui-ci permet de se concerter, de se lier. Par lui se combinent les projets dangereux pour la communauté, par lui se forment les ennemis publics les plus redoutables. Qu'on ne soit donc pas étonné si l'ordre social exige avec tant de vigueur de ne point laisser les simples citoyens disposer de corporations » F. SOUBIRAN-PAILLET, *Comportements des autorités répressives à l'égard des corps professionnels en France de 1791 à 1830, in Déviance et Société*, 1993, Vol. 17, n. 1, p. 1 et s.

¹²⁷ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 16.

¹²⁸ A. MESTRE, thèse préc., p. 7. Dans le même sens, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 2005, p. 372.

Introduction générale

personnalité morale reconnue aux collectivités par l’Ancien droit, va être fermement refusée par le nouvel ordre¹²⁹.

Spécifiquement à propos du droit pénal, les personnes morales au moins en tant qu’auteur d’une infraction vont également disparaître au sein de cette matière et cela autant en ce qui concerne le droit pénal français qu’à propos du droit pénal brésilien¹³⁰. De ce fait, le Code pénal français de 1810¹³¹, « en se conformant aux conceptions révolutionnaires hostiles aux corporations et corps intermédiaires »¹³², va ignorer les personnes morales et leur responsabilité pénale. De la même manière au Brésil, où à l’époque l’influence française était considérable¹³³, la Constitution de 1824, qui a eu comme source d’inspiration la Déclaration française de 1789¹³⁴, va imposer le fait que la responsabilité pénale n’existe qu’à l’égard des personnes physiques¹³⁵. En outre, les Codes pénaux brésiliens de 1830 et de 1890 ne vont pas prévoir la possibilité de rendre un groupement pénalement coupable d’une infraction¹³⁶.

Ainsi, le paradigme individualiste de la Révolution française¹³⁷ a empêché le fait que la personne morale puisse continuer à être perçue comme un acteur pénal en France et au Brésil

¹²⁹ M.-A. AFCHAIN, *La responsabilité de la société*, thèse Tours, 2006, p. 18.

¹³⁰ « La responsabilité pénale des personnes morales fut-elle emportée dans la tourmente révolutionnaire, avec d’ailleurs les personnes morales elles-mêmes, puisqu’il s’agissait d’abattre les corporations et les corps intermédiaires » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 32. Il faut souligner que nonobstant le fait qu’elles vont disparaître au sein du droit pénal en tant qu’auteur d’une infraction, les personnes morales vont paradoxalement continuer à exister dans cette matière en tant que victimes d’une infraction, en pouvant se constituer partie civile dans les affaires pénales. En ce qui concerne le droit pénal français, voir l’article 2-1 du Code de procédure pénale. En ce qui concerne le droit pénal brésilien, voir l’article 63 du Code de procédure pénale.

¹³¹ Le Code pénal de 1791 en France avait écarté la responsabilité pénale des personnes morales.

¹³² A. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux*, p. 16. « Sous l’empire du Code pénal de 1810, l’individualisme est omniprésent et il n’est pas question de responsabilité pénale des personnes morales » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 302.

¹³³ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁴ A. FRANCO, *op. cit.*, p. 95.

¹³⁵ Cette prévision existait dans l’article 179 de la Constitution. Voir, S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁶ Dans l’article 80 du Code pénal de 1830 et dans l’article 103 du Code pénal de 1890, l’on rencontre seulement la possibilité de prononcer une sanction de dissolution à l’encontre d’une personne morale dès lors qu’elle a été utilisée pour la pratique d’une infraction. Cependant, cette possibilité ne peut pas être interprétée comme un système de responsabilité pénale des personnes morales. Dans le même sens, F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. 31. Dans le sens contraire, A. FRANCO, *op. cit.*, p. 95. Lesdites articles avaient une rédaction semblable à celle de l’article 428 du Code pénal français de 1810 qui prévoyait des sanctions pénales à l’encontre des « associations d’artistes » pour les infractions concernant la propriété des acteurs.

¹³⁷ R. SALEILLES disait que « pour la philosophie du XVII^{ème} siècle et les publicistes de la Révolution il n’y a de droit que les droits individuels (...) pour les hommes de la Révolution l’existence de corporations jouissant de droits distincts était une anomalie philosophique, juridique et politique (...) j’ai dit d’abord que c’était une anomalie philosophique, parce que l’homme seul peut avoir des droits (...) anomalie juridique en ce sens que, si le droit en vient à reconnaître l’existence de collectivités, sociétés, associations, fondations, avec propriété distincte et patrimoine séparé, il ne fait en cela que créer une fiction qui échappe à toute réalité (...) Tout organisme étranger à l’État, bénéficiaire de droits distincts, capable d’avoir des biens et d’augmenter indéfiniment son patrimoine, apparaissait aux hommes de la fin du XVIII^{ème} siècle comme un danger considérable » R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théories*, p. 2.

après 1789¹³⁸, raison pour laquelle le droit pénal franco-brésilien va se concentrer depuis la Révolution sur un seul destinataire : la personne physique. De ce fait, ce que l'on va avoir pendant les années qui ont suivi la Révolution française, tant en France qu'au Brésil, est une période de pleine irresponsabilité pénale des êtres collectifs. En effet, une fois que l'homme a été amené au centre du droit pénal, les personnes morales ont été complètement exclues du champ d'application de cette matière¹³⁹, de sorte qu'on débattait peu sur elles et moins encore sur le problème de leur responsabilité pénale¹⁴⁰. Par conséquent, l'approfondissement de l'étude des êtres collectifs n'était pas présent ni dans le droit pénal français¹⁴¹, ni dans le droit pénal brésilien de l'époque. Cependant, les groupements continuaient à exister au sein de la société et un événement a agrandi leur importance dans l'ordre juridique franco-brésilien : la Révolution industrielle.

9. La Révolution industrielle. Dans le XIX^{ème} siècle, on va avoir l'utilisation des nouvelles forces motrices, lesquelles vont développer la production industrielle¹⁴². Conséquemment, les personnes morales vont gagner en importance¹⁴³ et deux types de groupements vont avoir leur essor : les sociétés commerciales et les syndicats¹⁴⁴. Le droit, alors, ne pouvait plus nier l'existence des êtres collectifs comme c'était le cas après la Révolution française et la perte d'importance des groupements au sein de l'ordre juridique franco-brésilien devrait être remplacée par le début d'une ascension des êtres collectifs à l'intérieur du droit¹⁴⁵.

¹³⁸ En ce qui concerne la relation entre l'individualisme et la personne morale, FRANCO dit que « le développement ou non de la personne morale, sa participation plus ou moins importante dans la société et sa relation avec le droit civil ou pénal, est étroitement liée à la tendance sociale de l'époque (...) quand les sociétés sont plus collectivistes, les personnes morales ont plus d'importance et on considère de manière plus facile que les personnes morales peuvent être auteurs des infractions » A. FRANCO, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁹ Selon certains auteurs, cette irresponsabilité pénale des groupements a été consciemment voulue par la bourgeoisie, laquelle voulait développer le pouvoir économique sans l'intervention du droit pénal en ce qui concerne les entreprises. Par rapport au thème, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁰ A. MESTRE, thèse préc., p. 7.

¹⁴¹ C.-M. BENARD, thèse préc., p. 19.

¹⁴² J. L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris : PUF, 1996, n. 103 e s.

¹⁴³ « Ce siècle écoulé aura bien mérité d'être appelé le siècle des personnes morales, comme jadis on désignait une période du nom d'une personne physique : siècle de Péricles ou d'Auguste » E. DU PONTAVICE, Une nouvelle personne morale, la société de quirataires, *in Revue trimestrielle de droit civil*, 1963, p. 3. Dans le même sens, RIPERT disait, « depuis un siècle, ce ne sont plus des hommes qui détiennent les grandes positions du commerce et de l'industrie ; ils ont été éliminés par les sociétés par actions. Aucun fait n'est plus important que celui-là pour la compréhension du régime capitaliste. » G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris : LGDJ, 1951, p. 51.

¹⁴⁴ « Peu connues au XVIII^{ème} siècle, les sociétés, et en particulier les sociétés commerciales, se sont développées en même temps que la révolution industrielle pénétrait sur le vieux continent » B. BOULOC, La place du droit pénal dans le droit des sociétés, *in RSC*, 2000, p. 17.

¹⁴⁵ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 100.

Introduction générale

Dans ce contexte et afin de reconnaître une fois de plus l'existence des corporations, le droit français après la Révolution industrielle va créer diverses lois relatives aux personnes morales. D'un côté, la loi du 18 juillet 1856, laquelle régla les sociétés en commandite par actions. De l'autre côté, la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes¹⁴⁶. De la même manière, le droit brésilien va lui aussi créer le Code de commerce de 1850, lequel prévoyait plusieurs dispositions relatives aux groupements¹⁴⁷. De ce fait, avec la Révolution industrielle, les personnes morales qui ont disparu de l'ordre juridique pendant les années qui ont suivi la Révolution française sont devenues à nouveau sujets de droit en France et au Brésil.

De toute façon, nonobstant le fait que certaines lois franco-brésiliennes ont à nouveau reconnu l'existence des personnes morales au sein du droit, il manquait encore une théorie capable d'expliquer la nature juridique des groupements. Dans ce contexte, comme l'étude de la matière en France et au Brésil avait été interrompue après la Révolution française, c'est en Allemagne que les juristes franco-brésiliens ont trouvé une théorie capable d'expliquer le thème. Il s'agissait de la théorie de la fiction qui a été conceptualisée par SAVIGNY à partir du droit romain¹⁴⁸. D'après cette théorie, la personne morale et sa personnalité juridique étaient au fond de simples outils techniques du droit, lesquelles permettaient « à des groupements, dénués de volonté nécessaire à la capacité, d'acquiescer des droits et des obligations, d'exploiter une activité et d'être titulaire d'un patrimoine autonome »¹⁴⁹. Ainsi, dans le cadre de cette théorie, les êtres collectifs étaient perçus par le droit non pas comme des êtres réels à l'instar des personnes physiques, mais comme de simples fictions, lesquelles étaient dénuées autant d'une capacité d'action que d'une volonté autonome, mais qui pouvaient cependant avoir une existence conventionnelle dans le droit. Il s'agissait par conséquent d'une théorie simple, mais qui expliquait convenablement la nature juridique des personnes morales au sein de l'ordre juridique.

¹⁴⁶ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 18.

¹⁴⁷ J. BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, Rio de Janeiro : Forense, 1971, p. 36.

¹⁴⁸ R. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris : Firmin-Didot, 1860. « Ces travaux ont été connus en France par la traduction du cours de droit civil de son disciple Zachariae par Aubry et Rau ». M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 18.

¹⁴⁹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 20.

Pour cette raison, la doctrine de SAVIGNY va être adoptée autant par le droit en France¹⁵⁰ que par le droit au Brésil¹⁵¹, afin d'expliquer la nature juridique des groupements et de leur personnalité dans le droit. Par conséquent, depuis la Révolution industrielle, les êtres collectifs sont non seulement revenus dans le champ du droit, mais plus que cela ils avaient une théorie capable d'expliquer leur nature juridique. Cependant, ces changements n'ont pas été capables de rétablir la responsabilité pénale des groupements ni au sein du droit pénal français, ni au sein du droit pénal brésilien. En réalité, la théorie de la fiction a rendu la nature juridique des êtres collectifs incompatible avec les théories et les concepts du droit pénal, puisque dénuées d'une capacité d'action et d'une volonté autonome les personnes morales ne pouvaient accomplir ni les éléments matériel et subjectif de l'infraction, ni l'exigence d'imputabilité¹⁵². C'est pourquoi à cause de leur nature fictive les groupements ont demeuré en dehors du droit pénal après la Révolution industrielle et cela même face à certains changements que cette Révolution a provoqué au sein du droit pénal, lui-même.

En réalité, en plus de rendre les personnes morales plus importantes dans l'ordre juridique franco-brésilien, la Révolution industrielle a été également à l'origine de plusieurs changements au sein du droit pénal, notamment à cause du fait qu'avec elle le chiffre d'accidents du travail a énormément augmenté. De ce fait, pendant la Révolution industrielle, l'entreprise¹⁵³ a commencé à être perçue comme un lieu où des actes illicites sont susceptibles de se produire¹⁵⁴ et cela avec une particularité : des difficultés supplémentaires pour trouver leur responsable¹⁵⁵. Ainsi, en raison de cette particularité, les victimes des infractions pendant cette période restaient parfois sans aucune indemnité face à leur préjudice et l'impunité d'auteurs d'actes illicites n'était pas exceptionnelle durant cette époque¹⁵⁶. C'est pourquoi la Révolution industrielle, notamment en

¹⁵⁰ « L'influence de Savigny fut considérable ; la doctrine de la fiction des personnes morales s'imposa comme un dogme que l'on ne se donnait plus la peine de vérifier, ni souvent comprendre ; l'irresponsabilité pénale était considérée comme une suite inévitable de la fiction, dont Feurbach avait tiré les conséquences en droit pénal » A. MESTRE, thèse préc., p. 10. La Cour de cassation décidait à l'époque « qu'en vertu d'une fiction de droit privé, les sociétés de commerce sont réputées jouir d'une personnalité morale » Cour de cass., 1^{er} Ch. civ., 25 juillet 1933, DP 1936, 1, p. 121, note SILZ. Dans le même sens pour les sociétés civiles : CA Nancy, 18 mai 1872, S. 1872, 2, p. 197 ou CA Douai, 11 juillet 1882, 2, p. 428.

¹⁵¹ V. RAO, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991, p. 668.

¹⁵² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 20.

¹⁵³ Pour une définition du terme « entreprise », voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 651.

¹⁵⁴ « À partir de la Révolution Industrielle, les choses ont changé. On commence à avoir une délinquance au sein de l'entreprise. Le droit pénal alors va penser à une solution pour résoudre ce problème. La production industrielle va augmenter les possibilités des infractions pénales et le droit pénal devait répondre à cette nouvelle réalité de la délinquance » S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁵ J. FIGUEIREDO DIAS, Para uma dogmática do direito penal secundário, in *Revista legislação e Jurisprudência*, n^o 117, 1984/1985, p. 74.

¹⁵⁶ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 98.

Introduction générale

France, va provoquer également un important changement au sein du droit pénal : l'établissement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise¹⁵⁷.

De cette façon, avec l'établissement de cette nouvelle responsabilité, le droit pénal a résolu le problème occasionné par l'accroissement du chiffre d'accidents du travail pendant la Révolution industrielle. En effet, grâce au fait que le chef d'entreprise puisse désormais être déclaré coupable des infractions commises par leur proposés, les victimes ne restaient plus sans aucune indemnité face à leur préjudice et l'impunité n'était plus la règle en ce qui concerne les infractions accomplies au sein d'une personne morale. Ainsi, on peut penser qu'au lieu de rétablir la responsabilité pénale des groupements, afin que l'être collectif puisse lui-même devenir pénalement coupable des actes illicites commis en son sein¹⁵⁸, le droit pénal franco-brésilien a procédé autrement et il a créé la responsabilité du chef d'entreprise pour répondre aux problèmes qui lui étaient posés par la Révolution industrielle¹⁵⁹. De ce fait, la Révolution industrielle a été à l'origine de plusieurs changements au sein du droit pénal, pourtant elle n'a pas été capable de susciter le rétablissement de la responsabilité pénale des groupements ni au sein de l'ordre juridique français, ni au sein de l'ordre juridique brésilien.

C'est pourquoi on peut déduire en définitive que malgré le regain d'importance des êtres collectifs dans le droit après la Révolution industrielle et nonobstant les considérables changements qu'on va avoir en droit pénal pendant cette époque, les personnes morales ont

¹⁵⁷ « Si en général, chacun n'est passible de peine qu'à raison de son fait personnel, cette règle souffre exceptions en certaines matières ; notamment en fait de profession industrielle, réglementée, les conditions où le mode d'exploitation imposé à l'industrie obligent essentiellement le chef ou le maître de l'établissement qui est personnellement tenu de les faire exécuter, et en cas d'infraction même par la faute de ses ouvriers ou préposés, ce n'est pas moins lui qui est avant tout réputé contrevenant » Cour de cass., Ch. crim., 28 janvier 1859. « Par le 'chef d'entreprise', au sens pénal du terme, il faut entendre tout individu exerçant un pouvoir de direction au sein d'un groupement » E. DREYER, *op. cit.*, p. 652.

¹⁵⁸ Telle était la solution proposée au sein du droit anglais, lequel a restauré la responsabilité pénale des personnes morales pendant la Révolution industrielle. En effet, dans un arrêt daté de 1842, la Chambre des Lords a décidé que les groupements pouvaient être pénalement responsables pour une infraction matérielle accomplie au sein de l'entreprise, notamment dans les cas où la loi impose une obligation ou une omission d'agir. Voir : *The Birmingham and Gloucester Railway* [1842], 3 Q.B. 223. Dans le même sens, *The Great North of England Rly Co.* [1846]. « En l'espèce, il s'agissait de deux compagnies de chemins de fer qui ont été condamnées ; l'une pour ne pas avoir accompli une obligation qui lui était imposée par la loi, l'autre pour ne pas avoir coupé et obstrué une voie publique par des travaux effectués d'une façon non conforme aux pouvoirs qui lui avaient été conférés par un acte de parlement » S. GEEROMS, *La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative, in Revue internationale de droit comparé*, 1996, p. 540-541.

¹⁵⁹ Au Brésil le parcours a été en réalité un peu différent de celui accompli en France. En réalité, comme le pays était une colonie d'exploitation du Portugal, le législateur avait créé une loi selon laquelle il était impossible d'avoir des industries brésiliennes (loi du 5 janvier 1785). Le but du législateur était de protéger les industries portugaises ayant beaucoup d'échanges commerciaux avec la colonie brésilienne. Cette loi va exister jusqu'au XIX^{ème} siècle et ainsi la Révolution industrielle ne commencera au Brésil qu'au début du XX^{ème} siècle. Ainsi, sans avoir le développement des entreprises pendant le XIX^{ème} siècle, le droit pénal brésilien, contrairement au droit pénal français, ne va pas s'inquiéter pendant cette époque des infractions commises au sein des entreprises et, par conséquent, ne va créer ni une responsabilité pénale du chef d'entreprise, ni une responsabilité pénale de la personne morale.

demeuré pénalement irresponsables en France et au Brésil¹⁶⁰. Par conséquent, même après la Révolution industrielle, le droit pénal franco-brésilien a continué à avoir l'être humain comme seul destinataire. De ce fait, c'est exclusivement autour de la personne physique que cette matière s'est construite en France et au Brésil depuis la Révolution française¹⁶¹, en travaillant avec des théories et des concepts qui étaient incompatibles avec la nature fictive¹⁶² des personnes morales¹⁶³.

10. Le retour de la responsabilité pénale des personnes morales. Ainsi, à la fin du XIX^{ème} siècle et pendant le début du XX^{ème} siècle, la personne physique demeurait seule au centre du droit pénal. Conséquemment, les principales discussions doctrinales et jurisprudentielles dans cette matière avaient pour unique objet l'être humain. En France, on discutait sur l'existence du libre arbitre face au déterminisme, sur les finalités de la peine vis-à-vis du délinquant personne physique¹⁶⁴. Au Brésil, le débat entre causalistes et finalistes avait lieu et l'on se demandait si la volonté autonome, celle qui ne pouvait exister que chez l'être humain, était un élément constitutif de l'infraction ou plutôt une exigence de la notion d'imputabilité¹⁶⁵. En tout cas, dans ces deux pays, la personne morale ne retenait aucunement l'attention des pénalistes, lesquels consacraient leurs études et leurs recherches au seul destinataire du droit pénal depuis la Révolution française : la personne physique.

Toutefois, en 1889, MESTRE va publier en France une thèse sur les personnes morales et la problématique de leur responsabilité pénale. Son travail va être considéré comme le premier essai moderne d'une conceptualisation du thème¹⁶⁶ et va relancer le débat sur la responsabilité

¹⁶⁰ Selon M. BUSATO, l'exclusion des groupements du champ pénal a été voulue par les bourgeois, par la classe dominante pendant la Révolution française. Selon lui, « il est intéressant de noter que la formation de la théorie de l'infraction est une création qui a eu lieu après la révolution politique qui a organisé la société selon les idées des bourgeois. Il semble, donc, logique que les propriétaires des corporations ont aidé à créer un droit pénal qui ne touche pas aux corporations, en excluant du contrôle social les personnes morales » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶¹ « (...) Celui autour et à partir duquel s'est édifié le droit pénal moderne : l'individu » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶² La question était ainsi posée : d'un côté, la théorie de la fiction a été responsable de l'élaboration d'une personne morale chimérique, sans capacité d'action et volonté autonome. De l'autre côté, la théorie de l'infraction s'est développée en exigeant justement de l'agent ces qualités qui sont niées chez la personne morale par la théorie de SAVIGNY. Si l'être collectif n'a ni capacité d'action, ni volonté autonome, comment peut-il remplir l'élément matériel et subjectif de l'infraction ? Il semblait, donc, logique, que l'admission de la théorie de la fiction par le droit civil, et par le droit en général, impliquait-elle aussi la négation de la responsabilité des groupements par le droit pénal. La Cour de cassation, à leur tour, affirmait à l'époque l'incapacité pénale de la personne morale : Cour de cass., Ch. crim., 10 mars 1877, S. 1877, 1, p. 336 ; Cour de cass., Ch. crim., 8 mars 1883, DP 1884, 1, p. 428.

¹⁶³ « Le développement de la théorie de l'infraction, après le XIX^{ème} siècle, a pris comme idée incontestée l'exclusion de la responsabilité pénale des personnes morales » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁴ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 121 et s.

¹⁶⁵ P. BUSATO, *Fundamentos políticos-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 104-105.

¹⁶⁶ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 95.

Introduction générale

pénale des groupements dans la doctrine française¹⁶⁷. Au Brésil, quelques années plus tard, FRANCO va également rédiger un livre sur la responsabilité pénale des êtres collectifs¹⁶⁸, lequel va provoquer la discussion sur le thème aussi au sein du droit pénal brésilien¹⁶⁹. La question était alors à nouveau posée : doit-on punir pénalement une personne morale ? Un groupement peut-il accomplir les éléments matériel et subjectif de l'infraction, aussi bien que l'exigence d'imputabilité en droit pénal ?

Cette discussion doctrinale va alors influencer autant le législateur que la jurisprudence franco-brésilienne de l'époque. De ce fait, au Brésil, le législateur a promulgué en 1927 la loi 5.221/27, laquelle prévoyait qu'une personne morale était capable d'accomplir l'infraction de publicité contre l'ordre social et pouvait ainsi devenir pénalement responsable dans certaines hypothèses¹⁷⁰. De la même manière, cette discussion va aussi influencer le législateur français, lequel a prévu au sein du projet de nouveau Code pénal de 1934 la possibilité de rendre une personne morale pénalement coupable d'un acte illicite¹⁷¹. En outre, après la Seconde Guerre mondiale et peut-être en raison de l'influence des pays de common law¹⁷², plusieurs ordonnances promulguées par le législateur en France ont également prévu la responsabilité pénale des êtres collectifs¹⁷³. La jurisprudence française à son tour admettait aussi de temps à autre « la possibilité de retenir la responsabilité pénale des personnes morale en cas d'infraction matérielle »¹⁷⁴. Pour cette raison, on peut inférer que cette discussion doctrinale sur l'existence ou l'inexistence d'une responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil a eu des échos autant à l'égard du législateur qu'à propos de la jurisprudence franco-brésilienne de cette époque.

¹⁶⁷ Dans la doctrine française mais aussi dans la doctrine brésilienne, car il ne faut pas oublier que le droit pénal brésilien a été très influencé par le droit français pendant cette époque. La doctrine de référence pour les juristes brésiliens était, avant la seconde guerre mondiale, la doctrine pénale française. Dans le même sens, A. COSTA e SILVA, *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 159.

¹⁶⁸ A. FRANCO, *op. cit.*.

¹⁶⁹ Il ne faut pas oublier que la même année au Brésil, A. COSTA e SILVA, dans ses commentaires du Code Pénal de 1890, parle lui aussi de la responsabilité pénale des personnes morales en ayant une position favorable au thème : A. COSTA e SILVA, *op. cit.*, p. 159.

¹⁷⁰ A. FRANCO, *op. cit.*, p. 109.

¹⁷¹ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷² Dans le même sens, P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 63. Comme nous l'avons déjà précisé, le Tribunal de Nuremberg a prévu des sanctions pénales à l'encontre des personnes morales.

¹⁷³ « Les ordonnances des 5 mai, 30 mai et 30 juin de 1945, prises en matières d'entreprises de presse coupable de collaboration avec l'ennemi, en matière de réglementation des changes et enfin en matière économique prévirent explicitement la possibilité de condamner pénalement les personnes morales » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 23. Par ailleurs, la loi du « 10 janvier 1991, renforçant le dispositif de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, illustre par contre une exception récente qui est toujours en vigueur » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 538.

¹⁷⁴ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 23. Dans ce sens, Cour de cass., Ch. crim., 24 décembre 1864, S. 1866, 1, p. 454 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 février 1927, DH 1927, p. 225 ; Cour de cass., Ch. crim., 6 mars 1958, D. 1958, p. 465.

Cependant, même si des lois et des décisions en faveur de cette responsabilité existaient déjà à ce moment là, il ne s'agissait pas encore de la restauration complète de la responsabilité pénale des personnes morales ni en France, ni au Brésil. Au fond, dans le cadre de ces illustrations, les hypothèses de condamnations des groupements étaient restreintes à des situations très spécifiques et parfois la jurisprudence franco-brésilienne de cette période précisait que la responsabilité des êtres collectifs n'était pas susceptible d'être généralisée en droit pénal¹⁷⁵. C'est pourquoi il a fallu attendre la survenance de deux évènements, parmi lesquels un changement du paradigme pénal, pour que la responsabilité pénale des groupements puisse, finalement, être complètement restaurée au sein de l'ordre juridique franco-brésilien.

En effet, au fur et à mesure du XX^{ème} siècle, le droit pénal en France et au Brésil a basculé d'un paradigme pénal « moderne » vers un paradigme pénal « postmoderne »¹⁷⁶. Ainsi, avec ce changement, cette matière s'est montrée plus souple concernant ses principes fondamentaux¹⁷⁷. En outre, en raison de cette modification de paradigme, le droit pénal franco-brésilien est devenu plus flexible et pragmatique¹⁷⁸. De ce fait, grâce à ses nouveaux contours, cette matière s'est montrée plus favorable à la responsabilité des êtres collectifs. D'un côté, avec un droit pénal plus flexible, l'incompatibilité entre les théories et les concepts de cette branche du droit et la nature désincarnée des personnes morales n'était plus un argument valable pour justifier l'irresponsabilité des groupements, car on pourrait employer cette flexibilité du droit pénal afin d'aménager ses théories et ses concepts aux particularités d'êtres collectifs. De l'autre côté, avec un droit pénal plus pragmatique, il existerait une harmonie plus grande entre cette matière et la responsabilité des groupements, car on aurait un droit pénal pragmatique pour une responsabilité qui était, elle aussi, pragmatique¹⁷⁹. Par conséquent, les nouveaux contours du droit pénal depuis ce changement de paradigme ont rendu cette matière plus favorable à l'idée d'une responsabilité

¹⁷⁵ Par exemple, en France, Cour de cass., Ch. crim., 27 février 1968, Bull. crim. 1968, n° 69. Au Brésil : STF, 23 mars 1982, RHC n° 59.290.

¹⁷⁶ L'idée d'un droit pénal postmoderne a été conçue par M. F. TULKENS à plusieurs reprises : La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne (Kerchove et Weyembergh (dir.)), Institut d'études européennes, Éd. De l'Université de Bruxelles, 2001 ; Préface de *Le système pénal en Belgique, Bilan critique des connaissances*, Bruylant, 2002 ; Préface de *Actualités du droit pénal européen*, dir. D. Flore, Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 9, 2003.

¹⁷⁷ J. FIGUEIREDO DIAS, *O Direito penal entre "a sociedade industrial" e a "sociedade do risco"*, p. 141.

¹⁷⁸ M. MASSÉ, Modernité et postmodernité en droit : quelques repères, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010, p. 47.

¹⁷⁹ Comme on l'a déjà énoncé une des principales caractéristiques de la responsabilité pénale des personnes morales est son caractère pragmatique.

Introduction générale

pénale des personnes morales, mais tel n'était pas le seul événement qui a permis le retour définitif des êtres collectifs au centre du droit pénal en France et au Brésil.

En outre, quasiment simultanément à ce changement de paradigme du droit pénal franco-brésilien, l'ordre juridique en France et au Brésil a aussi modifié sa façon de comprendre la nature juridique des personnes morales, en abandonnant la théorie de la fiction au profit de la doctrine de la réalité¹⁸⁰. Dans ce contexte, on a eu deux importantes transformations en ce qui concerne notre manière de percevoir les particularités des groupements, lesquelles ont également contribué au retour définitif des êtres collectifs au centre du droit pénal franco-brésilien. En premier lieu, les organes et les représentants de la personne morale ont commencé à être perçus comme son incarnation institutionnelle, de sorte que leurs actions ou omissions ont commencé à être interprétées par le droit comme en étant les actions ou les omissions de l'être collectif lui-même¹⁸¹. En second lieu, la volonté exprimée par le biais de la réunion, de la délibération ou du vote des dirigeants de la personne morale a commencé à être perçue par le droit comme la volonté du groupement lui-même et non pas comme la volonté d'un tiers simplement attribuée à la personne morale¹⁸². De ce fait, avec ces deux transformations dans notre façon de percevoir les particularités des êtres collectifs, les théories et les concepts du droit pénal sont devenus moins incompatibles avec la nature juridique des groupements, car les personnes morales étaient désormais dotées d'une capacité d'action et d'une volonté autonome, lesquelles pouvaient les rendre plus enclines à accomplir autant les éléments matériel et subjectif de l'infraction, que l'exigence d'imputabilité¹⁸³. Pour cette raison, l'abandon de la théorie de la fiction au profit de la doctrine de la réalité en France et au Brésil a été un second événement qui a également contribué au retour définitif des êtres collectifs au centre du droit pénal franco-brésilien¹⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, face à ces deux événements, les pénalistes ont aussi soulevé quatre importants arguments favorables à la complète restauration de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil. En premier lieu, l'existence d'un considérable potentiel

¹⁸⁰ En France, depuis un arrêt de 1954 (Cour de cass., 1^e Ch. civ., 24 novembre 1953, pourvoi n° 54-07081), la personne morale n'était plus considérée comme une création imaginaire, mais a obtenu le statut d'être réel, au moins pour le droit. Au Brésil, depuis les années 70 « la doctrine de la réalité est, sans contestation, la théorie qui explique le mieux la nature juridique de la personne morale » A. LIMA, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 156.

¹⁸¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 375.

¹⁸² R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 806.

¹⁸³ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 20.

¹⁸⁴ Le ministre de la Justice, M. ARPAILLANGE, lors de la présentation du projet de nouveau Code pénal au Sénat, déclara : « Le temps est venu de nier l'évidence et de reconnaître que les personnes morales constituent, en droit pénal aussi, une réalité juridique, sociologique et économique ».

criminologique chez les êtres collectifs¹⁸⁵. En deuxième lieu, le fait que les personnes morales sont beaucoup plus solvables que les personnes physiques, de sorte que leur responsabilité pénale représentait un avantage au profit des victimes¹⁸⁶ notamment sur le plan comptable des peines et des indemnités¹⁸⁷. En troisième lieu, la chance d'échapper grâce à la responsabilité pénale des groupements aux difficultés existantes dans la recherche des coupables des infractions commises au sein d'une entreprise. En réalité, avec la complète restauration de la responsabilité pénale des personnes morales on éviterait deux problèmes. D'un côté, des investigations interminables qui n'arrivent jamais à trouver le responsable d'un acte illicite accompli au sein d'un groupement¹⁸⁸. De l'autre côté, on éviterait également la condamnation d'une personne physique qui parfois détient le pouvoir au sein de l'être collectif, mais qui est totalement étrangère à l'acte illicite reproché¹⁸⁹. Finalement, en quatrième lieu, les pénalistes en France et au Brésil ont aussi soulevé un dernier argument favorable au complet rétablissement de la responsabilité pénale des groupements : l'envie d'éviter la création d'un « paradis judiciaire » au profit des personnes morales au sein de l'ordre juridique franco-brésilien¹⁹⁰. En réalité, puisqu'il existait une tendance mondiale à rendre les êtres collectifs pénalement responsables des infractions commises pour leur compte, la restauration de cette responsabilité serait synonyme d'une harmonisation des lois franco-brésiliennes¹⁹¹ avec celle des pays où la responsabilité pénale des groupements existait

¹⁸⁵ En effet, d'après la criminologie, les groupements peuvent avoir souvent « une organisation et une puissance telles qu'ils sont en mesure de commettre des actes antisociaux que des individus isolés n'auraient pas eu le pouvoir ou l'audace d'entreprendre », raison pour laquelle leur responsabilité pénale serait souhaitable. Voir D. MAYER, *op. cit.*, p. 293.

¹⁸⁶ « Néanmoins, en réalité la responsabilité des personnes morales n'a pas été pensée en fonction de leur dangerosité (structures intrinsèquement vicieuses, mesures de sûreté), mais plutôt en fonction de leur patrimoine (importance de l'impact économique des sanctions pénales » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 269. Le rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, M. MARCHAND, a invoqué comme argument en faveur de la responsabilité pénale des personnes morales qu'elles pouvaient faire des profits, donc, il serait normal qu'elles aient à supporter les inconvénients de leur existence. Voir D. GUÉRIN, L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149, p. 5.

¹⁸⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 715. Dans le même sens, H. DONNEDIEU DE VABRES, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris : Recueil Sirey, 1950, p. 339.

¹⁸⁸ F. LE GUNEHÉC, Allocution d'ouverture, *in La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution, in Semaine juridique – Ed. Entreprise*, 1994, n° 50, p. 30. Dans le même sens, J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 440.

¹⁸⁹ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 99.

¹⁹⁰ Il faut dire qu'en 1988 le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a pris une recommandation qui incitait les pays membres à introduire la responsabilité pénale (ou administrative) des personnes morales dans leur législation et ainsi éviter l'existence des « paradis judiciaires » pour les groupements au sein de l'Union Européenne. L'on fait référence à la Recommandation N° (88) 18 du Comité des Ministres aux États Membres, concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités, laquelle a été précédée par d'autres recommandations européennes relatives au même sujet : la Résolution (77) 28 sur la contribution du droit pénal à la protection de l'environnement ; la Recommandation N° R (82) 15 sur la criminalité des affaires ; et la Recommandation N° R (82) 15 sur le rôle du droit pénal dans la protection des consommateurs.

¹⁹¹ Harmonisation qui s'inscrit dans une tendance du paradigme pénal postmoderne et du phénomène de la mondialisation, selon laquelle les législations ont une aptitude à se rassembler au sein d'un même scénario international. Dans le même

Introduction générale

déjà¹⁹². De ce fait, cette harmonisation en plus d'éviter la création d'un « paradis judiciaire » au sein de l'ordre juridique franco-brésilien, représentait en outre une équité plus grande entre les personnes morales en droit de la concurrence¹⁹³, car indépendamment du pays où elles auraient leurs activités, les personnes morales seraient soumises au même régime de responsabilité. C'est pourquoi, en invoquant ces quatre arguments, divers pénalistes se sont révélés en France et au Brésil également favorables au rétablissement définitif de la responsabilité pénale des êtres collectifs.

Ainsi, soit en raison du nouveau paradigme pénal, soit grâce à la théorie de la réalité, soit encore à cause de certains arguments, on avait alors un contexte propice à la complète restauration de la responsabilité des personnes morales au sein du droit pénal en France et au Brésil. C'est pourquoi les législateurs français et brésilien, avec une volonté plus pragmatique que théorique, ont rétabli par le biais du nouveau Code pénal en France et par le biais de la loi 9.605/98 au Brésil la responsabilité des groupements au sein du droit pénal franco-brésilien.

Cependant, comme on l'a vu¹⁹⁴, le rétablissement de cette responsabilité dans ces deux pays a été réalisé avant qu'une conceptualisation définitive du thème ait lieu¹⁹⁵. De ce fait, même après le retour des personnes morales dans le champ pénal, plusieurs questions concernant la matière restent encore ouvertes : comment un groupement peut-il accomplir l'élément matériel de l'infraction ? De quelle manière est-il possible d'identifier le dol ou l'imprudence chez les êtres

sens : P. BUSATO, O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica, *in Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, 2006, v. 21, p. 73-92; et J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 439.

¹⁹² « Lorsque, bien plus tard (...) le gouvernement présenta son projet de Code au Parlement (...), il avança quatre motifs au soutien de l'institution : l'imitation des droit étrangers ; l'allègement de la responsabilité des dirigeants personnes physiques ; la gravité des dommages causés par les personnes morales ; le fait que leur décisions sont prises par les organes sociaux eux-mêmes » J.-H. ROBERT, La responsabilité des personnes morales, *in Droit Pénal – Editions Juris-Classeur*, Décembre 2000, p. 20. Concernant le droit pénal brésilien, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 46. En outre Il faut souligner que le législateur brésilien va s'inspirer du travail du législateur français pour créer la responsabilité des personnes morales au Brésil, procédant à une importation presque littérale du texte français. R. DOTTI, *Curso de direito penal – parte geral*, p. 379.

¹⁹³ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹⁴ Voir *supra* (n° 2).

¹⁹⁵ Le nombre très faible de textes concernant le thème en France et au Brésil souligne l'absence d'une conceptualisation définitive de la matière avant la restauration de la responsabilité pénale des personnes morales dans ces deux pays. En France, si l'on exclut les normes relatives aux peines et à leur exécution, il ne reste qu'un seul article, le 121-2 du Code pénal, pour établir le régime de responsabilité des personnes morales. Au Brésil, dans la loi 9.605/98 l'on ne rencontre aussi qu'un seul article dédié à l'application de cette responsabilité. Le projet du nouveau Code pénal brésilien suit la même logique : parmi ses 539 articles il n'y a qu'un seul article, le 41, qui traite du régime pénal des groupements. Dans le même sens, concernant le droit français, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 31. En outre, il faut dire que l'imprécision du texte pénal français à propos d'une telle responsabilité a déjà engendré plusieurs question préliminaire de constitutionnalité (QPC) pour contester la conformité de l'article 121-2 du Code pénal avec le principe de la légalité : Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2010, décision de non transmission n° 09-87.884 (RSC, 2011, p. 177, obs. B. de LAMY) ; Cour de cass., Ch. crim., 29 mars 2011, décision de non transmission n° 11-90.007 ; et Cour de cass., Ch. crim., 27 avril 2011, décision de non transmission n° 11-90.013.

collectifs ? La notion d'imputabilité peut-elle être caractérisée vis-à-vis d'un groupement ? En effet, comme on l'a également vu¹⁹⁶, ces questions sont le frontispice d'une interrogation plus profonde, laquelle n'a pas été encore résolue ni en France, ni au Brésil : de quelle façon un droit pénal crée pour être appliqué à l'égard des personnes physiques peut s'harmoniser avec la responsabilité des personnes morales ?

11. Présentation du plan. Face à ces interrogations, on va essayer de théoriser dans notre étude le processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal et la responsabilité des groupements en France et au Brésil, afin d'expliquer de quelle manière le droit pénal a pu s'accorder avec cette responsabilité, dans le but de surmonter les trois grands problèmes qui synthétisaient le débat autour de la dissonance entre cette matière et la nature désincarnée des groupements. En premier lieu, le problème de l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature immatérielle des personnes morales. En deuxième lieu, le problème de l'inconciliabilité entre l'élément subjectif de l'infraction et les particularités des groupements. En troisième lieu, le problème de l'antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs. Au fond, dans notre recherche on va tenter d'expliquer comment un droit pénal qui depuis la Révolution française a été conçu pour être employé uniquement à l'égard des êtres humains a pu s'harmoniser – tout en respectant ses principes fondamentaux – avec ce nouveau délinquant qui n'est pas une personne physique, mais qui est justement une personne morale.

Dans le cadre de cette recherche, le droit pénal comparé franco-brésilien sera un outil employé en vue de mieux comprendre ce processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal et la responsabilité des groupements. En effet, cet outil s'avère avantageux puisqu'on constate d'importantes similitudes entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien concernant le thème¹⁹⁷. De ce fait, grâce à ces similitudes, il sera plus facile pour nous d'appréhender à l'aide du droit pénal comparé franco-brésilien la manière par laquelle le droit pénal a pu s'harmoniser avec la responsabilité des personnes morales, afin de surmonter les incompatibilités qui existaient entre cette matière et les particularités des êtres collectifs.

¹⁹⁶ Voir *supra* (n° 2).

¹⁹⁷ En ce qui concerne l'utilité du droit comparé dans l'étude du droit pénal, voir J.-H. ROBERT, Rapport de synthèse, *in* *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009, p. 134.

Introduction générale

Ainsi, en raison de cet instrument de recherche, les sujets qui composent notre travail seront présentés par le biais d'une lecture transversale, à la fois sous l'optique du droit français et sous l'optique du droit brésilien. En raison de cette lecture transversale, parfois on aura concernant le même thème des approches plus utilitaristes, en suivant les caractéristiques du droit pénal français, tandis que d'autres fois on aura des approches plus théoriques, en s'attachant aux particularités du droit pénal brésilien. De toute façon, dans tous les cas, notre objectif sera celui d'employer le droit pénal comparé afin de mieux comprendre la manière par laquelle le droit pénal a pu en France et au Brésil s'accorder avec la responsabilité des personnes morales.

Au fond, grâce à l'utilisation de cet instrument de recherche, on peut apercevoir que ce processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des êtres collectifs a été réalisé en France et au Brésil par le biais d'une dialectique double, à la fois d'adaptation et de création. En effet, tandis que certains concepts du droit pénal, comme les éléments matériel et subjectif de l'infraction, ont été adaptés à la nature désincarnée des groupements, d'autres concepts de cette matière, comme la notion pragmatique d'imputabilité, ont été spécialement créés pour les personnes morales. Par conséquent, le droit pénal comparé nous apprend que c'est par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création que le droit pénal a pu s'harmoniser avec la responsabilité des groupements, en surmontant les trois grands problèmes qui synthétisaient le débat autour de la dissonance entre cette matière et la nature désincarnée des êtres collectifs.

En tout état de cause, dans le cadre d'une telle recherche, il semblerait naturel de commencer la présente étude par une analyse du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements, pour ensuite seulement sonder le fond de ce processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales. Néanmoins, l'examen des personnes morales concernées par cette responsabilité et l'étude du groupe d'infractions imputables aux êtres collectifs franco-brésiliens ne sera pas le point de départ, mais il sera plutôt le point d'arrivée de notre recherche. En effet, ce renversement dans l'ordre naturel des choses est préférable puisqu'on rencontre dans le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements deux éléments qui confirment l'idée selon laquelle l'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des êtres collectifs a été réalisée par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. D'un côté, le principe de spécialité est un premier élément qui confirme l'idée d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements. De l'autre côté, les immunités instaurées au profit de certaines personnes morales de droit public

franco-brésiliens sont un second élément qui corrobore l'idée d'un mouvement de création accompli par le droit pénal vis-à-vis des êtres collectifs. De ce fait, l'examen du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil nous servira à démontrer que le raisonnement employé tout au long de notre recherche a sa raison d'être, car cet examen corrobore le fait que le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des groupements a été effectivement réalisé par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. Pour cette raison, puisqu'il confirme le raisonnement employé tout au long de notre étude, l'examen des personnes morales concernées par cette responsabilité et l'analyse du groupe d'infractions imputables aux êtres collectifs franco-brésiliens ne sera pas le point de départ, mais il sera plutôt le point d'arrivée de notre recherche.

Quoi qu'il en soit, afin de mieux comprendre de quelle manière le droit pénal a pu s'accorder avec la responsabilité des groupements en France et au Brésil, on doit, tout d'abord, analyser le mouvement d'adaptation qui a été réalisé par cette matière à l'égard des êtres collectifs (**PARTIE I**), pour seulement ensuite examiner le mouvement de création qui a été accompli par le droit pénal vis-à-vis des personnes morales (**PARTIE II**). En effet, c'est uniquement après une telle étude qu'on pourra comprendre comment un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des personnes physiques a pu s'harmoniser en France et au Brésil avec la responsabilité des personnes morales, tout en respectant ses principes fondamentaux.

PREMIÈRE PARTIE :
L'ADAPTATION DU DROIT
PÉNAL À L'ÉGARD DES
PERSONNES MORALES

PARTIE I. L'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales

12. Le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales. La responsabilité pénale des personnes morales depuis son origine présentait deux problèmes.

Le premier était un problème d'ordre matériel. Comment un être sans corps pourrait-il accomplir un acte illicite ? En effet, la personne morale ne peut avoir une prise directe sur les choses et par conséquent, d'aucuns étaient tentés de qualifier cette responsabilité d'indirecte – puisque le groupement serait responsable d'un fait illicite qu'il n'a pas matériellement accompli. Ensuite, le second problème était d'ordre moral. Le droit pénal ne comporte pas de responsabilité objective. Ainsi, l'élément moral est caractérisé chez le délinquant par la présence d'une volonté illicite. Or, la question qui se pose est celle de savoir comment est-il possible de rencontrer l'élément subjectif de l'infraction chez un être dépourvu d'esprit ?

Afin de résoudre ces contradictions, le législateur français et dans son sillage, le législateur brésilien, ont entrepris d'adapter le droit pénal aux caractéristiques des personnes morales. Tout d'abord, quant à la première condition de la responsabilité pénale des groupements (l'infraction commise par leurs organes ou représentants), il a adapté les notions déjà existantes concernant l'élément matériel de l'infraction envers l'être moral (**TITRE I**). En second lieu, le droit pénal a été doté d'un critère à dessein de constater l'existence d'une volonté illicite chez la personne morale. Il s'agit de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, selon laquelle, l'infraction imputée à l'encontre de la personne morale doit être commise pour son compte (**TITRE II**).

TITRE I. Une responsabilité personnelle : le fait de l'organe ou d'un représentant comme le fait de la personne morale

13. L'adaptation de l'élément matériel à l'égard des groupements. L'élément matériel de l'infraction est avant tout d'une action ou d'une omission incriminée par la loi. Il se traduit par l'exécution d'un acte illicite, qui soit donc matériellement constatable. Ainsi, la responsabilité des groupements nécessite un premier effort d'adaptation du droit pénal à l'égard de la personne morale afin qu'il soit admis que l'être collectif, malgré sa nature immatérielle, puisse accomplir une infraction. Si le fait qu'une personne physique puisse commettre une infraction relève de l'évidence, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la personne morale. La nature immatérielle d'un tel être semble exclure ontologiquement une telle possibilité.

Ainsi, afin de surmonter ce problème logique, le législateur français et brésilien, dans une dynamique d'adaptation du droit pénal, a utilisé la technique de l'emprunt d'un *substratum* humain. Selon cette technique, la réalisation de l'élément matériel de l'infraction par le groupement suppose l'entremise d'une personne physique, laquelle offre à la personne morale le support humain nécessaire pour qu'elle puisse accomplir matériellement une action ou une omission illicite. C'est pourquoi l'article 121-2 du Code pénal français et l'article 3 de la loi 9.605/98 prévoient à titre de première condition de la responsabilité pénale de la personne morale le fait de l'organe ou du représentant.

Néanmoins, l'utilisation d'une telle technique par le législateur a nécessité une adaptation subséquente car en effet, puisque la personne morale n'accomplit pas elle-même l'élément matériel de l'infraction, d'aucuns ont fait remarquer qu'elle serait soumise à une responsabilité du fait d'autrui. Alors, pour ces penseurs la responsabilité pénale des personnes morales devrait être interprétée dans le cadre d'un modèle vicarial, selon lequel elle serait la simple conséquence de la responsabilité pénale d'une personne physique. Le problème d'un tel raisonnement était qu'il était contraire au principe de personnalité qui excluait théoriquement la responsabilité du fait d'autrui en droit pénal. Cependant, nonobstant un tel problème, la jurisprudence franco-brésilienne a appliqué un tel raisonnement à l'encontre des personnes morales dans un premier temps. En France, elle le faisait en exigeant l'identification de la personne physique agissant *ès qualité* pour que la personne morale puisse devenir pénalement responsable. Au Brésil, les tribunaux consacraient une responsabilité vicariale des groupements en faisant de la mise en cause et de la

condamnation d'une personne physique identifiée des conditions supplémentaires pour établir la responsabilité pénale des groupements.

Face à ce contexte, le droit pénal devait faire l'objet d'une seconde adaptation à l'égard des personnes morales. Suite au développement de la jurisprudence et de la doctrine relative à cet objet, les juristes se sont aperçus que le comportement de l'organe ou du représentant de la personne morale était, en réalité, le comportement de la personne morale elle-même. En effet, ces personnes ayant un pouvoir de direction et de contrôle au sein du groupement, elles l'incarnent physiquement, de sorte qu'il y a une véritable identification entre la personne morale, son organe et son représentant. C'est pourquoi ces personnes doivent être considérées par le droit pénal comme une seule et même personne.

À partir de ce raisonnement, la jurisprudence, dans un second temps, a changé sa façon d'interpréter l'utilisation d'un *substratum* humain par la personne morale et a consacré un modèle identificatoire de responsabilité pénale des groupements. En n'exigeant plus comme des conditions préliminaires à l'établissement de la responsabilité des personnes morales ni l'identification de la personne physique agissant ès qualité (France), ni la condamnation de la personne physique organe ou représentant (Brésil), la jurisprudence franco-brésilienne a fini par appliquer une responsabilité directe des groupements. Ainsi, la personne morale n'était plus responsable du fait d'autrui, mais elle était dorénavant responsable par le fait d'autrui.

Par ailleurs, au delà de la jurisprudence, la doctrine brésilienne a développé un concept d'action en droit pénal pour rendre l'élément matériel de l'infraction compatible avec la nature désincarnée de la personne morale.

Toutefois, d'aucuns ont fait remarquer qu'un changement d'interprétation et de mise en œuvre de la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales, associés à un nouveau concept d'action en droit pénal, ne serait pas suffisant pour rendre cette responsabilité compatible avec le principe de personnalité. Par conséquent, selon eux, on devrait également rechercher une faute liée à la structure ou à l'organisation du groupement pour le rendre pénalement coupable. Un tel raisonnement a été développé dans le cadre d'un modèle organisationnel de responsabilité des personnes morales – mais a été refusé par la jurisprudence en France et au Brésil, puisque selon elle la faute de l'organe ou du représentant suffit à établir une responsabilité personnelle des personnes morales.

Quoi qu'il en soit, on va étudier tout d'abord la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales et sa relation avec l'élément matériel de l'infraction (**CHAPITRE I**)

pour ensuite vérifier comment cette condition a été instrumentalisée pour réaliser une adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I – La première condition de la responsabilité pénale des personnes morales

14. L'incapacité d'action ou d'omission chez l'être moral. « En droit pénal, seul l'homme peut accomplir une action ou une omission. C'est pourquoi il est impossible de concevoir une responsabilité pénale des groupements. La personne morale n'existe pas physiquement, raison pour laquelle elle ne peut pas réaliser un comportement illicite »¹⁹⁸.

Cette assertion résume le premier grand obstacle qui a été soulevé contre la responsabilité pénale des personnes morales. Afin de le surmonter, le droit pénal a élaboré comme première condition pour la responsabilité pénale des groupements la commission d'un fait illicite par l'organe ou le représentant de la personne morale (**SECTION I**). Cependant, si une telle condition permet de résoudre le problème de l'incompatibilité entre la nature désincarnée de la personne morale et l'élément matériel de l'infraction, elle nous permet néanmoins de penser que la responsabilité des groupements est une responsabilité indirecte, inadaptée aux principes fondamentaux du droit pénal (**SECTION II**).

Section I – L'infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale

Compte tenu de la nature immatérielle des groupements, la responsabilité pénale de la personne morale, pour se réaliser, avait besoin tout d'abord d'un support humain qui pourrait au nom de l'être collectif commettre une action ou une omission illicite (**SOUS-SECTION I**). Dans cette démarche d'adaptation, les législateurs français et brésilien ont utilisé un critère organique pour déterminer la personne qui, au sein du groupement, pourrait accomplir un fait illicite au nom de l'être moral et l'engager pénalement (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – L'élément matériel de l'infraction et la nécessité d'un *substratum* humain

Tout d'abord il convient d'étudier les caractéristiques de l'élément matériel de l'infraction (**§1**), pour pouvoir ensuite constater l'incompatibilité de cet élément avec les personnes morales et en déduire qu'un effort d'harmonisation doit être réalisé par le droit pénal pour adapter l'élément matériel de l'infraction à l'égard des groupements (**§2**).

¹⁹⁸ G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari : Laterza, 1990, p. 145.

§1) L'élément matériel de l'infraction

15. L'infraction au sein du droit pénal. Bien que l'infraction semble être un des concepts angulaires du droit pénal, plusieurs définitions coexistent pour en rendre compte¹⁹⁹. Celles-ci peuvent être d'ordre juridique ou philosophique²⁰⁰. Cependant, si l'on s'en tient à un concept technique de l'infraction, les pénalistes français et brésiliens s'accordent en général pour la définir comme « une action ou une omission prévue par la loi et punie par elle au moyen d'une sanction spécifique, la peine ou la mesure de sûreté »²⁰¹. Il s'agit d'une définition générale et abstraite qui prend en compte la conséquence et la source de l'infraction²⁰². Toutefois, elle n'éclaire pas quant aux éléments constitutifs de l'infraction, qui sont pourtant nécessaires afin d'appréhender rigoureusement la notion²⁰³.

16. Les éléments constitutifs de l'infraction. La notion d'élément constitutif de l'infraction n'est guère ancienne. Elle est apparue pour la première fois qu'au XIX^{ème} siècle²⁰⁴. Ce fut MOLINIER qui, en 1851, forgea le début d'une théorie relative aux éléments constitutifs de l'infraction²⁰⁵, néanmoins c'était TREBUTIEN²⁰⁶ qui utilisa pour la première fois l'expression. Depuis lors, les juristes étudient généralement l'infraction pénale à l'aune de ses éléments constitutifs²⁰⁷.

Un élément constitutif est, ontologiquement, un élément sans lequel l'infraction ne peut être qualifiée. Sans lui « aucune infraction ne peut être relevée et aucune peine ne peut être valablement prononcée »²⁰⁸. Par ailleurs, notamment en France, il ne concerne pas l'existence

¹⁹⁹ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, São Paulo : Atlas, 2014, p. 206.

²⁰⁰ R. BERNARDINI, *Droit criminel – volume II : l'infraction et la responsabilité*, Bruxelles : Larcier, p. 34.

²⁰¹ *Idem*, p. 35.

²⁰² A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981, p. 10.

²⁰³ « La notion d'infraction qui s'inscrit parmi les théories générales que le droit pénal général élabore n'est pas une donnée qui se suffit à elle-même » A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁴ J.-H. ROBERT, L'histoire des éléments de l'infraction, in *RSC*, 1977, p. 269. Peut-être, la notion d'élément constitutif de l'infraction est apparue à cette époque également à cause de l'influence de la philosophie positiviste d'Auguste Comte au sein du droit pénal pendant le XIX^{ème} siècle. Par rapport au thème, voir R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 121.

²⁰⁵ Selon lui, « tout fait incriminé et puni par la loi offre deux éléments : un élément matériel qui consiste en des actes extérieurs ; un élément purement moral qui se réfère à l'agent qui constitue la culpabilité », voir V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel – deuxième partie*, Toulouse : Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1854, p. 87.

²⁰⁶ E. TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris : A. Lahure, 1878, p. 83. Il énonçait qu'il « est facile de découvrir qu'il y a deux conditions essentielles et constitutives de la criminalité : 1^o un élément matériel et sensible se composant du fait tel qu'il se produit au dehors ; 2^o un élément moral résultant de la volonté de l'agent ».

²⁰⁷ « L'idée de décomposer en éléments une notion juridique quelconque est pédagogiquement tellement efficace qu'elle a été utilisée ici ou là dans d'autres enseignements que celui du droit pénal (...) mais c'est seulement chez les criminalistes que cette manière d'enseigner et de penser a été observée pendant des décennies par la quasi-totalité des ouvrages didactiques » J.-H. ROBERT, *L'histoire des éléments de l'infraction*, p. 269.

²⁰⁸ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 37.

d'une responsabilité pénale, mais plutôt la reconnaissance du « fait générateur » de celle-ci²⁰⁹. Ainsi, il s'agit d'un élément prévu par un texte pénal, lequel « manifeste directement l'activité du délinquant »²¹⁰ et est nécessairement « contemporain de l'infraction puisqu'il en est une partie »²¹¹. Mais quel est ou quels sont les éléments constitutifs de l'infraction ?

La réponse n'est pas univoque, car si les pénalistes s'accordent entre eux pour dire que l'infraction est composée par des éléments constitutifs, ils ne sont cependant pas d'accord en ce qui concerne l'identification de ces éléments²¹².

En France, tout d'abord, un pan de la doctrine ne reconnaît pas l'élément psychologique comme étant une composante du concept d'infraction. Selon elle, l'infraction est avant tout une violation matérielle de la loi pénale, d'où l'étrangeté de l'élément psychologique à sa constitution morphologique²¹³. Par conséquent, selon ces auteurs²¹⁴, l'infraction serait composée d'un seul élément constitutif : l'élément matériel, celui-ci peut être une action ou une omission accomplie par le délinquant. Il s'agit d'une conception de l'infraction essentiellement objective, particulièrement adéquate avec les anciens systèmes de justice criminelle, où on n'avait pas encore une spiritualisation pleine du droit pénal²¹⁵.

Un autre pan de la doctrine pense que l'infraction serait constituée de deux éléments. D'un côté, un élément matériel qui est un fait (action ou omission) accompli par une personne. D'une

²⁰⁹ Il faut dire que pour certains auteurs, l'infraction et la responsabilité pénale ne font qu'un, « de telle sorte que les éléments constitutifs de l'infraction correspondent à l'ensemble des conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité pénale » (voir : A.-C. DANA, *op. cit.*; X. PIN, *Droit pénal général*; et P. BUSATO, *Direito penal - parte geral*). Cependant, pour d'autres, et c'est l'idée orientant la présente étude « l'infraction est une notion plus étroite qui doit être distinguée de la responsabilité pénale ». Alors, elle est le « fait générateur » de la responsabilité pénale et il ne s'agit pas de la seule condition pour la responsabilité pénale, mais plutôt d'une des conditions. Dans le même sens : R. BERNARDINI, *op. cit.* ; et F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 2009.

²¹⁰ A. VITU, *Traité de droit penal spécial*, Paris : Cujas, 1982, p. 21.

²¹¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 44.

²¹² « Ces éléments n'ont pas, en effet, été conçus tous ensemble, comme le contenu de chacun d'eux, a varié au cours de leur longue existence qui est pleine de crises, d'avatars et de querelles » J.-H. ROBERT, *L'histoire des éléments de l'infraction*, p. 270. Dans le même sens, au Brésil, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 208.

²¹³ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 505.

²¹⁴ Voir J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 589.

²¹⁵ Dans le même sens, F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 7. Dans les anciens systèmes de justice criminelle, l'infraction et la responsabilité pénale étaient perçues seulement dans leur dimension objective. Au fur et à mesure, notamment après le développement des religions monothéistes et du développement de la morale chrétienne, le droit pénal va saisir la subjectivité de l'homme criminel (J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris : PUF, 1989, p. 13). Alors, cette subjectivité va avoir sa place non seulement concernant l'imputabilité pénale, l'homme devait être libre et conscient pour être responsable, mais aussi concernant la culpabilité pénale, l'on devait observer la volonté derrière l'acte illicite (S. SUARDI, *La maladie mentale et le droit pénal*, thèse Nice, 2010, p. 67 à 71). Ces deux dimensions subjectives (imputabilité et culpabilité) ont forgé en droit pénal le principe de la culpabilité. Quoi qu'il en soit, il faut souligner que les auteurs qui travaillent avec une conception objective de l'infraction reconnaissent cette dimension subjective du droit pénal, cependant ils le font normalement dans l'imputabilité pénale. Voir : F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, Madrid : Reus, 1999, v. 3, p. 125 ; et C. ROXIN, *Derecho penal*, Madrid : Civitas, 1997, v. 1, p. 794.

autre côté, un élément subjectif²¹⁶, lequel révèle chez le délinquant une volonté ou une absence de volonté dans l'accomplissement de cet acte²¹⁷. Le premier pénaliste à développer une théorie dualiste des éléments constitutifs de l'infraction était MUYART de VOUGLANS. Il affirmait qu'il « faut bien distinguer dans le crime le fait et l'intention », car « c'est par la réunion du fait extérieur avec l'intention que se forme le crime »²¹⁸. Dès lors, plusieurs juristes en France ont adopté cette théorie qui perdure aujourd'hui encore, et semble faire l'objet d'un large consensus dans la communauté des pénalistes²¹⁹.

Finalement, l'Hexagone comprend une dernière partie de la doctrine selon laquelle un troisième élément entre dans la constitution de l'infraction. Néanmoins, celui-ci varie selon chaque penseur. En effet, d'aucuns défendent l'idée selon laquelle l'infraction serait également composée par un élément légal²²⁰, de sorte que la loi ferait partie de cette notion, car il n'y a pas de fait illicite sans un texte qui le prévoit²²¹. D'autres ajoutent à l'infraction un élément dit « injuste »²²². « Pour ces auteurs, l'acte accompli devrait être injuste pour être une infraction pénale. Cela revient à dire que l'absence de faits justificatifs serait un élément constitutif de l'infraction »²²³. Ainsi, pour ces penseurs, l'infraction aurait trois éléments constitutifs : l'élément matériel ; l'élément subjectif ; et un troisième qui pourrait être ou l'élément légal ou l'élément injuste.

²¹⁶ L'élément subjectif ou psychologique de l'infraction est souvent dénommé en France « l'élément moral » de l'infraction. (voir, par exemple, X. PIN, *Droit pénal générale*, p. 155). Malgré l'utilisation du terme par plusieurs auteurs, on comprend qu'elle est incorrecte, car elle traduit une confusion entre les caractéristiques subjectives de la culpabilité et le contenu moral de l'imputabilité pénale. Pour cette raison, on utilisera l'expression « élément subjectif ou psychologique de l'infraction » à la place de l'expression « élément moral ». Dans le même sens, R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 42.

²¹⁷ « Il n'y a en effet infraction qu'à partir du moment où le comportement, dans sa dimension matérielle mais aussi dans sa dimension psychologique, correspond entièrement aux prévisions du texte servant de base à la poursuite (...) soit les faits ont été accomplis de façon intentionnelle, soit ils ont été accomplis avec faute » E. DREYER, *op. cit.*, p. 541.

²¹⁸ P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris : Chez Merigot, 1780, p. 2, n° VII. Dans le même sens, en 1826, MERLIN énonçait que « tout délit se compose de deux éléments : d'un fait qui en constitue la matérialité et de l'intention qui a conduit à ce fait et en détermine la moralité » P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris : chez Garnery, 1826, p. 388.

²¹⁹ En France, plusieurs juristes travaillent encore avec un concept de l'infraction composé de deux éléments constitutifs : l'élément matériel et l'élément psychologique. Voir, par exemple : R. BERNARDINI, *op. cit.* ; et E. DREYER, *op. cit.*

²²⁰ Cette analyse a été faite pour la première fois en 1789 par ARMAND LAINÉ, dans son livre *Traité élémentaire de droit criminel*.

²²¹ La notion d'un élément légal de l'infraction peut être critiquée, car selon elle « la loi est partie de l'infraction, ce qui est une proposition inadmissible car une norme ne peut s'intégrer à un fait au surplus illicite. Au vrai, le texte de loi est une condition essentielle, non un élément de l'infraction : il constitue l'une des formes de la qualification, par laquelle on identifie une conduite comme étant infractionnelle » A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Paris : A. Colin, 1971, p. 61.

²²² En France, GARRAUD (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, Paris : L. Larose et Forcel, 1888), en reprenant l'analyse de LAINÉ, a travaillé avec un élément dit « injuste » dans sa théorie de l'infraction, néanmoins une telle analyse n'a pas réussi à s'implanter dans la doctrine française, quoiqu'il y ait en France encore aujourd'hui des auteurs qui travaillent avec cet élément dans la théorie de l'infraction. Voir, par exemple, X. PIN, *Droit pénal général*.

²²³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 44.

Au Brésil, en raison de l'influence de la doctrine pénale allemande, l'idée des éléments constitutifs de l'infraction est confondue avec celle de responsabilité pénale²²⁴. Ainsi, pour les juristes brésiliens les éléments constitutifs de l'infraction correspondent à l'ensemble des conditions nécessaires à l'existence de la responsabilité pénale²²⁵. Par conséquent, la majorité de la doctrine au Brésil²²⁶ s'accorde pour dire que l'infraction est composée de quatre éléments constitutifs : l'élément matériel (type objectif) ; l'élément psychologique (type subjectif) ; l'élément « injuste » ; et, finalement, l'imputabilité pénale²²⁷. Ainsi, dès lors que la présence de ces quatre éléments constitutifs est avérée, on est en présence au Brésil non seulement d'une infraction mais aussi d'une responsabilité pénale²²⁸.

Quoi qu'il en soit, malgré les divergences au sein de la doctrine, il semble qu'il y ait un point indiscutable afin de constituer une infraction : l'existence d'un élément matériel. Comme on a vu, le contenu des autres éléments constitutifs peut varier selon la conception de l'infraction que l'on adopte. Cependant, l'élément matériel fait office de constante au sein de chaque théorie.

Ainsi, il s'agit de se pencher sur la signification de cet élément matériel de l'infraction, pour en déduire sa compatibilité, ou son incompatibilité, avec la nature immatérielle de la personne morale²²⁹. Cette démarche se révèle intéressante car l'harmonisation entre le droit pénal et les personnes morales a commencé tout d'abord par le biais d'une adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des groupements.

17. L'élément matériel de l'infraction. L'intervention du droit pénal dans le cadre d'une société à l'encontre d'un individu est conditionnée par l'accomplissement d'un acte matériel expressément prévu par la loi²³⁰. C'est pourquoi la simple et pure « volonté criminelle échappe à toute répression, tant qu'elle ne s'est pas traduite extérieurement par un acte ou par une négligence prévus et

²²⁴ J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, Curitiba : ICPC, 2006, p. 71 et s. En France, il y a aussi des auteurs qui travaillent avec une seule notion pour les concepts de l'infraction et de la responsabilité pénale. Voir A.-C. DANA, *op. cit.*.

²²⁵ Par exemple : H. FRAGOSO, *Lições de direito penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 148-262 ; J. MESTIERI, *Manual de Direito Penal I*, Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 105 ; et R. DOTTI, *op. cit.*, p. 376.

²²⁶ J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 76.

²²⁷ En France l'imputabilité pénale s'applique à l'existence d'une responsabilité pénale plutôt qu'à l'existence de l'infraction pénale. Par ailleurs, tandis qu'en France on utilise le mot imputabilité, au Brésil on utilise le mot culpabilité pour définir le fondement moral de la responsabilité pénale. Le mot culpabilité est utilisé en France pour définir l'élément subjectif de l'infraction.

²²⁸ E. ZAFFARONI et J. PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 390-406.

²²⁹ W. JEANDIDIER, La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1, Janvier-Février, 2006, p. 26.

²³⁰ « Certains mouvements de politique criminelle ont vivement critiqué l'exigence d'un élément matériel de l'infraction. Ainsi, dans le cadre des idées positivistes et dans la doctrine de défense sociale de Gramatica, la matérialité de l'infraction n'a plus été présentée que comme un indice de l'état dangereux (...) la matérialité de l'infraction laissait donc la place à la prise en considération d'états criminels embryonnaires, de défaillances biologiques ou psychosociologiques, justifiant l'intervention de la société avant tout signe, même faible, d'une infraction » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 48.

incriminés par la loi pénale »²³¹. À cet acte extérieur on donne le nom « d'élément matériel de l'infraction ».

Ainsi, l'élément matériel de l'infraction consiste tout d'abord en l'accomplissement par l'individu d'une action ou d'une omission prévue et punie par la loi²³². Par ailleurs, il s'inscrit dans un processus appelé *iter criminis* ou « chemin du crime ». Au sein de ce processus, pour mieux identifier l'existence de l'élément matériel de l'infraction, une distinction est faite entre les actes préparatoires et les actes exécutoires. Cette distinction est importante, car le droit pénal intervient seulement quand le projet criminel est sorti de l'état d'une simple cogitation pour devenir une exécution illicite, en dépassant de simples actes préparatoires. Par conséquent, l'élément matériel, en principe²³³, implique avant tout une « mise à exécution trahissant une volonté active et irrévocable de l'agent » d'accomplir le fait illicite. En d'autres termes, l'on peut dire qu'il s'agit de la traduction physique de la volonté criminelle. Mais de quelle manière l'élément matériel se réalise-t-il dans le monde physique ?

18. L'élément matériel et l'existence d'un comportement. Pour exister, l'élément matériel a besoin tout d'abord d'un comportement. En suivant la distinction naturelle des comportements humains²³⁴, le droit pénal comprend lui aussi deux grandes catégories d'interdits : les actions et les abstentions. Pour cette raison, l'élément matériel de l'infraction peut être un acte positif²³⁵ lequel ne respecte pas une interdiction d'agir prévue par la loi ; mais il peut être aussi une omission²³⁶ qui viole un devoir d'agir prescrit dans un texte et qui révèle une passivité coupable chez le délinquant²³⁷. Ainsi, le droit français et le droit brésilien prévoient qu'une infraction peut être accomplie soit par voie d'une commission, soit par voie d'une omission.

²³¹ P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, Paris : Dalloz, 1934, p. 58.

²³² B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2011, n° 96.

²³³ En principe car le même raisonnement ne peut pas être fait pour les infractions non intentionnelles – lesquelles ne traduisent pas une volonté criminelle, mais plutôt une volonté mal maîtrisée, maladroite ou négligente.

²³⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 134.

²³⁵ E. DREYER, *op. cit.*, p. 433.

²³⁶ « La consécration des infractions d'omission a été difficile en raison de la conception individualiste du Code pénal de 1810 qui répugnait à incriminer les inactions de l'homme : le plus bel acte humain, dans l'analyse métaphysique du libre arbitre, est l'acte volontaire et actif ». Cependant, en sachant que « qui peut et n'empêche, pêche » (LOYSEL, *Institutes coutumières*, livre 6, titre 6, titre 1, max. 4, règle 792), et avec le « développement des idées solidaristes depuis la fin de la seconde guerre mondiale, le législateur a été conduit à incriminer un plus grand nombre d'omission coupables » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 53. Les Codes napoléoniens, à titre d'exemple, ne comprenaient que très peu d'abstentions incriminées – car l'infraction par voie d'une action était la règle. Voir, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Paris : Cujas, 1979, t. 1, p. 44.

²³⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 136.

La question se pose alors de savoir si l'on peut sanctionner aussi une commission par omission²³⁸, c'est-à-dire, si l'on peut condamner « l'auteur d'une abstention qui parvient au même résultat que s'il avait agi »²³⁹. La réponse n'est pas la même en France et au Brésil. Tandis qu'en France, le principe de légalité s'y oppose, « ces comportements doivent demeurer impunis en l'absence d'assimilation légale de l'action et de l'omission »²⁴⁰ - au Brésil, l'article 13, §2^o, du Code pénal prévoit la possibilité de sanctionner une commission par omission. Cependant, en droit brésilien, une telle hypothèse demeure réalisable seulement dans les cas où l'auteur de l'infraction a une position de garantie ou de « garant » par rapport à la victime²⁴¹, en ayant l'obligation d'éviter le résultat de l'infraction²⁴².

Quoi qu'il en soit, dans ces deux pays, l'élément matériel de l'infraction se réalise tout d'abord par un comportement, un fait physique, lequel peut être une action ou une omission accomplie par le délinquant²⁴³. Cependant, la simple existence d'un comportement ne suffit pas à consommer l'infraction – car elle doit être suivie d'un résultat visé par la loi²⁴⁴.

19. L'élément matériel et l'existence d'un résultat. Au-delà d'un comportement, l'élément matériel de l'infraction nécessite afin d'être réalisé, en principe²⁴⁵, un résultat. Il est nécessaire parce que toute infraction n'est punissable que si elle comporte un résultat qui coïncide avec celui visé par le texte d'incrimination²⁴⁶, lequel peut être matériel ou formel.

Les infractions matérielles sont celles qui, par l'entremise d'un résultat, forment une atteinte concrète à une valeur protégée par l'ordre juridique²⁴⁷. C'est le cas, par exemple, du crime

²³⁸ Cette question est très importante pour le droit pénal des affaires au Brésil, car là-bas l'élément matériel de l'infraction du chef d'entreprise est parfois perçu comme une action accomplie par voie d'une omission.

²³⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 135.

²⁴⁰ *Ibid.* Voir par exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers le 20 novembre 1901 dans l'affaire Monnier.

²⁴¹ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 293.

²⁴² J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 200. Néanmoins, même avec une telle prévision légale, plusieurs auteurs au Brésil critiquent cette possibilité, en précisant, à l'exemple de penseurs français, qu'une telle prévision est incompatible avec le principe de la légalité. Voir, par exemple, J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro : Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, n^o 22.

²⁴³ Par ailleurs, concernant la quantité de comportements prévus par le texte, on peut partager les infractions en deux groupes : celui des infractions simples, lesquelles sont constituées avec un acte matériel unique ; et celui des infractions complexes qui exigent plusieurs actes matériels pour sa consommation. Voir B. BOULOC, *Droit pénal général*, n^o 234.

²⁴⁴ Par rapport aux différentes conceptions que l'on peut avoir de la notion de résultat en droit pénal, voir V. MALABAT, *Retour sur le résultat de l'infraction*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 448. On va étudier ce thème plus en détails *infra* (n^o 144).

²⁴⁵ En principe car en France et au Brésil « il existe une catégorie particulière d'infractions au sujet desquelles un comportement est sanctionné pour lui-même, indépendamment de tout résultat pénal. Il s'agit des infractions obstacles » E. DREYER, *op. cit.*, p. 478.

²⁴⁶ On n'oublie pas que le droit pénal brésilien et français prévoient l'incrimination aussi d'une infraction tentée, c'est-à-dire d'une « entreprise criminelle ou délictuelle qui n'atteint pas son résultat mais que le législateur, dans certains cas, punit comme l'infraction consommée » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 136-147.

²⁴⁷ *Idem*, p. 138.

de meurtre²⁴⁸ qui nécessite, afin d'être réalisé, le résultat matériel de la mort de la victime. L'action ou l'omission de l'auteur alors dans de tels cas produit un résultat concret dans le monde physique²⁴⁹, en changeant la réalité des choses²⁵⁰.

Les infractions formelles, quant à elles, n'impliquent pas un résultat matériel, mais plutôt un résultat juridique, lequel ne modifie pas le monde physique autour du délinquant en méprisant directement la valeur protégée par la loi²⁵¹. Dans ces infractions le législateur semble incriminer un simple procédé et non pas une atteinte concrète à une valeur juridique²⁵², raison pour laquelle l'infraction est réputée consommée « indépendamment de la production d'un quelconque résultat » matériel²⁵³. C'est le cas par exemple de l'infraction de fabrication de fausse monnaie²⁵⁴, où les « pièces fabriquées constituent le résultat légal de l'infraction qui déclenche la répression indépendamment (...) de la mise en circulation de la fausse monnaie »²⁵⁵.

Donc, l'élément matériel de l'infraction est constitué, d'un côté, par une action ou une omission accomplie par le délinquant et, d'un autre côté, par le résultat matériel ou formel de ce comportement. Néanmoins, l'existence d'un comportement et d'un résultat ne suffit pas pour le droit pénal, car il faut démontrer une relation de cause et effet entre eux, par le biais d'un lien de causalité²⁵⁶.

20. Le lien de causalité entre le comportement et le résultat. En plus d'avoir un comportement et un résultat, pour que l'élément matériel de l'infraction puisse exister il faut démontrer la présence d'un lien de causalité entre l'action²⁵⁷ accomplie par l'agent et le résultat formel ou matériel prévu

²⁴⁸ Crime prévu aux articles 221-1 du Code pénal français et 121 du Code pénal brésilien.

²⁴⁹ Cette idée correspond très bien à la pensée des pénalistes du XIX^{ème} siècle, selon lequel « le délit sans le mal produit est incomplet » J. ORTOLAN, *op. cit.*, t. 1, p. 436.

²⁵⁰ G. NUCCI, *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro : GEN, 2015, p. 123.

²⁵¹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 471.

²⁵² X. PIN, *Droit pénal général*, p. 139.

²⁵³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 58.

²⁵⁴ Infraction prévue à l'article 442-1 du Code pénal français et à l'article 289 du Code pénal brésilien.

²⁵⁵ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 139.

²⁵⁶ J. PIERANGELLI, A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Constituição, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 1, n° 28, 1992.

²⁵⁷ Si pour les infractions de commission, en faisant une appréciation de manière rétrospective, on voit très bien l'existence d'un lien de causalité entre le comportement et le résultat, pour les infractions d'omission on ne peut pas en dire autant, car elles sont appréciées de manière prospective. C'est pourquoi, d'aucuns soulignent que cette forme d'appréciation prospective « conduit à exclure logiquement la recherche d'un lien de causalité pour les infractions de pure omission car celles-ci ne sont réprimées qu'en raison d'une véritable probabilité » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 141.

dans la loi²⁵⁸. Alors, il faut démontrer, par la voie d'une relation de cause à effet²⁵⁹, que sans le fait attribué au délinquant l'atteinte (matérielle ou juridique) aux valeurs protégées n'existerait pas²⁶⁰.

Si en France, les caractères du lien de causalité semblent varier selon l'élément subjectif de l'infraction, ne s'agissant pas de la même causalité si l'infraction est intentionnelle ou non intentionnelle²⁶¹, au Brésil le législateur, malgré les critiques de la doctrine²⁶², a adopté à l'article 13 du Code pénal la théorie de l'équivalence des conditions comme explication du lien de causalité pour toutes les infractions²⁶³, indépendamment du contenu de l'élément subjectif de celle-ci. Quoiqu'il en soit, dans ces deux pays la démonstration d'un lien de causalité entre le comportement et le résultat de l'infraction demeure obligatoire²⁶⁴.

Cependant, si l'infraction est constituée par un élément matériel, lequel est un comportement qui provoque un résultat, comment pourrait-elle être accomplie par une personne morale qui est un être désincarné et sans aucune consistance physique²⁶⁵ (§2) ?

§2) La responsabilité pénale de la personne morale et la nécessité d'un *substratum* humain

21. L'élément matériel et son incompatibilité avec la personne morale. Avec une telle interrogation, il n'est pas difficile de constater le problème posé au droit pénal par la personne morale concernant l'élément matériel de l'infraction. On ne voyait pas comment un être désincarné pouvait accomplir un fait illicite²⁶⁶, puisqu'il manquait au groupement non seulement un esprit, mais aussi un corps, une capacité de prise directe sur les choses²⁶⁷ pour commettre une action ou une omission

²⁵⁸ « La question du lien de causalité se pose tant à l'égard des infractions matérielles que des infractions formelles » E. DREYER, *op. cit.*, p. 479.

²⁵⁹ F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 93.

²⁶⁰ En règle générale, les juges de la Cour de cassation raisonnent *a contrario* pour démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le comportement et le résultat de l'infraction. Voir, par exemple, Cour de cass., Ch. crim., 16 janvier 2007, Bull. crim. 2007, n° 8 ; Dr. Pénal. 2007, comm. 49, obs. M. Véron.

²⁶¹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 481 et X. PIN, *Droit pénal général*, p. 144 à 147. On va étudier avec plus de rigueur la consistance du lien de causalité en France quand l'on parlera des infractions non intentionnelles. Pour l'instant on fait seulement une présentation générale du lien de causalité pour démontrer l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature désincarnée des personnes morales.

²⁶² Voir, par exemple : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 321 ; et G. NUCCI, *op. cit.*, p. 133.

²⁶³ G. NUCCI, *op. cit.*, p. 131 et F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 92.

²⁶⁴ Pour la France, voir, par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 24 octobre 1973, Bull. crim. n° 378 ; et Cour de cass., Ch. crim., 5 octobre 2004, Bull. Crim. n° 23. Pour le Brésil, voir, par exemple, STJ, 27 juillet 2001, RHC n° 11.685.

²⁶⁵ « Pour ce qui est du caractère personnel des agissements constitutifs de l'élément matériel de l'infraction, le problème est qu'il paraît être une exigence impossible pour une personne immatérielle comme l'est une personne morale » C. MOULOINGUI, La nature de la responsabilité des personnes morales en France, *in Revue de droit pénal et de criminologie*, février 1995, p. 143.

²⁶⁶ « Être par essence dématérialisé, la personne morale ne peut commettre une infraction » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26.

²⁶⁷ « En ce qui concerne l'élément matériel, il convient d'avoir à l'esprit qu'une personne morale est un être sans corps. Elle n'a donc pas de prise directe sur les choses, et doit agir en tandem avec un être humain pour atteindre le résultat infractionnel

interdites par la loi²⁶⁸. La personne morale n'avait pas une existence physique, une réalité objective²⁶⁹ comme l'homme et pour cette raison ne pouvait pas modifier, par elle-même, le monde²⁷⁰. Par conséquent, elle ne serait pas capable d'être à l'origine d'une atteinte à une valeur protégée par l'ordre juridique. L'insurmontable contradiction sémantique résumait le tragique de la situation : d'un côté, on a un élément matériel, tandis que d'un autre côté on a une personne immatérielle. Comment alors concilier les deux ?²⁷¹

22. L'incapacité d'action de la personne morale comme fondement de leur irresponsabilité pénale.

À cause de cette difficulté, plusieurs pénalistes en France²⁷² et au Brésil²⁷³ étaient défavorables à la responsabilité pénale des personnes morales. Pour eux, l'élément matériel de l'infraction ne pouvait pas être accompli par un groupement et pour une telle raison les personnes morales devaient rester en dehors du droit pénal²⁷⁴. Pour justifier leur position, ces pénalistes invoquaient deux arguments.

En premier lieu²⁷⁵, selon eux la personne morale, étant un être désincarné, n'aurait pas la capacité physique d'action exigée pour l'accomplissement de l'acte illicite²⁷⁶. Pour cette raison, il y aurait une incompatibilité insurmontable entre la nature abstraite du groupement et les conditions

désiré » C. MOULOUNGUI, L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, juillet-septembre 1994, p. 442.

²⁶⁸ C. PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra : Coimbra Editora, 1992, p. 313.

²⁶⁹ P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 548.

²⁷⁰ « Ni souffrante, ni amante, sans chair et sans os, la personne morale est un être artificiel » M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Paris : LexisNexis, 2010, p. 77.

²⁷¹ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 217.

²⁷² Dans ce sens : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel* ; et A.-C. DANA, *op. cit.*.

²⁷³ Dans ce sens : R. DOTTI, *Curso de direito penal – parte geral* ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral* ; H. FRAGOSO, *Lições de direito penal* ; et E. ZAFFARONI et J. PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*. Il est curieux qu'au Brésil, jusqu'à récemment, la majorité de la doctrine avait une position hostile à la responsabilité pénale de la personne morale. L'opinion des penseurs au Brésil alors était différente de celle des juristes en France, où plusieurs auteurs, même avant 1994, étaient favorables à une telle responsabilité. Pour expliquer une telle situation deux réponses peuvent être proposées. La première, est la forte influence de la doctrine allemande au Brésil. En ayant pour référence un droit pénal où la responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas, les pénalistes brésiliens étaient défavorables à l'instauration d'une telle responsabilité. En second lieu, il s'agit de la récente période de dictature que le Brésil a subi entre les années 1964 et 1985. Pendant cette époque, l'étude de la criminologie était considérée comme potentiellement subversive, contraire aux intérêts de l'État. Alors, privés de l'étude de la criminologie durant plus de deux décennies, les pénalistes brésiliens n'ont pris que tardivement conscience du potentiel criminologique existant chez la personne morale. Dans le même sens, P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 34.

²⁷⁴ STJ, 18 novembre 2004, RESP n° 622.724.

²⁷⁵ Concernant l'influence de la doctrine allemande au Brésil, il convient de remarquer qu'un tel argument a été soulevé surtout par des auteurs de la doctrine causaliste, selon laquelle l'infraction serait composée seulement par un élément matériel. Pour cette doctrine, la subjectivité de l'individu serait appréciée dans l'imputabilité et non pas dans la culpabilité. Alors, le problème de l'harmonisation entre la personne morale et l'élément matériel de l'infraction était un problème exclusivement d'action. Voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 64.

²⁷⁶ F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 36. Dans ce sens : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, p. 63 ; et J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 432.

exigées par le droit pénal pour qu'une infraction puisse être commise²⁷⁷, notamment dans les cas où l'incrimination prévoit comme comportement une action et comme résultat de celle-ci une atteinte matérielle à une valeur protégée²⁷⁸.

En second lieu²⁷⁹, pour ces penseurs l'élément matériel de l'infraction était l'extériorisation d'une volonté délictueuse²⁸⁰, laquelle ne pouvait pas être réalisée par un être abstrait²⁸¹. Le comportement étant la traduction d'une volonté humaine, on ne douterait pas que la personne morale soit incapable d'accomplir l'élément matériel de l'infraction, car dépourvue d'esprit, elle ne peut avoir une volonté quelconque à l'origine de son comportement²⁸².

Forte de ces arguments, une fraction de la doctrine pénaliste niait l'existence de la responsabilité pénale des personnes morales²⁸³. Pendant des années, une telle position était largement partagée en doctrine, comme en jurisprudence car nombreux étaient les arrêts, surtout au Brésil, qui se faisaient l'écho de ces arguments pour dénier l'existence de la responsabilité pénale des groupements²⁸⁴. Par ailleurs, une telle position était en adéquation avec la théorie de la

²⁷⁷ R. DOTTE, A incapacidade criminal da pessoa jurídica, in *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

²⁷⁸ En effet, on entrevoit difficilement l'accomplissement d'une infraction de commission impliquant un résultat matériel par la personne morale, tandis que la réalisation d'une infraction d'omission avec un résultat formel par l'être collectif se conçoit plus aisément. Il est intéressant de souligner que ce n'est pas un hasard si la branche de prédilection de la personne morale en droit pénal, le droit pénal des affaires, est caractérisée justement par « un feu d'artifices de délits d'abstention ». W. JEANDIDIER, L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance, in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Marseille : PUAM, 2007, p. 247. Par ailleurs, il est aussi intéressant constater que la personne morale semble mieux s'harmoniser avec « l'exception » qu'avec la « règle » en droit pénal. Elle s'harmonise plus aisément avec les infractions d'omission qu'avec les infractions de commission. Peut-être était-ce pour cette raison qu'en Angleterre, l'avènement de la responsabilité pénale des personnes morales (*The Birmingham and Gloucester Railway [1842]*, 3 Q.B. 223) s'est initialement manifestée dans le cadre des infractions d'omission.

²⁷⁹ En ce qui concerne l'influence du droit pénal allemand au Brésil, il faut dire qu'un tel argument a été soulevé par des penseurs finalistes. Selon cette doctrine, l'action en droit pénal ne devrait pas être perçue seulement comme un mouvement physique, mécanique, mais elle devrait être analysée comme un mouvement physique qui est le résultat d'une volonté humaine. Ainsi, pour eux, il n'existerait pas d'action en droit pénal sans une volonté humaine derrière cette action. Ainsi, selon cette doctrine, le problème relatif à l'harmonisation entre la personne morale et l'élément matériel de l'infraction s'incarnait dans l'absence d'une volonté quelconque à l'origine de cette action. P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 64.

²⁸⁰ A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 30.

²⁸¹ Dans ce sens, S. DE SALES, Princípio societatis delinquere non potest no direito penal moderno, in *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 212.

²⁸² J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 433. Dans le même sens, S. DE SALES, *op. cit.*, p. 212. Le problème de la volonté chez la personne morale sera analysé *infra* (n° 127 et s.).

²⁸³ « L'être moral semble, par nature, inapte à accomplir lui-même les éléments constitutifs d'une infraction » J.-Y. MARÉCHAL, Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales, in *La semaine juridique – Édition Générale* – n° 38, 14 septembre 2009, p. 249.

²⁸⁴ Par exemple, au Brésil : STF, 23 mars 1982, RHC n° 59.290. Il faut remarquer qu'au Brésil, même après l'instauration de la responsabilité pénale de la personne morale par voie de la loi 9.605/98, on rencontre des arrêts qui niaient une telle responsabilité, en disant que l'être collectif ne peut pas remplir l'élément matériel de l'infraction. Voir, par exemple, STJ, 2 août 2005, RESP n° 622.724. Aujourd'hui, cependant, la totalité de la jurisprudence brésilienne accepte l'existence d'une telle responsabilité pour les infractions contre l'environnement.

fiction²⁸⁵ et semblait s'inscrire dans le contexte du « droit pénal moderne » où l'homme était le seul destinataire des textes pénaux²⁸⁶.

Cependant, les mutations sociales et juridiques ont provoqué une évolution de la position concernant cette problématique et la responsabilité pénale des personnes morales devait être restaurée. Cependant, pour réintroduire une telle responsabilité, on avait besoin tout d'abord de faire une première adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des personnes morales, pour le rendre compatible avec la nature désincarnée des êtres collectifs. La question qui s'est posée alors était celle de savoir comment une telle harmonisation pouvait être réalisée ?

23. La nécessité d'un *substratum* humain²⁸⁷. Très tôt, le droit en général²⁸⁸ a réalisé que la personne morale est animée²⁸⁹ par les personnes physiques qui la composent²⁹⁰. Ce sont elles qui accomplissent les actes matériels liés au fonctionnement et à l'existence du groupement²⁹¹. Ce sont elles les responsables de la personnification de la personne morale dans le monde matériel²⁹². Donc, le droit en général a pris conscience que les comportements attribués aux groupements sont réalisés sur le plan matériel par les personnes physiques qui sont l'incarnation institutionnelle de l'être collectif²⁹³, de sorte que les actions et les omissions des secondes doivent être considérées par le droit comme des actions et des omissions de la première²⁹⁴.

Pour cette raison, le droit pénal s'est aperçu lui aussi²⁹⁵ que pour être un acteur pénal la personne morale a besoin tout d'abord de l'intervention d'une personne physique relativement à

²⁸⁵ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁶ K. TIEDEMANN, Rapport introductif, in *La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié*, Paris : Dalloz, 1997, p. 260.

²⁸⁷ C'est en France que l'expression *substratum* humain a été utilisée pour la première par DONNEDIEU DE VABRES : « L'existence, à la base de la responsabilité pénale des personnes morales, d'un *substratum* humain, est à mes yeux un fait essentiel » H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 340.

²⁸⁸ P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1950, p. 308.

²⁸⁹ « La théorie du droit commercial dit que les personnes morales sont animées par des personnes physiques, qui sont plus des mandataires, au sens du droit civil, car ce sont des 'organes', plus proches d'elles qu'un mandataire ne l'est de son mandant » J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 21.

²⁹⁰ SAVIGNY énonçait déjà par rapport aux personnes morales que « la réalité de son existence se fonde sur les déterminations d'un certain nombre de représentants qui (...) sont considérées comme ses déterminations propres » F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, p. 306.

²⁹¹ C. BEVILÁQUA, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro : F. Alves, 1929, p. 137-138.

²⁹² C. MOULOINGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 150.

²⁹³ E. DREYER, *op. cit.*, p. 741.

²⁹⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 375.

²⁹⁵ « Le professeur Jèze a souligné le fait qu'il n'ait jamais diné avec une personne morale. Il est possible d'étendre cette illustration aux délits : personne n'a encore été concrètement heurté violemment par une personne morale, ni tué par une société (...) ce sont donc des représentants, personnes physiques, qui commettent le fait générateur de responsabilité » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 84. L'idée d'un support humain nécessaire à l'accomplissement de l'infraction par la personne morale a été conçue pour la première fois en droit pénal par MESTRE en 1899. A. MESTRE, thèse préc., p. 131.

la commission de l'acte illicite²⁹⁶, laquelle sera capable d'accomplir l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement²⁹⁷. Comme l'être collectif est immatériel, son infraction suppose donc l'entremise d'une personne physique²⁹⁸ constituant le *substratum* humain²⁹⁹.

Face à un tel constat, la première adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales consistait à permettre au groupement d'accomplir une infraction par voie d'un « support humain »³⁰⁰. Une telle adaptation est la conséquence logique de la nature désincarnée de la personne morale³⁰¹, car « n'existant que de manière intellectuelle et juridique, l'être moral semble, par nature, inapte à accomplir lui-même »³⁰² l'élément matériel de l'infraction. Ainsi, le droit pénal a conclu que l'infraction du groupement « ne saurait reposer que sur une intervention humaine »³⁰³.

Par conséquent, quant à la restauration de la responsabilité pénale des personnes morales, les législateurs français et brésilien ont légalement prévu comme première condition pour la mise en œuvre d'une telle responsabilité que l'infraction imputée au groupement soit matériellement accomplie par une personne physique³⁰⁴. Conscient de la nature incorporelle de la personne morale, le droit pénal franco-brésilien a établi dans l'article 121-2 du Code pénal français et dans l'article 3 de la loi 9.605/98, que l'élément matériel de l'infraction de l'être collectif soit réalisé sur le plan matériel par voie d'une action ou d'une omission accomplie par une personne physique liée à la personne morale³⁰⁵. Si le groupement, contrairement à l'être humain, ne peut pas lui-même accomplir un comportement illicite, il peut cependant le faire à travers une personne physique qui va lui emprunter un *substratum* humain.

²⁹⁶ H. ACHENBACH, Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán, in *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona : J. M. Bosch Editor, 1995, p. 404. Dans le même sens, S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 130. Dans le même sens, STJ, 13 juin 2006, RESP n° 564.960.

²⁹⁷ « Car le fait personnel d'un être purement juridique n'accède pas à la vie matérielle. L'incarnation de la personne morale supposait donc l'intervention d'une personne physique dont l'activité devait juridiquement s'analyser comme celle de la personne morale » J.-C. SAINT-PAU, La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris : Ed. Juris-classeur, 2003, p. 84-85. Dans le même sens, P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 569.

²⁹⁸ Il y a des auteurs (M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*) qui défendent l'idée selon laquelle l'infraction de la personne morale ne suppose pas l'intervention d'une personne physique. Néanmoins, à notre avis, l'intervention d'une personne physique agissant ès qualité est la règle de la responsabilité pénale de la personne morale en France et au Brésil. Cependant, elle n'est pas toujours nécessaire dépendant du type d'infraction imputée au groupement. Dans le même sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 16.

²⁹⁹ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 261. « La question de l'imputation d'actions illicites à un groupement aurait pu se révéler délicate, car le groupement en tant que tel n'a pas d'activité matérielle : ce sont des personnes physiques qui agissent pour son compte » D. MAYER, *op. cit.*, p. 295.

³⁰⁰ C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris : Hachette, 1995, p. 72.

³⁰¹ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 47.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.* Dans le même sens, J. COSTA, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos*, p. 557.

³⁰⁴ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 25.

³⁰⁵ « Le fait de l'organe est surtout nécessaire pour qualifier la constitution de l'infraction (...) c'est dire, en premier lieu, que l'élément matériel (...) doivent être nécessairement constitués au regard de ce fait » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 84-85. Dans le même sens, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 83.

Ainsi, la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil, le fait de l'organe ou du représentant, est en effet une adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des groupements. Une telle condition permet le fait que la personne morale puisse accomplir son acte illicite d'une façon particulière et compatible avec sa nature, à savoir : à partir de l'emprunt d'un support humain fourni par une personne physique qui réalise une action ou une omission sur le plan matériel au nom du groupement ; cette action ou omission est alors juridiquement analysée comme le comportement illicite de la personne morale elle-même.

Fort d'une telle adaptation, la première difficulté fut en principe³⁰⁶ résolue : l'incapacité d'action ou d'omission de l'être collectif. Grâce à la technique de l'emprunt d'un *substratum* humain – la personne morale pouvait désormais accomplir l'élément matériel de l'infraction, en réalisant un comportement illicite qui peut avoir pour résultat une atteinte à une valeur protégée par l'ordre juridique.

Le questionnement se faisant jour conséquemment à l'adaptation effectuée est celui de la détermination des personnes pouvant adéquatement la représenter (**SOUS-SECTION II**).

SOUS-SECTION II – L'organe et le représentant comme le *substratum* nécessaire

Avant d'étudier qui sont exactement les personnes physiques au sein du groupement qui peuvent l'engager pénalement (**§2**), il s'agit tout d'abord de mieux saisir la raison pour laquelle les législateurs français et brésilien ont identifié ces personnes (**§1**).

§1) Le *substratum* humain et le choix d'un critère organique

24. Le *substratum* humain et les choix possibles. Quand fut instaurée la responsabilité pénale des personnes morales, les législateurs français et brésilien devaient établir qui pourrait être la personne physique au sein du groupement capable de l'engager pénalement. Autrement dit, il s'agissait de savoir qui serait la personne qui incarnerait le *substratum* humain nécessaire à l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction imputée au groupement.

³⁰⁶ L'on dit en principe car l'utilisation d'une telle technique par le législateur a soulevé un deuxième problème : celui du caractère indirect de la responsabilité pénale des groupements. L'on va étudier une telle question *infra* (n° 38 et s.).

Dans cette démarche, l'on s'est aperçu que la personne morale est composée généralement³⁰⁷ par deux types de personnes physiques. D'un côté, les personnes responsables de la direction du groupement, lesquelles peuvent être comparées au cerveau de la personne morale (mind). Il s'agit des personnes qui ont un pouvoir de décision, contrôle et surveillance au sein du groupement et qui, étant donné leur position dans l'être collectif, sont responsables pour l'incarner et pour matérialiser sa volonté au plan physique³⁰⁸ ; raison pour laquelle, ces personnes sont juridiquement habilitées pour diriger et représenter la personne morale³⁰⁹. De l'autre côté, il y a aussi des personnes physiques qui n'ont pas de pouvoir de direction au sein du groupement. Ces personnes sont des salariés subordonnés qui exécutent des tâches purement matérielles liées au fonctionnement de l'être moral³¹⁰ et qui par conséquent n'ont pas de pouvoir de représentation, décision et contrôle par rapport au groupement. Ainsi, ce deuxième groupe est normalement assimilé aux mains de la personne morale (hands)³¹¹, car ces personnes n'expriment pas la volonté de l'être collectif.

On voit donc la dichotomie fondamentale que les être collectifs comprennent entre dirigeants et subordonnés³¹². Face à celle-ci, les droits pénaux français et brésilien devaient faire un choix³¹³ : la première alternative consistait à limiter la responsabilité pénale des personnes morales aux faits illicites accomplis par certaines personnes spécifiques au sein du groupement, notamment celles qui avaient un pouvoir de direction et de représentation vis-à-vis de la personne morale et qui pour cette raison étaient juridiquement assimilables à elle³¹⁴ ; la seconde consistait à reconnaître que toute personne physique liée à l'être collectif peut accomplir l'élément matériel de l'infraction au nom de la personne morale, de sorte que même un salarié pourrait être le « support humain » du fait illicite imputé au groupement³¹⁵.

³⁰⁷ Il existe cependant des zones grisées où cette division ne peut pas être établie avec grande certitude. Cependant, il nous semble qu'elle a encore sa raison d'être et que malgré ces zones d'incertitude elle sert à comprendre les types des personnes physiques qui composent l'être moral.

³⁰⁸ J. DEL SEL, *op. cit.*, 100.

³⁰⁹ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 21.

³¹⁰ J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22.

³¹¹ Les expressions hands et mind ont été utilisées pour la première fois dans l'arrêt H. L. Bolton (engineering) Co Ltd. V. P. J. Graham & Sons Ltd. [1957] 1 Q. B. 159.

³¹² E. DESNOIX, Plaidoyer (français) pour la consécration de l'infraction de corporate killing en Angleterre, *in Revue pénitentiaire et de droit pénal*, janvier/mars 2007, p. 134.

³¹³ Dans le même sens, S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 545.

³¹⁴ C. MOULOINGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 451.

³¹⁵ Tel est le cas de la responsabilité pénale des personnes morales aux Pays-Bas, où à partir de l'arrêt labeljouw un simple salarié peut commettre une infraction au nom de la personne morale. Voir, S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 547. Les États-Unis, eux aussi, ne limitent pas le groupe des personnes physiques qui peuvent accomplir le fait illicite au nom de la personne morale. Voir, J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 102.

25. La loi en France et au Brésil. Cette alternative a été tranchée de façon similaire par les droits français et brésilien. Ils ont tous deux choisi de limiter la liste des personnes physiques qui peuvent accomplir l'infraction au nom de la personne morale. Selon l'article 121-2 du Code pénal français³¹⁶ et selon l'article 3 de la loi 9.605/98, seuls les organes et les représentants du groupement peuvent servir de support humain du comportement illicite de la personne morale et par conséquent accomplir l'élément matériel de l'infraction pour le compte de l'être collectif.

26. Un critère organique. Le législateur alors, en France et au Brésil, a fini par utiliser un critère organique³¹⁷ pour établir les contours de la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales et pour limiter le groupe des personnes physiques qui peuvent être à l'origine de l'élément matériel de l'infraction imputée au groupement. Ce critère organique est issu du droit civil³¹⁸ et, concernant la responsabilité pénale des personnes morales, a été utilisé pour la première fois en Angleterre³¹⁹, dans un arrêt datée de 1972³²⁰. Selon lui, seules les personnes physiques qui représentent le « directing mind and will »³²¹ de la personne morale peuvent accomplir l'élément

³¹⁶ « Si l'on compare l'article 3 § 1 du deuxième protocole additionnel à la convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes avec l'article 5 § 1 de la directive du 5 avril 2011 relative à la prévention de la traite des êtres humains, l'on retrouve dans les deux textes les lignes directrices suivies par l'article 121-2 du Code pénal français quant aux conditions d'imputation d'une infraction aux personnes morales. En effet, la responsabilité pénale de celles-ci ne peut être engagée que lorsque l'infraction est commise, pour leur compte, par toute personne qui exerce un pouvoir de direction en leur sein. En particulier, ce pouvoir de direction peut s'entendre : d'un pouvoir de représentation de la personne morale ; d'une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ; ou d'une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 120.

³¹⁷ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 126.

³¹⁸ Dans l'arrêt *Lennard's Carryng Co. v. Asiatic Petroleum Co.* [1915], qui a été prononcé dans le cadre du droit civil, « la House of Lords avait énoncé une théorie selon laquelle certains décideurs principaux au sein d'une personne morale sont identifiés avec elle, de sorte que leurs actes accomplis pour le compte du groupement sont toujours considérés comme les actes de ce groupement » J. SPENCER, *op. cit.*, p. 342.

³¹⁹ Il convient de remarquer que l'on rencontre déjà des critères analogues dans la responsabilité pénale de la personne morale pendant la période des postglossateurs. Durant cette époque, le droit prévoyait que l'acte illicite de la personne morale devait être réalisé par l'ensemble de ses membres pour qu'il puisse engager la responsabilité du groupement, de sorte qu'une personne isolée ne pouvait pas emprunter à l'être collectif le *substratum* humain nécessaire à l'accomplissement de l'infraction. Il nous semble que depuis longtemps les juristes se sont rendus compte que la responsabilité pénale des personnes morales ne peut pas être engagée ni par tous les actes accomplis au sein du groupement, ni par toutes les personnes physiques qui le composent. Si aujourd'hui le critère utilisé par le législateur vise la qualité de l'agent (représentant), avant il visait la quantité de membres de l'être moral impliquée dans le fait. Voir, A. MESTRE, thèse préc., p. 95.

³²⁰ Nonobstant le fait qu'un tel critère ait été diffusé dès les années 40 en Angleterre (JCR Haulage [1944] et DPP v. Kent and Sussex Contractors [1944]), ce fut seulement après les années 70 que la jurisprudence anglaise déterminait avec plus de rigueur les contours d'un tel critère, plus précisément elle l'a fait dans l'arrêt *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* [1972] A. C. 170-171. Bien sûr avant cette date on travaillait déjà en Angleterre avec l'idée du fait de l'organe (celui du représentant est apparu des années plus tard) comme première condition de la responsabilité pénale des personnes morales, mais l'idée d'un critère organique, en ayant comme référence non seulement l'organe, mais aussi le représentant du groupement, est apparu seulement dans les années 70.

³²¹ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 546.

matériel de l'infraction de celle-ci, car ce sont ces personnes qui incarnent l'âme dirigeante³²², le centre nerveux du groupement³²³.

Ainsi, selon ce critère il s'agit de rechercher l'élément matériel de l'infraction commise par l'être collectif chez certains membres de la corporation qui, en raison de leur pouvoir de direction, contrôle, autorité et représentation sont assimilables au groupement³²⁴ et vont l'incarner au plan physique³²⁵, puisqu'ils sont les personnes les plus importantes au sein de l'être collectif³²⁶. Ce critère explique donc la limitation de la responsabilité pénale des personnes morales aux actes matériels accomplis par les organes et les représentants de celles-ci, en excluant la possibilité qu'un simple salarié puisse engager pénalement le groupement³²⁷.

Par conséquent, selon le critère organique, face à un acte illicite accompli au sein de la personne, il devait toujours être effectué un « controlling officer test »³²⁸ pour savoir si l'acte matériel d'une telle infraction a été accompli par une personne physique qui, en raison de son importance vis-à-vis de l'être collectif, peut l'engager pénalement.

27. Les raisons de cette limitation. Il semble que le choix fait par le législateur français et le législateur brésilien vise surtout à donner un tour plus personnel à la responsabilité pénale de la personne morale³²⁹, car tel ne serait pas le cas si toutes les personnes liées au groupement pouvaient l'engager pénalement³³⁰. En utilisant un critère organique, le droit pénal en France et au Brésil prévoit que seules les personnes physiques assimilables à la personne morale au plan juridique puissent satisfaire l'élément matériel de l'infraction pour le compte de celle-ci sur le plan matériel³³¹ car c'est par l'entremise de ces personnes que l'être moral exprime ses volontés et ses

³²² « L'âme dirigeante » est une expression utilisée par le droit canadien dans l'arrêt R. c/ Canadian Dredge and Dock. Elle met en cause toute une problématique concernant le développement d'une notion de critère organique qui « ne soit trop restrictive, pour éviter que les grandes corporations échappent presque complètement à leur responsabilité, ni trop large pour que la personne morale ne soit appelée à répondre des actes d'un nombre trop élevé d'employés. Auquel cas, cela signifierait une application indirectement la théorie de la responsabilité pour autrui » P. BÉLIVEAU, La responsabilité pénale des corporations en droit canadien, *in RSC*, 1999, p. 4.

³²³ L'expression est utilisée dans l'affaire H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. V. T.J. Graham & Sons Ltd [1957] 1 QB 159 par Lord Denning.

³²⁴ C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 451.

³²⁵ E. DESNOIX, *op.cit.*, p. 132.

³²⁶ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 100.

³²⁷ La Cour de cassation à plusieurs reprises sanctionne des décisions qui ne respectent pas une telle limitation : Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, Dr. Pén. 2000, p. 11, comm., n° 72. Dans le même sens : Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2002, pourvoi n° 01-81114 ; Cour de cass., Ch. crim., 2 novembre 2005, pourvoi n° 05-80085.

³²⁸ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 101.

³²⁹ Cependant, comme on verra *infra* (n° 78 et s.) même avec l'utilisation d'un critère organique, certains auteurs contestent le caractère personnel de la responsabilité pénale des personnes morales.

³³⁰ C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 449.

³³¹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 88.

actions³³². Donc, un tel critère confère un caractère plus personnel à la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales, car la « nature personnelle de la responsabilité de la société (...) suppose le rejet de son engagement pour tous les actes et faits juridiques commis par toutes personnes à l'occasion de l'exploitation de l'activité »³³³, de sorte que pour être personnelle cette responsabilité doit être limitée aux comportements illicites accomplis par les personnes physiques qui ont une relation d'identification avec le groupement au plan juridique³³⁴.

28. Des critiques au critère organique. Néanmoins, malgré sa raison d'être, le critère organique a été critiqué par certains auteurs³³⁵. En premier lieu, parce qu'il permettrait au groupement de « s'organiser structurellement pour éviter toute responsabilité »³³⁶. En deuxième lieu, car il limiterait trop la mise en œuvre d'une telle responsabilité, surtout lorsque l'on est face à une grande entreprise – parce que « dans ce cas, en effet, les hauts dirigeants sont rarement ceux auxquels peuvent être reprochés les faits ayant immédiatement abouti à la réalisation de l'accident »³³⁷. Peut-être était-ce dans l'esprit de corriger ce problème que le législateur brésilien a donné à l'article 3 de la loi 9.605/98 une rédaction un peu différente de celle existant dans l'article 121-2 du Code pénal français.

29. La rédaction de la loi brésilienne et sa différence avec celle de la loi française. Si d'un côté la loi française prévoit que les personnes morales sont responsables pénalement « des infractions commises, pour leur compte, par leur organes ou représentants », d'un autre côté, la loi brésilienne prévoit que les êtres moraux sont responsables pénalement « des infractions commises par voie d'une décision » de son représentant ou de son organe.

Il semble que le législateur brésilien ait voulu éviter que la personne morale puisse échapper à une condamnation pénale dans les cas où ses hauts dirigeants ne sont pas les auteurs directs de l'élément matériel de l'infraction³³⁸. Ainsi, forte d'une telle rédaction, la loi brésilienne prévoit explicitement que l'organe ou le représentant de la personne morale peuvent l'engager pénalement même dans les cas où les faits illicites qui ont abouti à la réalisation de l'élément

³³² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 68.

³³³ *Idem*, p. 144.

³³⁴ Dans le même sens, R. HEFENDEHL, La responsabilidad penal corporativa : artículo 2.07 del Código Penal, in *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005, p. 431.

³³⁵ Voir dans ce sens, par exemple : S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 547 ; et F. STRETEANU, La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumain, in *Revue de droit pénal et de science pénitentiaire*, n° 2, 2007.

³³⁶ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 547. Dans le même sens, F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 336.

³³⁷ E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 135.

³³⁸ Sur le concept d'auteur indirect en droit pénal brésilien voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 712 et s.

matériel de l'infraction ne sont pas accomplis par eux d'une manière immédiate. Pour cette raison, selon l'article 3 de la loi 9.605/98, il est nécessaire qu'un comportement du représentant de la personne morale soit à l'origine de l'acte illicite, mais il n'est pas obligatoire que ce représentant accomplisse directement l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement³³⁹.

Cependant, même si la loi française utilise une rédaction différente pour désigner la première condition de la responsabilité pénale des groupements, il semble que le concept d'auteur moral développé en France³⁴⁰ peut opportunément s'appliquer à la personne morale, c'est pourquoi elle peut être pénalement condamnée même dans le cas où son organe ou son représentant a accompli indirectement l'élément matériel de l'infraction³⁴¹.

Quoi qu'il en soit, malgré les différences de rédaction, on peut dire qu'en France et au Brésil le groupe des personnes pouvant adéquatement faire office de support humain pour la personne morale est limité aux personnes physiques qui ont un pouvoir de direction, de contrôle et de représentation au sein du groupement³⁴². Ce sont eux alors qui vont accomplir, directement ou indirectement, le comportement interdit par la loi au nom du groupement.

Or, il s'agit également de savoir qui sont exactement ces personnes que la loi appelle représentants et organes du groupement, pour voir ensuite s'ils ne peuvent être assimilés à d'autres personnes qui, malgré le fait qu'elles ne sont ni des organes ni des représentants, ont un pouvoir de direction et de contrôle au sein du groupement (§2).

§2) Les personnes en capacité et en incapacité d'accomplir un fait illicite au nom de la personne morale

Ainsi, au sein de la personne morale, on rencontre deux types de personnes physiques. Celles qui ont un pouvoir de direction et de contrôle au sein du groupement et qui pour cette raison peuvent l'engager pénalement (A) et celles qui, malgré leur lien avec l'être moral, ne peuvent pas

³³⁹ Dans le même sens voir STF, 17 avril 2009, REXT n° 548.484.

³⁴⁰ « L'auteur moral est l'homme de l'ombre, celui qui ne réalise pas matériellement l'infraction mais qui fait commettre ou laisse commettre l'infraction par un autre. Sa participation est intellectuelle, il est l'instigateur, celui qui tire les ficelles, à la manière d'un auteur derrière l'auteur » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 247. En France, en principe l'instigateur est assimilé au complice, en raison de l'article 121-7 du Code pénal. Néanmoins, parfois, la jurisprudence de la Cour de cassation, en raison du lien de subordination entre l'auteur moral et l'auteur matériel de l'infraction assimile l'auteur moral à l'auteur matériel lui-même (Cour de cass., Ch. crim., 14 décembre 1974, RSC 1976, obs. J. LARGUIER). De toute façon, soit en qualité de complice, soit en qualité d'auteur, la loi et la jurisprudence françaises admettent que la personne derrière l'auteur matériel de l'infraction soit condamnée elle aussi. Alors, étant donné que l'article 121-2 du Code pénal fait référence aux articles 121-4 à 121-7, on peut penser que le groupement peut très bien être l'auteur moral de l'infraction.

³⁴¹ Voir par exemple Cour de cass., Ch. crim., 29 janvier 2009, pourvoi n° 07-81674.

³⁴² M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 32.

constituer le support humain à l'infraction de la personne morale, car elles sont dépourvues d'un tel pouvoir et n'incarnent pas le groupement au plan physique (B).

A) Les personnes pouvant accomplir un fait illicite au nom de la personne morale

30. L'absence et l'inutilité d'une définition légale. Pour faire référence aux personnes qui ont un pouvoir de direction, contrôle et représentation au sein de la personne morale, tant la loi française que la loi brésilienne utilisent les expressions organe et représentant. Cependant, ni l'article 3 de la loi 9.605/98, ni l'article 121-2 du Code pénal français ne développent une définition de ces notions³⁴³.

Ainsi, notamment en France³⁴⁴, la distinction entre ces deux concepts « n'est pas toujours facile à établir »³⁴⁵, car ni la jurisprudence³⁴⁶ ni la doctrine³⁴⁷ ne fournissent une explication précise et univoque de ces notions³⁴⁸. Toutefois, il semble qu'une telle distinction ne présente pas d'avantage opératoire en terme de conséquences pénales, car « les personnes morales voient leur responsabilité pénale engagée de la même façon suivant que l'infraction a été commise pour leur compte par un organe ou représentant »³⁴⁹. Par ailleurs, dans certains cas une telle distinction est inutile, car la même personne peut être à la fois organe et représentant du groupement³⁵⁰.

Peut-être était-ce pour cette raison que le « corpus juris » portant des dispositions pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne³⁵¹, dans son article 14, prévoit que la responsabilité pénale de la personne morale puisse être engagée non seulement par ses représentants et organes, mais aussi par « toute personne agissant en son nom ou ayant un pouvoir de décision de droit ou de fait » au sein de l'être collectif³⁵². L'étude du « corpus juris » alors révèle

³⁴³ B. MERCADAL, La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, *in Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1994, p. 337.

³⁴⁴ Notamment en France, car le droit brésilien utilise un critère quantitatif pour faire la distinction entre l'organe ou le représentant - lequel rend cette distinction facile à établir.

³⁴⁵ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 224.

³⁴⁶ T. DALMASSO, note ss T. Corr. Strasbourg 9 février 1996, Petites Affiches 1996, n° 38, p. 19. La jurisprudence en France et au Brésil ne donne pas une définition générale des notions de représentant ou d'organe, mais parfois elle énonce à qui ces notions pouvaient s'appliquer.

³⁴⁷ Comme on verra, les auteurs, en France et au Brésil, développent différents concepts et définitions sur le thème. Voir *infra* (n° 31 et s.).

³⁴⁸ « S'il paraît opportun de conserver la notion d'organe pour sa valeur descriptive, il faut en revanche bien voir que la notion constitue plus une métaphore qu'une explication » G. WICKER, Répertoire pénal, *in Personne morale*, Paris: Dalloz, 1998, n° 17 s.

³⁴⁹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 729.

³⁵⁰ G. RIPPET et R. ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, Paris : LGDJ, 2004, n° 695.

³⁵¹ M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris : Economica, 1997.

³⁵² M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 21.

qu'éventuellement, le but du législateur, notamment en France, dans l'utilisation des expressions organe et représentant était celui de faire une référence plus précise³⁵³ aux personnes physiques qui représentent le « directing mind and will » de la personne morale³⁵⁴ ; mais il entendait le faire sans circonscrire la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales à des concepts bien figés.

Dans ce contexte, il semble que le plus important pour le droit pénal n'est pas de savoir avec une précision minutieuse si la personne physique qui a servi de support humain à l'infraction de la personne morale est un organe ou représentant du groupement, mais le plus important pour le droit est de savoir si la personne qui a accompli l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement détient ou non un pouvoir de direction et de contrôle au sein de la personne morale³⁵⁵. Cependant, même si la distinction entre ces deux notions est incertaine³⁵⁶, on peut néanmoins identifier quelques contours des notions d'organe et de représentant de la personne morale.

31. L'organe de la personne morale. En tant que partie composante du groupement, comme les organes le sont de la personne physique, c'est l'organe qui concrétise la volonté de la corporation³⁵⁷ et qui peut réaliser ses actions dans le monde physique³⁵⁸. Le droit privé général, en France et au Brésil, le définit comme un « instrument d'action des personnes morales », lequel peut être composé par une ou plusieurs personnes et sont investies d'un pouvoir de délibération, d'exécution ou de contrôle³⁵⁹.

Concernant la composition de l'organe, on rencontre une première différence entre le droit français et le droit brésilien. Tandis qu'en France l'organe peut être unipersonnel ou collectif, au

³⁵³ À l'exemple du droit de sociétés qui dresse une liste des personnes physiques qui incarnent la personne morale, M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 20.

³⁵⁴ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 546.

³⁵⁵ L'assimilation opérée par la jurisprudence française entre le dirigeant de fait, le délégataire et le représentant de la personne morale montre bien que la référence au représentant et à l'organe faite par la loi existe pour illustrer et non pas pour limiter la liste des personnes physiques qui peuvent avoir un pouvoir de contrôle, surveillance et direction au sein du groupement et pour cette raison peuvent engager pénalement l'être moral. Voir *infra* (n° 34 et s.). Par ailleurs, pour certains auteurs la notion de dirigeant de fait rend inutile les concepts d'organe et de représentant car elle « permettrait d'englober toutes les personnes physiques et toutes les assemblées chargées des choix stratégiques de la personne morale et donc capables d'engager sa responsabilité pénale » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 227.

³⁵⁶ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 18. Concernant les personnes morales de droit public, ces concepts revêtent une précision plus élevée. Selon M. BONICHOT, « en droit public, le mot 'organe' d'une collectivité publique – collectivité territoriale ou établissement public – a un sens précis : il s'agit des instances habilitées par la loi à décider pour cette collectivité, par exemple pour une commune, le maire, les adjoints et le conseil municipal. Quant à la notion de 'représentant', elle est encore plus stricte : c'est le président de l'établissement public ou l'exécutif de la collectivité territoriale, maire ou président du conseil général ou régional » J.-C. BONICHOT, *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public*, in *Gazette du palais*, mercredi 9, jeudi 10 juin 1999, p. 35.

³⁵⁷ C. PINTO, *op. cit.*, p. 313.

³⁵⁸ A. MESTRE, thèse préc., p. 211.

³⁵⁹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 88.

Brésil, l'article 3 de la loi 9.605/98, restreint l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales aux organes collectifs. Il semble que cette option soit issue d'une volonté au Brésil de faire la distinction entre organe et représentant, à l'aune d'un critère quantitatif³⁶⁰. Pour la loi brésilienne, toutes les fois que la représentation de la personne morale s'exerce par plusieurs personnes on est face à un organe³⁶¹, tandis que lorsque cette représentation est exercée par le biais d'une seule personne on est devant un représentant de la personne morale.

En France, le critère de distinction entre l'organe et le représentant semble moins clair qu'au Brésil³⁶². D'un côté, certains auteurs défendent une distinction fondée sur le destinataire de la représentation. En effet, tandis que les organes sont les représentants au sein de la personne morale, les représentants le seraient devant un tiers³⁶³. D'un autre côté, une fraction différente de la doctrine a proposé un critère légal. Les organes seraient désignés par la loi, alors que les représentants le seraient par les statuts de la société³⁶⁴. De toute façon, comme une telle distinction ne semble pas présenter de grands avantages en droit pénal, l'absence d'une différenciation claire et emportant l'unanimité entre ces deux notions en France ne pose pas de problèmes pratiques quant au déploiement de la responsabilité pénale des groupements.

S'agissant des types d'organes, on en rencontre trois types chez les personnes morales : les organes délibératifs, par exemple l'assemblée des associés et le conseil municipal, lesquels sont responsables de l'expression de la volonté du groupement, de manière large et encore abstraite³⁶⁵ ; les organes de contrôle, à l'instar du commissaire aux comptes et le comité d'entreprise, lesquels sont obligatoires dans les structures plus élaborées et sont responsables de la surveillance de la prise de décision et des actions de la personne morale ; et, finalement, les organes exécutifs, par exemple le gérant et le conseil d'administration, qui « agissent au nom de la personne morale et la

³⁶⁰ Critère qui a été aussi proposé par certains auteurs en France. Voir : J. PRADEL, *La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris : PUF, 1997, p. 171 ; J.-F. BARBIERI, *L'incidence de la réforme du Code pénal sur la gestion des personnes morales*, in *Petites Affiches*, 6 octobre 1993, n° 120, p. 22 ; J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris : LGDJ, 2002, spéc. N° 288 ; et B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 540. « Il est évident que cette analyse a le mérite de la simplicité. En effet, si l'on admet que l'organe est forcément collégial, on élimine les problèmes d'interprétation puisqu'alors la notion de représentant vise la personne physique » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 225.

³⁶¹ F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 72.

³⁶² E. DREYER, *op. cit.*, p. 729.

³⁶³ Dans ce sens, G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 539.

³⁶⁴ H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales*, in *Code pénal : dix ans après la réforme de 1994*, Paris : Dalloz, 2002, p. 69. Cette distinction est issue du droit des sociétés. Selon elle l'organe peut être composé par un individu ou une collectivité et son existence découle d'une prescription légale. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Paris : LGDJ, 1909.

³⁶⁵ E. DREYER, *op. cit.*, p. 729.

dirigent »³⁶⁶. Par ailleurs, de telles catégories d'organes peuvent être temporaires ou définitives³⁶⁷, légales ou statutaires.

Face à une telle classification, il est intéressant de noter que ni la loi française, ni la loi brésilienne ne limitent la responsabilité pénale des groupements à un type spécifique d'organe. Tous les organes de l'être collectif peuvent le rendre coupable d'une infraction. Cependant, en sachant que l'élément matériel de l'infraction doit être accompli, directement ou indirectement, par l'organe de la personne morale, on peut dire que l'organe exécutif est plus spécifiquement visé par la loi que les autres³⁶⁸. Par ailleurs, la loi en France et au Brésil vise aussi le représentant de la personne morale.

32. Le représentant de la personne morale. À l'origine, plusieurs penseurs défendaient l'idée selon laquelle le représentant ne pouvait pas engager pénalement la personne morale. Selon MESTRE, tandis que l'organe incarne, exprime et réalise la volonté du groupement, le représentant « garde sa volonté propre et agit simplement pour le compte du représenté », de sorte qu'il n'agit par lui-même, mais pour autrui. Pour cette raison, le représentant ne pouvait pas être confondu avec l'être collectif lui-même et, par conséquent, ne pouvait pas commettre une infraction au nom de la personne morale³⁶⁹. C'était peut-être pour cette raison que le législateur français, dans l'ordonnance du 5 mai 1945, relative aux groupes de presse coupables de collaboration avec l'occupant allemand, avait limité le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales aux actes accomplis seulement par l'organe de celle-ci, de sorte que « l'infraction commise par 'un simple représentant' ne devrait pas non plus pouvoir emporter la responsabilité pénale de la personne morale »³⁷⁰.

Toutefois, au fur et à mesure, on s'est aperçu que la notion d'organe était trop restrictive, car elle ne permettait pas l'engagement de la responsabilité du groupement par quelques personnes qui, sans être des organes, étaient « forcément impliquées dans la gestion et les actions

³⁶⁶ *Idem*, p. 730.

³⁶⁷ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, Paris : LITEC, 1995, spec. n° 8.

³⁶⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 730. Dans le même sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 17.

³⁶⁹ A. MESTRE, *these préc.*, p. 212-214. Dans le même sens, F. ALLEN, La responsabilité pénale des sociétés privées en droit américain, VIIe Congrès International de Droit Pénal, in *Revue Internationale de droit pénal*, 1957, 27.

³⁷⁰ C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 150. Par ailleurs, les trois premiers avant projets du Code Pénal français (1976, 1978 et 1983) limitaient la responsabilité pénale des personnes morales aux faits accomplis par les organes du groupement. Voir M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 20.

de la personne morale »³⁷¹. Pour pallier ce problème, le projet de Code pénal français de 1986 a introduit, pour la première fois en France, la notion de représentant dans l'article 121-2³⁷².

Au Brésil, le développement de la notion de représentation de la personne morale ne s'est pas fait en deux temps comme en France et l'idée de représentant est apparue au même moment que celle d'organe – raison pour laquelle depuis son origine la responsabilité pénale des groupements en droit brésilien peut être engagée non seulement par l'organe, mais aussi par le représentant de la personne morale.

Quoi qu'il en soit, nonobstant les différences historiques, actuellement, dans ces deux ordres juridiques, le représentant peut engager la responsabilité pénale de la personne morale, car « porteur de pouvoir et d'autorité au sein de la personne morale »³⁷³, il incarne la volonté et la capacité d'action du groupement et ne peut pas être considéré comme un simple mandataire de l'être collectif³⁷⁴.

Malgré le fait que cette notion, à exemple de celle d'organe, ne soit pas visée de manière précise ni par la loi française³⁷⁵, ni par la loi brésilienne³⁷⁶, on peut définir les représentants de la personne morale comme les personnes qui ont un pouvoir spécial afin d'agir au nom de la société³⁷⁷ et qui participent à l'administration et à la gestion du groupement³⁷⁸. Il s'agit par exemple du président directeur général, du gérant de la personne morale ou encore du maire de la collectivité territoriale.

Concernant l'origine du pouvoir de représentation, sa source est en principe indifférente³⁷⁹. Le représentant peut être issu d'une disposition légale, de l'organisation de la société (statuts) ou encore d'une décision de justice³⁸⁰. Dans cette dernière hypothèse, il peut s'agir, par exemple, de l'administrateur judiciaire ou le liquidateur de la personne morale³⁸¹. Ici une comparaison entre l'ordre juridique français et brésilien mérite d'être faite. Tandis que l'article 121-2 du Code pénal ne fait aucune distinction par rapport au type de représentant qui peut engager pénalement le

³⁷¹ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 225.

³⁷² M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 33.

³⁷³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 372.

³⁷⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 320.

³⁷⁵ B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377.

³⁷⁶ F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 71.

³⁷⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 730.

³⁷⁸ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 233.

³⁷⁹ En principe car comme on a vu *supra* (n° 32), pour certains auteurs, c'est à partir de la source du pouvoir qu'on peut faire la distinction entre les notions de représentant et d'organe du groupement.

³⁸⁰ E. DREYER, *op. cit.*, p. 730. Il faut souligner que pour les personnes morales de droit public il est plus probable que la source du pouvoir de représentation soit la loi, tandis que pour les personnes morales de droit privé c'est plutôt les statuts de la société qui va prévoir qui sont les représentants et les organes de celle-ci. Dans le même sens F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 23 et J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 35.

³⁸¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 380.

groupement, l'article 3 de la loi 9.605/98 fait référence au « représentant statutaire ou légal » de la personne morale. Une telle référence pourrait laisser à penser qu'au Brésil les représentants issus d'une décision de justice ne pourraient pas rendre la personne morale coupable d'une infraction pénale, si un tel type de représentation n'existe ni en raison d'un contrat, ni d'un dispositif légal. Toutefois, la doctrine brésilienne n'a pas vu cette référence comme une restriction, de sorte qu'au Brésil, comme en France, le mandataire judiciaire peut, lui aussi, engager pénalement le groupement³⁸². Ainsi, si le texte brésilien reste différent du français, son application demeure la même dans ces deux pays.

Finalement, encore concernant les deux notions utilisées par le législateur français et brésilien, il faut ajouter que rien n'empêche que le représentant ou l'organe de la personne morale soit un autre groupement³⁸³. C'est le cas, par exemple, pour « l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou pour un membre du conseil d'administration d'une société anonyme »³⁸⁴. On peut donc se demander comment s'effectuera la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale dans une telle situation. « Dans ce genre de situation, la loi fait obligation à la société qui est un organe d'une autre personne morale de nommer une personne physique chargée de la représenter de façon permanente au sein de l'autre personne morale. C'est donc le représentant permanent qui pourra engager, par ses actes et décisions, la responsabilité pénale de la personne morale à la gestion de laquelle il participe »³⁸⁵.

33. Transition. Quoi qu'il en soit, on s'aperçut au fur et à mesure que, dans la structure des groupements il y avait aussi d'autres personnes qui, grâce à leur pouvoir de direction, contrôle et surveillance au sein de la personne morale, pouvaient exprimer l'action et la volonté du groupement : il s'agissait du délégataire et du dirigeant de fait.

Toutefois, le problème qui se posait concernant ces agents était, en premier lieu, le fait qu'ils ne sont pas assimilables ni au concept d'organe, ni au concept de représentant et, en second lieu, la source du pouvoir de représentation exercé par eux : ni la loi, ni les statuts de la société, mais seulement une délégation de pouvoir pour le premier et la réalité des faits pour le second. Afin de ne pas donner au groupement une faille exploitable afin d'échapper à sa responsabilité

³⁸² A. MIGLIARI JR., *A Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Lex, 2002, p. 165. Dans le même sens, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 83.

³⁸³ F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 84.

³⁸⁴ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 229.

³⁸⁵ *Ibid.* Dans le même sens, concernant le droit brésilien, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 84.

pénale³⁸⁶ et pour ne pas limiter le critère organique à des concepts figés, la jurisprudence, forte d'une volonté pragmatique, a décidé que le délégataire et le dirigeant de fait peuvent engager la responsabilité pénale des personnes morales.

34. Le délégataire de la personne morale. Concernant le délégataire, l'interrogation préalable qui a été posée au droit pénal était celle de savoir si une délégation de pouvoir a pour seul objet la transmission d'un pouvoir et d'une autorité au sein du groupement ou si, plus que cela, elle opère aussi le transfert de la capacité de représentation de l'être moral³⁸⁷. Selon la première option, la personne morale ne pourrait pas être responsable pour un acte du délégataire³⁸⁸, tandis que, dans la deuxième, cet acte pourrait rendre la personne morale coupable pénalement.

En France, on a rapidement constaté que le délégataire, dans les limites de sa délégation³⁸⁹, reçoit aussi les « moyens d'exprimer la volonté de la personne morale », de sorte qu'il est « indirectement investi par elle »³⁹⁰. Pour cette raison, la Cour de cassation a assimilé le délégataire à un organe ou représentant du groupement et a permis qu'il engage sa responsabilité pénale³⁹¹. Dans l'Hexagone, les tribunaux considèrent le délégataire comme une espèce de quasi organe qui peut rendre l'être collectif responsable³⁹².

Au Brésil, la question ne s'est pas encore posée. Parmi la jurisprudence brésilienne, on ne rencontre aucune décision dans laquelle le délégataire a été assimilé, ou non, à un organe ou représentant du groupement. Cependant, si l'on regarde les décisions brésiliennes concernant le droit pénal des affaires, on voit que les juges, encore qu'à tâtons et sans en avoir pleinement conscience, acceptent la délégation de pouvoir comme mécanisme d'exonération de la responsabilité du chef de l'entreprise³⁹³. Par conséquent, on peut affirmer que la figure du délégataire existe déjà au Brésil. Toutefois, on sait que la délégation peut avoir plusieurs effets en

³⁸⁶ E. DREYER, *op. cit.*, p. 731.

³⁸⁷ H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morale*, p. 75.

³⁸⁸ Plusieurs auteurs en France affirmaient que le délégataire « n'est que le représentant du dirigeant, personne physique, et non celui de la personne morale », c'est pourquoi il ne pourrait pas engager la responsabilité pénale de la personne morale (H. MATSOPOULOU, La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue des Sociétés*, 2004, p. 283, n° 23). Dans le même sens, J.-H. ROBERT, Les préposés délégués sont-ils représentants de la personne morale, *in Mélanges offerts à P. Couvrat*, Paris : PUF, 2001, p. 391.

³⁸⁹ F. ROSSEAU, La répartition des responsabilités dans l'entreprise, *in RSC*, 2010, p. 811.

³⁹⁰ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 261.

³⁹¹ La première fois que la Cour de cassation a pris position en faveur de la qualité de représentant du délégataire c'était dans un arrêt du 1^{er} décembre 1998 (Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 1998-00511, Bull. crim. 1998, n° 328, RSC, 1998, p. 337, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE) en matière d'hygiène et de sécurité (dans le même sens : Cour de cass., Ch. crim., 14 décembre 1999, Bull. crim. n° 306 ; et Cour de cass., Ch. crim., 30 mai 2000, Bull. crim. 206). Néanmoins, au fur et à mesure du temps, cette solution a été étendue à toute délégation, en ne se limitant pas aux délégations existants en matière d'hygiène et sécurité. Voir Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2001, Bull. crim. n° 161.

³⁹² Contre cette assimilation B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 312.

³⁹³ TRF-3, 16 septembre 1997, AP. CRIM. n° 1996.03.01.006121-0.

droit pénal³⁹⁴. Si, d'un côté, pour le chef de l'entreprise, elle a un effet exonératoire³⁹⁵, de l'autre côté, pour les personnes morales, elle produit en principe un effet simplement translatif³⁹⁶, puisque le groupement demeure responsable, mais en raison du fait du délégataire et non pas en raison du fait de son représentant ou organe³⁹⁷. Ainsi, conscient des différents effets qu'une délégation peut produire au plan du droit pénal, il reste à savoir si, au Brésil, la délégation concernant l'être collectif produit un effet exonératoire ou translatif comme en France. Mais, sachant que la délégation peut être un mécanisme pour contourner la responsabilité pénale, on peut dire que les juges au Brésil seront plus favorables à l'assimilation du délégataire à un représentant de l'entreprise, comme en France.

Quoi qu'il en soit, le dirigeant de fait peut lui aussi engager la responsabilité pénale de la personne morale.

35. Le dirigeant de fait. Le principal problème pour déterminer si le dirigeant de fait peut ou non engager la responsabilité de la personne morale réside dans la source de sa représentation³⁹⁸. Ici, l'on ne parle pas ni d'une représentation légale, ni d'une représentation statutaire. La capacité d'exprimer l'action et la volonté de la personne morale lui est conférée à partir de la réalité des faits³⁹⁹. Ce dirigeant alors est un représentant ou un organe qui, au mépris des statuts de l'entreprise, intervient dans la direction et dans le contrôle du groupement⁴⁰⁰. La question qui se pose alors était celle de savoir si ce représentant peut ou non engager pénalement la personne morale.

³⁹⁴ B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 10.

³⁹⁵ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 266 et B. de LAMY, La liberté d'entreprendre et le droit pénal, *in Droit Pénal*, Septembre 2009, n° 9.

³⁹⁶ E. DREYER, *op. cit.*, p. 732. À cause de l'effet translatif que la délégation de pouvoir possède au sein de la responsabilité pénale des groupements, on ne peut pas interpréter que la délégation de pouvoir faite à l'égard du « compliance officer » de la personne morale peut avoir un effet exonératoire en ce qui concerne la responsabilité pénale d'un groupement. En effet, la personne morale demeure pénalement responsable face aux actions ou omissions illicites du « compliance officer », puisque la délégation de pouvoir a toujours un effet translatif au sein de cette responsabilité.

³⁹⁷ Cet effet translatif va nous aider à mieux comprendre les fondements de la responsabilité pénale de la personne morale, car devant un tel effet on ne peut pas dire comme certains auteurs (C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013) que le fondement de cette responsabilité est un défaut dans l'organisation du groupement, car « si la responsabilité de la personne morale tend à reposer sur un modèle organisationnel, sur l'idée d'une défaillance structurelle de la personne morale, l'effort d'organisation dont la délégation de pouvoir est l'instrument devrait plutôt tendre à écarter sa responsabilité et non l'inverse » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 45.

³⁹⁸ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 98.

³⁹⁹ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 93. Selon ces auteurs, pour la réalité du droit pénal il est plus important de savoir qui est l'administrateur de fait de la personne morale que de savoir qui est son administrateur de droit.

⁴⁰⁰ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 80. Selon certains auteurs, il est plus difficile d'imaginer une telle situation concernant les personnes morales de droit public, voir R. RAGUÉS i VALLÈS, *Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales*, *in Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005, p. 144.

En France, la Cour de cassation⁴⁰¹ a opté pour la réalité des faits⁴⁰². En donnant un concept plus matériel que formel aux notions de représentant et d'organe, les juges français ont permis l'engagement pénal de la personne morale par la voie du comportement de son dirigeant de fait⁴⁰³. Toutefois, même si la jurisprudence « ne le révèle pas expressément »⁴⁰⁴, cet engagement est possible seulement si des conditions déterminées sont remplies. En premier lieu, le dirigeant de fait doit être connu par les organes et les représentants de droit de la personne morale⁴⁰⁵. En second lieu, pour que le dirigeant informel du groupement puisse l'engager pénalement, il est nécessaire qu'il effectue plusieurs actes de direction ou de gestion et que l'organe ou le représentant de droit de l'être collectif reste passif devant eux⁴⁰⁶, comme un « homme de paille »⁴⁰⁷. Seulement si de telles conditions sont remplies, le dirigeant de fait pourra rendre la personne morale coupable pénalement, au moins en France.

Au Brésil, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur la question. Toutefois, la notion de dirigeant de fait est bien connue dans le droit pénal des affaires brésilien, où les condamnations d'une telle personne sont récurrentes⁴⁰⁸. Alors l'on peut imaginer que le chemin qui sera tracé par le Brésil pourra être le même que celui poursuivi en France : la possibilité que le dirigeant de fait puisse rendre la personne morale pénalement coupable⁴⁰⁹.

Il reste à savoir qui sont les personnes physiques au sein du groupement qui ne peuvent pas adéquatement constituer le support humain de l'infraction de la personne morale (B)⁴¹⁰.

⁴⁰¹ Cour de cass., Ch. crim., 17 décembre 2003, pourvoi n° 00-87872, voir également Cour de cass., Ch. comm., 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-15895 et CA Douai, 26 février 2003, JurisData n° 2003-214506.

⁴⁰² J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 18.

⁴⁰³ Contre une telle assimilation voir : J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris : Cujas, 2014, n° 541 ; et H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 127. Par ailleurs, l'article 3 de l'ordonnance du 5 mai de 1945 « permettait l'engagement des entreprises de presse accusées de collaboration avec l'ennemi par les dirigeants de faits ». De la même manière, l'article 14 du « corpus juris » le permet aussi.

⁴⁰⁴ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁰⁵ L'intérêt d'une telle exigence est « d'exclure précisément le cas dans lequel la personne morale fait plutôt figure de victime que de coupable », en raison d'une contrainte sur elle. Voir, M. DELMAS-MARTY, Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale, *in Revue des Sociétés*, 1993, p. 306. Dans le même sens, S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 551.

⁴⁰⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Paris : Economica, 2009, n° 606 et M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Paris : Ellipses, 2006, n° 422.

⁴⁰⁷ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 98.

⁴⁰⁸ Par exemple, TRF-2, 14 octobre 2011, AP. CRIM. n° 2006.51.03.001168-1.

⁴⁰⁹ Dans le même sens, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 69 et 84.

⁴¹⁰ Par rapport au « compliance officer », il faut dire qu'il doit être interprété comme étant un organe de la personne morale, lequel peut l'engager pénalement par le biais de ses actions ou omissions illicites. On va revenir sur le thème *infra* (n° 250 et s.), quand on va étudier la notion de « compliance program » au sein de la responsabilité pénale des personnes morales.

B) Les personnes qui ne peuvent pas accomplir un fait illicite au nom de la personne morale

36. Le salarié. Comme on l'a montré, en raison du fait que le salarié intervient dans la gestion technique du groupement, d'aucuns le considèrent comme les mains de l'entreprise⁴¹¹, responsables pour l'exécution des « tâches purement matérielles »⁴¹². Pour cette raison, les employés ne participent pas à l'administration générale de la personne morale, puisqu'ils ne sont pas ceux qui vont conduire la politique de l'entreprise, et par conséquent, n'en expriment pas la volonté du groupement⁴¹³. Alors, sachant le rôle des salariés au sein de l'entreprise, il semble logique de les exclure du groupe des personnes physiques qui peuvent « mener l'être collectif vers la délinquance ou, au contraire, de l'en détourner »⁴¹⁴. Dépourvu d'un pouvoir de représentation, le salarié ne peut pas incarner l'être moral et pour cette raison n'a pas les qualités exigées par le critère organique pour qu'il puisse incarner le *substratum* humain nécessaire à l'infraction du groupement. Ainsi, forts d'un tel raisonnement, tant le droit français que le droit brésilien, ne reconnaissent pas l'engagement de la responsabilité de la personne morale à partir d'une action ou d'une omission de son salarié⁴¹⁵. Ici, une fois de plus, transparaît la volonté du législateur de restreindre le groupe des personnes capables d'incarner le support humain nécessaire à l'infraction du groupement aux personnes physiques qui représentent leur volonté et l'incarnent dans le plan matériel.

Ainsi, comme il a été montré, la nature désincarnée de la personne morale l'empêche d'accomplir l'élément matériel de l'infraction. Pour cette raison, au moment de l'instauration de la responsabilité des groupements, le droit pénal, dans un mouvement d'adaptation, a établi le fait que la personne morale puisse réaliser l'élément matériel de l'infraction à partir d'un support humain. Face à une telle dynamique, tant le législateur français que le législateur brésilien ont utilisé un critère organique pour identifier les personnes physiques au sein de l'être moral qui pouvaient accomplir l'infraction au nom du groupement. En outre, ces deux systèmes juridiques ont réduit ce groupe de personnes aux individus qui ont un pouvoir de contrôle, surveillance, direction et représentation vis-à-vis de l'être collectif.

⁴¹¹ O. SMITH et D. HOGAN, *Criminal law*, London : Lexis Law, 1992, p. 180.

⁴¹² J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 380.

⁴¹³ J.-H. ROBERT, *Les préposés délégués sont-ils représentants de la personne morale*, p. 391.

⁴¹⁴ *Ibid.* Dans le même sens, concernant le droit pénal brésilien : E. ZAFFARONI, Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, in *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

⁴¹⁵ Contre une telle position au Brésil, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 100.

Dans ce contexte, on peut dire que la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales, le fait de l'organe ou du représentant du groupement, est en effet d'une adaptation du droit pénal aux personnes morales, car cette condition a été conçue comme un aménagement nécessaire pour que la personne morale puisse accomplir une action ou une omission illicite nonobstant sa nature désincarnée. Pour une telle raison, l'on peut faire l'association entre cette condition et l'élément matériel de l'infraction.

Quoi qu'il en soit, la question qui se pose dès lors est celle de savoir comment une telle adaptation devrait être perçue par le droit pénal. Est-ce que l'utilisation d'un support humain par le groupement dans l'accomplissement de son infraction ne rendrait pas la responsabilité pénale des personnes morales indirecte ou du fait d'autrui (**SECTION II**) ?

Section II – Une responsabilité du fait d'autrui inadaptée au droit pénal

La première manière d'interpréter l'utilisation d'un *substratum* humain par la personne morale dans l'accomplissement de son infraction est à l'aune du modèle vicarial. Selon une telle interprétation, la responsabilité pénale de la personne morale serait une responsabilité indirecte, du fait d'autrui. Le groupement serait alors responsable non pas en raison de sa propre infraction, mais en raison de l'infraction de son organe ou représentant.

Il s'agit d'une interprétation simple, mais qui ne respecte pas un des principes fondamentaux du droit pénal : celui de personnalité. Ainsi, le modèle vicarial est incompatible avec le droit pénal en France et au Brésil (**SOUS-SECTION I**). Néanmoins, même devant une telle incompatibilité, la jurisprudence franco-brésilienne, en exigeant l'identification de la personne physique agissant *ès qualité* en France et en exigeant la condamnation préalable de la personne physique organe ou représentant au Brésil, a consacré dans un premier temps une responsabilité pénale indirecte de la personne morale (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – Le modèle vicarial et son incompatibilité avec le droit pénal

Tout d'abord, il convient de se pencher sur le modèle vicarial et la façon dont il appréhende l'utilisation d'un support humain par le groupement dans l'accomplissement de l'acte illicite (**§1**), pour ensuite vérifier l'incompatibilité entre un tel modèle et le principe de personnalité en France et au Brésil (**§2**).

§1) Le *substratum* humain comme justification d'une responsabilité pénale du fait d'autrui

37. Une question d'interprétation. Comme on a vu⁴¹⁶, la responsabilité pénale de la personne morale, en France et au Brésil, suppose l'intervention d'une personne physique. Cette intervention est en principe nécessaire car sans elle le groupement ne peut pas accomplir l'élément matériel de l'infraction. C'était pour cette raison que les législateurs français et brésilien ont établi comme première condition d'une telle responsabilité que l'action ou l'omission illicite imputée à la personne morale soit accomplie par son organe ou représentant.

Face à cette condition, la question qui se pose alors est celle de savoir comment doit-on interpréter un tel mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard de la personne morale⁴¹⁷. L'emprunt d'un *substratum* humain par le groupement dans l'accomplissement de son infraction n'induirait-il pas que la responsabilité pénale de la personne morale soit indirecte?⁴¹⁸

38. Une responsabilité pénale du fait d'autrui. Face à une telle interrogation, notamment pendant les années qui ont suivi l'instauration de la responsabilité pénale de la personne morale, plusieurs auteurs en France⁴¹⁹ et au Brésil⁴²⁰ ont affirmé que cette responsabilité était en effet une responsabilité du fait d'autrui.

Selon ces auteurs, on ne peut pas dire qu'il y a une identité entre le représentant qui a accompli l'infraction à la place du groupement et le groupement lui-même. Ce sont deux personnes différentes⁴²¹, lesquelles ne peuvent donc être appréhendées par le droit pénal comme un seul individu⁴²². Pour cette raison, la responsabilité pénale de la personne morale serait une responsabilité du fait d'autrui, puisque d'un côté on a une personne physique qui va accomplir l'élément matériel de l'infraction et, d'un autre côté, on a une personne morale qui va être

⁴¹⁶ Voir *supra* (n° 23).

⁴¹⁷ Voir: J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 4 ; et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 152.

⁴¹⁸ Il s'agit d'une question qui n'a pas été tranchée ni par le législateur brésilien, ni par le législateur français lors des travaux préparatoires. Concernant le droit français, voir C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 1.

⁴¹⁹ Voir : G. WICKER, *op. cit.* ; J.-C. SOYER, *op. cit.* ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales* ; J. GUYENOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, thèse Paris, 1959 ; et R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, thèse Paris, 1957.

⁴²⁰ Voir : F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 63 ; E. ZAFFARONI, *Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, p. 46 ; et L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, in *Reponsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 128.

⁴²¹ « L'esprit est tellement habitué au jeu de ces principes, éléments indispensables dans la théorie de la personnalité morale, qu'il incline à traiter les membres de la personne morale comme des tiers (...) comment dissiper entièrement l'idée que les membres du groupe agissent personnellement par l'intermédiaire de la personne morale, et que celle-ci n'est autre qu'une personne interposée entre le milieu social et ses membres ? » P. DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 155.

⁴²² W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 220.

responsable en raison de ce fait illicite⁴²³. L'être collectif serait alors responsable pénalement non pas à cause de sa propre infraction, mais en raison de l'infraction d'autrui⁴²⁴. Ainsi, comme la responsabilité pénale du groupement est fondée sur le fait d'une personne physique qui « aurait matériellement commis l'infraction », elle constituerait nécessairement une responsabilité pénale indirecte⁴²⁵, car la personne qui a accompli l'élément matériel de l'infraction n'est pas le groupement⁴²⁶.

Suivant ce raisonnement, l'action ou l'omission accomplie par le représentant ou l'organe de la personne morale serait un acte propre de la personne physique⁴²⁷. Par conséquent, rendre le groupement responsable d'un tel comportement signifie le rendre responsable du fait d'une personne qui, certes, est liée à la personne morale, mais qui ne l'incarne pas⁴²⁸. L'effort d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements, concernant notamment l'élément matériel de l'infraction, engendrerait finalement un problème lié au caractère personnel de la responsabilité pénale des personnes morales, car en raison d'une telle adaptation cette responsabilité aurait une nature indirecte⁴²⁹ et ne serait pas une responsabilité personnelle.

Il s'agissait d'une interprétation issue d'un modèle vicarial de responsabilité pénale des personnes morales.

39. Une responsabilité vicariale. Pour le modèle vicarial le parcours logique dans la recherche de la responsabilité pénale des groupements consisterait tout d'abord à caractériser l'élément matériel de l'infraction vis-à-vis de l'organe ou du représentant de la personne morale. Ce dernier devrait être nécessairement une personne physique identifiée⁴³⁰, pour ensuite l'imputer à l'encontre de

⁴²³ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 82.

⁴²⁴ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20.

⁴²⁵ C. MAURO, *op. cit.*, p. 63.

⁴²⁶ L. GRACIA MARTÍN, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, in *Revista peruana de ciencias penales*, n° 4, Lima : Gijley, 1994, p. 475.

⁴²⁷ F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 63.

⁴²⁸ Il faut souligner qu'un tel raisonnement ne s'harmonise pas avec l'idée d'un critère organique qui limite le groupe des personnes physiques qui peuvent engager pénalement le groupement, parce que le but d'un tel critère est justement celui de donner un caractère personnel à la responsabilité pénale de la personne morale, en limitant l'emprunt du *substratum* humain aux personnes physiques qui incarnent le groupement sur le plan matériel. Alors, selon un tel critère, l'organe et le représentant ne sont pas des tiers vis-à-vis de l'être moral, mais ils sont assimilés à la personne morale elle-même. On analysera ce point plus en détail *infra* (n° 54). Dans le même sens, J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 101. Par ailleurs, dans la responsabilité vicariale on ne limite pas le groupe des personnes qui peuvent accomplir l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement (P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 3). Ainsi, la restriction présente dans l'article 121-2 du Code pénal français et à l'article 3 de la Loi 9.605/98 montre bien que le législateur a souhaité une responsabilité personnelle des personnes morales et non pas une responsabilité indirecte.

⁴²⁹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 98.

⁴³⁰ A. BRUNET, Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise, in *Les petites affiches*, décembre 1996, n° 149, p. 32.

l'être collectif et le rendre pénalement responsable⁴³¹. L'emprunt d'un *substratum* humain par la personne morale la rendrait tant tributaire de la personne physique qui réalise l'infraction à sa place que sa responsabilité serait le « simple reflet de celle de son organe ou représentant »⁴³², de sorte que la responsabilité des groupements n'aurait ni un caractère personnel, ni une autonomie par rapport à la responsabilité pénale de la personne physique agissant ès qualité⁴³³.

On rencontre l'origine⁴³⁴ de ce raisonnement dans la jurisprudence anglaise du XIX^{ème} siècle⁴³⁵. Selon elle, la responsabilité pénale des personnes morales serait une responsabilité vicariale ou une « vicarious liability »⁴³⁶. La personne morale, dépourvue d'un support physique propre, serait responsable pénalement en raison d'un fait accompli par un tiers⁴³⁷, de sorte que l'engagement pénal du groupement serait toujours un transport, par ricochet⁴³⁸, par reflet⁴³⁹ ou par substitution⁴⁴⁰, de la responsabilité d'une personne à l'autre⁴⁴¹.

Le modèle vicarial est alors un système simple qui essaie d'expliquer la responsabilité pénale de la personne morale sans l'aide d'aucune théorie abstraite⁴⁴². Il admet clairement qu'une telle responsabilité est indirecte, en raison du fait d'autrui et qu'elle existe nécessairement et exclusivement à partir de la responsabilité de la personne physique qui a agi à la place de la personne morale⁴⁴³.

⁴³¹ P. MORVAN, La personne morale maltraitée par le droit pénal, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2010, p. 178. Dans le même sens, P. CONTE, La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 114.

⁴³² W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 24.

⁴³³ On étudiera plus en détail cette question *infra* (n° 43). Voir, A. BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

⁴³⁴ À l'origine en Angleterre, la responsabilité pénale de la personne morale était plutôt une responsabilité par substitution qu'une responsabilité du fait d'autrui. Voir, J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 98.

⁴³⁵ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 540. Dans le même sens, J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 89.

⁴³⁶ Le mot vicarial est issu du latin *vicarius* qui signifie remplaçant. Selon le dictionnaire, il s'agit du « prêtre adjoint à un curé pour desservir, sous son autorité, une paroisse, et le suppléer en cas d'absence ou de la maladie » LAROUSSE, *Dictionnaire de poche*, 2011. Alors, l'on voit que le mot vicarial concernant la responsabilité pénale de la personne morale veut dire qu'une telle responsabilité est une responsabilité par substitution et non pas d'une responsabilité personnelle. Dans le même sens, M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 95.

⁴³⁷ R. LEGEAIS, Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue Sociétés*, 1993, p. 372.

⁴³⁸ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 371.

⁴³⁹ P. MORVAN, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁴⁰ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁴¹ M. MICHOU, *op. cit.*.

⁴⁴² Il faut souligner qu'en 1842 ni la théorie de la fiction (1860), ni la théorie de la réalité (1874) avaient été conçues. Par ailleurs, de la même manière, la théorie classique de l'organe et la théorie de la représentation organique n'existaient non plus. Dans ce contexte, il semblait naturel de concevoir la responsabilité pénale de la personne morale comme une responsabilité du fait d'autrui. Les juristes ne possédaient pas encore le degré d'abstraction nécessaire pour concevoir le représentant du groupement comme le groupement lui-même et par conséquent, ils n'avaient pas encore la capacité d'interpréter une telle responsabilité comme une responsabilité personnelle et directe.

⁴⁴³ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

L'étude du droit pénal comparé révèle que l'interprétation de la responsabilité pénale de l'être moral comme une responsabilité vicariale a lieu normalement dans les ordres juridiques qui, d'une part, ne sont pas encore à l'aise avec l'idée d'un groupement comme acteur pénal et qui, d'autre part, n'ont pas encore atteint le degré d'abstraction nécessaire⁴⁴⁴ pour avoir une conception directe de la responsabilité des groupements, en dépassant les vieilles théories du droit pénal⁴⁴⁵. L'on peut affirmer ceci car cette conception a été utilisée comme la première et temporaire façon d'expliquer le fondement et la nature de la responsabilité pénale des groupements dans plusieurs ordres juridiques.

En Angleterre, en France et au Brésil tel était le cas. Tout d'abord, le droit anglais a appliqué en 1842⁴⁴⁶ le modèle vicarial de responsabilité pénale de la personne morale pour justifier la condamnation d'un groupement n'ayant pas accompli une obligation qui lui était imposée par la loi⁴⁴⁷. Seulement un siècle plus tard, en 1944⁴⁴⁸, le droit anglais a élaboré une théorie pour expliquer et justifier une responsabilité directe et personnelle des êtres moraux en droit pénal⁴⁴⁹.

En France et au Brésil, comme on le verra plus en détail⁴⁵⁰, la jurisprudence⁴⁵¹ a parcouru le même chemin, en faisant sienne dans un premier temps une conception vicariale de la responsabilité pénale des personnes morales pour ensuite dans un second temps, à l'instar du droit anglais, concevoir une théorie directe et personnelle pour expliquer le fondement et la nature de la responsabilité pénale des groupements⁴⁵².

Penser la responsabilité pénale de la personne morale comme une responsabilité fondée sur le fait d'autrui, et par conséquent comme étant indirecte⁴⁵³, semble avoir deux avantages. En premier lieu, ceci permet d'interpréter une telle responsabilité sans l'utilisation de raisonnements plus élaborés ou plus complexes, comme ceux qui sont employés dans la théorie de l'identification

⁴⁴⁴ A. MESTRE, thèse préc., p. 38.

⁴⁴⁵ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 18.

⁴⁴⁶ The Birgmingham and Gloucester Railway [1842], 3 Q.B. 223.

⁴⁴⁷ Une telle responsabilité se réalisait notamment dans le cadre des infractions matérielles, où la présence d'une *mens rea* n'est pas exigée. Voir, J. SPENCER, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁴⁸ JCR Haulage [1944] et DPP v. Kent and Sussex Contractors [1944].

⁴⁴⁹ Il s'agit de la théorie de l'identification ou de l'alter ego de la personne morale. Il faut noter qu'en droit anglais, actuellement, ces deux conceptions de la responsabilité pénale de la personne morale, la responsabilité directe et la responsabilité indirecte, coexistent. En Angleterre, la conception de la responsabilité pénale des groupements varie par rapport au type d'infraction. S'il s'agit d'une infraction matérielle la conception vicariale s'appliquera, mais s'il s'agit d'une infraction qui exige une culpabilité (élément subjectif) pour être constituée, la conception identificatoire sera appliquée. C. MAURO, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁵⁰ Voir *infra* (n° 44 et s.).

⁴⁵¹ Pour la France : Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848, bull. crim., n° 408. Pour le Brésil : STJ, 2 mai 2013, RMS n° 37.293.

⁴⁵² J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵³ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 94.

ou dans la théorie organisationnelle⁴⁵⁴. En second lieu, ceci permet aux juristes d'expliquer une telle responsabilité en contournant les questions apparemment insurmontables qu'ils se posent depuis l'origine de la responsabilité pénale des groupements⁴⁵⁵, entre autres celles liées au caractère personnel ou impersonnel de cette responsabilité ou celles liées à la recherche d'une culpabilité et d'une imputabilité propres aux corporations. Sans essayer d'harmoniser les principes du droit pénal à l'égard de la personne morale, le modèle vicarial reconnaît tout simplement la nature indirecte de la responsabilité pénale de l'être moral et le fondement d'une telle responsabilité dans le fait d'autrui⁴⁵⁶.

Néanmoins, si une telle explication semble être naturellement la première que l'on peut utiliser pour faire comprendre la nature et le fondement de la responsabilité pénale de la personne morale, elle souffre cependant de graves incompatibilités avec les principes basiques du droit pénal, notamment avec celui de personnalité (§2). C'est pourquoi, en France et au Brésil elle n'a été utilisée que temporairement pour expliquer la responsabilité pénale de la personne morale car, comme l'énonçait MESTRE, elle semble être « comme ces échafaudages qui permettent de construire un monument, mais qui doivent disparaître dès que l'édifice est terminé »⁴⁵⁷.

§2) L'incompatibilité entre le modèle vicarial et le principe de personnalité

40. Un principe de personnalité. Le principe de personnalité est certainement l'un des plus importants en droit pénal. Il « irradie tant l'infraction que la peine et signifie que la punition ne doit en principe affecter que l'auteur de l'infraction »⁴⁵⁸. Autrement dit, il établit une règle très simple de justice élémentaire⁴⁵⁹ et fondamentale en droit pénal : seule la personne qui a accompli le comportement illicite peut être sanctionnée à cause de ce comportement. Ainsi, l'intervention du droit pénal à l'encontre de l'individu doit avoir un caractère personnel, lequel est caractérisé à partir

⁴⁵⁴ Voir *infra* (n° 54 et n° 78).

⁴⁵⁵ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 18.

⁴⁵⁶ Comme on verra *infra* (n° 129), cette théorie a aussi des incidences sur la culpabilité de la personne morale, puisque dans le modèle vicarial la responsabilité pénale des groupements doit être perçue comme une responsabilité objective, qui ne respecte pas le principe de culpabilité.

⁴⁵⁷ A. MESTRE, thèse préc., p. 15.

⁴⁵⁸ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 22. Au Brésil, le principe de personnalité est étroitement lié au principe de culpabilité en droit pénal, lequel est prévu à l'article 5, LVII, de la Constitution brésilienne.

⁴⁵⁹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 634.

du moment où il y a une identité, naturelle ou technique, entre la personne qui a réalisé le fait interdit et celle qui est punie en raison de ce fait illicite⁴⁶⁰.

Déjà en 1625 des auteurs comme GROTIUS soulignaient l'importance de ce principe⁴⁶¹, mais c'est seulement en 1790 que le législateur français va l'affirmer pour la première fois à l'article 2 de la loi des 21 et 30 janvier 1790⁴⁶². Actuellement, le principe de personnalité est prévu à l'article 121-1 du Code pénal français, selon lequel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». En outre, il a une valeur constitutionnelle⁴⁶³ et la Cour Européenne des droits de l'homme le considère comme une règle fondamentale de droit pénal, laquelle est liée au sens de l'article 6, §2, de la Convention⁴⁶⁴.

Au Brésil, le caractère personnel de la responsabilité pénale a aussi une valeur constitutionnelle et il est prévu à l'article 5, XLV, de la Constitution⁴⁶⁵. De la même manière, l'article 5, alinéa 3, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoit un tel principe. Le Supremo Tribunal Federal, à son tour, souligne parfois l'importance de cette règle et l'inexistence d'une responsabilité pénale du fait d'autrui en droit brésilien⁴⁶⁶.

41. L'exclusion de la responsabilité pénale du fait d'autrui. Ainsi, « du caractère personnel de la responsabilité pénale », en France et au Brésil, « l'on déduit l'absence de responsabilité pénale

⁴⁶⁰ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 122. Déjà le Digeste prévoyait que « le crime ou la peine du père ne peuvent imprimer aucune souillure à son fils » (D. 48, 19, 26). Par ailleurs, en France, l'on rencontre plusieurs adages qui expriment une telle idée : « Tous délits sont personnels », « Qui fait la faute, il la boit », « Mon père vole, est pendu un voleur » A. LAINGUI, *Les adages du droit pénal*, in *RSC*, 1986, p. 46. À notre avis, une telle identité peut être naturelle, comme dans le cas de la personne physique, ou technique, comme dans le cas de la personne morale. Voir *infra* (n° 54 et s.).

⁴⁶¹ « C'est parce que toute obligation à la peine vient de ce qu'on l'a méritée ; or le mérite est personnel, comme ayant pour principe la volonté, qui est ce que l'on a de plus propre » H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2005, [1625], p. 524.

⁴⁶² Selon cet article « Les délits et crime étant personnels, le supplice d'un coupable et les condamnations infamantes quelconques n'impriment aucune flétrissure à sa famille. L'honneur de ceux qui lui appartiennent n'est nullement entaché et tous continueront d'être admissibles à toutes sortes de professions, d'emplois et de dignité » (E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris : LGDJ, coll. « Bibl. sc. Crim. », 2002, p. 88). Il faut dire que la responsabilité pénale est apparue dans les sociétés archaïques par le biais de l'imputation collective, car dans ces sociétés il y a avait une prédominance de la collectivité sur l'individu, de sorte que l'homme n'était pas perçu comme individu, comme personne au singulier et, par conséquent, sa responsabilité pénale était toujours la responsabilité pénale du groupe (M. POIRIER, *Les caractères de la responsabilité archaïque*, in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, Paris : Dalloz, 1961, p. 565). Au fur et à mesure, on constate une réduction de la responsabilité collective et une affirmation de la responsabilité individuelle et personnelle. Cependant, c'est avec le développement des religions monothéistes et de la pensée chrétienne que l'on assista à un véritable développement de la responsabilité personnelle : « l'existence d'un Dieu unique, d'unité divine, a permis de faire apparaître l'unité humaine » (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 121). La Révolution française fut alors l'artisan de l'établissement de la responsabilité personnelle sur le plan technique (K. TIEDEMANN, *Rapport introductif*, p. 260).

⁴⁶³ Voir Conseil Const., décision n° 2012-239 DC, 4 mai 2012.

⁴⁶⁴ CEDH, 29 août 1996, *A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse*.

⁴⁶⁵ P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, Curitiba : Edição do autor, 2012, p. 273.

⁴⁶⁶ Voir STF, 21 septembre 2006, INQ n° 2.071. Dans le même sens STJ, 17 août 1993, HC n° 28.823.

d'autrui »⁴⁶⁷ dans ces ordres juridiques. Donc, ni le droit français⁴⁶⁸, ni le droit brésilien⁴⁶⁹ ne permettent qu'une personne soit responsable pénalement en raison d'un fait illicite qu'elle n'a pas accompli personnellement.

42. Le modèle vicarial et son incompatibilité avec le principe de personnalité. Devant l'exclusion de la responsabilité pénale du fait d'autrui, on ne peut nier l'existence d'une incompatibilité insurmontable entre le modèle vicarial de la responsabilité pénale de la personne morale et le principe de personnalité. Si l'action ou l'omission du représentant du groupement devait être interprétée comme le fait accompli par un tiers et non pas comme le fait accompli par la personne morale elle-même, on serait forcé de conclure qu'une telle responsabilité ne s'harmonise ni avec l'article 121-1 du Code pénal français, ni avec l'article 5, LXV, de la Constitution brésilienne.

Comment pourrait-on affirmer en même temps que la personne morale, d'un côté, est responsable de l'infraction de son organe ou de son représentant (autrui) et d'un autre côté affirmer le caractère personnel d'une telle responsabilité ?⁴⁷⁰ Affirmer alors que le fondement de la responsabilité pénale de la personne morale est le fait d'autrui et que, par conséquent, la nature de cette responsabilité est indirecte, par reflet ou par ricochet, n'est pas compatible avec le principe de personnalité⁴⁷¹. Pour cette raison, le modèle vicarial ne semble pas s'harmoniser avec l'un des principes basiques du droit pénal⁴⁷² car il fait de la responsabilité pénale de la personne morale une responsabilité du fait d'autrui⁴⁷³.

Par ailleurs, le problème de ce modèle ne se limite pas à une question conceptuelle d'interprétation concernant l'utilisation d'un *substratum* humain par le groupement dans la réalisation de l'élément matériel de son infraction. Plus que cela, le modèle vicarial implique

⁴⁶⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 634.

⁴⁶⁸ J. PRADEL, *La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994*, p. 155.

⁴⁶⁹ E. ZAFFARONI, *Parecer a Nilo Batista sobre a repsonsabilidade penal das pessoas jurídicas*, p. 46 et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁷⁰ On n'oublie pas que certains auteurs (F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 600 à 603) défendent l'idée selon laquelle la responsabilité pénale de la personne morale est personnelle, malgré le fait qu'elle soit indirecte. Selon eux, « l'article 121-2 du Code pénal constitue seulement un mécanisme d'imputation de l'infraction d'une personne physique à une personne morale », de sorte que, nonobstant ce mécanisme d'imputation, lequel qualifie d'indirecte la responsabilité des personnes morales, il s'agit d'une responsabilité personnelle. Le raisonnement est intéressant, mais on perçoit difficilement comment une responsabilité indirecte peut être personnelle sans l'exigence d'une faute propre de la personne morale en plus de l'infraction commise par son organe ou représentant, voir *infra* (n° 79 et s.). Même si l'on considère que la première condition est un mécanisme d'imputation de l'infraction d'une personne physique à la personne morale, on continue à buter sur le problème d'une responsabilité du fait d'autrui. En considérant l'organe ou le représentant comme un tiers et non pas comme la personne morale elle-même, cette responsabilité demeure impersonnelle, sauf si l'on exige en plus de l'infraction du représentant ou de l'organe une faute propre de la personne morale, comme un défaut dans son organisation, par exemple. Dans le même sens, M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 100.

⁴⁷¹ Concernant la France : P. CONTE, *op. cit.*, p. 116. Concernant le Brésil : F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁷² M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁷³ K. TIEDEMANN, *Rapport introductive*, p. 265.

également des problèmes d'ordre pratique, lesquels sont la conséquence d'une notion indirecte de la responsabilité pénale des personnes morales.

43. Le modèle vicarial et ses inconvénients. En plus d'être incompatible avec le principe de personnalité, le modèle vicarial a pour conséquence de « limiter considérablement l'intérêt et la portée »⁴⁷⁴ de la responsabilité pénale des personnes morales.

En premier lieu, parce qu'il va appliquer à la répartition des responsabilités au sein de l'entreprise une logique de simple addition⁴⁷⁵. Dans le modèle vicarial, la personne morale sera un coupable de plus de l'infraction accomplie par le représentant ou l'organe du groupement et non pas le seul coupable. Ainsi, une telle logique d'addition⁴⁷⁶ n'empêche pas la condamnation systématique des personnes physiques agissant *ès qualité*⁴⁷⁷, même dans les cas où ces personnes sont parfois totalement étrangères aux faits pénaux, bien qu'elles détiennent un pouvoir de représentation au sein de l'être collectif⁴⁷⁸. Par ailleurs, le modèle vicarial permet le fait que la personne morale soit presque automatiquement condamnée pour l'infraction accomplie par son représentant ou organe⁴⁷⁹. Pour cette raison, il ôte de la responsabilité pénale des groupements l'un de ces principaux avantages : la capacité de rendre plus juste et égalitaire la division des responsabilités au sein de l'entreprise⁴⁸⁰.

En second lieu, le modèle vicarial crée une forte dépendance entre la responsabilité de l'être collectif et celle de la personne physique, laquelle supprime toute l'autonomie de la responsabilité pénale de la personne morale⁴⁸¹. Selon ce modèle, le groupement sera responsable

⁴⁷⁴ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁷⁵ Dans le modèle vicarial le principe adopté « est donc celui du cumul des responsabilités entre personnes physiques et personnes morales ; une fois encore la répartition des responsabilités obéit à une logique d'addition » F. ROSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 808. L'articulation entre les responsabilités pénales de la personne physique et de la personne morale sera étudiée *infra* (n° 163 et s.).

⁴⁷⁶ « Alors que la responsabilité pénale des personnes morales avait été principalement instaurée pour décharger les personnes physiques d'une responsabilité pénale que l'on ne considérerait pas comme devant être la leur » G. GIUDICELLI-DELAGE, *La responsabilité pénale des personnes morales en France, in Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, Paris : LGDJ, 2005, p. 193.

⁴⁷⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 376.

⁴⁷⁸ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷⁹ Presque automatiquement car le simple fait qu'une infraction soit accomplie par l'organe ou le représentant de la personne morale ne suffit pas pour la condamnation du groupement. En effet, comme l'on verra, l'infraction doit aussi être commise pour le compte de l'être moral (seconde condition de la responsabilité de la personne morale). Cependant, le modèle vicarial confère plus d'importance à la première condition de la responsabilité pénale de la personne morale qu'à la seconde condition d'une telle responsabilité, de sorte qu'une fois constatée l'infraction vis-à-vis du représentant, la personne morale sera presque automatiquement condamnée. Selon Mme. J. TRICOT, le modèle vicarial réalise une « mise en valeur, sinon la survalorisation, de la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentants aux dépens de la condition de commission pour le compte de la personne morale – très nettement dévaluée » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸⁰ H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 107.

⁴⁸¹ Des années plus tard, après la création de la responsabilité pénale de la personne morale, les législateurs français et brésiliens vont manifester une volonté de rendre cette responsabilité plus autonome par rapport à celle de la personne physique. Intervient à ce titre en France la loi du 10 juillet 2000, laquelle consacre au article 121-3 du Code pénal une

indirectement du fait illicite de son organe ou représentant. Par conséquent, afin de lui faire porter la responsabilité, il s'agit tout d'abord de caractériser l'infraction vis-à-vis d'une personne physique identifiée⁴⁸² pour valablement l'imputer à l'encontre de la personne morale⁴⁸³. Ainsi, suivant un tel raisonnement, on ne peut déterminer la responsabilité d'une personne morale sans préalablement identifier une personne physique responsable pour l'infraction accomplie au sein de l'être collectif⁴⁸⁴. Donc, la nécessité d'identification de la personne physique qui a accompli l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement écarte un autre avantage que pourrait proposer un tel modèle : faire porter la culpabilité au groupement, même dans le cas où l'organisation de l'être moral engendre des difficultés supplémentaires dans la recherche de l'identité exacte de la personne physique⁴⁸⁵ qui a accomplie matériellement l'acte illicite⁴⁸⁶.

Pour ces raisons, l'interprétation donnée à la première condition de la responsabilité pénale de la personne morale par le modèle vicarial soulève des problèmes tant théoriques que pratiques⁴⁸⁷. Cependant, même avec de tels inconvénients, la jurisprudence en France et au Brésil, dans un premier temps, a interprété la responsabilité pénale de la personne morale à partir de ce modèle et a consacré une responsabilité du fait d'autrui pour les personnes morales (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – L'acceptation temporaire de la responsabilité indirecte de la personne morale

Ainsi, malgré l'incompatibilité entre le modèle vicarial et le principe de personnalité, le droit français a fait sienne cette conception de la responsabilité pénale de la personne morale dans les années qui ont suivies la création du nouveaux Code pénal (**§1**). Le droit pénal brésilien, à son tour,

autonomie légale de la responsabilité pénale de la personne morale en ce qui concerne les infractions non intentionnelles. Quant au Brésil, le projet de nouveau code pénal se positionne au travers de l'article 41. Celui-ci prévoit que « la responsabilité des personnes morales ne dépend pas de la responsabilité des personnes physiques ». On se penchera plus longuement sur ces questions *infra* (n° 166 et s.).

⁴⁸² W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁸³ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 48.

⁴⁸⁴ « Il en résulte donc qu'avant de condamner une personne morale pour une infraction déterminée, il faut établir les éléments constitutifs de celle-ci en la personne de ses organes ou représentants, ceux-ci devant être nécessairement identifiés » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 109.

⁴⁸⁵ Il « empêche d'affronter le cœur même de la délinquance d'entreprise, cette délinquance structurelle qui décline les diverses formes d'une prise de décision opaque (...) se heurte précisément à ce qui caractérise la délinquance d'entreprise : l'anonymat et la dilution des responsabilités » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁸⁶ F. LE GUNHEC, *Allocution d'ouverture*, p. 30.

⁴⁸⁷ K. TIEDEMANN, Tendances mondiales d'induction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc, *in Sitema penal para o terceiro milênio : atos do colóquio Marc Ancel*, Rio de Janeiro : Revan, 1991, p. 133. Dans le même sens, M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 69.

a suivi le même chemin et a lui aussi appliqué dans un premier temps une responsabilité du fait d'autrui à l'encontre de la personne morale (§2).

§1) France : un principe d'identification de la personne physique⁴⁸⁸

44. L'exigence d'identification de la personne physique. Dans un premier temps, la chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré l'idée d'une responsabilité indirecte de la personne morale à travers l'exigence d'identification de la personne physique qui a accompli l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement.

Dans un arrêt du 2 décembre 1997⁴⁸⁹, la Cour de cassation a énoncé que ne justifie pas sa décision « la cour d'appel qui, pour caractériser à l'encontre d'une société l'élément intentionnel du délit d'usage de fausses attestations, se borne à énoncer que cette société ne pouvait ignorer que les attestations produites en justice par son directeur général comportaient certaines affirmations inexactes, alors qu'il appartenait aux juges du second degré de rechercher si le directeur général, organe de la société, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations ». La Haute Juridiction reprochait aux juges de fond de ne pas avoir identifié au préalable la personne physique qui a accompli l'infraction⁴⁹⁰ au nom du groupement avant d'imputer à celle-ci l'acte illicite.

45. L'application d'un modèle vicarial de responsabilité. Selon le raisonnement utilisé par la Cour de cassation dans l'arrêt, les juges du fond ne devaient pas caractériser l'infraction, dans tous ses éléments, directement chez la personne morale, mais ils devaient le faire devant une personne physique identifiée pour ensuite simplement imputer à la personne morale cet acte illicite⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ L'expression est utilisée par Mme. AFCHAIN *in* M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 111.

⁴⁸⁹ Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848, Bull. crim. n° 408. Il s'agit du premier arrêt dans lequel la Cour de cassation s'est prononcée sur le thème de la responsabilité pénale de la personne morale. Selon certains auteurs, d'autres arrêts ont confirmé cette tendance, mais avec une formule négative : « les personnes morales ne peuvent être déclarées responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » (Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, JurisData n° 2000-000995, Bull. crim. n° 28 ; Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2002, JurisData n° 2002-013184 ; Cour de cass., Ch. crim., 7 mai 2002, JurisData n° 2002-015302 ; Cour de cass., Ch. crim., 2 novembre 2005, JurisData n° 2005-031101 ; Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2006, JurisData n° 2006-034341 ; et Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} avril 2008, JurisData n° 2008-043861).

⁴⁹⁰ L'identification de la personne physique doit être faite non seulement pour caractériser l'élément matériel de l'infraction vis-à-vis de l'organe ou représentant, mais aussi pour caractériser l'élément subjectif de l'infraction auprès d'eux. Ici on va se pencher sur cette exigence concernant l'élément matériel de l'infraction, mais on l'étudiera aussi au regard de l'élément subjectif de l'infraction. Voir *infra* (n° 113).

⁴⁹¹ Selon la logique utilisée par la Cour de cassation, l'identification est une exigence pour la responsabilité pénale de la personne morale parce que sans elle on ne peut pas caractériser les éléments de l'infraction auprès d'une personne physique – de sorte que pour caractériser l'élément matériel et l'élément subjectif de l'acte illicite devant une personne physique on doit tout d'abord savoir qui est cette personne. Alors, comme la responsabilité pénale de la personne morale est le reflet de

Certes, un tel devoir d'identification semble être une simple question de preuve⁴⁹² – cependant, il soulève dans son sillage des problèmes bien plus importants, comme celui du fondement de la responsabilité pénale des êtres moraux et celui de la nature d'une telle responsabilité⁴⁹³.

En exigeant l'identification de la personne physique⁴⁹⁴, la Cour de cassation finit par considérer le représentant et l'organe de la personne morale non pas comme le groupement lui-même, mais comme un tiers identifié devant lequel l'infraction doit être caractérisée dans tous ses éléments⁴⁹⁵. Dans ce raisonnement, la personne physique ne sera pas appréhendée comme un support humain à l'infraction de l'être moral, mais bien au-delà, sera l'auteur de l'infraction qui sera imputée à l'encontre du groupement⁴⁹⁶; de sorte que l'acte illicite réalisé par l'organe ou le représentant ne serait pas celui de la personne morale, mais il s'agirait bien d'un acte illicite accompli par un tiers (personne physique), lequel en raison du rattachement de ce tiers à l'égard de la personne morale va être imputé à l'encontre du groupement.

Un tel raisonnement s'inscrit dans le modèle vicarial de responsabilité pénale de la personne morale, dans le cadre duquel l'identification de la personne physique qui a accompli « l'infraction en raison de laquelle la personne morale sera responsable » est une condition préliminaire de la responsabilité pénale du groupement⁴⁹⁷. Comme on a vu⁴⁹⁸, dans le modèle vicarial, la responsabilité des groupements est indirecte, à cause du fait d'autrui – c'est pourquoi la condamnation de l'être collectif est une simple conséquence de la responsabilité d'une personne physique agissant ès qualité⁴⁹⁹. Dans une telle logique, les juges ne peuvent considérer la responsabilité de la personne morale qu'au travers d'un acte illicite accompli par une personne

celle de la personne physique cette identification devient obligatoire pour qu'on puisse rendre le groupement responsable. En effet, il ne serait possible le cas échéant de caractériser la responsabilité de la personne morale, et par conséquent, d'en déduire sa culpabilité. Dans le même sens, mais concernant le droit espagnol, voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁹² On ne peut pas nier que la caractérisation de la faute à l'égard de l'organe ou du représentant de la personne morale concrétise une règle de preuve, laquelle est plus attachée à la procédure pénale qu'au droit pénal de fond (Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence* – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement, *in RSC*, 2013, p. 73). Cependant, la forme de démonstration du fait illicite à l'égard de la personne physique agissant ès qualité est intimement liée à la conception que l'on peut avoir de la nature de la responsabilité pénale des groupements.

⁴⁹³ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 249.

⁴⁹⁴ Une même exigence existe aussi dans la responsabilité pénale des personnes morales aux Pays-Bas. Voir J. VERVAELE, *La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique*, *in RSC*, 1997, p. 334.

⁴⁹⁵ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 21.

⁴⁹⁶ « Il résultait donc de l'arrêt de 1997 la nécessité d'établir d'abord la responsabilité pénale d'une personne physique, organe ou représentant, avant de pouvoir imputer l'infraction à l'être moral, par voie de conséquence » *Ibid.*

⁴⁹⁷ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 19.

⁴⁹⁸ Voir *supra* (n° 38).

⁴⁹⁹ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 21.

physique⁵⁰⁰, de sorte que tous les éléments constitutifs de cet acte illicite doivent être réunis non pas sur la tête du groupement lui-même, mais plutôt sur la tête d'une personne physique⁵⁰¹, laquelle doit être préalablement identifiée. La personne morale ainsi n'accomplit pas elle-même sa propre infraction par voie d'un support humain, mais elle devient pénalement responsable à cause de l'infraction d'une personne physique (autrui)⁵⁰².

La Cour de cassation consacrait dans cet arrêt un modèle vicarial de responsabilité, où la responsabilité pénale de la personne morale est indirecte, en raison du fait d'autrui. Indirecte car il faut « constater des responsabilités individuelles auprès des personnes physiques, pour ensuite les attribuer, les imputer à la personne morale »⁵⁰³, de sorte qu'on ne peut pas constater la responsabilité du groupement directement. À cause du fait d'autrui parce que l'organe ou le représentant, selon la logique utilisée dans l'arrêt du 2 décembre 1997, ne sont pas la personne morale elle-même, mais correspondent à un tiers identifié, lequel réalise une infraction qui plus tard sera imputée à l'encontre de l'être collectif⁵⁰⁴.

Quoi qu'il en soit, cette position jurisprudentielle semblait présenter des avantages, notamment au regard, en premier lieu, de la simplicité de la logique utilisée pour rendre le groupement coupable d'une infraction et, en second lieu, de la possibilité d'appliquer cette responsabilité sans devoir la rendre compatible avec les principes basiques du droit pénal. Néanmoins, elle revêtait également de graves inconvénients autant théoriques que pratiques⁵⁰⁵.

46. Les problèmes théoriques et pratiques d'une telle position jurisprudentielle. Théoriques car le principe d'identification s'inscrit dans un modèle vicarial de responsabilité pénale des personnes morales, selon lequel cette responsabilité est indirecte, à cause du fait d'autrui. Donc, cette position

⁵⁰⁰ W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 27.

⁵⁰¹ « L'imputation d'une infraction à une personne morale suppose de caractériser cette même infraction sur la tête d'un organe ou représentant. Or, cette démonstration consistera bien souvent à caractériser l'infraction sur la tête des personnes physiques composant l'organe ou le représentant ; en caractérisant l'infraction sur la tête de la personne physique composant l'organe, on prouve par le même coup l'imputation de l'infraction à la personne morale » F. ROSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 812.

⁵⁰² J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 19.

⁵⁰³ J. VERVAELE, *op. cit.*, p. 334.

⁵⁰⁴ « Ce raisonnement » utilisé par la Cour de cassation « qui, bien qu'accompagné de l'affirmation contraire, peine à se concilier avec le principe d'une responsabilité du fait personnel et tend à faire de la responsabilité de la personne morale le doublon (d'où l'image du reflet ou du ricochet) de celle de la personne physique organe ou représentant et ainsi limite considérablement l'intérêt et la portée de l'introduction de cette nouvelle responsabilité » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰⁵ Par ailleurs, l'exigence d'identification de la personne physique ne s'harmonisait pas avec un des principaux motifs de l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales en France : la possibilité des poursuites jusqu'alors impossibles, notamment celles où en raison de l'écran de la personne morale on ne parvient pas à déterminer avec précision qui était la personne physique responsable pour l'accomplissement de l'infraction au sein du groupement. Cette idée a été soulignée pendant les travaux préparatoires du nouveau Code pénal français par le député M. F. COLOMBET, selon lequel avec la responsabilité pénale de la personne morale « il n'y aurait plus nécessairement lieu de déterminer la personne physique responsable » *Rapport Marchand*, 1989, AN. n° 896, 66.

de la Cour de cassation ne s'harmonisait pas avec le principe de personnalité et par conséquent avec l'article 121-1 du Code pénal français.

Des inconvénients pratiques parce qu'en exigeant l'identification de la personne physique qui a accompli l'infraction au nom du groupement la Cour de cassation limitait considérablement l'intérêt et la portée d'une telle responsabilité⁵⁰⁶. En effet, cette exigence s'opposait ce que la personne morale soit responsable en raison des infractions accomplies par son organe collégial à l'issue d'un scrutin secret⁵⁰⁷. Ainsi, même si l'on constatait une infraction au sein du groupement, qui aurait été accomplie pour son compte, on ne pouvait néanmoins le rendre responsable sans identifier au préalable la personne ou les personnes physiques qui ont réalisé l'acte illicite – de sorte que l'anonymat de la personne physique empêchait la condamnation de l'être collectif⁵⁰⁸.

Par ailleurs, une telle position jurisprudentielle écartait toute l'autonomie de la responsabilité pénale des groupements, car selon elle on ne pouvait déterminer la culpabilité de la personne morale sans tout d'abord constater une responsabilité individuelle auprès d'une personne physique⁵⁰⁹. En outre, l'exigence de l'identification de la personne physique agissant ès qualité avait pour conséquence mécanique d'augmenter le nombre de responsables pour une infraction accomplie au sein du groupement au lieu de rendre plus juste et égalitaire la division des responsabilités au sein de l'entreprise⁵¹⁰.

Finalement, on peut dire aussi que l'arrêt du 2 décembre 1997 implique une survalorisation de la première condition de la responsabilité pénale de la personne morale, en laissant au second rang le fait que cette infraction soit commise pour le compte du groupement (seconde

⁵⁰⁶ Dans le même sens, J. HILL, *Corporate criminal liability in Australia : An evolving corporate governance technique*, in *Journal of business law*, 2003, p. 1.

⁵⁰⁷ « Dans certains cas, il est difficile, pratiquement impossible, d'identifier les personnes physiques qui, ayant la qualité d'organe ou de représentant, ont commis les faits délictueux. En particulier, la règle de l'identification sera difficile à mettre en œuvre lorsque la décision, émanant de la personne morale, est prise par un organe collégial (...) puisqu'il n'est pas possible de découvrir le rôle de chacun des membres composant l'organe collectif et d'imputer la responsabilité de l'infraction à un ou plusieurs individus déterminés » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 117.

⁵⁰⁸ E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 135. Il convient de remarquer que dans certains ordres juridiques, l'anonymat est une condition et non pas un obstacle à la responsabilité pénale de la personne morale. Tel est le cas, par exemple, de la Suisse, où l'infraction, selon l'article 100^{quater} du Code pénal suisse, sera imputée à la personne morale dès lors qu'on n'arrive pas à identifier la personne physique qui a accompli l'acte illicite. Alors, il nous semble que dans un tel ordre juridique la non identification est une condition et non pas un obstacle à la responsabilité pénale de la personne morale car en Suisse cette responsabilité est une responsabilité subsidiaire à la responsabilité de la personne physique, de sorte que le groupement sera responsable seulement dans les cas où l'on ne peut pas rendre une personne physique responsable de l'infraction. Dans le même sens, M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 225.

⁵⁰⁹ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 543.

⁵¹⁰ « Cette interprétation apparaît fort réductrice car elle ne reconnaît aucune capacité pénale autonome à l'être moral, ce qui n'est guère réaliste, et qu'elle fait sienne une conception totalement fictive de la personne morale. En outre, le mécanisme légal ainsi compris se limite à un instrument purement répressif ayant essentiellement pour but d'augmenter le nombre des responsables pouvant être condamnés alors que l'intérêt de prévoir la responsabilité pénale des personnes morales réside davantage dans la possibilité qu'elle offre de toucher le véritable responsable, celui pour le compte duquel l'infraction est commise » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 21.

condition)⁵¹¹. Du fait de cette survalorisation, une fois constatée l'infraction sur la tête d'une personne physique agissant ès qualité, la personne morale serait automatiquement, ou peu s'en faut, responsable pour cet acte illicite.

Néanmoins, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté dans un premier temps une conception vicariale de la responsabilité pénale des groupements, en exigeant l'identification de la personne physique qui a accompli l'élément matériel de l'infraction attribuée à la personne morale.

Au Brésil, la jurisprudence a suivi le même chemin et a adopté elle aussi une conception indirecte de la responsabilité pénale de la personne morale, notamment dans les années qui ont suivi la création de la loi 9.605/98 (§2).

§2) Brésil : l'exigence d'une imputation simultanée

47. La consécration d'un modèle vicarial dans le droit brésilien. À l'exemple de la France, au Brésil dans un premier temps, la jurisprudence a consacré elle aussi un modèle vicarial de responsabilité pénale de la personne morale. Pour les juges brésiliens en raison du fait que l'infraction de la personne morale suppose l'entremise d'une personne physique dotée d'un *substratum* humain, qui va accomplir l'élément matériel de l'infraction à la place de la personne morale⁵¹², la responsabilité des groupements serait une responsabilité indirecte, une responsabilité du fait d'autrui.

En raison de cette position, dans les années qui ont suivi la création de la loi 9.605/98, le Supremo Tribunal Federal⁵¹³ et le Superior Tribunal de Justiça⁵¹⁴ ont fait de l'identification de la personne physique agissant ès qualité une condition préliminaire de la responsabilité pénale des groupements. Selon une jurisprudence constante à l'époque, l'identification de la personne physique était nécessaire pour qu'on puisse caractériser tous les éléments de l'infraction sur la tête

⁵¹¹ « Jusqu'aux premières décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la mise en valeur, sinon la survalorisation, de la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentants aux dépens de la condition de commission pour le compte de la personne morale – très nettement dévaluée – a favorisé le rattachement du dispositif français à un modèle de type vicarial. À tous le moins, elle a alimenté la confusion entre d'une part, la question du fondement de la responsabilité (fait personnel ou fait d'autrui) et celle – intimement liée – de sa nature (responsabilité directe ou indirecte) » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹² « L'infraction de la personne morale suppose l'entremise d'une personne physique » STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960. Dans le même sens, le STF a consacré le principe selon lequel « *nullum crimen sine actio humana* », voir STF, 4 mai 2009, REXT n° 548.181.

⁵¹³ STF, 17 avril 2009, REXT n° 548.181 et STF, 26 juin 2013, HC n° 118.439.

⁵¹⁴ STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114.

de l'organe ou du représentant de l'être collectif (personne physique) – pour ensuite le rendre coupable d'une telle infraction.

Incidentement, la jurisprudence brésilienne a énoncé à plusieurs reprises que la condamnation de la personne morale était une simple conséquence de la responsabilité pénale de l'organe ou représentant du groupement, personne physique⁵¹⁵. Donc, pour cette raison les juges brésiliens considéraient à l'époque la responsabilité pénale des groupements comme une responsabilité par ricochet⁵¹⁶. L'emprunt d'un *substratum* humain par la personne morale la rendrait tributaire de la personne physique à tel point que l'infraction accomplie par celle-ci ne serait pas l'infraction de la personne morale elle-même, mais il s'agirait de l'acte illicite d'une personne physique identifiée, lequel va être tout simplement imputé à la personne morale en raison du lien de représentation existant entre la personne physique et le groupement.

48. L'exigence d'une imputation simultanée. Néanmoins, si l'on rencontre des similitudes entre le Brésil et la France concernant le thème, l'on rencontre aussi des différences. En France, le principe d'identification de la personne physique agissant *ès qualité*, consacré par la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 décembre 1997, exigeait que les juges du fond identifient la personne qui a accompli l'élément matériel de l'infraction pour le compte de la personne morale. Cependant, si une telle identification était obligatoire, la poursuite et la condamnation de la personne physique ne constituaient pas toujours des conditions nécessaires pour caractériser la responsabilité pénale de la personne morale⁵¹⁷.

Au Brésil, contrairement à la position française, la jurisprudence exigeait, au-delà de l'identification, la poursuite et la condamnation de la personne physique agissant *ès qualité*. Pour les juges brésiliens la responsabilité pénale du groupement était une simple conséquence de la responsabilité pénale d'une personne physique. Par conséquent, on ne pouvait envisager la culpabilité d'un être moral sans la condamnation préalable de son organe ou représentant

⁵¹⁵ « La condamnation de la personne morale est une simple conséquence de la condamnation de son organe ou de son représentant, car la personne morale, en raison de sa nature désincarnée, ne peut pas accomplir une infraction elle-même » STF, 4 août 2008, REXT n° 440.180.

⁵¹⁶ « La responsabilité pénale de la personne morale est indirecte par ricochet, car elle devient responsable en raison de l'infraction accomplie par une personne physique » STJ, 31 mars 2011, RESP n° 996.860.

⁵¹⁷ « Certes, il n'est pas nécessaire qu'il soit effectivement poursuivi et condamné, mais, dans une interprétation littérale du texte, il faut qu'au moins dans les motifs du jugement de condamnation de la personne morale, le tribunal répressif constate la culpabilité de l'organe ou représentant » J.-H. ROBERT, *La responsabilité des personnes morales*, p. 22. Dans le même sens, M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 20.

(personne physique)⁵¹⁸. Pour cette raison, la jurisprudence brésilienne, à plusieurs reprises⁵¹⁹, a consacré un « principe d'imputation simultanée » concernant la responsabilité pénale de la personne morale⁵²⁰. Selon ce principe, la poursuite du groupement exigeait la poursuite simultanée de la personne physique qui a agi pour le compte de la personne morale, de sorte que le résultat de l'action publique concernant la personne physique serait le même que celui concernant la personne morale. Par conséquent, l'articulation entre ces deux responsabilités était soumise à une logique d'addition, car la condamnation de la personne morale présupposait nécessairement la condamnation de la personne physique⁵²¹. Quoi qu'il en soit, malgré cette différence, au Brésil aussi la jurisprudence a consacré dans un premier temps un modèle vicarial de responsabilité pénale des personnes morales.

Ainsi, dans le scénario franco-brésilien, l'utilisation d'un support humain par la personne morale pour qu'elle puisse accomplir l'élément matériel de l'infraction a été perçue par les juristes comme la raison pour laquelle une telle responsabilité serait indirecte, à cause du fait d'autrui. Alors, cette similitude entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien permet de mieux comprendre l'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales dans ces deux ordres juridiques.

49. L'établissement d'un parcours naturel. À cause de cette similitude entre la jurisprudence brésilienne et la jurisprudence française⁵²², l'on peut conclure qu'il semble naturel que les ordres juridiques interprètent dans un premier temps la responsabilité pénale de la personne morale comme une responsabilité du fait d'autrui.

L'instauration d'une telle responsabilité est d'abord et avant tout une nouveauté à propos de laquelle les juristes demeurent quelque peu ignorants⁵²³. Dans ce contexte, le fonctionnement

⁵¹⁸ Dans le même sens, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 134.

⁵¹⁹ Voir : STJ, 12 juin 2006, RHC n° 19.119 ; STJ, 17 avril 2007, RESP n° 889.528 ; STJ, 8 avril 2008, RESP n° 847.476 ; STJ, 8 avril 2008, HC n° 93.867 ; STJ, 6 août 2009, RESP n° 969.160 ; STJ, 18 août 2009, RESP n° 989.089 ; STJ, 10 septembre 2009, RESP n° 865.864 ; STJ, 14 novembre 2009, RHC n° 20.558 ; STJ, 4 novembre 2010, RESP n° 898.302 ; STJ, 30 mars 2011, RMS n° 25.782 ; STJ, 20 octobre 2011, EDCL n° 865.864 ; STJ, 2 mai 2013, RMS n° 37.293 ; STJ, 17 septembre 2013, HC n° 187.842 ; et STF, 17 avril 2009, REXT n° 548.181.

⁵²⁰ « Le système de responsabilité pénale de la personne morale est soumis au principe d'imputation simultanée, car on va avoir toujours une double imputation: d'un côté, celle qui est faite à l'encontre de la personne physique ; d'un autre côté, celle qui est réalisée à l'encontre de la personne morale » D. BAIGÚN, *El estatuto de Roma y la responsabilidad de las personas jurídicas*, in *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca : Ediciones Universidad de Salamanca e Universidad Castilla-La Mancha, 2001, p. 95.

⁵²¹ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 130 et p. 149.

⁵²² Il convient de remarquer que le droit anglais a également opté dans un premier temps pour une responsabilité vicariale de la personne morale. Un siècle plus tard, il a cependant opté pour un modèle identificatoire.

⁵²³ « Nous faisons partie de ceux, peu nombreux, qui confessent ne pas comprendre ce que pourrait bien signifier la responsabilité pénale des personnes morales » P. CONTE, *op. cit.*, p. 120.

et les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales constituent encore des sentiers à explorer, à découvrir⁵²⁴. Dans cette démarche, le droit pénal créé pour et à partir de l'être humain n'apporte pas de solutions immédiates, car ses théories et ses notions élémentaires ne sont pas directement applicables ou adaptables aux personnes morales. Par conséquent, les juristes franco-brésiliens ont essayé tout d'abord d'agir avec prudence⁵²⁵. Ainsi, au lieu de s'aventurer d'office dans une périlleuse et incertaine entreprise d'harmonisation entre les principes fondamentaux du droit pénal et les personnes morales, en créant des nouvelles théories ou en adaptant les théories existantes à l'égard des groupements, ils ont préféré interpréter cette responsabilité comme une responsabilité indirecte, en étant la simple conséquence de la responsabilité pénale d'une personne physique agissant *in* qualité. Donc, le modèle vicarial est apparu comme l'outil nécessaire pour que cette responsabilité puisse être mise en œuvre sans trop de risques, puisqu'il s'agissait d'une solution simple et prudente qui permettait de contourner quelques questions irritantes liées à la responsabilité pénale de la personne morale, comme celle de l'harmonisation d'une telle responsabilité avec le principe de personnalité, par exemple.

Ainsi, au lieu de concevoir une théorie plus abstraite ou plus complexe pour expliquer l'utilisation d'un support humain par la personne morale dans l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction (1^{ère} condition de cette responsabilité), les ordres juridiques français et brésilien ont préféré une explication plus simple et concrète, comme celle fournie par le modèle vicarial. Les juristes franco-brésiliens n'ont pas essayé de faire une harmonisation systématique entre la personne morale et le droit pénal dès l'avènement de cette responsabilité, mais dans un premier temps ils ont préféré une solution plus triviale : admettre que la responsabilité pénale de la personne morale ne respectait pas le principe de personnalité et qu'elle s'agissait effectivement d'une responsabilité indirecte, du fait d'autrui.

50. Une solution temporaire. Mais si cette solution semblait avoir ses raisons d'être, elle ne pouvait faire office d'explication définitive du caractère impersonnel de la responsabilité pénale des groupements, notamment parce qu'elle méconnaissait le principe de personnalité⁵²⁶. Pour cette

⁵²⁴ Il faut souligner qu'en France et au Brésil l'on a un seul article qui prévoit le régime de responsabilité des personnes morales. Il s'agit de l'article 121-2 du Code pénal français et de l'article 3 de la loi 9.605/98. La faible quantité de dispositifs n'a pas favorisé la compréhension des juristes vis-à-vis des contours d'une telle responsabilité.

⁵²⁵ Dans ce sens concernant le droit pénal français, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 734.

⁵²⁶ Par ailleurs, « la place de l'article 121-2, au sein du titre II du Code pénal, relatif à la responsabilité pénale, dans le chapitre premier destiné à recevoir des 'dispositions générales' atteste d'ailleurs que le législateur a entendu soumettre la responsabilité pénale des personnes physiques et morales à des principes identiques (...) le législateur a donc veillé au respect du principe de la responsabilité pénale du fait personnel, pour la personne physique comme pour la personne morale » P.CONTE, *op. cit.*, p. 112.

raison, le modèle vicarial a été utilisé comme un véritable échafaudage⁵²⁷ dans la construction de la responsabilité pénale de la personne morale. Au fur et à mesure, avec l'avancement du mouvement d'harmonisation entre le droit pénal et la personne morale, cet échafaudage a perdu sa raison d'être, car les juristes avaient lentement élaboré une autre théorie pour expliquer l'utilisation d'un support humain par la personne morale dans l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction. Il s'agissait de la théorie identificatoire, dont la substance respecte le principe de personnalité. Une fois l'harmonisation achevée, le modèle vicarial pouvait disparaître de la même façon qu'un échafaudage à la fin de la construction (**CHAPITRE II**).

⁵²⁷ La métaphore est issue de la thèse de MESTRE, voir A. MESTRE, thèse préc., p. 15.

CHAPITRE II – L'élément matériel de l'infraction adapté aux personnes morales

51. L'adaptation complète de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des groupements. Si le modèle vicarial présentait des avantages au cours des années qui ont suivi l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil, l'ordre juridique franco-brésilien ne pouvait maintenir une responsabilité indirecte des personnes morales pour fait d'autrui. En effet, le respect des principes basiques du droit pénal exigeait une responsabilité personnelle des groupements, qui ne méconnaissait ni l'article 121-1 du Code pénal français, ni l'article 5, LXV, de la Constitution brésilienne.

Au sein de ce chapitre, on va se pencher sur la tentative d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales. Celle-ci a permis de rendre compatible le principe de personnalité avec l'idée de l'utilisation d'un support humain par le groupement dans l'accomplissement de son acte illicite. C'est à partir du modèle identificatoire de responsabilité pénale qu'on a pu interpréter l'utilisation d'un *substratum* humain par la personne morale d'une manière compatible avec l'article 121-1 du Code pénal français et avec l'article 5, LXV, de la Constitution brésilienne. À la faveur de cette interprétation et forte des conséquences pratiques qu'elle impliquait, la responsabilité pénale des groupements serait dorénavant en France et au Brésil une responsabilité directe et personnelle (**SECTION I**).

D'aucuns néanmoins ont fait remarquer qu'un simple changement d'interprétation ne pouvait à lui seul rendre compatible cette responsabilité avec le principe de personnalité. Pour cette raison, on devrait rechercher une faute « propre » du groupement, liée à un défaut dans sa structure ou dans son organisation, avant de le condamner pénalement. L'effort d'harmonisation entre le droit pénal et la personne morale exigerait alors non seulement l'adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard du groupement, et au-delà : il exigerait la création d'un nouvel élément matériel de l'infraction pour les personnes morales. Il s'agit d'une idée issue d'un modèle organisationnel de responsabilité des personnes morales, laquelle toutefois n'a pas été retenue ni par la jurisprudence française, ni par la jurisprudence brésilienne (**SECTION II**).

Section I – L'*alter ego* comme fondement d'une responsabilité directe des personnes morales

Pour expliquer l'emprunt d'un *substratum* humain par l'être moral de manière compatible avec le principe de personnalité, le droit pénal a utilisé la théorie de l'identification (**SOUS-SECTION I**). Au Brésil, quelques auteurs ont aussi proposé une nouvelle appréhension de l'élément matériel

de l'infraction, par le biais d'une « conception de l'action significative », pour le rendre compatible avec la nature désincarnée des êtres collectifs, en respectant le principe de personnalité (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – La théorie de l'identification : l'organe ou représentant comme alter ego de la personne morale

Le modèle identificatoire de responsabilité pénale des personnes morales considère qu'il y a une identité entre l'organe, le représentant et le groupement. Pour cette raison, il implique une interprétation différente de celle réalisée par le modèle vicarial concernant l'utilisation d'un *substratum* humain par la personne morale dans l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction (§1). Cette interprétation modifie alors la manière dont est mise en œuvre cette responsabilité et la rend compatible avec le principe de personnalité (§2).

§1) Le modèle identificatoire

52. À la recherche d'une théorie plus compatible avec le droit pénal. Si le modèle vicarial était une façon simple d'expliquer l'utilisation d'un support humain par la personne morale dans l'accomplissement de l'infraction, il constituait également une théorie incompatible avec les principes fondamentaux du droit pénal. Par conséquent, on devait imaginer une nouvelle théorie pour interpréter l'utilisation d'un *substratum* humain par le groupement dans l'accomplissement de son acte illicite. Une telle recherche était nécessaire car l'adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard de la personne morale ne serait complète qu'à la seule condition qu'elle respecte le caractère personnel de la responsabilité pénale. Par ailleurs, l'harmonisation entre le droit pénal et les spécificités de la personne morale ne pouvait tolérer une responsabilité indirecte, du fait d'autrui pour les être moraux.

53. À l'origine du modèle identificatoire⁵²⁸. Dans cette démarche d'adaptation, le droit anglais a développé un modèle identificatoire de responsabilité pour les personnes morales. Dans un arrêt

⁵²⁸ Le modèle identificatoire est utilisé par plusieurs ordres juridiques pour expliquer la responsabilité pénale de la personne morale, par exemple : au Canada (P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 9) ; en Australie (C. MAURO, *op. cit.*, p. 72) ; en Angleterre (J. SPENCER, *op. cit.*, p. 290 et s.) ; et aux États-Unis (H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 122).

daté de 1915⁵²⁹, la House of Lords, initialement dans le cadre du droit civil⁵³⁰, avait énoncé que « certains décideurs principaux au sein d'une personne morale sont identifiés avec elle, de sorte que leurs actes accomplis pour le compte du groupement sont toujours considérés comme les actes de ce groupement »⁵³¹.

Des années plus tard, le même raisonnement fut utilisé par le droit anglais pour expliquer la responsabilité pénale des personnes morales, car en 1944, par le biais de trois arrêts⁵³², la House of Lords a justifié la condamnation pénale d'un groupement à partir de la théorie de l'identification. Selon le raisonnement développé par l'Upper House anglaise dans ces arrêts, un groupement pourrait bien être comparé à un corps humain⁵³³. Il aurait un cerveau, responsable du contrôle de ce qu'il fait, il aurait aussi des mains responsables pour l'exécution des tâches matérielles. Certaines personnes seraient alors le centre nerveux de la personne morale, tandis qu'autres seraient leurs mains⁵³⁴. Dans ce contexte, les actes illicites accomplis par les « décideurs principaux de la personne morale » (le cerveau) pourraient lui être imputés, car ils devraient être considérés par le droit pénal comme des actes illicites accomplis par le groupement lui-même⁵³⁵.

54. Le contenu du modèle identificatoire. Ainsi, selon la théorie de l'identification il y aurait une parfaite identité entre la personne morale et certaines personnes physiques qui la composent⁵³⁶. Par conséquent, l'organe et le représentant du groupement, le centre nerveux de la personne morale, devaient être perçus au plan juridique⁵³⁷ non pas comme un tiers vis-à-vis du groupement, mais comme le groupement lui-même⁵³⁸. Autrement dit, selon le modèle identificatoire le

⁵²⁹ Lennard's Carrying Co. V. Asiatic Petroleum Co. [1915] AC 705.

⁵³⁰ L. PRADO, *op. cit.*, p. 139 et S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 541.

⁵³¹ J. SPENCER, *op. cit.*, p. 291.

⁵³² D.P.P. v. Kent and Sussex Contractors Ltd. [1944] 1 K.B. 146; R. v. I.C.R. Haulage Ltd. [1944] 1 K.B. 551 ; Moore v. I. Bresler Ltd. [1944] 2 All. E.R. 515. Une telle théorie a été utilisée notamment pour expliquer la responsabilité pénale des personnes morales concernant les infractions qui exigent un élément subjectif, une mens rea, pour se consommer.

⁵³³ Il s'agit d'un raisonnement anthropomorphique, où la personne morale est comparée à l'être humain (J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 101). Cette façon de penser n'est guère nouvelle. Déjà chez les glossateurs l'on rencontre la comparaison entre les membres d'une personne morale et les membres du corps humain (Glose, à la l. unique, c. 11, 14, V Corporatis : « *corporatus dicitur qui in corpore aliquo scribitur proprie, sicut quodlibet membrum hominis corporatum dicitur, et civis factus vel incola* »).

⁵³⁴ « Une entreprise peut à bien des égards être comparée à un corps humain. Elle a un cerveau et un centre nerveux qui contrôle ce qu'elle fait. Elle a aussi des mains qui disposent des outils et agissent conformément aux instructions du centre. Certains des membres de l'entreprise sont de simples préposés et agents qui ne sont rien de plus que les mains d'exécution du travail et on ne peut dire d'eux qu'ils représentent l'intelligence ou la volonté de l'entreprise. D'autres sont les directeurs et les managers qui représentent l'intelligence directrice et la volonté de l'entreprise, et qui contrôlent ce qu'elle fait. L'état d'esprit de ces managers est l'état d'esprit de l'entreprise et est traité comme tel par le droit » Lord Denning, *in* H.L. Bolton (Engineering) Co Ltd. V. P.J. Graham & Sons Ltd. [1957] 1 Q B 159.

⁵³⁵ W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 167.

⁵³⁶ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 91.

⁵³⁷ L'organe ou le représentant est une « personne physique dont l'activité devait juridiquement s'analyser comme celle de la personne morale » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 88.

⁵³⁸ « Aux yeux des tiers, ils ne forment qu'une seule et même personne » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 90. Dans le même sens, P. CONTE, *op. cit.*, p. 117 et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 53.

représentant et l'organe du groupement sont l'incarnation de la personne morale au plan physique⁵³⁹, pour cette raison l'action ou l'omission de ces personnes doivent être perçus au plan juridique comme l'action ou l'omission de la personne morale elle-même. Donc, en raison d'une réalité technique⁵⁴⁰, pour la théorie de l'identification le comportement de l'organe ou du représentant ne s'agit pas du fait d'autrui qui plus tard va être imputé à l'encontre de l'être collectif⁵⁴¹, mais il s'agit bien du fait de la personne morale elle-même⁵⁴².

55. Une responsabilité personnelle. Ainsi, selon le modèle identificatoire, l'utilisation d'un support humain par la personne morale dans l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction ne consiste pas en une responsabilité du fait d'autrui des êtres moraux. Du fait de la parfaite identité existant entre le groupement et certaines personnes qui le composent, la personne morale utilise le *substratum* humain fourni par une personne physique qui est son alter ego au plan matériel⁵⁴³ et qui, pour cette raison, doit être perçue sur le plan juridique comme la personne morale elle-même. Ainsi, le fait générateur de la responsabilité pénale de la personne morale est le fait illicite du groupement et non pas celui d'un tiers⁵⁴⁴.

Pour cette raison, selon le modèle identificatoire, la responsabilité pénale de la personne morale est une responsabilité personnelle⁵⁴⁵, car son fondement est le comportement d'une personne physique qui en raison de son importance à l'égard du groupement l'incarne au plan physique et n'est pas un tiers vis-à-vis de la personne morale.

⁵³⁹ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 542. « Car le fait personnel d'un être purement juridique n'accède pas à la vie matérielle. L'incarnation de la personne morale supposait donc l'intervention d'une personne physique dont l'activité devait juridiquement s'analyser comme celle de la personne morale. Cet objectif est atteint par l'usage d'une fiction : la représentation. Le fait personnel d'un être désincarné s'accomplit par représentation d'une ou plusieurs personnes physiques qualifiées d'organe ou de représentant » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 87-88.

⁵⁴⁰ Comme disait M. BOTTKE, « la fiction n'est pas une illusion, car elle va être aperçue comme une réalité par le droit, encore qu'une réalité technique » in M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 220. M. ROTHENBURG fait des observations dans le même sens, voir W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁴¹ J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 461.

⁵⁴² J.-Y. MARÉCHAL, L'exigence variable de l'identification de la personne physique, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : Puf, 2009, p. 50.

⁵⁴³ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 100, dans le même sens : S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 542 ; et E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁴⁴ Le premier juriste qui a conçu une telle idée était MESTRE. Il affirmait déjà en 1899 que « l'acte de l'individu membre du groupement (...) pourra donc, moyennant certaines conditions, être regardé comme l'acte, le délit du groupe lui-même » A. MESTRE, thèse préc., p. 134.

⁵⁴⁵ « L'organe ou le représentant n'est pas autrui par rapport à la personne morale (...) c'est pourquoi, le rattachement à la théorie de l'identification au moyen de la représentation tout à la fois permet de redonner leur cohérence aux dispositions du code pénal, la responsabilité des personnes morales étant bel et bien une responsabilité du fait personnel » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 31. Dans le sens contraire d'une telle position voir : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 83 ; et M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 66.

56. Une différence d'interprétation. De la même manière que le modèle vicarial, le modèle identificatoire suppose l'utilisation d'un support humain par la personne morale⁵⁴⁶ pour qu'elle puisse accomplir une infraction pénale⁵⁴⁷. Cependant, le modèle identificatoire donne une interprétation différente de celle donnée par le modèle vicarial à l'entremise d'une personne physique dans l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction imputée au groupement.

Tandis que pour le modèle vicarial l'organe et le représentant sont des tiers vis-à-vis de la personne morale et pour cette raison le fait illicite accompli par eux n'est pas le fait illicite du groupement lui-même⁵⁴⁸ ; pour le modèle identificatoire, il y a une parfaite identité entre l'organe, le représentant et la personne morale, de sorte qu'au plan juridique ces personnes ne « sont qu'une seule et même personne »⁵⁴⁹. C'est pourquoi le fait illicite accompli par l'organe ou le représentant de la personne morale est le fait illicite de l'être collectif⁵⁵⁰. Par conséquent, pour le modèle identificatoire, le groupement n'est pas responsable « du fait d'autrui »⁵⁵¹, mais il est responsable « par le fait d'autrui », pour une infraction qu'il accomplit au travers de ses organes ou de ses représentants⁵⁵², lesquels sont l'incarnation de la personne morale au plan physique⁵⁵³.

57. La théorie de l'identification en France et au Brésil. Il est intéressant de noter qu'un tel raisonnement a été également développé avec quelques nuances⁵⁵⁴ par d'autres théories en France et au Brésil qui cherchent aussi à expliquer la responsabilité des personnes morales dans d'autres branches du droit. Par exemple, tel est le cas de la théorie classique de l'organe⁵⁵⁵ et de la

⁵⁴⁶ « L'accomplissement de ce fait personnel suppose l'intervention d'un organe ou d'un représentant. Il n'y a donc pas dérogation, mais adaptation du principe de la responsabilité du fait personnel à raison de la fiction légale nécessaire : les organes ou représentants sont la personne morale » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 81.

⁵⁴⁷ Comme l'on verra *infra* (n° 79), dans le modèle organisationnel de responsabilité pénale de la personne morale on n'exige pas l'entremise d'une personne physique dans l'infraction du groupement, car l'acte illicite de l'être moral sera fondé sur l'existence d'un défaut dans l'organisation du groupement et non pas sur l'élément matériel de l'infraction.

⁵⁴⁸ F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 63 et s.

⁵⁴⁹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 91. Dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 82.

⁵⁵⁰ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 578. Dans le même sens, H. ACHENBACH, *op. cit.*, p. 407.

⁵⁵¹ La personne physique qui sert de support humain de l'infraction de la personne morale « intervient comme la compagnie elle-même et sa volonté qui guide son action est la volonté de la compagnie. Il ne saurait être question d'engager la responsabilité de la company du fait d'autrui. La personne qui agit ne le fait pas comme préposé, représentant, mandataire ou délégué. Elle est l'incarnation de la compagnie » Lord Reid *in* Tesco Supermarkets Ltd. V. Nattrass [1972] A.C. 170-171.

⁵⁵² « La personne morale n'est pas coupable 'du fait' de son organe ou représentant, encore moins 'pour' eux, c'est-à-dire à leur place (à la suite de ce qui constituerait une substitution de responsabilité) ; le fait de l'organe ou du représentant est le sien, de telle sorte qu'elle est responsable 'par' eux » P. CONTE, *op. cit.*, p. 112. Dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 82.

⁵⁵³ P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 3. Dans le même sens, J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵⁴ Comme, par exemple, l'idée que seul l'organe peut engager pénalement la personne morale.

⁵⁵⁵ La théorie classique de l'organe admet la responsabilité délictuelle, quasi-délictuelle et parfois pénale de la personne morale. Voir : P. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 319 ; A. MESTRE, thèse préc., p. 211 et s. ; L. MICHOU, *op. cit.*, n° 266 et s. ; et SHECAIRA, *op. cit.*, p. 87.

théorie de la représentation organique⁵⁵⁶, selon lesquelles il y a une parfaite identité entre la personne morale et son organe. Cette identité implique que « tous les actes et faits juridiques de l'organe représentent la volonté réelle de la personne morale et l'engagent personnellement »⁵⁵⁷.

Concernant plus précisément le droit pénal, la doctrine française et la doctrine brésilienne utilisent également la théorie de l'identification pour expliquer l'emprunt d'un *substratum* humain par la personne morale dans l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction. Cependant, si la théorie de l'identification a été développée avec plus de rigueur et sous d'autres appellations en France, comme celle d'une responsabilité par représentation⁵⁵⁸ ou d'une responsabilité par procuration⁵⁵⁹, au Brésil la doctrine l'a développé d'une façon beaucoup plus timide et encore à tâtons, sans la même rigueur technique qui a présidé ce développement en France⁵⁶⁰.

Quoi qu'il en soit, la différence entre le modèle vicarial et le modèle identificatoire ne se limite pas à une question d'interprétation, puisque la théorie de l'identification a aussi d'autres conséquences concernant l'application de la responsabilité pénale des personnes morales (§2).

⁵⁵⁶ Voir à ce sujet : M.-A. AFCHAIN, thèse préc., 90 et s. ; et G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977, n° 118.

⁵⁵⁷ Tandis que pour la théorie classique de l'organe tous les actes accomplis par l'organe peuvent engager pénalement la personne morale, pour la théorie de la représentation organique « la solidarité entre la personne morale et l'organe suppose que ce dernier ait respecté les modalités de la représentation de la personne morale. L'organe doit avoir mis en œuvre son pouvoir de représentation pour le compte de la personne morale » (M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 91). Par conséquent, on peut dire que l'article 121-2 du Code pénal français et l'article 3 de la loi 9.605/98 sont plus proches de la théorie de la représentation organique que de la théorie classique d'organe, car en France et au Brésil, comme on verra *infra* (n° 94), le législateur a prévu comme seconde condition de la responsabilité pénale de la personne morale que l'infraction soit commise pour le compte du groupement. En outre, comme l'on verra *infra* (n° 138 et s.) une telle condition a une forte relation avec l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale.

⁵⁵⁸ « La nature juridique de la responsabilité des personnes morales qui est, selon nos observations liminaires, une responsabilité du fait personnel par représentation, incarnation ou d'identification » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale*, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, 1020. La Cour d'appel de Lyon dans un arrêt a énoncé que la responsabilité pénale des personnes morales est une « responsabilité du fait personnel par représentation » CA Lyon, 3 juin 1998, Dr. pén. déc. 1999, HS, n° 16, p. 18.

⁵⁵⁹ Voir : C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, p. 72 ; et D. MAYER, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁶⁰ Voir : S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 95 ; et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 141. Peut-être peut-on expliquer une telle différence en raison de la réticence de la doctrine brésilienne par rapport à la responsabilité pénale de la personne morale. Les juristes brésiliens, au lieu d'essayer d'approfondir l'étude du thème préfèrent nier son existence. C'est éventuellement la raison pour laquelle le modèle identificatoire a été développé au Brésil à tâtons, sans rigueur technique, car il y a très peu d'études sur le thème au Brésil. En outre, comme on verra *infra* (n° 62 et s.), une partie de la doctrine brésilienne, notamment M. BUSATO, au lieu de développer une théorie de l'identification pour expliquer l'utilisation d'un support humain par la personne morale dans l'accomplissement de son infraction, a développé un nouveau concept d'action en droit pénal, lequel comprend une définition du comportement illicite compatible avec la nature désincarnée de la personne morale et avec le principe de personnalité.

§2) Les conséquences du modèle identificatoire

58. La compatibilité avec le principe de personnalité. En partant de l'idée qu'il existe une identité entre la personne morale, son organe et son représentant, la théorie de l'identification finit par rendre compatible la responsabilité pénale de la personne morale avec le principe de personnalité en droit pénal. Conséquemment, cette responsabilité ne serait plus une exception au principe prévu par les articles 121-1 du Code pénal français et 5, LXV, de la Constitution brésilienne, bien au contraire⁵⁶¹. Comme le fait illicite de l'organe ou du représentant est le fait illicite de la personne morale, l'être collectif est responsable personnellement pour sa propre infraction⁵⁶².

Donc, si l'utilisation d'un *substratum* humain par le groupement dans l'accomplissement de son infraction constituait le prémisses de l'adaptation du droit pénal aux spécificités de la personne morale, l'interprétation effectuée à l'aune du modèle identificatoire d'un tel emploi révèle l'achèvement de l'adaptation⁵⁶³. En effet, à partir de ce modèle, la personne morale peut accomplir un fait illicite, par le biais d'actions ou d'omissions de ses organes ou de ses représentants⁵⁶⁴ et ce, de manière compatible avec le principe de personnalité. Les personnes physiques qui réalisent le comportement illicite pour le compte de la personne morale sont l'incarnation du groupement au plan matériel et pour cette raison doivent être perçues par le droit pénal comme le groupement lui-même⁵⁶⁵. Ainsi, la théorie de l'identification est une théorie qui comprend l'utilisation d'un *substratum* humain par la personne morale conformément à l'article 121-1 du Code pénal français et de l'article 5, LXV, de la Constitution brésilienne.

⁵⁶¹ « L'esprit et la lettre de l'article 121-2 du Code pénal font de la responsabilité des personnes morales une responsabilité du fait personnel » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 81.

⁵⁶² « En droit pénal, la personne responsable doit être la même personne qui a accompli l'infraction (...) Pour une telle raison, dans l'imputation du fait illicite à la personne morale, il est nécessaire que le comportement de son organe ou représentant, personne physique, soit interprété par le droit pénal comme le comportement de l'entreprise elle-même » G. DANNECKER, *Reflexions sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 51.

⁵⁶³ « Toutes ces questions touchent aux bases de la fonction et de la compréhension du droit pénal qui veut, depuis les principes reconnus par la Révolution française, que la responsabilité pénale soit personnelle » K. TIEDEMANN, *Rapport introductif*, p. 259.

⁵⁶⁴ J. COSTA, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos*, p. 512.

⁵⁶⁵ D'aucuns peuvent remarquer que la théorie de l'identification est une illusion car, sur le plan matériel, la personne physique reste encore une personne physique et ne peut pas être perçue comme la personne morale elle-même – de sorte que l'idée d'incarnation n'est rien d'autre qu'une pensée fallacieuse. Néanmoins, il faut noter que la théorie de l'identification n'essaie pas de changer la réalité des choses, mais elle essaie simplement de comprendre cette réalité. Dans cette démarche, l'assimilation qu'elle implique entre la personne morale, son organe et son représentant n'est pas une illusion, mais plutôt une fiction, laquelle sur le plan juridique devient une réalité, quoiqu'une réalité technique – de sorte que dans ce contexte « réalité et fiction cohabitent donc au sein de la responsabilité des personnes morales dont la nature juridique est ainsi duelle. La réalité impose le principe d'une responsabilité pénale personnelle, et plus précisément, d'une responsabilité du fait personnel. Mais ce fait personnel est accompli par une fiction : la représentation d'un organe ou représentant » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 73.

59. Le critère organique. Au-delà de sa compatibilité avec le principe de personnalité, la théorie de l'identification donne un sens, une raison d'être au critère organique prévu à l'article 121-2 du Code pénal français et à l'article 3 de la loi 9.605/98⁵⁶⁶. En effet, à partir de cette théorie on peut saisir la raison pour laquelle le législateur français et le législateur brésilien ont prévu que seules les actions et les omissions des représentants et des organes de la personne morale peuvent l'engager pénalement.

Sur cette question, certains auteurs en France ont remarqué qu'en raison de l'utilisation d'un critère organique par le législateur la loi a fini par pencher vers un modèle identificatoire de responsabilité pénale des personnes morales⁵⁶⁷. En effet, le critère organique n'existe ni dans le modèle vicarial⁵⁶⁸, ni dans le modèle organisationnel⁵⁶⁹ de responsabilité pénale des groupements.

Toutefois, un tel choix a été critiqué par la doctrine car il réduit considérablement « le champ des personnes susceptibles d'engager la responsabilité pénale de l'entité »⁵⁷⁰. Une telle réduction semble néanmoins être le prix à payer pour qualifier de personnelle la responsabilité pénale des personnes morales, car avec ledit critère le groupement sera responsable seulement pour les faits illicites accomplis par les personnes physiques qui constituent son alter ego⁵⁷¹ ; tel ne serait pas le cas si toutes les personnes liées au groupement pouvaient l'engager pénalement⁵⁷².

Au Brésil, les discussions au sein de la doctrine sont encore vives quant à la détermination du modèle de responsabilité pénale des groupements qui a été adopté par le législateur à partir du critère organique prévu à l'article 3 de la loi 9.605/98. Néanmoins, le même raisonnement qui a été

⁵⁶⁶ Voir *supra* (n° 27).

⁵⁶⁷ Voir : E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 133 ; et S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 545. Un autre auteur énonce que « plutôt que de choisir parmi ces modèles, le dispositif français hésite », mais dans ce même texte l'auteur affirme que la jurisprudence fait une application identificatoire dudit dispositif (J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29 et s.). Mme. AFCHAIN souligne, à son tour, que l'article 121-2 du Code pénal français a adopté la théorie de la représentation organique (M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 93).

⁵⁶⁸ Voir *supra* (n° 39).

⁵⁶⁹ Voir *infra* (n° 78 et s.).

⁵⁷⁰ E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 135. Dans le même sens Mme. MAURO énonce que « cette théorie est peu satisfaisante en pratique car son application s'est révélée trop restrictive : en effet, elle fait de la qualité et des fonctions de la personne physique qui a commis l'infraction la condition fondamentale de la responsabilité » C. MAURO, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁷¹ « La responsabilité personnelle d'une personne physique est engagée lorsqu'elle commet un fait générateur qualifié de personnel. La détermination du caractère personnel de ce fait générateur est naturelle. C'est la personne elle-même qui a commis l'acte matériel ou juridique (...) la responsabilité personnelle d'une personne morale apparaît beaucoup plus complexe (...) il est alors nécessaire de déterminer de quelle manière ce fait générateur est imputable à la personne morale (...) cette imputabilité s'explique par une simple assimilation de la condition juridique de la personne morale et de la personne physique. La personne morale est responsable personnellement pour le fait générateur commis par son représentant, qui traduit sa volonté délictueuse » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 80.

⁵⁷² Par ailleurs, certains auteurs ont considéré que permettre l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale par voie de l'action ou de l'omission d'un simple salarié serait excessif, car une telle possibilité peut élargir de manière très significative le champ d'application de cette responsabilité. Voir, B. FEIJÓO SANCHEZ, Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n° 21, São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 43. Dans le même sens, R. HEFENDEHL, *op. cit.*, p. 431.

réalisé en France peut être mené au Brésil et on peut penser qu'en raison dudit critère, le législateur brésilien a lui aussi choisi le modèle identificatoire de responsabilité pénale des êtres moraux⁵⁷³.

Quoi qu'il en soit, la théorie de l'identification comporte également d'autres conséquences, notamment en ce qui concerne l'identification de la personne physique agissant *ès qualité*.

60. L'identification de la personne physique agissant *ès qualité*. Par ailleurs, contrairement au modèle vicarial, le modèle identificatoire n'exige pas l'identification de la personne physique agissant *ès qualité* pour que la personne morale puisse être pénalement responsable⁵⁷⁴. Ainsi, dans le cadre d'un tel modèle, l'on peut avoir une personne morale coupable même dans le cas où l'on ne sait pas exactement quelle est l'identité de la personne physique qui a servi de support humain à l'infraction du groupement. On peut comprendre l'absence d'une telle exigence à partir de l'assimilation que le modèle identificatoire fait entre la personne morale et la personne physique agissant *ès qualité*.

D'un côté, dans le modèle vicarial, l'organe et le représentant sont des tiers vis-à-vis de la personne morale. Par conséquent, la responsabilité du groupement est la simple conséquence de la responsabilité d'une personne physique⁵⁷⁵. Ainsi, on est obligé d'identifier quelle est la personne physique qui a accompli l'infraction à la place de la personne morale (le véritable responsable), pour simplement imputer ce fait illicite à l'encontre du groupement et l'analyser comme étant directement responsable⁵⁷⁶.

De l'autre côté, dans le modèle identificatoire, personne morale, organe et représentant ne font qu'une seule et même personne. Ainsi, la responsabilité du groupement est une responsabilité personnelle et non pas la simple conséquence de la responsabilité pénale d'une personne physique⁵⁷⁷. Pour cette raison, l'autonomie des responsabilités existantes dans le cadre du modèle

⁵⁷³ Il faut cependant noter que les travaux parlementaires ne font aucune mention de modèle de responsabilité pénale de la personne morale qui a été envisagé par le législateur brésilien.

⁵⁷⁴ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 100.

⁵⁷⁵ Voir *supra* (n° 46).

⁵⁷⁶ Selon la jurisprudence (Cous de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848), l'exigence d'une telle identification existait aussi à cause de la caractérisation de l'élément subjectif de l'infraction vis-à-vis de la personne physique. Selon la jurisprudence de l'époque, notamment en France, l'on ne pouvait pas caractériser l'élément subjectif de l'infraction sans identifier au préalable la personne physique qui a agi *ès qualité*. Cependant, on peut dire qu'une telle exigence d'identification a existé car, dans le modèle vicarial, on ne peut déterminer la responsabilité d'une personne morale sans avoir préalablement identifié une personne physique. Dans ce modèle, la responsabilité pénale de la personne morale est la simple conséquence de la responsabilité pénale d'une personne physique. Ainsi, sans envisager le responsable principal (personne physique), on ne peut pas déterminer le responsable indirect, accessoire (personne morale). Il s'agira donc de travailler la question de l'élément subjectif de l'infraction de la personne morale *infra* (n° 113).

⁵⁷⁷ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 101. Tandis qu'une responsabilité indirecte n'est pas autonome ou indépendante, car elle sera toujours la conséquence d'une autre responsabilité ou du moins la conséquence d'un fait illicite accompli par une autre personne que celle responsable, une responsabilité directe et personnelle a une autonomie par rapport à d'autres

identificatoire⁵⁷⁸ n'exige pas l'identification, la mise en cause ou la condamnation préalable de la personne physique. Comme la personne morale, son organe et son représentant sont la même personne, l'identité de la personne physique agissant ès qualité peut rester alors au second plan, effacée par l'opacité de l'écran de la personnalité morale⁵⁷⁹. Pour une telle raison, « la logique de la représentation autorise à se contenter d'une identification abstraite des organes ou représentants »⁵⁸⁰ du groupement, sans qu'il soit nécessaire d'enlever l'écran de la personne morale pour la rendre responsable pénalement⁵⁸¹. Par conséquent, dans le modèle identificatoire de responsabilité pénale des groupements, l'identification de la personne physique organe ou représentant n'est pas obligatoire pour qu'on puisse rendre le groupement responsable d'une infraction. En outre, ce modèle a aussi deux autres conséquences.

61. L'imputation et la caractérisation de l'infraction. En premier lieu, dans le modèle identificatoire, l'imputation de l'infraction est faite directement chez la personne morale, de sorte qu'il n'est plus nécessaire d'imputer l'acte illicite tout d'abord à l'encontre d'une personne physique identifiée pour ensuite l'imputer à l'encontre du groupement. En raison de l'identification existante entre l'organe, le représentant et la personne morale, on peut raisonner « comme si l'infraction était réalisée directement, en tous ses éléments, par l'être moral »⁵⁸². Par conséquent, en second lieu, dans le modèle identificatoire les éléments de l'infraction ne doivent pas être caractérisés à l'égard d'une autre personne que le groupement, de sorte qu'on va les rechercher directement sur la tête de l'organe ou du représentant de la personne morale, sans passer par l'intermédiaire d'une personne physique identifiée⁵⁸³.

responsabilités qui peuvent éventuellement être liées à elle. Par ailleurs une responsabilité directe et personnelle n'exige pas la mise en cause ou la condamnation d'une autre personne que celle qui sera responsable du fait illicite.

⁵⁷⁸ Cette autonomie peut être perçue notamment par le contenu de l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal français et par le contenu du paragraphe unique de l'article 3 de la loi 9.605/98 – où les législateurs français et brésilien posent le principe de l'indépendance de la responsabilité de la personne morale par rapport à celle de la personne physique. Comme la responsabilité de la personne morale n'est pas la simple conséquence de la responsabilité de la personne physique, elle n'exige pas pour son existence la condamnation ou la mise en cause de la personne physique agissant ès qualité. Dans le même sens : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 83 ; et J. TRICOT, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷⁹ M.A.-AFCHAIN, thèse préc., p. 115.

⁵⁸⁰ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁸¹ M. BAJO FERNÁNDEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español, *in Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona: 1996, p. 32 et 33.

⁵⁸² J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 48.

⁵⁸³ Comme on verra, dans un premier temps, la jurisprudence notamment en France raisonnait en termes de commission de l'infraction par une personne physique identifiée. Ensuite, dans un second temps, elle va raisonner en termes de commission de l'infraction par l'organe ou le représentant de la personne morale, sans donner d'importance à l'identification de la personne physique qui est derrière l'écran de la personne morale. Ensuite, on constate une évolution plus récente de la jurisprudence française qui raisonne parfois en termes de commission de l'infraction par la personne morale elle-même, sans faire aucune référence à l'organe ou au représentant du groupement. Voir *infra* (n° 112 et s.).

Ainsi, grâce à ce changement dans la manière d'imputer et de caractériser l'infraction à l'encontre de la personne morale, la responsabilité des groupements ne sera plus une responsabilité par ricochet, mais elle sera une responsabilité du fait personnel par identification. En effet, la culpabilité n'est plus envisagée à l'encontre d'un tiers identifié qui compose l'être collectif⁵⁸⁴, mais elle est envisagée à l'encontre du groupement lui-même, par voie de représentation.

Pour ces raisons, le modèle identificatoire achève l'adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard de la personne morale, car il explique d'une manière compatible avec le principe de personnalité l'utilisation d'un *substratum* humain par le groupement dans l'accomplissement de son acte illicite. Cependant, au Brésil, une partie de la doctrine⁵⁸⁵ a aussi développé un concept d'action en droit pénal pour achever cette adaptation (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – La « conception de l'action significative » : la réécriture de l'élément matériel de l'infraction pour les personnes morales

Pour mieux comprendre l'adaptation faite entre l'élément matériel de l'infraction et la personne morale par la « conception de l'action significative » (§2), l'on doit tout d'abord étudier quel est l'origine et le contenu d'un tel concept (§1).

§1) La « conception de l'action significative »

62. À l'origine de la « conception de l'action significative ». La « conception de l'action significative » a été développée initialement en Espagne et aux États-Unis par les penseurs M. VIVES ANTÓN⁵⁸⁶ et M. FLETCHER⁵⁸⁷, notamment à partir de la philosophie du langage de WITTGENSTEIN⁵⁸⁸, de la théorie de l'action communicationnelle de HABERMAS⁵⁸⁹ et d'autres aspects de la pensée de

⁵⁸⁴ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 102.

⁵⁸⁵ Il faut dire que la « conception de l'action significative » est une création de la doctrine brésilienne pour expliquer l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par la personne morale. Comme l'on verra *infra* (n° 75) la jurisprudence brésilienne n'utilise pas cette idée pour consacrer une responsabilité pénale directe de la personne morale. Cependant, comme il s'agit d'une adaptation au moins théorique de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des personnes morales, on va étudier ce concept.

⁵⁸⁶ T. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2011.

⁵⁸⁷ G. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York : Oxford University Press, 1998.

⁵⁸⁸ T. VIVES ANTÓN, *op. cit.*, p. 487-488. M. FLETCHER travaille aussi avec l'idée « de sens intersubjectif de finalité » comme fondement de la « conception de l'action significative » G. FLETCHER, *Conceptos básicos del derecho penal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1997, p. 90-93.

⁵⁸⁹ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris : Fayard, 1987.

WELZEL⁵⁹⁰. Au Brésil, cette conception a été étudiée par M. BUSATO⁵⁹¹, qui est l'auteur à l'origine de l'introduction d'une telle idée dans le droit pénal brésilien.

Il faut cependant noter que la « conception de l'action significative » n'a pas été créée pour la personne morale ou pour résoudre le problème de l'incapacité d'action de l'être collectif et permettre sa responsabilité pénale. À l'origine, elle avait été conçue pour remplacer le concept ontologique d'action en droit pénal⁵⁹², selon lequel la notion d'action ou d'omission dans cette branche du droit aurait une exacte correspondance avec la notion d'action ou d'omission qui a été développée par les sciences naturelles⁵⁹³ - raison pour laquelle le comportement illicite ne devait jamais être interprété par les juristes, mais il devrait être seulement appréhendé d'une manière objective, sans aucune interprétation⁵⁹⁴.

Toutefois, comme la « conception de l'action significative » est compatible avec la nature désincarnée de l'être moral, elle a été utilisée par la doctrine brésilienne pour expliquer l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par le groupement⁵⁹⁵.

63. Le contenu de la « conception de l'action significative ». Pour la « conception de l'action significative », l'action ou l'omission en droit pénal ne doivent pas être considérées seulement dans leur dimension physique, comme un simple mouvement naturel. Dans ce cadre, en plus de présenter une dimension ontologique, le comportement réalisé par une personne physique aurait

⁵⁹⁰ P. BUSATO, *Direito penal & Ação Significativa*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 144.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² Ontologique dans le sens philosophique de la science de l'être en soi. Selon le concept d'action ontologique, l'action en droit pénal serait un concept issu du monde de l'être et non pas un concept élaboré par l'ordre juridique. Il faut dire qu'au Brésil une partie de la doctrine, à l'instar du droit allemand, donne beaucoup d'importance à la notion d'action en droit pénal. Selon elle, l'action devrait être étudiée en dehors de l'élément matériel de l'infraction, de sorte qu'elle serait un élément constitutif de l'infraction autonome, en plus de l'élément matériel (voir, par exemple, J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*). La « conception de l'action significative », cependant, traite de la notion d'action dans l'élément matériel de l'infraction. Il reconnaît l'importance d'une telle notion, néanmoins, à l'instar du droit pénal français, il énonce que l'action est pertinente pour le droit pénal seulement à partir du moment où elle concrétise un fait illicite incriminé par la loi, raison pour laquelle on doit appréhender la notion d'action parallèlement à la notion d'élément matériel de l'infraction. Voir, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 267-269.

⁵⁹³ P. BUSATO, *Fundamentos políticos-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 103 et 104. Dans le même sens : F. PEDROSO, *Direito Penal*, São Paulo : Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2000, p. 83; et F. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1965, p. 111.

⁵⁹⁴ Autour d'une telle idée s'est développé au Brésil le débat issu de la doctrine allemande entre causalistes et finalistes. Pour les premiers, tels que LISZT, BELING et RADBRUCH, l'action serait un mouvement physique sans aucun élément subjectif, un simple mouvement objectif qui produit un résultat illicite et qui a un lien de causalité avec celui-ci. Pour les seconds, tels que WELZEL, STRATENWETH et HIRSCH, l'action humaine aurait un but, une volonté qui la déclenche, de sorte que l'action aurait toujours un élément subjectif derrière elle. En raison de ce raisonnement, pour les premiers l'élément subjectif de l'infraction devrait être analysé par le droit pénal dans l'imputabilité de l'infraction, tandis que pour les seconds, l'élément subjectif de l'acte illicite devrait être analysé dans la « typicité » de l'acte, dans un moment qui précède l'imputabilité. Sur le thème voir : J. MESTIERI, *op. cit.*, p. 111-112 ; E. ZAFFARONI et J. PIERANGELI, *op. cit.*, p. 421 et s. ; et J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 81 et s.

⁵⁹⁵ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 36-44.

toujours un sens, lequel devrait être saisi par le droit pénal au moment de l'analyse de l'élément matériel de l'infraction. Pour cette raison, le rôle du juriste ne serait pas comme celui d'un scientifique qui doit considérer un mouvement d'action ou d'omission d'une manière objective, sans lui conférer la moindre signification. Bien au-delà, le juriste devrait saisir la signification sociale du comportement accompli par la personne physique dans l'exécution de l'élément matériel de l'infraction, car en droit pénal le plus important ne serait pas de savoir ce que la personne a fait, mais il s'agirait de savoir quel est le sens de ce qu'elle a fait⁵⁹⁶, puisqu'un même comportement peut avoir plusieurs significations sociales.

On peut expliquer cette idée à travers un exemple fourni par M. FLETCHER⁵⁹⁷ concernant la pluralité de sens qu'une même omission peut avoir chez une personne physique. Si l'on prend l'exemple d'une personne, le week-end dans sa maison à la campagne, on peut conclure que l'absence de mouvement corporel chez cette personne est synonyme de repos, un jour de congé. En revanche, si l'on pense à un garde du Palais de Buckingham, l'absence de mouvement corporel va avoir chez lui la signification du travail et non pas du repos⁵⁹⁸. Alors, à partir d'un tel exemple, on peut conclure que le même comportement peut avoir plusieurs significations sociales selon le contexte dans lequel il est réalisé⁵⁹⁹.

Or, en ayant conscience d'une telle possibilité, la « conception de l'action significative » implique que le droit pénal ne doive pas considérer l'action ou l'omission illicite comme un simple mouvement physique, mais il doit les considérer à partir du sens qu'elles portent en elles-mêmes, à partir de leur signification sociale⁶⁰⁰ ; puisque, comme on le voit dans l'exemple, le même comportement peut avoir plusieurs sens.

Ainsi, selon « la conception de l'action significative », la compréhension par le droit pénal de l'action ou de l'omission qui va composer l'élément matériel de l'infraction ne peut pas tenir compte du comportement uniquement dans sa dimension ontologique, car le juriste doit saisir le

⁵⁹⁶ C. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcional del delito, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 1145.

⁵⁹⁷ G. FLETCHER, *Conceptos básicos del Derecho penal*, p. 90-91.

⁵⁹⁸ Il faut noter que l'analyse faite par la « conception de l'action significative » ne concerne ni le mobile de l'infraction, ni l'origine de la volonté derrière l'acte, mais elle concerne la signification sociale du comportement en lui-même, quel est le sens de l'acte et non pas quel est le mobile qui le déclenche.

⁵⁹⁹ « Comprendre une action ou une omission est la même chose que comprendre une langue. On peut comprendre les paroles à partir du contexte dans lequel on les utilise. De la même façon, on peut comprendre une action ou une omission seulement à partir du contexte social dans lequel elle a été réalisée » G. FLETCHER, *Aproximación intersubjetiva al concepto de acción*, in *Conferencia proferida na Universidade Pablo de Olavide*, Sevilla : 1998, p. 7. Dans le même sens, E. BORJA JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal*, in *Homenaje al Dr. Barbero Santos*, Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, V. I.

⁶⁰⁰ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 274.

sens de ce comportement, pour voir quelle est sa signification sociale⁶⁰¹. Pour cette raison, l'action en droit pénal n'est pas seulement un mouvement (ou son absence) dans le sens physique du terme, mais il est une action ou une omission porteuse d'une signification sociale, laquelle doit être interprétée par le juriste à partir du contexte dans lequel elle est réalisée⁶⁰². Pour cette raison, pour le droit pénal le plus important n'est pas le comportement en lui-même, mais le plus important est le sens social de ce comportement.

Donc, en tenant compte de la signification sociale de l'action en droit pénal, « la conception de l'action significative » finit par rendre compatible l'élément matériel de l'infraction avec la nature désincarnée de la personne morale (§2).

§2) La « conception de l'action significative » et la responsabilité pénale des personnes morales

64. L'incompatibilité entre la personne morale et le concept d'action en droit pénal brésilien. Comme on l'a vu, la personne morale, en tant qu'être désincarné, ne peut pas accomplir l'élément matériel de l'infraction, car elle n'aurait pas la capacité physique d'action exigée pour l'accomplissement d'un acte illicite. Par conséquent, selon le concept d'action ontologique, le groupement ne pourrait pas réaliser une infraction et l'action ou l'omission du représentant ou de l'organe de la personne morale ne pourrait pas être interprétée comme l'action ou l'omission de l'être collectif, puisque le droit pénal devrait considérer le comportement illicite d'une manière objective, sans aucune interprétation⁶⁰³.

Ainsi, le concept ontologique d'action en droit pénal brésilien ne permet pas la responsabilité pénale des personnes morales et c'est pour cette raison que les pénalistes au Brésil ont utilisé la « conception de l'action significative » pour résoudre ce problème et réécrire l'élément matériel de l'infraction d'une façon qu'il devienne compatible avec la nature immatérielle des groupements.

65. La « conception de l'action significative » et la personne morale. Comme on l'a vu, la « conception de l'action significative » saisit non seulement la dimension ontologique d'un comportement en droit pénal (le mouvement physique d'action ou d'omission), mais elle saisit aussi leur signification sociale. Ainsi, si l'on prend en compte le sens du comportement, on conclut

⁶⁰¹ *Idem*, p. 272.

⁶⁰² *Idem*, p. 273.

⁶⁰³ Voir : J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 440.

qu'une personne morale peut elle aussi accomplir l'élément matériel de l'infraction⁶⁰⁴ au travers d'actions ou d'omissions réalisées sur le plan matériel par ses représentants ou organes, car la signification sociale de ces actions ou omissions va permettre au droit pénal de les interpréter comme si elles étaient réalisées par la personne morale elle-même.

Quand le représentant ou l'organe réalise un acte illicite pour le compte du groupement, cet acte est matériellement accompli par un être humain. Par contre, dans sa dimension intellectuelle, il ne peut pas être perçu comme le comportement d'une personne physique mais bien comme un acte de la personne morale. En effet, le contexte social dans lequel il s'est produit nous permet de dire qu'un tel comportement est un acte du groupement lui-même et non pas de l'acte d'une personne physique, lequel va être simplement imputé à l'encontre de l'être moral. Cette interprétation n'est pas envisageable car, en premier lieu, ce comportement va être accompli par une personne physique qui incarne et qui représente la volonté⁶⁰⁵ du groupement sur le plan matériel et, en second lieu, car ce comportement va être lié au fonctionnement de la personne morale⁶⁰⁶.

Ainsi, si l'on appréhende l'acte illicite accompli par une personne physique agissant ès qualité à l'aune de la conception ontologique d'action, on va logiquement conclure que cet acte a été réalisé par une personne autre que la personne morale. Le mouvement physique d'action ou d'omission a été accompli par un être humain et non pas par le groupement, pour cette raison cet acte doit être perçu par le droit pénal comme l'acte d'une personne physique et non pas comme le comportement de la personne morale. Toutefois, si l'on se penche sur le même acte en se positionnant du point de vue de la « conception de l'action significative », on va conclure qu'effectivement sur le plan matériel le comportement a été accompli par un être humain, mais le sens d'un tel acte, sa signification sociale⁶⁰⁷, permet de conclure que cet acte est, sur le plan intellectuel, l'acte de la personne morale elle-même. Pour cette raison, la « conception de l'action significative » permet le fait que le droit pénal puisse interpréter le comportement de l'organe ou du représentant comme s'il était le comportement du groupement lui-même. Or, on peut dire que

⁶⁰⁴ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 38 et s.

⁶⁰⁵ On se penchera plus longuement sur le problème de l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale *infra* (n° 127 et s.).

⁶⁰⁶ Une telle relation est importante pour la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales (l'accomplissement de l'acte illicite au nom du groupement), on se penchera plus longuement dessus *infra* (n° 101).

⁶⁰⁷ Pour l'illustrer, on peut dire que la presse montre bien la signification sociale du comportement du représentant ou de l'organe de la personne morale quand, au lieu de dire que M. X, directeur de l'entreprise X, a signé un contrat, elle dit que l'entreprise elle-même a signé ledit contrat. La presse ne voit pas dans l'action du dirigeant l'action d'une personne physique, mais elle voit l'action du dirigeant comme l'action de l'entreprise. Une telle interprétation montre bien le sens social que le comportement de l'organe ou du représentant porte en lui-même.

pour la « conception de l'action significative », l'élément matériel de l'infraction de la personne morale, d'une certaine manière, n'existe guère sur le plan matériel, mais il existe sur le plan intellectuel⁶⁰⁸, puisqu'il est possible d'être confronté à un comportement illicite chez l'être moral seulement à partir du moment où l'on prend en compte la signification sociale du comportement illicite accompli par la personne physique agissant ès qualité.

Quoi qu'il en soit, on peut conclure que la « conception de l'action significative » rend compatible la notion d'action en droit pénal brésilien avec la nature désincarnée de la personne morale⁶⁰⁹. En outre, en raison de la signification sociale du comportement illicite accompli par la personne physique agissant ès qualité, la « conception de l'action significative » permet d'interpréter l'action ou l'omission du représentant du groupement comme l'action ou l'omission de la personne morale elle-même.

66. Des chemins différents pour atteindre le même résultat. Ainsi, de la même manière que la théorie de l'identification, la « conception de l'action significative » implique une harmonisation entre le droit pénal et la personne morale, notamment en ce qui concerne l'adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard du groupement. Alors, aussi bien que la théorie de l'identification, il montre que l'être moral, malgré sa nature désincarnée, peut accomplir un comportement illicite et de manière compatible avec le principe de personnalité – sans qu'il soit responsable indirectement du fait d'autrui. Néanmoins, si le résultat est le même, le chemin parcouru par ces deux théories ne l'est pas.

D'un côté, la théorie de l'identification est enracinée dans la relation d'identification existant entre la personne morale, son organe et son représentant. Pour cette raison, en mettant en exergue la première condition de la responsabilité pénale des groupements, elle permet d'appréhender l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par la personne morale. Il y a une identification entre la personne physique et la personne morale, en raison de cette identification la personne agissant ès qualité est l'incarnation du groupement. Le groupement peut donc par conséquent accomplir l'élément matériel de l'infraction par voie d'actions ou d'omissions par l'entremise de ses représentants. Fort d'un tel cheminement, d'aucuns peuvent conclure que

⁶⁰⁸ En raison de cette idée, il y a des auteurs au Brésil qui énoncent que la responsabilité pénale de la personne morale n'exige pas nécessairement un acte illicite accompli par l'organe ou le représentant du groupement, car l'action ou l'omission de la personne morale peut exister seulement sur le plan intellectuel, sans qu'il soit nécessairement un comportement illicite accompli par une personne physique agissant ès qualité (voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 8). À notre avis, cette position ne respecte pas le contenu de l'article 3 de la loi 9.605/98, lequel exige comme première condition de la responsabilité pénale des personnes morale un fait illicite accompli par l'organe ou par le représentant du groupement.

⁶⁰⁹ P. BUSATO, *Vontade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 219.

la théorie de l'identification, se basant sur la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales pour appréhender l'élément matériel de l'infraction, constitue une adaptation entre le droit pénal et les spécificités de la personne morale.

De l'autre côté, la « conception de l'action significative » prend ses racines dans la signification sociale du comportement illicite. Pour cette raison, elle repense l'élément matériel de l'infraction pour le rendre compatible avec la personne morale. Fort de la prise en compte du sens social de l'acte illicite, la personne morale peut être pénalement responsable, car la signification sociale de certains comportements accomplis au sein de l'entreprise permet de conclure qu'ils doivent être interprétés par le droit pénal comme s'ils s'agissaient d'actions et d'omissions de la personne morale elle-même. Ainsi, le chemin parcouru par la « conception de l'action significative » est l'inverse de celui parcouru par la théorie de l'identification. En effet, au lieu de partir de la première condition de la responsabilité pénale des groupements pour arriver à l'élément matériel de l'infraction et promouvoir l'harmonisation entre la personne morale et le droit pénal, la « conception de l'action significative » part de l'élément matériel de l'infraction, en le repensant, pour arriver à la première condition de la responsabilité pénale des êtres collectifs. Ainsi, elle permet de conclure que le fait de l'organe ou du représentant de la personne morale est, en raison de son sens social, le fait de la personne morale elle-même.

67. Le contexte franco-brésilien, la théorie de l'identification et la « conception de l'action significative ». La différence de parcours entre la théorie de l'identification et la « conception de l'action significative » ainsi que l'adoption de chacune de ces théories par le droit pénal français et par le droit pénal brésilien peut être mieux comprise si l'on se penche sur le contexte franco-brésilien de ce thème.

En France, les juristes étaient plutôt favorables à la responsabilité pénale des personnes morales⁶¹⁰. Pour cette raison, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, au lieu de démontrer l'incompatibilité existante entre l'élément matériel de l'infraction et la nature désincarnée des groupements, les juristes français ont concentré leur attention sur l'article 121-2

⁶¹⁰ En France, par exemple, déjà en 1899, A. MESTRE a écrit une thèse sur la responsabilité pénale des groupements (A. MESTRE, thèse préc.). Ensuite, avant 1994, on trouve plusieurs textes qui sont favorables à la responsabilité pénale des personnes morales en France : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales* ; P. DURAND, *op. cit.* ; P. FAIVRE, *op. cit.* ; G. LEVASSEUR, L'imputabilité des infractions en droit français, *in Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, mars 1969 ; J. WILMART, Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise, *in Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, mars 1969 ; et B. FERRIER, Une grave lacune de notre démocratie : l'irresponsabilité pénale des personnes administratives, *in Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque*, Toulouse : Presses de l'institut d'études politiques, 1986.

du Code pénal, car leur objectif principal était d'expliquer les conditions d'une telle responsabilité et sa mise en œuvre par la jurisprudence⁶¹¹. Dans ce contexte, le droit français n'a pas analysé cette responsabilité en ayant pour référence les éléments constitutifs de l'infraction, mais en ayant pour référence le contenu de l'article 121-2 du Code pénal.

Ainsi, l'on peut dire que la doctrine française a plutôt pensé le droit pénal à partir de la personne morale et, en laissant au second plan l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction et leur compatibilité avec les groupements, elle s'est concentrée sur les conditions de cette responsabilité. De ce fait, on peut comprendre pourquoi la théorie de l'identification est plus proche du droit pénal français que du droit pénal brésilien⁶¹², car elle donne plus d'attention aux conditions de la responsabilité pénale de la personne morale qu'aux éléments constitutifs de l'infraction ; en promouvant l'harmonisation entre le droit pénal et la personne morale à partir de ces conditions et non pas à partir de l'élément matériel de l'infraction.

Au Brésil, la doctrine était plutôt défavorable à une telle responsabilité⁶¹³. Pour cette raison, quand la loi 9.605/98 est entrée en vigueur, plusieurs juristes brésiliens ont rapidement essayé de démontrer l'incompatibilité existant entre l'élément matériel de l'infraction et la nature désincarnée de la personne morale, au lieu d'expliquer les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité. Ainsi, le droit brésilien a suivi un chemin inverse du droit français, car il a pensé la personne morale à partir du droit pénal et non pas l'inverse, en donnant plus d'importance à la relation existant entre les éléments constitutifs de l'infraction et le groupement qu'au contenu de l'article 3 de la loi 9.605/98⁶¹⁴.

⁶¹¹ En 1993, La Revue des Sociétés a publié plusieurs textes qui ont abordé tous les aspects pratiques et théoriques de la responsabilité pénale de la personne morale. Ensuite, on trouve une variété de textes concernant le thème à la Revue Petites Affiches de décembre 1996, lesquels ont étudié surtout la mise en œuvre de la responsabilité des groupements par la jurisprudence française. Alors, la position des juristes français à l'époque, et encore aujourd'hui, n'était pas défavorable à une telle responsabilité. Pour cette raison, plutôt que de la critiquer, ils ont essayé d'expliquer son fonctionnement.

⁶¹² Au Brésil il y a des auteurs qui travaillent aussi avec la théorie de l'identification, encore qu'à tâtons (voir, par exemple, W. ROTHENBURG, *op. cit.*).

⁶¹³ Si avant 1998 on rencontre de textes favorables à la responsabilité pénale des personnes morales au Brésil, comme celui de A. FRANCO, *op. cit.*, et celui de A. COSTA e SILVA, *op. cit.*. Après 1998, la majorité de la doctrine au Brésil était défavorable à cette responsabilité, pour l'illustrer : J. CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993, p. 4045 ; L. PRADO, *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 32 ; L. CERNICCHIARO et P. COSTA, *Direito penal na Constituição*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 155 et s. ; C. BITENCOURT, *Reflexões sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, in Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito penal*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999 ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral* ; R. DOTTI, *Curso de Direito Penal – parte geral*. Comme on a déjà eu l'opportunité de le souligner, pour expliquer une telle situation deux argumentaires peuvent être développés. Le premier consiste en la reconnaissance de la forte influence de la doctrine allemande au Brésil. Le deuxième consiste dans l'analyse de la récente période de dictature que le Brésil a connu, époque au cours de laquelle l'étude de la criminologie était considérée subversive. P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 34.

⁶¹⁴ Au Brésil, la doctrine favorable à la responsabilité pénale des personnes morales appréhende souvent le problème à partir de la théorie de l'infraction et non pas à partir des conditions prévues au article 3 de la Loi 9.605/98. Alors, les penseurs brésiliens ont tendance à étudier le sujet en prenant pour référence les éléments constitutifs de l'infraction. Par exemple, voir : S. SHECAIRA, *op. cit.* ; P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.* ; F. DE SANCTIS, *op. cit.* ; et A. MIGLIARI JR., *op. cit.*

Dans ce contexte, on peut comprendre pourquoi l'harmonisation entre la personne morale et le droit pénal brésilien s'est également ancrée dans la réécriture de l'élément matériel de l'infraction pour les personnes morales. C'est pourquoi la « conception de l'action significative » a été beaucoup utilisée au Brésil pour comprendre l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par la personne morale. C'est en effet par référence aux éléments constitutifs de l'infraction que l'harmonisation entre le groupement, le droit pénal et le principe de personnalité a été menée au Brésil.

Ainsi, soit par le biais de la théorie de l'identification, soit au travers de la « conception de l'action significative », on pouvait désormais expliquer l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par la personne morale d'une manière compatible avec le principe de personnalité. Mais la jurisprudence, en France et au Brésil, a-t-elle aussi consacré une telle conception de la responsabilité de la personne morale (**SECTION II**) ?

Section II – Le défaut dans l'organisation, une condition pour une responsabilité personnelle des personnes morales ?

Par le biais d'un changement de jurisprudence, autant la Cour de cassation en France, que le Supremo Tribunal Federal au Brésil ont abandonné l'exigence d'identification de la personne physique agissant ès qualité comme une condition pour la responsabilité pénale des êtres collectifs. L'abandon du principe d'identification a eu pour conséquence la consécration d'une responsabilité pénale directe des personnes morales, laquelle révèle l'existence d'un modèle identificatoire de responsabilité au sein du contexte franco-brésilien (**SOUS-SECTION I**).

Cependant, certains auteurs⁶¹⁵ ont fait remarquer qu'un simple changement de jurisprudence ne pouvait à lui seul rendre cette responsabilité compatible avec le principe de personnalité. Pour cette raison, en plus du fait de l'organe ou du représentant, on devrait rechercher une faute « propre » du groupement, liée à un défaut dans sa structure ou organisation. Il s'agit d'une idée issue d'un modèle organisationnel de responsabilité des personnes morales, laquelle toutefois n'a pas été retenue ni par la jurisprudence française, ni par la jurisprudence brésilienne (**SOUS-SECTION II**).

⁶¹⁵ L'on va voir *infra* (n° 78) qui sont ces auteurs.

Sous-section I – La consécration d'une responsabilité personnelle

Si dans un premier temps la jurisprudence française et la jurisprudence brésilienne ont consacré l'idée d'une responsabilité pénale indirecte de la personne morale, en appliquant un modèle vicarial de responsabilité, dans un deuxième temps la Cour de cassation en France (§1) et le Supremo Tribunal Federal au Brésil (§2) ont changé leur position sur la question et ont fini par appliquer un modèle de responsabilité identificatoire des groupements, selon lequel la personne morale est responsable directement de son propre fait.

§1) Une responsabilité personnelle des personnes morales en France

68. L'exigence d'identification de la personne physique et la nature de la responsabilité pénale des personnes morales. Comme l'on a vu le principe posé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 décembre 1997⁶¹⁶, selon lequel l'identification de la personne physique agissant ès qualité était obligatoire pour qu'on puisse formaliser la culpabilité d'une personne morale, entretient une relation étroite avec la nature et le fondement de la responsabilité pénale des groupements⁶¹⁷.

Puisqu'une telle exigence existe dans le cadre d'un modèle vicarial⁶¹⁸, l'identification de la personne agissant ès qualité est nécessaire pour qu'on puisse tout d'abord caractériser les éléments constitutifs de l'infraction auprès d'une personne physique déterminée pour ensuite les imputer à l'encontre de la personne morale⁶¹⁹. Par conséquent, on peut considérer le principe d'identification comme un outil qui sera toujours employé lorsqu'on pense à une responsabilité vicariale, par ricochet ou indirecte de l'être moral. La jurisprudence exige la recherche de l'identité de la personne qui a accompli l'infraction à la place de la personne morale car sans elle l'on ne peut pas caractériser l'acte illicite vis-à-vis d'une personne physique⁶²⁰. Sans une telle caractérisation la

⁶¹⁶ Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85484.

⁶¹⁷ « La question de savoir s'il faut identifier cette personne, organe ou représentant, ne constitue, en réalité qu'un aspect d'un problème bien plus important qui est celui du fondement même de la responsabilité des êtres moraux » J.-Y. MARÉCHAL, *L'Exigence variable de l'identification de la personne physique*, p. 49.

⁶¹⁸ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 19. Cette exigence n'existe ni dans le modèle identificatoire, ni dans le modèle organisationnel de responsabilité pénale des groupements.

⁶¹⁹ Le troisième moyen de cassation du pourvoi qui a été avancé avec succès dans l'arrêt du 2 décembre 1997 énonçait que « la responsabilité pénale d'une personne morale suppose que soit établie la responsabilité pénale d'une ou de plusieurs personnes physiques représentant ladite personne morale » raison pour laquelle l'identification serait obligatoire pour rendre la personne morale coupable d'une infraction (Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85484).

⁶²⁰ « Il résultait donc de l'arrêt de 1997 la nécessité d'établir d'abord la responsabilité pénale d'une personne physique, organe ou représentant avant de pouvoir imputer l'infraction à l'être moral, par voie de conséquence » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 21.

personne morale ne peut pas devenir pénalement responsable⁶²¹, parce que, dans le cadre du modèle vicarial, la responsabilité pénale des groupements est la simple conséquence de l'infraction d'une personne physique déterminée⁶²².

Donc, comme la jurisprudence ne s'est jamais prononcée directement sur la nature de la responsabilité pénale de la personne morale⁶²³, c'était au travers d'une telle exigence que les juristes ont pu conclure quelle était la position de la Cour de cassation sur ce point, puisqu'en réclamant l'identification de la personne physique agissant ès qualité elle finissait par consacrer une responsabilité vicariale des personnes morales⁶²⁴. Par ailleurs, avec une telle exigence, elle donnait une interprétation très orthodoxe à la première condition de la responsabilité pénale des groupements, interprétation qui s'harmonisait avec l'idée d'une responsabilité indirecte de l'être collectif.

C'est pour de telles raisons que l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1998⁶²⁵ a été perçu par les juristes comme un changement de position de la Chambre criminelle concernant la nature de la responsabilité pénale des personnes morales, car en n'exigeant plus l'identification de la personne physique agissant ès qualité, la Cour de cassation a consacré un modèle identificatoire de responsabilité pénale des groupements.

69. Le modèle identificatoire et l'identification de la personne physique. Comme l'on a vu⁶²⁶, si on se base sur une conception identificatoire de la responsabilité pénale des groupements, il n'est nul besoin d'identifier la personne physique agissant ès qualité pour rendre l'être moral pénalement responsable. « En tant que responsabilité du fait personnel par représentation, la responsabilité des personnes morales est assurément soumise à la constatation d'un fait illicite d'un organe ou

⁶²¹ Dans l'arrêt du 2 décembre 1997, le moyen de cassation qui a été retenu par la Cour de cassation énonçait « qu'en se bornant à énoncer qu'un représentant légal de la société Y (...) était intervenu dans la réalisation de l'infraction commise sans caractériser la commission par un représentant de la société de l'infraction prétendue, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁶²² « Doit-on concevoir, comme le soutiennent certains auteurs, que la responsabilité pénale de la personne morale est indirecte ou 'par ricochet', ce qui suppose d'établir que l'infraction imputée à cette dernière ait été accomplie en tous ses éléments par la personne physique, organe ou représentant ? » J.-Y. MARÉCHAL, *L'Exigence variable de l'identification de la personne physique*, p. 49.

⁶²³ On ne rencontre aucun arrêt de la Cour de cassation dans lequel elle s'est prononcée directement sur la nature ou le fondement de la responsabilité pénale de la personne morale.

⁶²⁴ « L'exigence légale, sanctionnée en jurisprudence, que l'infraction ait été commise par un organe ou un représentant pour le compte de la personne morale a ainsi conduit certains commentateurs à y voir là une exigence incontournable et préalable d'identification de l'organe ou du représentant afin de vérifier dans le chef de l'un ou l'autre les éléments constitutifs de l'infraction, pour ensuite seulement l'imputer à la personne morale pour le compte de laquelle l'infraction aura été commise (...) Ce raisonnement (...) peine à se concilier avec le principe d'une responsabilité du fait personnel et tend à faire de la responsabilité de la personne morale le doublon (d'où l'image du reflet ou du ricochet) de celle de la personne physique organe ou représentant » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29 et 30.

⁶²⁵ Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560.

⁶²⁶ Voir *supra* (n° 60).

d'un représentant agissant pour son compte. Cette exigence légale n'impose cependant pas l'identification d'une personne physique et ainsi la démonstration de sa culpabilité »⁶²⁷, puisque « la culpabilité de l'organe ne se confond pas nécessairement avec celle d'une personne physique »⁶²⁸.

Ainsi, en raison de la relation d'identification existante entre l'organe, le représentant et la personne morale, l'identité de la personne physique agissant ès qualité demeure être au second plan dans le modèle identificatoire, effacée par l'opacité de la personnalité morale⁶²⁹. Comme la responsabilité pénale du groupement est autonome, directe et personnelle, il n'est pas nécessaire d'identifier une personne physique pour caractériser les éléments constitutifs de l'infraction à son égard et ensuite rendre la personne morale coupable de cette infraction directement.

Par conséquent, dans le modèle identificatoire, l'identification abstraite de l'organe ou du représentant suffit pour remplir la première condition prévue à l'article 121-2 du Code pénal⁶³⁰, car il est possible de raisonner en termes de commission de l'infraction par les organes et les représentants de la personne morale au lieu de le faire en termes de réalisation de l'acte illicite par une personne physique identifiée⁶³¹. Ainsi, la responsabilité pénale de la personne morale n'empêche pas la mise en cause d'une personne physique, mais elle ne l'exige pas comme une condition préalable à la condamnation du groupement⁶³².

70. Le changement de jurisprudence de la Cour de cassation. Or, c'est en utilisant cette logique que dans un arrêt du 1^{er} décembre 1998 la Chambre criminelle a rejeté un pourvoi en cassation pour permettre la condamnation d'une personne morale dans une affaire d'homicide involontaire où les juges du fond n'avaient pas identifié l'auteur matériel de la faute imputée au groupement ; en recourant à une identification abstraite de la personne agissant ès qualité⁶³³. La décision a été

⁶²⁷ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 100.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ M.A.-AFCHAIN, thèse préc., p. 115.

⁶³⁰ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 31. L'on va travailler une telle exigence à l'égard des derniers arrêts de la Cour de cassation *infra* (n° 112 et s.).

⁶³¹ « Peut-on admettre, au contraire, comme le proposent d'autres auteurs, que l'article 121-2 du code pénal ne déroge nullement à l'article 121-1, aux termes duquel 'nul n'est responsable pénalement que de son propre fait', ce qui signifie que l'être moral est mis en cause pour sa propre responsabilité, laquelle s'exprime au travers de l'organe ou du représentant qui l'incarne ? Dans ce cas, la détermination du rôle exact joué par celui-ci revêt nécessairement une importance beaucoup plus limitée » J.-Y. MARÉCHAL, *L'Exigence variable de l'identification de la personne physique*, p. 50.

⁶³² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 114. Pour cette raison, l'identification de la personne physique agissant ès qualité peut exister, mais elle n'est plus nécessaire pour la condamnation du groupement.

⁶³³ Sans identifier la personne physique derrière l'écran de la personne morale, la Cour de cassation se contente dans l'arrêt cité d'une identification abstraite du représentant du groupement et énonce qu'il « résulte que le président de la société ou son délégué en matière de sécurité n'a pas accompli toutes les diligences normales pour faire respecter les prescriptions qui s'imposaient à la personne morale en ce domaine », raison pour laquelle « la cour d'appel a caractérisé une faute

expliquée par la Cour de cassation dans son rapport de 1998, où elle a indiqué que « l'identification de l'auteur de l'infraction n'est pas nécessaire lorsqu'il est possible de déduire des circonstances de l'espèce que l'infraction n'a pu être commise que par un organe ou représentant », de sorte que pour rendre une personne morale pénalement responsable « il suffit que le juge puisse acquérir la certitude que l'infraction a été commise par un organe ou représentant »⁶³⁴, sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne physique derrière l'écran de la personne morale.

Certains juristes ont initialement pensé qu'une telle jurisprudence ne valait guère que pour les infractions non intentionnelles, de sorte que pour les infractions intentionnelles les juges ne pouvaient pas se dispenser de l'identification de la personne physique auteur matériel de l'acte illicite⁶³⁵. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 2000⁶³⁶ a également consacré l'absence d'exigence d'identification en matière intentionnelle, raison pour laquelle le principe d'identification n'existait plus ni pour les infractions non intentionnelles, ni pour les infractions intentionnelles⁶³⁷.

Ainsi, dès que la Cour de cassation n'a plus exigé l'identification de la personne physique agissant ès qualité, elle a consacré une conception identificatoire de la responsabilité pénale de la personne morale⁶³⁸. Pour une telle raison cette responsabilité doit être perçue à partir des années

d'imprudence ou de négligence engageant la responsabilité de celle-ci et ainsi justifié sa décision au regard des articles 121-2 et 121-3 du Code Pénal » Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560.

⁶³⁴ Rapport Cour de cass. 1998, p. 303.

⁶³⁵ « Selon la jurisprudence en effet, si l'infraction est intentionnelle, le juge ne peut pas se dispenser d'identifier l'auteur physique de l'infraction, de manière à vérifier qu'il en a consommé en sa personne les éléments matériel et moral » J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 986.

⁶³⁶ Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714. Ensuite, le 24 mai 2000, la Cour de cassation va rejeter un pourvoi lequel invoquait clairement dans son premier moyen de cassation que « l'identification de la personne physique qui a commis l'infraction pour le compte de la personne morale est particulièrement impérative lorsque l'infraction poursuivie est une infraction volontaire », de sorte qu'on ne pouvait pas condamner une personne morale pour une infraction intentionnelle « sans identifier la personne physique ». Audit moyen de cassation, la Cour va répondre que « pour déclarer l'infraction caractérisée à son encontre, la cour d'appel (...) énonce qu'en produisant cette attestation, la société X... savait utiliser par les organes ayant pouvoir de l'engager, un document faisant état de faits matériellement inexacts et formellement contestés ; qu'en l'état de ces seules énonciations d'où il résulte que l'infraction reprochée, caractérisée en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel a été commise, pour le compte de la société, par ses organes, la cour d'appel a justifié sa décision » (Cour de cass., Ch. crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-83414). Ainsi, dans cet arrêt la Cour de cassation énonce plus clairement que l'identification de la personne physique agissant ès qualité n'est pas obligatoire pour les infractions intentionnelles. Cette solution a été confirmée par un arrêt du 25 juin 2008 (Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261), lequel a introduit la notion de politique commerciale dans la responsabilité pénale des personnes morales en France, et par un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 2010 (Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543). Ces deux arrêts toutefois font partie d'une jurisprudence qui va encore plus loin, en n'exigeant plus l'identification abstraite de l'organe ou du représentant. Pour cette raison, ils vont être étudiés plus en détail *infra* (n° 112 et s.).

⁶³⁷ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 39.

⁶³⁸ « Cette identification entre la personne morale et son organe ou son représentant par l'intermédiaire duquel elle agit doit être nettement distinguée de la nécessité (imposée dans le cadre d'un modèle vicarial) d'identifier la personne physique organe ou représentant (...) la logique de la représentation autorise à se contenter d'une identification abstraite des organes ou représentants » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 31.

2000 en France comme étant une responsabilité directe⁶³⁹ et personnelle⁶⁴⁰ qui respecte le contenu de l'article 121-1 du Code pénal⁶⁴¹. En n'exigeant plus l'identification d'une personne physique, on a pu raisonner en termes de commission de l'infraction par la personne morale elle-même, à travers des actions ou des omissions de ses organes ou représentants. Par ailleurs, avec une telle logique, on avait dorénavant une responsabilité pénale qui se suffisait à elle-même et qui n'était plus la simple conséquence d'un acte illicite accompli par une personne physique identifiée. La responsabilité des groupements acquérait alors les contours d'une véritable responsabilité pénale, en harmonie avec le principe de personnalité.

71. Une jurisprudence instable ? Quelques commentateurs⁶⁴², cependant, ont fait valoir qu'une telle jurisprudence n'était pas constante, car d'autres arrêts de la Cour de cassation n'auraient pas confirmé cette solution et ont exigé l'identification de la personne physique organe ou représentant de la personne morale⁶⁴³. Néanmoins, lorsqu'on examine le fond de ces arrêts on voit qu'ils ont été cassés non pas en raison de l'absence d'identification précise de la personne physique agissant *ès qualité*⁶⁴⁴, mais parce que les faits d'espèces ne permettaient pas que les juges du fond puissent « acquérir la certitude que l'infraction a été commise par un organe ou représentant » sans

⁶³⁹ « À vrai dire, la position jurisprudentielle, qui n'exige pas l'identification des organes ou représentants, n'est que le reflet des solutions du droit pénal comparé qui réservent une place de plus en plus importante à la responsabilité pénale directe des personnes morales » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 122. Aux États-Unis, par exemple, depuis les années 80, les juges ne sont plus obligés d'identifier la personne physique agissant *ès qualité* pour rendre la personne morale pénalement responsable. Voir C. MAURO, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁴⁰ La consécration d'une responsabilité pénale personnelle des personnes morales est présente aussi dans les arrêts de la Cour de Cassation relatifs à la fusion absorption des entreprises, où elle énonce que la société absorbante ne peut pas être responsable des infractions commises par la société absorbée. Voir Cour de cass., Ch. crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-86376. On va travailler une telle question *infra* (n° 313).

⁶⁴¹ Pour certains auteurs, cependant, l'utilisation des présomptions par la Cour de cassation à partir des années 2006, concernant la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales, remet en cause cette certitude. Néanmoins, comme l'on verra *infra* (n° 117), à notre avis la position de la Cour de cassation par rapport à une conception directe et personnelle de la responsabilité pénale des personnes morales n'a pas été bouleversée par les dernières décisions de la Chambre criminelle sur le thème. On parle notamment des arrêts suivants : Cour de cass., Ch. crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-87212 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-86974 ; Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-82148 ; Cour de cass., Ch. crim., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-80773 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917 ; et Cour de cass., Ch. crim., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-82827.

⁶⁴² Dans ce sens, voir : J. PRADEL, *Droit Pénal Général*, p. 492 ; et J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales*, p. 48 et 49.

⁶⁴³ Les arrêts sont les suivants : Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, pourvoi n° 99-80318 ; Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2002, pourvoi n° 01-81114 ; Cour de cass., Ch. crim., 7 mai 2002, pourvoi n° 01-82521 ; Cour de cass., Ch. crim., 29 avril 2003, pourvoi n° 02-85353 ; Cour de cass., Ch. crim., 2 novembre 2005, pourvoi n° 05-80085 ; Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-84846.

⁶⁴⁴ « Il reste malgré tout que l'anonymat de l'organe ou du représentant ne supprime pas l'exigence fondamentale : caractériser le fait d'un organe ou d'un représentant. C'est sans doute ce qui explique la cassation de certains arrêts qui ne faisaient aucune référence à un organe ou à un représentant précisément pour des raisons d'anonymat » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 102-103.

identifier la personne physique derrière la personne morale⁶⁴⁵. Ainsi, les décisions citées par les commentateurs afin de démontrer le caractère instable de cette jurisprudence ne sont pas en effet contradictoires avec les arrêts précédents, mais elles font partie d'une « casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente », laquelle est parfois délicate à lire⁶⁴⁶.

Dans ce contexte, on peut dire que la Cour de cassation, même après l'abandon du principe d'identification, exige toujours l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par une personne physique représentante ou organe du groupement⁶⁴⁷, car la personne morale ne peut pas accomplir une infraction sans l'utilisation d'un *substratum* humain⁶⁴⁸. Pour cette raison, la Cour de cassation n'exige plus l'identification de la personne physique qui a agi *ès qualité* pour le compte de la personne morale, mais elle continue à exiger que l'infraction imputée au groupement soit matériellement commise par un organe ou un représentant de celui-ci⁶⁴⁹. Toutefois, nonobstant une telle exigence, la Chambre criminelle énonce que le juge peut acquérir la certitude de l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par un organe ou un représentant du groupement sans avoir besoin d'identifier la personne physique qui est derrière l'écran de la personne morale⁶⁵⁰ - en consacrant par conséquent un modèle identificatoire de responsabilité directe et personnelle des êtres moraux.

72. Des critiques à cette jurisprudence. Néanmoins, quelques auteurs ont remarqué que la lettre de l'article 121-2 du Code pénal exigerait l'identification de la personne physique agissant *ès qualité* pour qu'une personne morale puisse être condamnée⁶⁵¹, notamment concernant les infractions

⁶⁴⁵ « Si certains arrêts se dispensent d'identifier la personne physique ayant commis les faits délictueux, il reste que la cour de cassation veille à ce que l'implication d'un organe ou représentant soit toujours démontrée » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁴⁶ *Idem*, p. 1. L'on va étudier cette jurisprudence *infra* (n° 112 et s.).

⁶⁴⁷ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 114. « Au contraire, il nous semble que la position de la chambre criminelle est en train de s'affiner selon des principes fondamentaux intangibles. Tout d'abord, en vertu de l'article 121-2 du Code pénal, il est impératif que l'infraction, intentionnelle ou non, soit imputée à un organe ou un représentant de la personne morale, même non identifié, pour pouvoir engager sa responsabilité pénale » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁴⁸ Comme l'on verra *infra* (n° 112) cette exigence a été relativisée par la jurisprudence de la Cour de cassation, après 2006, avec l'utilisation des présomptions concernant le fait de l'organe ou du représentant de la personne morale.

⁶⁴⁹ « Dans l'état actuel de la jurisprudence, il semble que l'identification des organes ou représentants auteurs matériels des faits ne soit plus la véritable condition pour rendre la personne morale responsable (...) Toute infraction, intentionnelle ou non, paraît donc imputable à l'être moral, sans qu'il soit nécessaire de désigner une personne physique auteur matériel des faits, dès lors que les circonstances de la commission de ces derniers impliquent leur réalisation par une personne ayant le pouvoir d'engager juridiquement la personne morale » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20.

⁶⁵⁰ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 112.

⁶⁵¹ « Faut-il encore rappeler que l'article 121-2 du Code pénal indique, en termes clairs et précis, que l'infraction doit être commise, pour le compte de la personne morale, par ses organes ou représentants ? Cela signifie que, avant de condamner une personne morale pour une infraction déterminée, les organes ou représentants, ayant commis celle-ci, doivent nécessairement être identifiés. En d'autres termes, l'intervention ou l'implication personnelle de ces derniers dans la commission des faits illicites doit être dûment établie » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 113. Par ailleurs, Mme. MATSOPOULOU souligne que le droit de l'Union européenne exigerait l'identification de l'organe ou du représentant pour la responsabilité pénale de la personne morale (H.

intentionnelles⁶⁵² – de sorte que la position de la Cour de cassation serait contraire au texte de la loi et ne serait pas adéquate d'un point de vue criminologique⁶⁵³. Cependant, ces critiques n'ont pas fait évoluer la jurisprudence de la Chambre criminelle, peut-être parce que l'abandon d'un principe d'identification, au-delà de rendre compatible la responsabilité des groupements avec le principe de personnalité, présentait aussi d'autres avantages.

73. Les conséquences de cette jurisprudence. L'absence d'exigence d'identification de la personne physique agissant ès qualité permet à la jurisprudence d'affronter « le cœur même de la délinquance d'entreprise, cette délinquance structurelle qui décline les diverses formes d'une prise de décision opaque »⁶⁵⁴. En outre, elle n'heurte pas une telle responsabilité « à ce qui caractérise la délinquance d'entreprise : l'anonymat et la dilution des responsabilités »⁶⁵⁵. Pour une telle raison, l'abandon d'un principe d'identification a permis la condamnation de groupements dans des cas jusqu'alors impossibles⁶⁵⁶, comme, par exemple, quand l'infraction a été commise après une décision prise à l'issue d'un vote à bulletin secret⁶⁵⁷. Ainsi, l'absence d'identification de la personne physique n'était plus un obstacle à la responsabilité de l'être collectif⁶⁵⁸ et on pouvait désormais condamner la personne morale « même dans les cas où il n'est pas possible de déterminer la personne physique qui a commis l'infraction »⁶⁵⁹.

Ensuite, une telle jurisprudence s'harmonise avec le contenu de la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n° R (88) 18 du 20 octobre 1988, selon laquelle « la difficulté que pose l'identification des personnes physiques responsables d'une infraction, compte tenu de la structure souvent complexe des entreprises » peut conduire les États membres à retenir la responsabilité pénale des personnes morales « qu'il y ait ou non identification d'une personne

MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 120). Toutefois, face à la Recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe n° R (88) 18 du 20 octobre 1988, nous ne pouvons pas être d'accord avec l'affirmation de Mme. H. MATSOPOULOU.

⁶⁵² « Intimement liées à la personne de l'auteur – voire à sa personnalité – la matérialité et l'intention coupable ne peuvent valablement être constatées loin de lui (...) l'*animus criminis* ne peut donc être constaté sans que son auteur soit identifié, voire authentifié » L. SAENKO, *op. cit.*, p. 9. Dans le même sens, voir : R. MERLE e A. VITU, *op. cit.*, n° 601 ; et M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 111. Dans le sens contraire, l'on peut dire que l'élément subjectif de l'infraction peut être déduit du fait illicite, sans qu'on ait besoin d'identifier l'auteur matériel de l'infraction, voir *infra* (n° 141).

⁶⁵³ J.-H. ROBERT, *La responsabilité des personnes morales*, p. 20.

⁶⁵⁴ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 157.

⁶⁵⁷ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 35. « La nécessité d'identifier une personne physique déterminée réduit encore plus les possibilités de condamnation dès lors que l'organisation de la société ne permet pas toujours de déterminer précisément qui a matériellement commis l'infraction » C. MAURO, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁵⁸ L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵⁹ C. MAURO, *op. cit.*, p. 74.

physique ayant commis les faits ou omissions constitutifs de l'infraction »⁶⁶⁰. Par ailleurs, la position de la Cour de cassation s'harmonise avec la Circulaire du 14 mai 1993, selon laquelle « des infractions auront pu être commises par les organes collectifs de la personne morale sans qu'il soit possible de découvrir le rôle de chacun de leurs membres et d'imputer la responsabilité personnelle de l'infraction à un individu déterminé »⁶⁶¹. Finalement, avec cette jurisprudence le droit pénal suivait l'exemple des autres branches du droit en France où la responsabilité des groupements existe sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne physique derrière l'écran de l'être moral⁶⁶².

Par ailleurs, on peut dire que cette jurisprudence de la Cour de cassation donne plus d'autonomie à la responsabilité pénale des groupements⁶⁶³, car elle permet de rendre la personne morale coupable d'une infraction sans qu'il soit nécessaire d'établir au préalable la responsabilité pénale d'une personne physique déterminée. Par ailleurs, cette autonomie ne va plus soumettre l'articulation entre la responsabilité pénale de la personne physique et celle de la personne morale à une logique d'addition⁶⁶⁴, en autorisant une répartition plus équitable des responsabilités au sein du groupement⁶⁶⁵. Somme toute, une telle jurisprudence va donner un sens à l'alinéa 3^{ème} de l'article 121-2 du Code pénal, lequel prévoit que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques »⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ Annexe 2 de la Recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe n° R (88) 18 du 20 octobre 1988 concernant la responsabilité pénale des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités.

⁶⁶¹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 102. Par ailleurs, déjà en 1958, FAIVRE disait que pour la responsabilité pénale des personnes morales « peu importe alors l'identification d'un individu coupable. La décision prise par une assemblée, délibérant au scrutin secret et dissimulant les responsabilités individuelles sous le couvert de l'anonymat, devient la faute pénale justifiant le recours à une mesure de défense sociale » P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 571.

⁶⁶² Comme, par exemple, en droit administratif : CA Paris, 24 septembre 1993, Bull. Joly, 1994, n° 28, p. 122 ; CA Paris, 11 septembre 2001, JCP e 2001, p. 1821, note JEANDIDIER A. Voir également J. RIFFAULT-TRECA, *La répression administrative*, in *RSC*, 1996, p. 263.

⁶⁶³ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 31. On rencontre une telle autonomie aussi en droit civil : Cour de cass., 2^e Ch. civ., 17 juillet 1967, Gaz. Pal. 1967, 2, p. 235, note C. BLAEVOET ; Cour de cass., 2^e Ch. civ., 27 avril 1977, Bull. civ. II, n° 108 ; CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly 1999, p. 571, note J.-F. BARBIERI.

⁶⁶⁴ L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12 et J. TRICOT, *op. cit.*, p. 30. Normalement l'exigence d'identification de la personne physique agissant ès qualité amène à une double mise en cause, de sorte que dans la plupart des cas la personne physique serait condamnée avec la personne morale (A. BRUNET, *op. cit.*, p. 32). Pour cette raison, la non identification de la personne physique conduit nécessairement à un allègement de la responsabilité des dirigeants. M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 114.

⁶⁶⁵ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales*, p. 49. Il faut dire qu'en France une circulaire de 2006 (Circulaire relative à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004) est venue éloigner les risques d'un cumul systématique de responsabilités. Cette circulaire proposait le critère de l'élément subjectif de l'infraction pour résoudre le problème de l'articulation entre ces deux responsabilités. Si l'infraction était intentionnelle « la règle devrait en principe consister dans l'engagement des poursuites contre la personne physique auteur et contre la personne morale ». Par contre, si l'infraction était non intentionnelle « les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées » (J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 985). Il semble, alors, que cette circulaire ait essayé de remplacer l'excès d'une logique des responsabilités cumulatives par un principe de responsabilités éventuelles. Par ailleurs, on peut dire que « l'absence d'identification de la personne physique, lors de l'engagement de la responsabilité de la société, répond ainsi à la volonté d'alléger la responsabilité des dirigeants sociaux » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 114.

⁶⁶⁶ Dans ce raisonnement, comme la responsabilité de la personne morale n'est pas la simple conséquence de la responsabilité de la personne physique, elle n'exige pas pour son existence la condamnation ou la mise en cause de la

Ainsi, si dans un premier temps la Cour de cassation a travaillé avec la notion de responsabilité vicariale des groupements, en faisant de l'identification de la personne physique organe ou représentant une condition préalable pour la condamnation de l'être collectif, dans un deuxième temps elle a adopté un modèle identificatoire de responsabilité pour l'être moral, de sorte qu'avec l'abandon d'un principe d'identification elle a consacré en jurisprudence l'idée d'une responsabilité directe et personnelle des personnes morales⁶⁶⁷. Le Brésil, à son tour, a suivi un parcours similaire (§2).

§2) Une responsabilité personnelle des personnes morales au Brésil

74. L'exigence de la mise en cause et de la condamnation de la personne physique. Comme on l'a vu, l'ancienne jurisprudence brésilienne exigeait non seulement l'identification, mais également la mise en cause et la condamnation d'une personne physique agissant ès qualité pour qu'une personne morale puisse devenir pénalement responsable d'une infraction⁶⁶⁸. Ainsi, en raison d'une telle exigence, l'on pouvait dire que les juges brésiliens avaient une conception vicariale de la responsabilité pénale des groupements et ils la considéraient comme une responsabilité indirecte, simple conséquence de la responsabilité d'une personne physique déterminée.

Néanmoins, en 2013, une décision du Supremo Tribunal Federal a fait évoluer cette position, en consacrant une responsabilité directe, personnelle et autonome de l'être collectif au Brésil, laquelle respecte le principe de personnalité prévu à l'article 5, LXV, de la Constitution brésilienne.

75. La consécration d'une responsabilité directe et personnelle des groupements au Brésil. Dans un arrêt du 6 août 2013⁶⁶⁹, la Haute Cour brésilienne a énoncé que la personne morale peut être mise

personne physique agissant ès qualité, raison pour laquelle avec une telle jurisprudence le principe d'indépendance de responsabilités posé par l'alinéa 3^{ème} de l'article 121-2 du Code pénal est respecté. Dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 83 et J. TRICOT, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁶⁷ Il ne faut pas oublier qu'une Question Prioritaire de Constitutionnalité a été justement posée dans le but de demander si « en instituant un régime de responsabilité pénale par représentation » l'article 121-2 du Code Pénal « viole-t-il les principes constitutionnels car la responsabilité pénale ne peut découler que d'un fait personnel ». Toutefois, la Question n'a pas été transmise au Conseil Constitutionnel car elle ne présentait pas un caractère sérieux, dès lors que « l'article 121-2, alinéa 1^{er}, du Code pénal instituant la responsabilité pénale des personnes morales prévoit que cette responsabilité ne peut être engagée que du seul fait d'infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants », raison pour laquelle il ne comporte aucune dérogation injustifiée aux principes constitutionnels invoqués. Cour de cass., Ch. crim., 29 mars 2011, décision de non transmission n° 11-90007.

⁶⁶⁸ Voir *supra* (n° 48).

⁶⁶⁹ STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181. Deux autres décisions du Supremo Tribunal Federal au Brésil ont traité indirectement la question de l'identification de la personne physique agissant ès qualité et celle de l'autonomie de la responsabilité pénale de la personne morale par rapport à la responsabilité pénale de la personne physique : STF, 6 septembre 2011, REXT n°

en cause et condamnée en raison d'une infraction accomplie pour son compte, sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne physique qui a réalisé matériellement l'acte illicite.

Dans l'arrêt, le Supremo Tribunal Federal énonce que l'article 3 de la loi 9.605/98 n'exige pas comme condition *sine qua non* de la responsabilité pénale de la personne morale l'identification et la condamnation de la personne physique agissant *ès qualité*⁶⁷⁰. Pour cette raison, formuler une telle exigence à destination des juridictions du fond impliquerait une limitation de la responsabilité des groupements, et les ferait se heurter à ce qui « caractérise la délinquance d'entreprise : l'anonymat et la dilution des responsabilités »⁶⁷¹.

Ainsi, selon la Haute juridiction brésilienne, pour qu'une personne morale soit déclarée coupable, il est nécessaire que l'infraction soit matériellement commise, directement ou indirectement, par son représentant ou son organe⁶⁷². Cependant, le juge peut remplir une telle exigence à partir des faits, sans qu'il soit nécessaire d'identifier et de condamner la personne physique qui a emprunté le *substratum* humain nécessaire à l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par le groupement. Selon le Supremo Tribunal Federal l'abandon d'un principe d'identification aurait deux raisons d'être.

76. Les raisons de cette position. En premier lieu, parce qu'il y a parfois d'insurmontables difficultés de preuves concernant une infraction accomplie au sein d'une personne morale⁶⁷³. Face à cette difficulté, parfois l'opacité de la structure organisationnelle du groupement ne va pas permettre que le juge puisse identifier quelle est la personne physique derrière l'écran de la personne morale qui a servi de support humain à l'acte illicite du groupement⁶⁷⁴. Pour cette raison, si l'on exige l'identification de la personne physique organe ou représentant on restreint considérablement la

628.582 ; et STF, 29 octobre 2005, HC n° 83.554. Néanmoins, la décision qui a véritablement opéré un changement de jurisprudence au Brésil est celle du 6 août 2013.

⁶⁷⁰ Dans l'arrêt, le Supremo Tribunal Federal énonce qu'il s'agit de « savoir si la loi permet ou pas que la personne morale puisse être mis en cause toute seule, sans la mise en cause concomitante d'une personne physique agissant *ès qualité* » STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

⁶⁷¹ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 30. Selon le Supremo Tribunal Federal « la délinquance au sein de l'entreprise est caractérisée par la difficulté de trouver l'auteur matériel de l'acte illicite accompli pour le compte du groupement et par la dilution des responsabilités individuelles » STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

⁶⁷² Pour cette raison, le Supremo Tribunal Federal énonce que l'identification de la personne physique agissant *ès qualité* peut être recherchée par le juge, mais elle n'est pas une condition obligatoire pour qu'on puisse rendre la personne morale coupable d'une infraction. Voir, STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

⁶⁷³ Dans l'arrêt, le STF énonce que « notamment dans les grandes entreprises il y a parfois une difficulté insurmontable à identifier la personne physique qui a accompli l'infraction au nom du groupement » STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

⁶⁷⁴ « La responsabilité pénale des personnes morales a été créée notamment pour être appliquée aux cas où l'on n'arrive pas à identifier qui est la personne physique responsable de l'accomplissement de l'acte illicite au sein du groupement par conséquent, l'exigence de l'identification de la personne physique organe ou représentant qui a servi de support humain à l'infraction de la personne morale n'a pas de sens » N. DINO NETO, *Crimes e infrações administrativas ambientais*, Belo Horizonte : Del Rey, 2011, p. 62.

responsabilité pénale des personnes morales⁶⁷⁵, car si l'on n'arrive pas à identifier la personne agissant ès qualité on ne pourra pas condamner le groupement, même si on peut déduire à partir des faits que l'infraction a été accomplie par un organe ou un représentant de l'être moral et pour son compte.

Ensuite, en second lieu, car au sein d'une personne morale l'on a une dilution des responsabilités et parfois plusieurs personnes physiques servent de support humain au groupement dans la réalisation de l'élément matériel de l'infraction⁶⁷⁶. Dans une telle hypothèse, plusieurs personnes agissant ès qualité auront une implication partielle dans l'accomplissement de l'acte illicite par l'être moral, raison pour laquelle occasionnellement on ne peut pas identifier avec exactitude quelle est la personne physique qui, agissant ès qualité, a emprunté le *substratum* humain nécessaire et est déterminante dans la réalisation de l'infraction par la personne morale⁶⁷⁷. Alors, si l'on applique un principe d'identification dans cette hypothèse, la personne morale ne pourra pas être pénalement responsable, car l'on n'arrivera pas à identifier la personne physique qui a été le *substratum* humain de l'infraction du groupement. Toutefois, selon le Supremo Tribunal Federal, cette impossibilité ne peut pas empêcher la condamnation du groupement, car nonobstant le fait qu'on n'arrive pas à déterminer avec exactitude qui était la personne physique responsable pour l'accomplissement de l'acte illicite imputée à l'encontre de l'être moral, il est possible d'avoir la certitude que l'infraction a été réalisée par une ou plusieurs personnes agissant ès qualité pour le compte du groupement.

Face à ces raisons, la Haute juridiction brésilienne énonce qu'on devrait abandonner le principe d'identification pour raisonner en termes de commission de l'infraction par le groupement lui-même, au lieu de le faire en termes de commission de l'infraction par une personne physique déterminée. Si bien que la responsabilité des groupements peut être établie toute seule, sans nécessiter comme condition préalable de son existence l'établissement de la responsabilité pénale d'une personne physique identifiée. S'il s'avère être impossible, en raison de la dilution des responsabilités au sein de l'entreprise, d'établir la responsabilité d'une personne physique

⁶⁷⁵ « Si l'on exige l'identification et la condamnation de la personne physique pour rendre le groupement responsable on va restreindre considérablement l'application de la responsabilité pénale des groupements » STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

⁶⁷⁶ Il suffit de penser aux infractions accomplies à l'issue d'un scrutin secret d'un organe collectif de la personne morale, dans cette hypothèse plusieurs personnes physiques empruntent un *substratum* humain au groupement. Cependant, l'on ne peut pas déterminer la responsabilité avec exactitude, car le vote était secret, quelles étaient les personnes physiques responsables pour l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction.

⁶⁷⁷ « Les responsabilités derrière l'écran du groupement parfois sont diluées, de sorte qu'on n'arrive pas à imputer avec certitude le fait illicite à une personne physique déterminée » STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181. Selon M. INSOLERA, « en effet, l'organisation conduit à une dépersonnalisation des activités qui sont pourtant le fruit de plusieurs actes individuels ». Voir, G. INSOLERA, *Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149, p. 15.

déterminée, cela n'empêche cependant pas qu'on puisse rendre l'être moral responsable de ce fait illicite, bien au contraire⁶⁷⁸.

Ainsi, en n'exigeant plus l'identification de la personne physique agissant ès qualité, le Supremo Tribunal Federal au Brésil, à l'exemple de la Cour de cassation en France, finit lui aussi par consacrer une responsabilité directe et personnelle des personnes morales, laquelle respecte le principe de personnalité prévu au article 5, LXV, de la Constitution brésilienne. Le groupement n'est plus responsable du fait d'un tiers identifié, mais il est responsable de son propre fait, lequel est accompli par voie d'actions et d'omissions réalisées sur le plan matériel par ses organes ou représentants. Par ailleurs, en n'exigeant plus l'identification et la mise en cause de la personne physique organe ou représentant le Supremo Tribunal Federal donne beaucoup plus d'autonomie à la responsabilité des personnes morales, de sorte qu'elle ne peut plus être perçue au Brésil comme la simple conséquence de la responsabilité d'une personne physique identifiée⁶⁷⁹.

77. Une responsabilité pénale directe et personnelle des groupements en France et au Brésil. À la faveur d'une longue évolution jurisprudentielle, tant le droit pénal français que le droit pénal brésilien ont consacré une responsabilité personnelle des personnes morales. En raison du fait que ni la Cour de cassation française, ni le Supremo Tribunal Federal ne se sont directement prononcés sur cette question⁶⁸⁰ – c'est au travers du principe d'identification que la doctrine a pu déduire quelle était leur conception sur la nature de la responsabilité pénale des groupements. Par conséquent, au long de la période au cours de laquelle l'identification de la personne physique organe ou représentant était obligatoire, la jurisprudence franco-brésilienne consacrait une

⁶⁷⁸ Le même raisonnement est réalisé par le Supremo Tribunal Federal dans l'arrêt du 6 août 2013. Par ailleurs, on ne peut pas dire qu'il est plus juste et égalitaire de rendre l'être moral responsable d'une infraction matériellement accomplie de façon collective au lieu de rendre une personne physique responsable pour cette infraction, par rapport à laquelle elle a eu une participation partielle et secondaire ? En France, selon Mme. MATSOPOULOU, « ce qui a incité les pouvoirs publics à retenir la responsabilité pénale des personnes morales, c'est (...) le souci de satisfaire à l'exigence que chacun est responsable de son fait personnel. Or, admettre que le chef d'entreprise puisse être poursuivi à titre personnel au lieu et place de la personne morale constitue [parfois] incontestablement une entorse à la responsabilité pénale du fait personnel » H. MATSOPOULOU, *L'extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 67.

⁶⁷⁹ Dans ce sens voir : U. BULOS, *Constituição Federal Anotada*, São Paulo : Saraiva, 2005, p. 1272 ; et R. DELMANTO, *Leis Penais Especiais Comentadas*, Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 384. Par ailleurs, la nouvelle jurisprudence du Supremo Tribunal Federal ne méconnaît pas le contenu du paragraphe unique de l'article 3 de la 9.605/98, lequel prévoit un principe d'indépendance des responsabilités, à l'exemple de l'alinéa 3^{ème} de l'article 121-2 du Code pénal français. En outre, elle ne soumet plus l'articulation entre la responsabilité de la personne physique et la responsabilité de la personne morale à une logique d'addition.

⁶⁸⁰ Le Superior Tribunal de Justiça au Brésil, cependant, dans un arrêt du 31 mars 2011, a énoncé que la responsabilité pénale des personnes morales, en raison de l'exigence d'identification et de condamnation de la personne physique agissant ès-qualité, était indirecte, par ricochet (STJ, 31 mars 2011, RESP n° 996.860). Néanmoins, après la décision du Supremo Tribunal Federal du 6 août 2013, le Superior Tribunal de Justiça a commencé à faire évoluer sa position sur la question sur et consacre aujourd'hui une responsabilité pénale directe et autonome de la personne morale : STJ, 21 mai 2015, RHC n° 53.208 ; et STJ, 13 août 2015, RMS n° 39.173.

responsabilité indirecte des groupements. Cependant, dès lors que la jurisprudence en France et au Brésil n'a plus exigé l'identification de la personne physique agissant en qualité comme une condition préalable pour la responsabilité pénale des groupements, elle a consacré une responsabilité directe des groupements, compatible avec le principe de personnalité en droit pénal.

Cependant, des auteurs ont fait remarquer que l'application d'un modèle identificatoire de responsabilité pénale des personnes morales par la jurisprudence n'était pas suffisante pour rendre une telle responsabilité personnelle et directe. En effet, on ne pourrait valablement soutenir que le fait illicite de l'organe ou du représentant de la personne morale est le fait illicite de l'être collectif lui-même. Pour cette raison, une partie de la doctrine en France et au Brésil a défendu l'idée selon laquelle la détermination de la responsabilité pénale d'un groupement passe par la recherche, parallèlement du fait illicite accompli par son organe ou représentant, d'un défaut dans son organisation (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – Un défaut dans l'organisation est-il nécessaire pour engendrer une responsabilité personnelle ?

Selon le modèle organisationnel de responsabilité pénale des personnes morales, le groupement devrait être sanctionné non pas à cause de l'acte illicite accompli par son représentant ou organe, mais en raison d'un vice dans sa structure ou dans son organisation (**§1**). Si l'on rencontre des penseurs qui défendent cette idée en France et au Brésil, la jurisprudence franco-brésilienne cependant n'exige cependant pas la démonstration d'une anomalie dans la structure de la personne morale pour sa condamnation pénale (**§2**).

§1) La théorie organisationnelle et l'exigence d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement⁶⁸¹

78. La théorie organisationnelle. Le modèle organisationnel est un troisième modèle de responsabilité pénale des personnes morales. Il a été développé initialement en Allemagne⁶⁸²,

⁶⁸¹ En effet, il faut dire que cette idée d'un défaut dans l'organisation du groupement a été utilisée de plusieurs manières dans le cadre des théories qui ont essayé d'expliquer la responsabilité pénale des groupements. Tout d'abord, en tant qu'un composant de l'élément matériel de l'infraction spécifique aux personnes morales. Ensuite, comme fondement d'une nouvelle notion de dangerosité propre aux êtres collectifs, voir *infra* (n° 219). Finalement, comme fondement d'un nouveau concept d'imputabilité spécifique aux groupements, voir *infra* (n° 232).

⁶⁸² En Allemagne, le premier pénaliste qui va étudier l'idée d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement comme fondement de sa responsabilité est K. TIEDEMANN, dans son article *Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de*

Espagne⁶⁸³ et en Australie⁶⁸⁴, où l'on rencontre plusieurs auteurs qui défendent l'idée d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure de la personne morale comme fondement de sa responsabilité pénale⁶⁸⁵. Il a par la suite été introduit en France et au Brésil par quelques juristes⁶⁸⁶.

De la même manière que le modèle vicarial, le modèle organisationnel ne s'appuie pas sur l'idée d'une identification existante entre le groupement, son organe et son représentant⁶⁸⁷. Selon cette théorie, l'être moral est une personne différente des personnes physiques qui le composent⁶⁸⁸. Pour cette raison, les actions et les omissions de ceux-ci ne peuvent pas être perçues comme des actions et des omissions de celui-là. Par conséquent, le fait illicite accompli par un organe ou un représentant du groupement n'est pas le fait illicite de la personne morale elle-même, mais il s'agit bien d'un fait illicite réalisé par un tiers vis-à-vis de l'être collectif⁶⁸⁹, de sorte que rendre la personne morale coupable d'une telle infraction serait la rendre coupable du fait d'autrui⁶⁹⁰, dans le cadre d'un système de responsabilité indirecte⁶⁹¹.

Dans ce contexte, pour rendre la responsabilité pénale des groupements compatible avec le principe de personnalité, la personne morale devrait être condamnée non pas à cause d'une infraction accomplie sur le plan matériel par son organe ou son représentant, mais elle devrait l'être en raison d'une faute propre, différente de celle accomplie par la personne physique agissant ès qualité⁶⁹². Cette faute devrait être un défaut dans l'organisation ou dans la structure de l'être

las Personas Jurídicas y de sus Órganos, in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 2, Buenos Aires : Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 11 et s. Ensuite, plusieurs juristes, en Allemagne ou ailleurs, vont étudier cette théorie, par exemple : E. LAMP, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n° 106, Berlin : Walter de Gruyter, 1994 ; W. BOTTKE, *Assoziationsprävention, Zur Heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995, p. 62. On va revenir sur cette idée d'un défaut dans l'organisation du groupement *infra* (n° 227 et s.) lorsqu'on va étudier la notion d'imputabilité en ce qui concerne les personnes morales.

⁶⁸³ En Espagne, voir par exemple M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*.

⁶⁸⁴ En Australie, une responsabilité pénale des groupements fondée dans un défaut de la corporate culture a été imaginée pour la première fois par M. B. FISSE dans les années 1990 : B. FISSE, « Recent developments in corporate criminal law and corporate liability to monetary penalties » [1990] 13(1) UNSWLJ 1 ; « Corporate criminal responsibility » [1991] 15 LJ 166, spéc. pp. 173 et s. ; « The attribution of criminal liability to corporations : a statutory model » [1991] 13 Sydney LR 277, spéc. pp. 288 et s.

⁶⁸⁵ « Le modèle 'organisationnel', qui s'appuie sur la faute propre de l'entité morale tirée de la défectuosité du fonctionnement de la structure » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29. L'on n'oublie pas que l'idée d'une responsabilité des groupements fondée sur un défaut dans leur organisation est, en effet, issue du droit civil (M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 97). Cependant, c'est en Allemagne et en Australie qu'elle a été utilisée pour la première fois concernant le droit pénal.

⁶⁸⁶ Pour la France : C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, p. 74 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 376 et 377 ; A. BRUNET, *op. cit.*, p. 27. D'autres auteurs en France ont préféré l'appellation de « faute dans la gestion » (management failure), E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 133. Pour le Brésil : C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*.

⁶⁸⁷ Pour cette raison, la théorie organisationnelle n'est pas compatible ni avec la théorie classique de l'organe, ni avec la théorie de la représentation organique.

⁶⁸⁸ P. CONTE, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁸⁹ Voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁹⁰ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁹¹ « La responsabilité de la personne morale n'aurait alors un caractère direct que lorsqu'elle résulterait de sa seule faute, sans intervention de personnes physiques » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 98.

⁶⁹² M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 135.

moral⁶⁹³, lequel devrait déclencher, contribuer ou permettre la commission d'un acte illicite au sein du groupement⁶⁹⁴.

79. Un mécanisme autonome d'imputation. Ainsi, pour la théorie organisationnelle l'élément matériel de l'infraction imputée à la personne morale ne serait pas accompli par le biais d'un *substratum* humain, mais au travers d'un défaut dans l'organisation du groupement. La personne morale serait pénalement responsable non pas à cause du fait illicite de son organe ou représentant, mais en raison d'une anomalie existante dans sa structure, laquelle aurait permis l'accomplissement d'un acte illicite⁶⁹⁵.

Le modèle organisationnel propose donc un mécanisme autonome d'imputation d'un fait illicite à l'encontre du groupement, lequel « serait uniquement centré sur l'être moral sans passer par une certaine incarnation dans la personne physique »⁶⁹⁶. La personne morale pour commettre une infraction n'aurait plus besoin d'un support humain, mais elle pourrait la commettre par l'entremise d'une défaillance dans son organisation ou dans sa structure⁶⁹⁷, sans que soit nécessaire une « médiation formelle et visible de la personne humaine »⁶⁹⁸ dans la réalisation de l'élément matériel de l'infraction⁶⁹⁹.

80. Un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement. Selon la théorie organisationnelle, le groupement serait libre quant au développement de sa structure de fonctionnement et pour accomplir son objet social⁷⁰⁰. Dans l'exercice de cette liberté il devrait bien

⁶⁹³ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁹⁴ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 101.

⁶⁹⁵ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁹⁶ C. DE MAGLIE, *Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149, p. 39. Il s'agit d'une « thèse anthropomorphique selon laquelle une personne morale peut commettre par elle-même une infraction (...) la faute involontaire ou même intentionnelle étant déduite de la mauvaise organisation, du dysfonctionnement interne de la personne morale, par un raccourci surréaliste » P. MORVAN, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁹⁷ Selon un tel raisonnement, les personnes physiques auraient une capacité d'action, tandis que les personnes morales auraient une capacité d'organisation. Pour cette raison, le fondement de la responsabilité pénale des groupements devrait être un défaut dans l'organisation de la personne morale. M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 137. Dans le même sens, H. ACHENBACH, *op. cit.*, p. 405.

⁶⁹⁸ P. MORVAN, *op. cit.*, p. 182.

⁶⁹⁹ On peut néanmoins critiquer cette idée car même si le mécanisme d'imputation semble n'avoir plus besoin d'un support humain, on peut penser que derrière le défaut dans la structure ou dans l'organisation du groupement il y a toujours l'action ou l'omission d'une personne humaine. En effet, la structure et l'organisation de la personne morale est le résultat des actions ou des omissions accomplies par des personnes physiques. Ainsi, la théorie organisationnelle ne propose pas une responsabilité pénale de la personne morale entièrement dépourvue de l'intervention d'un *substratum* humain, même parce que la nature immatérielle des groupements ne le permettrait jamais. Pour cette raison, encore qu'indirectement, la théorie organisationnelle continue à exiger un support humain pour qu'une personne morale puisse accomplir une infraction. Comme énonce M. CONTE, « au demeurant, à qui reprocherait-on ce vice de structure prétendument propre à la personne morale, si ce n'est à ses organes – ici encore l'observation ne peut être transposée au représentant ? » P. CONTE, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁰⁰ B. SCHÜNEMANN, *Deutsche Wiedervereinigung : die Rechtseinheit/ Arbeitskreis Strafrecht*, Bd 3 : Unternehmensriminalität, Köln, Berlin, Bonn, München : Heymanns, 1996, p. 170.

organiser son activité, en respectant les règles de droit qui lui sont liées⁷⁰¹. Toutefois, le groupement peut éventuellement avoir une organisation défectueuse laquelle ne respecte pas les obligations de prudence ou de sécurité prévues par la loi ou par le règlement. En outre, l'être moral peut aussi présenter une structure qui ne prend pas en compte toutes les mesures indispensables⁷⁰² pour faire obstacle à la réalisation des actes illicites⁷⁰³.

Cette structure défectueuse serait alors à l'origine de la création d'une situation de risque supérieur aux paramètres normalement acceptables, laquelle aurait permis la réalisation d'un acte illicite et aurait produit un résultat dommageable⁷⁰⁴. Par conséquent, selon cette théorie, la personne morale devrait être pénalement responsable non pas à cause du fait illicite accompli par son organe ou représentant, mais en raison de sa structure défectueuse, laquelle a permis la réalisation de cet acte illicite. L'élément matériel de l'infraction du groupement serait alors non pas l'action ou l'omission réalisée par une personne physique agissant ès qualité, mais il s'agirait du défaut dans l'organisation de la personne morale⁷⁰⁵.

81. La démonstration d'un défaut dans l'organisation du groupement. Ainsi, chaque fois qu'une infraction aurait lieu au sein d'un groupement le juge devrait rechercher deux éléments. En premier lieu, il devrait déterminer si la structure de la personne morale présente un défaut d'organisation, lequel méconnaît une règle de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou par le règlement⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ À partir de cette idée, le modèle organisationnel de responsabilité pénale de la personne morale introduit en droit pénal la notion de compliance programs. Il s'agit d'une notion apparue pour la première fois aux États Unis en 1913. Le compliance est un programme de gestion qui doit être appliqué par l'entreprise dans le cadre de ses activités. Le but d'un tel programme est d'adapter les activités de l'entreprise aux règles de droit, en évitant l'existence d'un défaut dans l'organisation de la personne morale qui peut permettre, contribuer ou déclencher la réalisation d'une infraction (voir V. MANZI, *Compliance no Brasil : consolidação e perspectivas*, São Paulo : Editora Saint Paul, 2008). Pour cette raison, l'adoption d'un programme de compliance peut empêcher la caractérisation d'une faute à l'égard de la personne morale qui a bien organisé sa structure (voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 34-36). Quoi qu'il en soit, le modèle organisationnel va récupérer l'idée de compliance notamment concernant l'imputabilité chez la personne morale – puisque, selon une telle théorie, l'existence d'un programme de compliance au sein du groupement peut empêcher l'imputabilité de l'infraction à l'encontre du groupement. On se penchera plus longuement sur cette idée *infra* (n° 251).

⁷⁰² Ici le raisonnement est accompagné de l'idée selon laquelle la personne morale en raison de sa position de garantie ou de « garant » aurait un devoir de surveillance des actions et les omissions des personnes physiques agissant pour son compte. Ainsi, le défaut dans l'organisation du groupement pourrait être aussi un défaut de surveillance de la personne morale vis-à-vis de ses représentants et salariés. Il s'agit d'un raisonnement assez proche de celui mené dans le cadre de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁰³ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 99. On rencontre une telle idée dans l'article 102 du Code pénal suisse, lequel prévoit la « possibilité de condamner une entreprise en raison de son organisation défectueuse ou, pour certaines infractions, s'il est démontré qu'elle n'a pas pris toutes les mesures indispensables pour faire obstacle à leurs réalisation » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 123.

⁷⁰⁴ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁰⁵ « L'élément matériel de l'infraction accomplie par la personne morale est un défaut dans son organisation » M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁰⁶ Ainsi, on fait ici le même raisonnement que concernant les fautes non intentionnelles en droit pénal. Pour cette raison, à notre avis, le défaut dans la structure du groupement ne doit pas être une exigence pour la responsabilité pénale des groupements. Cependant, rien ne l'empêche d'être perçu comme l'élément matériel d'une faute non intentionnelle

Dans ce cadre, en prenant pour référence un modèle objectif de « bonne entreprise »⁷⁰⁷, le juge devrait utiliser des concepts tels que celui de « politique commerciale »⁷⁰⁸ ou de « politique corporative du groupement » ou encore des concepts comme celui de « culture » ou « d'éthique du management » pour vérifier l'existence d'une telle anomalie⁷⁰⁹. En second lieu, une fois le défaut constaté, on devrait rechercher une relation de « causalité globale » entre cette imperfection structurelle et l'infraction accomplie au sein du groupement⁷¹⁰. Le juge devrait alors s'affranchir du lien de causalité traditionnel en droit pénal, pour « étendre considérablement le concept de causalité afin de ne plus rechercher l'acte isolé et immédiat d'un individu (fût-il dirigeant) mais, plus globalement, de retenir les dysfonctionnements à l'origine de la survenance de l'accident et que la culture de l'entreprise a laissé s'installer »⁷¹¹. Une fois le défaut et le lien de causalité constatés, le groupement devrait être déclaré pénalement responsable pour l'acte illicite.

82. L'identification de la personne physique agissant ès qualité. Dans un tel contexte, on peut dire que l'identification de la personne physique agissant ès qualité et même l'identification abstraite de l'organe ou du représentant qui a accomplie l'infraction au sein du groupement n'importent que peu pour le modèle organisationnel – puisque pour rendre une personne morale pénalement responsable il suffit que l'anomalie structurelle du groupement soit à l'origine globale de la faute accomplie au sein de l'être moral, sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne physique qui a réalisé matériellement cette infraction⁷¹².

accomplie pour le compte du groupement. Voir *infra* (n° 88). Dans le même sens, C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 153.

⁷⁰⁷ Les défenseurs de la théorie organisationnelle proposent l'application d'un concept de « bonne entreprise », lequel est proche de la notion de « bon chef d'entreprise ». Dans cette analyse, les juges devraient avoir pour référence la structure et l'organisation d'un « bon groupement », lequel exerce la même activité, avec les mêmes pouvoirs, moyens et compétences que la personne morale poursuivie. L'objectif ici est de déterminer à partir de ce référent si l'entreprise mise en cause a ou non un défaut dans sa structure ou dans son organisation. Voir, M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 142-143.

⁷⁰⁸ H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 79.

⁷⁰⁹ « Ce raisonnement nécessite, on le voit bien, une immersion du judiciaire dans le fonctionnement de l'entreprise, dans la mesure où les magistrats seraient amenés à étudier les choix opérés et plus précisément l'utilité sociale des activités, les coûts et la faisabilité des mesures permettant d'éliminer et de réduire les risques d'accidents et les pratiques des autres entreprises en la matière » E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 141.

⁷¹⁰ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 136.

⁷¹¹ E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 133 et 140. Dans le même sens, Y. HANNEQUART, L'imputabilité des infractions en droit français, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 5 et 6, mars 1969, p. 411. Cependant, une telle expansion du lien de causalité ne semble pas être compatible avec le principe de légalité en droit pénal. En effet, si l'on travaille avec un concept de causalité global, on peut finalement conclure que la structure de la personne morale peut être à l'origine de toutes les infractions accomplies au sein du groupement, de sorte qu'on peut avoir un élargissement démesuré de la responsabilité pénale des personnes morales. On verra que l'idée d'un défaut dans l'organisation du groupement peut tout autant élargir ou réduire considérablement le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales. Présentement, on est dans la première hypothèse.

⁷¹² Dans le même sens : C. MAURO, *op. cit.*, p. 74 ; et J. HILL, *op. cit.*, p. 1 et s.

Quoi qu'il en soit, la question qui se pose alors s'agit de savoir si une telle anomalie dans l'organisation du groupement suffit pour qu'on puisse rendre une personne morale pénalement responsable ou si elle doit toujours être accompagnée d'un acte illicite accompli par une personne physique agissant *ès qualité*. Autrement dit, est-ce qu'un tel défaut s'agit d'une faute distincte ou plutôt d'une faute diffuse du groupement ?

83. Une faute distincte. D'un côté, selon certains auteurs⁷¹³, le défaut dans la structure du groupement serait une faute distincte ou complémentaire, accomplie par la personne morale elle-même. Ainsi, pour qu'un être moral puisse devenir pénalement responsable, cette faute distincte devrait toujours être accompagnée d'un acte illicite accompli par une personne physique agissant *ès qualité*. L'infraction du représentant ou de l'organe de la personne morale serait alors non pas le fondement de la responsabilité pénale des groupements, mais plutôt une condition préliminaire de cette responsabilité⁷¹⁴. Par conséquent, la condamnation de l'être collectif nécessiterait, en premier lieu, un acte illicite accompli par une personne physique organe ou représentant (condition préliminaire)⁷¹⁵ et, en second lieu, un défaut dans l'organisation du groupement (fondement) - lequel aurait un lien de causalité avec l'infraction⁷¹⁶.

84. Une faute diffuse. De l'autre côté, pour d'autres auteurs, le défaut dans l'organisation du groupement ne serait pas seulement une faute supplémentaire. Plus qu'une faute accessoire, l'anomalie dans l'organisation de la personne morale serait une faute personnelle de l'être moral, laquelle pourrait engager sa responsabilité pénale « sans égard à un acte d'un organe ou représentant »⁷¹⁷. Ainsi, selon la théorie de la faute diffuse, la personne morale pourrait être condamnée sans que soit démontrée l'existence d'un acte illicite accompli par son représentant ou

⁷¹³ Par exemple : M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 130 ; G. DANNECKER, *Reflexions sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 52 ; et P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 83.

⁷¹⁴ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 36.

⁷¹⁵ Selon certains auteurs, l'accomplissement d'une infraction au sein de la personne morale peut être perçue comme un indice d'un défaut dans la structure du groupement (voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 144-145). On rencontre cette idée dans la loi colombienne du 13 janvier 1996, laquelle propose que cet indice soit traité comme une présomption. Dans un jugement du 9 octobre 1997, le Tribunal Correctionnel de Lyon « propose d'ailleurs de présumer la faute de la personne morale lorsqu'une infraction a été commise par un organe » (voir M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 101-102). L'on va étudier la position de la jurisprudence par rapport à une telle théorie *infra* (n° 85 et s.).

⁷¹⁶ Ainsi, l'exigence d'une faute propre du groupement serait une condition implicite pour la responsabilité des personnes morales. Pour que l'entreprise puisse être coupable, au-delà de l'acte illicite accompli par son représentant ou organe, il serait nécessaire de déterminer un défaut dans sa structure ou dans son organisation. Ainsi, pour la théorie de la faute distincte le simple défaut dans la structure du groupement ne suffit pas à le rendre responsable, car l'on doit toujours avoir au-delà d'un tel défaut d'organisation, un acte illicite accompli par le représentant ou l'organe de l'être collectif, lequel serait la condition préalable de la responsabilité pénale des groupements. Voir, M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 130.

⁷¹⁷ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 95 et 96.

son organe. En effet, d'après un tel raisonnement, le vice organisationnel existant chez le groupement ne serait plus une faute complémentaire⁷¹⁸, qui doit toujours être accompagnée d'un fait illicite accompli par une personne physique agissant *ès qualité*, mais il deviendrait une faute suffisante pour reconnaître la responsabilité pénale de la personne morale⁷¹⁹.

Quoi qu'il en soit, dans tous les cas, la jurisprudence en France et au Brésil refuse néanmoins l'idée d'un modèle organisationnel de responsabilité pénale des groupements, en n'acceptant ni la théorie de la faute diffuse, ni la théorie de la faute distincte. Il nous semble que concernant l'élément matériel de l'infraction l'adaptation proposée par le modèle identificatoire est satisfaisante pour achever le processus d'harmonisation entre la personne morale et le principe de personnalité en droit pénal (§2).

§2) La position de la jurisprudence en France et au Brésil concernant le modèle organisationnel

85. L'acceptation temporaire du modèle organisationnel par les juridictions du fond. En France, dans les années qui ont suivi l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales, quelques juridictions du fond, directement ou indirectement, ont appliqué un modèle organisationnel de responsabilité pénale des groupements, en exigeant une faute propre de l'être collectif, autre que celle accomplie par son organe ou représentant. Dans un arrêt du 9 octobre 1997, le Tribunal Correctionnel de Lyon énonçait que « la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale nécessite qu'il soit établie » à l'encontre du groupement une faute distincte de celle qui pourrait être reprochée « aux personnes physiques ayant par ailleurs participé à la commission de l'infraction », puisque « toute autre solution conduirait en pratique à ériger une responsabilité

⁷¹⁸ M. SAINT-PAU propose un système mixte de responsabilité pénale des personnes morales, lequel aurait une double forme d'imputation : « une responsabilité pénale du fait personnel par action fondée sur l'article 121-1 » et « une responsabilité pénale par représentation fondée sur l'article 121-2 », ainsi l'auteur propose une responsabilité des groupements qui pourrait avoir comme mécanisme d'imputation tant la théorie de la représentation que la théorie de la faute diffuse. Dans le premier cas, elle serait fondée dans l'article 121-2 du Code pénal, tandis que dans le deuxième cas le fondement d'une telle responsabilité serait l'article 121-1 du Code pénal. Selon l'auteur, la responsabilité pénale fondée dans une faute diffuse serait limitée aux « infractions relevant du droit pénal des affaires et du droit pénal technique » *Idem*, p. 96.

⁷¹⁹ Cette solution est admise en droit civil, notamment dans le cadre d'une responsabilité du fait d'autrui : Cour de cass., 1^{er} Ch. civ., 15 décembre 1999, JCP G 2000, I, 241, obs. Viney. En effet, concernant le droit civil, « très tôt la jurisprudence engagea la responsabilité personnelle des personnes morales de droit privé sur le fondement d'un défaut d'organisation » (M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 116). Voir pour l'illustrer, CA Riom, 30 novembre 1931, Gaz. Pal., 1932, 1, p. 141. Il est intéressant de noter que le défaut dans l'organisation est aperçu différemment par le droit civil et par le droit pénal. Tandis qu'en droit civil il est utilisé comme fondement d'une responsabilité du fait d'autrui, en droit pénal il serait le fondement d'une responsabilité pénale personnelle.

pénale de plein droit des personnes morales »⁷²⁰. Cette solution a été suivie par d'autres arrêts⁷²¹, mais n'a pas été retenue par la Cour de cassation.

86. La négation du modèle organisationnel. Dans un arrêt du 26 juin 2001⁷²², la Cour de cassation a rejeté un pourvoi en se fondant, sur le troisième moyen, sur la violation de l'article 121-2 du Code pénal en ce que « la responsabilité pénale de la personne morale suppose que soit établie à son encontre une abstention délibérée ou la réalisation d'actes (...) distincte de celle qui pourrait être reprochée aux personnes physiques ayant par ailleurs participé à la réalisation de l'infraction ». Pour rejeter un tel moyen, la Cour de cassation énonçait que « la faute pénale de l'organe ou du représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale ». Une telle décision a été suivie par d'autres arrêts dans lesquels la Cour de cassation continua à rejeter expressément l'exigence d'un vice dans l'organisation du groupement pour sa responsabilité pénale, en n'acceptant ni la théorie de la faute distincte⁷²³, ni la théorie de la faute diffuse⁷²⁴.

En outre, la position de la Cour de cassation par rapport aux effets de la délégation de pouvoir concernant la responsabilité pénale des groupements renforce le refus d'un modèle organisationnel par la Juridiction Suprême. En donnant un effet translatif et non pas exonératoire à la délégation de pouvoir, la Cour de cassation montre bien qu'à son avis la responsabilité pénale des êtres moraux doit être interprétée dans le cadre d'un modèle identificatoire et non pas organisationnel⁷²⁵. En effet, « si la responsabilité de la personne morale tend à reposer sur un

⁷²⁰ T. corr. Lyon, 9 octobre 1997, Dr. pén. HS, déc. 1999, n° 13, p. 14, note J.-H. ROBERT.

⁷²¹ Voir par exemple : T. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT ; T. corr. Strasbourg, 9 février 1996, Bull. Joly 1996, p. 297, note J.-F. BARBIERI ; et T. corr. Béthune, 12 novembre 1996, Bull. comm. 154, obs. J.-H. ROBERT. On peut dire que dans ces arrêts les juges appliquent plutôt la théorie de la faute distincte que celle de la faute diffuse.

⁷²² Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-83466. Dans un arrêt du 24 octobre 2000 (Cour de cass., Ch. crim., 24 octobre 2000, pourvoi n° 00-80378) la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi lequel utilisait indirectement l'idée d'un « défaut de surveillance dans l'entreprise » et d'un « manque d'organisation du travail » dans l'entreprise. Cependant, dans cette décision la Cour de cassation ne se prononce pas directement sur l'exigence d'une faute distincte de la personne morale pour sa condamnation pénale.

⁷²³ Cour de cass., Ch. crim., 23 février 2010, pourvoi n° 09-81819.

⁷²⁴ Dans un arrêt du 23 mai 2006, la Cour de cassation a cassé une décision prononcée par la Cour d'appel de Colmar. Celle-ci, afin de justifier la condamnation d'une personne morale avait énoncé qu'un « défaut de surveillance et d'organisation » chez la personne morale avait « concouru pour partie à la faute pénale de son salarié ». La Cour de cassation casse l'arrêt arguant du fait qu'en « se déterminant ainsi, sans rechercher si les négligences et manquements aux obligations de sécurité sus énoncés avaient été commis par les organes ou représentants de la société au sens de l'article 121-2 du code pénal, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-84846.

⁷²⁵ Selon les défenseurs du modèle organisationnel, la délégation de pouvoir devrait impliquer un effet exonératoire et non pas translatif concernant la responsabilité pénale des personnes morales. Voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 130.

modèle organisationnel, sur l'idée d'une défaillance structurelle de la personne morale, l'effort d'organisation dont la délégation de pouvoir est l'instrument devrait plutôt tendre à écarter sa responsabilité et non l'inverse »⁷²⁶. Pour cette raison, on peut dire qu'une telle jurisprudence consolide l'absence d'exigence d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement pour déterminer sa responsabilité pénale⁷²⁷, en consacrant une fois de plus l'idée d'un modèle de responsabilité par représentation en France⁷²⁸.

Au Brésil, le Superior Tribunal de Justiça et le Supremo Tribunal Federal ne se sont jamais prononcés directement sur l'exigence d'un vice dans la structure du groupement pour déterminer sa responsabilité pénale. Il nous semble que la jurisprudence brésilienne n'a jamais été invitée à trancher une telle question car l'introduction de l'idée d'un modèle organisationnel de responsabilité pénale des personnes morales dans le droit brésilien n'a eu lieu que récemment⁷²⁹ – de sorte qu'il est trop tôt pour que l'on puisse avoir des arrêts relatifs au thème au Brésil. Néanmoins, fort du constat de l'état actuel de la jurisprudence, on peut dire que les tribunaux brésiliens auront davantage tendance à refuser l'exigence d'un défaut dans l'organisation du groupement pour sa condamnation. En effet, selon une jurisprudence constante et bien établie au Brésil⁷³⁰ l'acte illicite accompli par le représentant pour le compte de la personne morale suffit à l'engager pénalement. Bien que les décisions brésiliennes n'énoncent pas directement qu'un vice dans la structure du groupement n'est pas nécessaire pour rendre l'être moral coupable d'une infraction – en n'exigeant pas la démonstration d'une telle anomalie, les tribunaux brésiliens

⁷²⁶ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 45.

⁷²⁷ En critiquant une telle jurisprudence, M. ROBERT dit que « la condamnation qui sanctionne une société pour la faute d'un délégué n'a aucune fonction didactique à l'égard de ce groupement, puisque cette décision ne contient aucune critique de son organisation ou de sa politique générale » J.-H. ROBERT, *Les préposes délégués sont-ils représentants de la personne morale*, p. 391.

⁷²⁸ « La Cour de cassation a considéré que cette condition était remplie sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'une faute distincte commise par la personne morale, admettant par là même que l'article 121-2 instituait une responsabilité du fait personnel par représentation » G. DI MARINO, Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue Pénitentiaire*, 2004, p. 35. Cette position, comme l'on verra *infra* (n° 118), n'est pas bouleversée par des arrêts de la Cour de cassation dans lesquels la Chambre criminelle travaille, par exemple, avec la notion de « politique commerciale des sociétés ». Même en travaillant avec une telle notion, laquelle est issue d'un modèle organisationnel de responsabilité pénale des personnes morales, la Cour de cassation continue à exiger pour la condamnation pénale de l'être collectif la démonstration d'un fait illicite accompli par le représentant du groupement pour son compte. Alors, la Chambre criminelle utilise la notion de « politique commerciale des sociétés » pour réaliser une présomption du fait de l'organe ou du représentant et non pas pour démontrer une défaillance dans la structure du groupement : « attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il se déduit que les infractions retenues s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants » (Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261). Pour une telle raison, on peut dire que l'utilisation de la notion de « politique commerciale des sociétés » par la Cour de cassation signifie davantage « d'une sophistication du modèle identificatoire plutôt que d'un glissement vers un modèle organisationnel » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 34.

⁷²⁹ Il faut souligner que le premier livre qui traite du thème dans le cadre d'un véritable modèle organisationnel de responsabilité pénale des personnes morales a été publié au Brésil en 2013 : C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*.

⁷³⁰ Voir par exemple: STF, 17 avril 2009, REXT n° 548.181 ; STF, 26 juin 2013, HC n° 118.439 ; et STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114.

refusent indirectement l'application d'un modèle organisationnel de responsabilité pénale des personnes morales. Il nous semble que plusieurs raisons justifient une telle jurisprudence en France et au Brésil.

87. Les raisons d'une position contraire au modèle organisationnel de responsabilité. En premier lieu, le principe de légalité. Lorsque l'on regarde l'article 3 de la loi 9.605/98 et l'article 121-2 du Code pénal français, on voit bien que la loi en France et au Brésil n'exige pas comme condition de la responsabilité pénale des groupements un défaut dans l'organisation ou dans la structure de la personne morale. Pour cette raison, il nous semble qu'une telle exigence engendre une condition supplémentaire pour la responsabilité des groupements⁷³¹, laquelle ne s'harmonise pas avec le principe de légalité dans son sens formel, puisque la loi ne la prévoit pas littéralement. En outre, les notions de « défaillance dans la structure », de « politique commerciale », de « politique corporative », de « culture » ou « d'éthique du management », sont très floues, voire aléatoires⁷³², de sorte que l'exigence proposée par le modèle organisationnel ne s'harmonise non plus avec le sens matériel du principe de légalité⁷³³, car personne ne peut précisément déterminer le sens et l'exact contenu d'une telle condition⁷³⁴.

En deuxième lieu, parce que l'idée d'un vice dans l'organisation du groupement tend à limiter le domaine de la responsabilité pénale de la personne morale⁷³⁵, car si l'on exige pour la condamnation de l'être collectif la démonstration d'une faute distincte de celle accomplie par son

⁷³¹ « L'article 121-2 du Code pénal exige seulement la réunion des conditions d'imputabilité à la personne morale de l'infraction commise par l'organe ou le représentant », pour le compte du groupement, « ce n'est pas un oubli du législateur » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 103.

⁷³² Dans le même sens, J. COFFEE, *Corporate criminal liability : an introduction and comparative survey*, in A. Eser, G. Heine, B. Huber, *Criminal responsibility of legal and collective entities*, luscrim Edition, Freiburg im Breisgau, 1999, p. 20. En France : J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20.

⁷³³ « Pour la Cour européenne, le principe de légalité ne doit pas être entendu uniquement dans un sens formel (la nécessité d'un texte pour pouvoir punir) mais aussi dans un sens matériel, comme la nécessité pour toute norme pénale y compris non écrite d'être conforme à un double principe de qualité (les incriminations doivent être claires et accessibles) » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 20.

⁷³⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 541. « D'ailleurs, les articles 121-2 et 121-3 du Code pénal, tels que modifiés par la loi du 10 juillet 2000, pourraient bien exprimer la condamnation de cette théorie dès l'instant qu'ils n'exigent aucune composante 'propre' à la personne morale pour que soit engagée sa responsabilité pénale, alors pourtant que l'organe ou le représentant, personne physique, n'est pas pénalement coupable » P. CONTE, *op. cit.*, p. 115.

⁷³⁵ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 86. En effet, le modèle organisationnel peut, de façon concomitante, limiter ou élargir le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements. D'un côté, si l'on pense au lien de causalité global proposé par un tel modèle, on peut dire qu'une telle idée de causalité va élargir l'application de cette responsabilité, car finalement la structure de la personne morale peut être à l'origine de toutes les infractions accomplies au sein du groupement. Néanmoins, d'un autre côté, le modèle organisationnel exige la démonstration d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement pour sa responsabilité pénale, une telle exigence va nécessairement limiter l'application d'une telle responsabilité, notamment dans le cadre de la théorie de la faute distincte. En effet, on crée une condition additionnelle pour la reconnaissance de la responsabilité pénale de la personne morale, alourdissant par conséquent le mécanisme de la responsabilité.

organe ou représentant on ajoute une condition supplémentaire à la responsabilité pénale des êtres moraux, laquelle peut être très « délicate à caractériser » en pratique⁷³⁶.

En troisième lieu, parce que l'application d'un modèle organisationnel nécessiterait une véritable « immersion du judiciaire dans le fonctionnement de l'entreprise »⁷³⁷ pour que le juge puisse vérifier l'existence d'un vice dans la structure de la personne morale. Dans ce contexte, nous pouvons nous demander si le juge pénal, lequel n'a parfois aucune connaissance de gestion des entreprises ou de management, est la personne la plus indiquée pour devenir le gardien de la bonne administration de la personne morale ?

Enfin, en quatrième lieu, car l'exigence d'un défaut dans la structure du groupement est également source de quelques difficultés théoriques insurmontables. Par exemple, l'on voit mal comment concilier une telle exigence avec la théorie de la tentative⁷³⁸ ou même avec la théorie de la faute intentionnelle. Peut-on raisonnablement agréer à l'idée selon laquelle la personne morale aurait tenté de commettre une infraction par le biais de la création d'une anomalie dans sa structure ? La simple existence d'un défaut dans l'organisation du groupement suffit-elle à démontrer la tentative de commission d'une infraction ? Par ailleurs, il nous semble à peine croyable qu'une personne morale engendre volontairement une anomalie dans son organisation afin de pouvoir d'une façon délibérée, en toute conscience et volonté⁷³⁹, accomplir une infraction. Du fait de ces difficultés théoriques et pratiques, la jurisprudence en France et au Brésil n'applique pas un modèle organisationnel de responsabilité pénale des groupements⁷⁴⁰.

88. Un défaut dans la structure de la personne morale comme faute d'imprudence. Cependant, l'idée d'un défaut dans la structure du groupement peut être utilisée pour démontrer une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité chez

⁷³⁶ Même les défenseurs du modèle organisationnel soulignent une telle difficulté, voir par exemple M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SANCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 130. Dans le même sens, M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 103.

⁷³⁷ E. DESNOIX, *op. cit.*, p. 141.

⁷³⁸ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 86. Il faut dire qu'en France et au Brésil la personne morale peut être poursuivie pour une tentative d'infraction, de sorte que sa responsabilité pénale ne se limite pas aux infractions consommées.

⁷³⁹ On va se pencher sur le problème de l'élément subjectif chez la personne morale *infra* (n° 127 et s.).

⁷⁴⁰ En France, le droit civil présente la même solution, de même en matière de sanctions administratives, « dans ces matières, la responsabilité des personnes morales ne nécessite pas de fautes distinctes des organes et de la personne morale » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 103. Cette position a cependant été critiquée par quelques juristes en France, voir par exemple Mme. MATSOPOULOU, selon laquelle « la solution adoptée paraît contestable, dans la mesure où elle permet de poursuivre, pour la même faute, à la fois la personne physique et la personne morale » H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 79. Mais, nous ne souscrivons pas à une telle critique, car elle méconnaît le principe même du modèle identificatoire, selon lequel la faute de la personne physique est la faute de la personne morale, car il y a une identification parfaite entre le groupement, son organe et son représentant.

la personne morale⁷⁴¹. Selon ce raisonnement, l'anomalie dans l'organisation de l'entreprise serait perçue alors comme la violation d'un devoir de prudence qui augmente le risque lié à l'activité du groupement dans des proportions supérieures au seuil acceptable et peut être à l'origine d'un résultat dommageable et illicite accompli au sein de l'entreprise⁷⁴².

Il semble donc plus logique de traiter le sujet avec l'idée de vice dans la structure du groupement en ce qui concerne les infractions d'imprudence accomplies par la personne morale, au lieu de faire d'un tel vice une condition générale pour la responsabilité pénale des groupements. Si l'on interprète le défaut dans l'organisation de l'entreprise comme l'élément constitutif d'une infraction d'imprudence chez la personne morale, on comprend finalement pourquoi une telle idée ne s'harmonise ni avec la théorie de la tentative, ni avec la théorie de la faute intentionnelle⁷⁴³.

89. Un modèle identificatoire et non pas organisationnel. Ainsi, en exigeant pas la démonstration d'un défaut dans la structure du groupement pour formaliser sa responsabilité pénale, la jurisprudence consacre une fois de plus un modèle identificatoire de responsabilité. Une anomalie dans l'organisation du groupement n'est pas nécessaire pour sa condamnation car la faute de l'organe ou du représentant est la faute de la personne morale, puisque personne morale, organe et représentant ne sont qu'une seule et même personne. Une telle constatation nous amène alors à certaines conclusions partielles sur le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements concernant l'élément matériel de l'infraction.

⁷⁴¹ « Ce qui, à notre sens, paraît plus logique, c'est que pour les infractions d'imprudence ou celles de nature technique, il y a, en principe, responsabilité pénale de la personne morale dès lors que les faits sont liés à son organisation défectueuse ou relèvent de sa politique commerciale ou sociale » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 123. Dans ce sens, voir : Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87807 ; et Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543.

⁷⁴² « Quand un accident survient dans une entreprise, c'est généralement parce que des mesures de sécurités adéquates n'ont pas été prises. Le Président D'Haenens attribue une pareille défaillance à l'organisation de l'entreprise même plutôt qu'à des fautes ou à des imprudences directement imputables à telle ou telle personne déterminée'. Dans ces conditions, il convient que l'infraction soit 'imputable à la société elle-même dans sa globalité', et que la recherche de l'individu régresse nettement. La doctrine expose alors que 'la faute réside dans l'orientation donnée aux activités' ou, qu'elle découle de 'la politique économique suivie' » C. MOULOINGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 153.

⁷⁴³ La tentative exige pour son existence le commencement d'exécution d'un acte illicite, lequel devait révéler la volonté criminelle irrévocable de l'agent (X. PIN, *Droit pénal général*, p. 147-155). Pour une telle raison, on ne peut ontologiquement pas rencontrer la tentative d'un acte d'imprudence, car dans une telle hypothèse il n'y a pas de volonté criminelle chez la personne qui a accompli l'infraction. À partir de ce raisonnement on peut comprendre l'absence d'harmonie existante entre la théorie de la tentative et l'idée d'un défaut dans l'organisation du groupement. Comme, d'un côté, la tentative existe seulement dans le cadre des infractions intentionnelles et, d'un autre côté, le défaut d'organisation est davantage lié à l'idée d'une infraction d'imprudence, non intentionnelle, on voit pourquoi les deux concepts sont incompatibles. Le même raisonnement peut être mené en ce qui concerne la théorie de la faute intentionnelle.

Conclusion du Titre I

L'analyse du contexte franco-brésilien de la responsabilité pénale des groupements révèle des similitudes et des différences entre ces deux ordres juridiques qui nous amènent à quelques conclusions partielles sur le problème.

90. Des similitudes et des différences. Le premier obstacle à la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil concernait l'élément matériel de l'infraction. Pour résoudre cette question tant le droit français que le droit brésilien ont utilisé la technique de l'emprunt d'un support humain par la personne morale dans l'accomplissement d'un acte illicite.

Face à cette première tentative d'harmonisation, dans un premier temps, le droit français et le droit brésilien ont interprété une telle responsabilité comme étant une responsabilité du fait d'autrui, dans le cadre d'un modèle vicarial. Cette interprétation a impliqué différentes conséquences pratiques : en France, elle exigeait l'identification de la personne agissant ès qualité pour la condamnation du groupement ; au Brésil, elle réclamait la mise en cause et la condamnation de la personne physique organe ou représentant pour que la culpabilité d'un groupement soit reconnue.

Toutefois, cette interprétation demeurait contraire au principe de personnalité. Ainsi, dans un deuxième temps, les deux ordres juridiques ont fait évoluer leur manière d'appréhender la première condition de la responsabilité pénale des groupements. Ce changement a tout d'abord eu lieu en France et ensuite au Brésil et à sa faveur, le fait de l'organe ou du représentant a été perçu comme le fait de la personne morale elle-même, raison pour laquelle la mise en œuvre d'une telle responsabilité n'exigeait plus ni l'identification, ni la condamnation préalable de la personne physique agissant ès qualité. Mais, si en France un tel changement d'interprétation n'a été réalisé qu'au travers de la théorie de l'identification, au Brésil il a été effectué aussi par le biais de la « conception de l'action significative ».

Cependant, tant en France qu'au Brésil, d'aucuns ont souligné le fait qu'une telle évolution d'interprétation ne serait pas suffisante pour rendre une telle responsabilité compatible avec le principe de personnalité. C'est pourquoi il était nécessaire de rechercher une faute propre à la personne morale, liée à un défaut dans son organisation, pour la rendre pénalement coupable. Néanmoins, dans ces deux ordres juridiques une telle conception ne s'est pas imposée, mais si en France elle a été explicitement refusée par la jurisprudence, au Brésil elle ne l'a été qu'implicitement.

Quoi qu'il en soit, ces similitudes et ces différences entre la France et le Brésil concernant ce problème nous permettent de faire deux observations conclusives.

91. Un mouvement d'adaptation et non pas de création. En premier lieu, ce mouvement d'harmonisation et d'interprétation effectué en deux temps permet de conclure qu'il y a un parcours spontané d'évolution concernant la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil. Il implique, dans un premier temps, une tendance à interpréter cette responsabilité comme une responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, à cause de l'attachement des juristes au « droit pénal moderne », on raisonne encore en termes de commission de l'infraction par une personne physique identifiée, en favorisant l'application d'un modèle de responsabilité du fait d'autrui. Cependant, à la faveur de l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine sur ce problème, dans un deuxième temps, on commence à appréhender cette responsabilité comme une responsabilité directe. La familiarité croissante avec ce nouvel acteur pénal, permet de raisonner alors en termes de commission de l'infraction par la personne morale elle-même, raison pour laquelle le fait illicite de l'organe ou du représentant est perçu comme le fait illicite du groupement. Donc, on peut dire que le contexte franco-brésilien illustre une évolution naturelle en ce qui concerne l'interprétation relative à la responsabilité pénale des groupements : d'un modèle vicarial vers un modèle identificatoire ; d'une responsabilité indirecte vers une responsabilité pénale directe, de sorte qu'à l'issue de cette évolution la personne morale peut accomplir un comportement illicite et ce, de manière compatible avec le principe de personnalité.

En deuxième lieu, le refus du modèle organisationnel de responsabilité pénale des groupements par la jurisprudence et l'utilisation de la technique de l'emprunt d'un *substratum* humain par le législateur en France et au Brésil, permet de conclure que l'harmonisation entre le droit pénal et la personne morale, en ce qui concerne le thème, est réalisée par le biais d'un mouvement d'adaptation et non pas au travers d'un mouvement de création. Sur la base de la première condition de la responsabilité pénale des êtres moraux, on essaie d'adapter l'élément matériel de l'infraction pour le rendre compatible avec la nature immatérielle des groupements, au lieu de créer un nouvel élément matériel de l'infraction spécifique aux personnes morales, lequel résiderait dans un défaut dans la structure ou dans l'organisation du groupement.

Quoi qu'il en soit, à l'issue de ces observations, il reste à savoir si une telle dynamique d'adaptation peut également être constatée en ce qui concerne la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales et son rapport avec l'élément subjectif de l'infraction
(TITRE II).

TITRE II. Une responsabilité subjective : une infraction commise pour le compte de la personne morale

92. Un second mouvement d'adaptation réalisé en deux étapes. Comme l'on a vu, la première condition de la responsabilité pénale des groupements joue un rôle important dans le mouvement d'harmonisation du droit pénal vis-à-vis des personnes morales. En effet, cette condition réalise une adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des groupements, puisque grâce à elle l'être collectif peut accomplir une action ou une omission illicite en droit pénal.

Pourtant, à côté de cette première condition, autant le législateur français que le législateur brésilien ont prévu une seconde condition pour la responsabilité pénale des personnes morales. Selon cette condition, l'acte illicite accompli matériellement par l'organe ou représentant doit être commis pour le compte, dans l'intérêt ou au profit du groupement. Face au rôle joué par la première condition dans le mouvement d'articulation du droit pénal à l'égard des groupements, il est possible de se demander si cette seconde condition ne serait pas elle aussi à l'origine d'un autre mouvement d'articulation. Un second mouvement d'adaptation, lequel se déroule en deux étapes et qui concerne non pas l'élément matériel de l'infraction, mais qui se rapporte à l'élément subjectif de l'acte illicite.

Pour répondre à cette question, il faut tout d'abord étudier le contenu de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale. Avant toute autre chose, il faut préciser le contenu de la notion (**CHAPITRE I**). Ensuite, il faut comprendre pourquoi l'élément subjectif de l'infraction serait-il incompatible avec la nature désincarnée des personnes morales. Comme l'on verra, cette incompatibilité existait en raison de la conception psychologique du dol et de l'imprudence en droit pénal. À cause de cette conception, la nature de l'élément subjectif de l'infraction était inconciliable avec la nature désincarnée de la personne morale, car les composantes du dol et de l'imprudence étaient des « phénomènes psychologiques » qui ne pouvaient exister que chez la personne physique, être doué d'intelligence.

Face à cette incompatibilité, le droit pénal devait faire un premier effort d'adaptation à l'égard des groupements en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction. Ce premier effort d'adaptation a été marqué par l'abandon d'une conception strictement psychologique du dol et de l'imprudence au profit d'une conception juridique. Grâce à ce changement de conception, la nature de l'élément subjectif de l'infraction n'est plus incompatible avec la nature désincarnée des personnes morales, de sorte que le groupement peut désormais accomplir une faute en droit pénal.

Toutefois, pour qu'une telle articulation soit complète, un second effort d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales était nécessaire. Ce second effort d'adaptation a été marqué par la mise en place de la condition d'une infraction commise pour le compte de l'être collectif. En effet, quand l'on pense à l'utilité de cette condition, on se rend compte qu'elle est en réalité un critère objectif à travers lequel on peut identifier l'intention coupable du groupement derrière l'acte illicite accompli par ses organes ou représentants (**CHAPITRE II**). Pour cette raison, la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales achève ce mouvement d'adaptation en deux étapes de l'élément subjectif de l'infraction envers le groupement, puisqu'elle sert à caractériser le dol et l'imprudence à l'égard des êtres collectifs. De ce fait, à l'exemple de la première condition, la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement est elle aussi à l'origine d'un mouvement d'articulation du droit pénal vis-à-vis des personnes morales.

Grâce à ce mouvement d'articulation l'élément subjectif de l'infraction a été finalement adapté à la nature désincarnée des groupements. L'être collectif est devenu capable d'accomplir cet élément de l'infraction et on a un critère objectif pour identifier le dol et l'imprudence de la personne morale derrière l'acte illicite de son organe ou représentant. La subjectivité criminelle du groupement peut ainsi être appréhendée par le droit pénal et la responsabilité des personnes morales respecte le principe de culpabilité en France et au Brésil, car elle est une responsabilité pénale subjective.

CHAPITRE I – Une infraction commise pour le compte : une condition à préciser

93. La première étape du mouvement d'adaptation. Pour comprendre la première étape du mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales, en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction, on doit étudier tout d'abord le contenu de la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement et l'importance que cette condition a gagnée au sein de la jurisprudence dans ces dernières années (**SECTION I**).

Ensuite, il faut étudier l'élément subjectif de l'infraction et sa prétendue nature psychologique, puisqu'à cause d'elle certains ont fait remarquer que la personne morale ne serait pas capable d'accomplir une faute, raison pour laquelle elle devrait demeurer pénalement irresponsable. Face à cette remarque, le droit pénal devait faire un premier effort d'adaptation vis-à-vis des groupements, de façon à rendre la nature de l'élément subjectif de l'infraction compatible avec la nature désincarnée des êtres collectifs. Ce premier effort d'adaptation a été marqué par l'abandon de la conception psychologique de culpabilité au profit d'une conception juridique du dol et de l'imprudence en droit pénal (**SECTION II**).

Section I – Une infraction commise pour le compte : le contenu et l'importance de la condition

L'examen du contenu de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements révèle certaines difficultés, car pendant longtemps cette condition a très peu attiré l'attention dans le droit pénal français et dans le droit pénal brésilien (**SOUS-SECTION I**). Cependant, cette étude se révèle très intéressante, car, ces dernières années, la jurisprudence française, par le biais d'un raisonnement par déduction, a mis en valeur l'importance de la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement, en lui donnant sa portée réelle face à son rôle dans le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – Le contenu de la condition

L'étude de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale doit être réalisée en deux étapes. Tout d'abord, on doit examiner quel est le contenu d'une telle condition. Cet examen nous montrera que l'idée d'une infraction commise pour le compte du groupement nous amène aux notions d'intérêt social et de profit (**§1**). Ensuite, on doit étudier la seconde condition comme un critère à double-tranchant, lequel nous permet d'identifier deux

genres d'agissements illicites accomplis au sein du groupement : les infractions qui peuvent être imputées à l'encontre de la personne morale et les actes illicites qui restent personnels à la personne physique qui a agi au sein du groupement (§2).

§1) Les notions d'intérêt social et de profit

94. La similitude entre le droit français et brésilien. Autant en France qu'au Brésil le législateur exige, comme seconde condition pour que la personne morale soit pénalement responsable, que l'acte illicite réalisé par le représentant ou l'organe soit accompli pour le compte du groupement. Cependant, le législateur français et le législateur brésilien n'ont pas employé la même expression pour traduire une telle exigence. Tandis qu'en France l'article 121-2 du Code pénal utilise la formule « pour leur compte », au Brésil l'article 3 de la loi 9.605/98 fait référence à un acte illicite accompli « dans l'intérêt ou au profit » du groupement⁷⁴⁴. Toutefois, malgré la différence de locution, la seconde condition de la responsabilité pénale des êtres collectifs semble avoir le même contenu dans ces deux ordres juridiques.

Cette condition a été traitée sommairement par la loi⁷⁴⁵ et a été très peu débattue en doctrine et en jurisprudence⁷⁴⁶, notamment dans les années qui ont suivi la création du nouveau Code pénal en France et encore aujourd'hui au Brésil⁷⁴⁷. Cependant, nonobstant l'absence de débat sur le thème, l'exigence selon laquelle l'infraction doit être accomplie pour le compte de la personne morale n'est guère nouvelle, en particulier en France.

En effet, l'ordonnance 45-1484 du 30 juin 1945, relative aux infractions économiques, prévoyait déjà un tel critère pour l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale. Aux termes de cette ordonnance, le groupement serait responsable de l'infraction « accomplie au nom de l'être moral et pour son compte, ou dans le but de satisfaire l'intérêt social »⁷⁴⁸. Dans le même sens, l'ordonnance 45-920 du 5 mai 1945, relative aux entreprises de presse ayant commis

⁷⁴⁴ Le projet du nouveau Code pénal brésilien (PLS n° 236/2012) maintient la même exigence avec la même rédaction.

⁷⁴⁵ « L'article 121-2 du code pénal en traite de manière très sommaire » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 401.

⁷⁴⁶ « Peu débattue au Parlement, cette condition est très rarement développée en doctrine tandis que la jurisprudence n'offre encore guère matière à la réflexion » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁴⁷ Si en France la doctrine a récemment commencé à s'intéresser à cette condition, notamment à cause des « présomptions » utilisées par la Cour de cassation concernant la première condition de la responsabilité pénale des groupements, voir *infra* (n° 119), au Brésil l'on rencontre encore aujourd'hui très peu d'écrits sur le thème. Dans le même sens, en ce qui concerne le droit français, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 247.

⁷⁴⁸ Selon certains auteurs, l'ordonnance 45-1484 prévoyait deux critères alternatifs pour la responsabilité pénale du groupement : un critère finaliste (« le but de satisfaire l'intérêt social ») ; et un critère formaliste (« l'action au nom de la collectivité »). Dans ce sens : P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 570 ; et C. MOULOINGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 155. Il conviendra d'étudier le contenu de cette condition *infra* (n° 98 et s.).

des faits de collaboration, énonçait également que le groupement était responsable pour les infractions réalisées « en son nom et pour son compte »⁷⁴⁹. Par ailleurs, tandis que l'avant projet de Code pénal de 1976 prévoyait comme condition de la responsabilité pénale de la personne morale le fait que l'acte illicite soit accompli « au nom et dans l'intérêt de l'ensemble des membres du groupement »⁷⁵⁰, celui de 1978 visait les infractions commises « par la volonté délibérée des organes de la personne morale, en son nom, et dans l'intérêt collectif de ses membres »⁷⁵¹.

Certes, les expressions employées par le législateur pour faire référence à une telle exigence n'étaient pas toujours les mêmes⁷⁵². Néanmoins, malgré les différences, on peut dire que l'idée d'établir un critère finaliste d'imputation⁷⁵³ comme condition de la responsabilité pénale de la personne morale existe depuis longtemps⁷⁵⁴ – peut-être parce qu'un tel critère nous aide à faire une importante distinction relative aux infractions accomplies au sein du groupement.

95. La signification de l'infraction à l'égard de la personne morale. Au fur et à mesure, on s'est perçu que la personne morale ne pouvait pas être responsable de tous les actes illicites réalisés par ses organes ou représentants⁷⁵⁵. Si parfois le groupement était « le moteur » des actions et des omissions accomplies par les personnes physiques agissant à titre de qualité, d'autre fois l'infraction réalisée par le représentant ou l'organe pourrait n'avoir aucun lien matériel ou intellectuel⁷⁵⁶ plus étroite avec le groupement : soit parce que la personne morale avait tout simplement fourni les moyens pour la réalisation de l'acte illicite⁷⁵⁷ ; soit parce que le seul lien de rattachement entre l'infraction et le groupement était le lieu où l'action ou l'omission sanctionnable a été consommée.

⁷⁴⁹ L'article 1^{er} de l'ordonnance prévoyait la responsabilité de la société « qui, par ses organes de direction ou d'administration ou l'un d'entre eux, agissant en son nom et pour son compte, a en temps de guerre, enfreint les lois pénales en vigueur, lorsque les faits reprochés révèlent l'intention de favoriser les entreprises de toute nature avec l'ennemi ». Pour un exemple jurisprudentiel, voir CA Dijon, 20 mai 1946, D. 1947, p. 253, note PONSARD A.

⁷⁵⁰ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 283.

⁷⁵¹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 817.

⁷⁵² Pour Mme. DELMAS-MARTY, les différentes expressions utilisées par le législateur français signifient que cette condition n'a pas toujours eu le même contenu, voir M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, p. 303. Cependant, l'on pense le contraire, car malgré la différence de locution, cette condition semble garder toujours le même sens, la même raison d'être.

⁷⁵³ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 126.

⁷⁵⁴ Parmi les résolutions du Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal tenu à Bucarest en 1929, on rencontre la conclusion suivante : « qu'il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales, lorsqu'il s'agit d'infractions perpétrées dans le but de satisfaire l'intérêt collectif des dites personnes ». Par ailleurs, MESTRE énonçait déjà en 1899 que l'acte illicite imputé à la personne morale doit chercher toujours la « prospérité du groupe » ou un « avantage » à la corporation. Voir, A. MESTRE, thèse préc., p. 138-139.

⁷⁵⁵ « En effet, la recherche du sens exact de cette expression doit permettre d'éviter des condamnations de personnes morales fondées sur la seule idée que l'infraction a été commise par un organe ou un représentant » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 286. Dans le même sens, B. FEIJÓO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁵⁶ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 200.

⁷⁵⁷ Le but ici est celui de constater que la personne morale n'est « donc pas un jouet entre leurs mains, mais le moteur de leurs actions » J.-H. ROBERT, *Projet de nouveau code pénal : Dernière nouvelle relative à la responsabilité des personnes*

Pour cette raison, on a vu qu'il était nécessaire d'établir une seconde condition pour la responsabilité pénale des groupements. Un critère d'imputation⁷⁵⁸ qui nous permettrait de distinguer les actes illicites qui devraient être imputés « à la personne morale et ceux qui resteraient personnels à la personne physique qui a agi au sein de la personne morale »⁷⁵⁹.

Dans ce contexte, pour rendre le groupement coupable d'une infraction, on devrait vérifier quelle était la « signification » de l'acte illicite à l'égard de l'être collectif⁷⁶⁰ – afin de constater un rattachement intellectuel⁷⁶¹ entre cet acte et « l'exploitation autonome »⁷⁶² de la personne morale⁷⁶³. Avec cette vérification, on éviterait la condamnation automatique du groupement⁷⁶⁴ pour des infractions qui n'ont aucune relation avec le cadre des structures administratives, organisationnelles ou juridiques de la personne morale⁷⁶⁵, malgré le fait qu'elles aient été accomplies par un organe ou représentant de l'être collectif. Pour ce motif, le droit français et le droit brésilien ont établi que la personne morale doit être responsable uniquement des infractions accomplies « pour leur compte » par ses organes ou représentants.

96. Une responsabilité personnelle et identificatoire. Or, avec une telle exigence ces deux ordres juridiques ont assuré une fois de plus une responsabilité personnelle⁷⁶⁶ et identificatoire⁷⁶⁷ de la personne morale, en excluant à nouveau l'idée d'une responsabilité vicariale des groupements⁷⁶⁸.

morales et des chefs d'entreprise personnes physiques, in *Dr. Pén.*, 1990, p. 1. Dans le même sens, concernant le droit brésilien, A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 56.

⁷⁵⁸ C. MAURO, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁵⁹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 58.

⁷⁶⁰ « À quoi l'on ajoutera que l'élément principal à prendre en compte est moins le fait de l'organe ou du représentant que la signification de ce fait pour la personne morale » E. DREYER, *op. cit.*, p. 738.

⁷⁶¹ En raison de sa capacité à identifier un rattachement intellectuel entre l'infraction et la personne morale, ce critère d'imputation va jouer un rôle très important en ce qui concerne le mouvement d'adaptation entre le droit pénal et la personne morale, car il sera à l'origine de la subjectivisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Il conviendra de développer la question *infra* (n° 138 et s.).

⁷⁶² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 193 et 200.

⁷⁶³ « Il faut encore établir un lien entre les faits commis par la personne physique et la personne morale elle-même (...) Cela signifie que l'infraction peut être imputée à la personne morale parce que les faits matériels commis par la personne physique reflètent la volonté de la personne morale de commettre l'infraction » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282. On étudiera la relation entre la seconde condition de la responsabilité des groupements et l'élément subjectif de l'infraction *infra* (n° 138 et s.).

⁷⁶⁴ J.-H. ROBERT, *La responsabilité des personnes morales*, p. 21.

⁷⁶⁵ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁶⁶ Une exigence qui « semble logique dans un système s'attachant à exclure au maximum la responsabilité pénale du fait d'autrui » G. VENANDET, La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant projet de Code pénal, in *Revue de droit du travail*, 1978, n° 37, p. 749.

⁷⁶⁷ « Exiger que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale revient à préciser que l'acte doit avoir été accompli dans le cadre d'une représentation puisque celle-ci est une technique de remplacement par laquelle une personne agit pour le compte d'une autre » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93. Pour une application d'une telle exigence concernant la théorie de l'identification en droit anglais voir CS, R c/ Canadian Dredge and doc [1985], I RCS 662, 665.

⁷⁶⁸ « La condition 'pour le compte' remplit une fonction déterminante dans la mesure où elle exclut toute responsabilité vicariale. En tant que manifestation d'une responsabilité reposant sur la technique (fiction) de la représentation, elle garantit une responsabilité nécessairement personnelle » *Ibid.*

L'infraction peut être perçue par le droit pénal comme celle de la personne morale non seulement parce qu'elle a été accomplie matériellement par une personne physique qui a un pouvoir de direction et de décision au sein du groupement et s'identifiée avec lui (première condition), mais surtout parce qu'elle a une relation étroite avec l'essence et l'exploitation de la personnalité morale⁷⁶⁹, puisqu'elle a été consommée dans l'intérêt social ou au profit de l'être moral (seconde condition)⁷⁷⁰.

97. Des conditions cumulatives et non pas alternatives. De ce fait, pour assurer une responsabilité personnelle et identificatoire, autant le législateur français que le législateur brésilien ont prévu pour la responsabilité des groupements deux conditions complémentaires⁷⁷¹ et cumulatives d'imputation : une organique et l'autre finaliste⁷⁷². D'une part, il faut que l'acte illicite soit matériellement accompli par un représentant ou organe de la personne morale⁷⁷³. D'autre part, il faut que cet acte soit réalisé au nom de l'être collectif. Si le fait de l'organe ou du représentant est nécessaire pour la responsabilité des groupements, il ne suffit pas pour rendre la personne morale coupable d'une infraction⁷⁷⁴ – car il faut encore que ce fait illicite ait aussi un rapport direct ou indirect⁷⁷⁵ avec l'activité du groupement⁷⁷⁶. Ce n'est que si ces deux conditions sont remplies que l'infraction peut être imputée à la personne morale⁷⁷⁷.

On a déjà étudié la première condition de cette responsabilité, il reste donc à analyser la seconde. Dans ce sens, afin de mieux comprendre cette seconde exigence, il faut connaître tout

⁷⁶⁹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 167.

⁷⁷⁰ En raison d'un tel raisonnement, quelques auteurs soulignent que le législateur français a consacré la théorie de la représentation organique à l'article 121-2 du Code pénal, car les infractions « ne sont imputables aux personnes morales que lorsque les conditions de la représentation sont remplies » *Idem*, p. 93. On verra *infra* (n° 149) qu'une telle condition est par ailleurs à l'origine du fait que la responsabilité pénale des groupements est une responsabilité subjective, en excluant l'hypothèse d'une responsabilité objective, puisqu'elle va nous aider à identifier les actes illicites qui peuvent être perçus comme l'expression de la subjectivité criminelle de la personne morale.

⁷⁷¹ « Une interprétation littérale du texte conduit naturellement à considérer qu'il s'agit bien de deux conditions différentes et complémentaires et telle est la position de l'ensemble de la doctrine » J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 50. Cette position ne va pas être modifiée par les récents arrêts de la Cour de cassation en France, voir *infra* (n° 118).

⁷⁷² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 126.

⁷⁷³ Voir *supra* (n° 26).

⁷⁷⁴ « Le seul critère d'un enchaînement matériel ou physique des choses est encore une fois insuffisant » L. FRANÇOIS, *Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 5, mars 1969, p. 414. Dans le même sens : H. RENOUT, *Droit pénal général*, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 189 ; et M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁷⁵ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 155.

⁷⁷⁶ « Elle doit être interprétée comme visant l'infraction commise par le dirigeant, non pas en son nom personnel, mais au nom de la personne morale, c'est-à-dire dans le cadre de l'activité de cette dernière » G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 538.

⁷⁷⁷ Dans le même sens, concernant le droit brésilien, S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 99.

d'abord quel est le contenu des expressions utilisées par les législateurs français et brésilien pour faire référence à la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements.

98. Le contenu de la seconde condition. Malgré le fait qu'elle n'ait pas un sens juridique propre⁷⁷⁸, l'expression « pour leur compte » se rapporte à deux idées : celle de « l'intérêt social de la personne morale » et celle de « profit » ; ces deux notions vont alors exprimer le contenu de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil.

Avant d'étudier chacune de ces deux expressions, on doit analyser en premier lieu la question de la prétendue incompatibilité existant entre la spécialité de la personne morale et sa responsabilité pénale. L'étude de ce thème à présent est intéressant car c'est la notion d'intérêt social qui a résolu le problème d'un tel antagonisme, en permettant la responsabilité pénale des groupements malgré le principe de spécialité.

99. La spécialité et l'irresponsabilité pénale des groupements. Contrairement aux personnes physiques, la personne morale est constituée avec une finalité déterminée. Cette finalité correspond à la cause objective du groupement et par conséquent à la spécialité de la personne morale⁷⁷⁹. Cette spécialité peut être le dessein de « partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »⁷⁸⁰ ou encore « un but autre que de partager les bénéfices »⁷⁸¹, comme par exemple celui de défendre l'intérêt collectif. Pour accomplir une telle finalité, l'être collectif se propose d'exercer certaines activités. Ces activités alors vont être décrites dans l'objet social de la personne morale et c'est dans le but de les accomplir que le groupement aura une personnalité morale et une autonomie juridique indépendamment des personnes physiques qui le composent. Sa capacité de jouissance correspondrait ainsi aux besoins de l'exploitation définie par la spécialité et par l'objet social, de sorte que la personne morale aurait en principe une « aptitude juridique délimitée en fonction de ce pour quoi elle a été créée »⁷⁸².

En raison d'un tel raisonnement, certains penseurs⁷⁸³ ont souligné l'incapacité pénale des personnes morales. Comme la spécialité du groupement et son objet social ne peuvent jamais être

⁷⁷⁸ B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377.

⁷⁷⁹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 44.

⁷⁸⁰ Article 1832 du Code civil français. On rencontre une formulation équivalente dans l'article 981 du Code civil brésilien.

⁷⁸¹ Loi du 1^{er} juillet, 1901, art. 1^{er}. On rencontre une formulation équivalente dans l'article 53 du Code civil brésilien.

⁷⁸² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 44.

⁷⁸³ Par exemple, ASCARELLI affirmait que « la personne morale ne peut pas exister pour accomplir une action illicite », raison pour laquelle elle ne pourrait pas être pénalement responsable d'une infraction. Voir, T. ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo : Saraiva, 1969, p. 89. Dans le même sens, C. PINTO, *op. cit.*, p. 317. Voir aussi F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 34.

illicites⁷⁸⁴, l'être collectif ne pourrait pas commettre d'infraction, car « ce mode d'activité [serait] étranger à l'essence et à la destination spéciale de la personne morale »⁷⁸⁵. Ainsi, chaque fois qu'un acte illicite serait accomplie au sein du groupement, cette infraction serait commise en dehors de la capacité de jouissance de l'être collectif⁷⁸⁶, « ce qui aurait pour conséquence l'impossibilité pour l'être moral de répondre » de l'acte illicite⁷⁸⁷. Pour cette raison, dès qu'une infraction serait commise par un organe ou un représentant, on devrait enlever l'écran de la personnalité morale afin d'engager la responsabilité des personnes physiques – car le groupement devrait demeurer pénalement irresponsable⁷⁸⁸.

L'idée d'un principe de spécialité empêcherait alors l'existence d'une responsabilité pénale des personnes morales, car tout acte illicite serait étranger à l'essence et à la destination spéciale du groupement. Toutefois, si un tel raisonnement avait ses raisons d'être, la notion d'intérêt social nous a permis de comprendre qu'une infraction pourrait être accomplie pour le compte de la personne morale, malgré le fait qu'un acte illicite ne peut être ni la finalité du groupement, ni une activité comprise directement dans l'objet statutaire de la personne morale⁷⁸⁹.

100. L'idée d'intérêt social⁷⁹⁰. La notion d'intérêt social a été conçue par le droit allemand⁷⁹¹. Adoptée par la doctrine majoritaire⁷⁹², elle a été définie dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1965. Selon cet arrêt, l'intérêt social est « un intérêt supérieur de la personne morale elle-même [...] poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires,

⁷⁸⁴ N. RONTCHEVSKY, La notion d'entité personnifiée, in *Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149, p. 9.

⁷⁸⁵ A. MESTRE, thèse préc., p. 268.

⁷⁸⁶ « Si les groupements, pour ces auteurs, sont personnalisés, c'est seulement pour la poursuite de leur but, en dehors duquel ils n'existent pas au point de vue juridique : les actes accomplis en dehors de leur spécialité sont donc nuls comme accomplis par un être non existant en droit » *Idem*, p. 264.

⁷⁸⁷ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 18.

⁷⁸⁸ Savigny avait remarqué une telle question en énonçant : « La personne juridique ne peut commettre des délits, parce que ce mode d'activité est étranger à l'essence et à la destination spéciale de la personne morale » F. SAVIGNY, *Droit romain*, II, § 94 ; Lehrb. Von Strafrecht, § 28.

⁷⁸⁹ Dans le même sens, M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 159 et 160.

⁷⁹⁰ D'aucuns auteurs ont utilisé l'expression intérêt collectif dans le même sens que celle d'intérêt social, voir M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 22. Déjà l'ordonnance 45-1484 du 30 juin 1945, relative aux infractions économiques, émettait l'idée d'un intérêt social du groupement comme un critère pour l'engagement de sa responsabilité pénale. Selon cette ordonnance, le groupement serait responsable pour l'infraction « accomplie au nom de l'être moral et pour son compte, ou dans le but de satisfaire l'intérêt social ».

⁷⁹¹ « Le concept de l'intérêt social apparut en droit allemand dès 1937 dans le cadre de l'Aktiegesetz » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 258.

⁷⁹² Voir : M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse Paris, 1957, n° 192 ; R. MARTIN, Personne et sujet de droit, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, p. 798 ; et J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, in *JCP G*, 1984, I, 3148, n° 85 et s.

salariés, de ses créanciers, de ses fournisseurs et de ses clients mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité »⁷⁹³ du groupement.

À partir de cette notion, on a pu conclure qu'une infraction ne peut certes pas entrer directement dans la spécialité ou dans l'objet social d'une personne morale, mais elle peut quand même assurer la prospérité et la continuité⁷⁹⁴ de l'être collectif et par conséquent entrer dans le cadre de son intérêt social⁷⁹⁵. En effet, l'acte illicite peut être un moyen pour que la société accomplisse d'une manière illégitime la finalité sociale de son existence, sa spécialité.

Dans une telle hypothèse, l'infraction ne serait pas comprise ni dans l'objet statutaire du groupement, ni dans sa spécialité, mais elle serait connectée directement ou indirectement à eux, raison pour laquelle elle ne pourrait pas être perçue comme contraire à cet intérêt supérieur de la personne morale⁷⁹⁶. De ce fait, on peut dire que cette notion initialement développée par le droit allemand nous a permis de comprendre qu'un acte illicite peut être commis au nom du groupement, nonobstant la spécialité de la personnalité morale. La finalité de la personne morale demeure licite : partager les bénéfices ou profiter de l'économie qui pourra en résulter⁷⁹⁷, mais le moyen qu'elle utilise pour y arriver peut être illicite et, pour cette raison, elle doit être sanctionnée.

⁷⁹³ CA Paris, 22 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, 2, p. 86. Le rapport Vienot de 1995 a utilisé cette même définition.

⁷⁹⁴ Par exemple, une infraction de fraude fiscale peut très bien assurer la prospérité d'une société et parfois une telle infraction peut aussi assurer la continuité d'un groupement qui, par exemple, réalise l'infraction pour échapper à un état d'illiquidité face à ses créanciers.

⁷⁹⁵ « En effet, violer la loi ne peut certes entrer dans l'objet social mais peut profiter à l'intérêt social. Ainsi, on peut tout à fait considérer qu'est légitime au regard de l'intérêt social un acte qui n'entre pas nécessairement dans l'objet social » M.-A. FRISON-ROCHE, *Considération des règles répressives dans les prises de décisions des entreprises*, in *Les petites affiches*, 19 novembre 1997, n° 139, p. 25.

⁷⁹⁶ Une infraction « n'est pas toujours contraire à l'intérêt de la personne morale ; sinon, le principe même de la responsabilité personnelle des personnes morales ne serait pas admis » *Idem*, p. 238. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'abus de biens sociaux, selon laquelle la commission d'une infraction est normalement contraire à l'intérêt de la personne morale (Cour de cass., Ch. crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83698) ne semble pas, à notre avis, contredire une telle position. Tout d'abord – parce que quand la Cour de cassation fait une telle affirmation elle est dans le cadre de la responsabilité pénale d'une personne physique et non pas d'une personne morale. Pour cette raison, dans cette jurisprudence, la personne morale est toujours perçue comme victime et non pas comme auteur de l'infraction. Ensuite, et particulièrement, parce que pour faire une telle affirmation, la Haute juridiction fait une analyse qui concerne exclusivement les risques de sanctions pénales ou fiscales auxquelles la personne morale est soumise dès lors qu'elle a accompli une infraction : « l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales ». Bien sûr un tel risque, en lui-même, est contraire à l'intérêt social. Toutefois, si l'on regarde l'accomplissement d'une infraction sous d'autres angles, notamment par rapport au profit que la personne morale peut éventuellement tirer de la réalisation d'un acte illicite, l'on peut conclure que l'accomplissement d'une infraction peut être favorable à l'intérêt social de la personne morale. La conséquence de l'infraction (sanction) est contraire à l'intérêt social, mais sa réalisation et son résultat peuvent être très convenables à cet intérêt – notamment quand la personne morale n'est pas sanctionnée et reste impunie. On peut faire un raisonnement similaire par rapport à la personne physique. Si l'on regarde les conséquences d'un acte illicite, l'on ne peut pas comprendre pourquoi une personne réalise une infraction, mais si l'on pense à l'infraction sans ses conséquences, sans la réponse pénale, l'on conçoit très bien les raisons d'un tel acte. En outre, le « chiffre noir » de la criminalité montre bien que le risque d'impunité n'est pas faible, au contraire – une raison de plus pour qu'on puisse comprendre l'intérêt social que la personne morale peut avoir dans l'accomplissement d'un acte illicite. Concernant le chiffre noir de la criminalité en France, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁹⁷ On peut penser encore à la finalité de défendre un intérêt collectif, ou une finalité autre que celle de partager les bénéfices.

L'idée d'intérêt social nous a montré donc une telle possibilité et a justifié ainsi la responsabilité pénale des groupements malgré le principe de spécialité⁷⁹⁸.

101. Une infraction commise dans l'intérêt social du groupement. Dans ce contexte, on peut dire que la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale signifie, tout d'abord, que l'acte illicite réalisé par le représentant ou l'organe du groupement doit être accompli afin de répondre à cet intérêt social supérieur de l'être collectif⁷⁹⁹. Un intérêt personnifié⁸⁰⁰ qui peut être différent de l'intérêt individuel de ses membres⁸⁰¹ et qui doit être « le moteur » de l'infraction commise par la personne physique⁸⁰² – de sorte que l'acte illicite doit être accompli pour lui satisfaire⁸⁰³, en recherchant toujours à lui servir⁸⁰⁴. L'infraction peut être imputée au groupement non seulement parce qu'elle a été accomplie par un organe ou un représentant, mais également parce qu'elle a été réalisée dans le but de satisfaire l'intérêt social de la personne morale.

Pour cette raison, en raison de la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales, pour être imputée au groupement, l'acte illicite doit être directement ou indirectement⁸⁰⁵ liée ou à l'exercice de l'objet social de l'être moral⁸⁰⁶ ou à l'essence et à l'exploitation de sa personnalité morale⁸⁰⁷. Cette liaison est nécessaire puisqu'elle démontre que l'infraction a été accomplie dans l'intérêt social du groupement. Dans ce contexte, on peut dire alors que la notion d'intérêt social développée par les articles 121-2 du Code pénal français et 3 de

⁷⁹⁸ « Le dépassement de la spécialité légale peut donc être accompli pour le compte de la personne morale ». Mme. AFCHAIN, par ailleurs, ajoute que l'objet social, « comme la spécialité légale [...] vise seulement la capacité contractuelle et ne s'applique pas aux faits juridiques » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 159 et 160.

⁷⁹⁹ F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 74. Dans le même sens, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 128-129.

⁸⁰⁰ *Idem*, p. 229.

⁸⁰¹ Dans ce sens, H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du Droit*, Paris : Librairie Marcel Rivière et Cié, 1955, p. 138-139. « L'intérêt social est alors l'intérêt de la personne morale, composé d'intérêts particuliers greffés autour de l'exploitation de l'entreprise » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 261.

⁸⁰² « En d'autres termes, un tel groupement constitue moins un jouet livré à leur fantaisie que le guide inspirateur de leurs faits et gestes » C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 157.

⁸⁰³ « La formule légale signifie surtout que l'organe ou le représentant doit avoir agi dans l'intérêt de la personne morale. Car agir pour le compte d'une personne en la remplaçant s'entend nécessairement d'une activité conforme à son intérêt » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93.

⁸⁰⁴ « La formule 'pour le compte' n'ayant pas, à notre connaissance du moins, de sens juridique propre, elle doit être entendue dans son sens général, qui signifie que l'acte accompli doit avoir procuré à la société un avantage, un bénéfice ou avoir servi son intérêt » B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377.

⁸⁰⁵ « Le fait que l'infraction ne se rattache pas directement à cet objet ne permet pas de conclure que la personne morale n'en a tiré aucun profit. En effet, il ne faudrait pas qu'une personne morale puisse échapper à sa responsabilité pénale par une rédaction habile de ses statuts » E. DREYER, *op. cit.*, p. 739.

⁸⁰⁶ Concernant les collectivités territoriales et leurs groupements, l'acte illicite doit être liée à l'exercice des missions de service public.

⁸⁰⁷ « Une infraction commise dans l'exercice de l'objet social d'une entreprise ou des missions d'une collectivité territoriale, est une infraction commise dans l'intérêt de la personne morale » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93.

la loi 9.605/98 impose deux exigences pour qu'on puisse déclarer une personne morale coupable d'une infraction. D'une part, cette idée commande que l'infraction imputée au groupement soit accomplie dans le cadre de l'activité sociale de la personne morale⁸⁰⁸. D'autre part, elle impose que l'acte illicite réalisé par l'organe ou le représentant ait pour but d'assurer, directement ou indirectement, la prospérité⁸⁰⁹ ou la continuité du groupement⁸¹⁰.

De ce fait, si ces exigences ne sont pas remplies, l'infraction en principe ne pourra pas être imputée à la personne morale⁸¹¹ - car elle ne sera pas commise pour satisfaire l'intérêt social du groupement⁸¹². On dit « en principe » car l'expression utilisée par le législateur français nous amène aussi à l'idée de profit⁸¹³, la seconde notion qui exprime le contenu de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale.

102. L'idée de profit. Depuis longtemps l'idée de profit est associée à la responsabilité pénale des personnes morales⁸¹⁴. Elle a été en outre un des arguments favorables à la restauration d'une telle responsabilité. Déjà au début du XX^{ème} siècle, SALEILLES écrira : « je ne vois pas pourquoi, du point de vue de l'équité, celui qui devait profiter du délit n'en subirait pas la sanction ; et ici celui qui devait profiter au délit, ce n'est pas l'agent qui l'a commis, c'était la collectivité pour laquelle il le commettait (...) avant tout, la peine doit atteindre le patrimoine qui devait profiter du délit, c'est-à-dire celui de la personne juridique appelée à en bénéficier »⁸¹⁵. Face à cette association ancienne, il nous semble tout à fait naturel d'utiliser l'idée de « profit retiré de l'infraction par la personne morale » comme un critère pour savoir si l'acte illicite a été accompli pour le compte du groupement.

⁸⁰⁸ J.-C. SAINT-PAU, Table ronde – La responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs, *in Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2009, p. 89. Dans le même sens, M. STRETEANU énonce que « l'interprétation du texte va aller dans le même sens, c'est-à-dire on doit constater un lien étroit entre l'activité qui constitue l'objet social et l'infraction commise » F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁰⁹ « La conservation des intérêts ou le profit du groupement géré par eux » J.-H. ROBERT, *Projet de nouveau code pénal : Dernière nouvelle relative à la responsabilité des personnes morales et des chefs d'entreprise personnes physiques*, p. 1.

⁸¹⁰ Si parfois on voit très bien comment une infraction peut assurer la prospérité ou la continuité de la personne morale, c'est le cas par exemple d'une infraction de corruption commise pour assurer un marché public au groupement ; il arrive toutefois que l'on ait du mal à voir comment une infraction contre l'environnement peut remplir cette exigence. Pour cette raison, il conviendra de voir infra quel est le fait qui doit être objet d'une telle analyse : si l'on doit regarder l'infraction en elle-même ; ou si l'on doit analyser l'activité dans le cadre de laquelle l'acte illicite a été accompli.

⁸¹¹ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 49.

⁸¹² G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 697.

⁸¹³ « Les formules 'en fonction des intérêts de la personne morale' aussi bien que le texte 'pour le compte de' ou le critère 'd'acceptation' impliquent l'idée d'un profit de la part de la personne morale, bien que ce terme ne soit pas explicitement utilisé » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 549.

⁸¹⁴ MESTRE travaillait déjà avec une telle idée, mais il utilisait les expressions « prospérité » et « avantage », voir A. MESTRE, thèse préc., p. 138 et 139.

⁸¹⁵ R. SALEILLES, *De la personnalité Juridique*, p. 10.

La notion de profit peut être interprétée, tout d'abord, comme un critère juridique économique⁸¹⁶ qui cherche à intégrer la logique des affaires à la responsabilité pénale des groupements. Cette logique est liée à la notion même de spécialité de la personne morale⁸¹⁷, selon laquelle le but d'un groupement peut être celui de « partager les bénéfices et profiter de l'économie qui pourra en résulter »⁸¹⁸. Selon elle, les organes et les représentants d'une société prennent leurs décisions notamment à partir d'un calcul prenant en compte deux impératifs : l'impératif légal ; et l'impératif économique⁸¹⁹. En partant d'un tel calcul⁸²⁰, l'entreprise peut conclure alors qu'il est plus rentable de ne pas respecter la loi et ainsi avoir un profit économique avec l'infraction que de respecter l'impératif légal.

Si à l'égard du droit pénal une telle logique semble quelque peu insensée, elle est toute à fait usuelle dans le monde des affaires, notamment en raison du fait qu'il arrive que la faiblesse d'une sanction ou le risque d'impunité soulignent les avantages économiques que l'entreprise peut retirer de la violation d'une règle⁸²¹. Ainsi, dans la recherche d'un avantage économique, une infraction peut être commise pour le compte de la personne morale. Pour cette raison, l'idée de profit nous aide à savoir si l'acte illicite peut être perçu par le droit pénal comme l'expression criminelle du groupement⁸²². En effet, elle nous permet de dire si l'infraction réalisée par « l'âme dirigeante » « a eu pour but ou pour conséquence de procurer un avantage » à l'entreprise⁸²³. Une telle notion va donc permettre d'imputer à la personne morale les infractions qui ont été accomplies par son représentant ou son organe et qui lui ont procuré un profit (certain ou

⁸¹⁶ J.-C. SAINT-PAU, *Table ronde – La responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs*, p. 89.

⁸¹⁷ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 159.

⁸¹⁸ Article 1832 du Code civil français. On rencontre une formulation équivalente dans l'article 981 du Code civil brésilien.

⁸¹⁹ A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 26.

⁸²⁰ On peut dire que l'espérance du gain (E(Gains)) souhaité par la société avec l'accomplissement de l'infraction doit tout simplement être supérieure à une variable qu'on peut appeler « Rp (risque pénal), qu'on peut par exemple exprimer en années de prison, pondéré par la probabilité de se faire prendre (...) Voici ce qu'est, de façon simplifiée, la base de l'économie criminelle » G. DUTEIL, *Table ronde – la place du droit pénal en droit des affaires*, in *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2011, p. 66 et 67.

⁸²¹ J. AMAR, *Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Droit pénal – Éditions Juris-Classeur*, Octobre 2011, p. 4 et s.

⁸²² J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282. C'est peut-être pour cette raison que la Recommandation n° R (88) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe indique dans son alinéa 2 qu'il est souhaitable de lier la responsabilité des groupements « aux gains découlant de l'activité illicite ». Il s'agit d'une recommandation qui touche non seulement l'établissement de la responsabilité pénale, mais aussi l'établissement de la sanction. Dans ce sens, M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 22.

⁸²³ P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 11.

éventuel)⁸²⁴ – lequel peut être entendu comme un avantage économique, une économie⁸²⁵ ou encore comme le fait d'éviter une perte pour le groupement⁸²⁶. Ce genre d'acte illicite pourra être imputé à la personne morale, car dès lors que l'infraction apporte un profit économique au groupement on peut conclure qu'elle a été accomplie pour le compte de l'être collectif.

Quoi qu'il en soit, si l'on peut très nettement distinguer le profit économique que la personne morale peut retirer de l'accomplissement de certaines infractions, notamment en ce qui concerne les infractions liées à la compression des coûts, aux choix des procédés d'exploitation ou à la décision de dissimuler des revenus ou des pertes⁸²⁷, on peut douter du fait que la notion de profit économique « soit apte à justifier la responsabilité pénale d'une société pour atteinte involontaire à la vie (...) résultant par exemple d'un accident de travail »⁸²⁸ ou encore pour un acte de pollution maritime ou de discrimination raciale⁸²⁹. Pour cette raison, la notion de profit économique limite considérablement le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements⁸³⁰. En premier lieu, car elle permet d'imputer aux groupements seulement les infractions qui lui sont économiquement profitables, qui peuvent lui donner un avantage chiffrable⁸³¹. En second lieu, parce qu'elle permettrait de penser qu'une telle responsabilité serait

⁸²⁴ H. RENOUT, *op. cit.*, p. 189. Dans le même sens, concernant le droit brésilien, F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 74. Aux États-Unis, l'idée d'un profit est aussi utilisée comme un critère d'imputation d'une infraction à l'encontre du groupement, mais il ne s'agit pas du seul critère d'imputation. Quoi qu'il en soit, là-bas le profit peut lui aussi être certain ou éventuel. J. COFFEE, *Corporate Criminal Law*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, Sanford H. Kadish, 1983, p. 253 et 254.

⁸²⁵ *Ibid.* Voir : Cour de cass., Ch. crim., 16 mars 2010, Dr. Pén. 2010, comm. 74, obs M. Véron.

⁸²⁶ F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 338. Dans le même sens, M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 100.

⁸²⁷ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 540. C'est le cas, par exemple, du délit de travail clandestin (Cour de cass., Ch. crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-86429), « d'une société de bâtiment qui sous-traite le travail mais en réalité la main-d'œuvre à trois entreprises parfaitement irrégulières (...) » révélant que « la stratégie a été adoptée par l'entreprise dans le but d'éviter de perdre des marchés et de tenir les délais » (T. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT) et d'une société bénéficiaire des actes de contrefaçon (TGI Créteil, 19 octobre 2000, Gaz. Pal. 2001. 1. Somm. 576, note l'Henoret).

⁸²⁸ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 36.

⁸²⁹ Le député J.-J. HYEST a souligné un tel problème en posant la question lors de travaux parlementaires en France : « quand une collectivité locale n'entretient pas sa station d'épuration, quel bénéfice en tire-t-elle ? » En raison d'une telle difficulté, pour lui « il n'est pas nécessaire que la personne morale ait tiré un profit de l'acte ». Voir : J. LÉAUTÉ, *Le nouveau Code pénal : enjeux et perspectives*, Paris : Dalloz, 1994, p. 47. Dans le même sens M. PLANQUE énonce que « La première critique qu'il est possible de faire concerne la notion de profit en elle-même. En effet, même s'il faut reconnaître que pour une grande partie des infractions imputables aux personnes morales, le profit peut être facilement identifié, restent des incriminations pour lesquelles la notion de profit semble difficile à mettre en œuvre » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 284.

⁸³⁰ « En effet, de nombreuses infractions pour lesquelles la responsabilité pénale de la personne morale est envisagée ne procureront en pratique aucun avantage, même indirect, au groupement (...) il serait extrêmement réducteur de n'admettre la responsabilité pénale des personnes morales que lorsqu'elles en tirent un avantage » H. RENOUT, *op. cit.*, p. 189.

⁸³¹ « En effet, si on s'arrête là, il faut que l'infraction apporte réellement un bénéfice à la personne morale. Si, pour une raison quelconque, l'infraction est réalisée mais que le profit n'est pas au rendez-vous pour l'être moral, ce dernier ne sera pas puni » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 284. Dans le même sens au Brésil : P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 69. En France : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93 ; et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 817.

réservée aux sociétés commerciales, quand en effet elle existe aussi pour les collectivités territoriales et pour les associations sans but lucratif⁸³².

Face à un tel problème, on doit avoir une notion plus large de profit⁸³³, en dépassant « cet aspect purement économique ou financier »⁸³⁴. De ce fait, l'idée de profit doit être comprise comme un avantage matériel ou moral⁸³⁵ que le groupement peut avoir avec l'accomplissement de l'infraction. Ainsi, l'acte illicite doit être utile au groupement⁸³⁶, lui apporter un bénéfice, mais il n'est pas obligé que cet acte illicite soit lucratif au sens économique⁸³⁷. En d'autres termes, pour imputer l'infraction à l'être collectif l'on doit conclure qu'avec l'accomplissement de l'acte illicite, la personne morale a reçu ou pouvait s'attendre à recevoir un avantage de toute nature, soit économique, soit moral⁸³⁸. Si l'on arrive à une telle conclusion, on peut alors imputer au groupement l'infraction accomplie par son organe ou son représentant, car l'acte illicite sera accompli pour le compte de la personne morale, étant donné qu'il lui est profitable.

103. L'articulation entre l'idée d'intérêt social et de profit. On peut dire donc que l'expression « pour leur compte » prévue dans l'article 121-2 du Code pénal français a finalement deux sens. D'une part, celui d'une infraction accomplie dans l'intérêt social de la personne morale. D'autre part, celui d'un acte illicite visant un profit (matériel ou moral) accordé au groupement. Pour être imputée à la personne morale, l'action ou l'omission illicite commise par le représentant ou l'organe de l'être collectif doit alors avoir au moins une de ces deux finalités.

⁸³² E. DREYER, *op. cit.*, p. 738. Il conviendra d'étudier le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales *infra* (n° 284 et s.).

⁸³³ Dans le sens de cette interprétation, par exemple : E. FORTIS, Sur les incidences de la réforme du Code pénal sur le droit du travail, *in Droit Social*, 1993, p. 884 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, n° 535 ; J.-F. BARBIERI, L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales, *in Petites affiches*, 6 octobre 1993, p. 22 ; M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, p. 303 ; E. FORTIS, *op. cit.*, p. 884 ; et F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 73.

⁸³⁴ « Le 'compte' visé ne doit pas être compris seulement comme un profit ou un gain chiffrable. Certes, la responsabilité peut recouper de telles retombées, mais elle n'en reste pas là, dépassant cet aspect purement économique ou financier » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 402.

⁸³⁵ « Il peut s'agir pour l'être moral tout d'abord d'un bénéfice matériel ou moral, actuel ou éventuel, direct ou indirect » J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 498.

⁸³⁶ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 99. Dans l'ouvrage *Le comte de Monte-Cristo* de A. DUMAS l'on rencontre aussi une telle idée : « Si vous voulez découvrir le coupable, cherchez d'abord celui à qui le crime commis peut être utile » A. DUMAS, *Le comte de Monte-Cristo*, Paris : Folio classique, 1981, p. 175.

⁸³⁷ « Comme le recommande le Conseil de l'Europe, l'acceptation restrictive de la notion de profit au sens de l'avantage retiré par la société doit être rejetée. En effet, la personne morale doit, comme la personne physique, répondre de l'ensemble des faits générateurs, qu'ils lui soient avantageux ou non » du point de vue économique. Voir, M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 158.

⁸³⁸ « L'infraction commise 'pour le compte' de la personne morale est celle qui lui permet d'espérer un bénéfice matériel ou moral, actuel ou éventuel ou encore celle qui lui permet de retirer ou d'espérer retirer un bénéfice au sens le plus large » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 284. Cela ne signifie cependant pas que la personne morale doit effectivement retirer un profit de l'acte illicite pour que l'infraction soit consommée. Le profit attendu est déjà suffisant pour caractériser la seconde condition d'une telle responsabilité à l'égard du groupement.

Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de savoir de quelle manière l'on doit faire l'articulation entre les notions de profit et d'intérêt social. Est-ce que ce « binôme d'attribution »⁸³⁹ est cumulatif, alternatif ou éventuel ? L'interrogation est essentielle, car il arrive qu'un acte illicite soit en même temps commis dans l'intérêt social du groupement et à son profit, tandis que, d'autres fois, même si elle n'a pas agi strictement dans le cadre de l'intérêt social de l'être collectif, la personne agissant ès qualité peut obtenir de l'infraction un avantage au profit de la personne morale⁸⁴⁰. Par ailleurs, on peut très bien songer à des infractions qui sont accomplies dans le cadre de l'intérêt social de la personne morale, mais qui n'apportent aucun profit au groupement⁸⁴¹.

Face à ces hypothèses, le contenu de la seconde condition peut varier selon le contexte de l'infraction⁸⁴² – de sorte que ce « binôme d'attribution » est éventuel et non pas alternatif ou cumulatif. De ce fait, on peut dire que l'élément matériel de l'acte illicite réalisé par l'organe ou le représentant doit être accompli soit dans l'intérêt social, soit au profit du groupement. Pour cette raison, pour vérifier l'existence de la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales et pouvoir imputer l'infraction à l'être collectif, on doit constater au moins l'une de ces deux notions dans l'acte illicite réalisé par la personne physique agissant ès qualité. *A contrario*, si l'infraction n'a été commise ni dans l'intérêt social, ni au profit du groupement, elle ne serait pas accomplie « pour le compte » de la personne morale et on ne pourra pas la lui reprocher.

104. Différentes expressions pour une même condition. On rencontre une telle idée dans la rédaction de l'article 3 de la Loi 9.605/98, selon laquelle l'infraction doit être commise « dans l'intérêt ou au profit » du groupement⁸⁴³. Comme on peut le remarquer, le législateur brésilien n'exige pas de cumul entre ces deux notions pour qu'on puisse imputer l'infraction à la personne morale, mais il envisage l'idée d'une éventuelle relation entre eux. L'acte illicite doit être accompli

⁸³⁹ A. AMALFITANO, La responsabilité pénale des personnes morales en Italie, in *Travaux de L'institut de sciences criminelles et de la justice de bordeaux : La responsabilité pénale des personnes morales étude comparée*, Paris : Éditions Cujas, 2014, p. 160.

⁸⁴⁰ Dans l'arrêt Revenu c/Forges du Lac Inc. [1997], 8 C.R. (5th) 266 (C.A.Q.), « la cour d'appel du Québec a indiqué que, même si l'âme dirigeante de la compagnie agit à l'encontre de ses intérêts à certains égards, la société doit néanmoins répondre des aspects de la conduite de cette dernière qui lui ont été profitables » P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 11. Dans l'arrêt il s'agissait d'une infraction d'évasion fiscale qui n'a pas été commise dans l'intérêt social du groupement, mais qui a apporté un avantage économique au groupement, lequel a payé moins d'impôt grâce à la commission de l'infraction. M. PLANQUE souligne lui aussi une telle question, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 285.

⁸⁴¹ « L'expression 'pour le compte', correspond en outre au cas où l'organe (ou le représentant) de la personne morale agit simplement au nom de celle-ci en référence à son objet social, sans rechercher le moindre bénéfice » J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 498.

⁸⁴² « Il faut en déduire que l'expression 'pour leur compte' est à contenu variable » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 290.

⁸⁴³ On rencontre la même rédaction dans le projet du nouveau Code pénal brésilien (PLS 236/2012).

ou dans l'intérêt ou au profit du groupement, sans qu'il soit nécessaire qu'il soit réalisé au même temps dans l'intérêt social et au profit de l'être collectif⁸⁴⁴.

Dans ce contexte, on peut dire que malgré la différence de locution, la seconde condition de la responsabilité pénale des êtres collectifs semble avoir le même contenu en France et au Brésil⁸⁴⁵, car nonobstant le fait que le législateur français utilise l'expression « pour leur compte », cette expression nous suggère l'idée d'une infraction commise dans « l'intérêt ou au profit » du groupement. Par ailleurs, en France et au Brésil, en raison de son contenu, la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements va nous aider à identifier quels sont les agissements qui peuvent et qui ne peuvent pas engager la responsabilité pénale des êtres moraux (§2).

§2) Une condition à double-tranchant

105. Un critère à double-tranchant. La seconde condition de la responsabilité pénale des groupements nous sert en outre comme un critère, négatif et positif, pour identifier les actions et les omissions illicites accomplis par les organes ou les représentants de la personne morale qui peuvent être perçues par le droit pénal comme des agissements de la personne morale elle-même. Cette condition a une telle fonction car, en premier lieu, elle nous permet d'analyser si « l'esprit » du groupement est derrière l'acte illicite accompli par la personne physique et, en seconde lieu, parce qu'elle nous permet de vérifier si l'infraction exprime dans le monde matériel la subjectivité criminelle de la personne morale⁸⁴⁶.

106. Un critère négatif d'identification. En tant que critère négatif, l'idée d'une infraction commise pour le compte de la personne morale va exclure, tout d'abord, la responsabilité pénale du groupement pour des actes illicites qui ont été accomplis contre l'intérêt social ou au préjudice de

⁸⁴⁴ Pour une interprétation différente de ces deux notions et de la relation entre elles, concernant le droit brésilien, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 73.

⁸⁴⁵ En outre, cette condition a une fonction importante en ce qui concerne le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales. On va étudier plus en détails une telle question *infra* (n° 138 et s.).

⁸⁴⁶ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282. Pour cette raison, comme l'on verra *infra* (n° 138 et s.) cette condition va permettre une adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard de la nature désincarnée des personnes morales.

la personne morale⁸⁴⁷. Il s'agit notamment des infractions qui ont été réalisées exclusivement⁸⁴⁸ dans l'intérêt personnel de la personne physique⁸⁴⁹ ou encore qui ont été accomplies dans l'intérêt d'un tiers à l'égard la personne morale⁸⁵⁰, comme un conglomérat ou un groupe de sociétés par exemple⁸⁵¹.

Dans ces hypothèses, l'acte illicite ne vise pas assurer la prospérité ou la continuité de la personne morale, mais il recherche, tout d'abord, la satisfaction d'un intérêt lié à la vie privée de la personne physique, d'un intérêt lié à une activité personnelle du représentant⁸⁵² ou encore la satisfaction d'un intérêt plus vaste que celui de la personne morale⁸⁵³. Il s'agit, par exemple, des infractions dans lesquelles l'être collectif est plus la victime que l'auteur de l'acte illicite⁸⁵⁴, comme dans le cas d'un abus de confiance commis par le dirigeant du groupement ou encore comme dans le cas d'un acte de corruption passive commis par le maire au préjudice de la commune⁸⁵⁵. On peut également citer à titre d'exemple les infractions où le seul but est celui de satisfaire une intention criminelle qui n'a rien à avoir avec l'intérêt social du groupement et qui ne lui apporte aucun profit, comme un harcèlement sexuel commis par le représentant au sein de l'entreprise⁸⁵⁶.

Quand ce type d'infraction est accompli par l'organe ou représentant, l'identification entre la personne physique et la personne morale n'a plus de raison d'être, car « l'âme dirigeant cesse complètement d'agir, tout au moins pour l'essentiel, dans l'intérêt » social ou au profit de l'être moral. Pour cette raison, « on ne peut identifier à la compagnie une personne qui a agi » dans son

⁸⁴⁷ « La responsabilité pénale du groupement reste exclue lorsque l'auteur matériel a commis une infraction au préjudice de la personne morale, car dans ce cas-là la société est la victime de l'infraction » F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 337. Il faut dire que la personne morale peut, cependant, être responsable d'une infraction qui lui cause un préjudice à condition que cette infraction ait été commise dans son intérêt social. Toutefois, ici le but de l'infraction n'est pas de combler une attente du groupement ou de rechercher un profit au bénéfice de la personne morale, mais celui de causer un préjudice délibéré à l'être collectif.

⁸⁴⁸ Exclusivement car « le fait que le dirigeant d'une personne morale agisse dans son intérêt n'exclut pas nécessairement qu'il le fasse également pour le compte du groupement puisque l'article 121-2, alinéa 3, du Code pénal prévoit que la responsabilité pénale de la personne morale et celle de son organe ou représentant peuvent se cumuler pour les mêmes faits » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22. On peut dire de même concernant le droit brésilien, car le paragraphe unique de l'article 3 de la loi 9.605/98 prévoit une telle possibilité. Dans le même sens, le paragraphe premier du projet de nouveau Code pénal brésilien prévoit également une telle possibilité.

⁸⁴⁹ W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 27. Telle est d'ailleurs l'interprétation du rapporteur devant l'Assemblée nationale en France : « La commission d'infractions pour son compte personnel n'engagera donc que la responsabilité personnelle de l'agent » Rapport Marchand, doc. Ass. Nat. n° 896, séance du 2 octobre 1998.

⁸⁵⁰ J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 498.

⁸⁵¹ M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 36.

⁸⁵² J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 385.

⁸⁵³ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 22.

⁸⁵⁴ Dans cette hypothèse, la personne morale peut, par ailleurs, se constituer partie civile contre la personne physique représentant ou organe (voir Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 142, obs. M. Véron).

⁸⁵⁵ J.-H. ROBERT, *La responsabilité des personnes morales*, p. 22.

⁸⁵⁶ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 94.

intérêt personnel⁸⁵⁷ ou à l'encontre de l'intérêt de la personne morale⁸⁵⁸, car son action ou son omission n'est plus l'expression de la subjectivité de l'être collectif. Par conséquent, lorsque l'intérêt qui se cache derrière l'acte illicite n'est pas celui du groupement, la personne morale ne peut pas être tenue pour responsable de l'infraction accomplie par son représentant⁸⁵⁹, même s'il s'est matériellement servi des moyens mis à sa disposition par l'être moral⁸⁶⁰ et même encore s'il a accompli l'infraction à l'occasion de l'exercice de ses fonctions⁸⁶¹. Dans ce cas, l'infraction ne sera pas commise pour le compte du groupement, raison pour laquelle la seconde condition de cette responsabilité ne sera pas remplie et la personne morale demeurera pénalement irresponsable.

Pour cette raison, dès lors que l'infraction a été réalisée dans l'intérêt personnel du représentant ou dans l'intérêt d'un tiers vis-à-vis du groupement, on doit enlever l'écran de la personne morale⁸⁶² pour rendre responsable de cette infraction uniquement la personne physique se trouvant derrière le groupement⁸⁶³. L'acte illicite ne traduit pas la volonté criminelle de l'être collectif, puisque la personne physique a la volonté d'agir par elle-même et a manqué à son devoir de loyauté à l'égard de la société⁸⁶⁴. Par conséquent, dans une telle hypothèse, l'infraction a été accomplie sous couvert de la société⁸⁶⁵, mais non pas dans l'intérêt social ou au profit de la personne morale - raison pour laquelle l'on ne peut pas dire que l'acte illicite a été commis pour le compte du groupement.

⁸⁵⁷ Ce raisonnement a été celui de la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt R. c/ Canadien Dredge and Dock, voir P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁵⁸ B. FEIJÓO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁵⁹ « Il est vrai que, dans ces hypothèses, et selon une vue positiviste de la responsabilité des personnes morales, on pourrait lui reprocher d'avoir toléré de tels agissements sans révoquer leur représentant ou organe ; mais ce serait contrevenir trop ouvertement à la lettre, précitée, de l'article 121-2, alinéa 1^{er} » J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 386.

⁸⁶⁰ C. MOULOUGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 450.

⁸⁶¹ « Il est clair que n'engage pas la responsabilité pénale de la personne morale le représentant qui a agi dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions mais pour son propre compte et dans son seul intérêt personnel, voir même au préjudice de la personne morale » A. PEZARD, *Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective*, in *Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149, p. 13. Dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 94.

⁸⁶² « Il y a ainsi consistance de la personnalité morale, et assimilation avec la personnalité juridique de la personne physique, lorsque l'intérêt personnifié se détache complètement de l'intérêt personnel des personnes physiques qui le composent (...) Lorsqu'un dirigeant social accomplit des actes contraires à l'intérêt de la société, le juge lève l'écran de la personnalité morale pour appréhender personnellement le seul dirigeant » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 60-61.

⁸⁶³ « Une responsabilité individuelle probablement exclusive si de toute évidence la personne morale n'est nullement concernée, de près ou de loin, par l'infraction constatée » C. MOULOUGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 450. Dans ces cas, « la personne morale a été utilisée comme un simple jouet dans les mains de quelqu'un qui a un pouvoir de contrôle sur elle (...) pour cette raison, l'on doit toujours demander face à une infraction : est-ce la personne morale qui a accompli l'acte illicite ou la personne morale n'a été qu'un simple outil dans les mains d'une personne physique ? » J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo : Saraiva, 1979, p. 609 et 613.

⁸⁶⁴ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 229.

⁸⁶⁵ B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 378.

107. La faute personnelle et la faute de service. En raison de ce raisonnement, certains auteurs⁸⁶⁶, afin d'expliquer au mieux une telle idée, ont fait un parallèle avec la faute personnelle et la faute de service telles qu'entendues en droit administratif⁸⁶⁷. Ainsi, « les infractions commises par l'organe ou le représentant rattachables à ses fonctions engageraient la responsabilité pénale de la personne morale alors que 'les fautes personnelles' n'entreraient que la responsabilité pénale de la personne physique »⁸⁶⁸. Dans ce contexte, le groupement ne serait responsable que dans les hypothèses où la personne physique a accompli un acte illicite dans le strict exercice de sa fonction, en réalisant une faute de service⁸⁶⁹.

Un tel parallèle nous amène alors à nous demander si la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, en tant que critère négatif, exclut aussi du champ d'application d'une telle responsabilité les actes illicites accomplis suite à un dépassement de pouvoir du représentant ou encore les infractions réalisées en dépit de l'objet social et des formalités légales ou statutaires de la personne morale.

108. Le dépassement de pouvoir. En France et au Brésil, la doctrine est partagée en ce qui concerne la possibilité pour qu'une personne morale voit sa responsabilité pénale engagée en raison d'un fait illicite accompli par son organe ou son représentant dans une situation d'abus ou de détournement des pouvoirs.

Selon certains auteurs⁸⁷⁰, quand la personne physique dépasse les limites des compétences qu'elle exerce au sein de la personne morale, elle ne représente alors plus le groupement⁸⁷¹ et ne

⁸⁶⁶ Voir, par exemple : J.-H. ROBERT, *La responsabilité des personnes morales*, p. 22 ; et P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 570. Contre cette assimilation, voir J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁶⁷ « Le droit administratif, en étudiant la responsabilité des personnes de droit public et leurs fonctionnaires, suggère une réponse distinguant la faute personnelle et la faute de service (...) L'organe, qu'anime un mobile personnel ou dolosif, répondra seul devant le juge répressif (...) à l'opposé, la faute de service reste compatible avec une violation de la loi pénale, même intentionnelle, mais commise sans mobile personnel » P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 570. Dans le même sens, J.-F. BRISSON, Table ronde – La responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs, *in Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2009, p. 83.

⁸⁶⁸ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22.

⁸⁶⁹ B. BOULOC, Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue Lamy Droit des affaires*, mai 2004, n° 71, p. 7. « La faute se confond avec l'exercice de la fonction lorsqu'elle en dépend étroitement et en est la conséquence normale et prévisible dans l'hypothèse d'une défaillance à l'égard des règles de bon fonctionnement. Elle s'en détache lorsqu'elle est déterminée par des causes étrangères à l'accomplissement normal de la fonction » Y. HANNEQUART, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 425.

⁸⁷⁰ Voir : B. BOULOC, *Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 7 ; B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 378 ; B. FERRIER, *op. cit.*, p. 401 ; A. MESTRE, thèse préc., p. 255 ; F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 74 ; G. DANNECKER, *Reflexions sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 51 ; M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 99-100 ; J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 460 ; et T. DALMASSO, *Responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : Litec, spéc., n° 60.

⁸⁷¹ « Logiquement, la personne n'est plus dans ses fonctions et, même, méconnaît ouvertement les fonctions à elle confiées. De ce fait, elle ne peut plus être considérée comme étant la personne morale, puisqu'elle est hors de ses fonctions » B. BOULOC, *Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 7.

peut plus exprimer valablement sa volonté⁸⁷². Or, l'identification entre la personne physique et la personne morale existerait jusqu'aux limites des compétences légales ou statutaires des représentants ou des organes, de sorte que ces compétences limiteraient la capacité de la personne physique à exprimer la volonté de l'être collectif et ainsi de l'engager pénalement ; notamment parce que la volonté corporative n'existerait pas en dehors du cadre des attributions de la personne physique agissant *ès qualité*⁸⁷³.

Par conséquent, pour ces auteurs, dans l'hypothèse où l'organe ou le représentant accomplirait un acte illicite en dehors de ses pouvoirs ou de ses attributions, dans une situation de détournement ou d'abus de compétence, la personne morale ne pourrait pas être responsable de l'infraction. Car la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, étant que critère négatif, exclurait aussi du champ d'application d'une telle responsabilité ce genre d'acte illicite⁸⁷⁴.

Toutefois, d'autres auteurs⁸⁷⁵ ont soutenu une position favorable à la responsabilité pénale des groupements lorsque l'organe ou le représentant dépassent les limites statutaires ou légales de leurs pouvoirs. Selon eux, la réalité de l'intérêt social doit être plus important que la fiction de la représentation⁸⁷⁶, de sorte que la personne physique agissant *ès qualité* peut très bien exprimer l'intention illicite du groupement même en dehors de leurs attributions statutaires ou légales, à condition que l'on puisse constater que l'acte illicite a été commis dans l'intérêt social ou au profit de la personne morale.

De ce fait, pour ces auteurs, le domaine d'imputation des faits générateurs de la responsabilité pénale des groupements correspondrait non pas au cadre des compétences du

⁸⁷² « Dès que l'organe sort de la fonction qu'il doit remplir, il ne doit plus être considéré comme organe du groupement, c'est-à-dire que ce n'est plus la volonté de la personne morale qu'il exprime, mais sa propre volonté » A. MESTRE, thèse préc., p. 225.

⁸⁷³ Dans ce sens, FERRIER énonce que la compétence de l'organe représente une limite objective à l'exercice du libre arbitre de la personne morale « il résulte que la volonté corporative délictuelle n'est pas susceptible d'exister qu'à l'intérieur de cette limite. En conséquence toute infraction se situant hors du cadre de compétences (...) ne saurait lui être imputée au même titre que celles résultant de la force majeure, d'un état de nécessité ou de contrainte. Il en va à cet égard des personnes morales comme des personnes physiques qui rencontrent dans l'exercice de leurs pouvoirs d'action délictuelle diverses limites dérivant d'incapacités juridiques (vol entre époux) ou d'impossibilité de nature (meurtre d'un cadavre) au-delà desquelles la répression pénale se trouve dépourvue de toute cause » B. FERRIER, *op. cit.*, p. 401 et 402.

⁸⁷⁴ Telle est la position du droit administratif allemand, lequel « n'accepte aucune responsabilité au paiement d'une amende si l'organe ou le représentant outrepassé ses pouvoirs » (S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 550) et du droit canadien, selon lequel la personne morale peut devenir pénalement responsable seulement si son représentant « agit dans les limites de son pouvoir, i.e. dans le cadre de l'activité de la compagnie » (P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 7).

⁸⁷⁵ Dans ce sens, voir : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 94 ; C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 445 ; S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 550 ; D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 6 ; J.-F. BRISSON, *op. cit.*, p. 83 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 817 ; M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 70 ; F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 122 ; et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 219.

⁸⁷⁶ « Ce qui compte, c'est la réalité de l'intérêt, non la fiction de la représentation. C'est là une différence fondamentale entre le droit civil et le droit pénal et, plus précisément, entre la représentation à un acte juridique et à un fait juridique. Dès lors que les organes ou représentants agissent dans l'intérêt de la personne morale, ils sont la personne morale et l'engagent en conséquence pour toute infraction » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 94 et 95.

représentant ou de l'organe, mais au cadre de l'intérêt personnifié lui-même⁸⁷⁷. Pour cette raison, peu importerait de vérifier l'étendue du pouvoir de l'organe ou du représentant qui a accompli l'infraction au nom de l'être collectif, dès lors que l'on peut constater que l'acte illicite a été accompli pour le compte du groupement⁸⁷⁸.

En outre, encore selon ces auteurs, « limiter la capacité délictuelle de la personne morale au domaine restreint des attributions fonctionnelles de l'organe » créerait une large « zone d'irresponsabilité pénale injustifiée » en faveur des groupements⁸⁷⁹. Car la personne morale pourrait s'organiser pour échapper aux condamnations pénales à travers d'une rédaction habile de son statut – notamment en ce qui concerne les pouvoirs et les compétences de ses représentants⁸⁸⁰.

À notre avis, la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales n'empêche pas la condamnation du groupement pour un acte illicite accompli par son représentant ou son organe dans une situation de dépassement de pouvoir. Cette assertion est possible car la personne physique peut être identifiée à la personne morale et exprimer leur volonté même en dehors de ses compétences légales ou statutaires.

Cependant, pour que la personne morale puisse être déclarée coupable d'un tel acte illicite, le dépassement de pouvoir doit remplir deux exigences. En premier lieu, il doit être connu par les autres membres du groupement, lesquelles doivent rester passives devant lui, sans le remettre en cause. En seconde lieu, il doit avoir été réalisé au profit ou dans l'intérêt social de la personne morale. Si de telles exigences sont remplies, l'être collectif peut être déclaré coupable de l'infraction, car elle sera l'expression valable de sa volonté illicite.

Il nous semble qu'un tel raisonnement est en adéquation, tout d'abord, avec la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le dirigeant de fait⁸⁸¹ et, ensuite, il s'harmonise avec la Recommandation du Conseil de l'Europe par rapport au thème⁸⁸².

⁸⁷⁷ « Le domaine de l'imputabilité des faits générateurs correspond ainsi à l'intérêt personnifié de la personne morale par assimilation au domaine des faits générateurs de responsabilité personnelle de la personne physique délimité par son intérêt individuel » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 155.

⁸⁷⁸ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282.

⁸⁷⁹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 817. Dans le même sens, D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸⁰ Dans le même sens, F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁸¹ Cour de cass., Ch. crim., 17 décembre 2003, pourvoi n° 00-87872. Voir également : Cour de cass., Ch. comm., 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-15895 ; et CA Douai, 26 février 2003, JurisData n° 2003-214506. L'on peut dire que si l'étendue des attributions statutaires ou légales était effectivement une limite à la responsabilité pénale des groupements, la personne morale ne pourrait pas voir sa responsabilité pénale engagée pour un fait illicite commis par un dirigeant de fait, car une telle personne n'a aucun pouvoir ou attribution formel au sein de l'entreprise.

⁸⁸² « Selon le Conseil de l'Europe (...) la responsabilité sera encore retenue lorsque et même si la personne physique a agi en dehors des limites de ses attributions » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 550.

En outre, toujours à notre avis, le même raisonnement peut être réalisé quand l'acte illicite ne respecte pas les procédures internes d'engagement de la personne morale, comme par exemple la régularité du scrutin ou l'atteinte du *quorum*⁸⁸³. Il nous semble en effet illogique d'exclure la responsabilité pénale de la personne morale pour ce motif formaliste⁸⁸⁴, dès lors que l'acte illicite a été accompli pour le compte du groupement et lorsque les membres de la personne morale sont restés passifs devant une telle irrégularité formelle⁸⁸⁵.

Somme toute, on peut dire que la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements n'exclut pas du champ d'application d'une telle responsabilité les actes illicites accomplis par les représentants ou les organes de l'être collectif à travers d'un dépassement de pouvoir ou à travers un comportement qui ne respecte pas les procédures internes d'engagement de la personne morale. Mais peut-on en dire autant en ce qui concerne un acte illicite qui n'a pas de lien direct avec l'objet social du groupement ?

109. L'objet social, une limite à la responsabilité des groupements ? De la même manière, l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale pour un acte illicite qui ne se rattache pas directement aux activités qui font partie de l'objet social du groupement est controversé en doctrine.

Selon certains auteurs⁸⁸⁶, il faut encore que l'acte illicite « soit un de ceux pour lequel existe la personnalité juridique de la personne morale en cause », car « cette personnalité n'existe pas lorsque l'acte est en-dehors de l'objet social ». Pour cette raison, « on ne peut donc pas condamner une personne morale si la prétendue personne morale est inexistante au regard de l'acte susceptible de lui être imputé »⁸⁸⁷. Par conséquent, pour ces auteurs, l'objet social représenterait une limite à l'exercice du « libre arbitre » de la personne morale, de sorte que « la volonté corporative délictuelle n'est pas susceptible d'exister qu'à l'intérieur de cette limite »⁸⁸⁸. La seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, en tant que critère négatif, empêcherait

⁸⁸³ C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 445.

⁸⁸⁴ *Ibid.* Dans le même sens, W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 219.

⁸⁸⁵ « La doctrine du moyen âge attachait à ce fait la plus grande importance », de sorte que la personne physique devait nécessairement suivre les formes corporatives pour engager la responsabilité pénale du groupement. « Les formes corporatives affirmaient d'une façon incontestable que l'organe du groupement avait entendu agir au nom de ce dernier. C'est surtout en ce qui touche les organes communaux que la question présentait une importance considérable : l'organe normal de la commune était en effet l'assemblée générale des habitants ; des formalités particulières étaient exigées pour que l'assemblée décidât au nom de la commune. En dehors de ces formes, on se trouvait en présence d'une foule inorganique, non d'un organe de la vie communale » A. MESTRE, thèse préc., p. 255.

⁸⁸⁶ Dans ce sens : B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377 et 378 ; et B. FERRIER, *op. cit.*, p. 401 et 402.

⁸⁸⁷ B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377 et 378.

⁸⁸⁸ B. FERRIER, *op. cit.*, p. 401.

ainsi l'engagement de la responsabilité de l'être moral à cause d'un fait illicite accompli en dehors du cadre des activités qui font partie de l'objet social du groupement – car ce fait illicite ne pourrait pas représenter la subjectivité criminelle du groupement⁸⁸⁹.

Toutefois, pour d'autres auteurs⁸⁹⁰, l'objet social n'impose pas une limite à la responsabilité pénale des groupements. Selon eux, une telle idée est issue du droit civil et du droit commercial, mais même dans ces branches du droit elle restreint seulement la capacité contractuelle de la personne morale et ne s'applique pas aux faits juridiques⁸⁹¹. En outre, dans ces branches la limitation de l'objet social d'un groupement tend essentiellement à protéger les tiers qui peuvent vérifier ainsi l'étendue de la capacité juridique de l'être moral, mais elle ne sert pas à limiter le champ d'application de la responsabilité de la personne morale, laquelle « répond civilement de tout dommage qu'elle peut causer à autrui sans que l'on ait à se demander si l'activité en cause relevait ou non de son objet social »⁸⁹². Ainsi, même si l'objet social définit le fondement de la personnalité morale, il serait trop restrictif pour définir l'étendue du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements⁸⁹³, notamment parce que le fait que l'acte illicite ne se rattache pas directement à l'objet social ne permet pas de dire que l'infraction n'a pas été commise au profit ou même dans l'intérêt social de la personne morale⁸⁹⁴. Pour cette raison, selon ces auteurs, le groupement peut devenir responsable d'un acte illicite commis en dehors des activités qui font partie de l'objet social de la personne morale, dès lors que cet acte illicite a été accompli pour le compte du groupement.

À notre avis, cette seconde solution s'harmonise avec la rédaction des articles 131-39 du Code pénal français et 24 de la loi 9.605/98. Dans ces articles, les législateurs français et brésilien ont prévu la peine de dissolution à l'encontre des personnes morales qui ont détourné leur objet social pour commettre des crimes ou des délits. En raison d'une telle prévision, on peut dire que lesdits articles montrent bien que la responsabilité pénale du groupement peut être engagée même quand le fait illicite ne se rattache pas directement au groupe des activités qui font partie de l'objet

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ Voir : M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 160 ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 714 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 27 ; W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 219 ; S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 550 ; et D. GUIRIMAND, La responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue de Droit Social*, 1994, p. 647.

⁸⁹¹ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 160.

⁸⁹² E. DREYER, *op. cit.*, p. 714.

⁸⁹³ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 160.

⁸⁹⁴ « On peut tout à fait considérer qu'est légitime au regard de l'intérêt social un acte qui n'est pas nécessairement dans l'objet social » M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 27. Notamment, parce que l'idée d'intérêt social est plus large que celle d'objet social. L'infraction de fraude fiscale est un exemple d'acte illicite accompli en dehors des activités qui font partie de l'objet social du groupement. Néanmoins, elle demeure quand même un acte illicite accompli au profit du groupement, raison pour laquelle elle peut être imputée à son encontre.

social de la personne morale⁸⁹⁵. Cette assertion est possible car si l'entendue de l'objet social était une limite à la responsabilité pénale des groupements, aucune peine ne pourrait être prononcée dans l'hypothèse d'un détournement de l'objet social du groupement.

Par ailleurs, d'après la Recommandation du Conseil de l'Europe relatif au thème, la personne morale devrait être responsable même lorsque l'infraction est étrangère à son objet social⁸⁹⁶. La solution dans le sens contraire permettrait, une fois de plus, que la personne morale puisse échapper à sa responsabilité pénale à travers une rédaction habile de son statut⁸⁹⁷. En outre, si l'on pousse le raisonnement à l'extrême, on pourrait conclure à l'impossibilité de la responsabilité pénale des groupements, car l'accomplissement d'une infraction ne rentrerait jamais directement dans l'objet social de la personne morale⁸⁹⁸. Pour ces raisons, à notre avis, l'étendue de l'objet social de la personne morale n'est pas une limite à leur responsabilité pénale, dès lors que l'infraction est accomplie au profit ou dans l'intérêt du groupement⁸⁹⁹.

Pour revenir à l'essentiel, on peut donc dire que la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, en tant que critère négatif d'identification, exclut du champ d'application d'une telle responsabilité les actes illicites qui n'ont pas été accomplis dans l'intérêt social ou au profit du groupement. Il s'agit notamment : des infractions accomplies dans l'intérêt personnel de la personne physique composant le groupement, les infractions réalisées dans l'intérêt d'un tiers par rapport au groupement et les infractions commises au préjudice de la personne morale. Cependant, cette condition n'empêche pas qu'un être moral soit condamné pour un acte illicite réalisé à travers un dépassement de pouvoir de son organe ou représentant ou réalisé en dehors de l'entendue de son objet social, dès lors que cet acte a été commis dans l'intérêt social ou au profit du groupement.

Quoi qu'il en soit, la condition de commission d'une infraction pour le compte de la personne morale nous aide aussi à identifier les comportements accomplis par les représentants ou les organes qui peuvent engager la responsabilité pénale du groupement.

⁸⁹⁵ Dans le même sens : M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 160 ; D. GUIRIMAND, *op. cit.*, p. 647 ; et J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22.

⁸⁹⁶ Dans le même sens, S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 550.

⁸⁹⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 714.

⁸⁹⁸ Dans un jugement rendu le 3 novembre 1995, le Tribunal de Grande Instance de Paris a condamné une société pour manquement aux obligations de prudence et de négligence justement parce que « la société ne semble pas, compte tenu de son objet social, être particulièrement spécialisée dans l'activité à laquelle elle s'est malgré tout livrée ». TGI Paris, 3 novembre 1995, Dr. Soc. 1996, p. 157, note A. Coeuret.

⁸⁹⁹ Comme la notion d'intérêt social est plus large que celle d'objet social, l'on peut très bien penser à un acte illicite qui ne rentre pas directement dans le champ de l'objet social de la personne morale, mais qui cependant rentre dans le champ de l'intérêt social du groupement ou qui lui est profitable.

110. Un critère positif d'identification. En tant que critère positif, la seconde condition va permettre d'engager la responsabilité de la personne morale en raison des infractions commises à l'occasion d'activités destinées à assurer l'organisation, le fonctionnement⁹⁰⁰ et les objectifs de la personne morale⁹⁰¹.

Ainsi, dès lors que l'acte illicite a un lien direct ou indirect avec les activités normalement développées par l'être moral pour assurer l'accomplissement de ses finalités⁹⁰² ou pour assurer l'exploitation de l'entreprise⁹⁰³, il pourra être imputé à la personne morale. Il peut s'agir alors d'une infraction commise dans le cadre des structures du groupement⁹⁰⁴, dans le cadre des activités régulièrement réalisées par l'être collectif⁹⁰⁵ ou encore il peut s'agir d'une infraction qui se présente comme la conséquence de l'organisation de la personne morale⁹⁰⁶ ou comme le résultat d'une politique commerciale, économique ou sociale de l'être collectif⁹⁰⁷.

Par conséquent, on peut imputer l'infraction au groupement seulement dès lors qu'on constate un rapport plus ou moins étroit entre l'acte illicite et les raisons d'être de la personnalité morale⁹⁰⁸. De ce fait, l'acte illicite doit être accompli par la personne agissant en qualité dans l'exercice de ses fonctions – de sorte qu'il doit avoir un lien avec les missions ou les fonctions

⁹⁰⁰ J.-H. ROBERT, *La responsabilité des personnes morales*, p. 22. Dans le même sens, J. PRADEL, *La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994*, p. 172.

⁹⁰¹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 612. Dans le même sens : A. PEZARD, *op. cit.*, p. 13 ; C. MAURO, *op. cit.*, p. 65 ; et F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁰² F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 337.

⁹⁰³ « C'est également la position admise par certains droits étrangers. Par exemple, l'article 30 de l'OWIG en droit allemand applique la théorie du rapport d'entreprise ou *Verbandsunrecht* : les actes sont imputables à la personne morale lorsqu'ils ont un rapport avec l'entreprise exploitée » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 156. Dans le même sens, S. SALES, *op. cit.*, p. 220.

⁹⁰⁴ « Il s'agit de savoir si les structures de la personne morale ont permis ou facilité la commission des faits constituant l'infraction. Il faut entendre par structure l'ensemble des moyens découlant de la création de l'être moral et mis à la disposition de ses dirigeants pour assurer son fonctionnement » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 286.

⁹⁰⁵ Voir : F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 79 ; X. PIN, *Droit pénal général*, p. 290 ; et S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 100. Dans le même sens, le droit anglais énonce que l'acte illicite est imputable à la personne morale lorsqu'il a été commis dans le cadre de l'activité du groupement. Voir CS, R c/ Canadian Dredge and doc [1985], 1 RCS 662, 665.

⁹⁰⁶ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 33. « Il s'agit ici d'examiner le fonctionnement au jour le jour de la personne morale, de voir comment elle est gérée. Le juge pénal devra donc rechercher de quelle façon la vie de l'être moral se déroule. En effet, ces éléments sont susceptibles de démontrer que cette gestion tend à la réalisation de l'infraction considérée (...) L'examen de ces différents éléments peut montrer que cette gestion pousse à la commission de certaines infractions » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 288.

⁹⁰⁷ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 51. Quoi qu'il en soit, soit dans le cas où l'infraction est la conséquence de l'organisation du groupement, soit dans le cas où elle est le résultat d'une politique de l'entreprise, la personne morale est sanctionnée à cause de l'accomplissement de l'élément matériel de l'infraction par son représentant ou organe et non pas à cause de son organisation ou de sa politique. Donc, avec une telle observation l'on ne veut pas exiger une faute propre du groupement pour sa responsabilité pénale (faute distincte ou faute diffuse). En somme, l'infraction peut être la conséquence ou elle peut être le résultat de l'organisation ou de la politique de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit la conséquence ou le résultat de l'une ou de l'autre. Pour cette raison, l'on continue ici dans le cadre d'un système identificatoire et non pas organisationnel de responsabilité pénale des groupements.

⁹⁰⁸ B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377 et 378. Comme l'on a vu *supra* (n° 109), cela ne signifie pas cependant que l'infraction doive nécessairement être commise dans le cadre des activités comprises dans l'objet social du groupement. L'acte illicite doit avoir une connexion plus ou moins étroite avec ces activités, mais l'étendue de l'objet social n'impose pas une limite au champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales.

confiées aux organes ou représentants⁹⁰⁹. Autrement dit, la seconde condition, en tant que critère positif, exige que l'infraction soit le résultat d'un comportement fonctionnel, ès qualité de la personne physique⁹¹⁰, car il n'y a que les comportements accomplis dans la direction ou dans l'administration du groupement⁹¹¹ qui peuvent être perçus par le droit pénal comme l'expression de la subjectivité de la personne morale.

Par voie de conséquence, en tant que critère positif, la seconde condition permet d'engager la responsabilité pénale des groupements pour des infractions accomplies dans le cadre d'activités destinées à assurer l'organisation, le fonctionnement et les objectifs de l'être collectif. Dès lors que l'acte illicite est réalisé dans le cadre de ces activités, il est accompli pour le compte de la personne morale, raison pour laquelle elle pourra devenir pénalement responsable.

111. Où rechercher l'intérêt social ou le profit de la personne morale. Quoi qu'il en soit, encore en ce qui concerne le contenu de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, la question qui se pose alors est celle de savoir où exactement on doit rechercher l'intérêt social ou le profit du groupement.

D'aucuns⁹¹² ont souligné le fait que ces notions devraient être appréciées à l'égard de « l'activité à l'occasion de laquelle est commise l'infraction » et non pas à l'égard de l'infraction en elle-même⁹¹³ – de sorte qu'elles devraient être recherchées au niveau du contexte dans lequel l'acte illicite s'est produit. Selon ces auteurs, le profit ou l'intérêt social de la personne morale ne se réduiraient pas au produit ou au résultat de l'infraction⁹¹⁴, ce qui pourrait limiter le champ d'application d'une telle responsabilité – mais ces notions existeraient surtout au niveau de l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise. Pour cette raison, selon eux, un tel raisonnement permet d'engager cette responsabilité dans les hypothèses où l'on ne rencontre aucun profit ou intérêt social du groupement à l'égard de l'infraction, mais où l'on peut constater ces notions dans l'activité à l'occasion de laquelle l'acte illicite a été commis⁹¹⁵.

⁹⁰⁹ H. MATSOPOULOU, *L'extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 71.

⁹¹⁰ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 542. Dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale*, p. 1013.

⁹¹¹ « En définitive, la responsabilité pénale de la personne morale pourra être engagée dès lors que l'infraction est commise par un organe ou un représentant de celle-ci agissant dans le cadre de ses fonctions, au nom de la personne morale, dans la direction ou l'administration de celle-ci » H. RENOULT, *op. cit.*, p. 189.

⁹¹² Dans ce sens : E. DREYER, *op. cit.*, p. 714 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93 et 94.

⁹¹³ *Idem*, p. 93.

⁹¹⁴ L'on va donner plus de précision à ce qu'on appelle résultat de l'infraction *infra* (n° 144).

⁹¹⁵ « Si un défaut de surveillance, par exemple, s'explique par la politique de compression des coûts menée dans une entreprise, le profit réalisé par celle-ci doit être tenu pour établi alors même que l'accident qui survient ne peut lui être 'utile' » E. DREYER, *op. cit.*, p. 714. Dans le même sens, voir Cour de cass., Ch. crim., 7 juillet 1998, Bull. crim. 1998, n° 216.

À notre avis, le contenu de la condition de commission de l'infraction pour le compte de la personne morale doit être apprécié non seulement au niveau de l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, mais aussi au niveau de l'infraction elle-même. Si parfois on a du mal à voir l'intérêt social ou le profit que la personne morale peut retirer de l'accomplissement d'un acte illicite, comme par exemple dans le cas d'une infraction de pollution maritime, d'autres fois on peut facilement comprendre le profit ou l'intérêt social que le groupement peut attendre d'une infraction de corruption commise dans le but de gagner un marché public. Pour cette raison, toujours à notre avis, cette analyse devrait être effectuée en deux temps. Tout d'abord, on doit rechercher le profit ou l'intérêt social de la personne morale dans l'infraction elle-même. Ensuite, on doit rechercher le profit ou l'intérêt social du groupement à l'égard de l'activité à l'occasion de laquelle est commis l'acte illicite.

Une telle façon d'apprécier la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements peut être très utile, car elle nous aidera à mieux identifier le contenu de l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale. Cette assertion est possible puisque la position de l'intérêt social ou du profit dans le contexte des faits (si dans l'acte illicite lui-même ou si dans l'activité dans le cadre de laquelle l'acte illicite a été réalisé) peut nous aider à déterminer si l'infraction a été commise de manière intentionnelle ou non-intentionnelle par la personne morale⁹¹⁶.

Quoi qu'il en soit, une fois qu'on a étudié le contenu de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, on doit examiner la portée d'une telle condition. Cette étude est intéressante car, peut-être en raison de l'utilité qu'elle peut avoir en ce qui concerne le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales, l'exigence d'une infraction commise pour le compte du groupement a gagné beaucoup d'importance au sein de la jurisprudence française dans ces dernières années. Cette importance a été acquise grâce à un raisonnement par déduction qui a été conçu par la Cour de cassation en ce qui concerne le fait de l'organe ou du représentant (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – L'importance de la condition

Dans les années 2000, la Cour de cassation a créé par le biais de sa jurisprudence un mécanisme de « présomption » relativement à la première condition de la responsabilité pénale

⁹¹⁶ L'on verra cette question *infra* (n° 143 et s.).

des groupements, en déduisant le fait de l'organe ou du représentant à partir des circonstances de commission de l'infraction (§1). Cette jurisprudence a eu plusieurs conséquences sur la responsabilité pénale des personnes morales, mais elle a surtout mis en valeur l'importance de la seconde condition de cette responsabilité (§2)⁹¹⁷.

§1) L'évolution de la jurisprudence : présomption ou raisonnement par déduction ?

112. Une nouvelle jurisprudence. Tandis qu'au Brésil nos tribunaux restent encore timides, voire figés⁹¹⁸, quant à l'application de la responsabilité pénale des personnes morales, en essayant toujours de faire une interprétation orthodoxe de l'article 3 de la loi 9.605/98, en France la Cour de cassation à travers une série d'arrêts rendus à partir des années 2006 a essayé de changer sa façon de raisonner⁹¹⁹ et de caractériser le fait de l'organe ou du représentant (1^{ère} condition)⁹²⁰.

Cette nouvelle jurisprudence allait encore plus loin que celle selon laquelle il n'était plus nécessaire d'identifier au préalable la personne physique qui a accompli l'infraction au nom de la personne morale⁹²¹, car elle permettrait la condamnation de l'être collectif même dans les cas où les juges du fond n'avaient pas identifié l'organe ou le représentant de la personne morale auprès duquel l'infraction pourrait être rattachée⁹²². Selon la Cour de cassation, l'identification de l'organe

⁹¹⁷ Pour cette raison, il conviendra d'étudier cette jurisprudence de la Cour de cassation dans le titre deuxième de notre travail et non pas dans le titre premier. Certes, cette jurisprudence de la Chambre criminelle a pour objet la première condition de la responsabilité pénale des groupements, cependant elle a des conséquences remarquables quant à l'importance accordée à la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale.

⁹¹⁸ Il nous semble que l'existence d'un principe de spécialité au Brésil, lequel réduit considérablement le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales, n'a pas donné aux juges brésiliens la liberté nécessaire pour qu'ils puissent développer une jurisprudence plus audacieuse. L'on énonce une telle possibilité, car les « présomptions » développées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation sont applicables aux infractions qui ne peuvent pas être imputées aux personnes morales au Brésil à cause d'un tel principe. L'on va étudier plus en détail le principe de spécialité concernant le droit français et brésilien *infra* (n° 319 et s.).

⁹¹⁹ « Mais une évolution a suivi et la Chambre criminelle a validé une autre manière de raisonner » Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 75.

⁹²⁰ « Les arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation ont varié, passant d'une lecture stricte de l'article 121-2 du Code pénal à une appréciation plus souple de la caractérisation de l'implication d'un organe ou représentant » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 2.

⁹²¹ Voir *supra* (n° 70). D'un côté, dans la jurisprudence qui acceptait la condamnation de la personne morale sans l'identification de la personne physique agissant *ès qualité*, l'on a quand même une référence à l'organe ou au représentant de la personne morale auprès duquel l'on peut rattacher l'infraction (voir, par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560 ; et Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714). L'on n'identifie pas la personne physique qui est derrière l'écran de la personne morale, mais l'on énonce auprès de quel organe ou de quel représentant l'infraction peut être rattachée. D'un autre côté, dans les arrêts qui seront ici étudiés, la Cour de cassation n'exige aucune identification des organes ou des représentants auprès desquels l'infraction peut être rattachée, en déduisant leur participation à l'infraction à partir des circonstances du fait illicite.

⁹²² Dans le même sens : E. DREYER, *op. cit.*, p. 803 ; et J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 48. Il faut souligner que la rédaction des arrêts de ce courant jurisprudentiel montre bien qu'il n'y a même pas une identification abstraite de l'organe ou du représentant de la personne morale qui a accompli l'infraction. Dans ces décisions, la Cour de cassation fait référence à l'organe et au représentant de la personne morale presque toujours au

ou du représentant n'était plus nécessaire car l'on pouvait déduire la première condition de la responsabilité pénale des groupements à partir des circonstances du fait illicite⁹²³. En d'autres termes, selon cette jurisprudence, on n'aurait plus besoin de rechercher la qualité d'organe ou de représentant chez la personne qui a réalisé l'action ou l'omission illicite au nom du groupement, parce que dans certaines hypothèses on pouvait inférer à partir des faits que l'infraction n'a pu être commise que par un organe ou un représentant de l'être collectif.

Un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2006⁹²⁴ est à l'origine de l'inauguration d'une telle jurisprudence⁹²⁵. Le pourvoi en question contestait une décision de la Cour d'appel qui, en raisonnant en termes de commission du délit par la personne morale elle-même⁹²⁶, avait condamné l'être collectif pour l'infraction d'homicide involontaire, sans identifier au préalable le représentant ou l'organe qui aurait commis une faute susceptible d'engager la responsabilité pénale du groupement⁹²⁷. En l'espèce, la Cour de cassation va rejeter le pourvoi en se justifiant par le fait que « la demanderesse ne saurait se faire un grief de ce que les juges du fond l'aient déclarée coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit, dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants ».

pluriel, sans préciser ni si la personne agissant ès qualité était ou un organe ou un représentant, ni quel organe ou quel représentant elle était.

⁹²³ L'on veut dire que l'arrêt n'a pas identifié ni la personne physique qui était derrière l'écran de la personne morale, ni la fonction de représentant ou d'organe dans l'organigramme de la société auprès de laquelle l'infraction pouvait être rattachée.

⁹²⁴ Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255.

⁹²⁵ Pour M. SAENKO, l'arrêt qui a inauguré une telle jurisprudence d'une manière encore embryonnaire est celui du 21 mars 2000 (Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84712), mais la majorité des auteurs (voir, par exemple, J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 49) font référence à l'arrêt du 20 juin 2006 comme à l'origine d'une telle jurisprudence et même M. SAENKO admet que c'est ce dernier qui a posé cette jurisprudence de manière « franche et nette ». À notre avis, l'arrêt du 21 mars 2000 ne peut pas être perçu comme l'arrêt qui a inauguré une telle position jurisprudentielle car, nonobstant le fait que dans cette décision la Cour de cassation utilise une rédaction proche de celle utilisée dans les autres arrêts (« la cour d'appel n'a pas méconnu l'article 121-2 du Code pénal, dès lors que la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant »), il existe dans la décision une identification encore que générique du représentant qui a accompli l'infraction au nom de la personne morale. C'est pour cette raison que le pourvoi en l'espèce contestait la non identification de la personne physique derrière l'écran de la personne morale et non pas l'identification abstraite du représentant. Selon le moyen de cassation : « l'identification de la personne physique qui a commis l'infraction pour le compte de la personne morale est particulièrement impérative lorsque l'infraction poursuivie est une infraction volontaire », de sorte qu'on ne pourrait pas condamner une personne morale pour une infraction intentionnelle « sans identifier la personne physique ». Pour cette raison, nous sommes d'accord avec les auteurs qui pensent que l'arrêt à l'origine de cette jurisprudence est celui du 20 juin 2006.

⁹²⁶ Par exemple, en l'espèce, l'on rencontre dans l'arrêt de la Cour d'appel des affirmations telles que : « La société Sollac qui n'a pas accompli les diligences normales lui incombant » ; et « La société Sollac Lorraine n'a pas fait procéder » ; comme si l'infraction avait été accomplie directement par la personne morale. En raison d'un tel raisonnement, d'aucuns ont parlé d'une responsabilité pénale « sans représentation » de la personne morale. L'on verra une telle question *infra* (n° 118).

⁹²⁷ Le premier moyen de cassation dudit pourvoi énonçait « qu'en se bornant à imputer à la seule société Sollac Lorraine une infraction d'homicide involontaire pour n'avoir pas accompli les diligences normales lui incombant, compte tenu de sa mission, de ses fonctions et de ses compétences, ainsi que des moyens mis à sa disposition, sans rechercher l'organe ou le représentant de la société qui aurait commis une faute susceptible d'engager la responsabilité de la personne morale, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

Ensuite, la Haute juridiction reprendra un tel raisonnement dans un arrêt du 26 juin 2007⁹²⁸. Dans cet arrêt, nonobstant l'absence d'identification du représentant du groupement qui a accompli l'infraction⁹²⁹, la personne morale a été déclarée coupable du délit de blessures involontaires. Selon la Cour de cassation, en l'espèce, l'infraction « n'a pu être commise, pour le compte de la personne morale, que par ses organes ou représentants » - raison pour laquelle on n'aurait pas besoin d'identifier l'organe ou le représentant auprès duquel l'acte illicite pouvait être rattaché. La condamnation du groupement pouvait donc avoir lieu sans aucune identification préalable de la personne agissant *ès qualité*, puisque l'acte illicite semblait avoir été commise nécessairement par un organe ou représentant de la personne morale.

113. L'identification de l'organe ou du représentant et élément subjectif de l'infraction. Compte tenu de l'état de cette jurisprudence jusque là, on a pu penser qu'elle serait restreinte aux infractions non-intentionnelles⁹³⁰. Une telle restriction existerait car, selon certains auteurs, la personne morale emprunterait l'intention coupable de la personne agissant *ès-qualité*⁹³¹. Par conséquent, comme l'élément subjectif de l'infraction doit être constaté auprès de l'être humain, la recherche de l'*animus criminis* du groupement exigerait l'identification de l'organe ou du représentant qui a accompli l'infraction⁹³², au moins d'une manière abstraite⁹³³. Pour cette raison, cette nouvelle

⁹²⁸ Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821. Un tel raisonnement va être utilisé dans un arrêt du 15 janvier 2008, mais d'une manière moins explicite, voir Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805. Ensuite, il va être utilisé de manière explicite dans un arrêt du 15 février 2011, où la Chambre criminelle énonce que « les insuffisances du plan de prévention des risques étaient nécessairement imputables aux organes ou aux représentants de la personne morale en cause », voir : Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324.

⁹²⁹ Dans l'arrêt il n'y avait pas l'identification ni de l'organe ou du représentant, ni de la personne physique derrière l'écran de la personne morale. Pour cette raison, le pourvoi contestait dans son premier moyen de cassation que « sans préciser l'identité de la personne physique qui aurait été le représentant de la société Chemetall sur le chantier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁹³⁰ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale*, p. 1011. Il faut dire que tant l'arrêt du 20 juin 2006, comme celui du 26 juin 2007 ont eu pour objet une infraction non-intentionnelle.

⁹³¹ L. SAENKO, *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens, P. MORVAN, *op. cit.*, p. 178. L'on va travailler la question de l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale *infra* (n° 138 et s.).

⁹³² Un tel raisonnement est en harmonie avec l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle exigeait non seulement l'identification abstraite de l'organe ou du représentant, mais plus que ça l'identification de la personne physique derrière l'écran du groupement, justement pour qu'on puisse « caractériser à l'encontre d'une société l'élément intentionnel du délit » (voir Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848). « Intimement liées à la personne de l'auteur – voire à sa personnalité – la matérialité et l'intention coupable ne peuvent valablement être constatées loin de lui (...) l'*animus criminis* ne peut donc être constaté sans que son auteur soi identifié, voire authentifié » L. SAENKO, *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens, H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 115 et 116. À notre avis, l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale peut être constaté à dépit de l'identification de l'organe ou représentant, voir *infra* (n° 141 et s.).

⁹³³ L'on peut dire « au moins d'une manière générique » car la Chambre criminelle par l'intermédiaire de plusieurs arrêts et notamment via un arrêt du 24 mai 2000 (Cour de cass., Ch. crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-83414) avait déjà énoncé que l'identification de la personne physique derrière l'écran de la personne morale n'était pas nécessaire pour qu'on puisse imputer une infraction intentionnelle à l'encontre de la personne morale. Pour cette raison, la question qui se posait alors

jurisprudence ne serait pas applicable aux infractions intentionnelles⁹³⁴, car ces actes illicites « redonnent du relief à la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentants du groupement ». C'est pourquoi, concernant les infractions intentionnelles, l'identification des organes ou représentants serait « estimée nécessaire puisque c'est dans leur chef qu'il conviendrait de vérifier la présence de l'élément moral de l'infraction »⁹³⁵.

Toutefois, dans un arrêt du 25 juin 2008⁹³⁶ la Haute juridiction est allée encore plus loin et a consacré le raisonnement par « présomption » aussi pour les infractions intentionnelles. En l'espèce, il s'agissait d'une affaire complexe de « marges arrières », où plusieurs sociétés ont été condamnées pour faux et complicité sans que soient identifiés les organes ou les représentants qui ont accompli l'infraction pour le compte du groupement⁹³⁷. La Cour de cassation ne censure pas l'arrêt de la Cour d'appel qui « n'a pas raisonné en termes d'infraction commise par un organe ou représentant mais s'est placée exclusivement sur le terrain des relations entre ces sociétés »⁹³⁸. Selon la Haute juridiction, « les infractions retenues s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants ». Pour cette raison, l'identification de la personne agissant ès qualité n'était pas nécessaire en l'espèce, même face à une infraction intentionnelle.

En raisonnant ainsi, avec l'idée de « politique commerciale des sociétés »⁹³⁹, la Cour de cassation a donc fait l'extension de son raisonnement par « présomption » aux infractions

était celle de savoir si les infractions intentionnelles exigeaient au moins une identification générique de l'organe ou représentant du groupement auprès duquel l'infraction pouvait être rattachée.

⁹³⁴ Le raisonnement est le suivant : comme l'élément subjectif de l'infraction non-intentionnelle est réduite, l'on pourrait utiliser les « présomptions » pour cette catégorie d'infractions. Mais, pour les infractions intentionnelles l'on ne pourrait pas, car l'on serait obligé d'identifier la personne agissant ès qualité (au moins de manière abstraite) pour constater chez elle une volonté coupable. Dans ce sens, L. SAENKO, *op. cit.*, p. 13 et s.

⁹³⁵ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 39. En France, d'aucuns ont associé l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale à la condition relative aux organes et représentants, tandis que d'autres auteurs, notamment M. PLANQUE, ont associé l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale à la condition de commission de l'infraction pour le compte de la personne morale. L'on verra une telle question plus en détails *infra* (n° 139).

⁹³⁶ Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261.

⁹³⁷ Il a été contesté dans le pourvoi qu'en « se bornant à énoncer que les factures de rémunérations de services et prestations établies par la société ITM France au nom et pour le compte de sa filiale sont dépourvues de fondement et fausse (...) sans rechercher si ces faits, à les supposer établis, avaient été commis par un organe ou un représentant de la personne morale, agissant pour le compte de cette dernière, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 121-2 du code pénal ».

⁹³⁸ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 48.

⁹³⁹ Ce concept ne va pas être travaillé à nouveau par la Cour de cassation. Cependant, la Haute juridiction ne censura pas son utilisation par des Cours d'appel qui ont condamné la personne morale sans que son représentant ou son organe soit identifié, dès lors que l'infraction a été accomplie « selon une politique commerciale délibérée » de l'entreprise. Voir : Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82159 ; et Cour de cass., Ch. crim., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-86530. Contre la notion de « politique commerciale », voir P. MORVAN, *op. cit.*, p. 177.

intentionnelles⁹⁴⁰, en démontrant que cette nouvelle jurisprudence n'était pas restreinte aux infractions non-intentionnelles. L'extension de ce raisonnement par « présomption » en ce qui concerne les actes illicites volontaires sera ensuite réalisé par la Haute juridiction à plusieurs reprises⁹⁴¹.

114. Une présomption de fait. Face à ces arrêts, des auteurs ont donné une première interprétation à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁴². Selon eux, la Haute juridiction s'utiliserait d'une présomption de fait à l'encontre de la personne morale⁹⁴³. La partie poursuivante ne devrait plus prouver dans la procédure la première condition d'une telle responsabilité⁹⁴⁴, puisqu'on pouvait la présumer par voie d'un « raccourci probatoire » abstrait⁹⁴⁵. En d'autres termes, on n'avait

⁹⁴⁰ Face à ces arrêts deux raisonnements sont possibles. En premier lieu, celui selon lequel à cause de l'absence d'identification de la personne agissant *ès qualité* la Chambre criminelle présume aussi l'élément subjectif de l'infraction. Dans une telle hypothèse, l'on associe l'élément subjectif de l'infraction à la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales (le fait de l'organe ou représentant) et l'on souligne que la personne morale emprunte cet élément de l'infraction de la personne physique agissant *ès qualité*. En second lieu, celui selon lequel la Chambre criminelle ne présume pas l'élément subjectif de l'infraction dans ces arrêts, puisqu'elle ne va pas le déduire à partir de la première condition de la responsabilité des groupements (le fait de l'organe ou représentant), mais elle va le déduire à partir d'une autre circonstance du fait illicite. Dans une telle hypothèse, l'on peut penser que l'élément subjectif de l'infraction pourrait être associé à la seconde condition de la responsabilité pénale de la personne morale et non pas à la première. La condition d'une infraction commise « pour leur compte » pourrait être ainsi cette autre circonstance du fait illicite à partir de laquelle l'on peut déduire l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale. L'on verra une telle question plus en détail *infra* (n° 138 et s.), car à notre avis l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale doit être liée non à la première condition d'une telle responsabilité, mais plutôt à la condition du « pour leur compte ».

⁹⁴¹ Concernant l'infraction d'entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé : « l'infraction d'entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé a été nécessairement commise par un organe de la société » (Cour de cass., Ch. crim., 29 janvier 2009, pourvoi n° 07-81674). Concernant le délit de marchandage : « l'infraction retenue n'a pu être commise, pour le compte de la personne morale, que par ses organes ou représentants » (Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-88309). Concernant l'infraction de tromperie : « si l'arrêt ne précise pas son identité, l'auteur du manquement a l'obligation de vérifier la conformité du produit mis en vente ne peut être qu'un organe ou un représentant de la société » (Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140).

⁹⁴² Dans ce sens : L. SAENKO, *op. cit.*, p. 11 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 92. Il y a deux types de présomptions. Les présomptions de droit, lesquelles sont « créées par la loi à raison des difficultés de la preuve, elles tendent à considérer comme démontré l'élément matériel ou l'élément moral d'une infraction ». Et les présomptions de fait, qui « ont pour origine la technique de preuve inductive ou indiciaire. Élaborées d'abord par les officiers ou agents de police judiciaire, puis par les magistrats, à partir de faits constatés ou d'indices objectifs essentiellement recueillis lors des constatations, elles répondent à un objet : contourner une difficulté, voire une impossibilité, de preuve en tenant pour patent un élément qui est, a priori, inconnu de l'officier de police judiciaire ou du magistrat. Aussi concernent-elles principalement l'élément moral » J. BUISSON, Les présomptions de culpabilité, in *Revue Procédures – Éditions Juris-Classeur*, décembre 1999, p. 3. L'on peut penser aussi qu'en ce qui concerne les infractions attitrées la « présomption » utilisée par la Cour de cassation peut être perçue comme une « présomption » de droit et non seulement de fait.

⁹⁴³ « En présumant que ce dernier est l'auteur de l'infraction commise pour le compte de sa société, la chambre criminelle implique que l'intention soit elle-même présumée. Non prévue par la loi, cette présomption d'intentionnalité du seul constat de la matérialité est choquante » L. SAENKO, *op. cit.*, p. 13. Selon un tel raisonnement, l'on ne peut pas vérifier l'élément subjectif de l'infraction sans identifier l'organe ou le représentant du groupement, pour cette raison si l'on n'exige pas une telle identification l'on présume nécessairement cet élément de l'infraction chez la personne morale. C'était pour une telle raison qu'on a parlé d'une « présomption de culpabilité ».

⁹⁴⁴ « Ces présomptions de culpabilité ou de responsabilité (...) ont pour objet de mettre à la charge de la partie poursuivie la preuve de son innocence » J. BUISSON, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁴⁵ A. COEURET, La responsabilité pénale en droit pénal du travail : vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009, p. 111. Quelques auteurs sont allés plus loin pour dire qu'il s'agissait d'une présomption irréfragable de culpabilité (P.

plus besoin de démontrer que le comportement illicite a été accompli par un organe ou représentant, car on pouvait présumer le fait que l'infraction a été nécessairement commise par une personne physique agissant *ès qualité*. En raison d'une telle présomption, on n'avait guère besoin d'identifier l'organe ou le représentant auprès duquel l'acte illicite pouvait être rattaché et cela notamment dans trois hypothèses.

Tout d'abord, une telle présomption existerait en raison de la nature attitrée des infractions⁹⁴⁶, particulièrement dans le domaine des actes illicites relatifs à la santé et à la sécurité du travail⁹⁴⁷. Ensuite, elle pouvait exister à cause des circonstances de faits de l'acte illicite, celles-ci étant telles qu'ils « ne semblent pouvoir s'expliquer que par l'implication d'un organe ou représentant »⁹⁴⁸. Finalement, elle existerait en raison de la qualité d'auteur intellectuel de l'infraction⁹⁴⁹. Dans ce cas, le contexte dans lequel l'infraction a été commise permettrait de conclure qu'elle a nécessairement été réalisée « sur l'ordre ou avec l'assentiment des dirigeants du groupement qui avaient le pouvoir d'en empêcher la commission »⁹⁵⁰.

Devant ces hypothèses, le juge ne serait plus obligé d'identifier l'organe ou le représentant qui a accompli l'infraction pour le compte de l'être moral, puisqu'on pouvait faire une « économie

MORVAN, *op. cit.*, p. 177). L'on ne peut pas nier que la caractérisation de la faute à l'égard de l'organe ou du représentant de la personne morale est une règle de preuve, laquelle est plus attachée à la procédure pénale qu'au droit pénal de fond. Cependant, la forme de démonstration du fait illicite à l'égard du représentant ou organe est intimement liée à la conception que l'on peut avoir de la nature de la responsabilité pénale des groupements et à l'importance qu'on peut donner à chacune des conditions d'une telle responsabilité. Pour cette raison, l'on peut dire qu'une telle question nonobstant son caractère procédural a des implications sur le droit substantiel. Dans le même sens A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 303.

⁹⁴⁶ M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, coll. « NBT », Paris : Dalloz, 2012, p. 321.

⁹⁴⁷ Tel était le cas de l'arrêt du 20 juin 2006 et de celui du 1^{er} décembre 2009. Dans cette hypothèse, seuls les organes ou les représentants de la personne morale ont la qualité requise par l'incrimination pour qu'on puisse devenir auteur du fait illicite. Pour cette raison, dès lors qu'une telle infraction est commise au sein de l'entreprise elle ne peut être commise « que » par les organes ou les représentants de la personne morale. Cette « présomption » rencontre l'esprit du Code du travail qui confie à l'employeur « la charge des obligations de sécurité dans l'entreprise tandis que le droit pénal décline cette fonction en chef d'entreprise ou déléguataire » (J. TRICOT, *op. cit.*, p. 37). Pour cette raison, une fois qu'on constate le mépris d'une obligation d'hygiène ou de sécurité au sein de la société il serait « inutile d'élucider la question de l'intervention humaine puisque » même si le chef d'entreprise a délégué ses pouvoirs « la personne morale reste responsable » (J.-H. ROBERT, La personne morale pénalement responsable de l'accident survenu sur un chantier conduit par plusieurs entreprises, *in JCP*, 2010, p. 1193). Par rapport à la possibilité d'imputer une incrimination du droit pénal du travail à l'encontre de la personne morale, voir M. SEGONDS, *Un an de droit pénal du travail*, *in JCP*, 2010.

⁹⁴⁸ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 39. C'est le cas de l'arrêt du 25 juin 2008, lequel utilise la notion de politique commerciale. Comme les faits ont révélé que l'infraction est étroitement liée à la politique commerciale dégagée par l'entreprise, l'on peut conclure que l'acte illicite n'a pu être commise que par l'organe ou le représentant de la personne morale, car ce sont eux qui déterminent le contenu de cette politique commerciale.

⁹⁴⁹ F. STASIAK, Chronique de jurisprudence Infractions boursières, *in RSC*, 2010, p. 167.

⁹⁵⁰ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 41. C'est le cas par exemple de l'arrêt du 28 janvier 2009, dans lequel la Cour de cassation a conclu que le salarié de la personne morale « n'a pas agi de sa propre initiative, mais au profit de la société et après en avoir informé sa hiérarchie qui ne lui a pas interdit de procéder ainsi », raison pour laquelle « l'infraction d'entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé a été nécessairement commise par un organe de la société ». En France, la notion d'auteur intellectuel était consacrée dans les avant-projets de Code pénal de 1978 (art. 2110) et de 1983 (art. 25). Sur une telle notion, voir *supra* (n° 29).

de preuve » et présumer que la personne qui a réalisé l'acte illicite avait nécessairement la qualité de représentant ou d'organe.

115. Une jurisprudence contestée. En raison de cette première interprétation de la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle voyait dans ces arrêts l'utilisation d'un mécanisme d'imputation par « présomption irréfragable de culpabilité »⁹⁵¹, une Question Prioritaire de Constitutionalité a été soulevée pour contester cette jurisprudence à l'égard notamment du principe de légalité⁹⁵². Selon l'argument qui a été soulevé dans la Question, l'article 121-2 du Code pénal pourrait porter atteinte à l'article 8 de la Déclaration de 1789, « en ce qu'il permet de retenir la responsabilité pénale d'une personne morale sans même qu'un fait précis soit imputé à ses organes ou représentants ni même que ceux-ci soient identifiés ».

« Cet argument pouvait paraître sérieux, prenant appui sur la jurisprudence très libre de la Chambre criminelle à l'égard d'un texte dont elle a gommé la condition essentielle (...) créant des présomptions qui permettent des ellipses de motivations dans les décisions de condamnation »⁹⁵³. Cependant, la Cour de cassation a refusé de transmettre cette Question Prioritaire de Constitutionalité au Conseil Constitutionnel, notamment parce qu'elle n'aurait pas un caractère sérieux et tendait « en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation » de l'article 121-2 du Code pénal⁹⁵⁴.

Néanmoins, malgré cette décision de non transmission, une telle contestation de la jurisprudence de la Cour de cassation a eu ses effets au sein de la Chambre criminelle⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ Dans ce sens, P. MORVAN, *op. cit.*, p. 177. C'était à cause d'une telle interprétation que des auteurs ont parlé d'une responsabilité de la personne morale sans représentation. L'on va étudier une telle idée *infra* (n° 118).

⁹⁵² Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2010, décision de non transmission n° 09-87884. Il y a aussi deux autres Questions Prioritaires de Constitutionalité qui peuvent être citées relativement au sujet, quoiqu'elles travaillent le thème sous un autre angle d'attaque : Cour de cass., Ch. crim., 29 mars 2011, décision de non transmission n° 11-90007 (compatibilité entre l'article 121-2 du Code pénal et les principes de l'égalité de tous devant la loi, de la légalité, de la personnalité et celui de la présomption d'innocence); et Cour de cass., Ch. crim., 27 avril 2011, décision de non transmission n° 11-90013 (la faute non-intentionnelle chez la personne morale et sa compatibilité avec le principe d'égalité devant la loi).

⁹⁵³ B. DE LAMY, Chronique de droit pénal constitutionnel, *in RSC*, 2011, p. 178. Il faut dire que l'utilisation des présomptions de culpabilité par la jurisprudence et par la loi est reconnue comme valable par la Cour de cassation (voir : Cour de cass., Ch. crim., 10 février 1992, pourvoi n° 90-83278 ; et Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 99-84764), par le Conseil Constitutionnel (Conseil Const., décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999) et par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France* et CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c/ France*). Mais deux conditions sont nécessaires pour que l'utilisation des présomptions soit admise. Tout d'abord, elle doit prendre en compte la gravité de l'enjeu, en restant dans les limites du raisonnable. Ensuite, elle ne peut pas être irréfragable et doit respecter les droits de la défense pour que la personne poursuivie puisse démontrer le contraire. La décision du Conseil Constitutionnel français du 16 juin 1999 ajoute que les présomptions ne peuvent être utilisées que quand « les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ».

⁹⁵⁴ Pour une analyse critique d'une telle décision voir B. DE LAMY, *Chronique de droit pénal constitutionnel*, p. 178.

⁹⁵⁵ Des auteurs en France ont aussi critiqué une telle jurisprudence : « Ce faisant, la Cour de cassation heurte le principe de la présomption d'innocence, garanti par l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'homme et expressément consacré par l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Elle méconnaît aussi la règle de l'interprétation stricte de la

116. Un renversement de la jurisprudence ? Cette assertion est possible car dans un arrêt du 11 octobre 2011⁹⁵⁶ la Chambre criminelle va nuancer sa jurisprudence. Il s'agissait d'une affaire d'homicide involontaire dans lequel la société EDF avait été condamnée en raison de la négligence de deux de ses salariés qui n'ont pas préparé l'intervention d'un salarié d'une entreprise extérieure, en assurant « la mise hors tension du poteau du haut duquel l'employé était tombé après s'être électrocuté ». Pour retenir la responsabilité de EDF la Cour d'appel avait fait valoir que « la mise en jeu de la responsabilité pénale de la société EDF (...) n'est pas de nature à faire grief, dès lors que l'infraction n'a pu être commise que par ses organes ou représentants ». Cependant, nonobstant l'état de la jurisprudence à l'époque, la Cour de cassation va censurer l'arrêt de la Cour d'appel, au motif qu'en « se prononçant ainsi, sans mieux s'expliquer sur l'existence effective d'une délégation de pouvoir ni sur le statut et les attributions des agents mis en cause propres à en faire des représentants de la personne morale, au sens de l'article 121-2 du code pénal, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

Face à cet arrêt, des commentateurs⁹⁵⁷ ont vu là un « tempérament », voire un « revirement »⁹⁵⁸ implicite de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, en l'espèce, la Chambre criminelle pouvait recourir à son raisonnement par « présomption », justement pour déduire de la faute des salariés l'imprudence des organes ou des représentants de l'EDF. Néanmoins, contrairement à ce qu'elle a fait dans ses décisions antérieures, elle n'a pas utilisé en l'espèce un tel raisonnement⁹⁵⁹. De ce fait, cette décision a été perçue par certains juristes comme un revirement implicite de la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle n'accepterait plus l'utilisation des « présomptions » concernant la responsabilité des personnes morales.

Cette décision sera suivie par un arrêt du 11 avril 2012⁹⁶⁰, où la Cour de cassation casse une décision de la Cour d'appel de Chambéry, laquelle avait condamné une personne morale pour l'infraction de blessures involontaires sans identifier l'organe ou le représentant auprès duquel on pouvait rattacher l'infraction. La rédaction du chef de cassation ici est la même que celle de l'arrêt du 11 octobre 2011 et une fois de plus la Cour de cassation n'a pas utilisé un raisonnement par

loi pénale » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 114 et 115.

⁹⁵⁶ Cour de cass., Ch. crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-87212.

⁹⁵⁷ J.-H. ROBERT, Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales, *in JCP*, 2011, p. 1385.

⁹⁵⁸ « Nouveau revirement et retour au stade initial avec un arrêt remarqué du 11 octobre 2011 » J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 493.

⁹⁵⁹ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 38. L'on verra *infra* (n° 117) les raisons pour lesquelles la Cour de cassation n'utilise pas ses « présomptions » en l'espèce.

⁹⁶⁰ Cour de cass., Ch. crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-86974.

« présomption » à l'encontre de la personne morale⁹⁶¹. Ensuite, plusieurs arrêts vont confirmer ce prétendu revirement de jurisprudence relatif à la responsabilité pénale des personnes morales⁹⁶².

Pourtant, dans une décision du 18 juin 2013⁹⁶³ la Cour de cassation va revenir en arrière et ne va pas censurer un arrêt qui a utilisé un raisonnement par « présomption » concernant la première condition de la responsabilité des personnes morales. En l'espèce, il était reproché à l'association Ski Club l'Etoile Sportive du Buet le fait de ne pas avoir « protégé les skieurs compétiteurs en neutralisant le danger constitué par des arbres implantés sur leur piste ». À cause d'une telle négligence, laquelle a eu pour conséquence le décès de Mme. X, la personne morale en question a été condamnée par l'infraction d'homicide involontaire, alors que dans l'arrêt de la Cour d'appel n'étaient pas identifiés les organes ou les représentants de la personne morale à l'origine d'une telle faute⁹⁶⁴. Invité par le pourvoi à « conforter une lecture stricte de l'article 121-2 du Code pénal », la Cour de cassation ne casse cependant pas l'arrêt. La Haute juridiction énonce que la personne morale est déclarée « coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit » car « l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de l'association, que par son président, responsable de la sécurité », raison pour laquelle la Cour d'appel a bien justifié sa décision.

Cet arrêt pourrait être perçu alors comme un retour à la jurisprudence de la Cour de cassation qui permettait un raisonnement par voie des « présomptions » concernant la première condition de la responsabilité pénale des groupements⁹⁶⁵ ; notamment parce qu'en l'espèce la

⁹⁶¹ Le moyen unique de cassation invoquait « qu'en s'abstenant de rechercher si le manquement incriminé sur le chantier litigieux avait été commis par des organes ou des représentants de la société, jouissant d'une délégation, la cour de Chambéry a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ».

⁹⁶² Cour de cass., Ch. crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-84415 ; Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2013, pourvoi n° 12-80022 – dans cet arrêt la rédaction est un peu différente : la Cour d'appel sans « préciser en quoi les infractions qu'elle retenait avaient été commises pour le compte de la société SICRA, par un de ses organes ou représentants, a méconnu les textes susvisés » ; et Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84660.

⁹⁶³ Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917.

⁹⁶⁴ En raisonnant en termes de commission de l'infraction par la personne morale elle-même, la Cour d'appel impute la faute directement à l'encontre de la société, sans identifier ni l'organe ou le représentant de la personne morale auquel l'on pouvait rattacher une telle faute, ni la personne physique derrière l'écran du groupement : « a commis une faute d'impudence et de négligence l'Association Ski Club l'Etoile Sportive du Buet à l'origine du décès de Mme X..., cette organisation ayant omis d'accomplir, au plan sécuritaire, les diligences normales qui lui incombait » ; et « qu'il appartenait, dans ces conditions, à l'Association poursuivie, de protéger les skieurs compétiteurs en neutralisant le danger constitué par des arbres implantés sur leur piste ». Contre la décision, le moyen unique de cassation invoquait l'argument suivant : « Sans rechercher si cette faute résultait des manquements imputables à l'un des organes ou représentants de l'association, au sens de l'article 121-2 du code pénal » la Cour d'appel « n'a pas justifié sa décision au regard des textes susvisés ».

⁹⁶⁵ Nonobstant le fait que la Cour de cassation ne censure pas l'arrêt, elle complète la décision, en indiquant de manière abstraite quel était le représentant de la société auprès duquel l'on pouvait rattacher l'infraction (le président). Donc, la Chambre criminelle ne censure pas l'arrêt de la Cour d'appel qui ne fait pas une identification, ni abstraite ni concrète, de l'organe ou le représentant qui a accompli l'infraction. Par ailleurs, elle utilise une rédaction équivalente à celle utilisée dans les arrêts où elle travaillait avec des « présomptions ». Pour cette raison, l'on pouvait apercevoir une telle décision comme un retour à l'ancienne jurisprudence. Mais, il faut souligner que la Cour de cassation en l'espèce donne plus de précision quant à l'identification de la personne agissant *ès qualité*, en indiquant de manière abstraite l'organe responsable de

Haute juridiction n'a pas censuré l'arrêt de la Cour d'appel, lequel n'avait pas identifié l'organe ou le représentant de la personne morale auprès duquel l'on pourrait rattacher l'infraction.

Toutefois, le lendemain, le 19 juin 2013⁹⁶⁶, la Chambre criminelle « rendait un arrêt semblant s'inscrire à rebours »⁹⁶⁷, puisqu'elle condamnait une décision de la Cour d'appel qui avait utilisé un raisonnement par « présomption » à l'encontre de la personne morale. En l'espèce, la Caisse des dépôts et consignations avait communiqué dans le cadre d'un litige civil un rapport d'audit interne daté de janvier 1995, en indiquant qu'il n'existerait aucun autre rapport. Néanmoins, l'enquête a démontré qu'en réalité il existait un autre rapport qui a été réalisé en 1994. Pour cette raison, ladite société avait été condamnée pour l'infraction d'escroquerie au jugement. Dans l'arrêt, la Cour d'appel n'avait donné aucune indication du représentant ou de l'organe de la personne morale responsable de l'accomplissement de l'infraction, mais elle a seulement fait mention de façon très générique aux « représentants de la société »⁹⁶⁸. La Cour de cassation va alors casser l'arrêt au motif « qu'en prononçant ainsi, sans mieux rechercher si les faits reprochés avaient été commis, pour le compte de la personne morale poursuivie, par l'un de ses organes ou représentants, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ». La Haute juridiction reprochait donc à nouveau l'utilisation d'un raisonnement par « présomption » concernant la responsabilité pénale des groupements.

Face à ces nouveaux arrêts, des auteurs ont souligné que le « manque de constance de la jurisprudence de la Cour de cassation »⁹⁶⁹ s'expliquerait par l'existence de deux courants jurisprudentiels divergents au sein de la Chambre criminelle⁹⁷⁰. D'une part, celui qui exigerait l'identification de l'organe ou du représentant auprès duquel on pourrait rattacher l'infraction, pour qu'on puisse retenir la responsabilité pénale d'une personne morale. D'autre part, le courant

l'infraction. Pour cette raison, l'on peut dire en outre que cet arrêt souligne le fait que la Chambre criminelle continue toujours à veiller au respect à la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales, mais elle accepte quand même un raisonnement par déduction en ce qui concerne cette condition, lequel permet de déduire à partir des faits la participation de l'organe ou du représentant dans l'infraction, sans avoir besoin d'identifier la personne physique derrière l'écran de la personne morale.

⁹⁶⁶ Cour de cass., Ch. crim., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-82827.

⁹⁶⁷ C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁶⁸ Dans l'arrêt, la Cour d'appel n'indique ni l'identité de la personne physique derrière l'écran de la personne morale, ni quel était le représentant ou l'organe qui a accompli l'infraction pour le compte du groupement. La décision énonce seulement qu'il « est constant que l'infraction a été commise pour le compte de la CDC par ses représentants qui avaient intérêt à dissimuler un tel rapport, mettant en cause leur gestion dans les opérations de prêts-emprunts conclu entre la CDC et le Groupement privé de gestions ». Le pourvoi invoquait alors, comme premier moyen en cassation, « qu'en se bornant, pour confirmer la déclaration de culpabilité de la caisse des dépôts et consignations, à affirmer que le délit a été commis par les représentants de la CDC, sans plus de précision, la cour d'appel, qui n'a pas recherché l'organe ou le représentant auteur de l'infraction, a méconnu l'article 121-2 du code pénal ».

⁹⁶⁹ J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 49.

⁹⁷⁰ « Constat d'une division interne et persistante au sein de la chambre criminelle de la Cour de cassation » E. DREYER, *op. cit.*, p. 803. Dans le même sens, voir H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 118.

selon lequel on pouvait « présumer » dans certaines hypothèses la commission de l'infraction par un organe ou un représentant de la personne morale, raison pour laquelle une telle identification ne serait pas nécessaire.

Cependant, une analyse plus approfondie des arrêts rendus par la Cour de cassation peut démontrer qu'en effet cette divergence n'existerait qu'en apparence, car la jurisprudence de la Chambre criminelle reste cohérente au sein d'une casuistique diversifiée⁹⁷¹, laquelle est parfois délicate à lire⁹⁷². En outre, cette analyse plus approfondie nous permet de conclure que, contrairement à la première interprétation qui a été faite d'une telle jurisprudence, la Haute juridiction n'utilise pas de présomption à l'encontre de la personne morale. En réalité, elle utilise un raisonnement par déduction concernant le fait de l'organe ou représentant.

117. Un raisonnement par déduction. Dans l'état actuel de la jurisprudence en France, il nous semble que l'explication la plus vraisemblable⁹⁷³ pour analyser l'ensemble des arrêts rendus par la Cour de cassation dès les années 2000 est celle selon laquelle la Haute juridiction n'utilise pas de présomptions pour retenir la responsabilité pénale de la personne morale. En effet, à partir des circonstances de l'infraction, la Cour de cassation s'appuie sur un raisonnement par déduction pour conclure à l'implication de l'organe ou du représentant dans l'acte illicite⁹⁷⁴.

On peut faire une telle affirmation car la Chambre criminelle dans ses décisions ne réalise pas une « démarche intellectuelle et abstraite », destinée à démontrer l'implication de l'organe ou représentant dans l'infraction par voie d'un « raccourci probatoire ». En revanche, elle réalise une « appréciation détaillée de la réalité des faits », grâce à laquelle on peut déduire des circonstances de la cause l'implication de l'organe ou représentant de l'être collectif dans l'infraction – sans qu'il soit nécessaire de l'identifier⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3. Dans le même sens, M. PIN énonce « qu'il n'y a pas d'incohérence entre ces arrêts si l'on admet que ce n'est qu'une question de preuve et de motivation suffisante liée à la nature même des infractions et de leur contexte » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 303.

⁹⁷² C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁷³ E. DREYER, *op. cit.*, p. 799.

⁹⁷⁴ « En réalité, le pas de la présomption ne semble pas avoir été franchi par la Cour de cassation puisque plusieurs arrêts ont semblé revenir à une lecture plus restrictive de l'article 121-2 du Code pénal » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3. Dans le même sens, Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 73.

⁹⁷⁵ Dans le même sens, C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 4. « C'est dire que, lorsque la haute juridiction inverse les données, déduisant de la responsabilité de la personne morale la commission de l'infraction par ses dirigeants ou représentants, ce n'est pas par facilité, par un artifice gratuit revenant à modifier la substance même des dispositions de l'article 121-2 du code pénal, mais par implication, par déduction rationnelle d'une conclusion elle-même dictée par les circonstances. La présomption relève d'une démarche intellectuelle et abstraite, destinée à compenser ce qu'un constat direct ne saurait révéler » Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 73.

La Cour de cassation ainsi ne présume pas la première condition de la responsabilité pénale de la personne morale, mais elle la déduit dès lors que le contexte de commission de l'infraction établit clairement et avec certitude une implication de l'organe ou du représentant du groupement dans le fait illicite⁹⁷⁶. De ce fait, il arrive que la Chambre criminelle fasse parfois une lecture plus souple de l'article 121-2 du Code pénal, en admettant que l'implication de l'organe ou représentant dans l'infraction soit démontrée sans aucune identification préalable, de sorte qu'on peut la soustraire à partir des faits connus.

Cette lecture plus souple est utilisée notamment dans les situations où l'on peut déduire avec certitude, à partir des circonstances de l'infraction, l'implication de l'organe ou du représentant de la personne morale dans l'acte illicite⁹⁷⁷. En premier lieu, quand le débiteur de l'obligation violée est nécessairement l'organe ou le représentant du groupement⁹⁷⁸. C'était par exemple le cas de l'arrêt du 18 juin 2013⁹⁷⁹. En second lieu, quand la commission de l'infraction ne peut être rattachée qu'au pouvoir de direction ou de contrôle d'un organe ou représentant de la personne morale, puisque dans une telle hypothèse le niveau de prise de décision lié à l'acte illicite révèle qu'il a été nécessairement commis par un organe ou un représentant de la personne morale⁹⁸⁰. C'était par exemple le cas des arrêts du 25 juin 2008 et du 28 janvier 2009. Dans ces situations, une identification plus précise de la personne agissant ès qualité n'est pas nécessaire, car on peut déduire des circonstances de la cause l'implication de l'organe ou représentant de l'être collectif dans l'infraction.

⁹⁷⁶ « L'implication, au contraire, reste rivée à la réalité, dont elle rend compte par une déduction rigoureuse : elle n'est pas une économie de preuve, elle est une preuve à part entière, mais dont l'expression n'a pas à être formelle, pour être déjà contenue dans la solution consacrée au fond » Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 75.

⁹⁷⁷ « C'est alors vers les circonstances de faits qu'il faut se tourner, celles-ci étant telles qu'elles ne semblent pouvoir s'expliquer que par l'implication d'un organe ou représentant » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁷⁸ Il fut admis que l'imputation d'une infraction aux organes ou représentants peut être déduite « lorsque la faute pénale se manifeste comme la violation d'une obligation relevant nécessairement de la compétence ou des fonctions d'un organe ou d'un représentant » J.-C. SAINT-PAU, La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation, in *Gazette du Palais*, mars 2011, p. 9. En outre, une telle violation peut être non-intentionnelle (Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255) ou intentionnelle (Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140). Une telle hypothèse d'imputation existe dans le droit pénal des Pays-Bas, lequel travaille avec l'idée d'auteur fonctionnel pour la décrire, voir J. VERVAELE, *op. cit.*, p. 325.

⁹⁷⁹ C'était le cas aussi des arrêts suivants : Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255 ; Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324.

⁹⁸⁰ Dans le même sens, Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 76. Pour cette raison, M. DREYER propose l'utilisation d'un critère lié à l'exercice d'un pouvoir de direction pour déduire la condition de l'organe ou du représentant. Il faut se demander « si l'infraction a été commise dans l'exercice d'un pouvoir de direction. Lorsque l'infraction suppose l'exercice d'un tel pouvoir, elle ne peut avoir été commise que par un organe ou représentant (...) lorsque l'infraction ne suppose pas l'exercice d'un tel pouvoir, il faut alors démontrer qu'elle a été commise par un organe ou représentant pour le compte du groupement » E. DREYER, *op. cit.*, p. 803.

Toutefois, si la complexité des faits⁹⁸¹ ou leur opacité ne permettent pas ce raisonnement par déduction, la Cour de cassation exige une lecture plus stricte de l'article 121-2 du Code pénal. Dans cette hypothèse, la Haute juridiction exige des juges du fond qu'ils recherchent mieux si « les faits reprochés avaient été commis, pour le compte de la personne morale, par l'un de ses organes ou représentants »⁹⁸². En réalité, face à la complexité des faits, il sera parfois nécessaire de faire une analyse plus détaillée de l'identité de l'organe ou représentant qui a agi au nom du groupement, pour qu'on puisse acquérir la certitude que l'infraction a été accomplie par une personne agissant *ès qualité*. C'était le cas par exemple de l'arrêt du 19 juin 2013⁹⁸³. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation va exiger une recherche plus détaillée de l'identité de l'organe ou représentant auprès duquel l'infraction peut être rattachée, puisque l'opacité ou la complexité des faits ne nous permet parfois pas de déduire à partir des circonstances de l'infraction l'implication de la personne agissant *ès qualité* dans l'acte illicite.

Somme toute, à partir d'une analyse de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'on peut dire que la Chambre criminelle paraît avoir pleine conscience du fait que « les niveaux de la prise de décision, la marge de manœuvre laissée à certains cadres, ou les initiatives personnelles en dehors de tout mandat », rendent complexe la systématisation d'une « présomption » du fait de l'organe ou représentant de l'être collectif⁹⁸⁴. Pour cette raison, la Haute juridiction n'utilise pas de présomptions *stricto sensu* pour conclure à l'existence de la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales. En réalité, la Cour de cassation utilise

⁹⁸¹ « Donc suivant la plus ou moins grande complexité des affaires, ou bien les juges déduiront la participation de l'organe ou du représentant des circonstances, ou bien ils exigeront l'identification de cet organe ou ce représentant » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 303.

⁹⁸² « Les retombées en sont importantes, pour inviter les juges du fond à ne pas faire l'économie de l'identification des dirigeants ou représentants de la personne morale dès lors que les faits ne se prêtent pas à l'assurance de leur participation à l'infraction. S'ils ne peuvent être autrement compris que comme renvoyant aux dirigeants eux-mêmes (...) la preuve par implication n'est pas possible, et il appartient aux juridictions de les restituer dans leur totale et parfaite objectivité, sans rien dénaturer de ce qui est à même de se convaincre de la représentation de la personne morale » Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 75.

⁹⁸³ Dans cet arrêt la décision frauduleuse à l'origine de l'escroquerie ne pouvait pas être rattachée directement au pouvoir de direction des organes ou représentants de la société. Dans le même sens, soit parce que l'obligation violée n'avait pas en tant que débiteur un organe ou un représentant de la personne morale, soit parce que l'infraction ne révélait pas d'un pouvoir de direction ou de contrôle de l'organe ou du représentant du groupement, voir les arrêts suivants : Cour de cass., Ch. crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-87212 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-86974 ; Cour de cass., Ch. crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-84415 ; Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2013, pourvoi n° 12-80022 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84660 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} avril 2014, pourvoi n° 12-86501 ; Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-82677 ; Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-81406 ; Cour de cass., Ch. crim., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-83270 ; Cour de cass., Ch. crim., 2 septembre 2014, pourvoi n° 13-83956.

⁹⁸⁴ C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3.

un raisonnement par déduction pour vérifier l'existence d'une telle condition au travers d'une « appréciation détaillée de la réalité concrète » des faits⁹⁸⁵.

Dès lors que les faits « ne parlent pas d'eux mêmes »⁹⁸⁶ et que l'implication de l'organe ou représentant dans l'infraction ne peut pas être déduite du contexte de l'acte illicite, la Cour de cassation demande que les juges du fond fassent une recherche plus précise pour savoir « si les faits reprochés avaient été commis, pour le compte de la personne morale poursuivie, par l'un de ses organes ou représentants »⁹⁸⁷. Toutefois, si les faits « parlent d'eux-mêmes », de sorte que l'infraction semble ne pas pouvoir s'expliquer que par l'implication d'un organe ou représentant, l'identification de la personne agissant ès qualité auprès de laquelle on peut rattacher l'infraction n'est pas nécessaire et on peut faire un raisonnement par déduction en ce qui concerne la première condition de cette responsabilité.

Par conséquent, cette nouvelle jurisprudence n'est pas une présomption de culpabilité par rapport à la première condition de la responsabilité pénale des groupements, mais il s'agit d'un raisonnement par déduction utilisé par la Cour de cassation dans certaines hypothèses.

Dans ce contexte, l'on peut dire que la Cour de cassation continue toujours à faire respecter la lettre de l'article 121-2 du Code pénal même en l'état actuel de la jurisprudence⁹⁸⁸. Ce qui change d'un cas à l'autre, et c'est peut-être pour cette raison que des auteurs parlent occasionnellement d'une divergence jurisprudentielle, c'est la manière qu'a la Chambre criminelle d'apprécier la démonstration du fait de l'organe ou du représentant. Parfois elle exige une identification au moins abstraite de la personne agissant ès qualité. D'autres fois, elle accepte un raisonnement par déduction en ce qui concerne l'implication du représentant ou organe dans l'acte illicite⁹⁸⁹. Cependant, cette casuistique diverse n'ôte pas la cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation – raison pour laquelle, on ne peut pas parler ni d'une divergence jurisprudentielle au sein de la Chambre criminelle, ni de l'utilisation d'une présomption à l'encontre des groupements.

Quoi qu'il en soit, l'étude détaillée d'une telle jurisprudence a été nécessaire pour qu'on puisse maintenant bien comprendre les effets qu'elle a eus sur deux thèmes. En premier lieu, sur

⁹⁸⁵ Y. MAYAUD, *Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement*, p. 75.

⁹⁸⁶ E. DREYER, *op. cit.*, p. 801.

⁹⁸⁷ Dans le même sens, E. DREYER, *op. cit.*, p. 801.

⁹⁸⁸ Par ailleurs, il faut souligner que les arrêts de la Cour de cassation de 2014 déjà cités ci-dessus confirment une telle solution, voir par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 25 mars 2014, pourvoi n° 13-80376 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} avril 2014, pourvoi n° 12-86501 ; et Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-82677. Dans le même sens, X. PIN, *Droit pénal général*, p. 303.

⁹⁸⁹ « Ces décisions de jurisprudence, se situant alternativement dans une appréciation stricte puis souple de la nécessité d'identifier un organe ou représentant pour engager la responsabilité pénale d'une personne morale, témoignent d'une jurisprudence fluctuante et en quête de cohérence » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3.

l'idée d'une responsabilité par représentation des personnes morales. En second lieu, sur l'importance accordée par la Cour de cassation à la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements (§2).

§2) Les effets de la jurisprudence par rapport à l'importance de la condition

118. Une responsabilité sans représentation de la personne morale ? La première conséquence de cette jurisprudence concernerait la conception qu'on peut avoir de la nature de la responsabilité pénale des personnes morales⁹⁹⁰. Face aux « présomptions »⁹⁹¹ utilisées par la Cour de cassation et en prenant en compte le fait que quelques arrêts de la Chambre criminelle raisonnaient en termes de commission de l'infraction par la personne morale elle-même⁹⁹², des auteurs⁹⁹³ ont annoncé l'avènement d'une responsabilité pénale des groupements « sans représentation », « par faute propre » ou encore par « commission »⁹⁹⁴.

Selon ces auteurs, cette nouvelle jurisprudence de la Chambre criminelle serait alors responsable d'une « amputation du mécanisme d'imputation » de l'infraction à l'encontre de la personne morale⁹⁹⁵. De ce fait, la responsabilité des groupements qui a été perçue dans un premier temps comme une « responsabilité par représentation »⁹⁹⁶ se métamorphoserait en une « responsabilité sans représentation »⁹⁹⁷. Comme l'identification de l'organe ou du représentant

⁹⁹⁰ Dans le même sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 49.

⁹⁹¹ L'on utilise le mot « présomption » parce que les auteurs qui ont fait cette observation ont perçu cette jurisprudence non pas comme un raisonnement par déduction, mais comme l'utilisation des présomptions par la Chambre criminelle.

⁹⁹² « Raisonner comme si l'infraction était réalisée directement, en tous ses éléments, par l'être moral » J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 49. L'arrêt du 20 juin 2006 est un bon exemple. En l'espèce, la Cour d'appel procède à l'imputation de l'acte illicite directement à la personne morale, en raisonnant comme si l'infraction avait été accomplie par la personne morale elle-même (voir Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255). Toutefois, le principal arrêt qui a exprimé une telle idée est celui du 9 mars 2010 (Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543), dans lequel sans identifier l'organe ou le représentant de la personne morale, la Cour d'appel impute à la personne morale une « défaillance manifeste du service d'accueil des urgences ». Néanmoins, à notre avis, un tel arrêt n'est pas suffisant pour fonder une théorie de la responsabilité des personnes morales sans représentation. Tout d'abord, parce qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce et non pas de principe. C'est le seul arrêt de la Cour de cassation qui adopte un tel raisonnement. Ensuite, parce que dans le pourvoi en cassation, n'est contestée ni l'absence d'identification de l'organe ou représentant, ni l'imputation d'une « faute diffuse » à l'encontre de la personne morale. Cependant, est contestée l'existence même de cette désorganisation fautive au sein du centre hospitalier. Pour cette raison, l'on peut dire que la Cour de cassation n'a pas été invitée par le pourvoi à se prononcer directement sur la question d'une responsabilité sans représentation de la personne morale à cause d'une faute diffuse.

⁹⁹³ Voir : L. SAENKO, *op. cit.*, p. 9 et s. ; J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 46 ; P. MORVAN, *op. cit.*, p. 173 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation*, p. 9.

⁹⁹⁴ Les trois appellations voulaient dire la même chose. Tandis que certains ont utilisé les deux premières, par exemple J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation*, p. 9, d'autres ont préféré la troisième, par exemple L. SAENKO, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁹⁵ Dans ce sens, L. SAENKO, *op. cit.*, p. 9 et s.

⁹⁹⁶ Notamment après les arrêts du 2 décembre 1997 (Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848) et du 21 mars 2000 (Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714).

⁹⁹⁷ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation*, p. 9.

ne serait plus nécessaire, on ne serait plus obligé d'établir un fait illicite à l'égard d'une personne agissant ès qualité⁹⁹⁸. Par conséquent, en présumant⁹⁹⁹ la première condition prévue par l'article 121-2 du Code pénal, on pourrait imputer l'infraction directement à l'encontre de la personne morale¹⁰⁰⁰, sans passer par ses organes ou représentants¹⁰⁰¹. Pour cette raison, l'être collectif serait responsable pour un « comportement délictueux sans représentation », lequel pourrait être rattaché directement à la structure ou à l'organisation de l'entreprise¹⁰⁰². En d'autres termes, dans le cadre de cette jurisprudence, la personne morale accomplirait une infraction non pas par voie d'actions ou d'omissions de ses organes ou représentants, mais par elle-même au travers d'une faute imputable directement au groupement¹⁰⁰³.

Cette thèse a été soutenue notamment avant les arrêts de la Cour de cassation qui ont apporté un « tempérament » à la jurisprudence qui utilisait le soi-disant raisonnement par « présomption »¹⁰⁰⁴. À l'époque, des auteurs ont énoncé que la Chambre criminelle serait à l'origine de la création d'une seconde « modalité » de la responsabilité pénale des groupements¹⁰⁰⁵ – de sorte qu'on aurait deux modalités de responsabilités concernant les personnes morales.

⁹⁹⁸ À la suite de l'arrêt du 20 juin 2006, « certains ont considéré que la condition de l'article 121-2 du code pénal était dépassée et qu'il existait désormais une présomption d'implication des organes et représentants dans le fait délictueux, leur identification n'étant plus nécessaire » C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁹⁹ Dans le même sens, L. SAENKO, *op. cit.*, p. 9 et s.

¹⁰⁰⁰ Selon certains, une telle idée « ouvre la voie à une conception anthropomorphique de la responsabilité pénale des personnes morales » car « le groupement est réputé délinquant sans que soit requise une médiation formelle et visible de la personne humaine » P. MORVAN, *op. cit.*, p. 176.

¹⁰⁰¹ Il faut souligner, cependant, qu'un tel raisonnement ne s'harmonise pas avec la rédaction des arrêts de la Chambre criminelle, puisque nonobstant le fait que la Cour de cassation n'exige pas systématiquement l'identification de la personne agissant ès qualité, la Haute juridiction fait toujours référence aux organes et aux représentants du groupement dans ses arrêts, même quand elle utilise un raisonnement par déduction. S'il s'agissait effectivement d'une responsabilité du groupement sans représentation, l'on n'aurait pas besoin d'une telle référence dans les arrêts. Il est vrai que dans l'arrêt du 9 mars 2010 aucune mention n'a été faite quant aux organes ou représentants de la personne morale, mais peut-être l'on peut expliquer l'absence d'une telle référence par le fait que dans le pourvoi en cassation la question de l'identification des représentants ou organes n'a pas été discutée.

¹⁰⁰² J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction*, p. 95.

¹⁰⁰³ Cette idée était confortée par des arrêts qui semblaient reprocher l'existence d'une faute diffuse au sein du groupement : « l'enquête et les débats ont révélé une défaillance manifeste du service de l'accueil de l'hôpital Saint-Roch (...) cette désorganisation fautive n'a pas permis de prendre, dès l'arrivée de Valérie X..., les mesures appropriées qu'un médecin senior aurait dû mettre en œuvre » (Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543) ; « il est reproché à la personne morale de n'avoir pas pris les mesures d'organisation nécessaires pour éviter que des travailleurs se trouvent dans la zone d'évolution des équipements de travail et de ne pas avoir anticipé le risque de collision par la prise de mesures d'organisation adaptées à la situation » (Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805). Quoi qu'il en soit, à notre avis les arrêts cités n'ont pas reproché l'existence d'une faute diffuse au sein de la personne morale, mais ils ont utilisé des défaillances au sein de l'organisation du groupement pour démontrer la faute d'imprudence commise par les représentants de la personne morale – une telle affirmation est possible en raison du fait que dans l'arrêt du 15 janvier 2008 il y a une référence aux représentants et aux organes de la personne morale. Si la Cour de cassation reprochait effectivement une faute diffuse à l'encontre de la personne morale, il n'y aurait aucune raison pour qu'elle procède à une telle référence.

¹⁰⁰⁴ Les articles doctrinaux relatifs à cette hypothèse de responsabilité des personnes morales sans représentation ont été rédigés notamment avant l'arrêt du 11 octobre 2011 : L. SAENKO, *op. cit.* ; J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales* ; P. MORVAN, *op. cit.* ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation*.

¹⁰⁰⁵ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction*, p. 95.

Tout d'abord, l'on aurait une première modalité de responsabilité fondée sur l'article 121-2 du Code pénal. Elle serait une responsabilité par représentation, dans laquelle le groupement réalise une infraction par voie des actions ou omissions de ses organes ou représentants. Pour cette raison, dans le cadre d'une telle modalité, l'identification de l'organe ou du représentant serait nécessaire et l'on ne pourrait pas présumer l'implication de la personne agissant *ès qualité* dans le fait illicite.

Ensuite, aux termes de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, l'on aurait une seconde modalité de la responsabilité des personnes morales, laquelle serait fondée sur l'article 121-1 du Code pénal. Dans le cadre d'une telle modalité, l'infraction serait « directement »¹⁰⁰⁶ imputable au groupement, notamment parce qu'elle serait le résultat d'une « faute diffuse »¹⁰⁰⁷. Pour cette raison, l'on n'aurait pas besoin d'identifier l'organe ou représentant auprès duquel l'infraction pourrait être rattachée. La personne morale accomplirait l'infraction par elle-même et il y aurait une présomption de culpabilité concernant la condition du fait de l'organe ou représentant. Cette modalité de responsabilité serait alors une « responsabilité sans représentation », restreinte au droit pénal des affaires et au droit pénal technique¹⁰⁰⁸.

Toutefois, les arrêts prononcés à la suite de celui du 11 octobre 2011 ont démontré qu'une telle analyse ne correspondait pas à la bonne interprétation qu'on devait faire de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰⁰⁹. En effet, l'ensemble des décisions prononcées par la Haute juridiction nous permet de dire que la Chambre criminelle n'a pas développé une présomption à l'égard du fait de l'organe ou représentant, raison pour laquelle la responsabilité pénale des personnes morales demeure une responsabilité par représentation.

L'on peut faire une telle affirmation parce que, contrairement au raisonnement ci-dessus adopté, les arrêts prononcés après 2011 montrent bien que la Haute juridiction continue toujours

¹⁰⁰⁶ L'on utilise les guillemets parce qu'à notre avis même dans le cadre de la responsabilité par représentation l'infraction est directement imputée à l'encontre de la personne morale, puisqu'il y a une identité entre groupement, organe et représentant – les trois ne font qu'une seule et même personne. Voir *supra* (n° 55).

¹⁰⁰⁷ C'est le raisonnement du modèle organisationnel de responsabilité des groupements, où la personne morale est sanctionnée non pas à cause d'un acte illicite accompli par son organe ou représentant, mais à cause d'un défaut dans sa structure ou organisation. Voir *supra* (n° 81 et s.). La suite va démontrer que la Cour de cassation ne valide pas une telle idée.

¹⁰⁰⁸ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 33. En raison de ce raisonnement, l'on pourrait penser qu'il existerait un rapprochement du modèle français d'un système de responsabilité organisationnel des personnes morales, notamment parce que cette « seconde modalité de responsabilité » serait ancrée dans l'idée d'une faute diffuse de la personne morale, tirée d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure de l'être moral. Par ailleurs, l'utilisation des concepts par la Cour de cassation comme celui de « politique commerciale de l'entreprise » ou « d'auteur intellectuel » pourrait être un second signe du rapprochement du modèle français du système organisationnel.

¹⁰⁰⁹ Notamment parce qu'à partir de ces arrêts on s'est aperçu que la Cour de cassation n'utilisait pas des présomptions à l'encontre de la personne morale, mais qu'elle utilisait un raisonnement par déduction. Il nous semble que c'était l'idée de l'utilisation d'une présomption irréfragable à l'encontre du groupement qui a permis de développer l'idée d'une responsabilité sans représentation des personnes morales par certains auteurs, notamment par M. MORVAN.

à exiger la démonstration d'un fait illicite à l'égard d'une personne agissant ès qualité – même si cette personne n'a pas été identifiée pendant l'enquête¹⁰¹⁰. Si la jurisprudence autorise les juges du fond à procéder à un raisonnement par déduction en ce qui concerne la première condition, cela ne signifie pas ni que la personne morale est sanctionnée à cause d'une faute diffuse¹⁰¹¹, ni que l'infraction est imputée directement à l'encontre du groupement, sans passer par l'action ou l'omission accomplie par ses représentants ou organes¹⁰¹². Dispenser de la nécessité d'identifier l'organe ou le représentant auprès duquel l'infraction peut être rattachée dans certaines situations ne signifie pas dispenser de la caractérisation d'un fait illicite à leur égard, caractérisation qui peut être faite par le biais d'un raisonnement par déduction¹⁰¹³. Ainsi, au vu de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, « il semble bien exclu que la responsabilité pénale d'une personne morale puisse être engagée pour sa propre faute, c'est-à-dire sur la seule base d'une situation délictuelle matériellement constatée en son sein, sans aucun rattachement à ses organes ou représentants »¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Pour cette raison, mêmes dans les arrêts où la Cour de cassation adopte un raisonnement par déduction l'on rencontre une référence aux représentants et aux organes de la personne morale, quoique d'une manière générique et parfois au pluriel. Quoi qu'il en soit, si la Haute juridiction voulait consacrer une responsabilité directe des groupements sans représentation, elle n'aurait aucune raison de procéder à une telle référence dans ces arrêts. En outre, face aux derniers arrêts de la Cour de cassation l'on peut continuer à affirmer que ces deux conditions sont cumulatives et non pas alternatives, voir *supra* (n° 97), une raison de plus pour nier tant l'existence d'une responsabilité des groupements sans représentation que le rapprochement du système français du modèle organisationnel.

¹⁰¹¹ Comme on l'a déjà énoncé, à notre avis même dans les arrêts où la Cour de cassation fait référence à un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement (voir par exemple Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543) elle ne sanctionne pas la personne morale à cause d'une faute diffuse – mais elle fait tout simplement référence à un tel défaut dans l'organisation ou dans la structure pour caractériser l'infraction d'imprudence ou de négligence à l'égard du groupement, voir *supra* (n° 89). Voir, par exemple, Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805.

¹⁰¹² « En réalité, la Cour de cassation a toujours exigé que l'infraction soit imputée à un organe ou représentant de la personne morale poursuivie. Il faut que les magistrats, qui veulent retenir la responsabilité pénale de la personne morale, aient véritablement recherché l'implication de ces 'intermédiaires'. (...) Ce qui est condamnée c'est l'imputation à la personne morale sans un rattachement à un organe ou à un représentant. Mais il est possible que ce rattachement se fonde sur une présomption » J. LEROY, *Droit pénal général*, Paris : LGDJ, 2015, p. 240. M. LEROY appelle « présomption » c'est que nous appelons « déduction », mais son raisonnement est le même que le notre.

¹⁰¹³ Pour cette raison, « ce qui peut sembler correspondre à la réception du modèle organisationnel s'opère sous certaines conditions qui témoignent peut-être davantage d'une sophistication du modèle identificatoire plutôt que d'un glissement vers un modèle organisationnel » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 34. Ainsi, si dans un premier temps la Cour de cassation n'a pas accepté l'idée d'une faute distincte comme une exigence supplémentaire pour la responsabilité pénale des personnes morales (voir Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2001, pourvoi 00-83466), dans un second temps la Haute juridiction n'a pas non plus accepté l'idée d'une faute diffuse concernant la responsabilité des groupements. Par rapport à la définition de faute distincte et de faute diffuse voir *supra* (n° 83 et s.).

¹⁰¹⁴ C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 4. « La cour de cassation n'admet jamais que les juges du fond puissent déduire des circonstances de la cause la commission d'une infraction directement imputable à la personne morale. Elle exige au contraire que ces circonstances établissent clairement, et avec certitude, une implication d'un organe ou représentant de la société, même si celui n'est pas personnellement identifié » *Idem*, p. 5. Si la jurisprudence de la Cour de cassation était dans le sens d'exclure l'exigence de la première condition, l'on pourrait dire que l'idée d'une responsabilité pénale des groupements sans représentation ferait du sens, puisque dans le cadre du modèle organisationnel de responsabilité l'on s'occupe seulement de la condition que l'infraction soit commise pour le compte du groupement, en n'exigeant pas qu'elle soit accomplie pour un représentant ou organe. Dans le même sens, J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas allée dans le sens de l'exclusion de la première condition de cette responsabilité, au contraire.

Par conséquent, si à l'origine de la jurisprudence de la Cour de cassation – notamment entre les années 2006 et début 2011 – les débats relatifs à l'existence d'une responsabilité pénale des groupements « sans représentation » semblaient faire écho, aujourd'hui ils semblent être clos¹⁰¹⁵. Ainsi, en sachant que la Cour de cassation raisonne par déduction et non pas par présomption, l'on peut dire qu'en France l'application de la responsabilité pénale des groupements demeure ancrée dans le cadre d'un système identificatoire¹⁰¹⁶. Pour cette raison, la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas amputé le mécanisme d'imputation de l'infraction à l'égard de l'être collectif, en créant une seconde modalité de responsabilité. En réalité, la Haute juridiction continue toujours à exiger qu'un fait illicite soit caractérisé à l'égard de l'organe ou représentant de la personne morale. Toutefois, pour la Chambre criminelle une telle caractérisation peut avoir lieu par le biais d'un raisonnement par déduction, sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne agissant ès qualité auprès de laquelle l'infraction peut être rattachée.

Quoi qu'il en soit, même si cette jurisprudence n'a pas été à l'origine de la création d'une responsabilité des personnes morales « sans représentation », elle a quand même eu quelques effets sur l'application du droit positif. Cette affirmation est possible puisque cette jurisprudence a permis de faciliter l'engagement de la responsabilité pénale des groupements¹⁰¹⁷, en donnant par ailleurs plus d'autonomie à celle-ci¹⁰¹⁸. Compte tenu du fait que l'on peut déduire la participation de l'organe ou du représentant dans l'infraction à partir des circonstances de faits, l'opacité de l'écran de la personne morale n'est plus une limite à l'application de la responsabilité pénale des groupements. Pour cette raison, le recours à un raisonnement par déduction a simplifié considérablement la mise en œuvre d'une telle responsabilité – notamment parce que « l'autorité de poursuite n'a plus eu à démontrer, au sein de structures, commerciales ou industrielles élaborées, comment les dirigeants et cadres s'étaient répartis le pouvoir et, partant, les responsabilités »¹⁰¹⁹.

119. L'importance de la condition du « pour leur compte » face à la jurisprudence. De toute façon, la conséquence la plus remarquable de cette évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation est le fait qu'elle redimensionne l'importance donnée à chacune des conditions de la responsabilité

¹⁰¹⁵ « Un tel raisonnement péchait par excès. Cette première approche a été condamnée par la Cour de cassation » E. DREYER, *op. cit.*, p. 799.

¹⁰¹⁶ Dans le même sens : C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.* ; et J. TRICOT, *op. cit.*.

¹⁰¹⁷ Dans le même sens, C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰¹⁸ Dans le même sens, J. TRICOT, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰¹⁹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 800.

des groupements. Cette assertion est possible, puisqu'à cause de la dévaluation de la condition du fait de l'organe ou du représentant (première condition), la condition du « pour leur compte » (seconde condition) gagne une portée de plus en plus considérable.

Dans un premier temps, la jurisprudence de la Chambre criminelle faisait de l'identification de la personne physique agissant ès qualité une condition préliminaire à la responsabilité de la personne morale¹⁰²⁰. Une telle exigence s'expliquait par le fait qu'à l'époque la Cour de cassation s'est focalisée essentiellement sur la question de la commission de l'infraction par un organe ou représentant du groupement. Comme la première condition de cette responsabilité était la plus importante, l'identification de la personne agissant ès qualité était fondamentale – car, sans elle, on ne respecterait pas l'interprétation stricte que la Cour de cassation voulait donner à l'article 121-2 du Code pénal en ce qui concerne le fait de l'organe ou représentant.

Dans ce contexte, la condition de la commission de l'infraction pour le compte de la personne morale (seconde condition) était nettement dévaluée, voire superflue. Pour la responsabilité pénale des groupements, il était surtout nécessaire de démontrer le fait de l'organe ou du représentant – de sorte qu'on pouvait laisser au second plan l'exigence que ce fait illicite soit accompli dans l'intérêt social ou au profit de l'être moral¹⁰²¹. Pour cette raison, les anciens arrêts de la Haute juridiction faisaient généralement une simple mention au fait que l'infraction ait été commise pour le compte du groupement et parfois la rédaction du chef de cassation ne faisait référence qu'à la première condition d'une telle responsabilité¹⁰²².

Par conséquent, on peut dire que dans un premier temps la jurisprudence de la Chambre criminelle réalisait une surexposition de la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentants. En effet, tout d'abord, la Cour de cassation exigeait l'identification de l'organe ou représentant auprès duquel l'infraction pouvait être rattachée, en conférant beaucoup d'importance à la caractérisation de la première condition. Ensuite, puisqu'elle laissait au second plan la caractérisation de la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement. Cette surexposition a été à l'origine d'un rapprochement du dispositif français du modèle vicarial de responsabilité pénale des groupements, dans lequel la première condition de la responsabilité

¹⁰²⁰ Voir *supra* (n° 45).

¹⁰²¹ En 2009, M. MARÉCHAL a écrit : « jusqu'à présent, l'on s'est préoccupé presque exclusivement de la question de la commission par un organe ou un représentant, l'autre condition passant au second plan » J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 50. Pour une définition de ces notions, voir *supra* (n° 101 et s.).

¹⁰²² C'est le cas par exemple de l'arrêt du 2 décembre 1997, dans lequel le chef de cassation est rédigé de la manière suivante : « Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher si le directeur général de la société, organe de la personne morale, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations et si l'élément intentionnel du délit était ainsi caractérisé, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article précité ». Dans l'arrêt, la Cour de cassation ne fait aucune mention à la seconde condition de cette responsabilité.

des personnes morales est surévaluée¹⁰²³. Comme dans le modèle vicarial la responsabilité du groupement est la simple conséquence de la responsabilité d'une personne physique (responsabilité pénale indirecte), l'identification de la personne agissant ès qualité est une condition *sine qua non* pour déclarer une personne morale coupable d'une infraction¹⁰²⁴. Par conséquent, dans le cadre d'un tel modèle, la condition relative aux organes et représentants est mise en valeur aux dépens de la condition de commission de l'infraction pour le compte de la personne morale, laquelle est une condition secondaire et éventuellement superflue¹⁰²⁵.

Cependant, dans un second temps, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation a rapproché le système français du modèle identificatoire de responsabilité. Comme on l'a vu, dans ce modèle de responsabilité l'organe et le représentant ne sont pas autrui par rapport à la personne morale, mais ils sont la personne morale elle-même¹⁰²⁶. Pour cette raison, l'identification de la personne physique derrière l'écran du groupement n'est pas obligatoire et on peut se contenter d'un raisonnement par déduction en ce qui concerne la participation de l'organe ou du représentant dans l'infraction. Dans ce contexte, on peut dire que ce rapprochement du modèle identificatoire en France a été fait par la jurisprudence de la Cour de cassation en deux étapes. Tout d'abord, avec les arrêts du 1^{er} décembre 1998¹⁰²⁷ et du 21 mars 2000¹⁰²⁸, à partir desquels l'identification de la personne physique derrière l'écran de la personne morale n'était plus une condition préliminaire pour la responsabilité pénale des groupements¹⁰²⁹. Ensuite, avec l'arrêt du

¹⁰²³ Dans le même sens, J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰²⁴ W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰²⁵ « D'emblée et jusqu'aux premières décisions de la Chambre criminelle de la cour de cassation, la mise en valeur, sinon la survalorisation, de la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentants aux dépens de la condition de commission pour le compte de la personne morale – très nettement dévaluée – a favorisé le rattachement du dispositif français à un modèle de type vicarial » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰²⁶ *Idem*, p. 31.

¹⁰²⁷ Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560.

¹⁰²⁸ Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714.

¹⁰²⁹ Dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 101. Il faut dire qu'une des grandes différences entre le modèle vicarial et le modèle identificatoire est l'exigence de l'identification de la personne physique derrière l'écran de la personne morale. Tandis que dans le premier modèle elle est obligatoire, dans le seconde la logique de la représentation autorise à se contenter d'une identification abstraite, voire par déduction, des organes ou représentants. En outre, une telle question n'est pas seulement une question de preuve, car derrière elle il y a deux conceptions différentes concernant la nature de la responsabilité pénale des personnes morales : d'un côté, une conception d'une responsabilité pénale indirecte, du fait d'autrui (modèle vicarial) ; d'un autre côté, une conception d'une responsabilité pénale directe, de son propre fait (modèle identificatoire). Dans le même sens, J. TRICOT, *op. cit.*, p. 31. Comme on l'a vu *supra* (n° 75), au Brésil la jurisprudence ne fait plus de l'identification de la personne physique agissant ès qualité une condition préliminaire à la responsabilité pénale de la personne morale (voir STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181). Toutefois, les tribunaux brésiliens n'ont pas développé un raisonnement par déduction comme l'a fait la Cour de cassation.

20 juin 2006¹⁰³⁰, lequel a permis un raisonnement par déduction pour conclure à l'implication de l'organe ou représentant de la personne morale dans l'acte illicite¹⁰³¹.

Ce rapprochement en deux étapes du modèle identificatoire a permis à son tour une réévaluation du degré d'importance accordé à la seconde condition de la responsabilité pénale de la personne morale en France¹⁰³². Puisque si dans le système vicarial on a une « surexposition de la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentants aux dépens de la condition de commission pour le compte de la personne morale »¹⁰³³, dans le système identificatoire ces deux conditions ont le même degré d'importance. Pour cette raison, en même temps que l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation souligne le rapprochement du système français vers le modèle identificatoire, elle finit par accorder plus d'importance à la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales¹⁰³⁴.

Ce degré d'importance plus significatif accordé à la seconde condition de cette responsabilité peut être constaté dans les arrêts de la Chambre criminelle où elle raisonne par déduction. Dans ces décisions, nonobstant le fait que l'on retire l'importance de la première condition d'une telle responsabilité, car on n'exige plus l'identification de l'organe ou représentant auprès duquel l'infraction peut être rattachée, on continue toujours à exiger que l'infraction soit commise pour le compte du groupement.

Par ailleurs, il nous semble que la Cour de cassation raisonne par déduction seulement dans les cas où l'on peut avoir la certitude que l'infraction a été accomplie dans l'intérêt social ou au profit de la personne morale. Cette affirmation est possible puisque dans la totalité des arrêts dans lesquels on rencontre ce raisonnement par déduction concernant la première condition, on constate très facilement que l'acte illicite a été réalisé pour le compte du groupement¹⁰³⁵. Dans ce

¹⁰³⁰ Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255.

¹⁰³¹ Des auteurs ont remarqué que le raisonnement par déduction de la Cour de cassation « vide très largement la condition d'une commission de l'infraction par une personne physique de sa substance » J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 49.

¹⁰³² Comme l'on a déjà souligné, cette dévaluation n'a pas été suffisante pour faire glisser le système français vers un modèle organisationnel de responsabilité. Avec une telle jurisprudence, la Cour de cassation a retiré un peu de l'importance de cette condition, mais elle continue toujours à exiger la démonstration d'un fait illicite à l'égard d'une personne agissant *ès qualité*. Si l'on était devant un modèle organisationnel de responsabilité, une telle exigence n'existerait plus, puisque dans ce modèle la condition du fait de l'organe ou représentant n'existe pas et la condition du « pour leur compte » devient la seule condition nécessaire pour la mise en œuvre d'une telle responsabilité. Dans le même sens, Mme. TRICOT énonce que « l'absorption de la première condition par la seconde (qui tient alors lieu de condition unique de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales) rattache le dispositif au modèle organisationnel » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ « Car, en effet, l'idée de représentation permet également dans le même temps de mettre en valeur l'autre condition, celle de la commission de l'infraction pour le compte de la personne morale » *Idem*, p. 31.

¹⁰³⁵ Tel est le cas des arrêts suivants : Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255 ; Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821 ; Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-88309 ; Cour de cass., Ch.

contexte, à l'exemple de certains auteurs¹⁰³⁶, on peut penser que la Cour de cassation raisonne par déduction uniquement lorsque l'infraction apparaît réalisée dans l'intérêt social ou au profit de la personne morale¹⁰³⁷, de sorte que ce n'est que si la seconde condition est remplie que l'on peut déduire des faits la première. Pour cette raison, avec une telle jurisprudence la Cour de cassation finit par renforcer la valeur et l'importance de la seconde condition, car le respect de cette condition sera une exigence préliminaire pour l'application du raisonnement par déduction en ce qui concerne le fait de l'organe ou représentant¹⁰³⁸.

En outre, on peut dire qu'en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation, la condition de commission de l'infraction pour le compte de la personne morale n'est plus éclipsée par l'importance donnée à la condition relative aux organes et représentants¹⁰³⁹. La dévaluation de la première condition semble ainsi accentuer l'importance qu'on doit accorder à la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements¹⁰⁴⁰. Cette réévaluation a même conduit certains auteurs¹⁰⁴¹ « à proposer de se contenter de cette seule condition qui suffirait à exprimer la technique d'imputation de l'infraction à la personne morale, tandis que la condition de commission par les organes ou représentants, relevant de l'évidence (par définition la personne morale agit par

crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140 ; Cour de cass., Ch. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86584 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917.

¹⁰³⁶ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23.

¹⁰³⁷ M. MARÉCHAL va encore plus loin dans son raisonnement, car il énonce qu'on peut toujours déduire l'existence de la première condition à partir du fait que l'infraction a été commise pour le compte du groupement : « si l'infraction est commise pour le compte de l'être moral, c'est nécessairement par un organe ou un représentant » (J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23). Toutefois, à notre avis, un simple salarié peut lui aussi accomplir un fait illicite pour le compte de la personne morale. C'était le cas par exemple de l'arrêt du 11 octobre 2011. L'acte illicite a été accompli dans le cadre des activités liées au fonctionnement et aux objectifs de la société EDF, cependant, les personnes qui étaient débiteurs de l'obligation violée n'avaient pas la qualité de représentant ou organe. Pour cette raison, l'on peut dire qu'en l'espèce la condition du « pour leur compte » était remplie, tandis que la condition de commission de l'infraction par les organes ou représentant ne l'était pas. Dans le même sens, M. SAENKO affirme que « quand bien même la probabilité qu'il en soit autrement est mince, d'autres personnes que des organes ou représentants peuvent commettre une infraction pour le compte de leur société » L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12. Pour cette raison, le respect de la seconde condition semble être une des exigences pour qu'on puisse déduire la commission de l'infraction par un organe ou représentant, mais celle ne signifie pas qu'on puisse toujours déduire l'existence de la première condition à partir de l'existence de la seconde.

¹⁰³⁸ Dans le même sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23. Cependant, comme on l'a vu, outre le respect de la seconde condition, la Cour de cassation exige aussi pour qu'on puisse déduire la première condition de faits que l'infraction révèle l'exercice d'un pouvoir de direction/contrôle de l'organe ou du représentant, ou que l'obligation violée ait, en tant que débiteur, un représentant ou un organe de la personne morale.

¹⁰³⁹ Dans le même sens, X. PIN, *Droit pénal général*, p. 303.

¹⁰⁴⁰ « Qui serait aussi un retour aux 'sources' dans la mesure où c'était précisément la seconde caractéristique de l'avant-projet de 1978 (la première étant de viser les groupements et non les personnes morales) que de faire de 'l'intérêt collectif' le critère essentiel de l'engagement de la responsabilité » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁴¹ Dans ce sens : J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 51 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation*, p. 11. Ces auteurs ont par ailleurs proposé une réforme de l'article 121-2 du Code pénal pour supprimer la première condition d'une telle responsabilité, en soulignant le fait que le législateur français pouvait s'inspirer de l'article 5 du Code pénal belge, lequel n'exige pas que l'infraction soit accomplie par un organe ou un représentant de la personne morale : « Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte ».

l'intermédiaire de ses organes et représentants), serait redondante et partant tout à la fois inutile »¹⁰⁴². Toutefois, étant donné le fait que la Cour de cassation continue toujours à exiger qu'un fait illicite soit caractérisé, encore que par déduction, à l'égard de l'organe ou représentant de la personne morale, il nous semble que l'abandon de la première condition ne s'harmoniserait pas avec l'actuelle position de la Cour de cassation sur le thème.

Néanmoins, même si cette jurisprudence ne commande pas nécessairement l'abandon de la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales¹⁰⁴³, elle démontre quand même une volonté de la Chambre criminelle de mettre en lumière la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale, en lui donnant sa portée réelle¹⁰⁴⁴. Dans ce contexte, la question qui se pose alors est celle de savoir quelles sont les raisons qui justifient une telle mise en valeur de la condition du « pour leur compte » par la Cour de cassation en France ?

Une telle question nous amène à nous interroger sur l'utilité de la seconde condition dans le cadre du mouvement d'harmonisation entre le droit pénal et les personnes morales, notamment en ce qui concerne l'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des groupements. Est-ce que la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale pourrait nous aider à procéder à l'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction auprès des groupements ?

Pour répondre à cette question, on doit tout d'abord étudier l'incompatibilité qui existait entre l'élément subjectif de l'infraction et la nature désincarnée des êtres moraux, pour voir ensuite comment ce mouvement d'adaptation entre le droit pénal et les personnes morales a été fait (**SECTION II**). Ce n'est qu'à la suite de cette analyse que l'on pourra comprendre les raisons qui justifient la mise en valeur de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements par la Cour de cassation en France.

¹⁰⁴² J. TRICOT, *op. cit.*, p. 32. Néanmoins, une telle proposition ne semble pas s'articuler avec les derniers arrêts de la Cour de cassation, puisque ces décisions montrent bien que la Haute juridiction continue de veiller au respect de la condition de commission de l'infraction par un organe ou un représentant. Ainsi, même si une telle condition a moins d'importance en l'état actuel de la jurisprudence, elle continue à être une condition indispensable à la responsabilité pénale des groupements.

¹⁰⁴³ Dans le même sens, mais en utilisant le mot « présomption » à la place de ce que nous appelons « déduction », M. DREYER énonce que la jurisprudence de la Cour de cassation « ne conduisait pas à nier le fait de l'organe ou du représentant mais à admettre qu'il se présume lorsque l'infraction apparaissait évidemment commise au nom et pour le compte de la personne morale représentée » E. DREYER, *op. cit.*, p. 799.

¹⁰⁴⁴ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23.

Section II – L'élément subjectif de l'infraction et la responsabilité des personnes morales

L'un des principaux arguments soulevés contre la responsabilité pénale des personnes morales était la prétendue incapacité du groupement à accomplir l'élément subjectif de l'infraction. Selon la conception « classique » de culpabilité, le dol et l'imprudence auraient une nature psychologique. De ce fait, la personne morale ne serait pas capable de commettre une faute en droit pénal – car sa nature désincarnée ne serait pas apte à produire les phénomènes « physio-psychiques » nécessaires à l'accomplissement de l'élément subjectif de l'infraction. Pour cette raison, les groupements seraient pénalement irresponsables (**SOUS-SECTION I**).

Face à un tel problème, pour rétablir la responsabilité des personnes morales, en respectant le principe de culpabilité, le droit pénal devait faire un effort d'adaptation. L'abandon d'une conception psychologique de culpabilité au profit d'une conception juridique a été la première étape de ce mouvement d'adaptation. Cette étape est importante pour deux raisons. Tout d'abord, puisque grâce à elle le dol et l'imprudence ont acquis une nature juridique, laquelle est compatible avec la nature désincarnée des êtres collectifs. Ensuite, car grâce à elle on a pu comprendre l'utilité que la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements peut avoir en ce qui concerne le mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des personnes morales (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – L'incompatibilité entre la culpabilité et la nature des personnes morales

Pendant longtemps, des juristes invoquaient comme argument contre la responsabilité pénale des personnes morales l'incompatibilité existant entre la culpabilité et la nature des groupements. Pour mieux comprendre cette prétendue incompatibilité, on doit tout d'abord examiner l'élément subjectif de l'infraction (**§1**), pour ensuite étudier la nature psychologique du dol et de l'imprudence. Cette étude va nous aider à comprendre pourquoi une personne morale serait en principe incapable d'accomplir une faute en droit pénal (**§2**).

§1) L'élément subjectif de l'infraction¹⁰⁴⁵

120. L'appréhension de l'esprit par le droit pénal. Pour que la qualification¹⁰⁴⁶ d'un acte illicite soit parfaite, la présence d'un élément matériel de l'infraction ne suffit pas¹⁰⁴⁷. Le droit pénal exige, en plus de la réalisation d'un comportement d'action ou d'omission¹⁰⁴⁸, l'existence d'un lien subjectif entre le délinquant et son fait illicite¹⁰⁴⁹. Il est ce qu'on appelle l'élément subjectif de l'infraction¹⁰⁵⁰, lequel peut revêtir différents degrés. Cet élément constitutif de l'infraction est traditionnel et il est le résultat d'une évolution du droit pénal¹⁰⁵¹.

121. Un mouvement de spiritualisation. Durant une longue période historique, notamment pendant l'époque des sociétés archaïques, l'élément subjectif de l'infraction a été complètement ignoré par le droit pénal¹⁰⁵². Deux raisons justifiaient cette ignorance. En premier lieu, l'existence d'une responsabilité collective au sein des sociétés archaïques¹⁰⁵³. Comme le groupe était plus important

¹⁰⁴⁵ L'objectif de ce paragraphe n'est pas celui d'épuiser les considérations qu'on peut faire relativement à l'élément subjectif de l'infraction. Notre but est celui de présenter un tel élément constitutif de l'infraction pour ensuite, dans le second paragraphe, démontrer son incompatibilité avec la nature désincarnée des groupements. Pour cette raison, l'on ne va pas approfondir certains sujets qui concernent le thème.

¹⁰⁴⁶ Nous interprétons l'expression « qualification » comme « définition, ou identification, du fait infractionnel par le législateur ou par le juge ». Elle peut être légale : « acte par lequel le législateur définit les incriminations », ou judiciaire : « acte par lequel le juge vérifie la concordance des faits matériels commis, au texte d'incrimination susceptible de s'appliquer » *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, Paris : Dalloz, 2014, p. 849. Au Brésil, cette opération est nommée par la doctrine et par la jurisprudence comme « typification ». Néanmoins, malgré la différence de noms, le contenu du concept demeure le même.

¹⁰⁴⁷ Sur la notion d'un tel élément constitutif voir *supra* (n° 16).

¹⁰⁴⁸ « Le seul critère d'un enchaînement matériel ou physique des choses est encore une fois insuffisant » Y. HANNEQUART, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 414.

¹⁰⁴⁹ « Dans notre système pénal actuel, un acte matériel non soutenu par une volonté coupable n'est pas pénalement répréhensible » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 173. Certains auteurs, cependant, ont voulu exclure l'élément subjectif des éléments constitutifs de l'infraction, en le travaillant dans l'imputabilité et non pas dans la culpabilité. Dans ce sens : J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 589 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 504 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, n° 294 ; F. LISZT, *op. cit.*, p. 125 ; et G. RADBRUCH, "Über den Schuldbegriff", *InZStW24*, 1904, p. 333. Pour ces auteurs, l'analyse de l'esprit du délinquant devrait être faite, mais elle serait effectuée dans l'imputabilité et non pas dans la culpabilité. Pour une définition d'élément constitutif de l'infraction et les différentes conceptions qu'on peut avoir de ces éléments voir *supra* (n° 16).

¹⁰⁵⁰ Cet élément constitutif a aussi d'autres appellations en France et au Brésil : « élément moral de l'infraction » (X. PIN, *Droit pénal général*, p. 173) ; « élément psychologique de l'infraction » (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 119) ; « type subjectif de l'infraction » (J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal - parte geral*, p. 131). Dans notre étude, l'on a opté pour l'appellation « élément subjectif » pour deux raisons. En premier lieu, parce que l'appellation « élément moral » traduit une confusion entre les caractéristiques subjectives de la culpabilité et le contenu moral de l'imputabilité pénale (voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 42). Ensuite, puisque l'appellation « élément psychologique » de l'infraction nous fait penser que la nature d'un tel élément est strictement psychologique et non pas juridique, ce qui n'est pas exact. Finalement, on n'a pas opté pour l'appellation « type subjectif » car elle est très peu utilisée en droit pénal français.

¹⁰⁵¹ Pour nous, l'étude de cette évolution est importante puisqu'elle montre que l'élément subjectif de l'infraction est né dans un contexte métaphysique et religieux, lequel n'a pas permis une analyse précise du contenu juridique de la notion de culpabilité. Peut-être en raison d'un tel contexte, on a eu pendant un longtemps en doctrine et en jurisprudence une confusion entre les notions de culpabilité, imputabilité et responsabilité. En outre, ce contexte métaphysique peut aussi expliquer pourquoi certains auteurs encore aujourd'hui travaillent avec une notion strictement psychologique du dol et de l'imprudence – notion qui a été utilisée pour nier la responsabilité pénale des personnes morales pendant longtemps.

¹⁰⁵² R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁵³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 57 et s.

que l'individu¹⁰⁵⁴, l'acte illicite déclenchait la responsabilité non pas de la personne qui l'a accompli, mais de tout son groupe d'appartenance¹⁰⁵⁵. Par conséquent, une fois l'acte dommageable établi, il était inutile d'identifier un responsable individuel et encore moins de cerner, même de manière vague, son intériorité¹⁰⁵⁶. L'esprit collectif de l'époque et la solidarité du groupe empêchaient une analyse individuelle du délinquant, laquelle était nécessaire pour qu'on puisse travailler avec l'idée d'un élément subjectif de l'infraction¹⁰⁵⁷. En second lieu, le manque de connaissances basiques sur l'Homme et sur la nature. Les sociétés archaïques ne comprenaient ni les mécanismes dirigeant l'univers, ni le fonctionnement du comportement des hommes¹⁰⁵⁸. Comment alors exiger un élément subjectif de l'infraction si l'on n'avait même pas connaissance de l'existence de la subjectivité de l'agent qui a accompli l'acte illicite ?¹⁰⁵⁹

Au fur et à mesure, la responsabilité individuelle tendit de plus en plus à se substituer à la responsabilité collective¹⁰⁶⁰. C'est ainsi qu'en isolant l'individu et en reconnaissant son individualité que l'on a commencé à avoir des nuances subjectives dans la responsabilité pénale¹⁰⁶¹. Tout d'abord, dans la Grèce antique, où la loi du Dracon, relative à la compétence des juridictions, réalisait déjà une distinction entre les infractions volontaires et les infractions involontaires¹⁰⁶². Ensuite, dans le droit romain classique – où à la fin de la République plusieurs termes étaient utilisés pour faire référence à l'élément subjectif de l'infraction : *dolus, fraus, culpa, animus, mens, voluntas, consilium*¹⁰⁶³. Par ailleurs, pendant cette époque, l'on a commencé à avoir un début de distinction entre les différentes modalités de l'élément subjectif. D'un côté, le *dolus* qui impliquait « la claire conscience et la pleine appréciation du méfait accompli ». D'un autre côté, le *consulto* et

¹⁰⁵⁴ « L'homme n'était pas perçu en tant qu'individu. Il n'avait pas d'existence personnelle parce qu'il n'existait qu'en tant que membre du groupe » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁵⁵ M. POIRIER, *op. cit.*, p. 28 et s.

¹⁰⁵⁶ « L'état d'esprit de cet homme, intellectuel et psychique, sains ou pathologique, était ignoré du système répressif parce que dépourvu d'intérêts pour le groupe » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁵⁷ Dans ce contexte, l'on peut dire que l'individualisation de la responsabilité pénale était une prémisse nécessaire pour une responsabilité pénale subjective. Dans le même sens, *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit*, p. 35.

¹⁰⁵⁹ P. CORNIL, L'impasse de la responsabilité pénale, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1962, p. 637 et s.

¹⁰⁶⁰ E. GARÇON, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris : Payot & Cie, 1922, p. 44.

¹⁰⁶¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 120. Ces nuances n'ont cependant pas été à l'origine de la création d'une véritable responsabilité pénale individuelle et subjective, mais elles ont été les prémisses d'une telle responsabilité.

¹⁰⁶² *Idem*, p. 121. Néanmoins, cette distinction était faite strictement à raison des fins procédurales et non pas comme une appréhension de la subjectivité criminelle. Selon cette loi, l'Aéropage devrait juger le meurtre volontaire et les Éphètes la mort involontaire. En outre, les développements de Platon concernant les fondements de la peine montrent que le droit grec considérait l'individualité du criminel dans l'application de la peine aussi, voir par exemple : Les lois, IX, 862 d ; et Gorgias, 525 b. Dans le même sens, J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, p. 10 et s.

¹⁰⁶³ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 49. Par ailleurs, on rencontre en droit romain l'exigence, pas générale, que l'accomplissement d'un acte révèle l'intention de son auteur : *res in se dolum habet*. En outre, à Rome, plusieurs lois faisaient référence à un élément subjectif de l'infraction. Par exemple, la loi D. 48, 8, 14, disait *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (« dans les crimes on doit regarder la volonté de l'auteur, non le résultat de son acte »). D'autres lois qui énonçaient l'existence d'une subjectivité criminelle : D. 48, 8, 1, 3 et D. 48, 8, 7. Dans le même sens, voir A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 28.

la *perturbatione* – sortes de volontés diminuées qui se manifestaient « après mûre délibération » ou « sous le coup de l'émotion ou de la colère »¹⁰⁶⁴. Néanmoins, toujours rejetant des « constructions juridiques générales et abstraites », le droit romain n'a pas élaboré une théorie générale de l'élément subjectif de l'infraction¹⁰⁶⁵.

Pour cette raison, on peut dire que c'est seulement avec le développement des religions monothéistes, pendant la période du Moyen Âge, que le droit pénal de manière plus générale va connaître un véritable essor d'une responsabilité pénale individuelle et subjective¹⁰⁶⁶. En premier lieu, parce que « l'existence d'un Dieu unique, d'unité divine, a permis de faire apparaître l'unité humaine, détachée de toute appartenance collective et sociale »¹⁰⁶⁷. Cette unité s'est affirmée notamment et surtout avec le christianisme, une religion qui reposait sur une adhésion personnelle et volontaire de l'individu¹⁰⁶⁸. En seconde lieu, car grâce à cet individualisme et à cette volonté d'adhésion, l'homme a été entièrement révélé « dans sa dimension subjective et spirituelle, lui conférant le statut de responsable »¹⁰⁶⁹. Par conséquent, avec le développement des religions monothéistes le caractère volontaire des actes humains a été amené au centre du système pénal de responsabilité¹⁰⁷⁰ et l'état d'esprit de l'agent est devenu un thème incontournable en droit pénal¹⁰⁷¹. L'élément subjectif de l'infraction n'était plus considéré comme un thème procédural pour établir la compétence de la juridiction ou comme un sujet débattu ponctuellement dans quelques lois, mais il a commencé à être perçu comme une véritable composante des actes illicites¹⁰⁷².

Il est vrai que cet élément de l'infraction n'a pas eu à son origine une analyse précise et scientifique de son contenu juridique¹⁰⁷³. L'émergence d'un tel élément au sein d'un contexte religieux a induit des confusions intuitives entre les notions de culpabilité¹⁰⁷⁴, imputabilité et

¹⁰⁶⁴ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 49 et 50.

¹⁰⁶⁵ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 121. Dans le même sens, A. LEBIGRE, *La responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris : PUF, 1967, p. 72.

¹⁰⁶⁶ Dans le même sens, R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 121 et 122.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.* Dans le même sens, S. SUARDI, thèse préc., p. 67 à 71.

¹⁰⁶⁸ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁶⁹ S. SUARDI, thèse préc., p. 67 à 71.

¹⁰⁷⁰ « Que le péché soit la conséquence d'une volonté avait déjà été affirmé par saint Augustin qui y voyait un mal volontaire. Gratien d'ailleurs, dans un décret de 1140 environ, avait repris cette définition en joutant que les éléments de la volonté sont la liberté et l'intention. Saint Thomas reprendra cette conception spiritualiste (qui s'écarte de la conception plus matérialiste de la responsabilité antique), mais en l'enrichissant (Somme, Ia, IIae, questions 75 et s.) » J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, p. 13 et 14. En ce qui concerne le droit canonique et la responsabilité pénale des personnes morales, voir *supra* (n° 6).

¹⁰⁷¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁷² Néanmoins, il faut dire que le droit pénal du Moyen Âge n'a pas débouché sur une théorisation claire et net sur la notion de l'élément subjectif de l'infraction, voir *Ibid.*

¹⁰⁷³ *Idem*, p. 118.

¹⁰⁷⁴ « La culpabilité est en effet une notion morale, religieuse, métaphysique. La culpabilité évoque le péché, la pénitence et le pardon » M.-E. CARTIER, *La responsabilité des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 34.

responsabilité¹⁰⁷⁵ - notamment parce que le délit a été assimilé au péché¹⁰⁷⁶. En outre, l'idée d'une dimension spirituelle de l'être humain a fait penser que le droit pouvait accéder à une métaphysique de la psychologie humaine, une idée assez prétentieuse¹⁰⁷⁷. Cependant, en dépit des critiques que nous pouvons faire, c'était grâce à l'essor des religions monothéistes que depuis le Moyen Âge « l'analyse volontariste ou intentionnelle de l'acte infractionnel a été placée intuitivement au cœur de l'infraction et de la responsabilité pénale »¹⁰⁷⁸. De ce fait, depuis cette période, l'élément subjectif de l'infraction est devenu une exigence incontournable en droit pénal¹⁰⁷⁹.

Cette évolution dans le sens d'une « spiritualisation » de l'infraction¹⁰⁸⁰ a été suivie ensuite par l'Ancien droit français, où plusieurs auteurs faisaient déjà référence à un élément subjectif de l'acte illicite¹⁰⁸¹. Après la Révolution, le Code pénal de 1810 travaillait dans ses articles avec l'idée d'une responsabilité pénale subjective, tout comme la doctrine de l'époque¹⁰⁸². Au Brésil, les choses se sont passées de la même façon¹⁰⁸³. Le Code pénal brésilien de 1830 prévoyait dans son article 2 que le crime était « une action ou une omission volontaire contre la loi » et le Code pénal brésilien de 1890 envisageait l'exigence d'une responsabilité pénale subjective dans ses articles 7

¹⁰⁷⁵ Dans le même sens, concernant la confusion entre ces concepts, voir : G. LEVASSEUR, *op. cit.*, p. 389 ; P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 71 ; R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, Paris : PUF, 1957, p. 180 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 629.

¹⁰⁷⁶ S. SUARDI, thèse préc., p. 72 et s. et 81 et s. À cause de cette assimilation, l'on peut dire que l'analyse de la volonté et de la conscience de l'acte illicite (culpabilité) était effectuée en même temps que l'analyse de la conscience de l'interdit légal (imputabilité), car le péché présupposait la conscience du bien et du mal et la connaissance des préceptes divins qui l'interdisaient.

¹⁰⁷⁷ C'est pour cette raison que la responsabilité pénale des personnes morales au moins dans la théorie n'existait pas en droit pénal canonique, car, comme la personne morale n'avait pas d'âme propre, elle ne pouvait pas être pénalement responsable, voir *supra* (n° 6). Il est intéressant de constater que même aujourd'hui quelques auteurs travaillent avec une dimension métaphysique de l'élément subjectif de l'infraction. Toutefois, au lieu de relier cette dimension à des explications religieuses, ils la relient à des explications issues de la psychologie ou de la psychanalyse. L'on va mieux comprendre les conséquences que cette idée a eu concernant la responsabilité pénale des personnes morales *infra* (n° 127).

¹⁰⁷⁸ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁷⁹ « Une telle approche, que l'on peut qualifier de subjective, rejoint une seconde tendance dans l'évolution de la responsabilité pénale primitive consistant dans la spiritualisation de cette dernière » J.-H. SYR, *op. cit.*, p. 496. « La quasi unanimité de la doctrine française affirme bien haut qu'il n'y a pas d'infraction sans élément moral ; il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute » G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 389 ; « Le progrès du droit pénal contemporain tend au contraire, et de plus en plus, à subjectiver l'infraction, à tenir compte avant tout de ses éléments intentionnels » A. MESTRE, thèse préc., p. 251.

¹⁰⁸⁰ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 17.

¹⁰⁸¹ Voir, par exemple : P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 2 ; et E. TRÉBUTIEN, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁸² La doctrine de l'époque (XIX et début XX^{èmes} siècles) reconnaissait aussi l'existence d'un élément subjectif. Toutefois, elle continue à travailler avec une « conception mêlant tout à la fois la recherche de l'infraction, le jugement de reproche formulé à l'encontre de son auteur et la punition qui lui était adressée » (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 125). Voir, par exemple : J. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 103 ; et R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, p. 321.

¹⁰⁸³ « La plupart des droits pénaux étrangers, notamment ceux des pays occidentaux, ont suivi la même évolution que le droit pénal français. Tout comme lui, ils ont été marqués par le mouvement de 'spiritualisation' de la responsabilité pénale » F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 17.

et 8. Le droit pénal franco-brésilien contemporain à son tour continue d'exiger une analyse de la subjectivité criminelle de l'agent, notamment en raison du principe de culpabilité.

122. Le principe de culpabilité et le caractère subjectif de la responsabilité pénale. Le principe de culpabilité a une valeur constitutionnelle autant en droit français qu'en droit brésilien. Si en France c'est une décision du Conseil constitutionnel qui l'a élevé au rang des principes constitutionnels¹⁰⁸⁴, au Brésil il est prévu à l'article 5, LVII, de la Constitution. Aux termes de ce principe, il n'y a pas d'infraction sans faute¹⁰⁸⁵. « *Nullum crimen, nulla poena sine culpa* »¹⁰⁸⁶. Pour cette raison, l'acte illicite doit toujours avoir deux dimensions. D'un côté, une dimension objective : l'élément matériel de l'infraction (*actus reus*). De l'autre côté, une dimension « morale » : l'élément subjectif de l'infraction (*mens rea*). Ces deux composantes de l'infraction sont complémentaires¹⁰⁸⁷, car « la loi ne connaît pas de l'acte sans la volonté, ni de la volonté sans l'acte »¹⁰⁸⁸.

De ce fait, l'article 121-3 du Code pénal français et l'article 18 du Code pénal brésilien prévoient la prise en compte de l'attitude intellectuelle de l'agent au moment de l'infraction. Pour cette raison, on dit que la responsabilité pénale en France et au Brésil est une responsabilité subjective¹⁰⁸⁹ – de sorte qu'en plus d'une action ou d'une omission, on doit retenir à l'encontre de l'agent un comportement subjectif à l'égard du fait illicite. Cette qualité de la responsabilité pénale est importante pour trois raisons. Tout d'abord, puisqu'elle harmonise le droit pénal avec les exigences qui découlent du principe constitutionnel de culpabilité¹⁰⁹⁰. Ensuite, parce qu'elle sert à

¹⁰⁸⁴ Conseil Const., décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999. Sur la constitutionnalisation de la responsabilité pénale subjective voir B. DE LAMY, A constitucionalização do direito penal francês, in *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 13, p. 62, 2016.

¹⁰⁸⁵ Le concept de faute est utilisé ici dans son acception large (*lato sensu*), pour faire référence autant à l'infraction intentionnelle qu'à l'infraction non-intentionnelle. Cependant, il peut être utilisé aussi avec une acception plus restreinte pour faire référence à l'élément moral des infractions non-intentionnelles (*stricto sensu*).

¹⁰⁸⁶ Cette expression est également utilisée pour justifier l'existence d'une imputabilité en droit pénal, car l'expression culpa peut se référer tantôt à l'élément subjectif de l'infraction, tantôt à la conscience de l'interdit. La dualité de l'expression se justifie parce qu'à l'époque où elle a été créée, culpabilité et imputabilité n'étaient pas des concepts autonomes comme aujourd'hui. Pour une application concernant la culpabilité, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 22. Pour une application qui concerne l'imputabilité, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 24.

¹⁰⁸⁷ Dans le même sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 603.

¹⁰⁸⁸ W. BLACKSTONE, *Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre*, Londres : Nabu Press, 2011, p. 17. « La loi pénale ne punit pas les pensées, elle n'atteint que les actes pervers » (E. TRÉBUTIEN, *op. cit.*, p. 372), mais « elle peut atteindre tous ces actes dès lors qu'ils expriment un état d'esprit particulier » (E. DREYER, *op. cit.*, p. 603). En ce qui concerne le rapport entre l'État de droit et le principe de culpabilité en droit pénal, voir P. BUSATO et S. HUAPAYA, *Introdução ao Direito Penal*, Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2007.

¹⁰⁸⁹ « Pour qu'il y ait responsabilité pénale au sens strict, il faut que le délinquant ait commis une faute (culpabilité) » G. LEVASSEUR, L'imputabilité en droit pénal, in *RSC*, 1983, p. 13.

¹⁰⁹⁰ En raison du principe de culpabilité, « il n'y a pas de responsabilité pénale objective » - de sorte que l'exigence d'un élément subjectif de l'infraction est « unanimement consacrée en droit positif » (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 134). Dans le même sens : P. BUSATO et S. MONTES HUAPAYA, *Introdução ao direito penal : fundamentos para um sistema penal democrático*, Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2007 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris : Sirey, 1937, p. 82 ; A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 153 ; M. PUECH, *Droit pénal général*, Paris : Litec, 1988, p. 169 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 316 ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 283 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, n° 228 ; J.-C. SOYER, *op. cit.*, n° 178 et

faire la distinction entre la responsabilité pénale et d'autres formes de responsabilité¹⁰⁹¹ – de sorte que cette qualité est un principe constitutif d'identité de cette discipline¹⁰⁹² et constitue une des composantes de ce qu'on peut appeler le « code génétique pénale »¹⁰⁹³. Enfin, car elle permet de mieux punir l'auteur du fait illicite¹⁰⁹⁴, en faisant la distinction entre celui qui a agi avec indifférence de celui qui a agi avec agressivité à l'égard de la valeur protégée¹⁰⁹⁵.

123. Un élément de l'infraction. L'élément subjectif est donc un élément de l'infraction et uniquement de l'infraction pénale¹⁰⁹⁶. Il est le lien « psychologique » ou « subjectif » que l'agent a à l'égard du comportement qu'il a accompli¹⁰⁹⁷. Une forme de « causalité morale, au sens où le moral se distingue du physique, et non pas au sens où le moral rejoint l'éthique »¹⁰⁹⁸. De ce fait, l'élément subjectif rejoint l'idée de culpabilité¹⁰⁹⁹ et non pas d'imputabilité¹¹⁰⁰, car il sert à

s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 266 et s. ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 430 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, n° 461.

¹⁰⁹¹ Tandis qu'en droit pénal on a un mouvement de subjectivisation de la responsabilité, en droit civil l'on a le mouvement contraire, rendant la responsabilité civile de plus en plus objective. Dans le même sens voir : S. COELHO, *Infrações tributárias e suas sanções*, São Paulo : Resenha Tributária, 1982, p. 40. Par ailleurs, tandis que le droit civil admet la responsabilité objective, le droit pénal ne peut pas l'admettre dans aucune hypothèse. Voir, dans le même sens, J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica, in Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 274. Il faut souligner, cependant, que IHERING a travaillé avec l'idée d'un élément subjectif et d'un élément objectif dans l'acte illicite civil. Cependant, l'évolution de la responsabilité au sein du droit civil n'a pas suivi intégralement une telle conception, voir R. V. IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, in Festschrift für Birnbaum*, Gießen, 1867, p. 4.

¹⁰⁹² « Cette prépondérance de l'élément intellectuel, spirituel humain crée le particularisme du droit pénal » H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 342.

¹⁰⁹³ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁹⁴ « Le mouvement de 'spiritualisation' de la responsabilité pénale avait fait apparaître de nouvelles exigences afin de mieux reprocher l'infraction à son auteur » F. ROSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 20.

¹⁰⁹⁵ A. BRUNET, *op. cit.*, p. 30. « Le droit pénal ne peut pas punir de la même manière celui qui a commis une infraction intentionnelle et celui qui a accompli un acte illicite involontaire (...) l'infraction intentionnelle exige une plus grande punition » P. BUSATO, *Droit pénal – parte geral*, p. 397.

¹⁰⁹⁶ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁹⁷ « L'élément psychologique permet de relier la personne à l'acte » I. DUPUIS, *L'intention en droit pénal : une notion introuvable, in Le Dalloz, Chroniques doctrine*, n° 27, 2001, p. 2145.

¹⁰⁹⁸ Y. HANNEQUART, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 484.

¹⁰⁹⁹ Le terme « culpabilité » a plusieurs significations en droit pénal, notamment dans le contexte franco-brésilien. En France, il désigne normalement la « situation d'une personne qui se voit reprocher l'élément moral d'une infraction, soit au titre de l'intention (...) soit au titre de la non intention ». Au Brésil, il est normalement utilisé pour faire référence à ce qu'on appelle « l'imputabilité » pénale en droit français. Par ailleurs, l'on peut dire que l'éternelle confusion entre les termes culpabilité, imputabilité et responsabilité en droit pénal n'a fait qu'augmenter la quantité de significations possibles pour un même terme. Quoi qu'il en soit, pour nous la « culpabilité » doit être perçue comme un terme qui fait référence à la subjectivité infractionnelle, un terme qui décrit la manière intellectuelle dont l'acte matériel de l'infraction a été accompli par l'infractionnel. Par conséquent, dans l'analyse de la culpabilité l'on va simplement vérifier quel était l'état d'esprit du délinquant au moment de l'accomplissement de l'acte matériel de l'infraction, s'il avait ou non la conscience et volonté de son acte.

¹¹⁰⁰ L'on comprend la notion d'imputabilité pénale comme le fondement de la responsabilité pénale, reposant sur le discernement et la liberté de l'agent. L'on va travailler ce thème plus en détails *infra* (n° 187). Quoi qu'il en soit, il faut dire que concernant l'articulation entre les notions de culpabilité et d'imputabilité l'on rencontre une différence remarquable entre le droit brésilien et le droit français. Tandis qu'en France l'imputabilité est traditionnellement étudiée avant la culpabilité (voir par exemple : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 286 et s.), car « elle serait le préalable intellectuel nécessaire à l'existence d'une culpabilité définie comme l'exercice de facultés mentales préexistantes » (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 133), au Brésil on adopte le raisonnement inverse, en analysant normalement la culpabilité de l'agent avant l'imputabilité (voir par exemple : J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 117 et s.). Dans ce travail, l'on étudie la culpabilité avant l'imputabilité non pas parce que nous suivons la pensée brésilienne, mais parce que la culpabilité et l'imputabilité ne sont

déterminer l'existence d'une infraction et non pas d'une responsabilité pénale¹¹⁰¹. Pour cette raison, quand on analyse cet élément on essaye de vérifier « l'état d'esprit blâmable »¹¹⁰² de l'agent, sa volonté et sa conscience par rapport à l'action ou l'omission qu'il a accompli, sans y porter « un quelconque jugement de valeur, un quelconque jugement de reproche, à l'encontre de cet agent infractionnel »¹¹⁰³.

L'élément subjectif de l'infraction décrit ainsi la manière intellectuelle dont l'acte a été accompli par l'agent, l'état d'esprit de la personne vis-à-vis du résultat de son action ou omission. Il est toujours nécessaire pour déterminer l'existence de l'infraction, même dans les cas où le texte ne le prévoit pas expressément¹¹⁰⁴ - car le droit pénal en France et au Brésil ne connaît pas de responsabilité objective¹¹⁰⁵.

Pour analyser et décrire cet élément de l'infraction, le droit pénal français et le droit pénal brésilien réalisent une approche « analytique »¹¹⁰⁶ ou « protéiforme »¹¹⁰⁷ de la subjectivité criminelle, en faisant la distinction de plusieurs catégories de comportements psychologiques que la personne peut avoir à l'égard de son action ou omission. Pour cette raison, l'élément intellectuel n'est pas unique pour toutes les infractions¹¹⁰⁸, notamment parce que le droit pénal réalise une gradation « suivant l'intensité de la volonté ou de la conscience la sous-tendant »¹¹⁰⁹. Cette gradation de l'élément subjectif de l'infraction va nous aider à mieux saisir la gravité du

pas objet d'un même mouvement d'harmonisation en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales. Tandis que la culpabilité fait partie d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements, l'imputabilité fait partie d'un mouvement de création d'un nouveau droit pénal pour les personnes morales. Comme dans le premier titre de ce travail l'on étudie le mouvement d'adaptation, nous sommes obligés d'analyser la culpabilité avant l'imputabilité pénale.

¹¹⁰¹ Dans le même sens, R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128.

¹¹⁰² P. BÉLIVEAU, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁰³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128.

¹¹⁰⁴ *Idem*, p. 147. Le Conseil constitutionnel en France a rendu plusieurs décisions en ce qui concerne l'exigence ou la non exigence que le texte prévoit expressément l'élément subjectif de l'infraction. Sur le thème, voir l'article de M. B. DE LAMY, *Constitucionalização do direito penal francês*, p. 72.

¹¹⁰⁵ Cette affirmation soulève le problème des contraventions en droit pénal français et brésilien. D'un côté, il y a des auteurs qui affirment l'inexistence d'un élément subjectif dans cette catégorie d'infraction, en appelant les contraventions d'infractions matérielles (voir, par exemple CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 35). D'un autre côté, d'autres auteurs soulignent que même les contraventions ont un élément subjectif, quoiqu'il est réduit et présume dans la plupart des hypothèses (E. DREYER, *op. cit.*, p. 604). Il y a encore des auteurs qui ont une position intermédiaire, en affirmant que certaines contraventions ont un élément subjectif, tandis qu'autres non (voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 173). Une telle question a un lien avec notre étude car il y a des auteurs qui ont souligné le fait que les personnes morales ne pourraient accomplir que les infractions contraventionnelles, étant donné que les groupements n'auraient pas la capacité de remplir l'élément moral de l'infraction (voir G. JELLINIK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Mohr, Freiburg im Breisgau, p. 246 – cité par A. MESTRE, thèse préc., p. 249).

¹¹⁰⁶ I. DUPUIS, *op. cit.*, p. 2144.

¹¹⁰⁷ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 174.

¹¹⁰⁸ G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 390. L'on rencontre en droit pénal « différents contenus de la conscience et de la volonté, dans plusieurs catégories d'éléments subjectifs de l'infraction. Ces catégories n'auront pas le même contenu, puisque la volonté et la connaissance n'auront pas la même intensité dans tous les cas » J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 136.

¹¹⁰⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 173.

comportement illicite¹¹¹⁰ et elle sert à caractériser soit une infraction intentionnelle, soit une infraction non-intentionnelle.

124. L'infraction intentionnelle. L'élément subjectif de l'infraction peut tout d'abord prendre la forme d'une intention – hypothèse dans laquelle on le désigne par la qualification de dol ou *dolus*¹¹¹¹.

Même si l'intention a une place essentielle au sein de la loi pénale¹¹¹², ni l'article 121-3 du Code pénal français¹¹¹³, ni l'article 18 du Code pénal brésilien¹¹¹⁴ donnent une définition précise de son contenu¹¹¹⁵. On dit que l'infraction est intentionnelle quand l'agent accomplit l'élément matériel de l'infraction d'une manière « exprès » ou « volontaire »¹¹¹⁶. Pour cette raison, l'intention est le degré le plus élevé et le plus élaboré de l'élément subjectif¹¹¹⁷, la « reine des fautes » - laquelle doit être plus sévèrement reprochée¹¹¹⁸. On dit généralement¹¹¹⁹ que l'intention est composée par deux éléments : la volonté et la conscience.

Dans les infractions intentionnelles, le comportement illicite doit être, en premier lieu, influencé par une volonté. La personne doit avoir la volonté d'accomplir une action ou une omission susceptible de recevoir une qualification pénale et de ce fait arriver au résultat illicite prévu dans le texte¹¹²⁰. Autrement dit, l'agent doit avoir pris la décision d'accomplir l'élément matériel de

¹¹¹⁰ « Il est certain que l'élément moral de l'infraction est un baromètre de la délinquance » W. JEANDIDIER, *L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose*, in *Mélanges offerts à André Decocq*, Paris : LexisNexis, 2004, p. 369.

¹¹¹¹ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 175.

¹¹¹² M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 23.

¹¹¹³ Selon l'article 121-3 du Code pénal français, « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». De la même manière, le Code de 1810 ne comportait aucune définition de l'intention.

¹¹¹⁴ Selon l'article 18 du Code pénal brésilien, « Il y a crime intentionnel, quand l'agent a voulu le résultat (...) ».

¹¹¹⁵ J. PRADEL, *La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994*, p. 162.

¹¹¹⁶ La loi en France et au Brésil utilise plusieurs expressions pour faire référence à l'intention : « volontairement » ; « intentionnellement » ; « sciemment » ; « mauvaise foi » ; « en connaissance de cause » ; « sachant que ».

¹¹¹⁷ G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 391.

¹¹¹⁸ W. JEANDIDIER, *L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose*, p. 370. Non par hasard, pendant l'Ancien régime, où il y avait très peu d'infractions d'imprudence, certains criminalistes affirmaient que « le domaine propre du droit criminel est l'infraction intentionnelle », raison pour laquelle les infractions non-intentionnelles devaient rester en dehors du droit pénal. Seuls les actes qui révélaient une agressivité de l'agent à l'égard de la valeur protégée devaient être sanctionnés par le droit pénal. Voir, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 29.

¹¹¹⁹ L'on utilise le mot « généralement » parce qu'en France et au Brésil il y a des auteurs qui travaillent avec un dol composé exclusivement par la conscience de l'agent. Ce courant exclut la volonté comme une composante de l'élément subjectif. À notre avis, la volonté est importante, car elle nous aide à établir plus aisément une distinction entre les infractions non-intentionnelles et les infractions intentionnelles, notamment entre le dol éventuel et l'imprudence consciente. Dans le même sens, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 415. Concernant le droit français, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 146.

¹¹²⁰ J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 133. Dans l'infraction intentionnelle, « l'agent prend l'engagement de produire le résultat illicite » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, 397. « Il a recherché le résultat délictueux » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 174.

l'infraction¹¹²¹, en désirant mal agir. On dit qu'il a adhéré à l'acte illicite, en ce qui concerne le comportement et le résultat. Il a voulu accomplir son acte et aboutir à leurs conséquences. Cependant, pour que cette volonté puisse exister, la personne doit avoir dans son esprit une autre composante du dol : la conscience¹¹²².

La conscience est la seconde composante du dol¹¹²³. Pour qu'une infraction intentionnelle soit constituée la volonté de l'agent doit être éclairée par la conscience de son acte¹¹²⁴. L'individu a pris la décision d'accomplir l'élément matériel de l'infraction parce qu'il avait une bonne représentation des faits et il savait qu'en réalisant le comportement interdit il pourrait aboutir au résultat prévu dans la loi¹¹²⁵. Autrement dit, pour que le dol existe la personne doit avoir, au moment des faits¹¹²⁶, une approche éclairée de la réalité et de l'impact de son acte¹¹²⁷, une conscience de l'action et de l'omission qu'il accomplit et du résultat qui sera engendré par son comportement¹¹²⁸. Il doit « fidèlement représenter l'élément matériel de l'infraction » et comprendre la signification de son acte – de sorte qu'on doit conclure qu'il savait ce qu'il faisait. Par conséquent, cette conscience doit porter sur les faits et non pas sur la norme pénale¹¹²⁹. L'agent doit comprendre ce qu'il fait et non pas le caractère illicite de son comportement, cela est une différence importante entre la culpabilité et l'imputabilité¹¹³⁰.

Dans ce contexte, on peut parler de deux formes de dol¹¹³¹. D'un côté, le dol général qui est l'élément intellectuel *minimum* des infractions intentionnelles et est la volonté et la conscience d'accomplir l'élément matériel de l'infraction¹¹³². D'un autre côté, le dol spécial qui est un élément

¹¹²¹ « La conformité de l'esprit avec l'acte, portant sur le caractère volontaire de l'action ou de l'omission, et permettant d'établir l'exercice de la volonté de l'agent vers l'acte infraction » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 145.

¹¹²² En ce qui concerne la relation entre volonté et conscience, certains auteurs ont souligné le fait que la volonté dépend toujours d'une conscience, car l'on ne peut pas vouloir ce qu'on ne connaît pas, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 415.

¹¹²³ Le droit pénal n'entend pas par là ni « un simple état de conscience sommaire, vague », ni une « connaissance précise et parfaite de l'infraction, mais une connaissance moyenne des faits » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 148.

¹¹²⁴ « Comme le droit civil, qui envisage et retient une volonté exempte de vice comme condition de validité du consentement, le droit criminel exige une volonté éclairée par la conscience ou par la connaissance » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 146.

¹¹²⁵ J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal - parte geral*, p. 132 et 144.

¹¹²⁶ *Idem*, p. 150.

¹¹²⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 257.

¹¹²⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 630.

¹¹²⁹ *Idem*, p. 632.

¹¹³⁰ Une différence qui n'était pas très claire pour les anciens auteurs en France. Émile Garçon, par exemple, au début du XX^{ème} siècle a défini l'intention comme : « La volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi ; c'est la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales (qu'il est toujours censé connaître) » E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris : Librairie de la Société du Recueil, 1901, n° 77. Dans une telle définition, la conscience doit avoir pour l'objet non seulement les faits, mais aussi la norme pénale – raison pour laquelle l'on peut dire que cette définition engendre une confusion entre les concepts de culpabilité et imputabilité.

¹¹³¹ Pour l'étude de la responsabilité pénale des personnes morales, cette distinction est importante, car certains auteurs ont associé la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement au dol spécial. Cette idée sera développée plus en détails *infra* (n° 140).

¹¹³² X. PIN, *Droit pénal général*, p. 175.

subjectif « complémentaire » au dol général¹¹³³, lequel existe pour certaines infractions¹¹³⁴ et qui a une nature controversée en doctrine.

Cette assertion est possible car, pour certains, le dol spécial est un élément intellectuel plus affiné ou caractérisé¹¹³⁵. Il est une « volonté particulièrement ciblée, tendue vers un certain but »¹¹³⁶ ou tendue vers un résultat déterminé qui n'est pas directement compris dans l'élément matériel de l'infraction¹¹³⁷. Pour d'autres, le dol spécial ne serait « rien d'autre qu'un mobile érigé en forme d'intention »¹¹³⁸ – car cet élément subjectif « complémentaire » serait la raison qui « pousse l'agent à commettre une infraction », le mobile qui explique le pourquoi du comportement illicite¹¹³⁹. De toute façon, en dépit de sa nature controversée, on peut dire que le dol spécial va être exigé par le droit pénal spécial pour la qualification de certains actes illicites – mais il ne va pas épuiser toutes les considérations qu'on peut faire sur l'élément subjectif de l'infraction.

L'on énonce cela car la doctrine en France et au Brésil travaille aussi avec plusieurs « modalités » de dol. Une telle classification n'a pas d'influence concernant la catégorie de l'élément subjectif de l'infraction, car l'on reste toujours sur des infractions intentionnelles¹¹⁴⁰. Toutefois, elle peut avoir des conséquences sur le degré de reproche qu'on peut faire à l'encontre du comportement intellectuel de l'agent¹¹⁴¹. Tandis qu'au Brésil, on parle de trois modalités de dol¹¹⁴² : le dol direct¹¹⁴³ ; le dol indirect¹¹⁴⁴ ; et le dol éventuel¹¹⁴⁵. En France, la doctrine travaille

¹¹³³ J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal - parte geral*, p. 161.

¹¹³⁴ Pour cette raison, l'on dit que l'étude du dol spécial est réalisée plus par le droit pénal spécial que par le droit pénal général. Dans ce sens, *Idem*, p. 163.

¹¹³⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 474. Contre cette position, parce que le « dol spécial est nécessairement intégré dans le texte de qualification donc soit il est absorbé par le dol général, soit il absorbe le dol général », voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 176.

¹¹³⁶ W. JEANDIDIER, *L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose*, p. 370.

¹¹³⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 643. Après avoir procédé à cette affirmation, M. DREYER souligne que le dol spécial est une notion qui n'a guère intérêt pour les infractions matérielles, car pour ces infractions le dol spécial est inclus dans le dol général. Tel n'est pas le cas des infractions formelles, où ces deux notions se distinguent.

¹¹³⁸ Dans ce sens : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 177 et s. ; et A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 217. Sans le dire directement, mais avec un raisonnement que nous permet de conclure que le dol spécial serait un mobile érigé en forme d'intention, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 163.

¹¹³⁹ Il s'agit d'une idée séduisante, mais qui ne s'articule pas avec le principe de l'indifférence des motivations en droit pénal. Pour les raisons de l'existence de ce principe, voir : R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 167 ; et s. et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 414. Quoi qu'il en soit, est indiscutable le fait que l'idée d'une prise en compte des mobiles explique d'une manière simple et claire le dol spécial en droit pénal. Dans ce sens, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 178.

¹¹⁴⁰ Dans le même sens, J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal - parte geral*, p. 136.

¹¹⁴¹ Dans le même sens, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 422.

¹¹⁴² Une telle manière de comprendre le dol est issue du droit allemand, lequel travaille lui-aussi avec une conception tripartite du dol. Voir P. BUSATO, *Dolo e significado*, in *Dolo e direito penal*, São Paulo : Atlas, 2014, p. 60.

¹¹⁴³ Pour approfondir, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 137 et 138. L'on se limite à faire une exposition sommaire de ces différentes modalités de dols car l'exposition de l'élément subjectif de l'infraction dans ce paragraphe a pour but de montrer l'incompatibilité existant entre un tel élément et la nature désincarnée de la personne morale et non pas l'objectif d'épuiser tout le débat sur le thème.

¹¹⁴⁴ Pour approfondir, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 420 et 421.

¹¹⁴⁵ Pour approfondir, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 130 et s. La doctrine française travaille également avec un tel concept, voir par exemple X. PIN, *Droit pénal général*, p. 188.

avec plusieurs modalités : le dol déterminé¹¹⁴⁶ ; le dol indéterminé¹¹⁴⁷ ; le dol dépasse¹¹⁴⁸ ; le dol éventuel¹¹⁴⁹ ; le dol aggravé¹¹⁵⁰ ; et le dol simple¹¹⁵¹. Quoiqu'il en soit, la subjectivité criminelle peut être exprimée aussi par un acte non-intentionnel.

125. L'infraction non-intentionnelle. L'infraction non-intentionnelle est une catégorie de l'élément subjectif dans laquelle l'agent n'a pas adhéré intellectuellement à son acte illicite. De ce fait, une telle faute est moins reprochable que l'infraction intentionnelle et devrait être l'exception en droit pénal¹¹⁵². Cependant, à cause du « développement du machinisme et de la complexité des techniques modernes »¹¹⁵³, l'infraction non-intentionnelle recouvre aujourd'hui une grande partie des affaires pénales, notamment en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales¹¹⁵⁴. Elle est également prévue à l'article 121-3 du Code pénal français et à l'article 18 du Code pénal brésilien.

Dans la faute non-intentionnelle l'élément subjectif de l'infraction est « réduit »¹¹⁵⁵, voire « plus simple » que celui de la faute intentionnelle¹¹⁵⁶. Ici on ne rencontre pas dans l'esprit de

¹¹⁴⁶ Pour approfondir, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁴⁷ Pour approfondir, voir : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 186 et 187 ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 652 et 653 ; et R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁴⁸ Pour approfondir, concernant le droit français, voir : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 187 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 654 et 655. Pour approfondir, concernant le droit brésilien, voir : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 453 et 454 ; et J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 193 et 194.

¹¹⁴⁹ Le dol éventuel a le même concept en France et au Brésil, mais il n'a pas le même traitement dans ces deux pays. Tandis qu'au Brésil il est une modalité de dol prévue par l'article 18 du Code pénal, beaucoup appliquée dans la pratique judiciaire, en France, le Code pénal ne le prévoit pas. Pendant longtemps, la doctrine française « s'est demandée s'il fallait assimiler cette faute consciente au dol général pour retenir une qualification intentionnelle, compte tenu de la dangerosité du dol éventuel ». Mais l'opinion majoritaire a refusé une telle assimilation au nom du principe de la légalité criminelle. La jurisprudence française, cependant, dans certaines hypothèses assimile parfois le dol éventuel au dol général (voir, par exemple, Cour de cass., Ch. crim., 8 mai 1974, Bull. crim. n° 165). Quoiqu'il en soit, le législateur français « a cependant fait le choix d'isoler le dol éventuel en créant la faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». Pour cette raison, en dépit du fait d'être connue par la doctrine, cette catégorie de dol tendre à disparaître en droit français, voir : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 188 et 189 ; R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 158 ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 153 ; et E. MARTIN-HOCQUENGHEM, *Le dol éventuel, in Code pénal et Code d'instruction criminelle*, Paris : Dalloz, 2010, p. 463.

¹¹⁵⁰ Pour approfondir, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 156. M. PIN a une autre définition, pour lui le dol aggravé est le mobile de l'infraction pris en compte dans la détermination de la sanction, un facteur légal d'aggravation de la peine. Voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 179.

¹¹⁵¹ Pour approfondir, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁵² E. DREYER, *op. cit.*, p. 605.

¹¹⁵³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 142. Dans le même sens voir : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 423 ; et H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 153.

¹¹⁵⁴ Si l'on analyse les arrêts de la Cour de cassation sur le thème, l'on va voir que la majorité des arrêts a été rendue concernant des infractions non-intentionnelles. Dans le même sens, voir H. RENOUT, *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁵⁵ L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁵⁶ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 268. Pour cette raison, certains auteurs ont soutenu la thèse selon laquelle l'on n'aurait pas d'élément subjectif dans les infractions non-intentionnelles. Les éléments constitutifs d'une telle infraction seraient réduits à élément matériel. Concernant cette thèse, voir en France A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 287. Au Brésil, voir la théorie de l'imputation objective : C. ROXIN, *Sobre la culpa en Derecho penal, in Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, Barcelona : PPU, 1992, p. 92. Encore au Brésil, il y a des auteurs qui faisaient une division, en acceptant l'existence d'un élément subjectif pour les imprudences conscientes, mais en la refusant pour les imprudences inconscientes, voir par exemple J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 191. À notre avis, les infractions non-

l'agent une conscience et une volonté d'accomplir le comportement illicite et d'engendrer le résultat dommageable. À la place d'avoir une hostilité à l'encontre des valeurs protégées par la loi, l'agent se montre indifférent par rapport à eux¹¹⁵⁷. Il agit avec imprudence, négligence ou en ne respectant pas une obligation de prudence ou de sécurité. En effet, par son comportement il ne respecte pas le devoir de vigilance qu'il était tenu de respecter et de ce fait, il finit par occasionner un résultat dommageable¹¹⁵⁸ ou par créer un risque pour quiconque¹¹⁵⁹. Pour l'exemple du dol, la faute non-intentionnelle est divisée en plusieurs modalités¹¹⁶⁰. Tandis qu'en France une telle division a été prévue par le législateur au sein de l'article 121-3 du Code pénal, au Brésil elle a été construite par la doctrine et par la jurisprudence.

En France, on divise les infractions non-intentionnelles dans deux modalités : les fautes simples¹¹⁶¹; et les fautes qualifiées. Tout d'abord, la première modalité est prévue dans l'alinéa 3^{ème} du Code pénal. Il s'agit d'une faute « d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement »¹¹⁶². Dans une telle hypothèse l'agent a agi avec « maladresse », « relâchement » ou « inattention » et à cause d'un tel comportement il arrive au résultat illicite. La personne a la volonté d'accomplir l'action ou l'omission maladroite¹¹⁶³, mais elle n'a pas conscience qu'un tel comportement peut engendrer le résultat dommageable¹¹⁶⁴ - pour cette raison on dit qu'elle a réalisé une faute simple ou inconsciente¹¹⁶⁵.

intentionnelles ont toujours un élément subjectif, mais il est réduit. Dans le même sens : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 437 ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 605 et s. ; et R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 172 et s.

¹¹⁵⁷ A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁵⁸ Au Brésil, la doctrine normalement explique une telle faute à partir de deux concepts, celui de « devoir de vigilance » et celui du « risque permis » – ces deux notions vont finalement nous renvoyer à la « définition » énoncée ci-dessus, laquelle est utilisée aussi en droit français. Voir par exemple X. PIN, *Droit pénal général*, p. 180. Concernant le droit brésilien, voir : J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 167 et s. ; et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 422 et s.

¹¹⁵⁹ Ici l'on fait référence notamment au délit de mise en danger, lequel en France se consomme sans conséquence dommageable, voir pour approfondir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 189.

¹¹⁶⁰ Toutefois, « tous les délits intentionnels n'ont donc pas un équivalent non-intentionnel » E. DREYER, *op. cit.*, p. 603. Dans ce contexte, tant l'article 121-3 du Code pénal français, comme l'article 18 du Code pénal brésilien exigent que la loi prévoit expressément si l'incrimination existe aussi dans la modalité non-intentionnelle.

¹¹⁶¹ La faute simple est aussi appelée de « faute ordinaire » (E. DREYER, *op. cit.*, p. 606 et s.) ou de « faute inconsciente » (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 178).

¹¹⁶² Pour une définition plus détaillée des concepts d'imprudence, négligence et manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 176 et s. Concernant le droit brésilien, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 433. L'expression « règlement » fait référence au seul règlement administratif (décret, arrêt). Dans le même sens, X. PIN, *Droit pénal général*, p. 181.

¹¹⁶³ Dans le même sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 609.

¹¹⁶⁴ *Idem*, p. 606. « Le caractère involontaire est ainsi exclusivement attaché au résultat, juridique ou matériel, du comportement de l'agent » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 188. En raison de l'existence d'une manifestation positive de volonté dans la production de ces fautes, l'on a eu en France « un mouvement de contestation de cette analyse de la faute pénale ordinaire inconsciente », lequel « rejette la différenciation traditionnelle de l'intention et de la faute pénale ordinaire en proposant la disparition de cette dernière notion ». Pour approfondir, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 179 et s.

¹¹⁶⁵ En d'autres termes, l'on peut dire que dans la faute simple ou l'imprudence inconsciente « la culpabilité infractionnelle de l'agent réside dans la circonstance qu'il n'a pas prévu les effets nuisibles de son activité, en raison de son inattention ou

Ensuite, la seconde modalité d'infraction non-intentionnelle est prévue dans l'alinéa 4^{ème} du Code pénal français. Il s'agit de la faute qualifiée. Une telle faute est plus grave que la faute simple¹¹⁶⁶, puisqu'elle constitue une marque particulière « d'indiscipline » ou « de mépris » de la norme¹¹⁶⁷. Pour cette raison, elle est aussi recherchée vis-à-vis de l'agent qui a « créé ou a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » (auteur indirect de l'infraction) et également vis-à-vis de l'agent qui « n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter » (auteur médiateur de l'infraction)¹¹⁶⁸. Autrement dit, face à la gravité de l'acte, cette faute peut être imputée non seulement aux auteurs directs du dommage (lien de causalité direct), mais aussi à l'encontre des auteurs indirects du fait illicite (lien de causalité indirect)¹¹⁶⁹. Dans tous les cas, cette faute qualifiée peut être une faute délibérée ou une faute caractérisée.

Dans la faute délibérée la personne viole « de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement »¹¹⁷⁰. L'agent a la volonté d'accomplir son comportement. En outre, il a la conscience qu'en l'accomplissant il peut arriver au résultat illicite. Toutefois, il ne le souhaite pas – car il a l'espoir que le résultat ne se produira pas¹¹⁷¹. Pour cette raison, quelques auteurs¹¹⁷² utilisent l'appellation « d'imprudence consciente » pour désigner une telle faute, parce que la personne a conscience du résultat illicite, mais ne veut pas y arriver. Quoi qu'il en soit, la faute qualifiée peut être aussi une faute caractérisée.

La faute caractérisée a lieu quand l'agent « expose autrui à un risque d'une particulière gravité », qu'il « ne pouvait pas ignorer »¹¹⁷³. Elle peut être une « série d'imprudences ou de

de sa négligence, alors qu'il aurait pu et même dû les prévoir » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 179. Comme la prévisibilité dépasse le plan de la simple causalité physique, en relevant de la causalité intellectuelle, l'on ne peut pas concevoir une théorie objective des infractions non-intentionnelles. Dans le même sens, voir Y. HANNEQUART, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 477. Concernant la relation entre prévisibilité et résultat dommageable en ce qui concerne le droit brésilien, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 179 et s. Concernant le droit français, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 187 et 188.

¹¹⁶⁶ « Elle présente un degré de gravité supplémentaire » E. DREYER, *op. cit.*, p. 615.

¹¹⁶⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 182. Pour cette raison, elles doivent être punies plus sévèrement que les fautes simples, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁶⁸ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 182. Pour une définition d'auteur médiateur et d'auteur indirect, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 191. L'on peut dire aussi que la loi du 10 juillet 2000 a été à l'origine d'une déresponsabilisation des personnes physiques qui ont causé indirectement le fait illicite par voie d'une faute simple d'imprudence. L'on abordera cette question *infra* (n° 151 et s.), notamment en ce qui concerne les personnes morales.

¹¹⁶⁹ L'on va étudier *infra* (n° 151) en quoi consiste exactement cette notion de causalité indirecte/directe.

¹¹⁷⁰ Ici le texte violé doit être particulier et non pas une prescription trop générale de prudence ou sécurité. Voir Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2002, Dr. Pénal 2002, 120, obs. M. VÉRON.

¹¹⁷¹ Dans le même sens, R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 180.

¹¹⁷² Voir, par exemple, *Ibid.*

¹¹⁷³ A. PONSEILLE, La faute caractérisée en droit pénal, *in RSC*, 2003, p. 79 et s.

négligences simples »¹¹⁷⁴ ou une seule imprudence ou négligence qui démontre une « prise consciente de risques d'une particulière gravité »¹¹⁷⁵.

Finalement, il faut dire que le Code pénal français prévoit aussi à l'article 121-3, alinéa 2^{ème}, la « faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». Il s'agit d'une catégorie intermédiaire de l'élément subjectif, qui est à mi-chemin entre le dol et l'imprudence. Pour cette raison, sa nature juridique ne fait pas l'objet d'un *consensus* en doctrine. D'un côté, certains auteurs considèrent qu'une telle faute est équivalente à la faute délibérée et doit être rapprochée des infractions non-intentionnelles¹¹⁷⁶. Tandis que, d'un autre côté, d'autres auteurs réservent la qualification de faute de mise en danger à des fautes « plus proches de l'intention que de la non-intention », en l'assimilant parfois au dol éventuel¹¹⁷⁷. Quoi qu'il en soit, il faut dire qu'on ne rencontre pas cette catégorie de faute en droit pénal brésilien.

Au Brésil, les infractions non-intentionnelles ne sont pas aussi détaillées dans le Code pénal qu'en France¹¹⁷⁸. Dans l'article 18 de notre Code pénal, le législateur énonce seulement que l'infraction est non-intentionnelle quand « l'agent a abouti au résultat par la voie d'un acte d'imprudence, négligence ou de maladresse ». Face au silence du législateur, la doctrine¹¹⁷⁹ et la jurisprudence¹¹⁸⁰ travaillent normalement avec deux catégories de fautes : les fautes conscientes ; et les fautes inconscientes.

Dans les fautes conscientes, l'agent a volontairement un comportement d'imprudence, lequel peut être une action ou une omission¹¹⁸¹. Ce comportement va alors aboutir à un résultat illicite – lequel était connu par l'agent qui cependant ne le souhaitait pas¹¹⁸². La faute consciente est donc une catégorie de faute très similaire à celle de la faute délibérée en France, mais n'est pas la seule catégorie de faute au Brésil.

Ensuite, la doctrine et la jurisprudence brésiliennes travaillent aussi avec les « fautes inconscientes ». Dans une telle hypothèse, la personne qui a accompli l'action ou l'omission maladroite a la volonté de le faire, mais elle n'a pas conscience du fait qu'un tel comportement

¹¹⁷⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 185. Voir par exemple, Cour de cass., Ch. crim., 16 novembre 2009, Dr. Pén. 2011, comm. 19, obs. M. Véron.

¹¹⁷⁵ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 182.

¹¹⁷⁶ Dans ce sens, voir : F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 492 ; et R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 181, à la différence que, d'un côté, les fautes simples et qualifiées exigent l'existence d'un résultat dommageable (formel ou matériel) et, d'un autre côté, la mise en danger délibérée ne l'exige pas (E. DREYER, *op. cit.*, p. 627).

¹¹⁷⁷ Dans ce sens, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 182.

¹¹⁷⁸ Le Code de 1810, toutefois, n'avait pas une définition générale des fautes non-intentionnelles. Seulement dans la partie spéciale du Code l'on rencontre cette définition. Voir dans ce sens A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 308.

¹¹⁷⁹ R. DOTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 176.

¹¹⁸⁰ Voir, par exemple, STJ, 9 avril 2014, AGRG n° 473.025.

¹¹⁸¹ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 430.

¹¹⁸² « L'agent croit que le résultat de l'infraction ne va pas arriver » J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 189.

peut engendrer le résultat dommageable¹¹⁸³. Pour cette raison, on peut assimiler une telle faute à la faute simple ou ordinaire du droit pénal français¹¹⁸⁴.

126. L'appréciation de la faute. Quoi qu'il en soit, en France et au Brésil l'infraction non-intentionnelle est une incrimination¹¹⁸⁵ plus ouverte que les infractions intentionnelles¹¹⁸⁶. Pour cette raison, pour vérifier l'existence d'une telle faute on doit toujours avoir des paramètres pour savoir si la personne qui a accompli le comportement illicite a effectivement agi avec imprudence, négligence ou maladresse¹¹⁸⁷.

En France, cette appréciation de l'infraction non-intentionnelle avant la loi du 13 mai 1996 était réalisée *in abstracto*, en ayant pour référence l'idée de « l'homme moyen » ou du « bon père de famille » placée dans les mêmes circonstances¹¹⁸⁸. Toutefois, depuis 1996, les juges français doivent apprécier l'existence du comportement maladroit *in concreto*¹¹⁸⁹, de sorte que le Code pénal français ne permet de relever une faute non-intentionnelle que « s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses

¹¹⁸³ *Idem*, p. 187.

¹¹⁸⁴ Au Brésil, des auteurs définissent parfois l'élément subjectif de l'infraction non-intentionnelle comme une attitude intellectuelle négative : « l'agent n'a pas voulu accomplir l'évènement infractionnel survenu ». En outre, il y a des auteurs qui proposent une autre classification des fautes non-intentionnelles : à la place des fautes conscientes ou inconscientes, l'on devrait avoir des fautes graves et des fautes simples. Autrement dit, selon eux, le critère pour établir les différentes catégories de fautes d'imprudence devrait être non pas celui de la conscience ou de l'inconscience du résultat, mais celui de la gravité du comportement. Cette proposition rapproche le droit brésilien du droit français. Voir dans ce sens, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 440.

¹¹⁸⁵ L'on comprend le mot incrimination par « l'acte législatif ou réglementaire par lequel est définie une infraction » *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, Paris : Dalloz, 2014, p. 498.

¹¹⁸⁶ Pour cette raison, l'article 121-3 du Code pénal, notamment l'alinéa 4 dudit article, a déjà été objet d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité en France. La Question contestait l'article 121-3 du Code à l'égard surtout du principe de légalité des délits et des peines, à cause de l'apparente imprécision de ce texte, voir Cour de cass., Ch. crim., 24 septembre 2013, décision de non transmission n° 12-87059.

¹¹⁸⁷ « Les notions d'imprudence et de négligence sont à ce point incertaines que le juge ne peut tenter de les préciser qu'en déterminant, tout d'abord, quel aurait été le comportement d'une personne moyennement raisonnable placée dans la même situation puis en comparant ce comportement à celui de l'agent. C'est la seule façon, pour lui, d'apprécier objectivement l'attitude en cause » E. DREYER, *op. cit.*, p. 619. Dans le même sens au Brésil, J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 172.

¹¹⁸⁸ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁸⁹ Dans le même sens, voir : R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 184 et s. ; et X. PIN, *Droit pénal général*, p. 181. M. DREYER a une opinion différente. Selon lui, même après 1996, la faute doit être appréciée *in abstracto*. La loi du 13 mai 1996 exige que « le modèle de référence utilisé par le juge soit adapté aux circonstances (...) particulières dans lesquelles l'acte dommageable est intervenu », mais cela ne signifie pas qu'une telle appréciation a changé de nature, d'un modèle *in abstracto* vers un modèle *in concreto*. Selon lui, une appréciation *in concreto* de la faute doit être réalisée seulement au stade de la sanction et non pas de l'infraction. Cependant, pour M. DREYER seules les fautes délibérées doivent être appréciées *in concreto*, car le caractère délibéré de la faute est incompatible avec l'appréciation *in abstracto*. Voir pour approfondir E. DREYER, *op. cit.*, p. 618 et 619. Contre une appréciation *in concreto* de la faute non-intentionnelle, voir A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 333 et s.

missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait »¹¹⁹⁰.

Au Brésil, le législateur n'a pas énoncé à l'article 18 du Code pénal la manière dont on devrait apprécier le caractère fautif du comportement. Face au silence du législateur, la doctrine brésilienne travaille autant avec l'idée d'une appréciation *in abstracto*, à partir du concept de « l'homme moyen » et d'autres paramètres objectifs¹¹⁹¹, qu'avec l'idée d'une appréciation *in concreto*, laquelle prend en compte les compétences, le pouvoir et les moyens dont l'agent disposait au moment des faits¹¹⁹². La jurisprudence à son tour travaille également avec ces deux idées, en ayant cependant tendance à procéder plus à une appréciation *in abstracto* qu'une appréciation *in concreto* de la faute¹¹⁹³.

Quoi qu'il en soit, une fois qu'on a analysé les modalités et les composantes de l'élément subjectif de l'infraction, la question qui se pose alors est celle de savoir quelle est la nature du dol et de la faute en droit pénal. S'agit-il d'une nature psychologique dans le sens strict du terme, de sorte que l'élément subjectif de l'infraction serait perçu par le droit pénal comme un phénomène réel de la psychique humaine ? L'interrogation est importante, car la doctrine classique niait la responsabilité pénale des personnes morales à cause de leur incapacité de remplir l'élément subjectif de l'infraction. Comme le dol et la faute seraient des événements psychologiques, ils ne pourraient pas être accomplis par la personne morale. De ce fait, on ne pourrait pas avoir une responsabilité pénale subjective des groupements (§2).

§2) La culpabilité psychologique et son antagonisme avec la nature des personnes morales

127. La nature de l'élément subjectif de l'infraction. Initialement, la doctrine classique expliquait la nature de l'élément subjectif de l'infraction comme une « réalité psychologique »¹¹⁹⁴. L'intention

¹¹⁹⁰ Selon certains auteurs, cette appréciation permet d'éviter la sanction pénale des « poussières de faute », voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 181. Ce texte est le résultat de deux réformes : en premier lieu, celle de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 ; en second lieu, celle de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.

¹¹⁹¹ Voir, par exemple, J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 172 et s. L'auteur propose aussi d'autres paramètres objectifs pour l'appréciation d'une telle faute. Concernant la responsabilité pénale des personnes morales, certains auteurs ont proposé une idée similaire pour la personne morale, en développant l'idée d'une « entreprise moyenne » ou d'une « bonne entreprise » - voir *supra* (n° 81). Contre l'idée d'une appréciation *in abstracto* en ce qui concerne le droit brésilien, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 422 et s.

¹¹⁹² Dans ce sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 338 et s.

¹¹⁹³ Voir par exemple STJ, 13 mai 2014, RHC n° 34.096.

¹¹⁹⁴ « Selon la conception traditionnelle en France, le contenu de la culpabilité est d'ordre psychologique (...) la culpabilité est le rapport psychique entre l'agent et le fait délictueux » J. VIDAL, La conception juridique française de la culpabilité, in *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, tome 24, p. 48. Dans le même sens, concernant le droit brésilien voir : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 401.

et l'imprudence étaient « des fauteurs physio-psychiques »¹¹⁹⁵ qui avaient leur siège dans le cerveau de l'homme¹¹⁹⁶. Avec l'aide de la psychologie¹¹⁹⁷, de la psychanalyse¹¹⁹⁸ et de la physiologie¹¹⁹⁹ – les juristes définissaient la nature de l'élément subjectif de l'infraction « sous un angle strictement psychologique »¹²⁰⁰. La volonté était considérée comme un phénomène qui pouvait être définie comme « l'énergie psychique pulsionnelle qui engendre une activité mécanique chez une personne physique ». La conscience en revanche était la « psychique consciente qui guide et clarifie cette volonté »¹²⁰¹. Par conséquent, on parlait d'un concept de base ontologique de l'élément subjectif de l'infraction, lequel était la description d'un phénomène réel qui se produirait dans l'appareil psychique de l'homme¹²⁰². Le dol et l'imprudence étaient ainsi des concepts qui avaient une constitution strictement psychologique.

De ce fait, en théorie au moins, le juge dans la procédure pénale devait « sonder les individus pour savoir quel fut leur état psychologique » au moments des faits, en mettant à nu l'âme de l'agent¹²⁰³. Comme l'élément subjectif de l'infraction avait une nature strictement psychologique, leur qualification était alors entièrement « tributaire d'une introspection »¹²⁰⁴. Ainsi, pour découvrir si l'infraction a été commise avec dol ou avec imprudence l'on devait, tout d'abord, analyser « l'état psychologique de l'agent », lequel était supposément réel et accessible aux magistrats, pour ensuite percevoir quelle était la position intellectuelle de l'individu vis-à-vis de son acte matériel.

Cette conception « classique » de la culpabilité s'harmonisait réellement avec les postulats du droit pénal moderne¹²⁰⁵ - lequel voulait saisir toute la métaphysique de l'être humain¹²⁰⁶. Toutefois, elle avait l'intention d'accéder à une donnée (l'âme de l'agent) qui relevait plus de la

¹¹⁹⁵ F. PALAZZO, La responsabilité pénale dans l'entreprise en Italie, in *La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié*, Paris : Dalloz, 1996, p. 318.

¹¹⁹⁶ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Note sous Paris*, 21 déc. 1949, Soc. Baschet., D., 1950, p. 439.

¹¹⁹⁷ « Il était une approximation du droit pénal des autres sciences humaines » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 401.

¹¹⁹⁸ « C'est pour atteindre le noyau psychologique de la faute que certains auteurs ont eu recours à des données psychanalytiques » A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 332.

¹¹⁹⁹ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁰⁰ A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 280. Dans le même sens, J. VIDAL, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁰¹ J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 272.

¹²⁰² P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 402. On veut dire qu'il était un concept fondé dans l'ontologie, entendue ici comme la « partie de la métaphysique qui s'applique à l'être en tant qu'être, indépendamment de ses déterminations particulières » *Le petit robert*, Paris : Le Robert, 2013, p. 1744.

¹²⁰³ A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 333.

¹²⁰⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, thèse Liège, 1959, n° 181.

¹²⁰⁵ Un droit fondé sur une « philosophie morale, soit kantienne, soit chrétienne (...) en d'autres termes sur des prémisses qui font du seul individu humain le véritable et réel sujet de droit » A. BURGE, *La personne morale : la pensée juridique française du XIX siècle*, in *Personne, société, nature*, Fribourg : Editions Universitaires Fribourg, 1996, p. 78. « Cette tendance à la subjectivité, qui tend en somme à faire à l'homme une place de plus en plus considérable dans le droit » A. MESTRE, thèse préc., p. 251.

¹²⁰⁶ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 91.

« justice divine » que de la « justice des hommes »¹²⁰⁷. Peut-être pour une telle raison, en France cette approche traditionnelle de la nature de l'élément subjectif de l'infraction a été vite perçue comme la simple « reproduction d'un schéma intellectuel » et non pas comme la « description de la réalité juridique » d'un tel élément de l'infraction¹²⁰⁸. La doctrine française, fidèle à la tradition latine qui l'anime, a voulu « éviter la voie des abstractions et des spéculations philosophico-psychologiques ». Pour cette raison, elle a vite refusé une conception trop métaphysique du dol et de l'imprudence, selon laquelle l'élément subjectif de l'infraction aurait une nature strictement psychologique¹²⁰⁹.

Au Brésil, la doctrine n'a pas suivi le même chemin. Fortement influencée par le droit pénal allemand, pour lequel les abstractions et les spéculations philosophico-psychologiques sont très chères¹²¹⁰, les juristes brésiliens ont accepté la nature strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction comme un postulat presque incontestable¹²¹¹. De ce fait, contrairement à ce qu'il s'est passé en France, au Brésil le dol et l'imprudence sont perçus encore actuellement comme des « phénomènes réels de la psychique humaine », comme des « réalités psychologiques » qui devraient être saisies par le juge pénal.

Pour cette raison, on peut dire qu'on rencontre une similitude et une différence entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien concernant la nature de l'élément subjectif de l'infraction. Autant en France qu'au Brésil on rencontre une conception « classique » de la culpabilité, selon laquelle l'élément subjectif de l'infraction aurait une nature strictement psychologique. Néanmoins, d'autre part, la consécration d'une telle conception n'a pas eu la même durée de temps dans ces deux pays. Tandis qu'en France la conception classique de la culpabilité a été consacrée pendant un court laps de temps, au Brésil elle continue à exister encore actuellement. Il nous semble que ce décalage entre le droit français, qui a vite abandonné une

¹²⁰⁷ Dans le même sens, Y. HANNEQUART, thèse préc., n° 181. L'on fait le parallèle entre ces deux justices, parce que l'idée d'élément subjectif comme une réalité psychologique qui devrait être saisie par le juge est très similaire à la conception que le droit canonique avait d'un tel élément (appréhender la métaphysique de l'être humain). Tandis que dans le droit canonique, une telle conception a été expliquée par la voie d'un discours religieux, dans la conception classique de culpabilité elle a été expliquée par la voie des sciences humaines, comme la psychologie par exemple. L'on va étudier cette question plus en détail *infra* (n° 127).

¹²⁰⁸ A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 280.

¹²⁰⁹ *Idem*, p. 322.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 59.

conception psychologique de culpabilité¹²¹², et le droit brésilien, qui travaille encore aujourd'hui avec une telle idée, existe pour deux raisons¹²¹³.

En premier lieu, parce que les pénalistes brésiliens utilisent normalement des théories allemandes pour expliquer les éléments constitutifs de l'infraction, notamment la « théorie causaliste » de LISZT¹²¹⁴ et la « théorie finaliste » de WELZEL¹²¹⁵. Selon ces théories, l'élément subjectif de l'infraction a une nature strictement psychologique, en ayant leur siège dans le cerveau de l'agent qui a accompli l'acte illicite. Par conséquent, le droit brésilien a adopté lui aussi un concept « ontologique » du dol et de l'imprudence, car les doctrines qui l'ont inspiré travaillaient déjà avec l'idée d'une nature strictement psychologique d'un tel élément de l'acte illicite¹²¹⁶.

En second lieu, parce que l'étude du droit pénal au Brésil a toujours été dissociée de l'étude de la procédure pénale¹²¹⁷. Pour cette raison, les pénalistes brésiliens n'ont pas réalisé aussi vite que les pénalistes français que l'élément subjectif de l'infraction en tant que « réalité psychologique » était inaccessible, voire inexistant¹²¹⁸, et que la procédure pénale était incapable de faire « une recherche interne sondant les consciences et les âmes »¹²¹⁹. Sans connaître les limitations de la procédure pénale, le droit pénal brésilien a fini par engendrer un divorce net entre l'analyse doctrinale de l'élément subjectif de l'infraction et la réalité du droit positif¹²²⁰. En raison

¹²¹² En France, des auteurs font encore référence à une « attitude psychologique de l'auteur au moment des faits » (voir, par exemple, X. PIN, *Droit pénal général*, p. 186). Mais, nonobstant une telle référence, les auteurs ne travaillent pas avec une conception de culpabilité strictement psychologique, car, en sachant l'impossibilité de saisir l'âme de l'agent, les pénalistes français savent que la faute n'est pas une réalité psychologique qui doit être constatée, mais qu'elle est un élément de l'infraction qu'on déduit des faits. L'on verra une telle question *infra* (n° 130 et s.).

¹²¹³ Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Introdução*, in *Dolo e direito penal*, São Paulo : Atlas, 2014, p. IX.

¹²¹⁴ F. LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid : Editorial Reaus, 1999, p. 125. L'on n'oublie pas que la doctrine brésilienne utilise aussi d'autres auteurs allemands qui suivent ces deux courants (causaliste et finaliste), mais l'on cite LISZT et WELZEL parce qu'ils sont les principaux auteurs de ces courants doctrinaux.

¹²¹⁵ H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 72 et 73. Mais il faut dire que pour les causalistes l'élément subjectif était une composante de l'imputabilité, tandis que pour les finalistes il était un élément de l'infraction. Quoi qu'il en soit, pour les deux théories un tel élément avait une nature strictement psychologique. Cependant, l'on peut dire que la théorie finaliste, plus que la théorie causaliste, a favorisé l'idée de l'élément subjectif comme une réalité ontologique, car elle travaillait un tel élément dans la qualification pénale. Dans ce sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 408. De toute façon, autant la théorie finaliste que la théorie causaliste ont nié la responsabilité pénale des personnes morales. Dans le même sens, P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 64.

¹²¹⁶ P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 61 et 62.

¹²¹⁷ Au Brésil, jusqu'à il y a quelques années, si un étudiant demandait à son Professeur de droit pénal comment l'on pouvait prouver l'élément psychologique de l'infraction, il pouvait très bien avoir en tant que réponse : « cette question c'est un problème de procédure pénale et non pas de droit pénal. Il faut le demander au Professeur de procédure pénale ». L'absence de dialogue entre les matières, même dans l'enseignement du droit, a favorisé la diffusion d'une conception strictement psychologique de la culpabilité au Brésil.

¹²¹⁸ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 44. L'on va travailler plus en détails une telle question *infra* (n° 131).

¹²¹⁹ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 402. L'on va voir une telle question *infra* (n° 131).

¹²²⁰ L'on va étudier plus en détails une telle question *infra* (n° 131).

de ce divorce, l'idée d'une nature strictement psychologique de l'élément subjectif a pu survivre jusqu'à l'heure actuelle au sein de la doctrine brésilienne¹²²¹.

Peut-être pour cette raison, les auteurs brésiliens, contrairement aux français, ont encore aujourd'hui tendance à nier la responsabilité pénale des personnes morales, justement à cause d'une incompatibilité existant entre la nature de l'élément subjectif de l'infraction et la nature désincarnée des groupements. Comme le dol et l'imprudence avaient une nature psychologique, la personne morale ne pourrait jamais accomplir l'élément subjectif de l'infraction, puisqu'elle n'aurait pas d'appareil psychique capable de vouloir et d'avoir conscience des choses.

128. L'élément subjectif et l'irresponsabilité de la personne morale. Autrement dit, l'idée d'une nature strictement psychologique de la culpabilité, laquelle ne pourrait exister que dans la psychique humaine, a été un des arguments contre la responsabilité pénale des groupements¹²²². En effet, si telle était la nature du dol et de l'imprudence, la personne morale ne pourrait pas accomplir l'élément subjectif de l'infraction.

Si le dol et la faute étaient des « facteurs physio-psychiques », ils existeraient seulement chez l'être humain. Pour cette raison, l'on ne pourrait pas rencontrer l'élément subjectif de l'infraction chez une personne qui était dépourvue d'un cerveau, qui était un « vide psychique »¹²²³. Le groupement était un être désincarné¹²²⁴. De ce fait, il n'avait ni l'intelligence, ni la volonté nécessaire pour accomplir l'élément subjectif de l'infraction¹²²⁵. Il lui manquait non seulement la conscience et la volonté d'accomplir un acte hostile aux valeurs protégées, mais aussi la capacité

¹²²¹ Dans ce sens, voir par exemple : E. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal (parte general)*, Buenos Aires : Ediar, 1981, p. 58 ; L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, p. 127 et 128 ; R. DOTTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 186 ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 272 ; A. KIST, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Leme : Editora de Direito Ltda., 1999, p. 111 ; B. DE FARIA, *Código penal brasileiro (comentado)*, Rio de Janeiro : Record, 1958, p. 120 ; E. MAGALHÃES NORONHA, *op. cit.*, p. 139 et 141 ; C. BRANDÃO, *Curso de direito penal*, Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 160 ; et B. GARCIA, *Instituições de Direito penal*, São Paulo : Max Limonad, 1956, p. 249. Cependant, comme l'on verra *infra* (n° 131 et s.), contrairement à la majorité de la doctrine brésilienne, certains auteurs ont une conception juridique de l'élément subjectif de l'infraction.

¹²²² Cet argument n'était cependant pas nouveau, car le droit romain et le droit canonique lui utilisaient déjà pour nier la responsabilité pénale de la personne morale. Cependant, avec le développement et l'affinement des études sur le droit pénal, notamment sur la culpabilité, la thèse sur l'incapacité de l'être collectif d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction a acquis le statut de principal argument contre la responsabilité pénale des personnes morales. Concernant le droit romain, voir A. MESTRE, thèse préc., p. 30. Concernant le droit canonique, voir et A. BURGE, *op. cit.*, p. 79. Concernant l'importance d'un tel argument contre la responsabilité pénale des groupements, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 271. Dans le même sens, voir : P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 44 ; et J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 432 et 433.

¹²²³ J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 272.

¹²²⁴ « Fiction juridique désincarnée et donc incapable de manifester une volonté susceptible de servir de support à une infraction pénale » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 3.

¹²²⁵ « Une des principales raisons pour lesquelles on assure que la personne juridique non physique ne peut commettre d'infraction est qu'on ne connaît aux personnes morales ni la volonté ni l'intelligence des personnes physiques » L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 506. Dans le même sens, N. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1958, p. 11.

de prévoir les conséquences dommageables d'un comportement imprudent ou négligent¹²²⁶. En d'autres termes, les composantes de l'élément subjectif de l'infraction étaient des « réalités psychologiques » qui ne pouvaient exister que chez la personne physique, être doué d'intelligence¹²²⁷. Pour cette raison, la nature désincarnée de la personne morale était incompatible avec la nature psychologique de l'élément subjectif de l'infraction¹²²⁸. C'est pourquoi l'être collectif était incapable d'accomplir une faute en droit pénal¹²²⁹, raison pour laquelle il devrait demeurer pénalement irresponsable¹²³⁰.

Au moyen de ce raisonnement, autant le droit pénal français que le droit pénal brésilien vont affirmer que la personne morale était incapable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction et que par voie de conséquence le groupement devrait rester en dehors du droit pénal. Comme le dol et l'imprudence avaient une nature strictement psychologique, ils ne pouvaient pas exister chez la personne morale. De ce fait, à cause de l'incapacité du groupement à accomplir une faute, il ne pourrait pas être coupable d'une infraction.

Néanmoins, l'affirmation de l'irresponsabilité pénale des groupements par le biais d'un tel argument n'a pas eu lieu à la même époque au Brésil et en France. D'un côté, c'est pendant le XIX^{ème} début XX^{ème} siècles que la doctrine¹²³¹ et la jurisprudence¹²³² en France invoquaient l'absence d'une volonté et d'une intelligence chez la personne morale pour justifier son irresponsabilité

¹²²⁶ Par ailleurs, des auteurs ont souligné aussi que le modèle de « bon père de famille » ou de « l'homme moyen » n'étaient pas compatibles avec la nature désincarnée de la personne morale, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 435.

¹²²⁷ *Idem*, p. 430 et s. « Personne morale dépourvue de la faculté autonome de penser et de vouloir » M. A. HUSS, *Sanctions pénales et personnes morales*, in *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, Bruxelles, 1976, p. 674.

¹²²⁸ « N'existant que de manière intellectuelle et juridique, l'être moral semble, par nature, inapte à accomplir lui-même les éléments constitutifs d'une infraction » J.-Y. MARÉCHAL, *L'exigence variable de l'identification de la personne physique*, p. 50.

¹²²⁹ Dans le même sens : R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 805 ; et R. DOTTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 186.

¹²³⁰ Cet argument contraire à la responsabilité pénale des personnes morales, en effet, a été utilisé tout d'abord par la théorie de la fiction en droit civil. Selon elle, le groupement ne pouvait pas être responsable d'un fait illicite, puisqu'il n'avait pas les conditions personnelles nécessaires pour accomplir un tel fait. Douée d'une existence fictive, l'intention de la personne morale ne pouvait avoir d'effets qu'en droit civil. Néanmoins, par la suite, ce raisonnement va être emprunté par le droit pénal pour refuser une telle responsabilité et va acquérir de l'importance avec une conception psychologique de la nature de l'élément subjectif. Voir : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 62 ; J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 269 ; A. MESTRE, thèse préc., p. 10 ; et P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 89.

¹²³¹ « L'admission de leur responsabilité pénale se heurte aux conditions générales, auxquelles est jusqu'ici reconnue dans les législations positives l'existence de toute responsabilité pénale, d'intelligence, de volonté et de la faute » J.-A. ROUX, Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal, Bucarest, 1929, in *Revue internationale de droit pénal*, 1929, p. 239. Dans le même sens, voir : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, p. 54-56 ; et M. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 492.

¹²³² Cour de cass., Ch. crim., 10 mars 1877, S. 1877, 1, p. 336 et Cour de cass., Ch. crim., 8 mars 1883, DP 1884, 1, p. 428. Ces arrêts dégagent le principe théorique de l'irresponsabilité des personnes morales, reposant sur leur caractère fictif.

pénale¹²³³. D'un autre côté, la doctrine¹²³⁴ et la jurisprudence¹²³⁵ brésiliennes encore aujourd'hui continuent à souligner une prétendue incompatibilité entre l'élément subjectif de l'infraction et la nature désincarnée de la personne morale pour tenter de justifier leur irresponsabilité pénale.

Il nous semble que ce décalage entre le droit français et le droit brésilien en ce qui concerne l'utilisation de cet argument contre la responsabilité pénale des personnes morales coïncide avec le décalage existant entre ces deux pays en ce qui concerne la consécration d'une conception « psychologique » de l'élément subjectif de l'infraction. Tandis qu'en France cette conception a été étudiée surtout par la doctrine classique¹²³⁶, au Brésil les pénalistes d'aujourd'hui travaillent encore l'élément subjectif de l'infraction sous un angle strictement psychologique¹²³⁷. Pour cette raison, à cause du succès que la conception psychologique de l'élément subjectif de l'infraction a eu au sein de la doctrine au Brésil – les pénalistes brésiliens utilisent encore actuellement cet argument pour nier la responsabilité pénale des groupements.

Puisque l'idée d'une conception psychologique du dol et de l'imprudence souligne l'incapacité de la personne morale d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction, il est tout à fait normal qu'un tel argument soit utilisé contre la responsabilité pénale des personnes morales notamment à l'époque durant laquelle la doctrine adoptait une conception psychologique de l'élément subjectif de l'infraction. C'est pourquoi cet argument a été utilisé par la doctrine française pendant le XIX^{ème} début XX^{ème} siècles, tandis qu'au Brésil il est encore aujourd'hui utilisé par les pénalistes pour mettre en doute la capacité criminelle des groupements.

Quoi qu'il en soit, malgré ce décalage temporaire, en France et au Brésil la nature psychologique de l'élément subjectif de l'infraction a été invoqué comme argument non seulement

¹²³³ Dans le même sens, voir : B. BOULOUC, *Droit pénal général*, p. 281 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 482 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 805 ; et X. PIN, *Droit pénal général*, p. 278.

¹²³⁴ Dans ce sens, voir par exemple : E. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal (parte general)*, p. 58 ; D. DE JESUS, *Direito penal : parte geral*, São Paulo : Saraiva, 1985, p. 150 ; S. DE SALES, *op. cit.*, p. 212 ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 272 ; A. KIST, *op. cit.*, p. 111 ; H. FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 628 ; N. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1953, p. 8 ; A. BRUNO, *Direito penal*, Rio de Janeiro : Forense, p. 195 ; E. MAGALHÃES NORONHA, *op. cit.*, p. 139 et 141 ; C. DELMANTO, *Código penal comentado*, p. 58 ; et C. BITENCOURT, *op. cit.*, p. 57-64.

¹²³⁵ On rencontre dans la jurisprudence au Brésil, même après la loi 9.605/98, des arrêts qui ont nié une telle responsabilité à cause du fait que « la personne morale, dépourvue de conscience et de volonté, ne peut pas commettre des infractions ». Voir : STF, 4 août 2008, REXT n° 440.180 ; et STJ, 6 mars 2001, HC n° 15.051. Toutefois, dans les dernières années, la jurisprudence brésilienne a changé – en acceptant la responsabilité pénale des personnes morales sans aucune objection, voir *supra* (n° 75 et s.).

¹²³⁶ A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 280.

¹²³⁷ Voir *supra* (n° 127). Peut-être était-ce une des raisons qui a engendré le fait que la doctrine française accepte la responsabilité pénale des personnes morales plus facilement que la doctrine brésilienne. En n'ayant pas une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction, la doctrine française n'a pas souligné comme la brésilienne l'incompatibilité entre la culpabilité et la nature désincarnée des groupements ; à l'exception de la doctrine française du XIX^{ème} siècle – laquelle travaillait encore avec une conception classique de culpabilité. Voir par exemple R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, p. 54-56.

pour justifier l'irresponsabilité pénale des groupements, mais aussi pour justifier une responsabilité pénale objective de la personne morale¹²³⁸.

129. L'élément subjectif et la responsabilité objective de la personne morale. Pour certains, l'idée de rechercher une culpabilité psychologique de la personne morale était trop surréaliste, voire saugrenue¹²³⁹. Toutefois, cette difficulté n'empêchait pas la responsabilité des groupements, car face aux limites de l'anthropomorphisme¹²⁴⁰ on devrait avoir une responsabilité pénale « sans faute » des êtres collectifs¹²⁴¹.

Par le biais de ce raisonnement, quelques juristes français et brésiliens¹²⁴² ont ainsi affirmé le caractère objectif de la responsabilité pénale des personnes morales¹²⁴³. Tandis que pour les personnes physiques la responsabilité demeurait subjective, pour les personnes morales elle serait fondée sur la notion d'infraction pénale objective¹²⁴⁴, « pour la constitution de laquelle l'intention subjective n'est plus requise, l'élément matériel objectif étant seul suffisant »¹²⁴⁵.

¹²³⁸ « Devant l'incompatibilité entre l'élément subjectif de l'infraction et les personnes morales, l'on avait deux chemins : ou l'irresponsabilité pénale des groupements ; ou la responsabilité pénale objective des personnes morales » M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 326. Toutefois, l'utilisation d'une conception juridique et non pas psychologique de culpabilité va montrer qu'il est possible d'avoir une responsabilité pénale subjective des personnes morales, voir *infra* (n° 134 et s.).

¹²³⁹ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 23.

¹²⁴⁰ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 553. « Il est aussi absurde de parler de la 'volonté' ou de la 'conscience' du groupe, qu'il serait de parler, à l'échelle micro-humaine, de la 'volonté' ou de la 'conscience' de la cellule » P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁴¹ Pour la France, voir par exemple : A. BRUNET, *op. cit.*, p. 32 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 375 ; et J. GUYENOT, thèse préc. Concernant le droit brésilien, voir par exemple : F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 39 et s. ; et L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, p. 127 et 128.

¹²⁴² « Un tel système de responsabilité pénale objective (...) est à rigueur admissible s'agissant de la personne morale, mais pas de la personne physique » A. BRUNET, *op. cit.*, p. 32. Concernant le droit brésilien, voir par exemple F. GALVÃO, *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 39 et s.

¹²⁴³ Ce n'était pas la première fois qu'une telle proposition avait été faite. En Angleterre, les premiers arrêts relatifs à la responsabilité pénale des personnes morales ont été prononcés dans le cadre de la « strict liability ». Une responsabilité objective, pour des infractions matérielles, où on n'exigeait pas une mens rea (voir *The Birgmingham and Gloucester Railway Co.* [1842], 3 Q.B. 223). En outre, la Cour de cassation en France, avant 1994, admettait parfois la responsabilité pénale des groupements pour les infractions matérielles, punissables indépendamment de toute attitude psychologique (Cour de cass., Ch. crim., 24 décembre 1864, S. 1866, 1, p. 454 ; Cour de cass., Ch. crim., 4 novembre 1898, S., 1901, I. 57 ; Cour de cass., Ch. crim., 7 mars 1918, D., 1921, I, 217 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 février 1927, DH 1927, p. 225 ; Cour de cass., Ch. crim., 6 mars 1958, D., 1958, D., 1958, p. 465 ; Cour de cass., Ch. crim., 25 avril 1968, J.C.P., 1969, II, 16, 100, note Puech). Par ailleurs, dans le Congrès de l'association internationale de droit pénal tenu à Bucarest en 1929, des auteurs avaient déjà étudié cette question, voir S. CICALA, De la responsabilité pénale des personnes juridiques au point de vue du droit pénal interne, *in Revue internationale de droit pénal*, 1929, p. 260 et s.

¹²⁴⁴ « C'est une responsabilité par reflet, une redondance ou un écho, une responsabilité sans culpabilité » J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 375.

¹²⁴⁵ E. PICARD, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application, *in Revue des sociétés*, 1993, p. 268. En procédant à un tel raisonnement, certains auteurs ont voulu limiter la responsabilité pénale des personnes morales aux contraventions et délits matériels (A. BRUNET, *op. cit.*, p. 27). Étant donné que la doctrine actuelle énonce que même pour les contraventions l'on a un élément subjectif de l'infraction et que les délits matériels en France n'existent plus depuis le nouveau Code pénal (voir, par exemple, E. DREYER, *op. cit.*, p. 604), l'on ne voit pas comment tenir un tel raisonnement aujourd'hui – même pour ces infractions. En outre, l'abandon du principe de spécialité en France ne permet plus ce raisonnement. L'on va étudier le principe de spécialité plus en détail *infra* (n° 316 et s.).

Comme la théorie de l'infraction a été créée pour les personnes physiques, elle ne s'appliquerait pas aux personnes morales. Par conséquent, en ayant la responsabilité civile pour référence¹²⁴⁶, la responsabilité pénale des groupements devrait-êtr e elle aussi objective, fondée non pas sur l'idée d'une faute, mais sur l'idée du risque¹²⁴⁷. Pour cette raison, tout effort d'adaptation du droit pénal à l'égard de la personne morale concernant l'élément subjectif de l'infraction serait inutile et vain¹²⁴⁸. Le dol et la faute avaient une nature strictement psychologique, laquelle n'était pas compatible avec la nature des personnes morales. De ce fait, face à cette incompatibilité, on ne devait pas nier la responsabilité pénale des groupements, mais on devait avoir une responsabilité objective de l'être collectif.

Il s'agissait d'une manière simple de résoudre le problème de l'incompatibilité entre la nature psychologique de l'élément subjectif de l'infraction et la nature désincarnée des groupements, mais qui ne respectait pas les principes traditionnels du droit pénal¹²⁴⁹. Tout d'abord, le principe de culpabilité, lequel n'admet pas l'existence d'une responsabilité pénale objective et sans faute¹²⁵⁰. Ensuite, le principe de légalité – puisque même quand le texte ne le prévoit pas expressément, l'accomplissement de l'élément subjectif est nécessaire pour qu'il puisse y avoir une infraction¹²⁵¹. Par conséquent, établir une responsabilité objective des personnes morales, résultat

¹²⁴⁶ « Cet élément moral est indispensable en droit pénal. En revanche, il n'est plus un élément constitutif de la faute civile. Celle-ci est devenue une notion purement objective » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 107.

¹²⁴⁷ Dans ce sens, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 39, 46, 53 et 55. En France, voir : R. CHAPUS, thèse préc.. Des auteurs en France ont rejeté une responsabilité pénale des personnes morales fondée sur le risque pour trois raisons : « Tout d'abord, le fait que le risque pénal n'est pas couvert par l'assurance ; or, c'est le développement de l'assurance et plus largement la socialisation des risques qui ont bouleversé le droit de la responsabilité civile (...) ensuite, la constatation que l'indemnisation de la victime n'est pas de l'essence de la responsabilité pénale (...) enfin, l'idée de risque-profit est parfaitement inadéquate pour de nombreuses personnes morales qui ne poursuivent pas un but lucratif mais peuvent néanmoins commettre des infractions » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 23. Concernant le droit brésilien, voir W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 220.

¹²⁴⁸ F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 39.

¹²⁴⁹ Certains auteurs en France ont fait remarqué que le modèle organisationnel proposait lui aussi une responsabilité objective des personnes morales, car l'idée d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement, « loin de correspondre à une plus grande subjectivité, consistant à prendre en compte le vouloir propre de la personne morale (...) paraît au contraire conforter l'objectivité de la responsabilité, car si c'est bien la faute diffuse qui semble dans le viseur du juge, celle-ci reste une faute objective et/ou présumée » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 42. Sur le modèle organisationnel, voir *supra* (n° 78 et s.).

¹²⁵⁰ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 342 ; « la présence d'une responsabilité objective et purement automatique en contradiction avec les principes traditionnels de notre droit pénal » A. COEURET, *op. cit.*, p. 301 ; « En droit pénal, c'est le point subjectif qui l'emporte » R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris : Arthur Rosseau, 1897, p. 3 ; « Le droit pénal interdit la responsabilité objective » F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 88 ; « Après la réforme de 1984, le Brésil ne connaît plus de responsabilité pénale objective » S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 125 ; « La responsabilité objective n'est pas admissible dans notre culture juridique et elle est inconstitutionnelle au Brésil » E. ZAFFARONI, *Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, p. 46.

¹²⁵¹ De plus, l'idée d'une responsabilité objective est incompatible avec les articles 121-3 du Code pénal français et 18 du Code pénal brésilien. Concernant le Brésil, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 271. Pour cette raison, certains auteurs en France, notamment pendant le XIX^{ème} siècle et au nom du principe de légalité, « ont fait valoir que les textes du Code pénal ne visaient que les personnes physiques dotées d'intelligence et de volonté ». Dans le même sens, voir B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 281.

d'un utilitarisme juridique¹²⁵², ne serait pas faire œuvre de progrès, mais serait reculer de plusieurs siècles en arrière, en faisant brèche aux principes fondamentaux du droit pénal¹²⁵³, notamment au principe de culpabilité¹²⁵⁴. Pour cette raison, on ne pouvait pas accepter cette proposition comme réponse au problème d'une telle incompatibilité.

À tout prendre, l'idée d'une nature psychologique de l'élément subjectif de l'infraction posait deux difficultés concernant la responsabilité pénale des groupements. En premier lieu, le refus d'une telle responsabilité. Étant donné le fait que la personne morale ne serait pas capable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction, elle ne pourrait pas être coupable d'un acte illicite. En second lieu, l'idée d'une responsabilité pénale objective des groupements – laquelle ne résolvait guère le problème d'une telle incapacité, mais ne faisait que le repousser¹²⁵⁵.

Face à ces difficultés, le droit pénal devait faire un mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des groupements, justement pour le rendre compatible avec la nature désincarnée des personnes morales¹²⁵⁶. Le début d'une telle adaptation a été marqué par l'abandon d'une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction, au profit d'une conception juridique de la culpabilité¹²⁵⁷ (SOUS-SECTION II).

Sous-section II – La compatibilité entre la culpabilité et la nature des personnes morales

La mise en œuvre du droit positif a vite démontré qu'il était impossible d'appliquer une conception strictement psychologique de la nature de l'élément subjectif de l'infraction. De ce fait, la conception « classique » de culpabilité a été abandonnée et elle a été remplacée par un concept juridique de culpabilité, selon lequel la nature du dol et de l'imprudence n'est pas psychologique

¹²⁵² « Le positivisme et l'utilitarisme juridique dominants font désormais admettre la notion d'infraction pénale objective » E. PICARD, *op. cit.*, p. 268. Il faut dire qu'une responsabilité objective rend plus facile la condamnation des groupements et, de ce fait, l'indemnisation des victimes de l'infraction (dans ce sens, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 55). Toutefois, l'utilitarisme juridique – dans une telle hypothèse, ne peut pas emporter les principes fondamentaux du droit pénal.

¹²⁵³ J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'association internationale de droit pénal*, p. 243. Dans le même sens, M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 243 et 244.

¹²⁵⁴ Voir dans ce sens, S. DE SALES, *op. cit.*, p. 243. Toutefois, il faut dire que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a déjà décidé que « la responsabilité objective dans le chef d'une personne morale n'est pas contraire aux principes généraux du droit communautaire », voir CJCE, 10 juillet 1990, *J.T.T.*, 1992, 126.

¹²⁵⁵ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁵⁶ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 23. Dans le même sens au Brésil, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 99. Par ailleurs, notamment en France, « les dispositions du nouveau Code pénal relatives aux personnes morales témoignent de la volonté du législateur de soumettre celle-ci au droit commun tant en ce qui concerne les conditions de leur responsabilité que leur situation au cours du procès pénal » N. RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁵⁷ Une fois de plus, il faut souligner qu'on comprend la culpabilité comme une composante de l'infraction et non pas de l'imputabilité. Pour cette raison, cette culpabilité désigne l'élément subjectif de l'infraction, soit au titre de l'intention, soit au titre de la non-intention.

(§1), mais juridique. Ce changement de la conception qu'on devait avoir de la nature de l'élément subjectif de l'infraction a été la première étape du mouvement d'adaptation de cet élément de l'infraction à l'égard des personnes morales (§2).

§1) L'abandon d'une conception psychologique de culpabilité

130. L'analyse de l'âme de l'agent. Comme on a vu¹²⁵⁸, selon la conception psychologique de l'élément subjectif de l'infraction, le dol et la faute étaient des phénomènes réels de la psychique humaine¹²⁵⁹. L'élément subjectif serait ainsi un événement tangible et saisissable qui se produirait au sein de l'appareil psychique¹²⁶⁰. De ce fait, au cours de l'instance on devrait constater dans le cerveau de l'agent cet élément de l'infraction – lequel serait établi à partir d'une recherche interne sondant la conscience et l'âme de l'individu¹²⁶¹. En d'autres termes, le juge pénal devrait recourir à des analyses strictement subjectives ou psychologiques¹²⁶², justement pour saisir la structure mentale du sujet et ainsi vérifier l'état d'esprit de la personne au moment de l'accomplissement de l'acte illicite¹²⁶³. L'élément subjectif de l'infraction était donc une réalité psychologique qui pouvait être évaluée concrètement¹²⁶⁴. Pour cette raison, en théorie au moins, on pourrait en principe prouver directement l'intention ou l'imprudence coupable de l'agent¹²⁶⁵.

131. L'impossibilité de saisir l'âme de l'agent. Néanmoins, la procédure pénale a vite démontré qu'en pratique il était impossible d'appliquer une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction¹²⁶⁶. Les phénomènes psychologiques provient du for intérieur et de ce fait ne sont pas accessibles au juge, de sorte qu'ils ne font pas partie d'une réalité à laquelle le droit peut accéder et comprendre¹²⁶⁷. Pour cette raison, des auteurs ont remarqué que la

¹²⁵⁸ Voir *supra* (n° 127).

¹²⁵⁹ « Une réalité psychologique envisagée de manière autonome » E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹²⁶⁰ J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 148 et s.

¹²⁶¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 137.

¹²⁶² Il s'agirait d'une véritable « investigation criminologique dans la profondeur du psychisme » R. MERLE, *La culpabilité devant les sciences humaines et sociales*, in *RSC*, 1976, p. 463 et s.

¹²⁶³ « Il y a intérêt à envisager le processus psychologique dans son ensemble, depuis la sensation jusqu'à l'action : même l'obscur domination de l'inconscient peut acquérir valeur juridique » A. PRIOVANO, cité par A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 333.

¹²⁶⁴ E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹²⁶⁵ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 146.

¹²⁶⁶ L'on avait donc « un décalage net entre l'analyse doctrinale et la réalité du droit positif. Ce divorce tient au fait que les auteurs s'efforcent d'analyser l'intention en soi, comme une donnée psychologique » tandis que « les magistrats refusent de procéder de la sorte (...) ils se désintéressent de la personne pour n'envisager que l'acte et apprécier, à partir d'éléments objectifs, si cet acte révèle, ou non, une intention » E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹²⁶⁷ P. BUSATO, *Introdução, in Dolo e direito penal*, p. IX.

conception psychologique de la nature de l'élément subjectif de l'infraction devient un « postulat incantatoire » quand on essaie de l'utiliser dans la mise en œuvre du droit positif¹²⁶⁸.

En premier lieu, en raison de la nature des événements psychologiques, à cause de laquelle « il est impossible pour prouver directement l'intention coupable d'un individu »¹²⁶⁹, puisque personne ne pourra jamais sonder immédiatement l'état d'esprit de l'agent au moment des faits¹²⁷⁰. En second lieu, parce que « le juge n'est pas un psychanalyste » et de ce fait n'a pas les connaissances nécessaires pour comprendre le fonctionnement et les manifestations de la psychologie humaine¹²⁷¹.

Par ailleurs, cette impossibilité d'application de la conception psychologique de l'élément subjectif de l'infraction est encore accrue par deux autres raisons. Tout d'abord, par le fait que même au sein des sciences psychiques les auteurs ne sont pas d'accord ni pour définir le contenu de la « volonté » et de la « conscience » chez l'homme¹²⁷², ni pour énoncer comment on peut vérifier ces phénomènes dans l'appareil psychique¹²⁷³. Dans ce contexte, il serait très prétentieux d'utiliser en droit pénal des notions qui ne sont pas certaines même dans leur science d'origine¹²⁷⁴. Ensuite, par le fait que le juge analyse l'intention coupable de l'individu toujours après l'accomplissement de l'infraction, dans un moment ex post quand l'état d'esprit de l'agent n'est plus le même que celui qu'il était au moment des faits¹²⁷⁵. Or, même si le droit pouvait accéder aux données psychiques de l'individu, il rencontrerait un phénomène psychologique qui ne correspondrait pas à celui qui a eu lieu au moment de l'accomplissement de l'infraction.

¹²⁶⁸ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁶⁹ *Idem*, p. 146. Dans le même sens, voir M. DEL MAR DÍAZ PITA, A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização, *in Dolo e direito penal*, p. 12. Il y a des auteurs qui ont proposé de nouvelles méthodes de preuve pour constater le dol ou la faute chez l'agent, en recourant par exemple à des expertises psychiatriques. Voir pour approfondir J. PAREDES CASTAÑÓN, Problemas metodológicos en la prueba del dolo, *in Anuario de filosofía del derecho*, n° 20, Madrid : Ministerio da Justiça, 2001, p. 67 et s.

¹²⁷⁰ E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Paris : Dalloz, 2011, p. 284.

¹²⁷¹ « En pratique-t-il s'avère extrêmement difficile, sinon impossible, de mettre à nu l'âme de l'agent et ce d'autant que le juge n'est pas un psychanalyste (...) Pour être réaliste, il faut reconnaître que le juge pénal est loin d'être à même de s'engager dans pareille enquête psychologique » A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 333.

¹²⁷² P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 66.

¹²⁷³ R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona : J. M. Bosch editor, 1999, p. 218.

¹²⁷⁴ « Appliqués au droit pénal ces propos, que l'on retrouve sous des formes et à des degrés différents sous la plume de tous les auteurs, montrent l'insupportable incertitude qui entoure une notion à laquelle on veut reconnaître pourtant un rôle si capital dans le processus d'incrimination (...) alors on constate facilement que les raisons de cette incertitude et les causes de ces imprécisions et de ces ambiguïtés sont directement liées à la coloration psychologique que l'on croit devoir attribuer à cette forme de culpabilité » A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 285 et 286.

¹²⁷⁵ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 397.

À cause de ses arguments, des auteurs¹²⁷⁶ ont compris qu'il était impossible d'appliquer une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction¹²⁷⁷. Une telle notion était trop métaphysique, voire trop abstraite – et de ce fait elle ne s'articulait pas avec le caractère concret et positif de la procédure pénale¹²⁷⁸. Cette impossibilité d'application a été soulignée premièrement en France, où plusieurs auteurs depuis longtemps la mettent en évidence. Ensuite, elle a été soulignée récemment au Brésil, par le biais d'une partie minoritaire de la doctrine¹²⁷⁹. La majorité des auteurs brésiliens continuent encore à travailler avec un concept strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction, sans dire toutefois comment on pourrait le vérifier dans la mise en œuvre du droit positif¹²⁸⁰.

De toute façon, malgré ce décalage, dans ces deux pays l'idée d'une nature psychologique de la culpabilité, laquelle devrait être recherchée dans l'appareil psychique de l'agent, s'est avérée incompatible avec la mise en œuvre du droit positif. L'application du droit pénal démontre que pour établir le dol et l'imprudence à l'égard de l'agent, le juge ne réalise pas une recherche interne de l'âme de l'individu, car cette recherche est impossible à effectuer. De ce fait, on ne pourrait pas affirmer le caractère strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction – puisqu'en pratique le dol et l'imprudence recherchés par le juge pour établir la culpabilité de l'agent ne sont pas des réalités psychologiques envisagées de manière autonome.

Face à ce divorce entre la conception psychologique de l'élément subjectif et l'application du droit positif, il était nécessaire d'avoir une autre conception de la nature du dol et de l'imprudence en droit pénal ; une conception qui pourrait marier la dimension substantielle avec la dimension procédurale de l'élément subjectif de l'infraction. C'est en analysant la manière dont les

¹²⁷⁶ Voir dans ce sens, par exemple : A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 333 ; et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 400 et s. Comme on a vu *supra* (n° 131), on rencontre un décalage entre le droit français et le droit brésilien concernant la compréhension d'une telle impossibilité, puisque le droit pénal français s'est perçu plus vite d'une telle impossibilité que le droit pénal brésilien.

¹²⁷⁷ L'aveu du prévenu ne saurait pas surmonter une telle impossibilité. Tout d'abord, parce qu'il n'a pas lieu dans la totalité des affaires pénales. Ensuite, parce qu'on ne peut pas avoir la certitude qu'il correspondra à la vérité des faits – car l'agent peut au cours de l'instance décrire un autre état d'esprit que le sien au moment de l'infraction, pour rendre crédible, par exemple, une thèse de défense. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 403.

¹²⁷⁸ Voir dans ce sens : P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 80 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹²⁷⁹ En France, déjà en 1976, des auteurs écrivaient que c'est dans la voie d'une analyse juridique « qu'il convient, semble-t-il, de s'engager à la suite de quelques auteurs contemporains pour déterminer la structure de la culpabilité » (voir dans ce sens, J. VIDAL, *op. cit.*, p. 47). En outre, actuellement en France, plusieurs auteurs évoquent l'impossibilité de prouver directement le dol. Dans ce sens, voir : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 193 ; R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 137 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 603. Tandis qu'au Brésil, il n'y a que dans les dernières années qu'une partie minoritaire de la doctrine a commencé à étudier cette question, voir par exemple : J. TAVARES, *op. cit.*, p. 272 ; P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 396 et s. ; et A. SILVA FRANCO, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 206.

¹²⁸⁰ Par exemple M. CIRINO DOS SANTOS, lequel travaille avec une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction, n'énonce jamais dans son livre comment on peut prouver l'intention coupable dans la mise en œuvre du droit positif, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 132 et s. Selon M. BUSATO, cette négligence au sein de la doctrine existe car les pénalistes brésiliens sont peut-être trop théoriques et ne font pas d'attention à l'application du droit positif, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 34.

juges recherchent la culpabilité de l'agent pendant l'enquête, que la doctrine a consacré une conception juridique à la place d'une conception psychologique de la nature de l'élément subjectif de l'infraction.

132. Les faits comme une piste pour l'élément subjectif. La mise en œuvre du droit positif a démontré qu'en effet on recherche l'élément subjectif de l'infraction dans les circonstances de l'acte illicite¹²⁸¹. On apprécie l'état d'esprit dans lequel l'agent s'est trouvé au moment des faits à travers son comportement et du résultat de ce comportement¹²⁸². Pour cette raison, dans l'analyse d'un dossier pénal, le juge ne saisit pas la psychologie de l'individu, mais il reconstitue « de l'extérieur l'attitude intellectuelle de l'agent ». Il rapproche « divers indices ou diverses constatations matérielles du dossier, dont il a connaissance, pour affirmer ou infirmer l'existence d'une intention coupable ». On peut dire ainsi que dans l'application du droit pénal le magistrat reconstruit la cause à partir de l'effet¹²⁸³, puisqu'il reconstruit l'élément subjectif de l'infraction à partir de l'élément matériel de l'acte illicite¹²⁸⁴.

Autrement dit, face au caractère insaisissable de l'appareil psychique de l'agent, l'élément subjectif de l'infraction est toujours établi à travers d'une appréciation des faits. En regardant les faits, le magistrat conclut sur le fait de savoir si la personne a accompli son comportement de manière intentionnelle ou non-intentionnelle¹²⁸⁵. De ce fait, la culpabilité n'est pas constatée à partir d'une recherche interne sondant les consciences et les âmes, comme voulait la conception psychologique, mais elle est prouvée à partir de « l'appréciation et de la signification raisonnables d'éléments objectifs matérialisés dans le monde sensible »¹²⁸⁶.

Par conséquent, des auteurs ont fait remarqué que l'élément subjectif de l'infraction tiendrait non « à la structure mentale du sujet, mais à l'existence du comportement réalisé par l'agent »¹²⁸⁷. Un tel élément de l'infraction aurait ainsi leur siège non pas dans l'appareil psychique de l'être humain, comme voulait la conception psychologique de la culpabilité, mais dans les faits

¹²⁸¹ Dans ce sens voir : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 396 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, p. 193 ; R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 603.

¹²⁸² E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹²⁸³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 145 et 146.

¹²⁸⁴ « Pour dire les choses plus simplement, on aurait pu s'attendre à ce que le juge établisse que la matérialité de l'acte révélait la décision de le commettre prise par son auteur » E. DREYER, *op. cit.*, p. 634.

¹²⁸⁵ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 46.

¹²⁸⁶ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 137.

¹²⁸⁷ *Ibid.*

eux-mêmes : on regarde l'élément matériel de l'infraction et à partir de « l'apparence extérieure du comportement de l'agent » on peut conclure s'il a agi avec intention ou avec imprudence¹²⁸⁸.

133. La nature juridique de l'élément subjectif de l'infraction. La mise en pratique du droit positif a ainsi démontré que l'on ne peut constater le dol et l'imprudence que dans les circonstances de commission de l'acte illicite. Pour cette raison, l'élément subjectif de l'infraction tient au comportement de l'agent et non pas à une réalité psychologique¹²⁸⁹, tout comme voulait la conception « classique » de culpabilité.

De ce fait, l'opposition entre la conception psychologique de la culpabilité et l'application du droit positif a poussé la doctrine à envisager la nature de l'élément subjectif de l'infraction d'une autre manière¹²⁹⁰. À cause des insurmontables problèmes de preuve que l'on rencontre dans la conception strictement psychologique de la culpabilité¹²⁹¹, des auteurs¹²⁹² ont proposé alors une conception « juridique » ou « normative » de la nature de l'élément subjectif de l'infraction¹²⁹³.

Étant donné que pour déterminer si une infraction a été commise avec dol ou avec imprudence le juge ne scrute pas la psychologie de l'agent, la culpabilité ne peut pas avoir une nature psychologique¹²⁹⁴. La manière d'apprécier l'élément subjectif de l'infraction dans l'application du droit positif révèle alors que cet élément de l'infraction est, en effet, un concept de

¹²⁸⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 619. « Cette culpabilité (...) est focalisée et cristallisée dans l'objet de l'activité infractionnelle de l'agent » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128. Déjà en droit romain on rencontre la loi D. 48, 8, 7, selon laquelle « le dol est tenu pour le fait », *dolus pro facto accipitur*. Voir J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁸⁹ Dans le même sens, voir W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona : Bosch, 1984, p. 276. « Le dol est le résultat d'une évaluation par rapport au fait illicite. Après cette évaluation, on va faire une attribution de l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de l'agent (...) L'élément subjectif n'a pas une existence réelle, mais il est le produit d'une évaluation » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 404.

¹²⁹⁰ « Une telle affirmation occulte l'interaction du fond et de la forme, sans laquelle aucune innovation théorique ne peut naître » J. FERRAND, Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction, *in RSC*, 2013, p. 505. Le divorce entre l'analyse doctrinale et la réalité du droit positif nous renvoyait au débat concernant la nature de l'élément subjectif de l'infraction. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 400.

¹²⁹¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 145.

¹²⁹² Parfois des auteurs, notamment en France, travaillent avec une telle notion de culpabilité, mais sans utiliser l'appellation « normative ». Ils utilisent plutôt l'appellation « juridique ». Voir, par exemple, E. DREYER, *op. cit.*, p. 603 et s. Au Brésil, les auteurs qui travaillent avec une telle notion utilisent la plupart du temps l'appellation « normatif ». Voir par exemple : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 404. Quoi qu'il en soit, malgré les différents appellations le contenu de la notion demeure le même en France et au Brésil.

¹²⁹³ En disant « conception normative » on ne veut pas envisager la culpabilité comme un jugement de valeur sur l'action de l'agent, notamment parce qu'une telle idée « mêle la culpabilité à la fois à l'infraction et au jugement de reproche de l'agent ». Quand on dit culpabilité normative, on veut dire que ce concept reste un « instrument de technique judiciaire », un « simple concept opérationnel du droit » et non pas un concept qui décrit une réalité psychologique, qui décrit un objet réel que l'on pourrait rencontrer dans le monde sensible et plus exactement dans le cerveau de l'être humain. Une culpabilité « qui est définie par la science dogmatique du droit et par la jurisprudence » et non pas par la psychologie. Voir dans le même sens, M. DEL MAR DÍAZ PITA, A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização, *in Dolo e direito penal*, São Paulo : Atlas, 2014, p. 3.

¹²⁹⁴ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 44.

nature juridique. Il ne décrit pas une réalité psychologique qui peut être constatée par le juge, mais il décrit une simple « image normative » des « perspectives subjectives » que l'on peut rencontrer dans le comportement du délinquant au moment des faits¹²⁹⁵. Une image normative qui n'évoque pas un phénomène réel de la psychique humaine, mais qui sert seulement à orienter le magistrat dans la reconstitution de l'attitude intellectuelle de l'agent au moment des faits¹²⁹⁶. Une reconstitution qui est faite à partir des circonstances objectives de l'acte illicite¹²⁹⁷.

Autrement dit, le dol et l'imprudence sont la simple reproduction d'un schéma intellectuel ; des « portraits normatifs » concernant l'attitude subjective que l'individu peut avoir dans l'accomplissement de son comportement illicite¹²⁹⁸. Pour cette raison, leur nature est juridique et non pas psychologique¹²⁹⁹, puisqu'ils sont des concepts techniques qui envisagent une simple perspective de la subjectivité criminelle de l'agent au moment des faits et non pas des « concepts ontologiques » qui décrivent des phénomènes réels de la psychique humaine envisagés de manière autonome. C'est pourquoi dans l'application du droit positif le dol et l'imprudence sont focalisés et cristallisés dans l'objet de l'activité infractionnelle de l'agent à la place d'être localisés dans le cerveau de l'individu qui a accompli l'acte illicite¹³⁰⁰.

La conception juridique de la culpabilité réconcilie donc la dimension procédurale avec la dimension substantielle de l'élément subjectif de l'infraction, car grâce à elle on n'a plus un divorce

¹²⁹⁵ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse Nancy, 2003, p. 169.

¹²⁹⁶ Le dol général est « une notion spécifiquement juridique. C'est un outil de la technique pénale qui permet à la justice d'identifier l'agent en tant que délinquant légal... Ce que recherche le juge à travers le dol général, c'est l'image de l'infraction légale projetée sur l'esprit du délinquant » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 741. « Insistons sur le fait que c'est la signification d'un acte qu'il s'agit de vérifier ici. L'état d'esprit de son auteur n'est pas envisagé pour lui même (...) l'opération reste purement juridique » E. DREYER, *op. cit.*, p. 605. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un concept qui a été emprunté à la psychologie par le droit, mais il s'agit d'un concept purement juridique.

¹²⁹⁷ « Il doit tout au plus parfaire l'analyse des faits qui lui sont soumis en recherchant s'ils ont été accomplis avec l'état d'esprit que requiert leur texte d'incrimination (...) il vérifie seulement si ces faits évoquant une infraction ont été commis dans la perspective énoncée par la loi » E. DREYER, *op. cit.*, p. 603.

¹²⁹⁸ M. DEL MAR DÍAZ PITA, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁹⁹ « La conception psychologique du dol doit être refusée aujourd'hui avec plus de force qu'au début du XX^{ème} siècle. Parce qu'entre-temps on a consacré un concept juridique de culpabilité » I. PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, São Paulo : Manole, 2002, p. 67. « On n'a jamais eu une démonstration empirique capable d'établir que le dol est effectivement un phénomène psychologique (...) car on ne peut pas rentrer dans le cerveau de l'agent qui a accompli l'infraction » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 402. Dans le même sens, voir A.-C. DANA, *op. cit.*, p. 333.

¹³⁰⁰ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128. Dans ce contexte, certains auteurs ont fait remarqué qu'une recherche d'ordre psychologique plus approfondie ne sera pas légitime, raison pour laquelle il y aurait « donc de l'abus à opposer un élément psychologique ou 'moral' à l'élément matériel de l'infraction. En réalité, il s'agit des deux dimensions d'un même acte. L'objectif est moins de décomposer l'infraction en plusieurs éléments que d'apprécier sa cohérence : cette double dimension permet de souligner l'unité plutôt que l'éclatement du concept envisagé » E. DREYER, *op. cit.*, p. 605. Par ailleurs, on peut dire que plusieurs conventions internationales reconnaissent que « la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'éléments d'une infraction (...) peut être déduite de circonstances factuelles objectives ». Dans ce sens, voir : Convention relative au blanchement, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, faite à Varsovie le 16 mai 2005, art. 9 ; Convention des Nations-Unies contre la corruption, faite à Merida le 31 oct. 2004, art. 28 ; et Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 nov. 1990, art. 6.

net entre l'analyse doctrinale du dol et de l'imprudence et la réalité du droit positif¹³⁰¹. Pour cette raison, la majorité des auteurs en France soulignent actuellement la nature juridique à la place de la nature psychologique de l'élément subjectif de l'infraction, en insistant sur le fait que le dol et que l'imprudence doivent être recherchés dans le comportement matériel de l'agent et non pas dans son appareil psychique¹³⁰². Au Brésil, la plupart des auteurs ne se sont pas encore rendus compte de l'impossibilité d'application d'un concept psychologique de la culpabilité, raison pour laquelle ils continuent à défendre l'idée selon laquelle le dol et l'imprudence seraient des phénomènes réels de la psychique humaine¹³⁰³. Toutefois, quelques auteurs brésiliens, conscients de cette impossibilité, travaillent déjà avec une conception juridique de la culpabilité¹³⁰⁴ - ce qui réduit l'écart existant entre ces deux pays concernant le mouvement d'adaptation du droit Pénal à l'égard des groupements.

On fait référence à ce mouvement d'adaptation puisque l'abandon d'une conception psychologique de la nature de l'élément subjectif de l'infraction et son remplacement par une conception juridique était nécessaire pour qu'on puisse rendre le dol et l'imprudence compatibles avec la nature désincarnée des personnes morales. Grâce à cette conception juridique de la culpabilité, le groupement peut désormais accomplir une faute, car sa nature immatérielle n'est plus incompatible avec la prétendue nature psychologique de l'élément subjectif de l'infraction (§2).

§2) La culpabilité juridique et son compatibilité avec la nature des personnes morales

134. La culpabilité psychologique et la personne morale. Comme on l'a vu, selon la notion « classique » ou « traditionnelle » de l'élément subjectif de l'infraction, le dol et la faute auraient une nature strictement psychologique¹³⁰⁵. Il s'agirait de phénomènes réels qui se produiraient dans l'appareil psychique de l'agent au moment de l'accomplissement de l'infraction. De ce fait, pour qu'une personne puisse devenir pénalement responsable, elle devrait avoir certaines « qualités

¹³⁰¹ M. DEL MAR DÍAZ PITA, *op. cit.*, p. 17. En ce qui concerne le rapport entre une telle conception de la culpabilité et la philosophie du langage, voir C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, O conceito significativo de dolo : um conceito volitivo normativo, *in Dolo e direito penal*, p. 23 et s.

¹³⁰² Voir par exemple : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 193 ; R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 128 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 603.

¹³⁰³ Voir par exemple : J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 132 et s.

¹³⁰⁴ Voir par exemple : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 396 et s.

¹³⁰⁵ Dans le même sens, voir M. KOHLER, *La imputación subjetiva : el estado de la cuestión*, Madrid : Civitas, 2000, p. 77.

physio-psychiques ». Tout d'abord, elle devrait avoir un cerveau¹³⁰⁶. Ensuite, son appareil psychique devrait être capable de produire deux phénomènes psychologiques : la volonté ; et la conscience¹³⁰⁷. Pour cette raison, si l'agent n'avait pas ces « qualités physio-psychiques », il ne pourrait pas accomplir l'élément subjectif de l'infraction et par conséquent il demeurerait pénalement irresponsable, car l'acte illicite ne serait pas constitué à son égard¹³⁰⁸.

Face à un tel postulat, il semblait effectivement impossible d'avoir une responsabilité pénale des personnes morales. En premier lieu, parce que les groupements ne sont pas des personnes, dans le sens anatomique ou physique du terme. De ce fait, ils n'ont pas de cerveau. Ensuite, parce que la volonté et la conscience chez la personne morale ne peuvent pas être comprises comme des phénomènes de la psychologie individuelle¹³⁰⁹. Pour cette raison, à défaut de telles qualités physio-psychique, l'être collectif ne pourrait jamais accomplir l'élément subjectif de l'infraction.

Dans ce contexte, on comprend bien le fait que l'absence de volonté et de conscience chez la personne morale était pendant une époque le principal argument contre la responsabilité pénale des groupements. Décidément, la nature immatérielle des êtres moraux ne pourrait jamais s'harmoniser avec une conception strictement psychologique de la culpabilité. De sorte que, face à cette opposition, on avait uniquement deux options : soit nier la responsabilité pénale des personnes morales, soit affirmer son caractère objectif¹³¹⁰. Par conséquent, une troisième voie existerait seulement avec l'abandon d'une conception strictement psychologique du dol et de la faute¹³¹¹ au profit d'une conception juridique de la culpabilité. Pour cette raison, on peut dire que la conception juridique de la nature du dol et de l'imprudence réalise ainsi la première étape du mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des personnes morales¹³¹².

135. Le début d'une adaptation. Compte tenu du fait que le dol et la faute ne sont pas définis par la psychologie, mais ils sont définis par l'application du droit positif, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas considéré comme un phénomène réel de la psychologie, mais il est perçu

¹³⁰⁶ Le cerveau est entendu ici comme la « masse nerveuse contenue dans le crâne de l'homme, comprenant le cerveau, le cervelet, le bulbe et les pédoncules cérébraux » *Dictionnaire Le petit robert*, Paris : Le Robert, 2013, p. 384.

¹³⁰⁷ Pour la définition des termes volonté et conscience selon la théorie classique de la culpabilité voir *supra* (n° 124).

¹³⁰⁸ « L'indéniable empreinte éthique du droit pénal qui, lui, dérive de nos lois constitutionnelles conduit à reconnaître que dans nos lois la personnalité de la responsabilité pénale, avant même de s'établir sur une culpabilité, se fixe sur un ensemble de facteurs physio-psychiques que suppose la culpabilité, seulement identifiables chez la personne physique » M. ROMANO, *Societas delinquere non potest*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 1031.

¹³⁰⁹ L'on va étudier la volonté et la conscience chez la personne morale *infra* (n° 154 et s.).

¹³¹⁰ Voir *supra* (n° 129).

¹³¹¹ Dans le même sens, S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 148.

¹³¹² Dans le même sens, voir par exemple P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 44-48. On va étudier la seconde étape d'un tel mouvement d'adaptation *infra* (n° 138 et s.).

comme un simple concept opérationnel du droit. Un « instrument de technique judiciaire » qui travaille avec une image normative des perspectives subjectives que le juge peut constater dans l'objet de l'activité infractionnelle de l'agent¹³¹³. C'est pourquoi la culpabilité n'existe pas dans l'appareil psychique de la personne qui a accompli l'acte illicite, mais elle existe dans le comportement de l'agent – dans les indices factuels versés dans le dossier¹³¹⁴.

Face à ces postulats, on peut dire que grâce à la conception juridique de culpabilité, la nature du dol et de l'imprudence en droit pénal devient conciliable avec les personnes morales¹³¹⁵. En premier lieu, parce que dès lors que l'élément subjectif n'est plus conçu comme un phénomène réel de la psychologie humaine, mais il est vu comme une image normative de la subjectivité criminelle, il devient compatible avec la nature désincarnée des groupements¹³¹⁶. L'absence de certaines qualités « physio-psychiques » chez la personne morale, n'est donc plus un obstacle au fait que le groupement puisse accomplir une faute en droit pénal. L'élément subjectif de l'infraction n'est pas un phénomène réel de la psychologie humaine, mais il est une image normative de la subjectivité criminelle de l'agent, laquelle peut se rencontrer dans le comportement illicite de la personne morale. En second lieu, puisque si le siège du dol et de l'imprudence n'est plus l'appareil psychique, mais est le comportement illicite lui-même, la personne morale est capable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction¹³¹⁷. Bien étendu, le groupement n'a pas un cerveau. Pour cette raison, il ne peut pas produire un phénomène réel de la psychologie individuelle. Cependant, la personne morale peut accomplir un comportement illicite par voie des actions ou des omissions de ses organes ou de ses représentants¹³¹⁸, lequel peut devenir le siège de son dol ou de son imprudence. En conséquence, dans le cadre d'une conception juridique de la culpabilité, le groupement est capable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction, car à partir de l'analyse du comportement illicite réalisé par la personne morale, on pourra identifier sa conduite intellectuelle vis-à-vis de l'infraction.

En d'autres termes, comme le groupement est capable d'accomplir l'élément matériel de l'infraction¹³¹⁹, il sera également capable de réaliser l'élément subjectif de l'acte illicite, puisqu'on

¹³¹³ R. MERLE, *La culpabilité devant les sciences humaines et sociales*, p. 34.

¹³¹⁴ E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹³¹⁵ À notre avis, notamment au Brésil, il ne s'agit pas uniquement d'une évolution en ce qui concerne la manière par le biais de laquelle on démontre le dol ou l'imprudence au cours de l'instance, mais il s'agit effectivement d'un changement de la nature de ces conceptions en droit pénal. Autrement dit, en analysant la manière par le biais de laquelle le dol et l'imprudence sont prouvés au cours de l'instance, la doctrine a changé la nature de ces conceptions en ce qui concerne le droit pénal du fond.

¹³¹⁶ Dans le même sens, voir W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 140.

¹³¹⁷ Dans le même sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 46.

¹³¹⁸ Voir *supra* (n° 23 et s.).

¹³¹⁹ Voir *supra* (n° 23 et s.).

va retracer le dol ou l'imprudence de la personne morale à partir de l'action ou de l'omission accomplie par son représentant ou organe. Par voie du comportement de la personne agissant ès qualité, l'être collectif va produire des éléments objectifs matérialisés dans le monde sensible, lesquelles seront utilisés par le juge pour qu'il puisse décider si la personne morale a agi volontairement ou involontairement¹³²⁰.

Or, on peut dire que l'idée d'une nature juridique de l'élément subjectif de l'infraction est à l'origine de la compatibilité du dol et de l'imprudence avec la nature désincarnée des groupements¹³²¹. Tout d'abord, parce que grâce à elle le dol et l'imprudence n'auront plus une nature psychologique, laquelle était incompatible avec la personne morale. Ensuite, car à cause d'une telle conception l'élément subjectif de l'infraction n'existera plus dans l'appareil psychique de l'homme, mais il existera dans le comportement illicite ; comportement illicite que le groupement peut accomplir par le biais de ses organes ou représentants.

Pour cette raison, concernant les personnes morales, on va caractériser l'élément subjectif de l'infraction de la même manière que l'on le fait pour les personnes physiques¹³²². À partir d'une analyse des faits qui sont imputés à son égard, on va conclure si le groupement a agi de manière intentionnelle ou non-intentionnelle¹³²³. Par voie de conséquence, le concept juridique de la culpabilité permet une responsabilité pénale subjective des personnes morales, laquelle respecte le principe de culpabilité en France et au Brésil¹³²⁴. C'est pourquoi l'abandon d'une conception strictement psychologique de la culpabilité a été la porte ouverte à l'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des personnes morales¹³²⁵.

Il est vrai que l'idée d'une conception purement juridique de l'élément subjectif n'a pas été conçue expressément pour les groupements. Elle est avant tout le résultat de l'application du droit positif concernant aux personnes physiques. Toutefois, cette notion, sans le faire exprès, rend compatible cet élément de l'infraction avec la nature des groupements, car grâce à elle l'intention sera « désincarnée » de l'agent et pourra être appréciée à partir de la signification de l'acte

¹³²⁰ Dans le même sens, S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 554.

¹³²¹ Dans le même sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 48.

¹³²² M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 42.

¹³²³ « Comment une personne morale peut-elle avoir la conscience, voire la volonté d'enfreindre la loi ? (...) Deux approches sont possibles (..) ou deuxièmement celle qui recherche l'élément moral auprès des actes matériels qui ont été commis : certains actes matériels manifestent clairement la capacité des personnes morales à enfreindre la norme pénale. (...) la France a opté pour la seconde » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 552-553.

¹³²⁴ Concernant le droit brésilien, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 46.

¹³²⁵ Dans le même voir *Ibid.*

illicite¹³²⁶ ; acte illicite que la personne morale est capable d'accomplir par la voie des actions ou des omissions de ses représentants ou organes¹³²⁷.

136. Des critères objectifs pour constater l'élément subjectif. Quoi qu'il en soit, l'idée d'une conception juridique de l'élément subjectif de l'infraction peut nous amener à la question de savoir comment les magistrats procèdent à l'appréciation du comportement de l'agent pour ensuite affirmer ou infirmer l'existence d'une intention coupable chez le délinquant. Une telle interrogation est importante car cette évaluation des faits peut parfois apparaître arbitraire, notamment parce que le juge en principe reste entièrement « libre d'apprécier comme il l'entend l'intention »¹³²⁸.

Face à cette liberté, dans le but de rendre plus crédible cette appréciation, la jurisprudence en France et au Brésil a établi certains « critères objectifs » au travers desquels le juge peut vérifier l'existence de l'élément subjectif de l'infraction dans l'objet de l'activité infractionnelle de l'agent. Ces critères ont en réalité une double fonction. Tout d'abord, ils vont guider le magistrat dans l'appréciation des éléments matériels constatés dans le dossier, puisqu'ils vont indiquer quels sont les indices factuels pertinents dans l'établissement de l'élément subjectif de l'infraction. Ensuite, ils vont légitimer et justifier l'attribution du dol ou de l'imprudence par le juge à l'encontre de l'individu¹³²⁹. L'attribution de l'élément subjectif n'est pas aléatoire, mais elle est justifiée par la présence dans le comportement de l'agent de certaines données objectives qui démontrent qu'il a accompli volontairement ou involontairement son acte illicite. De ce fait, ces critères objectifs vont permettre au juge de motiver convenablement leur décision, en expliquant quels sont les indices factuels qui permettent d'attribuer l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de l'individu¹³³⁰.

Au fil des ans, la jurisprudence en France et au Brésil a développé plusieurs critères ayant une telle fonction. L'on peut citer quelques exemples. En premier lieu, une illustration concernant l'infraction de meurtre. Pour constater l'intention homicide¹³³¹ chez l'agent, la jurisprudence prend

¹³²⁶ E. DREYER, *op. cit.*, p. 628.

¹³²⁷ En France, ce raisonnement semble s'harmoniser avec la position de la doctrine et de la jurisprudence, car l'une et l'autre reconnaissent que le dol et la faute ne sont pas des réalités psychologiques. Au Brésil, le panorama n'est cependant pas le même. Si d'un côté, la jurisprudence affirme à plusieurs reprises qu'on doit déduire l'élément subjectif de l'infraction à partir d'une analyse des circonstances du fait illicite (« Il est nécessaire que le dol éventuel soit déduit des circonstances de l'acte et non pas de l'appareil psychique de l'auteur » STF, 19 août 2014, REXT n° 822.295), d'un autre côté, la doctrine continue à énoncer parfois que l'élément subjectif est une réalité psychologique envisageable de manière autonome (voir, par exemple, J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 117). Par voie de conséquence, sans se soucier de l'application du droit positif, les théoriciens brésiliens insistent encore sur le fait que les personnes morales ne peuvent pas accomplir l'élément subjectif de l'infraction, sans réaliser, toutefois, qu'une conception juridique de la culpabilité est compatible avec la nature désincarnée des personnes morales.

¹³²⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 638.

¹³²⁹ P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 71.

¹³³⁰ Cour de cass., Ch. Crim., 2 octobre 1996, pourvoi n° 95-85992.

¹³³¹ Le meurtre est une infraction prévue à l'article 221-1 du Code pénal français et à l'article 121 du Code pénal brésilien.

en compte des données factuelles telles que « l'usage d'une arme meurtrière »¹³³², « la violence du coup asséné »¹³³³ ou encore « la région du corps atteint »¹³³⁴. Ces données factuelles serviront en tant que critères objectifs pour que le juge puisse induire l'intention homicide de l'agent au travers d'une analyse de l'élément matériel de l'infraction. De ce fait, leur présence dans les faits qui sont objet du dossier va rendre vraisemblable l'attribution de l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de l'individu¹³³⁵.

En deuxième lieu, on peut citer comme exemple l'infraction de recel¹³³⁶. Concernant ce délit, la jurisprudence en France utilise également certains critères objectifs pour identifier les circonstances de « fait d'où les juges tirent leur conviction que le prévenu connaissait la provenance » de la chose recelée¹³³⁷. Les magistrats vont ainsi prendre en compte « la dissimulation de la chose », « l'acquisition à bas prix » ou « l'absence de factures »¹³³⁸ comme des indices factuels qui permettent de dire que l'individu avait conscience du caractère illicite de la chose. Ces indices factuels serviront ainsi comme des critères objectifs pour qu'on puisse constater l'intention coupable chez l'agent qui a accompli l'acte illicite.

Finalement, en troisième lieu, l'on peut citer l'infraction de blanchiment d'argent comme dernier exemple¹³³⁹. Dans une de ces modalités, cette infraction suppose que le coupable sache que l'opération financière accomplie par lui porte sur des sommes qui proviennent d'un crime ou d'un délit. Comme critère objectif pour démontrer cette conscience chez l'agent, la Chambre criminelle prend en compte « les étroites relations familiales et d'affaires entretenues par les acteurs du blanchiment avec les auteurs du trafic des stupéfiants »¹³⁴⁰. Or, en raison du lien étroit entre l'agent et les auteurs de l'infraction d'origine, on peut déduire le fait que la personne avait conscience sur l'origine illégale de la somme qui a été objet de l'opération de blanchiment¹³⁴¹. Pour cette raison, concernant cette infraction, l'existence des relations familiales et d'affaires entre

¹³³² Cour de cass., Ch. crim., 5 février 1957, Bull. crim. 1957, n° 110.

¹³³³ Cour de cass., Ch. crim., 6 janvier 1993, Dr. pén. 1993, n° 103.

¹³³⁴ Cour de cass., Ch. crim., 9 janvier 1990, Bull. crim. 1990, n° 15. Concernant le droit brésilien, voir : TJRS, 10 septembre 2015, RESE n° 70061888186 ; et TJRS, 20 mars 1996, AP. CRIM. n° 695159558.

¹³³⁵ « L'intention homicide, dont l'appréciation appartient aux juges, peut s'induire de la circonstance que l'auteur des coups portés et des blessures faites volontairement a fait usage d'une arme dangereuse et frappé la victime sur une partie du corps particulièrement exposée » Cour de cass., Ch. crim., 5 février 1957, Bull. crim. 1957, n° 110.

¹³³⁶ Le recel est une infraction prévue à l'article 321-1 du Code pénal français et à l'article 180 du Code pénal brésilien.

¹³³⁷ Voir M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 2015, p. 357.

¹³³⁸ Cour de cass., Ch. crim., 30 octobre, 1962, Bull. crim. 1962, n° 298. Voir aussi Dr. pénal 1990, comm. 196.

¹³³⁹ Le blanchiment est une infraction prévue à l'article 324-1 du Code pénal français et au Brésil elle est prévue à l'article 1 de la loi 12.683/2012.

¹³⁴⁰ Cour de cass., Ch. crim., 4 octobre 2002, Bull. Crim. 2002, n° 1.

¹³⁴¹ M. VÉRON, *Droit pénal des affaires*, Paris : Dalloz, 2009, p. 118.

l'agent et les auteurs de l'infraction d'origine est un critère objectif utilisé par le juge pour qu'il puisse imputer l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre du délinquant.

Face à ces exemples, l'on peut dire que la jurisprudence en France et au Brésil, peut-être pour éviter des décisions arbitraires concernant l'établissement de l'élément subjectif de l'infraction¹³⁴², a établi plusieurs critères objectifs à l'aide desquels on peut constater l'intention coupable chez l'agent¹³⁴³. Ces critères vont alors guider et justifier l'attribution du dol ou de l'imprudence à l'encontre de l'individu, car ils vont permettre de reconstituer de l'extérieur l'attitude intellectuelle de la personne qui a réalisé l'élément matériel de l'infraction¹³⁴⁴.

Selon la doctrine¹³⁴⁵, ces critères doivent avoir en principe deux qualités¹³⁴⁶. Tout d'abord, ils doivent reposer sur la base d'éléments objectifs, matérialisés dans le monde sensible¹³⁴⁷. Ensuite, ils doivent avoir un rapport avec l'élément subjectif de l'infraction – de sorte que leur présence dans les faits va permettre au magistrat d'induire quel était le comportement intellectuel de l'agent au moment de l'acte illicite¹³⁴⁸.

Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de savoir si on a aussi un critère objectif pour déduire l'existence de l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale. Est-ce que, concernant la responsabilité pénale des groupements, il existerait un critère objectif qui servirait à orienter le juge dans la reconstitution de l'attitude intellectuelle de l'être collectif au moment des faits ? Est-ce que la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement pourrait avoir cette utilité ? Ces interrogations sont importantes, puisqu'il nous semble que l'existence d'un tel critère objectif était nécessaire pour que le mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de

¹³⁴² P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 68.

¹³⁴³ Par ailleurs, certains auteurs ont souligné que ces critères objectifs peuvent aussi être établis par la loi. Voir dans ce sens, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 4. C'est le cas, par exemple, de la notion d'intérêt à la fraude en droit douanier français (articles 399 et 400 du Code de douanes).

¹³⁴⁴ P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 71.

¹³⁴⁵ Il faut dire, en outre, que la doctrine franco-brésilienne ne donne pas la même explication théorique concernant l'utilisation des ces critères objectifs par la jurisprudence en France et au Brésil. Tandis qu'au Brésil on utilise la « théorie des indices objectifs » conçue par HASSEMER pour expliquer l'utilisation de ces critères par la jurisprudence, en France certains auteurs travaillent parfois avec l'idée de « présomptions de fait » pour expliquer cette manière d'analyser l'élément subjectif de l'infraction chez l'agent. De toute façon, en dépit de cette différence théorique, la manière d'apprécier l'élément subjectif de l'infraction dans l'application du droit positif demeure la même en France et au Brésil. Concernant le droit brésilien, voir W. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, in *ADCP*, Madrid : Centro de publicaciones del Ministerio de Justiça, 1990, p. 914-925 et P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 70-72. Concernant le droit français, voir J. BUISSON, *op. cit.*, p. 3 et s. et le Rapport de la Cour de cassation, 2012, partie 3, titre 2, chapitre 9.

¹³⁴⁶ Dans ce sens, voir H. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, p. 914.

¹³⁴⁷ Pour cette raison, contrairement à l'esprit de l'agent, ces données objectives sont accessibles au juge.

¹³⁴⁸ Dans le même sens, W. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, p. 925. Dans les exemples précités, toutes les données objectives utilisées par la jurisprudence pour caractériser l'intention coupable de l'agent ont un rapport avec l'élément subjectif de l'infraction. L'usage d'une arme meurtrière est un élément objectif qui a un lien avec l'intention de tuer. Le bas prix et l'absence de factures sont des données objectives qui ont un rapport avec la conscience du caractère illicite de la chose recelée, etc.

l'infraction à l'égard des personnes morales soit finalement complet, en réalisant la seconde étape de son parcours (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE II – Une infraction commise pour le compte : une condition utile

137. Un mouvement d'adaptation en deux étapes. Afin d'achever l'harmonisation entre l'élément subjectif de l'infraction et la responsabilité des personnes morales, le droit pénal devait encore faire un second mouvement d'adaptation. Pour comprendre ce second mouvement, on doit vérifier la raison d'être de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale et de ce fait saisir son utilité concernant la démonstration d'une faute à l'égard de l'être collectif. Dès lors qu'on a conscience du lien étroit existant entre cette seconde condition et la volonté coupable de la personne morale, on comprend pourquoi elle est un critère objectif qui sert à démontrer autant le dol que l'imprudence à l'égard de l'être collectif (**SECTION I**).

D'ailleurs, grâce à l'utilité de cette condition l'élément subjectif de l'infraction va être finalement harmonisé avec la nature désincarnée des personnes morales. L'être collectif a une nature compatible avec un tel élément de l'infraction et, en outre, on a un critère objectif pour identifier l'intention coupable de la personne morale derrière l'acte de son organe ou représentant. Mais est-ce que cette intention coupable est une intention propre aux groupements ou est-elle une intention coupable empruntée par la personne morale de son organe ou représentant personne physique ? Cette interrogation nous amène à la question de savoir quelle doit être l'articulation entre la responsabilité pénale du groupement et celle de la personne physique agissant ès qualité (**SECTION II**).

Section I – Une responsabilité pénale subjective des personnes morales

Pour rétablir la responsabilité pénale des groupements, en respectant le principe de culpabilité, autant le droit pénal français que le droit pénal brésilien ont prévu que l'infraction imputée à la personne morale doit être accomplie pour son compte. La seconde condition de la responsabilité pénale des groupements nous aide ainsi à identifier le lien subjectif existant entre l'acte illicite et la personne morale, puisque les notions d'intérêt social et de profit ont une relation étroite avec la volonté de l'être collectif. De ce fait, la présence de ces notions dans le comportement de l'organe ou représentant du groupement atteste le fait que l'acte illicite est la manifestation de l'intention coupable de la personne morale.

Par conséquent, la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement exprime une responsabilité pénale subjective des personnes morales, car cette condition est un

critère qui sert à identifier autant l'intention (**SOUS-SECTION I**) que l'imprudence à l'égard du groupement (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – Un critère pour identifier l'intention chez la personne morale

Pour comprendre l'utilité que la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale peut avoir en ce qui concerne le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements, on doit étudier, tout d'abord, la relation que cette condition a avec l'élément subjectif de l'infraction (§1). Par la suite, on doit examiner comment la seconde condition peut nous aider à identifier une infraction intentionnelle à l'égard des personnes morales (§2).

§1) La condition du « pour leur compte » et son rapport avec l'intention

138. L'idée d'une infraction commise pour le compte du groupement. Tant le droit pénal français que le droit pénal brésilien exigent comme seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales que l'infraction soit commise pour le compte du groupement¹³⁴⁹. On a déjà étudié le contenu de cette condition et sa fonction comme critère à double tranchant¹³⁵⁰. En outre, on a auparavant analysé l'importance que cette condition a gagnée au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation ces dernières années¹³⁵¹. Cependant, il reste à savoir quel est l'utilité que l'exigence d'une infraction accomplie pour le compte de la personne morale peut avoir concernant le mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements. Dans l'analyse de ce thème, on doit, tout d'abord, étudier la manifestation de la volonté chez la personne morale, pour ensuite comprendre la relation que la seconde condition peut avoir avec l'élément subjectif de l'infraction.

Si on pense à la volonté chez la personne morale¹³⁵², on peut dire que logiquement le groupement va vouloir accomplir en principe deux genres d'actes par voie de ses organes ou représentants. En premier lieu, il va souhaiter accomplir les comportements qui lui sont économiquement ou moralement profitables. En second lieu, il va vouloir réaliser les actions ou les omissions qui sont nécessaires pour l'accomplissement de leur intérêt social. Cette assertion est possible car « l'âme dirigeante » de la personne morale a la propension de vouloir accomplir les

¹³⁴⁹ Voir *supra* (n° 94).

¹³⁵⁰ Voir *supra* (n° 98 et s.).

¹³⁵¹ Voir *supra* (n° 119).

¹³⁵² L'on va étudier plus en détails la question de la volonté chez la personne morale *infra* (n° 154).

actions ou les omissions qui vont garantir la prospérité ou la continuité du groupement¹³⁵³. Et un comportement qui lui est profitable ou qui a pour but d'assurer l'accomplissement de leur intérêt social est un de ceux qui vont garantir sa prospérité ou sa continuité¹³⁵⁴. De ce fait, quand un acte est réalisé au profit ou dans l'intérêt social de la personne morale, on peut déduire qu'il a été accompli pour satisfaire une volonté de l'être collectif¹³⁵⁵, car, en principe, le groupement souhaite réaliser, par la voie de ses organes ou représentants, des comportements qui lui sont profitables ou qui sont, à tout le moins, nécessaires (directement ou indirectement) à la réalisation de son intérêt social¹³⁵⁶.

Dans ce contexte, on peut dire que la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements évoque en réalité deux notions (celle de profit et celle d'intérêt social) qui nous servent à identifier la volonté de la personne morale dans l'acte illicite accompli par son organe ou représentant¹³⁵⁷. En réalité, en partant du postulat selon lequel la volonté du groupement va habituellement être dirigée vers les conduites qui lui sont profitables ou qui sont nécessaires à l'accomplissement de leur intérêt social, l'on pourra conclure qu'un acte illicite réalisé au profit¹³⁵⁸ ou dans l'intérêt social¹³⁵⁹ de la personne morale est l'expression de la volonté coupable du groupement¹³⁶⁰. L'infraction concerne la personne morale non seulement parce qu'elle a été matériellement accomplie par un de ses organes ou représentants (dimension objective de l'infraction chez la personne morale), mais surtout parce qu'elle intéresse « l'âme dirigeante », parce qu'elle apporte un bénéfice ou un avantage au « directing mind and will » du groupement (dimension subjective de l'acte illicite chez l'être collectif)¹³⁶¹.

¹³⁵³ Voir dans ce sens, l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 22 mai 1965 : CA Paris, 22 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, 2, p. 86. Le rapport Viennot de 1995 va lui aussi dans le même sens.

¹³⁵⁴ On parle ici notamment des activités destinées à assurer l'organisation, le fonctionnement et les objectifs de la personne morale, aussi bien que les activités normalement développées par le groupement pour assurer l'accomplissement de ses finalités ou pour assurer l'exploitation de l'entreprise.

¹³⁵⁵ « Il faut conclure que le comportement fautif du chef d'entreprise (dans l'intérêt ou à l'avantage de la personne morale) doit également révéler la faute de l'entité collective. En d'autres termes, l'organe est complètement identifié à la personne qui a agi, non seulement du point de vue matériel, mais aussi de l'attitude psychologique » A. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 166.

¹³⁵⁶ Avec le même raisonnement, mais en utilisant les mots prospérité et avantage, voir A. MESTRE, thèse préc., p. 138 et 139.

¹³⁵⁷ « Le législateur de 1994 a retenu l'idée selon laquelle, l'infraction est imputable à la personne morale lorsqu'elle a été commise 'pour le compte' de celle-ci (...) Cela signifie que l'infraction peut être imputée à la personne morale parce que les faits matériels commis par la personne physique reflètent la volonté de la personne morale de commettre l'infraction » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282.

¹³⁵⁸ « Le juge doit ainsi seulement s'assurer que les actes reprochés à la personne morale ont été commis pour son compte. La volonté coupable est donc révélée par le profit attendu de l'acte infractionnel » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 554.

¹³⁵⁹ « C'est à cette condition que sera établie sa culpabilité. L'intention criminelle ou la négligence de la personne morale ne peut s'exprimer, en effet, que par la volonté de ses organes ou représentants, et pour qu'il en soit ainsi, ceux-ci ne devront pas agir dans leur intérêt personnel mais dans l'intérêt de la collectivité » J. LEROY, *op. cit.*, p. 242.

¹³⁶⁰ « Il est possible de dégager la volonté collective comme source de l'intention qui donne à l'infraction son caractère subjectif » R. SALEILLES, cité par N. GUNSBURG et R. MOMMAERT, *op. cit.*, p. 227.

¹³⁶¹ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 546.

139. La seconde condition et l'élément subjectif de l'infraction. De ce fait, la condition d'une infraction commise pour le compte de l'être collectif existe justement pour qu'on puisse constater un attachement subjectif entre le groupement et l'infraction¹³⁶² ; pour qu'on puisse vérifier si l'acte illicite est « la traduction fidèle de la volonté de la personne morale et des finalités qu'elle a choisi de poursuivre »¹³⁶³. Par conséquent, l'accomplissement de cette condition va nous permettre d'affirmer qu'il existe un rapport non seulement matériel entre l'infraction et la personne morale, mais qu'il existe surtout un lien intellectuel entre l'acte illicite et le groupement.

Pour cette raison, en France certains auteurs ont associé la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales à l'élément subjectif de l'infraction¹³⁶⁴. Selon eux, l'exigence selon laquelle l'acte illicite doit être accompli pour le compte du groupement existe pour qu'on puisse « caractériser l'élément moral de l'infraction » à l'égard de l'être collectif¹³⁶⁵. En effet, l'accomplissement de cette condition démontre que l'organe ou le représentant, en commettant l'infraction, n'a fait que mettre en œuvre l'intention illicite de la personne morale¹³⁶⁶, raison pour laquelle on doit associer la seconde condition à l'élément subjectif de l'infraction chez le groupement.

Au Brésil, de façon similaire, une telle association a également été faite, mais par voie jurisprudentielle. Selon la jurisprudence brésilienne, l'acte illicite réalisé dans l'intérêt social ou au profit de la personne morale reflète la volonté coupable du groupement, raison pour laquelle on peut l'imputer à l'encontre de la personne morale¹³⁶⁷.

Cette association semble tout à fait logique, car comme on a vu la seconde condition de cette responsabilité s'avère être un critère d'identification du lien subjectif entre la personne

¹³⁶² M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 193 et 200. « La notion d'infraction commise 'pour le compte' de la personne morale varie nécessairement selon le type d'infraction considérée, car elle paraît inclure tout à la fois une approche subjective (la faute) (...) » M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, p. 303.

¹³⁶³ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 21. « Il convient dès lors de reprendre les propos de Franco Bricola pour souligner que les délits commis par les organes sociaux ou les représentants de la société au profit de la société (...) ne sont pas tant l'expression d'une initiative individuelle de l'administrateur, que le fruit (...) de la volonté sociale qui s'y est manifestée » G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁶⁴ Dans le même sens, voir : M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, p. 303 ; D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 6 ; A. PEZARD, *op. cit.*, p. 13 ; B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 378 ; J. LEROY, *op. cit.*, p. 242. ; et J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 280 et s.

¹³⁶⁵ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 287.

¹³⁶⁶ « Le juge devra vérifier la réalisation de cette condition (...) afin de démontrer qu'en commettant l'infraction, l'organe ou le représentant n'a fait que mettre en œuvre la volonté de la personne morale » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 290.

¹³⁶⁷ « Le comportement de l'organe au nom et au profit de la personne morale est la volonté de personne morale elle-même » STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960. Au sein de la doctrine brésilienne, il y a des auteurs qui ont une position contraire à une telle association, voir par exemple F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 70. Selon M. GALVÃO cette condition n'a aucune approche subjective concernant la personne morale. L'auteur n'explique cependant pas les raisons d'une telle affirmation. En outre, encore au Brésil, il y a des auteurs qui ont annoncé que cette condition exigerait que le juge analyse le but de l'infraction, le mobile de l'acte illicite. Toutefois, ces auteurs n'ont pas réalisé directement une association entre une telle condition et l'élément subjectif de l'infraction. Voir dans ce sens, A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 96 et 97.

morale et l'acte illicite¹³⁶⁸, précisément pour qu'on puisse constater si « l'âme dirigeante » du groupement a eu l'intention d'accomplir l'infraction par voie des actions ou des omissions de ses organes ou représentants¹³⁶⁹. Si les notions de profit et d'intérêt social nous aident à vérifier la volonté de la personne morale derrière l'acte illicite réalisé matériellement par son organe ou représentant¹³⁷⁰, il nous semble logique de faire une liaison entre la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement et l'élément subjectif de l'infraction – car c'est un tel élément de l'infraction qui concerne la volonté coupable de l'agent.

En outre, cette association s'avère complémentaire à celle qui relie le fait de l'organe ou du représentant à l'élément matériel de l'infraction¹³⁷¹. D'un côté, la première condition de la responsabilité pénale des groupements serait une adaptation du droit pénal à l'égard de la personne morale, pour qu'elle puisse accomplir l'élément matériel de l'infraction par voie d'un *substratum* humain. D'un autre côté, la seconde condition de cette responsabilité serait une seconde adaptation du droit pénal à l'égard de l'être collectif, pour qu'on puisse constater l'état d'esprit blâmable de la personne morale derrière l'acte illicite ; en caractérisant l'élément subjectif de l'infraction envers l'être collectif par le biais d'un comportement réalisé pour le compte de la personne morale¹³⁷².

Cependant, même si une telle association semble tout à fait logique et complémentaire, la question qui se pose est celle de savoir comment on pourrait expliquer le rapport entre la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements et l'élément subjectif de l'infraction. Est-ce que l'exigence d'un acte illicite accompli pour le compte de la personne morale serait un dol spécial obligatoire pour la qualification de l'infraction à l'égard du groupement ?

¹³⁶⁸ Un « critère objectif d'attribution » qui « permettrait de caractériser la faute au niveau subjectif », voir A. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 159 et s.

¹³⁶⁹ « Le nouveau Code pénal français n'est guère prolix sur cette condition pourtant essentielle, il se contente d'exiger que l'infraction ait été commise par les organes ou représentants pour le compte de la personne morale. C'est dire que toutes les questions délicates relatives à l'imputabilité et la culpabilité de la personne morale doivent être recherchées à partir de cette exigence fort peu explicite » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 21.

¹³⁷⁰ « Celui à qui profite le crime, et qui l'a matériellement exécuté, ne peut prétendre qu'il n'avait pas l'intention de le commettre » E. DREYER, *op. cit.*, p. 651.

¹³⁷¹ Voir *supra* (n° 24 et s.).

¹³⁷² « La responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité traditionnelle fondée sur la faute, même si les particularités de la délinquance appellent certains aménagements dans les conditions de la responsabilité » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 26. On va étudier un tel mouvement d'adaptation plus en détail *infra* (n° 138 et s.).

140. L'exigence d'un dol spécial pour la responsabilité des groupements. Devant une telle interrogation, certains auteurs¹³⁷³ ont annoncé que la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale serait, en effet, un mobile pris en compte par le droit pénal, lequel devrait être constaté dans l'acte illicite réalisé par la personne physique agissant *ès qualité*¹³⁷⁴. De ce fait, pour établir la responsabilité pénale d'une personne morale, « la jurisprudence aura à distinguer selon les mobiles qui ont animé » l'organe ou le représentant du groupement¹³⁷⁵. Ainsi, on pourrait imputer l'infraction à la personne morale seulement si l'acte illicite aurait derrière lui un élément subjectif complémentaire au dol général, marqué par une volonté particulièrement ciblée, tendue vers le profit ou l'intérêt social de l'être collectif. La seconde condition de la responsabilité pénale des groupements serait ainsi un mobile érigé en forme d'intention¹³⁷⁶, un dol spécial exigé pour la qualification de l'acte illicite auprès de la personne morale¹³⁷⁷.

Cette explication était séduisante, notamment parce que les mobiles trahissent parfois l'intention de commettre une infraction¹³⁷⁸. Cependant, elle présentait quelques problèmes. Tout d'abord, elle rendrait plus difficile la démonstration de la faute à l'égard des personnes morales¹³⁷⁹ et de ce fait pourrait inciter la jurisprudence à présumer ce « dol spécial » exigée à l'égard des groupements¹³⁸⁰. Ensuite et surtout, elle rendrait la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales incompatible avec les infractions non-intentionnelles. Comment pourrait-on concilier l'exigence d'un dol spécial, d'une intention particulièrement ciblée tendue vers un résultat déterminé, avec une infraction dont l'élément subjectif est marqué par l'absence d'intention chez l'agent ?¹³⁸¹

Face à ces problèmes, on devrait rechercher une autre théorie pour expliquer le rapport entre la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales et l'élément subjectif

¹³⁷³ Dans ce sens, voir : B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 378 ; T. DALMASSO, *op. cit.*, p. 12 ; D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 6 ; A. PEZARD, *op. cit.*, p. 13 ; et D. BAIGÚN, *op. cit.*, p. 95 et s.

¹³⁷⁴ On prendra en compte « le mobile qui animait la personne physique, auteur de l'infraction (auquel cas il n'est pas inintéressant de noter que le mobile deviendrait ainsi un élément constitutif de l'infraction (...)) » T. DALMASSO, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁷⁵ D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁷⁶ « Les tribunaux répressifs rechercheront quel est le mobile de l'infraction » A. PEZARD, *op. cit.*, p. 13.

¹³⁷⁷ Sans vouloir rentrer dans le débat concernant la nature du dol spécial, pour aboutir à une telle affirmation l'on part de l'idée que le dol spécial est le mobile de l'infraction prise en compte par le droit pénal. Voir dans ce sens : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 177 et s. ; et A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 217.

¹³⁷⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 651.

¹³⁷⁹ Dans le même sens, voir : P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 69 ; et B. FERRIER, *op. cit.*, p. 403.

¹³⁸⁰ Une tendance jurisprudentielle qu'on rencontre déjà concernant les personnes physiques en France, voir par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 98-86353.

¹³⁸¹ En outre, on pourrait penser qu'une telle exigence méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénal – étant donné que la qualification de l'infraction concernant la personne morale ne serait pas réalisée de la même manière que la qualification concernant la personne physique. Toutefois, face aux différences objectives existantes entre la personne morale et la personne physique, il nous semble qu'une telle différence de traitement peut être justifiée. Concernant le thème, voir : Conseil Const., décision n° 2013-302 DC, 12 avril 2013.

de l'infraction. Est-ce que ce rapport pourrait être expliqué par l'idée d'un critère objectif par le biais duquel on peut constater l'intention coupable du groupement ?

141. Un critère objectif pour constater l'intention coupable du groupement. Comme on l'a vu¹³⁸², dans la recherche de l'élément subjectif de l'infraction le juge va déduire le dol des circonstances de l'acte illicite. De ce fait, c'est à travers d'une analyse du comportement de l'agent et du résultat de ce comportement que l'on pourra reconstituer de l'extérieur l'attitude intellectuelle de l'individu vis-à-vis de l'infraction¹³⁸³. Pour cette raison, la nature de l'élément subjectif de l'acte illicite est juridique et non pas psychologique.

Dans ce contexte, conformément à ce qu'on a étudié¹³⁸⁴, le droit pénal en France et au Brésil a conçu certains critères objectifs au travers desquels le juge peut constater l'intention coupable dans l'objet de l'activité infractionnelle de l'agent. Ces critères ont une double fonction. En premier lieu, ils vont guider le magistrat dans l'appréciation des éléments matériels constatés dans le dossier, en indiquant quels sont les indices factuels pertinents dans l'établissement de l'élément subjectif de l'infraction. En second lieu, ils vont légitimer et justifier l'attribution du dol à l'encontre de l'agent¹³⁸⁵.

Toutefois, pour qu'ils puissent remplir une telle fonction, ces critères doivent avoir deux qualités : ils doivent reposer sur la base d'éléments objectifs ; et ils doivent avoir un rapport avec la volonté coupable de l'agent¹³⁸⁶.

Face à ces postulats, l'on peut se demander si la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement n'est pas finalement un critère objectif par le biais duquel on peut vérifier l'intention coupable de la personne morale dans le comportement illicite accompli par son organe ou représentant.

Comme il l'a été constaté, la condition d'une infraction commise pour le compte de l'être collectif est composée de deux notions, celle de profit et celle d'intérêt social du groupement¹³⁸⁷. Ces deux notions ont un rapport étroit avec la volonté de la personne morale, car « l'âme collectif » du groupement souhaite normalement accomplir les comportements qui lui sont profitables ou qui

¹³⁸² Voir *supra* (n° 132).

¹³⁸³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 145 et 146.

¹³⁸⁴ Voir *supra* (n° 136).

¹³⁸⁵ P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 71.

¹³⁸⁶ H. HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, p. 914.

¹³⁸⁷ Voir *supra* (n° 101 et s.).

observent leur intérêt social¹³⁸⁸. Par ailleurs, les notions de profit et d'intérêt social reposent sur la base d'éléments objectifs, lesquels peuvent être constatés par le juge dans le dossier. Pour ces raisons, il semble logique de penser que ces deux notions vont alors guider le magistrat dans l'appréciation de l'intention chez la personne morale, puisqu'elles vont indiquer au juge pénal quels sont les indices factuels pertinents dans l'établissement de l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre du groupement. Ainsi, leur présence dans l'acte illicite accompli par l'organe ou le représentant de la personne morale va nous autoriser à supposer le fait que l'infraction traduit matériellement l'intention coupable du groupement, raison pour laquelle l'on pourra imputer le dol à l'encontre de l'être moral. De ce fait, en plus de guider le juge dans l'appréciation du dol chez l'être collectif, la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements légitime et justifie l'attribution de l'intention coupable à l'encontre de la personne morale.

Pour revenir à l'essentiel, on peut dire que la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement est finalement un critère objectif à travers duquel on peut identifier l'intention de la personne morale derrière le fait illicite accompli matériellement par son organe ou représentant. Tout d'abord, parce que cette condition est un indice factuel qui repose sur la base d'éléments objectifs, lequel peut être constaté par le juge pendant la procédure. Ensuite, car cette condition a un rapport étroit avec la volonté de la personne morale. En conséquence, de la même manière que « l'usage d'une arme meurtrière » ou la « dissimulation de la chose recelée » sont des éléments matériels qui nous permettent d'induire le dol chez l'agent qui a accompli l'infraction, le profit et l'intérêt social sont des indices factuels dont la présence dans la conduite de l'organe ou du représentant du groupement rendra vraisemblable l'attribution de l'intention coupable à l'encontre de la personne morale. Pour cette raison, la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale est en réalité un critère objectif par le biais duquel on peut constater l'intention coupable du groupement derrière l'acte illicite de la personne physique agissant ès qualité.

Dès lors qu'on interprète cette seconde condition comme un critère objectif au travers duquel le juge peut constater l'élément subjectif de l'infraction chez le groupement, on va mieux comprendre pourquoi cette exigence est également un critère à double tranchant. Un critère qui va identifier quels sont les comportements accomplis par les organes ou par les représentants de

¹³⁸⁸ « À défaut d'une réalité sensible analogue à celle des personnes physiques, une collectivité ne peut puiser sa qualité de sujet passif du droit pénal que dans la volonté commune manifestée par des signes extérieurs et se traduisant par le fonctionnement d'organes » H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 346.

la personne morale qui peuvent être perçus par le droit pénal comme des agissements du groupement lui-même¹³⁸⁹.

D'un côté, en tant que critère négatif, la seconde condition va exclure du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales les actes illicites réalisés dans l'intérêt personnel du représentant, dans l'intérêt d'un tiers ou encore les infractions accomplies au préjudice de l'être collectif. D'un autre côté, en tant que critère positif, cette condition va inclure dans le champ d'application de cette responsabilité les infractions qui ont un rapport plus ou moins étroit avec l'exploitation de l'entreprise ou avec les raisons d'être de la personne morale. De ce fait, on peut dire que la référence utilisée par cette condition pour exclure ou pour inclure un comportement dans le champ d'application de cette responsabilité est justement la volonté du groupement¹³⁹⁰. Quand l'acte illicite traduit la subjectivité criminelle de la personne morale, il peut être imputé à son encontre¹³⁹¹. Toutefois, si l'infraction n'est pas l'expression de la subjectivité coupable du groupement, mais plutôt l'expression de la volonté illicite de la personne physique derrière l'écran de l'être moral ou d'un tiers vis-à-vis du groupement, elle ne peut pas être perçue par le droit pénal comme un acte illicite de la personne morale.

Pour cette raison, l'application de la seconde condition en tant que critère à double tranchant confirme l'idée que l'exigence d'une infraction commise pour le compte de la personne morale est, en réalité, un critère objectif établi par le législateur pour que le juge puisse constater l'élément subjectif de l'infraction concernant le groupement. L'on réalise une telle assertion car la référence pour inclure ou pour exclure l'acte illicite dans le champ d'application d'une telle responsabilité est précisément l'existence d'un lien subjectif entre l'infraction et la personne morale. Quand l'acte illicite n'est pas réalisé dans l'intérêt social ou au profit du groupement, il ne reflète pas la volonté coupable de la personne morale et de ce fait il ne sera pas imputé à l'être collectif. Cependant, si l'infraction est accomplie au profit ou dans l'intérêt social du groupement, elle traduit son intention coupable et c'est pour cette raison qu'elle sera attribuée à la personne morale¹³⁹². Une fois de plus, l'application de l'exigence d'une infraction commise pour le compte du groupement en tant que critère à double tranchant corrobore l'idée que cette condition est

¹³⁸⁹ Voir *supra* (n° 95 et s.).

¹³⁹⁰ Sans le dire expressément, mais dans le même sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 266 et s.

¹³⁹¹ On va étudier *infra* (n° 147) comment une telle condition peut aussi justifier l'imputation d'une infraction non-intentionnelle à l'encontre de la personne morale.

¹³⁹² Dans le même sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282.

également un indice objectif par le biais duquel on peut constater l'attachement subjectif existant entre le groupement et l'acte illicite¹³⁹³.

Somme toute, il nous semble possible d'expliquer la relation de la seconde condition de cette responsabilité avec l'élément subjectif de l'infraction par la voie de l'idée d'un critère objectif établi par le législateur pour que le juge puisse dans l'analyse du fait de l'organe ou représentant identifier la volonté de la personne morale. Lorsque le magistrat peut constater dans le dossier que l'acte illicite a été accompli pour le compte du groupement, il va avoir un indice factuel qui lui permettra de déduire que l'action ou l'omission de l'organe ou du représentant reflète l'intention illicite de la personne morale. En réalité, étant donné que l'être moral souhaite naturellement réaliser des comportements qui lui sont profitables ou qui sont nécessaires à l'accomplissement de son intérêt social, une infraction commise dans l'intérêt social ou au profit du groupement est logiquement la traduction de la volonté coupable de la personne morale¹³⁹⁴. Par conséquent, la seconde condition n'est pas un dol spécial exigé en ce qui concerne la responsabilité pénale des groupements, mais elle est un critère objectif par le biais duquel on va identifier l'intention coupable de l'être collectif derrière l'acte illicite de son organe ou représentant.

142. Une condition obligatoire, mais pas exhaustive. Pour cette raison, pour qu'on puisse caractériser l'élément subjectif de l'infraction à l'égard de la personne morale, on doit nécessairement constater que l'acte illicite a été accompli pour le compte du groupement. Dans le sens inverse, si le comportement du représentant ou organe n'a pas été réalisé dans l'intérêt social ou au profit de l'être collectif, il ne peut pas être perçu comme la traduction fidèle de la volonté de la personne morale. La seconde condition de la responsabilité pénale des groupements est ainsi un critère objectif d'attribution du dol, lequel a été établi par le législateur en France et au Brésil et qui doit être accompli pour qu'on puisse justifier l'imputation d'une intention illicite à l'encontre de l'être moral.

Toutefois, si cette condition est obligatoire pour qu'on puisse réaliser une telle imputation, elle n'est pas le seul critère objectif que le juge peut utiliser pour constater le dol chez l'être collectif. Cette assertion est possible car rien n'empêche le magistrat d'utiliser pareillement à la

¹³⁹³ Dans le même sens, voir A. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 159 et s. La signification de l'expression « intérêt » confirme cette idée. Selon le dictionnaire, l'intérêt est « l'état de l'esprit qui prend part à ce qu'il trouve digne d'attention, à ce qu'il juge important » (*Dictionnaire Le petit robert*, Paris : Le Robert, 2013, p. 1354). L'expression « au profit de » confirme elle-aussi cette idée, car elle signifie « en agissant pour le bien, l'intérêt de quelqu'un » *Dictionnaire Le petit robert*, Paris : Le Robert, 2013, p. 2035. Donc, ces deux notions font une référence à la relation subjective établie entre la personne morale et l'infraction.

¹³⁹⁴ Dans le même sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 282.

seconde condition d'autres indices objectifs ou d'autres constatations matérielles versées dans le dossier pour déduire la volonté et la conscience du groupement concernant l'acte illicite¹³⁹⁵. On fait référence, entre autres, au contenu des procès verbaux de l'assemblée générale ou du conseil d'administration de la personne morale, lesquels peuvent contenir des données objectives concernant l'extériorisation de la volonté et de la conscience du groupement¹³⁹⁶ par rapport à l'infraction accomplie matériellement par son organe ou représentant¹³⁹⁷.

La seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales est donc un indice obligatoire pour déduire la volonté de l'être collectif derrière l'acte illicite, mais elle n'est pas un indice exclusif, puisque rien n'empêche le magistrat d'utiliser en même temps qu'elle d'autres constatations matérielles versées dans le dossier pour justifier l'attribution du dol à l'encontre du groupement.

Quoi qu'il en soit, on peut se demander si cette explication concernant le rapport entre la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements et l'élément subjectif de l'infraction pourrait servir autant pour les infractions intentionnelles que pour les infractions non-intentionnelles. Est-ce que, contrairement à l'idée d'un dol spécial, cette seconde explication est également conciliable avec l'élément subjectif des infractions involontaires ?

Pour répondre à cette question l'on doit, tout d'abord, étudier quel est l'élément objectif du dossier auprès duquel l'on doit rechercher le profit ou l'intérêt social de la personne morale. Ensuite, on doit vérifier si la position de ces deux notions dans le contexte de l'infraction peut nous aider à faire la distinction entre le dol et l'imprudence chez la personne morale. Si tel est le cas, on

¹³⁹⁵ Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Dolo e significado*, p. 28.

¹³⁹⁶ Dans le même sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 277. L'on va étudier *infra* (n° 158 et s.) l'idée d'une volonté et d'une conscience propres aux personnes morales.

¹³⁹⁷ Pour cette raison, parfois la recherche de l'intention coupable chez la personne morale peut se révéler plus facile que chez la personne physique. L'on peut faire une telle affirmation, parce que pour les personnes morales « l'acte volontaire précède, normalement, d'une façon extérieure, l'acte d'exécution : la délibération du conseil municipal, par exemple, tendant à décider s'il y a lieu à vente, équivaut à la délibération précédant chez tel individu une pareille décision. On peut donc toujours percevoir extérieurement l'acte par lequel une personne morale manifeste sa décision, tandis que, chez l'homme, la volonté d'agir n'apparaît pas nécessairement » A. MESTRE, thèse préc., p. 258. Dans le même sens, voir : J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 277 ; et F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 84. Toutefois, il faut dire que le juge n'est pas tenu par le contenu des procès-verbaux du conseil d'administration ou de l'assemblée général du groupement. Car son contenu peut s'avérer parfois purement formel et destiné à cacher la vraie politique de l'entreprise qui encourage la pratique illicite. Dans le même sens, voir F. STREATEANU, *op. cit.*, p. 339. Finalement, l'on constate que des auteurs au Brésil ont soulevé une telle question pour nier la responsabilité pénale des personnes morales, en disant que comme chez l'être collectif l'acte volontaire précède l'acte d'exécution, l'on ne pourrait pas avoir le dol chez le groupement. Car pour que le dol soit accompli, l'acte volontaire doit exister en même temps que l'acte d'exécution. Mais est-ce que chez la personne physique aussi l'acte volontaire ne précède pas, même pour quelques fractions de secondes, l'acte d'exécution de l'infraction ? Si cette interrogation semble logique, le dol n'existerait pas même chez les personnes physiques. Pour cette raison, un tel argument ne semble pas suffisamment fort pour nier l'existence d'un dol chez la personne morale. Voir dans ce sens, J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 272.

pourra dire que l'idée d'un critère objectif servira autant pour les infractions volontaires que pour les infractions involontaires (§2).

§2) Infractions intentionnelles : l'acte illicite comme siège de l'intérêt social ou du profit

143. Une condition ambivalente. Puisque l'exigence d'un acte illicite commis pour le compte de la personne morale est une condition obligatoire autant pour les infractions intentionnelles que pour les infractions non-intentionnelles, la question qui se pose est celle de savoir de quelle manière l'on peut faire la distinction entre le dol et l'imprudence chez la personne morale. Comment la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements peut-elle servir à caractériser à la fois une faute intentionnelle et une faute non-intentionnelle chez la personne morale ?

Pour répondre à cette question, on doit tout d'abord étudier le rapport étroit existant entre l'intention coupable et le résultat de l'infraction, pour ensuite observer le fait que l'emplacement de l'intérêt social ou du profit du groupement dans le contexte de l'acte illicite (si dans l'infraction elle-même ou si dans l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été réalisée) peut nous aider à déterminer si l'acte illicite a été commis de manière volontaire par la personne morale.

144. Le rapport entre l'intention et le résultat de l'infraction. Nonobstant le fait que le résultat fait partie intégrante de l'élément matériel de l'infraction¹³⁹⁸, il est également un « référent » de la définition de l'élément subjectif de l'acte illicite. L'on peut faire une telle assertion puisque « l'élément moral d'une infraction est toujours défini par rapport au résultat incriminé »¹³⁹⁹. Pour cette raison, le résultat va jouer un rôle central dans la caractérisation de l'élément subjectif de l'infraction¹⁴⁰⁰, puisque c'est grâce au comportement intellectuel de l'agent vis-à-vis des conséquences de l'acte illicite que l'on peut faire la distinction entre les infractions intentionnelles et les infractions non-intentionnelles¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁸ Voir *supra* (n° 19).

¹³⁹⁹ V. MALABAT, *Retour sur le résultat de l'infraction*, p. 448.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ Autant en droit pénal français qu'en droit pénal brésilien, il existe plusieurs définitions de résultat de l'infraction : le résultat sociologique (lequel vise l'atteinte à la valeur protégée), le résultat légal (résultat exigé par le texte d'incrimination pour la caractérisation de l'infraction consommée), le résultat matériel (« la conséquence qui découle immédiatement de l'exécution achevée du comportement incriminé ») et le résultat juridique (l'attente effective à la valeur protégée). Dans ce contexte, quand l'on fait référence au résultat de l'infraction, l'on fait référence au résultat matériel et juridique du comportement illicite, lesquels sont, en effet, une sous-distinction de la notion de résultat légal. Voir V. MALABAT, *Retour sur le résultat de l'infraction*, p. 443 et 444.

Si dans les infractions volontaires l'individu a la conscience et la volonté du résultat illicite¹⁴⁰², dans les infractions d'imprudence l'agent peut vouloir son comportement, mais il ne souhaite jamais les conséquences de ce comportement¹⁴⁰³. De ce fait, une des principales différences entre le dol et l'imprudence est l'attitude subjective de l'agent par rapport au résultat illicite¹⁴⁰⁴. Alors que dans les infractions intentionnelles, la volonté de l'agent est tendue vers le résultat de l'infraction, dans les infractions non-intentionnelles la volonté de l'individu est éloignée d'un tel résultat, puisqu'il ne désire pas les conséquences de son acte illicite. Pour cette raison, l'on peut dire que « la frontière entre le dol et l'imprudence » peut être fixée « dans l'engagement de l'individu par rapport à la production du résultat illicite. Tandis que cet engagement existe pour le dol, il n'existe jamais pour l'imprudence »¹⁴⁰⁵.

Toutefois, est-ce qu'un tel raisonnement pourrait être utilisé à propos de l'élément subjectif de l'infraction chez les personnes morales ? Est-ce que l'attitude subjective du groupement vis-à-vis des conséquences de l'acte illicite de son organe ou représentant pourrait nous aider à faire la distinction entre les infractions intentionnelles et non-intentionnelles en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales ?

145. Le rapport entre le résultat de l'infraction, l'intérêt social et le profit. Comme on l'a vu¹⁴⁰⁶, l'intention du groupement va être constatée à travers la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales. Les notions d'intérêt social et de profit sont ainsi des critères objectifs qui ont pour fonction d'identifier la volonté coupable de l'être collectif derrière l'infraction accomplie matériellement par son organe ou représentant. Pour cette raison, dès lors qu'on va analyser les faits qui sont imputés à la personne morale, l'on doit chercher un indice factuel qui puisse démontrer que l'acte illicite est profitable au groupement ou qu'il vise à combler l'intérêt social de celui-ci.

Parfois, l'on peut constater cet indice factuel à travers l'infraction. Dans une telle hypothèse, l'on va observer l'intérêt social ou le profit de la personne morale dans le résultat de l'acte illicite ou dans un événement très proche dans le temps et dans l'espace des conséquences du fait illicite.

¹⁴⁰² X. PIN, *Droit penal général*, p. 174.

¹⁴⁰³ *Idem*, p. 180.

¹⁴⁰⁴ Voir dans le même sens, V. MALABAT, *Retour sur le résultat de l'infraction*, p. 448.

¹⁴⁰⁵ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 450. En outre, l'on peut dire que, en ce qui concerne la distinction entre le dol et l'imprudence, la volonté du résultat est plus importante que la conscience du résultat. En effet, la personne qui réalise une imprudence peut parfois avoir conscience des effets illicites de son comportement, mais elle ne va jamais vouloir de tels effets. Pour cette raison, la volonté du résultat demeure le principal critère pour faire la distinction entre le dol et la faute.

¹⁴⁰⁶ Voir *supra* (n° 141).

Une infraction de corruption active commise par l'être moral dans le but de gagner un appel d'offre public peut nous servir d'exemple¹⁴⁰⁷. Dans cette illustration, on voit très bien le profit que la personne morale peut retirer de l'acte de fonction qui sera réalisé illicitement par l'agent public¹⁴⁰⁸. On peut citer également une infraction de fraude fiscale pour l'illustrer¹⁴⁰⁹. Dans cette hypothèse, le produit ou le résultat de l'acte illicite est nettement profitable au groupement – de sorte qu'on peut rencontrer la donnée objective qui atteste la seconde condition de cette responsabilité dans l'infraction elle-même.

Dans ces situations, lorsque l'on constate un tel indice factuel auprès de l'acte illicite, l'on aura un lien étroit établi entre l'intérêt social, le profit du groupement et le résultat de l'infraction – de sorte qu'on pourra conclure que la volonté de la personne morale est tendue vers les conséquences de l'acte illicite. Si l'indice factuel qui atteste la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement est observé dans le résultat de l'acte illicite ou dans un événement limitrophe de celui-ci, la volonté de la personne morale est elle-aussi circonscrite aux conséquences de l'infraction¹⁴¹⁰. En effet, comme les critères objectifs qui attestent la volonté du groupement se sont placés dans le résultat de l'infraction, on peut conclure que l'être collectif a la volonté de réaliser un tel résultat illicite¹⁴¹¹. C'est pourquoi dans ce cas la personne morale aura l'intention d'accomplir le comportement de son organe ou représentant et de ce fait aboutir aux conséquences de l'infraction – car en raison de la position du profit ou de l'intérêt social dans le contexte de l'infraction, on peut inférer que le résultat de l'acte illicite traduit fidèlement la volonté coupable du groupement. Pour cette raison, dans cette hypothèse on aura une infraction intentionnelle à l'égard de l'être collectif.

¹⁴⁰⁷ L'infraction de corruption active est prévue à l'article 433-1 du Code pénal français et à l'article 333 du Code pénal brésilien.

¹⁴⁰⁸ Il faut dire que la cela ne signifie cependant pas que la personne morale doit effectivement retirer un profit des conséquences de l'acte illicite pour que l'infraction soit consommée. Le profit attendu est déjà suffisant pour caractériser la seconde condition d'une telle responsabilité.

¹⁴⁰⁹ En France, l'infraction de fraude fiscale est prévue à l'article 1741 du Code général des impôts. Au Brésil, elle est prévue à l'article 1 de la loi 8.137/90.

¹⁴¹⁰ « L'on peut donner à cette expression d'abord une signification étroite correspondant à l'idée d'un intérêt que retire la personne morale de l'infraction commise et un telle conception semble adaptée aux infractions intentionnelles reprochées aux personnes morales » J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 50. Toutefois, malgré le fait qu'il réalise une partie du raisonnement ci-dessus exposé, M. MARÉCHAL n'affirme pas que la position de la seconde condition dans le contexte de l'infraction peut nous aider à identifier l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale.

¹⁴¹¹ Dans la majorité de cas, le résultat va être profitable au groupement ou va satisfaire l'intérêt social de la personne morale. Toutefois, on peut penser aussi à des situations où le résultat de l'infraction ne satisfait pas directement l'intérêt social du groupement ou n'est pas directement profitable à la personne morale, mais il a quand même une connexion directe avec l'intérêt social ou le profit du groupement. Il s'agit des situations où le résultat de l'acte dommageable est la conséquence matérielle et immédiate de l'intérêt social ou du profit de la personne morale. Voir par exemple TRF-4, 22 août 2013, AP. CRIM. n° 2005.72.001427-0.

Par conséquent, la place ou la position de l'intérêt social ou du profit du groupement dans le contexte des faits nous permet de déduire la situation de l'intention de la personne morale à l'égard des conséquences de l'acte illicite. Lorsque l'on observe une juxtaposition entre, d'un côté, le critère objectif d'identification de la volonté du groupement (second condition) et, d'un autre côté, le résultat de l'infraction – l'on peut conclure que l'intention de la personne morale est dirigée vers les conséquences illicites du comportement de son organe ou représentant¹⁴¹², raison pour laquelle l'infraction sera intentionnelle.

Autrement formulée, si les notions d'intérêt social et de profit servent à identifier la volonté de la personne morale, lorsque l'on constate ces notions dans le résultat de l'infraction (ou dans un événement proche de celui-ci) – on peut déduire logiquement que le résultat de l'acte illicite reflète la volonté du groupement. De ce fait, sachant que dans les infractions intentionnelles l'agent veut toujours aboutir au résultat de l'acte illicite, on peut conclure que dans une telle hypothèse la personne morale a accompli intentionnellement l'infraction – puisqu'elle a voulu aboutir au résultat de l'acte illicite, lequel est la traduction fidèle de sa volonté coupable.

146. L'application de ce raisonnement par la jurisprudence franco-brésilienne. Il nous semble que ce raisonnement s'harmonise avec la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales par les tribunaux français et brésiliens. À la lecture des arrêts relatifs aux groupements qui ont été condamnés pour des infractions intentionnelles en France et au Brésil, un constat s'impose : dans ces arrêts, la seconde condition peut toujours être constatée dans le résultat de l'infraction imputée au groupement, ou dans un événement très proche de ce résultat¹⁴¹³.

Par conséquent, la jurisprudence franco-brésilienne paraît imputer des infractions volontaires à des êtres moraux généralement quand l'on peut observer que le produit de l'infraction est profitable à la personne morale ou que le résultat de l'acte illicite a été « nécessaire » pour satisfaire un intérêt social du groupement. Tel est le cas d'une infraction de faux, laquelle apporte à la personne morale un profit économique¹⁴¹⁴ ou d'une infraction d'exploitation de la

¹⁴¹² On fait le même raisonnement que pour les personnes physiques, voir *supra* (n° 124), car c'est le comportement des personnes morales vis-à-vis des conséquences de l'acte illicite qui sera responsable pour faire la distinction entre les infractions intentionnelles et non-intentionnelles.

¹⁴¹³ Voir, par exemple, en France : Cour de cass., Ch. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86584. Au Brésil : TRF-4, 8 septembre 2015, AP. CRIM. n° 5002465-42.2011.404.71-19.

¹⁴¹⁴ Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261. Pour une infraction de publicité de nature à induire en erreur, voir : Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-86530. Pour une infraction d'entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé, voir Cour de cass., Ch. crim., 29 janvier 2009, pourvoi n° 07-81674. Pour une infraction de marchandage, voir Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-88309. Pour une infraction de tromperie, voir Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140. Pour une infraction d'exercice illégal de la pharmacie, voir Cour de cass., Ch. crim., 16 octobre 2013, pourvoi n° 03-

carrière de basalte sans autorisation, laquelle a été accomplie pour satisfaire un intérêt social du groupement¹⁴¹⁵.

De ce fait, à partir de l'application de cette responsabilité par les tribunaux en France et au Brésil, l'on peut inférer un synchronisme entre l'élément subjectif de l'infraction et la position de l'intérêt social ou du profit du groupement dans les circonstances de l'acte illicite. De la sorte, les infractions intentionnelles sont imputées par les magistrats aux personnes morales notamment dans les cas où l'indice factuel qui atteste la seconde condition est observé dans le résultat de l'acte illicite ou dans un événement très proche de celui-ci. Pour cette raison, l'on peut dire que la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil semble confirmer le raisonnement susvisé¹⁴¹⁶.

C'est pourquoi, à notre avis, la façon d'apprécier la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales à l'égard des circonstances de l'acte illicite nous aide à mieux identifier le contenu de l'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale. En réalité, la position de l'intérêt social ou du profit du groupement dans le contexte des faits (si dans l'acte illicite lui-même ou si dans l'activité dans le cadre de laquelle l'acte illicite a été réalisé) peut définir si l'infraction a été commise de manière intentionnelle ou non-intentionnelle par la personne morale. Donc, c'est à travers l'emplacement de la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement dans le contexte du fait illicite que l'on va faire la distinction entre le dol et l'imprudence en ce qui concerne les personnes morales. Lorsque l'intérêt social ou le profit de la personne morale est lié au résultat de l'infraction ou à un événement très proche de celui-ci, on peut dire que l'acte illicite a été accompli volontairement par le groupement – car les conséquences de l'infraction traduisent l'intention coupable de l'être moral.

Quoi qu'il en soit, quand on établit la liste des infractions imputables aux personnes morales en France et au Brésil, on s'aperçoit qu'elle contient à la fois des infractions intentionnelles et des infractions non-intentionnelles¹⁴¹⁷. Pour cette raison, la question qui se pose est celle de savoir comment identifier un acte illicite involontaire à travers la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale (**SOUS-SECTION II**) ?

83910. Pour une infraction de recours aux services d'un entrepreneur clandestin, voir Cour de cass., Ch. crim., 7 juillet 1998, pourvoi n° 97-81273. Pour une infraction de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé, voir Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2002, pourvoi n° 01-81114.

¹⁴¹⁵ TRF-4, 27 janvier 2016, AP. CRIM. n° 5000604-34.2014.404.71-13.

¹⁴¹⁶ Comme l'on verra *infra* (n° 148), les décisions qui ont pour objet des infractions non-intentionnelles imputées aux personnes morales confirment un tel raisonnement.

¹⁴¹⁷ Au Brésil, la loi 9.605/98 prévoit onze infractions non-intentionnelles qui peuvent être imputées à l'encontre de la personne morale.

Sous-section II – Un critère pour identifier l'imprudence chez la personne morale

La seconde condition de la responsabilité pénale des groupements est un critère objectif qui nous aide encore à identifier l'élément subjectif d'une infraction non-intentionnelle à l'égard de la personne morale. Pour cette raison, en France et au Brésil, l'exigence d'une infraction commise pour le compte du groupement a également une utilité en ce qui concerne le mouvement d'adaptation de la faute d'imprudence envers les être moraux (§1). Un mouvement d'adaptation qui n'a cependant pas été effectué de la même manière en France et au Brésil, puisque le législateur français, contrairement au législateur brésilien, a institué différents régimes concernant la répression d'une faute d'imprudence accomplie par le groupement (§2).

§1) Infractions non-intentionnelles : le contexte de l'acte illicite comme siège de l'intérêt social ou du profit

147. L'imprudence et l'absence de volonté du résultat de l'infraction. Comme l'on a étudié¹⁴¹⁸, dans les infractions involontaires l'agent qui réalise l'acte illicite n'a jamais la volonté d'aboutir au résultat de l'infraction. La personne souhaite réaliser son comportement¹⁴¹⁹, mais elle ne désire pas que son action ou son omission engendre des conséquences dommageables à la valeur protégée¹⁴²⁰. Pour cette raison, l'on peut dire que dans l'imprudence la volonté de l'individu est plus éloignée du résultat de l'infraction – de sorte qu'un tel résultat ne va pas traduire la volonté coupable de la personne qui a accompli l'acte illicite¹⁴²¹.

Dans ce contexte, on peut se demander si un tel raisonnement peut être utilisé concernant les personnes morales. Si on ne rencontre pas l'intérêt social ou le profit du groupement dans le résultat de l'infraction ou dans un événement très proche de celui-ci, est-ce qu'on peut dire que la volonté de la personne morale est plus éloignée des conséquences de l'acte illicite, raison pour laquelle le groupement a accompli involontairement l'infraction ?

On propose une telle interrogation car parfois on n'arrive pas à constater l'indice factuel qui atteste l'existence de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale dans l'infraction elle-même. Dans cette hypothèse, le résultat de l'acte illicite et les événements

¹⁴¹⁸ Voir *supra* (n° 125).

¹⁴¹⁹ Notamment dans le cas d'une imprudence consciente, car dans le cas d'une imprudence inconsciente on peut penser que l'agent peut parfois ne pas souhaiter réaliser son comportement avec toutes les circonstances qui lui sont liées.

¹⁴²⁰ Dans le même sens, voir : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 424 et s. ; et X. PIN, *Droit pénal général*, p. 180.

¹⁴²¹ V. MALABAT, *Retour sur le résultat de l'infraction*, p. 448.

proches de celui-ci ne sont pas profitables au groupement et ne servent pas à accomplir l'intérêt social de la personne morale. C'est le cas, par exemple, de l'homicide d'un salarié de l'entreprise consécutif à un défaut de surveillance de l'organe ou représentant de la personne morale, lors de l'exécution d'une activité développée par l'être moral pour assurer l'accomplissement de ses finalités. Dans cette illustration, on n'arrive pas à constater la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements dans le résultat de l'infraction. La personne morale n'a aucun intérêt social dans le décès de son salarié et elle ne retire aucun profit, économique ou moral, d'un tel événement.

Cependant, si dans cette hypothèse on prête attention au contexte dans lequel l'infraction a été commise, on se rendra compte que l'intérêt social ou le profit de la personne morale existe non pas dans l'acte illicite lui-même, mais il existe dans l'activité dans laquelle s'insère l'infraction. La personne morale ne retire aucun profit de la mort de son salarié, mais l'activité que ce salarié réalisait au moment de son décès était profitable ou intéressait au groupement. De ce fait, on peut dire que quelques fois on va rencontrer l'indice factuel qui atteste le profit ou l'intérêt social de la personne morale non pas dans le résultat de l'acte illicite, mais dans « l'activité à l'occasion de laquelle est commise l'infraction »¹⁴²².

Dans cette hypothèse, les indices objectifs qui servent à observer la seconde condition de cette responsabilité ne seront pas constatés dans les conséquences de l'acte illicite, comme dans le cas d'une infraction intentionnelle¹⁴²³, mais ils seront constatés dans un événement qui est loin du résultat infractionnel. Par conséquent, on ne rencontre pas dans ce cas un lien étroit entre les conséquences de l'acte illicite, l'intérêt social et le profit de la personne morale – de sorte que le résultat de l'infraction ne va pas traduire fidèlement l'intention coupable du groupement. Cette assertion est possible car dans cette hypothèse les critères objectifs qui attestent la volonté de la personne morale (l'intérêt social et le profit) ne sont pas circonscrits aux conséquences de l'acte illicite, comme dans les infractions intentionnelles, mais ils sont localisés dans un endroit qui est éloigné dans le temps et dans l'espace de ce résultat (l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise). Pour cette raison, face à l'emplacement de la seconde condition dans le contexte de faits, on peut dire que la volonté du groupement ne sera pas non plus circonscrite au résultat de l'infraction, mais elle sera également éloignée des conséquences de l'acte illicite, raison pour laquelle la personne morale accomplira de manière involontaire son comportement.

¹⁴²² J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93. Dans le même sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 714.

¹⁴²³ Voir *supra* (n° 145).

Ainsi, à cause de l'emplacement de la seconde condition dans le contexte des faits, on peut conclure que parfois l'intention criminelle du groupement ne sera pas dirigée vers l'accomplissement des conséquences de l'acte illicite. Dans une telle hypothèse, l'on n'aura pas une juxtaposition entre, d'un côté, le critère objectif d'identification de la volonté de la personne morale (l'intérêt social ou le profit) et, d'un autre côté, le résultat de l'infraction – pour cette raison on pourra déduire que dans ce cas la volonté du groupement ne sera pas tendue vers les conséquences de l'acte illicite. Cette volonté existera concernant l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise ou concernant le comportement de l'organe ou représentant¹⁴²⁴, mais elle n'existera point concernant le résultat de l'acte illicite, puisque l'on ne va pas rencontrer le profit ou l'intérêt social de la personne morale à l'égard des conséquences de l'infraction¹⁴²⁵.

Pour cette raison, lorsque l'indice factuel qui atteste la seconde condition est placé plutôt dans l'activité dans le cadre de laquelle l'acte illicite a été commis et non pas dans le résultat de l'infraction, la personne morale accomplira involontairement son acte illicite. Comme les critères objectifs qui attestent la volonté du groupement se sont placés dans l'activité dans laquelle s'insère l'infraction, on peut déduire que la personne morale a la volonté de réaliser cette activité. Toutefois, étant donné que l'emplacement de ces critères est loin des conséquences de l'acte illicite, on peut également déduire que le résultat de l'infraction n'a pas été voulu par le groupement. Ainsi, dans une telle hypothèse, l'intention de la personne morale est tendue vers le comportement illicite, mais elle n'est pas tendue vers les conséquences de l'infraction, c'est pourquoi l'on aura une infraction involontaire et non pas une infraction intentionnelle à l'égard du groupement¹⁴²⁶. L'être collectif veut réaliser le comportement illicite de son organe ou représentant, mais il ne souhaite pas les conséquences de ce comportement.

Par conséquent, également pour les infractions involontaires, la façon d'apprécier la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements à l'égard des circonstances de l'acte illicite nous aide à mieux identifier le contenu de l'élément subjectif de l'infraction par rapport

¹⁴²⁴ Par exemple, on peut penser que dans l'exemple cité le défaut de surveillance s'explique par la politique de compression des coûts menés dans l'entreprise. Dans ce cas, la personne morale retire un profit économique de par le comportement fautif de son organe ou représentant. Pour cette raison, sa volonté existera à l'égard de ce comportement, mais elle n'existera pas à l'égard du résultat de ce comportement.

¹⁴²⁵ Pour cette raison, on va caractériser les infractions non-intentionnelles concernant les personnes morales de la même manière qu'on le fait pour les personnes physiques. À partir d'une analyse des faits qui sont imputés à l'égard du groupement, on va conclure sur le fait de savoir si la personne morale a commis ou non une faute d'imprudence. Dans cette analyse, la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale sera à l'origine de la caractérisation de l'élément subjectif de l'infraction involontaire à l'encontre de l'être collectif.

¹⁴²⁶ Le raisonnement utilisé concernant les personnes physiques et les infractions involontaires peut donc être également utilisé à l'égard des personnes morales, puisque le rapport entre la volonté de l'agent et le résultat de l'infraction non-intentionnelle sera le même en ce qui concerne les groupements.

à la personne morale. On peut dire ainsi que la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements a une double fonction, car elle sert à caractériser vis-à-vis de l'être collectif autant les infractions intentionnelles que les infractions non-intentionnelles¹⁴²⁷. Tout va dépendre de la position de l'intérêt social ou du profit de la personne morale dans le contexte de l'infraction.

Lorsque l'on rencontre l'intérêt social ou le profit du groupement dans le résultat ou dans le produit de l'infraction, on peut conclure que la volonté coupable de la personne morale est dirigée vers les conséquences de l'acte illicite, raison pour laquelle l'infraction sera intentionnelle¹⁴²⁸. Toutefois, quand les critères objectifs d'identification de la volonté de l'être collectif sont placés dans l'activité dans laquelle s'insère l'acte illicite et non pas dans le résultat de l'infraction lui-même, l'on peut en déduire que les conséquences de l'acte illicite ne traduisent pas la volonté de la personne morale, raison pour laquelle la volonté coupable du groupement ne sera pas dirigée vers le résultat de l'infraction et l'acte illicite sera involontaire.

148. L'application de ce raisonnement par la jurisprudence franco-brésilienne. Une fois de plus¹⁴²⁹, la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales par les tribunaux français et brésiliens semble confirmer ce raisonnement. À la lecture des arrêts relatifs aux personnes morales qui ont été condamnées pour des infractions non-intentionnelles en France et au Brésil¹⁴³⁰, on s'aperçoit que dans ces décisions la seconde condition peut toujours être constatée dans l'activité dans laquelle s'insère l'infraction ou dans le comportement de l'organe ou représentant. Toutefois, dans ces arrêts, l'intérêt social ou le profit du groupement n'existent jamais à l'égard des conséquences de l'infraction. C'est pourquoi on peut inférer à nouveau un synchronisme entre l'élément subjectif de l'infraction et la position de l'intérêt social ou du profit du groupement dans les circonstances de l'acte illicite, de sorte que les infractions non-intentionnelles sont attribuées

¹⁴²⁷ Dans le même sens, mais avec un raisonnement différent, voir M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale*, p. 303. Pour cette raison, l'on doit interpréter cette condition comme un critère objectif pour identifier l'élément subjectif de l'infraction concernant la personne morale et non pas comme un dol spécial exigé par le droit pénal pour la qualification de l'acte illicite à l'égard du groupement. Seule la première interprétation permet de concilier l'utilité de la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement avec les infractions intentionnelles et non-intentionnelles.

¹⁴²⁸ Voir *supra* (n° 145).

¹⁴²⁹ Voir *supra* (n° 146).

¹⁴³⁰ Concernant le droit pénal français, voir par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560 ; Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255 ; Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805 ; Cour de cass., Ch. crim., 29 septembre 2009, pourvoi n° 09-80254 ; Cour de cass., Ch. crim., 16 février 2010, pourvoi n° 09-83991 ; Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543 ; Cour de cass., Ch. crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-86429 ; Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-82148 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84660 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84499 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917 ; et Cour de cass., Ch. crim., 25 mars 2014, pourvoi n° 13-80376. Concernant le droit pénal brésilien, voir JFSC, 30 juillet 2010, AP n° 5000915-52.2010.404.7214.

par les magistrats aux personnes morales notamment dans les cas où l'indice factuel qui atteste la seconde condition est observé dans l'activité dans le cadre de laquelle a été commise l'infraction et non pas dans le résultat de l'acte illicite¹⁴³¹. Ainsi, l'on peut dire que la jurisprudence franco-brésilienne confirme une fois de plus le fait que la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement sert à caractériser autant les infractions intentionnelles que les infractions non-intentionnelles à l'égard des personnes morales, tout va dépendre de la position de cette condition dans le contexte de faits illicites.

149. L'adaptation de l'élément subjectif à l'égard de la personne morale. Somme toute, à travers l'utilité de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements, on peut comprendre le rôle que cette condition peut jouer sur le mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard de la personne morale. Ce mouvement d'adaptation se déroule en deux phases.

Tout d'abord, la première phase a été marquée par l'abandon d'une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction¹⁴³². Grâce à l'idée d'un dol et d'une imprudence de nature juridique, la nature de l'élément subjectif de l'infraction n'est plus incompatible avec la nature désincarnée des personnes morales¹⁴³³. L'intention criminelle existe non pas dans l'appareil psychique de l'agent, mais dans le comportement illicite qui a été accompli par l'individu. De ce fait, la personne morale est elle-aussi capable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction, puisque par le biais des actions ou des omissions de ses organes ou représentants elle peut accomplir un comportement illicite au travers duquel on pourra constater son intention criminelle¹⁴³⁴.

Ensuite, la seconde phase de ce mouvement a été réalisée avec la mise en place de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale. En effet, cette condition est un critère objectif qui a pour utilité d'identifier la volonté coupable du groupement dans l'acte

¹⁴³¹ En outre, cette perspective ne réduit pas le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales aux seules infractions profitables aux groupements. Même si le résultat de l'acte illicite est préjudiciable à l'être moral, le groupement peut être responsable de l'infraction dès lors qu'on constate l'intérêt social ou le profit du groupement dans l'activité à l'occasion de laquelle a été commise l'acte illicite. Dans le même sens, voir J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 93. Sur les risques de cette réduction du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴³² Voir *supra* (n° 130 et s.).

¹⁴³³ Dans le même sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴³⁴ M. MARÉCHAL ne réalise pas le même raisonnement, mais il est d'accord pour dire qu'on peut déduire la faute de la personne morale des faits. Voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes*, p. 22. Dans le même sens, Mme. GEEROMS souligne qu'on doit rechercher l'élément moral de l'infraction de la personne morale auprès des actes matériels qui ont été commis par son organe ou représentant. Voir S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 552.

illicite accompli matériellement par ses organes ou représentants¹⁴³⁵. En outre, elle sert à caractériser autant les infractions intentionnelles que les infractions non-intentionnelles auprès des personnes morales. Pour cette raison, la seconde condition de cette responsabilité achève ce mouvement d'adaptation en deux phases du droit pénal à l'égard des êtres collectifs, en nous permettant d'identifier le dol et l'imprudence de la personne morale derrière le comportement de ses organes ou représentants.

En raison de ce mouvement d'adaptation, l'élément subjectif de l'infraction a été finalement harmonisé avec la nature désincarnée des groupements – de sorte que la subjectivité criminelle de la personne morale peut dorénavant être appréhendée par le droit pénal. L'être collectif est capable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction et, en outre, on a un critère objectif pour identifier le dol et l'imprudence de la personne morale derrière l'acte de son organe ou représentant¹⁴³⁶. Pour cette raison, on peut dire qu'en France et au Brésil la responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité subjective, laquelle respecte le principe de culpabilité¹⁴³⁷.

Si on comprend l'utilité de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale dans le cadre de ce mouvement d'adaptation, peut-être pouvons nous avoir une interprétation différente concernant l'évolution de la jurisprudence franco-brésilienne sur le thème. Tout d'abord, à propos de l'exigence de l'identification de la personne physique agissant ès qualité. Ensuite, en ce qui concerne l'utilisation d'un raisonnement par déduction par la Cour de cassation en France. Finalement, à propos de l'importance que la seconde condition a gagné au sein de la jurisprudence française ces derniers temps.

¹⁴³⁵ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 21.

¹⁴³⁶ Dans le même sens, voir A. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 159.

¹⁴³⁷ « Aussi bien, pour nous, les choses sont-elles claires, la responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité traditionnelle fondée sur la faute, même si les particularités de la délinquante appellent certains aménagements » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 26. « Il ne fait pas de doute que l'intention soit requise même pour une personne morale (...) c'est indispensable si l'on veut pouvoir expliquer la responsabilité pénale des personnes morales en respectant les aspirations des rédacteurs du Code pénal, mais cela l'est également pour éviter une répression trop automatique des personnes morales » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 267 et 281. En France et au Brésil, cette idée rapproche encore plus la responsabilité pénale des groupements du modèle identificatoire, dans le cadre duquel la responsabilité des personnes morales est une responsabilité subjective et non pas objective.

150. L'évolution de la jurisprudence franco-brésilienne à l'aune de ce mouvement d'adaptation.

Comme on l'a vu, dans un premier temps la jurisprudence en France¹⁴³⁸ et au Brésil¹⁴³⁹ exigeait l'identification de la personne physique derrière l'écran de la personne morale pour pouvoir établir la culpabilité du groupement. Une telle exigence existait dans le cadre de la condition du fait de l'organe ou représentant et elle était nécessaire pour qu'on puisse caractériser le dol ou l'imprudence à l'encontre du groupement. De ce fait, on peut dire que dans un premier temps la Cour de cassation, le Superior Tribunal de Justiça et le Supremo Tribunal Federal avaient tendance à associer l'élément subjectif de l'infraction à la première condition de la responsabilité pénale des groupements.

Cependant, dans un second temps, la jurisprudence franco-brésilienne a évolué et elle n'exigeait plus l'identification de la personne physique derrière l'écran du groupement pour qu'on puisse caractériser l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de la personne morale¹⁴⁴⁰. Le groupement pouvait désormais être condamné pour une infraction intentionnelle ou non-intentionnelle, sans que soit nécessaire l'identification de la personne physique organe ou représentant qui a accompli matériellement l'acte illicite.

Parmi les multiples interprétations que nous pouvons faire d'une telle évolution jurisprudentielle¹⁴⁴¹, on peut la déchiffrer à l'aune de l'utilité de la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements dans le cadre de ce mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales. Dès lors que l'on a conscience de cette utilité, on peut comprendre pourquoi les tribunaux français et brésiliens ont accepté que les juges du fond caractérisent l'élément subjectif de l'infraction à l'égard du groupement sans passer par l'identification de la personne physique agissant *ès qualité*. Comme l'intention coupable de la personne morale est caractérisée par le biais de la seconde condition et non pas par le biais de la première, on peut démontrer l'élément subjectif de l'infraction à l'égard de l'être moral sans

¹⁴³⁸ Selon un arrêt du 2 décembre 1997 (Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848), les juges du fond pour « caractériser à l'encontre d'une société l'élément intentionnel du délit d'usage de fausses attestations » devaient identifier la personne physique derrière l'écran du groupement pour « rechercher si le directeur général, organe de la société, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations ». En d'autres termes, l'identification de la personne physique agissant *ès qualité* était nécessaire pour qu'on puisse caractériser l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de la personne morale. Voir *supra* (n° 45).

¹⁴³⁹ Plusieurs arrêts du Superior Tribunal de Justiça énonçaient clairement que l'identification de la personne physique était nécessaire pour qu'on puisse démontrer l'élément subjectif de l'infraction accomplie par l'organe ou le représentant de la personne morale. Voir, par exemple : STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960 ; STJ, 29 juin 2006, RMS n° 20.601 ; et STJ, 17 avril 2007, RESP n° 889.528. Sur l'exigence d'identification de la personne physique agissant *ès qualité* concernant le droit brésilien, voir *supra* (n° 48).

¹⁴⁴⁰ Concernant cette évolution jurisprudentielle dans le cadre du droit français, voir *supra* (n° 70). Concernant le droit brésilien, voir *supra* (n° 75).

¹⁴⁴¹ À propos de l'interprétation de cette évolution à l'égard du caractère direct de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil, voir *supra* (n° 77).

identifier la personne physique derrière le groupement et, de ce fait, sans associer cet élément de l'infraction à la première condition de cette responsabilité. Étant donné qu'on a un critère objectif pour constater l'intention de la personne morale dans le comportement de son organe ou représentant, il n'est guère nécessaire que l'on identifie la personne physique derrière l'écran du groupement pour que l'on puisse caractériser le dol ou l'imprudence à l'encontre de l'être collectif¹⁴⁴².

Par conséquent, on peut dire que l'utilité de la seconde condition dans le cadre de ce mouvement d'adaptation explique une telle évolution jurisprudentielle en France et au Brésil sous un nouvel angle. L'exigence d'identification de la personne physique agissant *ès qualité* n'est plus nécessaire pour déclarer le groupement coupable d'un acte illicite, puisqu'on peut caractériser l'élément subjectif de l'infraction à l'égard de l'être moral par le biais de la seconde condition de cette responsabilité, au lieu de le faire par le biais de la première condition.

Ensuite, l'utilité de la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement nous aide à attribuer une nouvelle interprétation à la jurisprudence de la Cour de cassation française qui utilise un raisonnement par déduction concernant le fait de l'organe ou du représentant de la personne morale¹⁴⁴³.

Comme on l'a vu, depuis 2006, la Cour de cassation utilise un raisonnement par déduction pour conclure à l'implication de l'organe ou représentant dans l'acte illicite (1^{ère} condition). Pendant un moment, certains auteurs ont fait remarquer que ce raisonnement ne serait pas possible concernant les infractions intentionnelles¹⁴⁴⁴. En réalité, l'utilisation d'une telle jurisprudence

¹⁴⁴² Cette assertion est possible puisque dans les arrêts franco-brésiliens dans lesquels n'a pas été identifiée la personne physique agissant *ès qualité*, on constate très facilement que l'acte illicite a été réalisé pour le compte du groupement. Donc, on peut penser que dans ces arrêts l'élément subjectif de l'infraction de la personne morale a été caractérisé non pas à travers l'identification de la personne physique agissant *ès qualité*, mais par le biais de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale. Concernant le droit français, voir par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255 ; Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821 ; Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-88309 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140 ; Cour de cass., Ch. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86584 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917. Concernant le droit brésilien, voir : STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181 ; et STJ, 13 août 2015, RMS n° 39.173.

¹⁴⁴³ Voir *supra* (n° 117).

¹⁴⁴⁴ Voir dans ce sens, L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12 et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation*, p. 9. Pour le premier auteur, l'intention coupable du groupement devrait être associée à la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales et non pas à la seconde. De ce fait, l'identification abstraite de l'organe ou du représentant serait nécessaire puisqu'il serait « dans leur chef qu'il conviendrait de vérifier la présence de l'élément moral de l'infraction ». Pour cette raison, l'utilisation de ce raisonnement par déduction concernant les actes illicites volontaires résulterait d'une « présomption » de l'élément subjectif de l'infraction vis-à-vis des personnes morales. Il faut dire qu'en France, certains auteurs, par exemple M. SAENKO, ont associé l'élément subjectif de l'infraction à la condition relative aux organes et représentants, tandis que d'autres auteurs, notamment M. PLANQUE et Mme. CARTIER, ont associé l'élément subjectif de l'infraction à la condition de commission de l'infraction pour le compte de la personne morale.

relative aux actes illicites volontaires impliquerait une « présomption » de l'élément subjectif de l'infraction vis-à-vis de la personne morale¹⁴⁴⁵.

Toutefois, contrairement à la position de ces auteurs, la Chambre criminelle procéda à l'extension de cette jurisprudence aux infractions intentionnelles, notamment dans un arrêt du 25 juin 2008¹⁴⁴⁶. Face à une telle extension, on pouvait penser initialement qu'en raison de cette jurisprudence la Cour de cassation présumerait effectivement l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de la personne morale¹⁴⁴⁷. Pourtant, en ayant conscience de l'utilité de la seconde condition, on peut avoir à présent une deuxième interprétation de cette jurisprudence. En sachant que l'élément subjectif de l'infraction doit être associé à la seconde condition de la responsabilité pénale des personnes morales, on peut penser que dans le cadre d'une telle jurisprudence la Chambre criminelle ne présume guère l'intention coupable du groupement. En effet, en ce qui concerne la personne morale, la Cour de cassation va inférer l'élément subjectif de l'infraction au travers de l'intérêt social ou du profit du groupement dans l'acte illicite et non pas par le biais de la condition du fait de l'organe ou représentant¹⁴⁴⁸. Pour cette raison, on peut utiliser ce raisonnement par déduction autant pour les actes illicites non-intentionnels, que pour les actes illicites intentionnels, car l'élément subjectif de l'infraction ne sera pas caractérisé à l'encontre du groupement par le biais de la première condition, mais il le sera par le biais de la seconde condition¹⁴⁴⁹. L'utilisation de ce raisonnement par déduction concernant les infractions volontaires n'est ainsi pas une présomption de la culpabilité de la personne morale, justement parce qu'on va déduire le dol et l'imprudence du groupement au travers de son profit et de son intérêt social dans l'infraction et non pas au travers de la première condition de la responsabilité pénale des groupements.

Finalement, encore à l'aune de l'utilité de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale dans le cadre de ce mouvement d'adaptation, on peut comprendre pourquoi une telle condition a gagné autant d'importance au sein de la jurisprudence française ces

¹⁴⁴⁵ On fait ici référence notamment à M. SAENKO, voir L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁴⁶ Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261.

¹⁴⁴⁷ Dans ce sens, voir L. SAENKO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁴⁸ Cette assertion est possible car dans la totalité des arrêts de la Chambre criminelle dans lesquels elle utilise ce raisonnement, on constate très facilement que l'acte illicite a été réalisé pour le compte du groupement. Voir par exemple : Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255 ; Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821 ; Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-88309 ; Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140 ; Cour de cass., Ch. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86584 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917.

¹⁴⁴⁹ Il est vrai que les arrêts de la Cour de cassation ne réalisent pas explicitement un tel raisonnement. Cependant, la jurisprudence de la Chambre criminelle est conciliable avec cette inférence. En d'autres termes, cette déduction est compatible avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les personnes morales.

dernières années¹⁴⁵⁰. La mise en valeur de la seconde condition par la Cour de cassation est justifiée par le fait que cette condition assure en dernier ressort une responsabilité pénale subjective des personnes morales, laquelle respecte le principe de culpabilité. De ce fait, en ayant conscience du rôle joué par cette condition dans le mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des personnes morales, on comprend finalement la volonté de la Chambre criminelle de mettre en lumière la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement, en lui donnant sa portée réelle.

L'évolution de la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil épouse peut-être le même chemin que celui qui a été parcouru par la progression du droit pénal en ce qui concerne les personnes physiques. Une évolution dans le sens de « modèle la répression le plus exactement possible sur la culpabilité de l'agent »¹⁴⁵¹, à travers une « spiritualisation » de la responsabilité pénale. Pour cette raison, au fur et à mesure la seconde condition gagne progressivement plus d'importance au sein de la jurisprudence¹⁴⁵², de la même manière que l'élément subjectif de l'infraction a gagné graduellement plus d'importance au sein du droit pénal en ce qui concerne la personne physique¹⁴⁵³.

Quoi qu'il en soit, l'adaptation de l'élément subjectif des infractions non-intentionnelles à l'égard de la personne morale n'a pas été effectuée rigoureusement de la même manière en France et au Brésil. Cette affirmation est possible car dans l'Hexagone le législateur a prévu un régime spécial concernant la répression d'une faute d'imprudence accomplie par le groupement (§2).

§2) France et Brésil : des différents régimes en ce qui concerne l'imprudence

151. L'intensité du rôle causal et la gravité de la faute. Comme on l'a vu, autant en France qu'au Brésil la personne morale peut se rendre coupable d'une infraction non-intentionnelle. Néanmoins, le législateur français par le biais de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a créé un régime spécial concernant les infractions d'imprudence et la responsabilité pénale des groupements. Un régime

¹⁴⁵⁰ Voir *supra* (n° 119).

¹⁴⁵¹ A. MESTRE, thèse préc., p. 234. On utilise toujours l'expression « culpabilité » en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction et non pas en ce qui concerne un jugement de reproche à l'encontre de la personne qui a commis un acte illicite (imputabilité).

¹⁴⁵² Il est vrai que l'on peut fournir d'autres interprétations quant à l'évolution de la jurisprudence franco-brésilienne concernant le thème. Cependant, dès lors que l'on a conscience de l'utilité de la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale dans le cadre du mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements, ces interprétations semblent être justifiées à l'aune de ce mouvement d'adaptation.

¹⁴⁵³ Voir *supra* (n° 121).

fondé sur l'intensité du rôle causal et sur la gravité de la faute¹⁴⁵⁴, lequel ne se rencontre pas dans le droit pénal brésilien.

Dans le cadre de ce régime, l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal français prévoit que le lien de causalité entre le comportement imprudent et le résultat de l'infraction peut être, tout d'abord, direct. Nonobstant l'absence de définition légale¹⁴⁵⁵, on peut dire que la causalité directe existe lorsque le comportement fautif est « un paramètre déterminant » pour le résultat illicite¹⁴⁵⁶. Dans cette hypothèse, la négligence, l'imprudence ou le manquement de l'agent a une « relation directe et certaine » avec les conséquences de l'acte illicite, de sorte que l'on rencontre un « lien de proximité » entre l'action ou l'omission de l'individu et le résultat dommageable¹⁴⁵⁷. En raison de cette causalité étroite, le législateur français n'exige pas une faute dense pour établir la culpabilité de l'agent. Pour cette raison, lorsqu'on rencontre un lien de causalité direct entre le comportement fautif et le résultat dommageable, une faute simple suffit à rendre l'individu coupable de l'infraction¹⁴⁵⁸. En d'autres termes, si l'imprudence reprochée est la « cause déterminante » de l'atteinte à la valeur protégée, il suffit qu'elle soit une faute pénale ordinaire pour qu'on puisse caractériser l'acte illicite à l'encontre de l'agent.

Toutefois, si le lien de causalité entre le comportement fautif et le résultat de l'infraction est indirect, on va avoir besoin d'une faute plus dense pour établir la culpabilité de l'individu¹⁴⁵⁹. Une telle condition est établie à l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français, laquelle prévoit deux hypothèses de causalité indirecte¹⁴⁶⁰. En premier lieu, celle dans laquelle la personne est « l'auteur indirect » de l'infraction, car elle a accompli une action qui a « créé ou a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ». En second lieu, celle dans laquelle la personne physique est « l'auteur médiate » de l'acte illicite, car elle a été négligente et « n'a pas pris les mesures permettant » d'éviter le dommage¹⁴⁶¹. Dans ces hypothèses de causalité indirecte, le législateur

¹⁴⁵⁴ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28.

¹⁴⁵⁵ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 190.

¹⁴⁵⁶ Y. MAYAUD, La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant », *in RSC*, 2002, p. 100. Dans le même sens, voir D. COMMARET, La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation, *in Gaz. Pal.*, 12-13 avril, 2002, p. 4.

¹⁴⁵⁷ Dans ce sens, voir les arrêts suivants de la Cour de cassation : Cour de cass., Ch. crim., 25 septembre 2001, pourvoi n° 01-80100 ; Cour de cass., Ch. crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 01-81227 ; et Cour de cass., Ch. crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 01-81030.

¹⁴⁵⁸ En ce qui concerne la définition de faute simple voir *supra* (n° 125).

¹⁴⁵⁹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴⁶⁰ La causalité indirecte « n'intervient que comme une donnée préalable ou complémentaire, par laquelle le dommage est seulement favorisé ou facilité, mais sans aller jusqu'à en assurer, voire en garantir la réalisation » Y. MAYAUD, *La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant »*, p. 101.

¹⁴⁶¹ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 182. Pour une définition d'auteur médiate et d'auteur indirect, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 191.

exige pour la responsabilité pénale de l'individu une faute pénale plus dense, laquelle peut être une faute délibérée ou une faute caractérisée¹⁴⁶².

Toujours est-il que cette logique de la réforme du 10 juillet 2000, laquelle « repose sur l'intensité du rôle causal et sur la gravité de la faute »¹⁴⁶³, ne fonctionne pas de la même façon à l'égard des personnes physiques et des personnes morales¹⁴⁶⁴. Tandis que pour les personnes physiques on a besoin d'une faute qualifiée pour caractériser une infraction d'imprudence lorsque le lien de causalité est indirect, pour les groupements une faute simple suffit pour les rendre coupables d'un acte illicite qui a causé indirectement le dommage¹⁴⁶⁵. En d'autres termes, contrairement à ce qu'il se passe avec les personnes physiques, la causalité indirecte n'a pas besoin d'être compensée par une faute plus dense en ce qui concerne les personnes morales¹⁴⁶⁶. Ainsi, le groupement peut être coupable d'une imprudence qui a causé indirectement le résultat illicite, même lorsque cette imprudence n'est ni une faute délibérée, ni une faute caractérisée¹⁴⁶⁷.

De ce fait, on peut dire que le législateur français a établi un régime spécial en ce qui concerne les infractions involontaires qui ont été accomplies par les personnes morales, de sorte que les fautes non-intentionnelles sont imputées différemment aux personnes physiques et aux personnes morales en France. Tandis qu'il est possible d'engager la responsabilité d'un groupement pour une infraction d'imprudence simple qui a causé indirectement le dommage, il n'est pas possible d'engager la responsabilité de la personne physique organe ou représentant pour une telle infraction. Pour cette raison, le régime qui concerne les infractions involontaires accomplies par la personne morale n'est pas le même que celui qui concerne les fautes non-intentionnelles

¹⁴⁶² Concernant la définition de la faute délibérée et de la faute caractérisée, voir *supra* (n° 125). Pour cette raison, certains ont souligné le fait qu'avant cette loi, l'on appliquait la théorie de « l'équivalence des conditions » concernant les infractions non-intentionnelles. Tandis qu'après la loi du 10 juillet 2000, le législateur français a consacré la théorie de la « causalité adéquate » pour les infractions d'imprudence, notamment en ce qui concerne les personnes physiques. Dans ce sens, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 189 et 190.

¹⁴⁶³ P. CONTE, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴⁶⁴ Pour cette raison, l'alinéa 4 de l'article 121-3 ne fait référence qu'aux personnes physiques. En outre, cette solution est exprimée dans l'article 121-2 du Code pénal, selon lequel la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ». Dans le même sens, voir G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 542.

¹⁴⁶⁵ Voir dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 84.

¹⁴⁶⁶ « Pour les personnes morales, il n'y a donc pas lieu de distinguer selon que la faute est la cause directe ou indirecte du dommage. Toute imprudence, toute négligence, tout manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement est susceptible d'engager la responsabilité pénale de la personne morale, même si cette faute n'a causé qu'indirectement le dommage » H. RENOUT, *op. cit.*, p. 188.

¹⁴⁶⁷ « Attendu qu'il résulte des articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal, tant dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 juillet 2000 que dans celle issue de cette loi, que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée » Cour de cass., Ch. crim., 24 octobre 2000, pourvoi n° 00-80378. Dans le même sens, voir aussi : Cour de cass., Ch. crim., 4 décembre 2007, pourvoi n° 2007-042285 ; et Cour de cass., Ch. crim., 28 avril 2009, pourvoi n° 2009-049213.

accomplies par la personne physique agissant ès qualité¹⁴⁶⁸, puisque l'on sera moins exigeant en ce qui concerne la densité de la faute pour engager la responsabilité pénale des groupements. Face à cette inégalité de régime, des auteurs en France ont créé plusieurs théories pour essayer d'expliquer et justifier une telle situation¹⁴⁶⁹.

152. Plusieurs théories pour expliquer ce régime. Dans le but de justifier ce régime d'imputation selon lequel une même faute d'imprudence peut être source de culpabilité pour les personnes morales, mais ne peut pas l'être pour les personnes physiques¹⁴⁷⁰ – la doctrine a conçu deux théories.

Tout d'abord, certains¹⁴⁷¹ ont considéré que l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal prévoirait une cause subjective d'irresponsabilité pénale en faveur des personnes physiques, laquelle n'aurait pas d'effets en ce qui concerne les groupements. Par conséquent, en raison de cette cause subjective d'irresponsabilité, la faute simple accomplie par l'organe ou le représentant de la personne morale ne serait pas imputable à l'encontre de la personne physique agissant ès qualité. Cependant, comme les causes de non-imputabilité opèrent *in personam* et non pas *in rem* – l'infraction subsisterait à l'égard de la personne morale, laquelle ne profiterait pas d'une telle cause d'irresponsabilité. Le raisonnement est habile, mais il n'est pas compatible avec le contenu de l'article 121-3 du Code pénal. Comme cet article concerne l'élément subjectif de l'infraction et non pas les causes d'irresponsabilité pénale – on ne peut pas dire que l'alinéa 4 dudit article prévoit une cause de non-imputabilité. Admettre une telle explication reviendrait finalement à confondre culpabilité et imputabilité¹⁴⁷², raison pour laquelle cette théorie ne semble pas justifier correctement cette différence de régime¹⁴⁷³.

Ensuite, des auteurs ont annoncé que ce régime d'imputation serait fondé sur l'idée d'une immunité instituée en faveur des personnes physiques¹⁴⁷⁴ - de sorte que la personne agissant ès qualité bénéficierait d'une immunité qui l'empêcherait d'être responsable pour une faute simple

¹⁴⁶⁸ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 291.

¹⁴⁶⁹ Cette inégalité a été contestée dans une Question Prioritaire de Constitutionalité, laquelle cependant n'a pas été envoyée au Conseil Constitutionnel par la Cour de cassation. Voir Cour de cass., Ch. crim., 27 avril 2011, décision de non transmission n° 11-90013.

¹⁴⁷⁰ « Il faut donc en déduire, d'une part, qu'en présence d'un dommage causé indirectement, si l'auteur personne physique doit avoir commis une faute qualifiée ou aggravée pour pouvoir être déclaré responsable, il n'en va pas de même lorsque l'auteur est une personne morale, une faute ordinaire étant toujours suffisant » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28.

¹⁴⁷¹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 604.

¹⁴⁷² Voir *supra* (n° 121).

¹⁴⁷³ Dans le même sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28.

¹⁴⁷⁴ C. RUET, La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n. 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnelles, *in Droit Pénal*, 2001, chron. N. 1.

qui a causé indirectement le dommage. Malgré le fait que cette théorie déplace la question du fond vers la procédure pénale, on peut apporter deux critiques à cette explication¹⁴⁷⁵. En premier lieu, en sachant que les immunités « sont habituellement accordées à certaines personnes en raison de leur fonction ou de leur statut », on ne peut pas comprendre l’alinéa 4 de l’article 121-3 comme une immunité, car cet alinéa concerne toute personne physique, sans aucune distinction par rapport à sa fonction ou son statut. En second lieu, les immunités en procédure pénale ont normalement pour effet d’empêcher d’examiner les faits eux-mêmes, « ce qui n’est pas le cas en matière de délits non-intentionnels »¹⁴⁷⁶. Pour cette raison, l’idée d’une immunité instituée en faveur des personnes physiques ne semble pas justifier non plus un tel régime d’imputation en ce qui concerne les fautes d’imprudences et la responsabilité pénale des groupements.

Face à l’impossibilité de justifier théoriquement la loi n° 2000-647, des auteurs ont souligné le fait que la seule façon de comprendre ce régime d’imputation serait à travers les raisons qui ont poussé le législateur à intervenir¹⁴⁷⁷. En « regardant uniquement le résultat que l’on voulait atteindre » de cette loi, on pourrait expliquer cette différence de régime entre les personnes physiques et les personnes morales en ce qui concerne les fautes d’imprudence¹⁴⁷⁸.

153. Les raisons de la réforme. À l’origine de la loi du 10 juillet 2000 on rencontre un effort du législateur français visant alléger la « pression pénale pesant sur les décideurs. La cible du législateur était surtout le décideur public, mais pour des raisons évidentes de légitimité politique et constitutionnelle, la réforme a concerné l’ensemble des décideurs publics et privés »¹⁴⁷⁹. De ce fait, en ayant l’objectif de redimensionner le risque pénal vis-à-vis des décideurs¹⁴⁸⁰, le législateur français a dépénalisé la faute simple à l’égard des personnes physiques lorsque le lien de causalité entre le comportement et le résultat de l’infraction est indirect¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁵ Dans le même sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ P. CONTE, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴⁷⁸ « En la matière il faut sans doute renoncer à toute construction trop dogmatique. L’exception est légale » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 291.

¹⁴⁷⁹ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 35. Dans ce sens, voir Rapports, P. Fauchon n° 391 et R. Dossière n° 2266. Voir également : Rapport officiel J. Massot, *La responsabilité des décideurs publics : La documentation française*, 2000 ; C. RUET, *La responsabilité pénale pour faute d’imprudence après la loi du 10 juillet 2000* ; et F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l’entreprise*, p. 818.

¹⁴⁸⁰ « L’introduction de la responsabilité pénale des personnes morales doit être replacée dans le cadre plus large de la recherche de la part du législateur de redimensionner le risque pénal pesant sur les décideurs. Deux voies sont explorées et combinées : trouver de nouveau responsable : ce sont les personnes morales ; redéfinir les critères d’imputation : c’est la diversification des degrés de la faute pénale d’imprudence » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 43. Il faut dire que les décideurs sont normalement des organes ou des représentants de la personne morale.

¹⁴⁸¹ P. CONTE, *op. cit.*, p. 117. Dans le même sens, voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 498. Certains ont été très favorables à cette dépénalisation, en énonçant que « la dépénalisation permet en effet d’adapter la responsabilité à l’exploitation de l’entreprise qui requiert une certaine souplesse dans la gestion et des sanctions pénales uniquement lorsque le manquement

Cependant, cette dépénalisation ne pouvait pas limiter le désir vindicatif des victimes. Pour cette raison, au même temps que le législateur a dépénalisé la faute simple à l'égard de la personne physique, il a conservé cette pénalisation en ce qui concerne les personnes morales¹⁴⁸². De ce fait, pour assurer les droits des victimes, la responsabilité pénale des groupements se « substitue à celle des personnes physiques en cas d'imprudence simple »¹⁴⁸³, au sein d'une législation qui fait le mariage entre dépénalisation et répression¹⁴⁸⁴.

Dès lors qu'on analyse les raisons qui ont poussé le législateur à créer la loi du 10 juillet 2000, on comprend donc pourquoi il y a une « impossibilité théorique » d'expliquer la différence de régime entre les personnes physiques et les personnes morales en ce qui concerne les fautes d'imprudence¹⁴⁸⁵. Le caractère utilitariste de la réforme¹⁴⁸⁶ n'est pas conciliable avec une justification théorique qui puisse expliquer le fait qu'une même faute non-intentionnelle soit source de culpabilité pour le groupement, mais ne le soit pas pour la personne physique organe ou représentant¹⁴⁸⁷. C'est pourquoi l'idée d'une cause subjective d'irresponsabilité pénale et l'idée

est grave (...) la doctrine majoritaire a toujours contesté cette surpénalisation du droit économique comme ne permettant pas une gestion efficace par les dirigeants sociaux. Le risque d'une sanction pénale peut freiner le dynamisme de l'entreprise » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 270 et 271.

¹⁴⁸² « En réalité, la lecture des travaux préparatoires à la loi du 10 juillet 2000, ayant inséré l'alinéa 4 de l'article 121-3, révèle que ce maintien de la responsabilité des personnes morales doit permettre de satisfaire le désir vindicatif des victimes malgré la dépénalisation de l'imprudence simple des auteurs indirects, c'est-à-dire des décideurs » F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 818.

¹⁴⁸³ « Si bien que la responsabilité pénale de la personne morale est devenue une responsabilité exclusive en cas de faute simple d'imprudence ou de négligence commise pour son compte par un organe ou représentant » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28. Une substitution qui s'insère dans une logique de responsabilisation des structures pour déresponsabiliser les dirigeants, où l'on rencontre une « redistribution du risque pénal au profit de la personne physique en position de décideur » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁸⁴ F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 818. « Il est vrai, qu'à bien y regarder, cette pénalisation des personnes morales conduit parfois à une dépénalisation du comportement des personnes physiques qui bénéficient ainsi d'un bouclier ou d'un parapluie protecteur, puisque si, à l'origine, le législateur annonçait la juxtaposition des deux types de responsabilité, (bref, qu'en termes gastronomiques ce serait fromage et dessert), force est d'observer que de plus en plus fréquemment c'est fromage ou dessert au point que, parfois, la responsabilité pénale des personnes morales vient jeter un voile impudique sur celle des personnes physiques » P. MAISTRE DU CHAMBON, Rapport introductif sur la dépénalisation, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009, p. 9-10. « Les personnes morales ont été recherchées comme un contrepoids à la dépénalisation ainsi réalisée » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 405.

¹⁴⁸⁵ La loi de 2000 « a, sans aucun doute, limité la responsabilité pénale des personnes physiques (...) Néanmoins, les personnes morales ne bénéficient pas de ces dispositions et peuvent voir leur responsabilité pénale mise en jeu même pour une faute simple, fût-elle lointaine (...) On assiste donc à une situation étonnante, où la personne morale va devoir répondre d'agissements accomplis par un organe ou un représentant considéré comme non fautif » H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 82. Dans le même sens, J. LEROY, *op. cit.*, p. 243.

¹⁴⁸⁶ La loi de 2000 souligne donc une fois de plus le pragmatisme autour de la responsabilité pénale des personnes morales. On a créé cette loi non pas à cause de raisons théoriques, mais à cause de raisons utilitaristes, en visant ses effets pratiques et non pas ses raisons d'être théoriques. Le pragmatisme autour de la responsabilité pénale des personnes morales a été souligné dans les travaux parlementaires qui ont créé le Code pénal suisse. Selon le législateur suisse, la raison de la création de la responsabilité pénale des personnes morales « n'est pas théorique, mais elle est pragmatique. Cette création est le résultat de l'envie législative de régler une situation criminologique au sein de l'entreprise ». Voir dans ce sens P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁸⁷ P. CONTE, *op. cit.*, p. 115. Des auteurs en France ont cependant souligné que la réforme de 2000 n'a pas abouti à ses objectifs, car elle n'a pas réussi à alléger la responsabilité des décideurs publics. Voir dans ce sens E. DREYER, *op. cit.*, p. 613.

d'une immunité instituée en faveur des personnes physiques ne peuvent pas justifier les fondements théoriques de cette différence de régime. Pour cette raison, dans la matière, « il faut se rendre à l'évidence qu'il est impossible de justifier » théoriquement « la solution voulue par le législateur »¹⁴⁸⁸. Ainsi, en renonçant à toute construction dogmatique, on doit comprendre cette différence de régime à travers les raisons utilitaristes qui ont poussé le législateur à changer le texte de l'article 121-3 du Code pénal en France et non pas à travers les explications trop théoriques¹⁴⁸⁹.

Lorsqu'on analyse le résultat que le législateur voulait atteindre de la loi du 10 juillet 2000 en France, on comprend également pourquoi le législateur brésilien n'a pas institué un tel régime de responsabilité concernant la répression des infractions non-intentionnelles. Jusqu'à aujourd'hui, les actes illicites qui ont un rapport avec les actions ou les omissions des décideurs publics brésiliens sont résolus, dans la plupart des cas, dans les sphères administratives et civiles, rarement dans la sphère pénale¹⁴⁹⁰. De ce fait, sans avoir le besoin de soulager une lourde responsabilité à l'encontre des décideurs, le législateur brésilien n'a pas prévu à l'exemple du législateur français un régime spécial concernant les infractions d'imprudence accomplies au sein de la personne morale.

Quoi qu'il en soit, nonobstant cette différence de régime entre ces deux pays, on peut dire qu'en France et au Brésil le droit pénal a réalisé un mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des personnes morales. Grâce à lui, le groupement peut accomplir

¹⁴⁸⁸ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 29. Par ailleurs, la loi du 10 juillet 2000 a eu d'autres conséquences théoriques concernant la responsabilité pénale des personnes morales. En premier lieu, elle a provoqué une « éventuelle rupture du principe d'égalité devant la loi pénale » entre les personnes physiques et les personnes morales, « faisant apparaître les secondes comme les boucs émissaires des premières » (J. TRICOT, *op. cit.*, p. 35-36). En deuxième lieu, cette loi a ouvert « un espace pour l'autonomisation de la responsabilité pénale des personnes morales, entendue comme une responsabilité exclusive » dans certaines hypothèses. Une autonomie qui renforce l'idée que « l'imputation d'une infraction à la personne morale n'est pas nécessairement subordonnée à la reconnaissance préalable de la responsabilité des personnes physiques ayant agi pour son compte » (X. PIN, *Droit pénal général*, p. 291) - raison pour laquelle la responsabilité des personnes morales est une responsabilité directe et par représentation (G. DI MARINO, *op. cit.*, p. 35). En troisième lieu, la loi du 10 juillet 2000 a eu des effets sur l'articulation entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique, on va voir cette question plus en détails *infra* (n° 167). En quatrième lieu, selon certains auteurs (J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 29 et J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 181), cette loi créerait une incompatibilité entre la rédaction des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal. En effet, d'un côté, l'article 121-2 du Code pénal exige une infraction de l'organe ou du représentant pour la responsabilité des personnes morales, tandis que, d'un autre côté, l'article 121-3 énonce qu'il n'y a pas d'infraction de l'organe ou du représentant en cas d'une imprudence simple qui a causé indirectement le dommage illicite. Pour cette raison, ces auteurs ont proposé une modification dans la rédaction de l'article 121-2 du Code pénal qui consisterait à effacer de l'alinéa 1^{er} toute référence à la réalisation matérielle des faits par un organe ou un représentant. Toutefois, si l'on comprend que la responsabilité du groupement reste déclenchée par une faute d'imprudence ou de négligence de l'organe, laquelle a été tout simplement dépénalisée par le législateur à l'égard de la personne physique agissant ès qualité, l'on peut concilier la rédaction de ces deux articles du Code pénal (W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28). Finalement, en cinquième lieu, « la loi du 10 juillet 2000, en exigeant une faute qualifiée en cas de causalité indirecte pour établir la responsabilité pénale, est revenue sur le principe d'unité des fautes civile et pénale » en ce qui concerne la personne physique (R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 294).

¹⁴⁸⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 291.

¹⁴⁹⁰ En plus, à la différence de la situation en France, les victimes brésiliennes n'ont pas encore pris l'habitude de déclencher l'action pénale par constitution de partie civile, peut-être parce que la demande de dommages et intérêts est bien assurée par le droit civil et le droit administratif au Brésil.

aujourd'hui autant des infractions volontaires que des infractions involontaires. En outre, grâce à de ce mouvement d'adaptation on a actuellement un critère objectif pour identifier le dol ou l'imprudence de l'être collectif derrière l'action ou l'omission de ses organes ou représentants.

Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de savoir si l'intention coupable qui peut être identifiée par le droit pénal derrière le comportement de l'organe ou représentant est une intention propre du groupement ou si elle est une intention que l'être moral emprunte de la personne physique agissant ès qualité pour devenir pénalement coupable d'une infraction (SECTION II)¹⁴⁹¹.

Section II – L'élément subjectif et l'articulation de responsabilités

Dès lors que l'on examine le contenu de l'intention criminelle de la personne morale, on s'aperçoit que parfois cette intention peut se confondre avec celle de son organe ou représentant, tandis que d'autre fois elle peut être différente de l'intention individuelle de la personne physique agissant ès qualité (SOUS-SECTION I). Cette similitude et cette différence d'intentions criminelles, suscite la question de savoir comment faire l'articulation entre la responsabilité pénale des groupements et celle de la personne physique organe ou représentant. L'analyse de l'articulation qui existe entre ces deux responsabilités nous amène à son tour à l'étude de l'influence qu'une cause objective d'irresponsabilité peut avoir en ce qui concerne l'effacement à la fois de la responsabilité pénale du groupement et celle de la personne physique agissant ès qualité (SOUS-SECTION II).

Sous-section I – La volonté et la conscience chez la personne morale

L'élément subjectif de l'infraction chez la personne morale peut avoir un contenu variable par rapport au contenu de l'élément subjectif de l'infraction chez la personne physique agissant ès qualité. Cette affirmation est possible car parfois l'on va rencontrer une similitude entre la volonté et la conscience du groupement et celles de la personne physique derrière l'écran de la personne morale. Cette similitude va avoir lieu notamment dans les hypothèses dans lesquelles l'acte illicite est accompli par un organe ou représentant individuel et pour cette raison certains ont fait

¹⁴⁹¹ Une telle interrogation existait déjà en Grèce. « Au temps d'Aristote, on discutait sur ce point, Polit, III, ch. 1., § 1 : [Les uns prétendent que c'est toujours la cité qui agit ; tandis que d'autres soutiennent que ce n'est pas la cité, mais l'oligarchie ou le tyran] » A. MESTRE, thèse préc., p. 212.

remarquer que la personne morale emprunterait l'intention coupable de son organe ou représentant pour devenir pénalement responsable (§1). Néanmoins, d'autres fois, le groupement peut avoir une volonté et une conscience différentes de celles de chacun de ses membres (§2).

§1) Une volonté et une conscience empruntées

154. Une volonté et une conscience empruntées. Parfois, l'intention criminelle de la personne morale se confond avec l'intention criminelle de la personne physique agissant ès qualité. Dans cette hypothèse, le groupement n'a pas une volonté et une conscience propres, différentes de la volonté et de la conscience de son organe ou représentant, mais l'intention criminelle de la personne morale est égale à l'intention criminelle de la personne physique derrière l'écran du groupement. Ici l'on parle notamment des hypothèses dans lesquelles l'acte illicite est accompli matériellement par un organe ou représentant individuel de la personne morale. Dans cette hypothèse, l'on aura une similitude d'intentions criminelles, car le contenu de l'élément subjectif de l'infraction de la personne morale sera exactement le même que celui de la personne physique derrière l'écran du groupement.

En raison de cette similitude qui peut parfois avoir lieu¹⁴⁹², des auteurs¹⁴⁹³ ont soutenu que la personne morale emprunterait l'intention coupable de son organe ou représentant pour devenir pénalement responsable¹⁴⁹⁴. En effet, il n'existerait point d'intention coupable propre aux êtres collectifs, mais il n'existerait qu'une intention coupable empruntée par la personne morale de son organe ou représentant personne physique¹⁴⁹⁵. De part ce raisonnement, certains¹⁴⁹⁶ ont souligné que la responsabilité pénale des groupements serait une responsabilité pénale du fait d'autrui¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹² L'on verra *infra* (n° 158 et s.) que parfois la personne morale peut avoir une volonté et une conscience différentes de celles de ses membres.

¹⁴⁹³ Voir, par exemple : J. LEROY, *op. cit.*, p. 241 ; M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 108 ; et D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁹⁴ « Hélas, cette opération apparaît intellectuellement décevante relativement à une personne morale, car sa criminalité emprunte à autrui tant l'élément matériel que l'élément moral » C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 149.

¹⁴⁹⁵ Ce raisonnement s'harmonise avec l'ancienne jurisprudence franco-brésilienne, laquelle exigeait l'identification de la personne physique derrière l'écran du groupement pour qu'on puisse caractériser l'élément subjectif de l'infraction à l'égard de la personne morale, voir *supra* (n° 44 et s.). Étant donné le fait que l'être collectif emprunterait le dol et l'imprudence de son organe ou représentant, il serait nécessaire tout d'abord d'identifier la personne physique agissant ès qualité pour qu'on puisse, ensuite, caractériser la culpabilité du groupement. Dans le même sens, M. MOULOUNGUI énonce que « la personne morale empruntera à la fois l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction (...) C'est pourquoi d'ailleurs il faut déterminer la personne physique dont l'action ou l'omission sera constitutive de l'infraction imputée à l'être moral » C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 144.

¹⁴⁹⁶ « Un tel système de responsabilité pénale (..) du fait d'autrui est à la rigueur admissible s'agissant de la personne morale » A. BRUNET, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁹⁷ Comme on l'a vu *supra* (n° 40), autant le droit pénal français que le droit pénal brésilien interdisent la responsabilité du fait d'autrui. Selon le principe de personnalité, seule la personne qui a accompli le comportement illicite, dans sa dimension objective et subjective, peut être sanctionnée à cause de ce comportement. Pour cette raison, l'on ne peut

En réalité, la personne morale n'accomplirait pas elle-même l'élément subjectif de l'infraction, mais elle emprunterait une faute qui a été accomplie par un tiers. Cette assertion a été faite notamment dans le cadre de la théorie vicariale de la responsabilité pénale des groupements, selon laquelle l'organe et le représentant ne se confondent pas avec la personne morale, mais ils sont des tiers vis-à-vis de l'être collectif¹⁴⁹⁸.

155. Une responsabilité du fait d'autrui. Étant donné que le groupement est créé et dirigé par des personnes physiques, il ne pourrait pas commettre personnellement une faute pénale¹⁴⁹⁹. De ce fait, l'être collectif serait condamné pour des faits qu'un autre agent aurait eu l'intention de commettre¹⁵⁰⁰. Autrement dit, la personne morale serait responsable pour une infraction dont l'élément subjectif n'a pas été accompli par le groupement lui-même, mais a été accompli par une personne physique, un tiers vis-à-vis de la personne morale¹⁵⁰¹. Ainsi, l'intention coupable utilisée pour condamner le groupement ne serait point une intention coupable propre à la personne morale, mais elle serait l'intention coupable de la personne physique agissant *ès qualité*, laquelle serait tout simplement empruntée par le groupement¹⁵⁰². Pour cette raison, la responsabilité pénale des personnes morales serait une responsabilité du fait d'autrui¹⁵⁰³, puisque la volonté et la conscience derrière l'acte illicite ne seraient pas celles du groupement lui-même, mais seraient une volonté et une conscience qui ont été empruntées à la personne morale par un tiers (l'organe ou le représentant du groupement)¹⁵⁰⁴.

pas condamner « un individu pour l'infraction commise dans ses éléments matériel et moral par l'autrui ». Dans le même sens, voir H. RENOULT, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁹⁸ Voir *supra* (n° 38).

¹⁴⁹⁹ « Créée par des hommes et dirigée par des hommes, la personne morale n'aurait pas de volonté propre et ne saurait commettre personnellement de faute » H. RENOULT, *op. cit.*, p. 180.

¹⁵⁰⁰ A. FRANCO, *op. cit.*, p. 48-49. « L'agent sera condamné pour des faits qu'un autre agent aura eu l'intention de commettre » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 270.

¹⁵⁰¹ « En effet, la personnalité morale étant une pure création de la loi, cette responsabilité serait nécessairement fondée sur le fait d'une personne physique qui aurait matériellement commis l'infraction et sur la volonté d'une ou plusieurs personnes physiques et constituerait par conséquent une responsabilité du fait d'autrui » C. MAURO, *op. cit.*, p. 63. En outre, ce raisonnement s'harmonise avec le modèle vicarial de la responsabilité pénale des personnes morales, dans lequel la personne physique agissant *ès qualité* est perçue comme un tiers vis-à-vis du groupement. Voir *supra* (n° 38).

¹⁵⁰² « Pour imputer l'infraction à une personne morale, on va se référer à la personne physique qui aura accompli les actes matériels. L'intention coupable sera donc recherchée chez cette personne et la personne morale empruntera cette intention » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 269.

¹⁵⁰³ « Il semble difficile de soutenir que c'était l'intention du législateur d'instaurer une responsabilité de ce type alors que le principe de l'exigence d'une intention propre à l'agent est posé dans le texte suivant celui qui instaure la responsabilité pénale des personnes morales » *Idem*, p. 270.

¹⁵⁰⁴ Comme l'on a vu, cet argument a été utilisé également en ce qui concerne l'élément matériel de l'infraction. Selon certains auteurs, la responsabilité pénale des personnes morales serait une responsabilité du fait d'autrui car l'action ou l'omission illicite ne serait pas accomplie personnellement par le groupement. Toutefois, la théorie de l'identification a démontré que le fait de l'organe ou représentant est le fait de la personne morale elle-même. Voir *supra* (n° 55).

Ce raisonnement est une interprétation perfectible qu'on peut faire de la similitude que l'on rencontre parfois entre l'intention de la personne morale et l'intention individuelle de son organe ou représentant personne physique. À cause de cette ressemblance, l'on peut penser que l'intention derrière l'acte illicite n'est pas celle de la personne morale, mais il s'agirait de l'intention d'un tiers à l'égard du groupement. Toutefois, cette manière d'interpréter cette similitude ne respecte pas le principe de personnalité en France et au Brésil, lequel interdit toute responsabilité pénale du fait d'autrui dans ces deux ordres juridiques¹⁵⁰⁵. Pour cette raison, l'on devrait comprendre d'une autre façon cette coïncidence d'intentions criminelles, plutôt à la lumière de la théorie de l'identification qu'à la lumière de la théorie vicariale.

156. L'intention coupable et la théorie de l'identification. Étant donné l'identification existant entre le représentant, l'organe et la personne morale¹⁵⁰⁶ – la personne physique agissant ès qualité est complètement assimilée au groupement, non seulement du point de vue matériel¹⁵⁰⁷, mais aussi du point de vue subjectif¹⁵⁰⁸. Par conséquent, la volonté et la conscience de l'organe ou représentant sont la volonté et la conscience de la personne morale elle-même. Ainsi, dès lors qu'on rencontre une similitude entre l'intention criminelle de la personne physique agissant ès qualité et l'intention criminelle du groupement, cela ne signifie guère que la personne morale est responsable pour le fait d'autrui ou pour une infraction qui a été moralement accomplie par un tiers. En effet, compte tenu du fait que l'organe ou le représentant intervient comme la société elle-même, la volonté qui guide son action est la volonté de l'être collectif. Pour cette raison, il y a une identification parfaite entre l'intention coupable de la personne physique agissant ès qualité et l'intention coupable du groupement¹⁵⁰⁹, c'est pourquoi même quand la faute de la personne morale se confond en tous points avec la faute de la personne physique agissant ès qualité, l'on ne peut pas dire que la personne morale est responsable du fait d'autrui.

¹⁵⁰⁵ Voir *supra* (n° 40).

¹⁵⁰⁶ Voir *supra* (n° 56).

¹⁵⁰⁷ Concernant le point de vue matériel, voir *supra* (n° 55).

¹⁵⁰⁸ A. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 166.

¹⁵⁰⁹ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 553. Cette idée a été soulignée pour la première fois en jurisprudence dans un arrêt de la Haute Cour de Justice anglaise : « Une société peut à bien des égards être comparée à un corps humain. Elle a un cerveau et un centre nerveux qui contrôlent ce qu'elle fait. Elle a aussi des mains qui disposent des outils et agissent conformément aux instructions du centre. Certains des membres de la société sont de simples préposés et agents qui ne sont rien de plus que les mains d'exécution du travail et on ne peut dire d'eux qu'ils représentent l'intelligence ou la volonté de la société. D'autres sont les directeurs et les managers qui représentent l'intelligence directrice et la volonté de la société, et qui contrôlent ce qu'elle fait » (H. L. Bolton (engineering) Co Ltd. V. P. J. Graham & Sons Ltd [1957] 1 Q.B. 159). Ensuite, dans un autre arrêt la Haute Cour de Justice va énoncer que la personne physique agissant ès qualité « intervient comme la société elle-même et sa volonté qui guide son action est la volonté de la société (...) si cette volonté est coupable, alors cette culpabilité est la culpabilité de la société » Tesco Supermakets Ltd. V. Natrass [1972] A. C. 170-171.

Ainsi, étant donné que la volonté et la conscience de l'organe ou représentant est la volonté et la conscience de l'être collectif, la responsabilité des groupements demeure une responsabilité personnelle même quand l'on rencontre une similitude parfaite entre l'intention coupable de la personne morale et celle de la personne physique agissant *ès qualité*¹⁵¹⁰. Groupement, organe et représentant ne font qu'une seule et même personne, pour cette raison cette coïncidence d'intentions coupables ne nous permet pas de conclure que la personne morale est responsable du fait d'autrui, au contraire. Le groupement est responsable pour sa propre faute, laquelle peut parfois coïncider avec la faute individuelle de son organe ou représentant personne physique.

Au Brésil et en France, ce second raisonnement s'harmonise mieux avec la première et la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements. Tout d'abord, parce qu'à l'aune de la théorie de l'identification, l'on comprend pourquoi seul le comportement des organes ou représentants peuvent engager pénalement la personne morale. Ce critère organique existe puisque seule l'intention coupable des cadres supérieurs de l'être moral peut être perçue par le droit pénal comme l'intention coupable du groupement¹⁵¹¹. Ensuite, parce que comme on l'a vu la seconde condition nous permet d'identifier l'intention de l'être collectif derrière le comportement de l'organe ou du représentant¹⁵¹². De ce fait, cette intention identifiée ne peut pas être perçue par le droit pénal comme l'intention d'un tiers qui est imputée à la personne morale, mais elle doit être perçue comme l'intention illicite de l'être collectif lui-même. Une intention qui se confond parfois avec celle de la personne physique agissant *ès qualité*, mais qui demeure l'intention coupable de la personne morale.

157. Une même volonté et une même conscience. En conséquence, l'on peut dire qu'en réalité le groupement n'emprunte pas la volonté et la conscience de son organe ou représentant pour accomplir l'élément subjectif de l'infraction. En effet, il existe quelquefois une similitude entre l'intention coupable de la personne physique agissant *ès qualité* et l'intention coupable de la personne morale¹⁵¹³. Toutefois, cette similitude ne peut pas être interprétée comme un transport de la faute de la personne physique à la personne morale, car la volonté et la conscience derrière

¹⁵¹⁰ Cette assertion est possible car parfois l'intention coupable de la personne morale peut être distincte de celle de la personne physique derrière l'écran du groupement, notamment quand l'infraction est accomplie par un organe ou représentant collectif de la personne morale. L'on verra cette situation plus en détails *infra* (n° 159).

¹⁵¹¹ Voir *supra* (n° 27).

¹⁵¹² Voir *supra* (n° 139).

¹⁵¹³ « Sans doute, dans la grande majorité des cas, la faute de la personne physique, organe ou représentant, se confondra avec la faute de la personne morale » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 25.

l'acte illicite sont celles du groupement lui-même¹⁵¹⁴. En premier lieu, parce que la faute de l'organe ou du représentant est la faute de la personne morale¹⁵¹⁵ - de sorte qu'il ne s'agit pas d'un emprunt de l'élément subjectif de l'infraction, mais il s'agit d'une identité parfaite entre l'intention coupable de la personne physique et celle du groupement. En second lieu, puisque la seconde condition de cette responsabilité nous permet de conclure que l'infraction est la traduction fidèle de l'intention coupable de l'être collectif et non pas de l'intention coupable d'un tiers à l'égard de la personne morale¹⁵¹⁶.

Pour cette raison, l'on peut déduire ainsi que la volonté et la conscience du groupement seront parfois égales à la volonté et à la conscience de la personne physique qui est derrière l'écran de la personne morale, notamment dès lors que l'infraction est accomplie par une seule personne physique agissant *ès qualité*¹⁵¹⁷. Dans cette hypothèse, il y a un amalgame entre l'intention coupable de l'organe ou du représentant et l'intention coupable du groupement lui-même¹⁵¹⁸, puisque le contenu de l'élément subjectif de l'infraction de la personne morale sera exactement le même que celui de son organe ou représentant personne physique¹⁵¹⁹. Cependant, cet amalgame ne signifie ni que la responsabilité pénale des groupements est une responsabilité du fait d'autrui, ni que la personne morale emprunt l'élément subjectif de l'infraction de son représentant ou organe¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁴ « Mais elle est aussi personnelle parce que l'organe ou le représentant exprime la volonté même de la personne morale (...) c'est dire que la faute de l'organe ou du représentant est la faute de la personne morale » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 290. L'organe ou représentant « n'a pas une volonté extérieure à celle de la personne morale, mais au contraire qu'il est chargé d'exprimer cette volonté ; ce qu'on demande à l'organe, c'est non pas quel est son avis personnel sur un sujet donné, mais quelle est sur cette matière la volonté générale ou corporative » A. MESTRE, thèse préc., p. 221.

¹⁵¹⁵ « Si certaines personnes (controlling officers) sont assimilées à la personne morale par le biais de leurs actes, leur volonté est également la volonté de la personne morale » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 553. Dans le même sens, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵¹⁶ Pour cette raison, la responsabilité pénale des groupements n'est pas une responsabilité du fait d'autrui en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction, car la volonté illicite derrière l'acte de l'organe ou représentant est la volonté de la personne morale.

¹⁵¹⁷ Toutefois, cela ne signifie pas que l'on doit nécessairement identifier la personne physique derrière l'écran de la personne morale pour qu'on puisse imputer l'élément subjectif de l'infraction à l'encontre de la personne morale. En premier lieu, parce qu'on va déduire le dol et l'imprudence du groupement des faits, voir *supra* (n° 141). En second lieu, puisque c'est à travers la seconde condition que l'on peut conclure que le fait illicite traduit fidèlement la volonté coupable du groupement, voir *supra* (n° 139). Dans ce contexte, il n'est guère nécessaire d'identifier la personne physique pour pouvoir conclure que l'infraction a été accomplie pour le compte de la personne morale.

¹⁵¹⁸ « La volonté individuelle délictueuse se noie dans la volonté collective » H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 117.

¹⁵¹⁹ Dans cette hypothèse, les deux composantes de l'élément subjectif, la volonté et la conscience, auront le même contenu autant chez la personne physique agissant *ès qualité* que chez la personne morale.

¹⁵²⁰ « Il ne saurait être question d'engager la responsabilité de la compagnie du fait d'autrui. La personne qui agit ne le fait pas comme préposé, mandataire ou délégué. Elle est l'incarnation de la compagnie, ou peut-on dire, elle entend et parle de par l'être même de la compagnie, dans le cadre de son domaine propre, et sa volonté est la volonté de la compagnie » Tesco Supermakets Ltd. V. Nattrass [1972] A. C. 170-171. « L'état d'esprit de ces managers est l'état d'esprit de la compagnie et est traité comme tel par le droit » H. L. Bolton (engineering) Co Ltd. V. P. J. Graham & Sons Ltd [1957] 1 Q.B. 159.

Quoi qu'il en soit, si l'on rencontre parfois une similitude entre les intentions coupables de la personne physique et de la personne morale, d'autres fois l'on peut avoir une intention coupable propre au groupement, laquelle est distincte de celle de chacun de ses membres¹⁵²¹ (§2).

§2) Une volonté et une conscience propres

158. La théorie de la réalité et la volonté propre du groupement. La question sur l'existence d'une volonté et d'une conscience propres aux personnes morales a été le principal thème du débat¹⁵²² entre la théorie de la fiction¹⁵²³ et la théorie de la réalité en droit¹⁵²⁴. D'un côté, la première doctrine nie l'existence de cette volonté et de cette conscience propres. D'un autre côté, la seconde affirme que le groupement est doté d'une intention réelle, distincte de celle de ses membres¹⁵²⁵.

Dans ce contexte, il faut dire au préalable que l'on ne souhaite pas relancer ici le débat relatif à la réalité ou à la fiction des personnes morales¹⁵²⁶. « Même si nos préoccupations ne sont pas totalement étrangères à celui-ci, elles sont plus modestes ». En effet, nous nous demandons uniquement si dans certaines hypothèses l'être moral peut avoir une volonté et une conscience différentes de la volonté et de la conscience de ses membres¹⁵²⁷. Est-ce que le contenu de l'élément subjectif de l'infraction de la personne morale peut parfois n'être pas exactement le même que celui de la personne physique agissant *à titre de* ?

Dans le cadre d'une telle interrogation l'on parle notamment des hypothèses où l'infraction a été accomplie par un organe ou représentant collectif de la personne morale¹⁵²⁸. Est-ce que dans ces cas, le groupement peut avoir une volonté et une conscience différentes de celle de ses

¹⁵²¹ B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377.

¹⁵²² Dans ce sens, voir M. JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵²³ « La volonté du groupement n'existe pas en réalité, ne constitue qu'une hypothèse, une fiction juridique que le droit imagine » A. MESTRE, thèse préc., p. 147. Voir F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, p. 306.

¹⁵²⁴ « L'abondant débat sur la réalité ou la fiction des personnes morales n'est qu'une suite de raisonnements plus ou moins confus tendant à montrer que le groupe a (ou n'a pas) une [volonté] propre (notions de [volonté collective], de [conscience sociale]) » P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 89.

¹⁵²⁵ « Elle ne constituait ensuite pas un être fictif, mais représentait bien la personnification d'une volonté générale, dûment reconnue par le droit comme une unité et qui dans un cas provenait et vivait de l'ensemble des membres et dans l'autre se trouvait établie et rendue autonome par une volonté supérieure. Enfin, cette personnalité n'était en rien une simple imitation de celle de l'individu, mais bien une personne d'un ordre plus élevé qui accédait à la vie juridique avec toutes les particularités résultant de sa nature organique » A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 81-82.

¹⁵²⁶ Sur ce débat doctrinal, voir B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, n° 481 et s.

¹⁵²⁷ Dans le même sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 271-272.

¹⁵²⁸ « La règle s'impose avec la force de l'évidence dans les organes collégiaux, où les personnes physiques apparaissent distinctes de l'entité collective alors dotée d'une volonté propre » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 105.

membres, de façon à ce que le contenu du dol et de l'imprudence de la personne morale sera différent du contenu de l'élément subjectif de l'infraction de chacun de ses membres?¹⁵²⁹

159. L'existence d'une volonté propre. Selon certains auteurs¹⁵³⁰, dès lors que le comportement illicite de la personne morale est la conséquence d'une décision prise au sein d'un organe ou représentant collectif, la volonté du groupement sera le produit de « l'affrontement » des résolutions criminelles individuelles¹⁵³¹. De ce fait, cette volonté coupable derrière l'acte illicite ne sera pas la simple addition de la volonté des personnes physiques¹⁵³², mais elle sera une volonté nouvelle, propre aux personnes morales¹⁵³³ – laquelle ne peut pas se confondre avec la volonté individuelle des personnes agissant à qualité¹⁵³⁴.

Selon ce raisonnement, le comportement des hommes en société est d'une autre nature que le comportement des hommes en tant qu'individus isolés¹⁵³⁵. Par conséquent, lorsque les personnes physiques forment un groupe, « il se crée *ipso facto* des faits d'une nature particulière qui ne peuvent se réduire par l'analyse aux éléments individuels dont le groupe est composé ». De ce fait, « le groupe est autre chose que la simple addition ou juxtaposition de ses membres »¹⁵³⁶. Pour cette raison, la volonté d'un organe ou représentant collectif doit être perçue par le droit pénal comme une volonté originale et indécomposable de la personne morale – laquelle ne se confond pas avec la simple juxtaposition de la volonté individuelle de chacun de ses membres¹⁵³⁷.

Certainement, il ne s'agit pas d'aller aux limites de l'anthropomorphisme pour dire qu'une volonté propre à la personne morale peut naître des seules structures du groupement¹⁵³⁸.

¹⁵²⁹ Parfois, comme l'élément subjectif du groupement peut être « distinct de l'élément moral constaté dans le chef de l'auteur matériel, on doit admettre que les deux éléments peuvent prendre la même forme ou des formes différentes » F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 339.

¹⁵³⁰ Voir, par exemple : B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377 ; Rapport Marchand, 1989, AN, n° 896, p. 18 ; P. BUSATO, *Vontade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 119 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 806 ; M. PUECH, *op. cit.* ; J. LÉAUTÉ, *Le nouveau Code pénal : enjeux et perspectives*, p. 56 ; W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 46 ; S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 57 ; A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 173 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 281 ; et M. MEIRELES, *op. cit.*, p. 517.

¹⁵³¹ A. MESTRE, thèse préc., p. 141.

¹⁵³² Voir dans ce sens, N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵³³ En France, l'existence d'une volonté propre aux personnes morales a été mise en avant lors des travaux parlementaires, voir J.O., débats A.N., 11 octobre 1989, p. 3420 et s.

¹⁵³⁴ « Lorsque l'infraction a été commise par un organe collégial (par exemple, conseil d'administration ou assemblée générale d'une société), elle résulte alors d'une volonté collective distincte de la volonté individuelle de chacun de ses membres » B. MERCADAL, *op. cit.*, p. 377.

¹⁵³⁵ « Les individus voudront donc autrement selon qu'ils seront regardés ut singuli ou comme membre d'un groupe » A. MESTRE, thèse préc., p. 141. Dans le même sens, mais dans le cadre de la psychologie, voir S. FREUD, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵³⁶ H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit*, p. 121 et s. Dans le même sens, voir : J. GOTI, *op. cit.*, p. 23-24 ; et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵³⁷ « La reconnaissance de cette dépendance plus ou moins complète de l'individu par rapport au milieu, en matière criminelle, se retrouve dans bien des institutions : l'emprisonnement cellulaire dérive notamment en partie de cette préoccupation qu'il faut soustraire le condamné à l'influence néfaste du milieu des prisons » A. MESTRE, thèse préc., p. 21.

¹⁵³⁸ À faveur de cette idée, en énonçant qu'une volonté propre à la personne morale peut naître de seules structures du groupement, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 40.

L'intervention humaine reste toujours nécessaire pour la production de cette volonté autonome de l'être collectif¹⁵³⁹. Toutefois, à partir de cette impulsion humaine, « la personne morale devient un être vivant, douée d'une vie distincte de celle de ses membres et donc doté d'une volonté tout aussi distincte de celles de ses membres et de ses dirigeants »¹⁵⁴⁰. Ainsi, l'on peut dire que parfois le groupement aura une volonté émancipée par rapport à la volonté de ses membres, laquelle peut avoir lieu spécialement dans trois hypothèses¹⁵⁴¹.

Tout d'abord, dès lors que l'infraction est le résultat d'une décision unanime de l'organe ou représentant collectif de la personne morale. Dans cette hypothèse, malgré la correspondance entre la volonté individuelle des personnes physiques agissant ès qualité et la volonté collective de la personne morale, l'on ne peut pas réduire l'intention coupable du groupement à la simple juxtaposition de la volonté individuelle de ses membres¹⁵⁴². En réalité, comme on l'a vu, le comportement des hommes en société est d'une autre nature que le comportement des hommes en tant qu'individus isolés¹⁵⁴³. Pour cette raison, dans cette hypothèse, la décision de l'organe ou représentant collectif ne correspondra pas exactement à la volonté *ut singuli* de chacune des personnes physiques derrière l'écran du groupement¹⁵⁴⁴. En effet, cette volonté va correspondre à un concert de volontés individuelles, un conglomérat de résolutions qui certes est le produit d'une intervention humaine, mais qui n'est pas un simple miroir de cette intervention¹⁵⁴⁵. De ce fait,

¹⁵³⁹ « La volonté collective constitue un sujet de droit distinct des volontés individuelles, mais elle est conditionnée par ces volontés » H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 341. Dans le même sens, H. RENOULT, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵⁴⁰ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 276.

¹⁵⁴¹ Selon M. MARÉCHAL, l'idée d'une volonté propre à la personne morale a été reconnue par la Cour de cassation en France dans un arrêt du 25 juin 2008 (Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261). Selon lui, cet arrêt paraît décisif, car par l'allusion faite à la « politique commerciale des sociétés », la Haute juridiction finit par admettre sans réserve que le groupement est doté d'une volonté propre susceptible d'être le support d'une faute pénale. Voir J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 49. Concernant le droit civil en France, voir : Cour de cassation, 1^{er} Ch. civ., 19 octobre 1992, R.C.J.B., 1995, I, 236, avec note de A. DE NAUW, *Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction*.

¹⁵⁴² « Le comportement des individus dans les organisations n'est pas le pur produit de choix individuels : il est influencé et mis en forme par les objectifs, les règles, les politiques et les procédures de la société en tant qu'organisation » C. MAURO, *op. cit.*, p. 73. Dans le même sens, concernant le droit brésilien, voir W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 46-48.

¹⁵⁴³ L'expérience de psychologie réalisée entre 1960 et 1963 par le psychologue Stanley MILGRAN a démontré que le comportement d'une personne physique au sein d'un groupement n'est pas le même que celui d'une personne isolée. Cette assertion est possible car selon le résultat de cette expérience « un honnête homme, irréprochable dans sa vie privée, peut devenir un délinquant pour le service d'une autorité qu'il juge légitime » – même quand des actions accomplies au sein du groupement lui posent des problèmes de conscience. Pour cette raison, la volonté de la personne morale ne peut pas être perçue comme la simple juxtaposition des volontés individuelles de ses membres. Dans le même sens, voir : R. HEFENDEHL, *op. cit.*, p. 430 ; P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 549 ; J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 375 ; et S. FREUD, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁴⁴ « Il est certain qu'au sein d'une collectivité se forment, avec une facilité que les psychologues ont pu établir, une atmosphère et une volonté différentes de celles de plusieurs d'entre les personnes physiques qui y participent » N. GUNSBURG et R. NOMMAERT, *op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁴⁵ « La personne morale a une volonté collective, propre, née certes de la rencontre de volontés individuelles mais pouvant différer de la volonté de chacun des membres du groupement » H. RENOULT, *op. cit.*, p. 180. « La volonté collective, bien supérieure en intensité, différente par conséquent de la somme des volontés individuelles » A. MESTRE, thèse préc., p. 137.

même quand la décision de l'organe ou représentant collectif est unanime, l'on peut parler d'une volonté collective propre à la personne morale, laquelle ne se confond pas avec la simple juxtaposition des volontés individuelles de chacun de ses membres¹⁵⁴⁶.

Ensuite, quand le comportement illicite est la conséquence d'une décision majoritaire de l'organe ou représentant collectif. Dans cette hypothèse, l'on peut parler également d'une volonté propre à la personne morale, laquelle est différente de la volonté des personnes physiques qui la composent. D'un côté, pour des raisons évidentes, cette volonté collective ne peut pas être assimilée à la volonté individuelle des membres qui ont voté contre l'accomplissement du comportement illicite. Leur volonté *ut singuli* ne correspond point à la volonté autonome du groupement, laquelle est le produit d'une décision majoritaire dont le résultat ne représente pas la volonté individuelle de ces membres. D'un autre côté, la volonté coupable de la personne morale dans ce cas ne peut pas non plus être réduite à la simple juxtaposition de la volonté des membres qui ont voté favorablement à la réalisation de l'action ou l'omission illicite. Cette assertion est possible, puisque dans cette hypothèse le résultat de la délibération est l'expression d'un affrontement des résolutions individuelles discordantes et non pas l'expression de la simple addition de volontés individuelles convergentes¹⁵⁴⁷. Pour cette raison, cette volonté collective est autre chose que la simple juxtaposition de la volonté *ut singuli* des membres du groupement qui étaient favorables à l'accomplissement du comportement illicite¹⁵⁴⁸. Par conséquent, dans cette hypothèse, l'on peut également parler d'une volonté propre aux êtres collectifs, laquelle ne se confond pas avec celle des personnes physiques agissant ès qualité.

Finalement, l'on peut penser aux situations dans lesquelles la volonté autonome de la personne morale est tout à fait distincte de la volonté individuelle des personnes physiques agissant

¹⁵⁴⁶ W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 168 et P. BUSATO, *Vontade penal da pessoa jurídica*, p. 224.

¹⁵⁴⁷ « Le résultat de cet affrontement constitue bien la volonté du groupement puisque les membres qui avaient exprimé une volonté différente restent dans le groupement » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 277.

¹⁵⁴⁸ Parfois, des auteurs en France et au Brésil ont utilisé des exemples issus de la chimie ou de la mathématique pour démontrer cette idée. LÉVY-BRUHL, par exemple, énonçait que « de même que l'eau est substantiellement différente de l'oxygène et de l'hydrogène qui la forment, de même une société humaine est tout autre chose que la somme des différents êtres qui la composent » (H. LÉVY-BRUHL, *La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit*, p. 121). MESTRE, à son tour, utilisait la mathématique pour expliquer l'existence de cette volonté autonome de la personne morale : « Kant fournit de ce même principe une application aux mathématiques : $7 + 5 = 12$; qu'est-ce à dire sinon que la fusion de deux nombres produit un nombre nouveau. Sans doute, il n'est rien dans 12 qui n'ait déjà été dans $7 + 5$; de même que le corps ne contient rien que des cellules ; qui niera la réalité du corps humain, la réalité du nombre 12, aussi consistant que $(7 + 5)$, que la somme de ces cellules ? » A. MESTRE, thèse préc., p. 196. D'autre fois, des auteurs pour démontrer l'existence de cette volonté collective ont invoqué « l'exemple de la foule, qui prend des déterminations et commet quelquefois des crimes, qu'aucun de ceux qui la forment, n'aurait eu l'idée ou le courage, de commettre individuellement », voir par exemple : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 339 ; et A. MESTRE, thèse préc., p. 19.

ès qualité¹⁵⁴⁹. C'est le cas, pour l'illustrer, d'une volonté qui est le résultat d'une délibération réalisée en plusieurs étapes au sein de l'organe ou représentant collectif du groupement¹⁵⁵⁰.

Imaginons, par exemple, qu'une entreprise souhaite construire son nouveau siège sur un terrain au bord d'une rivière. Les travaux peuvent affecter le sol – raison pour laquelle ils doivent être précédés de la délivrance d'un permis de construire¹⁵⁵¹. Devant cette situation, imaginons que l'organe ou le représentant collectif de la personne morale, composée par trois personnes physiques (A, B, et C), réalise une délibération à ce sujet, laquelle a été effectuée dans plusieurs étapes consécutives de vote. Dans la première, les personnes physiques devraient délibérer sur la réalisation des travaux eux-mêmes. Tandis que les représentants A et B ont été favorables à l'idée du nouveau siège, le représentant C a voté contre la réalisation des travaux. Ensuite, dans une deuxième étape, les représentants du groupement devraient se demander si les travaux pouvaient ou non affecter l'utilisation du sol. D'un côté, les représentants A et C ont voté à faveur de cette affectation. D'un autre côté, le représentant B était défavorable à celle-ci. Pour lui, les travaux devraient être réalisés, mais sans affecter le sol. Finalement, dans une troisième étape, les personnes physiques agissant ès qualités ont délibéré concernant le devoir de l'entreprise de solliciter un permis d'aménager avant de commencer les travaux. Dans cette délibération, le représentant A a voté dans le sens que cette sollicitation était nécessaire et les travaux ne pouvaient pas commencer avant l'obtention du permis de construire, tandis que les représentants B et C ont délibéré à faveur du début des travaux, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir au préalable un tel permis.

Dans cet exemple, l'on peut dire que la volonté coupable derrière le comportement de l'organe ou représentant collectif de la personne morale ne correspond pas à la volonté individuelle de chacun de ses membres. Le représentant A voulait un nouveau siège pour le groupement, quand bien même ce siège affecterait le sol. Par conséquent, il a délibéré pour l'obtention du permis de construire. Le représentant B, à son tour, voulait la réalisation des travaux, mais il ne voulait pas que ces travaux affectent le sol. Pour cette raison, il a voté contre l'obtention du permis de

¹⁵⁴⁹ Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Vontade penal da pessoa jurídica*, p. 219.

¹⁵⁵⁰ L'exemple est inspiré de l'exemple donné par M. BUSATO dans son article P. BUSATO, *Vontade penal da pessoa jurídica*, p. 224.

¹⁵⁵¹ Concernant le droit français, l'exigence de ce permis est prévue à l'article L. 421-2 du Code de l'urbanisme. L'article L. 480-4 de ce Code prévoit comme infraction « Le fait d'exécuter des travaux mentionnés aux articles L. 421-1 à L. 421-5 en méconnaissance des obligations imposées par les titres Ier à VII du présent livre et les règlements pris pour leur application ou en méconnaissance des prescriptions imposées par un permis de construire, de démolir ou d'aménager ou par la décision prise sur une déclaration préalable est puni d'une amende comprise entre 1 200 euros et un montant qui ne peut excéder, soit, dans le cas de construction d'une surface de plancher, une somme égale à 6000 euros par mètre carré de surface construite, démolie ou rendue inutilisable au sens de l'article L. 430-2, soit, dans les autres cas, un montant de 300 000 euros ».

construire. Le représentant C, finalement, ne souhaitait pas l'accomplissement des travaux. Toutefois, face à la décision pour l'édification du nouveau siège, il a voté pour l'affectation du sol, même sans l'obtention préalable du permis de construire. De ce fait, à cause de ce conglomerat hétérogène de résolutions individuelles, l'on peut dire que la volonté collective du groupement dans cet exemple ne se confond pas avec la volonté personnelle de ses membres, puisqu'aucune de résolutions individuelles correspond fidèlement à la volonté coupable de la personne morale d'accomplir les travaux, en affectant le sol, sans le permis d'aménager¹⁵⁵².

Par conséquent, devant ces trois hypothèses, l'on peut dire que parfois la personne morale est capable d'avoir une volonté illicite complètement autonome, laquelle ne se confond guère avec la volonté individuelle de ses membres. Cette volonté va avoir lieu notamment quand l'acte illicite est accompli par un organe ou représentant collectif du groupement. Dans cette hypothèse, l'intention de la personne morale ne sera pas un simple miroir de l'intention individuelle de ses membres, mais elle sera une volonté coupable émancipée, distincte de la volonté coupable des personnes physiques agissant *ès qualité*¹⁵⁵³.

Face à cette constatation, l'on peut se demander également si la conscience du groupement peut-elle aussi être hétérogène par rapport à la conscience de la personne physique agissant *ès qualité*, notamment dès lors que le comportement illicite est accompli par un organe ou représentant collectif¹⁵⁵⁴.

160. L'existence d'une conscience propre. Selon la théorie du « collective knowledge »¹⁵⁵⁵, dès lors que l'acte illicite est le résultat du comportement d'un organe ou représentant collectif, la conscience coupable de la personne morale sera l'assemblage des consciences individuelles de chacun de ses membres qui ont participé à l'infraction¹⁵⁵⁶. Par conséquent, l'on peut dire que quelques fois la conscience de la personne morale par rapport au fait illicite ne correspondra pas à la conscience individuelle de ses membres par rapport à ce même fait¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Vontade penal da pessoa jurídica*, p. 224.

¹⁵⁵³ Cette idée a été constatée par les rédacteurs de l'avant projet de Code pénal de 1978 en France. Selon eux, la vie du groupement « se caractérise par une volonté et une activité qui dominent la volonté et l'activité des membres, souvent interchangeables » *Avant-projet définitif de Code pénal de 1978*, Documentation française, p. 41.

¹⁵⁵⁴ « Celles-ci nous donnent quotidiennement à percevoir des associations, sans doute formées d'individus distincts, mais qui n'en ont pas moins une existence et une activité propres, révélant comme le dit Saleilles, une réalité nouvelle existant aussi bien juridiquement que matériellement] comme une [conscience collective..., une volonté collective] » A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁵⁵ Concernant cette doctrine, voir : J. COLE et K. WOLF, *op. cit.*, p. 779 et s. ; et T. HAGEMANN et J. GRISTEIN, *op. cit.*, p. 210.

¹⁵⁵⁶ Ce raisonnement a été utilisé pour la première fois aux Etats-Unis, dans l'arrêt *United States vs. Bank of New England* [1987]. Ensuite, il a été utilisé à plusieurs reprises au sein de la jurisprudence américaine : *United States vs. Penagaricano-Soler* [1990] et *United States vs. Farm & Home Sav. Ass'n* [1991].

¹⁵⁵⁷ Dans ce sens, voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 150.

Ainsi, à l'exemple de ce qui se passe avec la volonté coupable du groupement, l'on peut penser que parfois la conscience illicite de la personne morale sera une conscience autonome. Cette hypothèse va avoir lieu notamment dès lors que les personnes physiques qui ont participé à l'infraction n'ont pas tous le même degré de perception de la réalité matérielle des faits. Dans ce cas, quelques représentants du groupement vont avoir une meilleure compréhension du comportement illicite, tandis que d'autres vont avoir une compréhension plus « grossière » ou une fausse perception des faits. Dans cette hypothèse, la conscience de la personne morale ne correspondra pas à la conscience de l'un ou de l'autre groupe de représentants, mais elle correspondra à l'assemblage des consciences individuelles des membres qui ont participé à l'infraction¹⁵⁵⁸.

Pour cette raison, l'on peut parler parfois d'une conscience autonome ou collective de la personne morale¹⁵⁵⁹, laquelle apparaît notamment quand le comportement illicite est accompli par un organe ou représentant collectif au sein duquel les personnes physiques qui le composent ont une compréhension hétérogène par rapport à la représentation des faits. Dans cette hypothèse, la personne morale aura une « composite *mens rea* »¹⁵⁶⁰, formée par le rencontre des consciences individuelles de ses membres. Cette « conscience collective » ne se confondra pas avec les consciences *ut singuli* des personnes physiques agissant ès qualité, raison pour laquelle on peut parler d'une conscience autonome de l'être collectif, laquelle est différente de celle de ses membres.

Néanmoins, dans le sens inverse, dès lors que le niveau de conscience du comportement illicite est homogène au sein de l'organe ou représentant collectif, l'appréciation du groupement de la réalité matérielle des faits se confondra avec celle de chacun de ses membres. En effet, dans cette hypothèse, le résultat de l'assemblage des consciences individuelles (conscience collective) sera équivalent à la conscience personnelle de chaque personne physique derrière l'écran de la personne morale. Par conséquent, dans ce cas, l'on n'aura pas une conscience illicite autonome du groupement, puisque la conscience de la personne morale se confondra avec celle de son organe ou représentant personne physique. Cependant, cet amalgame de consciences ne signifie ni que la responsabilité pénale des groupements est une responsabilité du fait d'autrui, ni que la personne morale emprunte l'élément subjectif de l'infraction de son représentant ou organe. En effet, la conscience de l'organe ou représentant collectif est la conscience de la personne morale. Pour

¹⁵⁵⁸ T. HAGEMANN et J. GRISTEIN, *op. cit.*, p. 210.

¹⁵⁵⁹ Dans le même sens, voir R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théories*, p. 189.

¹⁵⁶⁰ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 150.

cette raison, on a ici une identification de consciences et non pas le transport de la conscience d'un tiers au groupement.

Quoi qu'il en soit, cette manière de raisonner la conscience illicite de la personne morale peut avoir deux avantages. Tout d'abord, elle va permettre de rendre le groupement coupable d'une infraction même dans les hypothèses où l'un des membres de l'organe ou représentant collectif n'avait pas une appréciation correcte du comportement illicite, ce qui évite de créer une zone d'irresponsabilité pénale pour les groupements. Ensuite, grâce à la théorie du « collective knowledge », l'on peut analyser séparément l'erreur de fait en ce qui concerne la personne morale et en ce qui concerne la personne physique¹⁵⁶¹. Dès lors que le niveau de conscience du comportement illicite est homogène au sein de l'organe ou représentant collectif, il nous semble logique que l'erreur de fait exonératoire à l'égard des personnes physiques agissant ès qualité doit l'être aussi en ce qui concerne la personne morale. Néanmoins, quand l'appréciation de la réalité matérielle est hétérogène au sein de l'organe ou représentant collectif, l'erreur de fait qui rend irresponsable un des membres du groupement, ne peut pas avoir d'effet exonératoire à l'égard de la personne morale, puisque l'assemblage des consciences individuelles peut fournir au groupement une bonne appréciation de la réalité des faits – laquelle va défaire l'erreur de fait en ce qui concerne l'être moral.

Somme toute, l'on peut dire ainsi que la personne morale peut parfois avoir une volonté et une conscience illicite différentes de celles de ses représentants ou organes, laquelle ne se confondra pas avec l'intention coupable de la personne physique agissant ès qualité. Cette intention coupable autonome de la personne morale va avoir lieu notamment quand l'infraction a été accomplie par un organe ou représentant collectif, hypothèse dans laquelle l'acte illicite est normalement précédé d'une délibération.

161. L'exigence d'une délibération. De ce fait, en ayant conscience de cette hypothèse, des auteurs¹⁵⁶² ont proposé comme condition supplémentaire de la responsabilité pénale des groupements l'exigence d'une délibération préalable à l'acte illicite. Étant donné qu'au sein de l'organe ou représentant collectif l'individualité de la personne physique agissant ès qualité disparaît – seule l'intention coupable autonome du groupement, issue d'une délibération au sein de la personne morale, pourrait exprimer réellement et fidèlement la volonté de la personne

¹⁵⁶¹ Concernant l'erreur de fait en droit pénal français, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 575 et 576. Concernant le droit pénal brésilien, voir F. CAPEZ, *op. cit.*, p. 220.

¹⁵⁶² Dans ce sens, voir : A. MESTRE, thèse préc., p. 259 ; B. FERRIER, *op. cit.*, p. 402 ; et T. VALVERDE, *op. cit.*, p. 158.

morale¹⁵⁶³. Pour cette raison, le comportement illicite d'une seule personne physique agissant en qualité ne saurait pas engager pénalement le groupement, car il serait nécessaire que l'intention coupable de la personne morale soit contenue dans une délibération émanant d'un organe ou représentant collectif¹⁵⁶⁴.

Toutefois, cette proposition a été abandonnée en France et au Brésil pour des raisons pragmatiques et théoriques¹⁵⁶⁵. En premier lieu, parce qu'elle limiterait la responsabilité des personnes morales¹⁵⁶⁶ aux actes de leurs organes et représentants collectifs – ce qui créerait une large « zone d'irresponsabilité pénale injustifiée » à l'égard des groupements¹⁵⁶⁷. En deuxième lieu, puisque cette solution « risquait d'interdire de sanctionner les personnes morales pour des infractions de négligence ou d'imprudence » – lesquelles ne sont parfois pas précédées d'une délibération¹⁵⁶⁸. Finalement, en troisième lieu, parce que l'intention de l'organe ou représentant individuel doit être perçue par le droit pénal comme l'intention coupable du groupement lui-même¹⁵⁶⁹. Étant donné l'identité qui existe entre l'organe, le représentant et la personne morale,

¹⁵⁶³ « Dans l'assemblée qui délibère en la forme corporative disparaissent les individualités ; ce n'est plus comme individus que *Primus* ou *Secundus* émettent leur avis, influent sur la décision qui va être prise, mais comme membres, comme organes du groupement : de sorte que la décision qui sera émise par le conseil pourra être, réellement et justement, considérée comme l'expression de la volonté corporative » MESTRE, thèse préc., p. 73-74.

¹⁵⁶⁴ A. MESTRE, thèse préc., p. 259. Cette proposition n'était guère nouvelle. Déjà le droit canonique prévoyait que pour que l'infraction ait pu être imputée à l'encontre de la corporation « il faudra, disent les canonistes, qu'on ait sonné la cloche et convoqué le conseil (*pulsata campana et congregato consilio*) » – de sorte que seule la délibération qui « sera émise par le conseil » pourrait engager pénalement la personne morale. L'ancien droit français, à l'exemple du droit canonique, exigeait lui-aussi « pour qu'il y ait eu délit de communauté que l'accomplissement de l'infraction soit précédé d'une assemblée ou délibération ». Voir dans ce sens : A. MESTRE, thèse préc., p. 73-74 ; et M. JOUSSE, *op. cit.*, p. 704. Par ailleurs, cette proposition avait déjà été faite dans le projet de Code pénal de 1976 en France. Selon ce projet, l'infraction imputée à la personne morale devrait avoir été commise « par la volonté délibérée de ses organes, en son nom et dans l'intérêt de l'ensemble de ses membres » – de sorte que l'existence d'une délibération préalable au fait illicite était une condition nécessaire pour la responsabilité pénale des groupements.

¹⁵⁶⁵ Dans le contexte franco-brésilien, seul le projet de Code pénal français de 1976 a prévu cette exigence. Ensuite, concernant la doctrine française, le dernier auteur qui a défendu cette condition pour la responsabilité pénale des groupements était B. FERRIER en 1982. Au Brésil, néanmoins, M. GALVÃO énonce encore aujourd'hui que l'exigence d'une délibération préalable à l'infraction subsiste au sein de la loi 9.605/98 (F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 72), car l'article 3 de cette loi prévoit que les êtres moraux sont responsables pénalement « des infractions commises par voie d'une décision de son représentant ou de son organe ». Selon lui, en faisant référence à la décision du représentant ou organe, la loi exigerait une délibération préalable à l'infraction pour que le groupement puisse devenir pénalement responsable. Toutefois, comme on l'a vu *supra* (n° 29), cette référence dans la loi existe puisque le législateur brésilien a voulu éviter que la personne morale puisse échapper à une condamnation pénale dans les cas où ses hauts dirigeants ne sont pas les auteurs directs de l'élément matériel de l'infraction, mais où ils sont les auteurs moraux de l'acte illicite. De ce fait, on peut conclure qu'en faisant référence à la décision de l'organe ou représentant, la loi brésilienne n'exige point une délibération préalable comme condition de la responsabilité de l'être moral, mais elle prévoit tout simplement l'hypothèse dans laquelle le groupement est l'auteur indirect de l'élément matériel de l'infraction. En outre, il faut dire que la jurisprudence brésilienne ne fait pas de la délibération une condition préalable pour la responsabilité pénale des groupements, bien au contraire. Voir, par exemple, STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

¹⁵⁶⁶ M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 22.

¹⁵⁶⁷ « Pour mieux dire, l'exigence d'une délibération aurait ruiné tout espoir [d'assurer l'exacte répartition des responsabilités et l'efficacité de la sanction] » C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 149.

¹⁵⁶⁸ Dans ce sens, voir C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 445.

¹⁵⁶⁹ J. DEL SEL, *op. cit.*, p. 123.

la personne physique agissant ès qualité est complètement assimilée par le droit pénal au groupement, non seulement du point de vue matériel, mais également du point de vue subjectif¹⁵⁷⁰. Pour cette raison, l'intention coupable de la personne morale n'est pas restreinte à l'intention coupable de son organe ou représentant collectif¹⁵⁷¹, mais elle peut exister également concernant les infractions qui ont été accomplies par un organe ou représentant individuel. C'est pourquoi autant en France qu'au Brésil l'existence d'une délibération préalable à l'acte illicite n'est pas une condition supplémentaire de la responsabilité pénale des personnes morales.

162. Une intention parfois égale, parfois différente. En définitive, l'on peut dire alors que la volonté et la conscience illicite du groupement seront parfois égales à la volonté et à la conscience illicite de la personne physique qui est derrière l'écran de la personne morale. Cette hypothèse va avoir lieu notamment quand l'infraction est accomplie par une seule personne physique agissant ès qualité. Cependant, d'autres fois, la personne morale peut avoir une volonté et une conscience illicite différentes de celles de ses représentants ou organes. Cette intention « autonome » du groupement aura lieu notamment dès lors que l'infraction a été accomplie par un organe ou un représentant collectif de la personne morale.

De toute façon, dans un cas comme dans l'autre l'intention derrière l'acte illicite doit toujours être perçue par le droit pénal comme l'intention du groupement lui-même, puisque l'accomplissement de la seconde condition de cette responsabilité nous permet de conclure que le comportement illicite de l'organe ou représentant (individuel ou collectif) est la traduction fidèle de l'intention coupable de la personne morale.

Quoi qu'il en soit, est-ce que le contenu de l'intention coupable du groupement peut nous aider à mieux comprendre la question sur l'articulation entre la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique agissant ès qualité ? L'interrogation est intéressante, car certains ont énoncé que l'on devrait prendre en considération le contenu de l'élément subjectif de l'infraction pour savoir si cette articulation devrait être soumise à un principe de cumul systématique ou éventuel de responsabilités (**SOUS-SECTION II**).

¹⁵⁷⁰ « Au prix d'une fiction – qui correspond certainement à la réalité sociologique, les principes classiques du droit pénal sont sauvegardés : le fait personne d'une personne physique symbolise, et remplace juridiquement, le fait personnel de la personne morale » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 815.

¹⁵⁷¹ Dans ce sens, voir T. VALVERDE, *op. cit.*, p. 157.

Sous-section II – L’articulation des responsabilités¹⁵⁷²

Autant en France qu’au Brésil, la responsabilité pénale des groupements n’exclut pas celle des personnes physiques agissant ès qualité. Ces deux pays consacrent ainsi un principe de cumul des responsabilités. Toutefois, ni le législateur français, ni le législateur brésilien ont établi la façon dont ce cumul devait être géré. S’agit-il d’un cumul systématique ou éventuel de responsabilités ? Face à cette interrogation, en France, certains ont proposé d’utiliser l’élément subjectif de l’infraction en tant que critère pour régler le cumul qui peut exister entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique (§1). Cette proposition nous amène à la question de savoir si l’existence d’un fait justificatif peut jouer à l’égard de l’articulation existante entre ces deux responsabilités (§2).

§1) Des responsabilités cumulatives

163. L’unité d’infraction et l’unité de responsabilités. À cause de l’identité qui existe entre la personne morale, son organe et son représentant on pourrait imaginer que l’acte illicite accompli par la personne physique agissant ès qualité ne pourrait avoir qu’un seul responsable : l’être collectif¹⁵⁷³. Étant donné que la personne physique derrière l’écran du groupement agit dans le cadre de ses fonctions et non pas à titre individuel, elle ne pourrait pas être coupable de l’infraction réalisée au nom de la personne morale¹⁵⁷⁴. En effet, il serait injuste de la rendre personnellement responsable d’un acte illicite qu’elle a accompli en tant que membre du groupement¹⁵⁷⁵. Pour cette raison, puisque l’organe agit ès qualité, il devrait être complètement identifié à la personne morale – de sorte que cette assimilation impliquerait une unité de responsabilités en ce qui concerne le fait illicite accompli au sein de l’être collectif¹⁵⁷⁶. Seule la personne morale pourrait être

¹⁵⁷² Il faut dire que notre objectif dans cette sous-section n’est pas celui d’examiner les modalités d’imputation (auteur ou complice) d’une infraction vis-à-vis d’une personne morale ou vis-à-vis d’une personne physique organe ou représentant, notre objectif est uniquement celui d’analyser l’articulation entre ces responsabilités.

¹⁵⁷³ Dans le même sens, voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁷⁴ « On peine à imaginer comment la responsabilité du dirigeant, personne physique, peut présenter un caractère personnel sans être détachable de ses fonctions (...) Ainsi le constat semble s’imposer : une personne physique ne peut agir, et donc être responsable, en même temps ès-qualité et à titre personnel. Il y a là une apparente incompatibilité » E. DREYER, *op. cit.*, p. 743.

¹⁵⁷⁵ A. MESTRE, thèse préc., p. 281. « Il peut en effet paraître inéquitable de faire peser sur les personnes physiques, qualifiées d’organe ou de représentant, une responsabilité pénale alors qu’elles ne sont parfois que des [instruments ayant à peu près la même autonomie que le bâton utilisé par un délinquant personne physique pour taper sur un tiers] » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d’une personne physique agissant en qualité d’organe ou représentant d’une personne morale*, p. 1013.

¹⁵⁷⁶ Le rapporteur de la commission des Lois au Sénat avait ainsi déclaré : « il est difficile de poursuivre à la fois la personne morale et ses employés ou dirigeants. De deux choses l’une : ou bien le délit a été commis par le dirigeant ou par un agent

pénalement coupable d'une infraction réalisée par son organe ou représentant pour son compte. L'individualité de la personne physique agissant ès qualité serait donc complètement effacée par la consistance de l'écran du groupement¹⁵⁷⁷ - raison pour laquelle l'articulation entre la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique serait régie par un principe de responsabilités alternatives¹⁵⁷⁸.

Ce raisonnement s'harmonisait avec la logique de « répartition par substitution » de la responsabilité civile¹⁵⁷⁹ et administrative¹⁵⁸⁰ en France et au Brésil. Dans ces branches du droit, la responsabilité personnelle de l'organe ou représentant ne peut être engagée qu'en cas de faute séparable de ses fonctions, « c'est-à-dire lorsque la responsabilité de la personne morale ne peut plus être recherchée »¹⁵⁸¹. En outre, ce raisonnement semblait respecter le principe du *ne bis in idem*, puisque le même comportement illicite ne serait pas utilisé deux fois pour juger divers coupables d'une seule infraction¹⁵⁸². Toutefois, malgré ses avantages, l'idée d'une unité de responsabilités découlant de l'acte illicite accompli au sein de la personne morale n'a pas été adoptée ni par le législateur français, ni par le législateur brésilien.

164. L'unité d'infraction et la dualité de responsabilités. En effet, ces deux législateurs n'ont pas voulu que la responsabilité pénale des groupements se substitue à celle des personnes physiques organes ou représentants¹⁵⁸³. L'introduction de cette responsabilité avait pour finalité de

personnellement identifié et identifiable ; ou bien il a été commis par la personne morale. Il paraît donc délicat de faire jouer cumulativement la responsabilité de la personne morale et celle de ses dirigeants » JO Sénat (CR) 17 mai 1989, p. 716.

¹⁵⁷⁷ Ce raisonnement s'inscrit dans le cadre de la théorie pure de l'organe. Cette théorie « écarte, quant à elle, la possibilité d'un cumul des responsabilités. L'organe et la personne morale ne se distinguent pas, ces sont les mêmes personnes. La personne morale est toujours seule responsable personnellement des actes juridiques mais également des délits et des quasi-délits commis par l'organe » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 186.

¹⁵⁷⁸ Selon cette logique, on aurait une responsabilité exclusive de la personne morale si le fait illicite est un fait de fonction. Alors, la personne physique pourrait être poursuivie seulement pour deux catégories d'actes : les « actes personnels ou encore détachés des fonctions » ; et « les actes détachables des fonctions ». Voir, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale*, p. 1014.

¹⁵⁷⁹ En droit civil, « Il est désormais une jurisprudence bien acquise selon laquelle le dirigeant d'une personne morale ayant agi dans l'exercice de sa fonction sociale n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers (...) On s'aperçoit donc que la répartition des responsabilités civiles dans l'entreprise semble vouloir évoluer vers une logique de répartition par substitution au détriment d'une réparation par addition » F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 805. Voir dans ce sens : Cour de cass., 2^e Ch. civ., 7 octobre 2004, Bull. n° 439.

¹⁵⁸⁰ Voir J.-F. BRISSON, *op. cit.*, p. 9. Concernant le droit brésilien, voir : C. MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo : Malheiros, 2011.

¹⁵⁸¹ Voir dans ce sens : Cour de cass., Ch. comm., 20 octobre 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 254 ; Cour de cass., Ch. comm., 28 avril 1998, Bull. civ., IV, n° 169 ; Cour de cass., Ch. comm., 28 septembre 2010, Bull. civ. 2010, IV, n° 146 ; JCP G 2010, 1177, note C. Benoît-Renaudin ; LPA 29 décembre 2010, n° 259, p. 8, note H. Moubait ; RTD civ. 2010, p. 785, obs. P. Jourdain.

¹⁵⁸² « En effet une telle interprétation pourrait se heurter au principe du *non bis in idem* : une double utilisation des éléments matériels, non dans le temps mais dans l'espace. Il s'agit bien d'une seule action qui fait deux coupables » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 560-561. Contre ce raisonnement voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁸³ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26. En France, cette crainte était d'ailleurs déjà exprimée par la commission de révision du Code pénal de 1978 – laquelle ne voulait pas que la responsabilité pénale des groupements

« reconnaître la part personnelle de responsabilité des personnes morales », mais elle devait le faire sans créer un facteur d'impunité pour les personnes physiques qui participent à l'infraction réalisée pour le compte du groupement¹⁵⁸⁴. C'est pourquoi pour éviter le risque évident d'une déresponsabilisation du comportement illicite des personnes physiques agissant ès qualité, la loi en France et au Brésil a prévu la possibilité d'un cumul entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de son organe ou représentant¹⁵⁸⁵, en excluant un principe de responsabilités alternatives ou par substitution.

De ce fait, nonobstant l'identité qui existe entre la personne morale et ses membres, il reste cependant que les personnes physiques qui composent les organes ou qui sont des représentants du groupement se distinguent de celui-ci. Par conséquent, « la représentation n'efface pas la culpabilité de la personne physique dont elle doit personnellement répondre », alors même que l'infraction a été accomplie dans le cadre de sa fonction, pour le compte de la personne morale¹⁵⁸⁶. Pour cette raison, autant en France qu'au Brésil il est possible de cumuler à la fois la responsabilité du groupement avec celle des personnes physiques agissant ès qualité.

Derrière cette dualité de responsabilités l'on rencontre deux piliers conceptuels¹⁵⁸⁷. « D'une part, les organes et représentants se confondent avec la personne morale qui est alors personnellement responsable par leur représentation, c'est-à-dire à travers eux. D'autre part, les personnes physiques se distinguent des organes dont elles sont membres ou de la qualité de représentant qu'elles endossent et cette dissociation conduit à envisager l'imputation d'une autre responsabilité »¹⁵⁸⁸. Par conséquent, à cause de ces deux piliers conceptuels, l'on peut dire qu'en droit pénal l'opacité de l'écran de la personne morale n'est pas assez forte pour dissimuler la responsabilité personnelle des personnes physiques qui ont accompli l'acte illicite au nom du

« constitue un écran utilisé pour masquer les responsabilités personnelles ». Voir, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale*, p. 1016.

¹⁵⁸⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 402-403.

¹⁵⁸⁵ R. VALEUR, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américains*, Paris : Girard, 1931, n° 98, p. 66.

¹⁵⁸⁶ Si cette idée est incompatible avec la théorie pure de l'organe, elle est cependant rationnellement admissible dans le cadre de la théorie de l'identification : « pour un même fait, représentant et représenté peuvent engager personnellement leur responsabilité ». Voir, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 88.

¹⁵⁸⁷ Ces deux piliers conceptuels avaient déjà été constatés par MESTRE. Selon lui, les personnes physiques « en jouant le rôle d'organes, sont encore des individus, responsables par conséquent de l'acte qu'ils ont rendu possible par leurs concours : le délit individuel n'entraîne normalement que la répression d'un individu ; le délit collectif entraîne celle du groupe et celle de l'individu qui en a rendu possible l'accomplissement » A. MESTRE, thèse préc., p. 134. Contre cette idée, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 748. Selon M. DREYER, cette dualité de responsabilités est incompatible avec un modèle de responsabilité par représentation de la personne morale.

¹⁵⁸⁸ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 105.

groupement¹⁵⁸⁹. C'est pourquoi dans cette branche du droit ces deux responsabilités sont concurrentes et non pas supplétives l'une de l'autre¹⁵⁹⁰.

Ce principe d'une dualité de responsabilités existait déjà dans l'Ancien droit français¹⁵⁹¹ et actuellement il est requis au niveau européen et international¹⁵⁹², puisque plusieurs conventions internationales le prévoient¹⁵⁹³. En outre, le Conseil de l'Europe reconnaît le cumul de la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique¹⁵⁹⁴.

Il nous semble que cette « tendance »¹⁵⁹⁵ dans le sens de l'autorisation de ce cumul de responsabilités existe en raison des avantages que l'on peut en retirer. En premier lieu, il évite que la « personnalité morale forme un écran qui permette aux dirigeants de commettre des faits générateurs de responsabilité en toute impunité »¹⁵⁹⁶, en tissant un « filet de sécurité pour retenir dans ses mailles les personnes physiques dont il serait choquant et contre-préventif de les voir échapper à leurs responsabilités »¹⁵⁹⁷. En deuxième lieu, ce cumul de responsabilités peut dissuader l'organe ou représentant d'adopter certains comportements reprochables, car le risque d'une condamnation pénale subsiste à l'égard de la personne physique agissant ès qualité¹⁵⁹⁸. Finalement, en troisième lieu, ce cumul assure les droits de victimes, puisqu'avec lui il est plus aisé de rencontrer un patrimoine solvable pour l'indemnisation des victimes de l'infraction¹⁵⁹⁹.

C'est peut-être en raison de tels avantages, que l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal français et le paragraphe unique de l'article 3 de la loi 9.605/98 prévoient que « la responsabilité

¹⁵⁸⁹ Dans le même sens, voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, la Responsabilité civile*, Paris : LGDJ, 2001, n° 855. « Cette fois la pluralité de responsabilités va résulter de l'imputation à plusieurs responsables d'une seule et même infraction » F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 805.

¹⁵⁹⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 403.

¹⁵⁹¹ Par exemple, en 1379, la ville de Montpellier a été pénalement condamnée car elle s'est soulevé par l'occasion d'un impôt royal : « les officiers royaux furent massacrés au cours de l'émeute ». Dans la décision de condamnation, on voit fonctionner à la fois deux genres de répression : « une répression collective contre la communauté coupable, et des répressions individuelles contre ceux qui, par leur délit personnel, ont rendu possible le délit de la ville ». Voir A. MESTRE, thèse préc., p. 111.

¹⁵⁹² Voir : H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 121 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 745.

¹⁵⁹³ Pour l'illustrer, on peut citer le deuxième protocole joint à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (« la responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques ») et l'article 22, §4, de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (« cette responsabilité est établie sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques ayant commis l'infraction »).

¹⁵⁹⁴ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 559.

¹⁵⁹⁵ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁹⁶ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 217. Dans le même sens, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁹⁷ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁹⁸ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 217.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.* Selon certains, la responsabilité pénale des personnes morales a été pensée en « fonction de leur patrimoine (importance de l'impact économique des sanctions pénales) ». Tel serait l'idée contenue dans l'article 14 du *Corpus Juris*, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, relatif à la responsabilité pénale des groupements. Voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 269.

pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits »¹⁶⁰⁰. De ce fait, l'on peut dire qu'autant le législateur français que le brésilien ont consacré un principe de responsabilités cumulatives – de sorte que la responsabilité de la personne morale peut être cumulée avec celle de la personne physique agissant ès qualité¹⁶⁰¹.

Cependant, ni la loi française, ni la loi brésilienne n'a établi comment on devrait faire ce cumul¹⁶⁰². Est-ce qu'il s'agirait d'un cumul éventuel ou systématique des responsabilités ? Face au silence du législateur, la charge de clarifier et répondre à cette question pesait sur les juridictions¹⁶⁰³.

165. Un cumul systématique de responsabilités. Dans un premier temps, la jurisprudence franco-brésilienne a tranché cette question dans le sens d'un cumul systématique de responsabilités¹⁶⁰⁴.

En France, la Cour de cassation exigeait l'identification de la personne physique agissant ès qualité comme une condition préliminaire pour la responsabilité pénale des personnes morales¹⁶⁰⁵. De ce fait, les juges devaient tout d'abord caractériser l'infraction imputable à la personne physique organe ou représentant pour ensuite imputer cet acte illicite à l'encontre du groupement. Par conséquent, les magistrats ne pouvaient considérer la responsabilité pénale des être moraux qu'au travers d'une infraction accomplie par une personne physique identifiée¹⁶⁰⁶. La conséquence

¹⁶⁰⁰ Concernant le thème, la loi française et la loi brésilienne ont exactement la même rédaction. Cette identité confirme l'idée que le législateur brésilien a été inspiré par le législateur français pour établir la responsabilité pénale des groupements au Brésil.

¹⁶⁰¹ Dans le même sens, concernant le droit brésilien, voir M. REALE JR., *A responsabilidade penal da pessoa jurídica in Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 344. Contre ce cumul de responsabilités concernant le droit français, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 810.

¹⁶⁰² « À dire vrai il n'y a rien à tirer de ce texte, ni pour déterminer les cas de cumul de responsabilité, ni surtout pour répartir la charge de la faute entre la personne morale et la personne physique » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 25.

¹⁶⁰³ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26. Dans un second temps, notamment en France, le législateur par le biais de la loi du 10 juillet 2000, encore qu'indirectement, va régler cette question concernant les infractions non-intentionnelles.

¹⁶⁰⁴ Il faut dire que dans le cas d'un cumul de responsabilités, chacun des deux prévenus (personne morale et son organe ou représentant) peut chercher à atténuer sa propre responsabilité pénale en soulignant la culpabilité plus importante de l'autre prévenu. Dans cette hypothèse, l'intérêt processuel du groupement peut être contradictoire avec celui de son représentant ou organe. Pour cette raison, la loi française prévoit dans l'article 706-43 du Code de procédure pénale la possibilité de désigner un mandataire de justice pour représenter la personne morale au cours de l'instance lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à la fois à l'encontre du représentant légal de la personne morale et de celle-ci. Sur le thème, voir M. BENILLOUCHE, *La poursuite des personnes morales, in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009, p. 24. Le législateur brésilien n'a pas prévu un article similaire au français dans le Code de procédure pénale brésilien. La jurisprudence brésilienne à son tour n'a pas encore tranché cette question, voir B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁰⁵ Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848.

¹⁶⁰⁶ « Étroitement tributaire de son organe ou représentant, la personne morale devrait logiquement être condamnée avec lui, la responsabilité reflète appelant le cumul des responsabilités » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 27. Voir *supra* (n° 46).

logique de ce raisonnement était donc le cumul systématique de responsabilités¹⁶⁰⁷. Étant donné que l'on devait caractériser l'infraction à l'égard d'un organe ou représentant identifié, la responsabilité de la personne physique était systématiquement engagée aux côtés de la personne morale, car il serait inconcevable de ne pas engager la responsabilité d'un agent vis-à-vis duquel les éléments constitutifs de l'infraction étaient caractérisés¹⁶⁰⁸. La jurisprudence de la Haute juridiction encourageait ainsi dans un premier temps un cumul systématique de responsabilités à travers l'exigence d'identification de la personne physique derrière l'écran du groupement¹⁶⁰⁹.

De la même manière, au Brésil la jurisprudence avait elle-aussi consacré dans un premier temps un cumul systématique de responsabilités. Comme l'on a vu¹⁶¹⁰, la première interprétation que les tribunaux brésiliens ont fait de la responsabilité pénale de groupements était celle selon laquelle cette responsabilité était la simple conséquence de la responsabilité de la personne physique agissant ès qualité¹⁶¹¹. Par conséquent, la responsabilité de l'être collectif présupposait nécessairement la responsabilité pénale de son organe ou représentant personne physique, car elle serait une responsabilité par ricochet ou reflet¹⁶¹². De ce fait, dans le cadre de cette jurisprudence, l'articulation entre ces deux responsabilités était soumise à une logique d'addition¹⁶¹³, puisque la condamnation de la personne morale postulait nécessairement la condamnation préalable de la personne physique agissant ès qualité¹⁶¹⁴. Ainsi, à l'exemple de la jurisprudence française, la jurisprudence brésilienne a elle-aussi consacré dans un premier temps un cumul systématique de responsabilités.

Cependant, dans un second temps, un changement de la jurisprudence en France et au Brésil a permis de tempérer l'excès de cette logique d'addition entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique.

¹⁶⁰⁷ « La conséquence logique de cette analyse est donc la poursuite simultanée de la personne morale et de son représentant, sachant que la responsabilité de la personne morale est conditionnée par l'établissement de l'infraction auprès de la personne physique » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 24.

¹⁶⁰⁸ Dans le même sens, voir T. DALMASSO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁰⁹ Dans un approche traditionnel « le cumul est toujours possible puisque la personne physique qui a commis l'infraction doit toujours être identifiée » C. MAURO, *op. cit.*, p. 76.

¹⁶¹⁰ Voir *supra* (n° 46).

¹⁶¹¹ « La condamnation de la personne morale est une simple conséquence de la condamnation de son organe ou de son représentant, car la personne morale, en raison de sa nature désincarnée, ne peut pas accomplir une infraction elle-même » STF, 4 août 2008, REXT n° 440.180.

¹⁶¹² « La responsabilité pénale de la personne morale est indirecte par ricochet, car elle devient responsable en raison de l'infraction accomplie par une personne physique » STJ, 31 mars 2011, RESP n° 996.860.

¹⁶¹³ Selon certains, ce principe s'harmonise avec la logique de répartition de responsabilités au sein du droit pénal, car « en raison peut-être de sa finalité qui, contrairement à la responsabilité civile, n'est pas tournée vers la réparation, mais à la répression (...) le principe directeur de la matière pénale en cas de pluralité de potentiels responsables pour une même infraction semble être celui de la répartition par addition » F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 806.

¹⁶¹⁴ S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 130 et p. 149.

166. Un cumul éventuel de responsabilités. Dans un second temps, la Cour de cassation a abandonné l'exigence d'identification de la personne physique agissant en qualité comme condition préalable à la responsabilité pénale des groupements. Comme l'on a vu, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1998¹⁶¹⁵, lequel a été suivi par plusieurs décisions allant dans le même sens¹⁶¹⁶, la Haute juridiction française a permis la condamnation de la personne morale sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne physique qui avait accompli matériellement l'acte illicite¹⁶¹⁷. En outre, la Cour de cassation est ensuite allée encore plus loin et a même permis un raisonnement par déduction concernant le fait de l'organe ou représentant de la personne morale¹⁶¹⁸.

Ce changement de jurisprudence en France a découragé un cumul systématique de responsabilités¹⁶¹⁹, notamment parce que l'identification de l'organe ou représentant et la caractérisation de l'infraction à l'égard de la personne physique agissant en qualité n'étaient plus des conditions préalables à la responsabilité pénale de la personne morale¹⁶²⁰. Par conséquent, encore qu'indirectement, la nouvelle jurisprudence de la Haute Juridiction a favorisé l'utilisation d'un principe de cumul éventuel de responsabilités à la place d'un principe de cumul systématique, puisque la responsabilité des groupements n'était plus dépendante de celle d'une personne physique identifiée¹⁶²¹.

La jurisprudence brésilienne à son tour a suivi le même chemin. À l'exemple de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 août 2013¹⁶²² le Supremo Tribunal Federal a énoncé que la personne morale peut être mise en cause et condamnée, en raison d'une infraction accomplie pour son compte, sans qu'il soit nécessaire d'identifier la personne physique qui a réalisé matériellement l'acte illicite. Pour cette raison, la condamnation de l'organe ou représentant personne physique n'était plus une condition préalable pour la responsabilité pénale des groupements¹⁶²³. De ce fait,

¹⁶¹⁵ Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560.

¹⁶¹⁶ Voir : Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714 ; Cour de cass., Ch. crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-83414 ; Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261 ; Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543.

¹⁶¹⁷ Voir *supra* (n° 70).

¹⁶¹⁸ Sur cette jurisprudence, voir *supra* (n° 112 et s.). Concernant la relation entre cette jurisprudence et le cumul de responsabilités, voir C. BOERINGER et A. MILLERAND, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶¹⁹ Dans le même sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26.

¹⁶²⁰ Selon M. PRADEL, cette jurisprudence consacre la théorie de la réalité de la personne morale, car elle "permet de s'affranchir assez nettement de l'établissement préalable de la responsabilité des individus" J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 495.

¹⁶²¹ Dans le même sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 27.

¹⁶²² STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181. Deux autres décisions du Supremo Tribunal Federal au Brésil ont étudié indirectement la question de l'identification de la personne physique agissant en qualité et celle de l'autonomie de la responsabilité pénale de la personne morale par rapport à la responsabilité pénale de la personne physique : STF, 6 septembre 2011, REXT n° 628.582 ; et STF, 29 octobre 2005, HC n° 83.554. Néanmoins, la décision qui a véritablement opéré un changement de jurisprudence au Brésil est celle du 6 août 2013.

¹⁶²³ Voir *supra* (n° 75).

on peut dire que ce changement de jurisprudence au Brésil a également contribué à l'abandon d'un principe de cumul systématique de responsabilités. Étant donné que la poursuite de l'organe ou représentant personne physique n'était plus une condition sine qua non de la responsabilité pénale de la personne morale, les tribunaux brésiliens ont abdiqué en ce qui concerne l'idée d'un cumul obligatoire de responsabilités¹⁶²⁴.

Somme toute, on peut dire qu'en France et au Brésil la jurisprudence, dans un second temps, a découragé un cumul systématique de la responsabilité pénale des groupements avec celle de la personne physique agissant ès qualité, en favorisant l'utilisation d'un principe de cumul éventuel de responsabilités¹⁶²⁵. La responsabilité des personnes morales peut être cumulée avec celle des personnes physiques, mais cela n'oblige pas un cumul systématique des responsabilités. Néanmoins, si le cumul entre ces deux responsabilités devrait être éventuel, quel critère devrait-on utiliser pour distinguer les hypothèses dans lesquelles il devrait ou non jouer ?¹⁶²⁶

167. À la recherche d'un critère pour régler le cumul éventuel de responsabilités. En France, le principal critère qui a été utilisé pour régler la question du cumul entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique agissant ès qualité est l'élément subjectif de l'infraction¹⁶²⁷. Selon ce critère, si l'acte illicite était intentionnel, le cumul de responsabilités devait

¹⁶²⁴ On réalise cette affirmation car dès lors que « l'imputation d'une infraction à la personne morale n'est pas nécessairement subordonnée à la reconnaissance préalable de la responsabilité des personnes physiques ayant agi pour son compte », « le cumul des responsabilités est seulement admis mais il reste facultatif ». Dans le même sens, mais concernant le droit français, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 291.

¹⁶²⁵ Par ailleurs, il faut dire que ces deux responsabilités sont indépendantes – de sorte que la relaxe prononcée en faveur de l'une n'a pas d'autorité à l'égard de l'autre. Dans le sens contraire, la condamnation prononcée contre la personne physique n'a pas d'autorité par rapport à la personne morale et vice versa. Dans le même sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 27. On rencontre cette indépendance entre la responsabilité de la société et celle des dirigeants sociaux aussi en droit civil, voir par exemple Cour de cass., 2^e Ch. civ., 17 juillet 1967, Gaz. Pal. 1967, p. 235. Par ailleurs, le paragraphe premier de l'article 41 du projet de nouveau Code pénal brésilien (Projet de Loi au Sénat n° 236/2012) souligne cette indépendance en énonçant que « la responsabilité des personnes morales n'est pas dépendante de la responsabilité des personnes physiques ».

¹⁶²⁶ « La question restait posée, faute que des critères soient fixés, de savoir dans quels cas et pour quelles raisons la personne morale et la personne physique devaient voir leurs responsabilités engagées de manière cumulative » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 25.

¹⁶²⁷ « Faute de faits matériellement distincts, c'est la psychologie qui servira le plus souvent de critère » J.-Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 404. Dans le même sens, voir T. DALMASSO, *op. cit.*, p. 12 et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 104. D'autres auteurs ont proposé aussi la nature de l'entreprise comme critère : « si l'entreprise est fictive, on peut poursuivre l'individu seul puisque l'entreprise n'a pas d'existence propre (même si elle possède les apparences juridiques d'une société) et n'est qu'un moyen entre les mains de l'individu qui s'apparente à l'escroc. Si au contraire l'entreprise est réelle, c'est elle seule qu'on poursuivra, du moins en principe » (J. PRADEL, *La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994*, p. 175). À notre avis, le caractère fictif de l'entreprise ne doit pas empêcher sa poursuite, étant donné qu'au tant en droit français qu'en droit brésilien on peut prononcer une peine à l'encontre du groupement qui a été créé ou a été détourné de son objet social pour commettre des infractions – c'est-à-dire à l'encontre d'une entreprise fictive. Voir l'article 131-39 du Code pénal français et 24 de la loi 9.605/98.

s'imposer. Toutefois, si l'infraction était accomplie de manière non-intentionnelle, la poursuite exclusive de la personne morale devrait être privilégiée¹⁶²⁸.

On rencontre cette idée, tout d'abord, dans la loi du 10 juillet 2000¹⁶²⁹. Aux termes de celle-ci¹⁶³⁰, dès lors que l'on a un lien de causalité indirect entre le comportement et le résultat illicite, les infractions d'imprudence commises par voie d'une faute simple peuvent être imputées uniquement à l'encontre des personnes morales. Avec cette loi, le législateur français semble donc privilégier les poursuites contre les groupements lorsque l'infraction commise au sein de la personne morale est non-intentionnelle – de sorte que pour ce genre d'acte illicite le cumul de responsabilités devrait être exclu¹⁶³¹. De ce fait, on peut dire que la loi du 10 juillet 2000 paraît utiliser l'élément subjectif de l'infraction en tant que critère pour régler la question du cumul entre la responsabilité de la personne physique et celle de la personne morale, puisqu'un tel élément de l'infraction va définir si l'on peut ou non cumuler ces deux responsabilités.

Ensuite, on rencontre également l'utilisation de ce critère dans la circulaire du Ministère de la Justice du 13 février 2006¹⁶³². Selon cette circulaire, en ce qui concerne le cumul de responsabilités, on devrait faire une distinction entre les infractions intentionnelles et non-intentionnelles¹⁶³³. Pour les premières, « la règle devra en principe consister dans l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits et contre la personne morale ». Pour les secondes, cependant, « les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale »¹⁶³⁴.

¹⁶²⁸ Tel est le cas du modèle belge qui « admet le cumul seulement en cas d'infraction intentionnelles ». Voir F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 340.

¹⁶²⁹ Selon certains, avec cette loi « le législateur a partiellement reconnu le caractère exagéré de ce cumul de responsabilités, en dissociant (...) le régime des infractions non intentionnelles à l'égard des personnes physiques et des personnes morales ». Voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 473.

¹⁶³⁰ Voir *supra* (n° 125).

¹⁶³¹ W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 28.

¹⁶³² Circulaire CRIM 200603 E8 du 13 février 2006, Ministère de la Justice. Dans le même sens, voir : J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 985-986 ; et H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 123.

¹⁶³³ Selon M. MAYAUD, « le bilan des premières applications est en ce sens, qui souligne que c'est essentiellement pour des infractions non intentionnelles que le non cumul joue au profit des personnes physiques, alors que, s'agissant d'infractions intentionnelles (...) les dirigeants sont en général condamnés en même temps que la personne morale ». Voir, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 404.

¹⁶³⁴ La rédaction de cette circulaire s'harmonise avec le vœu de l'Assemblée nationale française dans le moment d'élaboration du nouveau Code pénal, puisque, contrairement au Sénat, elle a adopté une version du texte selon laquelle « les personnes physiques ne pourraient être poursuivies qu'en cas de faute personnelle ». Toutefois, l'avis du Sénat resta dans la version définitive, selon laquelle « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Voir : D. GUÉRIN, *op. cit.*, p. 5 ; et R. BADINTER, *Présentation du projet du nouveau Code pénal*, Paris : Dalloz, 1988, p. 16.

En dépit d'une explication théorique plus précise, il nous semble que ce critère de l'élément subjectif de l'infraction est utilisé par le droit pénal français pour régler le cumul entre ces deux responsabilités à cause de la gravité de l'acte illicite¹⁶³⁵. Dès lors que l'infraction révèle une hostilité aux valeurs sociales (intention), autant la personne physique agissant ès qualité que la personne morale doivent être condamnées. Toutefois, si l'acte illicite démontre une indifférence à ces mêmes valeurs (imprudence) – la gravité du comportement est moins significative, raison pour laquelle on n'aurait pas besoin d'un cumul de responsabilités. En effet, dans cette seconde hypothèse, la sanction de la personne morale semble suffire pour rétablir l'ordre public troublé par une infraction qui a été accomplie involontairement pour le compte du groupement¹⁶³⁶.

Au Brésil, ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont établi de critère pour régler la question du cumul éventuel entre la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique agissant ès qualité. Néanmoins, il nous semble que les poursuites de la seule personne morale seront privilégiées dans deux hypothèses¹⁶³⁷. En premier lieu, dès lors que l'enquête n'a pas identifié la personne physique agissant ès qualité. En second lieu, quand l'infraction est commise par un organe ou représentant collectif du groupement, à l'issue d'un vote à bulletin secret dont le résultat n'est pas unanime. À défaut de pouvoir identifier les personnes physiques qui ont pris part à l'accomplissement de l'infraction, seule la personne morale pourra être responsable dans ces hypothèses¹⁶³⁸.

En définitive, on peut dire qu'on rencontre en France et au Brésil actuellement un principe de cumul éventuel entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique. Ces deux responsabilités ne sont plus soumises à une logique d'addition, cependant rien n'empêche qu'elles soient recherchées au même temps. Pour cette raison, on peut dire que le droit

¹⁶³⁵ Dans le même sens, voir Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 404.

¹⁶³⁶ « L'imprudence, la négligence peuvent toujours être attribués à la personne morale (...) ce qui devrait amplement suffire comme répression » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 579.

¹⁶³⁷ Le même raisonnement peut être réalisé en ce qui concerne le droit pénal français. En outre, il faut dire que le ministère public français a plus de liberté que le ministère public brésilien en ce qui concerne le choix de poursuivre ou non à la fois la personne morale et la personne physique agissant ès qualité. Cette assertion est possible car tandis qu'en France on a un principe d'opportunité des poursuites, au Brésil on a un principe de légalité des poursuites. De ce fait, contrairement au ministère public brésilien, le ministère public français a la liberté de décider en fonction des circonstances contre qui il va engager une procédure : personne morale, dirigeant ou les deux.

¹⁶³⁸ Voir W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 172. Concernant le droit français, voir par exemple Cour de cass., Ch. crim., 11 mai 1999, pourvoi n° 97-81653. En ce qui concerne le droit brésilien, la jurisprudence n'a pas encore tranché cette question. En Italie, la théorie de « l'infraction collective » prévoit que même si l'on ne peut pas identifier les personnes physiques qui ont pris part à l'accomplissement de l'infraction commise par un organe collectif, on peut quand même retenir la responsabilité pénale de tous les membres du groupement dès lors que la personne physique agissant ès qualité ne s'est pas expressément manifestée contre le comportement illicite. Voir dans ce sens, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano : A. Giuffrè, 1947, p. 233.

pénal français et le droit pénal brésilien n'interdisent pas un tel cumul de responsabilités, mais ils ne l'imposent pas non plus¹⁶³⁹.

Quoi qu'il en soit, dans ce contexte d'un cumul éventuel de responsabilités, on peut se demander si l'existence d'un fait justificatif peut jouer à l'égard de l'articulation entre la responsabilité pénale du groupement et celle de son organe ou représentant personne physique. Est-ce que la présence d'une cause objective d'irresponsabilité pénale pourrait effacer à la fois la responsabilité de l'être moral et celle de la personne physique agissant ès qualité (§2) ?

§2) L'articulation des responsabilités et les faits justificatifs

168. L'étude des faits justificatifs. Comme l'on a vu, l'objectif du titre deux de notre étude est celui de présenter le mouvement d'adaptation qui a été réalisé par le droit pénal dans le but de rendre l'élément subjectif de l'infraction compatible avec la nature désincarnée des personnes morales. De ce fait, il peut paraître inopportun d'étudier les « causes de justification » au sein de ce titre, étant donné que ces causes sont aussi appelées « causes objectives d'irresponsabilité pénale ». Si l'on étudie pour le moment le caractère subjectif de la responsabilité pénale des groupements, pourquoi devrait-on examiner les causes objectives de justification du fait illicite ? N'y aurait-il pas là une contradiction entre le caractère subjectif de cette responsabilité et le caractère objectif du fait justificatif ? En réalité, cette contradiction n'est qu'apparente, puisque plusieurs raisons autorisent l'analyse des faits justificatifs à présent.

Tout d'abord, la nature de notre recherche. Tout au long de notre étude, la responsabilité pénale des personnes morales a été examinée sous l'angle du droit pénal comparé. Pour cette raison, il a parfois été nécessaire de choisir sous l'optique de quel droit (le français ou le brésilien) il convenait d'analyser le thème qui était l'objet de notre étude. Dans ce contexte, il faut dire que dans le droit pénal brésilien les « causes objectives d'irresponsabilité pénale » sont traditionnellement examinées subséquentement à l'étude de l'élément subjectif de l'infraction¹⁶⁴⁰. C'est pourquoi, sous l'optique brésilienne, il est tout à fait naturel d'étudier les faits justificatifs à cette étape de notre étude, après l'examen du caractère subjectif de la responsabilité pénale des groupements.

¹⁶³⁹ Dans le même sens concernant le droit français, voir W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 27.

¹⁶⁴⁰ Voir par exemple : J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 217 et s. ; et L. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 240 et s.

Ensuite, la nature controversée des causes de justification. Si, d'un côté, la majorité des auteurs en France sont d'accord pour dire que les faits justificatifs sont des causes objectives d'irresponsabilité pénale¹⁶⁴¹, d'un autre côté, le droit français a également connu des auteurs qui défendent le caractère subjectif et même psychologique de ces causes d'irresponsabilité¹⁶⁴². Ainsi, la nature des faits justificatifs semble avoir une modique coloration subjective – laquelle peut justifier elle-aussi l'étude du thème à présent.

Finalement, la raison pour laquelle on analyse les faits justificatifs dans le cadre de notre étude. Ici notre dessein est d'analyser la relation entre les causes de justification, la responsabilité des personnes morales et celle des personnes physiques agissant *ès qualité*, notamment pour vérifier si un fait justificatif existant à l'égard de l'organe ou représentant peut automatiquement profiter au groupement et inversement. Pour cette raison, il nous semble tout à fait logique d'analyser les causes de justification à la suite de l'étude sur l'articulation entre la responsabilité pénale du groupement et celle de la personne physique agissant *ès qualité*¹⁶⁴³, puisque l'existence d'une cause objective d'irresponsabilité peut avoir une influence sur cette articulation.

Pour ces raisons, il convient d'examiner à présent la question de savoir si une cause objective d'irresponsabilité peut ou non effacer à la fois la responsabilité pénale de l'être moral et la responsabilité pénale de la personne physique agissant *ès qualité*. Est-ce que cet effacement complet de responsabilités est possible en France et au Brésil ? Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord d'étudier les causes objectives d'irresponsabilité dans le contexte franco-brésilien.

169. Les causes de justification dans le contexte franco-brésilien. En ce qui concerne les causes de justification, on rencontre des similitudes et des différences entre le droit français et le droit brésilien. Autant le Code pénal en France, que le Code pénal au Brésil prévoient comme causes objectives d'irresponsabilité pénale l'ordre ou l'autorisation de la loi, la légitime défense et l'état de nécessité¹⁶⁴⁴. Toutefois, la nature juridique accordée au commandement de l'autorité légitime n'est pas la même dans ces deux ordres juridiques. Tandis qu'en France le commandement de

¹⁶⁴¹ Dans ce sens, voir, par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 375 ; R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 521 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, n° 414 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 438 ; et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai d'une théorie générale de la justification*, Ann. Fac. Toulouse, 1982, p. 18.

¹⁶⁴² Selon M. LOMBOIS, la cause de justification aurait une influence sur l'élément moral de l'infraction, puisque l'auteur agirait de « bonne foi ». Voir C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, p. 90. Selon d'autres, le fait justificatif pourrait être perçu aussi comme un mobile pris en compte par le droit pénal. Sur le thème voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 160.

¹⁶⁴³ Voir *supra* (n° 163 et s.).

¹⁶⁴⁴ En France, les causes objectives d'irresponsabilité sont prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal. Au Brésil, elles sont prévues à l'article 23 du Code pénal.

l'autorité légitime est un fait justificatif, au Brésil il est considéré comme une cause subjective d'irresponsabilité pénale¹⁶⁴⁵. De toute façon, en dépit de quelques différences, dans ces deux pays les causes de justification ont la même définition et le même régime juridique au sein du droit pénal.

Cette assertion est possible, car autant en France qu'au Brésil le fait justificatif peut être défini comme une circonstance matérielle qui fait obstacle à la qualification de l'infraction. Certaines circonstances matérielles participent d'un « devoir ». La loi, le règlement ou l'autorité légitime¹⁶⁴⁶ commande l'agent d'agir ou de s'abstenir et ainsi commettre une infraction – de sorte que l'acte illicite ne peut pas être perçu comme injuste, puisqu'on « ne peut pas reprocher à une personne d'avoir accompli son devoir »¹⁶⁴⁷. Tandis que d'autres faits justificatifs participent d'un « droit ». Le droit pénal autorise « la réalisation d'une infraction au nom d'un intérêt légitime », de sorte que l'agent a le droit d'accomplir l'interdit, lequel face à une circonstance matérielle exceptionnelle devient permis¹⁶⁴⁸. Par ailleurs, autant en France qu'au Brésil les causes objectives d'irresponsabilités peuvent être générales ou spéciales¹⁶⁴⁹.

Quoi qu'il en soit, dans ces deux pays les faits justificatifs neutralisent non seulement la responsabilité individuelle de l'agent, mais surtout le caractère « illicite » ou « injuste » de l'infraction. À cause d'une circonstance matérielle, « l'élément légal de l'infraction est alors neutralisé » et « les faits perdent la qualification pénale qui leur était apparemment applicable »¹⁶⁵⁰. De ce fait, on peut dire que la cause de justification opère de manière objective, *in rem* et non pas *in personam*. Face aux circonstances de l'infraction, « c'est l'acte lui-même qui est lavé de tout caractère infractionnel et non son auteur qui est blanchi »¹⁶⁵¹. Pour cette raison le fait justificatif

¹⁶⁴⁵ On ne rencontre pas de véritable explication pour cette différence. Toutefois, il est évident que la perception du commandement de l'autorité légitime n'est pas la même dans ces deux pays. En France, le commandement de l'autorité légitime est perçu comme un fait justificatif qui complète l'ordre ou l'autorisation de la loi, « dans la mesure où, la plupart du temps, l'ordre de l'autorité légitime est donné dans un cadre légal ou réglementaire » (X. PIN, *Droit pénal général*, p. 195). Au Brésil, le commandement de l'autorité légitime est perçu comme une circonstance de fait qui supprime sa liberté à l'agent, son aptitude à résister à l'infraction. Pour cette raison, il est une cause de non-imputabilité et non pas un fait justificatif (J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 329). De ce fait, malgré la similitude qu'on rencontre dans ces deux pays concernant la définition du contenu du commandement de l'autorité légitime, le régime juridique de cette circonstance matérielle ne sera pas le même dans ces deux pays. Tandis qu'en France cette cause d'irresponsabilité va opérer *in rem*, au Brésil elle va opérer *in personam*. On va étudier les causes de non-imputabilité (causes subjectives d'irresponsabilités) à l'égard de la responsabilité pénale des personnes morales plus en détails *infra* (n° 168 et s.).

¹⁶⁴⁶ Concernant l'autorité légitime on fait référence notamment au droit pénal français.

¹⁶⁴⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 191. Il est ainsi avec l'ordre ou l'autorisation de la loi et, notamment en France, avec le commandement de l'autorité légitime.

¹⁶⁴⁸ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 191. Il est ainsi avec la légitime défense et l'état de nécessité.

¹⁶⁴⁹ Sur le caractère spécial ou général des causes objectives d'irresponsabilité voir, concernant le droit français, E. DREYER, *op. cit.*, p. 751. Concernant le droit brésilien, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 471.

¹⁶⁵⁰ E. DREYER, *op. cit.*, p. 764.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*

en France et au Brésil neutralise le caractère injuste du comportement illicite et non seulement la responsabilité individuelle de l'agent qui l'a accompli.

Par conséquent, une cause objective d'irresponsabilité profitera, en principe, à tous les agents qui ont participé à l'infraction commise dans le cadre d'un « devoir » ou d'un « droit » : ni l'auteur, ni le coauteur, ni l'auteur moral, ni le complice ne pourront être responsable d'un tel acte illicite¹⁶⁵², puisqu'en raison de cette cause d'irresponsabilité c'est la qualification en elle-même qui ne subsistera point. Par voie de conséquence, plus que neutraliser la responsabilité individuelle de l'agent, le fait justificatif efface la coloration injuste de l'infraction, car il marque la conformité du comportement au droit¹⁶⁵³, raison pour laquelle il sera profitable à tous les personnes qui ont participé à l'acte illicite¹⁶⁵⁴.

Dans ce contexte, la question est de savoir si une cause objective d'irresponsabilité pénale existant à l'égard de l'organe ou représentant du groupement peut également neutraliser la responsabilité pénale de la personne morale et inversement. Est-ce qu'un fait justificatif peut avoir une influence sur l'articulation existante entre la responsabilité pénale de la personne physique agissant ès qualité et celle du groupement, jusqu'à entraîner la neutralisation à la fois ces deux responsabilités ?

170. Les faits justificatifs et l'articulation de responsabilités. Comme on l'a vu, autant en France qu'au Brésil les faits justificatifs effacent la coloration « injuste » du comportement accompli par l'agent. C'est donc l'action ou l'omission illicite et non simplement la responsabilité de l'individu qui devient conforme au droit. Par conséquent, il est logique d'affirmer que lorsque l'organe ou le représentant du groupement bénéficie d'une cause justificative, la personne morale bénéficiera elle-aussi de cette cause justificative¹⁶⁵⁵.

Dans cette hypothèse, la communication de l'irresponsabilité pénale de la personne physique agissant ès qualité à la personne morale semble être le principe, puisque la circonstance matérielle qui fait obstacle à la qualification opère *in rem*, neutralisant la responsabilité de tous les agents qui ont participé à l'infraction¹⁶⁵⁶. La coloration injuste du fait illicite n'existera plus ni à

¹⁶⁵² « La présence d'un fait justificatif entraînerait la disparition totale de l'infraction, ce qui expliquerait qu'il bénéficie à l'ensemble des participants à l'infraction » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 429.

¹⁶⁵³ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 108.

¹⁶⁵⁴ Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 471.

¹⁶⁵⁵ Dans le même sens, voir : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale des personnes : réalité et fiction*, p. 108 ; F. DESPORTES et F. GUNHEC, *op. cit.*, p. 667 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 818 ; et F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 102.

¹⁶⁵⁶ « Il est vrai que quand la cause de l'exonération de l'organe est un fait justificatif (légitime défense, ordre ou autorisation de la loi), sa relaxe doit profiter à la personne morale, puisqu'alors l'acte est conforme au droit et ne peut être reproché à quiconque, personne physique ou morale » J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22.

l'égard de l'organe ou représentant qui a emprunté le *substratum* humain nécessaire à l'accomplissement matériel de l'infraction, ni à l'égard de la personne morale pour le compte de laquelle l'acte illicite a été réalisé¹⁶⁵⁷. Pour cette raison, on peut dire que l'existence d'un fait justificatif peut avoir une influence sur l'articulation existant entre la responsabilité pénale de la personne physique agissant *ès qualité* et celle du groupement, car il va neutraliser à la fois ces deux responsabilités.

171. L'application de ce raisonnement par la jurisprudence. Jusqu'à l'heure actuelle, il n'existe qu'une seule décision au sein de la jurisprudence franco-brésilienne sur le thème. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris prononcé à propos de l'infraction d'embaras de la la voie publique¹⁶⁵⁸. En l'espèce, une association de sans-logis avait implanté des tentes sur les trottoirs de certaines rues de Paris. La personne morale a été poursuivie par la contravention prévue à l'article R. 644-2 du Code pénal français et la défense a soulevé l'existence d'un état de nécessité concernant les faits, lequel a été reconnu dans le jugement. Selon la Cour d'appel, « les personnes ayant occupé les trottoirs faisaient face à un danger actuel dès lors qu'elles n'étaient pas logées ou l'étaient dans des conditions les mettant en danger », pour cette raison, les circonstances de fait en l'espèce caractérisaient un état de nécessité, autant à l'égard des personnes physiques qu'à l'égard de la personne morale. De ce fait, le groupement a été relaxé par la Cour d'appel de Paris grâce à l'existence d'un fait justificatif.

Cet arrêt est intéressant pour deux raisons. Tout d'abord, puisqu'il confirme le raisonnement ci-dessus exposé. En « neutralisant l'infraction » et « en marquant la conformité de l'acte illicite au droit, le fait justificatif semble légitimer une exonération de tous les participants à l'infraction »¹⁶⁵⁹, personnes physiques et personne morale. Par conséquent, cet arrêt atteste le fait que l'existence d'une cause objective d'irresponsabilité neutralise à la fois la responsabilité pénale de la personne physique agissant *ès qualité* et la responsabilité pénale du groupement. Ensuite, il est intéressant parce qu'en espèce l'état de nécessité a été caractérisé à l'égard des personnes physiques qui ont matériellement accompli le comportement illicite et non pas vis-à-vis de la

¹⁶⁵⁷ « Les faits justificatifs font perdre le caractère délictueux au fait générateur. Les éléments de l'infraction ne sont pas constitués, l'acte est conforme au droit (...) en principe, ils doivent être transmis à la personne morale. Comme ces faits justifient l'infraction, celle-ci n'est pas constituée et ne peut pas être imputée à la personne morale » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 110.

¹⁶⁵⁸ CA Paris, 28 mai 2009, Jurisdata n° 2009-004993 ; JCP G 2009, n° 36, 186, obs. J.-Y. MARÉCHAL.

¹⁶⁵⁹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 108.

personne morale elle-même¹⁶⁶⁰. Toutefois, cela n'a pas empêché la communication de cette cause objective d'irresponsabilité de la personne physique vers le groupement, au contraire.

Cette seconde observation nous amène à la question de savoir si l'on peut avoir également des situations dans lesquelles le fait justificatif sera caractérisé directement à l'égard de la personne morale. C'est le cas, par exemple¹⁶⁶¹, d'une infraction de défaut de paiement des impôts qui est commise par le groupement pour sauvegarder le paiement des salaires de ses employés dans un contexte de crise économique¹⁶⁶². Dans cette hypothèse, le danger actuel ou imminent qui menace l'agent (état de nécessité) va être démontré chez la personne morale et non pas chez l'organe ou représentant personne physique¹⁶⁶³. Pour cette raison, on peut penser qu'il peut arriver que le fait justificatif soit directement caractérisé à l'égard du groupement, tandis que d'autres fois il sera caractérisé vis-à-vis de la personne physique qui a accompli matériellement l'acte illicite. Toutefois, autant dans un cas que dans l'autre la cause objective d'irresponsabilité pénale va opérer *in rem*, en profitant à toutes les personnes qui ont participé à l'infraction. De ce fait, concernant les faits justificatifs, la communication de l'irresponsabilité pénale entre l'organe ou représentant et le groupement peut avoir lieu dans deux sens : de la personne physique vers la personne morale ; et, dans le sens inverse, de la personne morale vers la personne physique¹⁶⁶⁴. Dans ces deux cas le fait justificatif va neutraliser autant la responsabilité pénale de la personne physique agissant ès qualité que celle de la personne morale ; cela semble être le principe dans la matière.

¹⁶⁶⁰ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 24.

¹⁶⁶¹ M. PLANQUE donne un autre exemple : « on pourrait imaginer le cas d'une entreprise qui, ayant accepté des marchés très importants avec des délais très courts, aurait pour tenir ses engagements et éviter les pénalités de retard la mettant en péril, eu recours à de la main d'œuvre clandestine ». Il resterait, cependant, de savoir si « la réaction face au danger était proportionnée et si le recours à l'infraction constituait le meilleur moyen d'éviter le péril ce qui est loin d'être acquis » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 442. Concernant le thème, voir : T. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP G, II, n° 22640, note J.-H. ROBERT.

¹⁶⁶² Au Brésil, l'infraction de défaut de paiement des impôts est justifiée dès lors qu'elle est accomplie dans le but d'assurer le paiement des salaires des employés de l'entreprise dans un contexte de crise financière. Voir, par exemple : TRF-4, 20 août 2013, AP. CRIM. n° 5000878182.2011.404.7205. Il faut dire qu'actuellement au Brésil cette infraction ne peut être imputée qu'à l'égard des personnes physique, car il existe encore un principe de spécialité concernant le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements. Cependant, le projet de nouveau Code pénal brésilien (PLS n° 236/2012) prévoit la possibilité d'imputer cette infraction aux personnes morales. On va étudier cette question plus en détails *infra* (n° 329).

¹⁶⁶³ À notre avis, la personne morale peut bénéficier de toutes les causes objectives d'irresponsabilités prévues par le droit pénal français et brésilien. Cependant, il est vrai que certaines causes seront plus praticables que d'autres. Par exemple, il nous semble plus facile d'imaginer une situation d'état de nécessité à l'égard de la personne morale, qu'une situation de légitime défense. Cependant, il n'y a aucune raison juridique pour restreindre les hypothèses de causes de justification en ce qui concerne les personnes morales. Dans le même sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 438 et s. Certains, notamment au Brésil, ont affirmé que les groupements ne peuvent pas bénéficier de toutes les causes objectives d'irresponsabilité pénale, mais seulement de certaines causes. Cependant, ces auteurs ne justifient pas convenablement la raison d'être de cette restriction. Voir concernant le thème A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 216 et F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 102 et 103. Finalement, il nous semble que cette restriction pourrait méconnaître le principe d'égalité devant la loi, car il n'y existe aucune raison objective qui justifie un traitement inégal entre la personne morale et la personne physique concernant le thème.

¹⁶⁶⁴ « Le fait que cette cause d'irresponsabilité agisse *in rem* fait que lorsqu'elle sera admise au bénéfice de la personne morale, elle le sera aussi pour ses dirigeants et inversement » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 435.

Néanmoins, ce principe doit être tempéré, puisque rien n'empêche que, dans des situations exceptionnelles¹⁶⁶⁵, le fait justificatif opère *in personam* et non pas *in rem*¹⁶⁶⁶. Pour illustrer imaginons la scène d'un directeur d'un groupement qui prend la décision de jeter des produits chimiques dans une rivière pour éviter une explosion dans le siège de l'entreprise. Si le danger d'explosion est la conséquence des négligences au sein de la personne morale, lesquelles restent sans un auteur identifiable¹⁶⁶⁷, il semble normal que l'état de nécessité s'opère vis-à-vis du dirigeant, mais non pas vis-à-vis la personne morale¹⁶⁶⁸. Pour cette raison, on peut penser que le fait justificatif va parfois opérer *in personam* et non pas *in rem* à l'égard de l'articulation entre la responsabilité pénale de la personne physique organe ou représentant et celle de la personne morale. Dans cette hypothèse, le fait justificatif ne va pas neutraliser à la fois ces deux responsabilités, mais il va effacer uniquement la responsabilité de la personne à l'égard de laquelle il a été caractérisé.

Somme toute, on peut dire que l'existence d'un fait justificatif peut avoir une influence sur l'articulation existant entre la responsabilité pénale de la personne physique agissant ès qualité et celle du groupement, car il va, en principe, neutraliser à la fois ces deux responsabilités¹⁶⁶⁹. Toutefois, occasionnellement les particularités du contexte dans lequel l'infraction a été accomplie peuvent atténuer ce principe – de sorte que dans certaines hypothèses exceptionnelles le fait justificatif peut exister à l'égard de l'organe ou représentant, mais non pas à l'égard du groupement et inversement.

Quoi qu'il en soit, l'étude des faits justificatifs et leur relation avec l'articulation existant entre ces deux responsabilités nous amène alors à certaines conclusions que l'on peut faire à propos du mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction.

¹⁶⁶⁵ F. DESPORTES et F. GUNEHEC, *op. cit.*, p. 667.

¹⁶⁶⁶ « Mais, une partie de la doctrine critique cette analyse et démontre qu'il existe des cas où la cause objective d'irresponsabilité ne pourra pas bénéficier à certains participants. Pourtant, force est de reconnaître que dans la majeure partie des cas la cause d'irresponsabilité va bénéficier à toutes les personnes ayant participé à la commission des faits » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 429.

¹⁶⁶⁷ Dans cette hypothèse, la personne morale n'est pas dans un état de nécessité, car la situation de fatalité a eu pour origine une faute antérieure d'elle même, cela dénature la cause de justification à l'égard de l'être collectif. Dans le même sens, voir : X. PIN, *Droit pénal général*, p. 204 ; et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 474 et s.

¹⁶⁶⁸ F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 812.

¹⁶⁶⁹ Dans le même sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23.

Conclusion du Titre II

172. L'incapacité de la personne morale à accomplir une faute. L'homme est à la source de toute responsabilité. Pour cette raison, « il n'est pas concevable d'admettre une responsabilité pour faute d'un être purement artificiel »¹⁶⁷⁰, d'un être qui est en dernier ressort un « vide psychique »¹⁶⁷¹.

Le deuxième obstacle à la responsabilité pénale des groupements était la prétendue incapacité des être collectifs à accomplir l'élément subjectif de l'infraction. Ainsi, selon la conception psychologique de culpabilité, le dol et l'imprudence étaient des phénomènes psychiques, ils ne pourraient pas avoir leur siège « ailleurs que dans le cerveau d'un homme »¹⁶⁷². Le groupement était un être désincarné, une personne sans « âme ». Par conséquent, il n'avait ni la volonté, ni la conscience nécessaire pour accomplir l'élément subjectif de l'infraction.

Face à cet obstacle, le droit pénal en France et au Brésil n'avait, en principe, que deux choix : soit exclure les personnes morales de son champ d'application ; soit consacrer, en dépit du principe de culpabilité, une responsabilité pénale objective des groupements. Le problème de la première option était qu'elle niait autant une réalité criminologique qu'une tendance du droit pénal allant dans le sens de la responsabilisation des groupements pour les infractions accomplies pour leur compte. Le problème de la seconde option était qu'elle méprisait un principe fondamental et constitutif d'identité du droit pénal – de sorte que la choisir ne serait pas faire œuvre de progrès.

Devant cette voie sans issue, le droit pénal en France et au Brésil devait faire un mouvement d'adaptation à l'égard des personnes morales, dans le dessein de rendre l'élément subjectif de l'infraction compatible avec la nature désincarnée des groupements et ainsi assurer une responsabilité pénale subjective des êtres moraux. Ce mouvement d'adaptation a été accompli en deux étapes. La première était l'abandon d'une conception strictement psychologique de la culpabilité en droit pénal.

173. La première étape : la consécration d'une culpabilité juridique. Progressivement, la procédure pénale a mis en évidence le fait qu'il était impossible d'appliquer une conception strictement psychologique de l'élément subjectif de l'infraction. Les phénomènes psychiques proviennent du for intérieur et par conséquent ne sont pas accessibles aux juges. Pour cette raison, des auteurs

¹⁶⁷⁰ M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 125.

¹⁶⁷¹ J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 272.

¹⁶⁷² C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 144.

ont remarqué que la conception psychologique de la culpabilité devient un « postulat incantatoire » quand l'on essaie de l'utiliser dans la mise en œuvre du droit¹⁶⁷³.

Face à ce divorce entre la conception psychologique du dol et de l'imprudence et la procédure pénale, il a été nécessaire d'avoir une autre conception de la nature de l'élément subjectif de l'infraction. Cette conception pouvait accorder la dimension procédurale avec la dimension substantielle du dol et de l'imprudence et pouvait, par ailleurs, s'harmoniser avec la nature désincarnée des personnes morales. C'est en analysant la manière dont les juges recherchaient le dol et l'imprudence de l'agent pendant l'enquête que la doctrine a consacré une conception juridique à la place d'une conception psychologique de la culpabilité en droit pénal. Il est vrai que cette « nouvelle » conception de la nature de l'élément subjectif de l'infraction n'a pas été expressément conçue pour les personnes morales. Toutefois, sans le faire exprès, en plus de concilier ces deux dimensions du dol et de l'imprudence, cette conception juridique de la culpabilité rend compatible la nature de l'élément subjectif de l'infraction avec la nature désincarnée des groupements.

En premier lieu, parce qu'en raison de cette conception le dol et l'imprudence vont être perçus comme de simples « images normatives » de la « perspective subjective » que l'on peut rencontrer dans le comportement du délinquant au moments des faits. Par conséquent, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas un concept descriptif qui évoque concrètement des objets réels de la psychologie humaine, mais il est un concept qui est tout simplement relatif à la « reproduction d'un schéma intellectuel », lequel sert à orienter le magistrat dans la reconstitution de l'attitude intellectuelle de l'agent au moment des faits. Pour cette raison, l'absence de certaines qualités « physio-psychiques » n'est donc plus un obstacle au fait que l'être moral puisse accomplir une faute en droit pénal. L'élément subjectif de l'infraction n'est pas un phénomène réel de la psychologie humaine, mais il est une « image normative » de la subjectivité criminelle de l'agent, « image normative » que l'on peut rencontrer dans le comportement illicite de la personne morale.

En second lieu, puisqu'en raison de cette conception juridique le siège du dol et de l'imprudence n'est plus l'appareil psychique de l'individu qui a réalisé l'infraction, comme le voulait la conception psychologique de la culpabilité. En effet, le siège du dol et de l'imprudence est le comportement illicite lui-même. C'est pourquoi la personne morale devient capable d'accomplir l'élément subjectif de l'infraction. Le groupement n'a évidemment pas d'appareil psychique, mais il peut accomplir un comportement illicite par le biais des actions ou omissions de ses organes ou

¹⁶⁷³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 71.

représentants, lequel servira en tant que siège du dol ou de l'imprudence de la personne morale. Ainsi, à partir d'un tel comportement on pourra reconstituer de l'extérieur quelle était la conduite intellectuelle du groupement vis-à-vis de l'infraction.

À tout prendre, la conception juridique de culpabilité énonce donc une intention « désincarnée » de l'âme de l'agent¹⁶⁷⁴, laquelle s'harmonise avec la nature également désincarnée des personnes morales. Pour cette raison, ce changement dans la conception que l'on devait avoir de la nature de l'élément subjectif de l'infraction a été le premier effort d'adaptation du droit pénal à l'égard des groupements, puisque grâce à lui la nature incorporelle de la personne morale n'était plus incompatible avec la prétendue nature psychologique du dol et de l'imprudence.

Néanmoins, outre la nécessité d'avoir un élément subjectif de l'infraction compatible avec les groupements, l'on avait besoin d'avoir un critère objectif pour identifier la volonté coupable de la personne morale derrière le comportement de son organe ou représentant. Par voie de conséquence, on avait besoin d'un second effort d'adaptation du droit pénal à l'égard des êtres collectifs.

174. La seconde étape : la consécration d'un critère objectif. Ce second effort d'adaptation a été marqué par l'établissement de la condition d'une infraction commise « pour le compte du groupement ». Cette exigence évoque au fond deux notions qui nous servent à identifier l'intention coupable de l'être collectif derrière l'acte illicite accompli par son organe ou représentant. Pour cette raison, elle est en réalité un critère objectif par le biais duquel on peut constater l'attachement intellectuel existant entre la personne morale et l'infraction – et de ce fait caractériser autant le dol que l'imprudence à l'égard de l'être collectif. L'accomplissement de cette seconde condition nous permet donc de conclure que la personne morale a réalisé l'acte illicite non seulement dans sa dimension objective, mais également dans sa dimension subjective.

Somme toute, grâce à ce mouvement d'adaptation en deux étapes, l'élément subjectif de l'infraction a été finalement harmonisé avec la personne morale, de sorte que la prétendue incapacité du groupement d'accomplir une faute n'était plus un argument contre sa responsabilité pénale. La nature de la culpabilité est désormais compatible avec la nature des êtres moraux et, en outre, on a dorénavant un critère objectif pour identifier le dol et l'imprudence du groupement derrière l'acte illicite accompli matériellement par son organe ou représentant.

¹⁶⁷⁴ E. DREYER, *op. cit.*, p. 648.

175. Des similitudes et des différences entre la France et le Brésil. Ainsi, en France et au Brésil on rencontre un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales en ce qui concerne également l'élément subjectif de l'infraction – lequel harmonise la responsabilité pénale des groupements avec le principe de culpabilité.

Cependant, un tel mouvement d'adaptation n'a pas été réalisé au même temps dans ces deux pays. En premier lieu, car l'abandon de la conception psychologique au profit de la conception juridique de l'élément subjectif de l'infraction a eu lieu premièrement en France et ensuite au Brésil. En raison de ce décalage, contrairement à ce qui se passe dans l'Hexagone, la doctrine brésilienne souligne encore aujourd'hui une prétendue inaptitude de la personne morale d'accomplir une faute en droit pénal, sans savoir, cependant, que la conception juridique de la culpabilité est compatible avec la nature désincarnée des personnes morales. En second lieu, parce que la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement n'a pas acquis au Brésil la même portée que celle qu'elle a actuellement en France. De ce fait, le droit pénal brésilien n'a encore remarqué explicitement ni la relation existant entre cette condition et l'élément subjectif de l'infraction¹⁶⁷⁵, ni l'utilité d'une telle condition en tant que critère objectif par le biais duquel on peut caractériser le dol et l'imprudence à l'égard des personnes morales. Ainsi, en conférant peu d'importance à la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement, le droit brésilien semble aller plus loin que le droit français quant à la découverte de l'utilité de cette condition en ce qui concerne le mouvement d'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à l'égard des personnes morales.

De toute façon, malgré ces différences, en raison de ce mouvement d'adaptation le droit pénal en France et au Brésil peut enfin appréhender la subjectivité criminelle de la personne morale. Pour cette raison, la responsabilité pénale des groupements est en définitive une responsabilité subjective, laquelle respecte le principe de culpabilité dans ces deux ordres juridiques.

¹⁶⁷⁵ Quoique l'on rencontre des arrêts au Brésil qui associent la seconde condition de la responsabilité pénale des groupements avec la volonté de la personne morale. Toutefois, cette association est plus intuitive que le produit d'un raisonnement. Pour cette raison, on ne peut pas dire que le droit pénal brésilien ait déjà remarqué explicitement la relation existant entre la condition d'une infraction commise pour le compte du groupement et l'élément subjectif de l'infraction.

Conclusion de la Partie I

176. Un ancien droit pénal pour un nouvel acteur pénal. La restauration de la responsabilité des personnes morales exigeait en France et au Brésil un mouvement d'harmonisation entre le droit pénal et les groupements. Les théories de l'infraction et de la responsabilité pénale conçues pour des êtres de chair et sang devaient être repensées, afin qu'elles puissent devenir compatibles avec ce nouvel acteur pénal, un être sans corps et sans esprit.

Dans ce contexte, deux problèmes ont été vite soulevés par la doctrine franco-brésilienne. Comment une personne morale pourrait-elle accomplir l'élément matériel de l'infraction ? Et de quelle manière pourrait-on caractériser l'élément subjectif de l'infraction à l'égard du groupement ? Ces problèmes ont exigé du droit pénal deux efforts d'harmonisation dans le sens de l'adaptation des théories qui existaient déjà à l'égard des êtres collectifs.

177. L'adaptation de l'élément matériel de l'infraction. En ce qui concerne le premier problème, le droit pénal s'est aperçu que pour être un acteur pénal la personne morale avait besoin tout d'abord de l'intervention d'une personne physique relativement à la commission de l'acte illicite. L'intervention de cette personne était nécessaire car à cause de sa nature corporelle elle était capable d'accomplir l'élément matériel de l'infraction au nom du groupement.

Face à ce constat, la première adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales consistait à permettre au groupement d'accomplir une infraction par le biais d'un « support humain ». Pour cette raison, les législateurs français et brésilien ont légalement prévu comme première condition de la mise en œuvre de cette responsabilité que l'infraction imputée au groupement soit matériellement accomplie par son organe ou représentant personne physique. Si le groupement, contrairement à l'être humain, ne peut pas lui même accomplir un comportement illicite, il peut cependant le faire à travers une personne physique organe ou représentant qui va lui emprunter un *substratum* humain.

De ce fait, on peut dire que la première condition de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil est le résultat d'une adaptation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des groupements. En effet, cette condition permet à la personne morale d'accomplir son acte illicite d'une façon particulière et compatible avec sa nature immatérielle. Par ailleurs, étant donné l'identité existant entre l'organe, le représentant et le groupement – cette condition réalise une telle adaptation tout en harmonie avec le principe de personnalité, car l'action ou l'omission de la personne physique agissant ès qualité est l'action ou l'omission de la personne morale elle

même. Ainsi, avec ce premier mouvement d'adaptation on avait résolu le problème de l'incompatibilité existant entre la personne morale et l'élément matériel de l'infraction, car par le biais des actions ou des omissions de ses organes ou représentant le groupement peut désormais accomplir un comportement illicite en droit pénal. Cependant, il restait à faire un second mouvement d'adaptation, de façon à rendre l'élément subjectif de l'infraction également compatible avec les groupements.

178. L'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction. Pour accomplir ce second mouvement d'adaptation on devait, tout d'abord, abandonner l'idée d'un dol et d'une imprudence psychologiques, lesquels auraient leur siège uniquement dans le cerveau humain. L'abandon de la conception psychologique au profit de la conception juridique de culpabilité a ainsi été la première étape de ce second mouvement d'adaptation, puisque grâce à lui l'absence de certaines qualités « physio-psychiques » chez la personne morale n'était plus un obstacle au fait que le groupement puisse accomplir une faute en droit pénal.

Cependant, pour que ce mouvement d'adaptation soit complet, il a ensuite été nécessaire d'établir une seconde condition pour la responsabilité pénale des groupements. Une condition qui aurait l'utilité d'être un critère objectif par le biais duquel on pourrait identifier et caractériser l'intention coupable de la personne morale derrière le comportement de son organe ou représentant. De ce fait, les législateurs français et brésilien ont prévu comme seconde condition de la responsabilité pénale des groupements que l'acte illicite réalisé par la personne physique agissant ès qualité soit accompli pour le compte de la personne morale. Au fond, l'accomplissement de cette condition nous permettra de conclure que l'infraction traduit fidèlement l'intention illicite du groupement – raison pour laquelle une telle exigence est un critère objectif qui nous aide à caractériser autant le dol que l'imprudence à l'égard de la personne morale.

Pour cette raison, à l'aide de l'idée d'une culpabilité juridique, la condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale réalise un second mouvement d'harmonisation du droit pénal à l'égard des groupements. Ce mouvement d'harmonisation achève l'adaptation de l'élément subjectif de l'infraction envers l'être collectif, en résolvant le problème de l'incompatibilité du dol et de l'imprudence avec la personne morale. Grâce à lui, la nature de la culpabilité devient conciliable avec la nature des groupements et, en outre, on a un critère objectif pour identifier l'intention coupable de l'être collectif derrière l'acte de son organe ou représentant.

179. Un double mouvement d'adaptation. À tout prendre, on peut conclure qu'en France et au Brésil le droit pénal a été adapté à l'égard des personnes morales, afin de rendre possible l'accomplissement d'un acte illicite par le groupement. Grâce à la première condition de cette responsabilité, l'élément matériel de l'infraction est devenu compatible avec la nature immatérielle des personnes morales – de sorte que l'être collectif peut d'ores et déjà accomplir une action ou omission illicite. Puis, grâce à la seconde condition de cette responsabilité l'élément subjectif de l'infraction est devenu pareillement accordable avec la nature désincarnée des groupements, de telle façon que l'être moral peut désormais réaliser une faute intentionnelle ou non-intentionnelle.

En raison de ce double mouvement d'adaptation, la responsabilité des personnes morales est actuellement en France et au Brésil une responsabilité directe et subjective, laquelle observe les principes de personnalité et de culpabilité en droit pénal. En respectant les limites de l'anthropomorphisme, ces deux ordres juridiques ont ainsi réussi à adapter la théorie de l'infraction originellement conçue pour les personnes physiques aux personnes morales. Par le biais d'un mouvement d'adaptation et non pas de création, les concepts du droit pénal classique ont été harmonisés avec les spécificités de ce nouvel acteur pénal qu'est la personne morale. On a gardé les théories classiques, mais, par le biais de la première et de la seconde condition de cette responsabilité, on les a adaptées aux particularités des groupements – en rendant la personne morale capable d'accomplir matériellement et moralement une infraction.

Quoi qu'il en soit, on peut se demander s'il y a également dans le cadre de cette harmonisation entre le droit pénal et les personnes morales un mouvement de création à la place d'un mouvement d'adaptation. Rencontrerait-on une nouvelle imputabilité pénale pour les groupements à la place d'une imputabilité adaptée aux personnes morales (**PARTIE II**) ?

DEUXIÈME PARTIE :
LA CRÉATION DU DROIT PÉNAL
À L'ÉGARD DES PERSONNES
MORALES

PARTIE II. La création du droit pénal à l'égard des personnes morales

180. Le mouvement de création du droit pénal à l'égard des personnes morales. Comme on l'a vu ¹⁶⁷⁶, pour résoudre le problème de l'incompatibilité existant entre l'élément matériel de l'infraction, l'élément subjectif de l'infraction et la nature désincarnée des personnes morales, le droit pénal franco-brésilien a procédé à un mouvement d'adaptation à l'égard des groupements. En effet, par le biais des conditions prévues aux articles 121-2 du Code pénal français et 3 de la loi 9.605/98 au Brésil, autant l'élément matériel que l'élément subjectif de l'infraction ont été adaptés vis-à-vis des êtres collectifs. De ce fait, grâce à ce mouvement d'adaptation réalisé par l'ordre juridique auprès des personnes morales, les groupements peuvent dorénavant accomplir non seulement une action ou une omission illicite, mais également une faute intentionnelle ou non-intentionnelle en droit pénal.

Toutefois, un troisième problème restait encore à résoudre : l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements. En réalité, de la même façon que les éléments matériel et subjectif de l'infraction, la notion d'imputabilité était elle aussi inconciliable avec la nature immatérielle des personnes morales. Cependant, pour résoudre ce problème, l'ordre juridique n'a pas procédé à un mouvement d'adaptation à l'égard des êtres collectifs, mais elle a procédé à un mouvement de création, en construisant des nouveaux concepts propres aux groupements au lieu d'adapter aux personnes morales les concepts déjà existants au sein du droit pénal. Par conséquent, grâce à ce mouvement de création, les groupements peuvent d'ores et déjà non seulement accomplir un acte illicite, mais également être l'objet d'un jugement de reproche effectué par le droit pénal à leur encontre (**TITRE I**).

C'était ainsi, par le biais d'une double dialectique, à la fois d'adaptation et de création, qu'a été réalisée l'harmonisation entre la responsabilité des personnes morales et le droit pénal, de sorte qu'à la fin de ce mouvement d'adaptation et de création il n'existe plus d'obstacle à cette responsabilité en France et au Brésil. La constatation de cette double dialectique nous amènera alors à l'étude du champ d'application de la responsabilité pénale des êtres collectifs. En effet, contrairement à ce qui pourrait paraître le plus logique, l'examen du champ d'application de cette responsabilité n'a pas été le point de départ, mais il est le point d'arrivée de notre étude, puisqu'il nous sert finalement à démontrer que l'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des

¹⁶⁷⁶ Voir *supra* (n° 51 et s.).

groupements a effectivement eu lieu dans un mouvement à la fois d'adaptation et de création
(TITRE II).

TITRE I. Une notion d'imputabilité propre aux personnes morales

181. *Trois efforts de création pour résoudre un même problème.* Parmi les arguments contraires à la responsabilité pénale des groupements, l'on rencontre celui de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales. En effet, autant en France qu'au Brésil la doctrine et la jurisprudence ont fait remarquer que la notion d'imputabilité ne pourrait jamais être adaptée au délinquant dépourvu d'un corps et d'un esprit comme l'être collectif. Au fond, il manquerait aux personnes morales certaines aptitudes personnelles liées à l'idée d'une structure mentale qui existe chez le délinquant, sans lesquelles on ne pourrait pas leur reprocher d'infraction. Pour cette raison, les êtres collectifs devraient rester pénalement irresponsables, car leur nature immatérielle ne serait pas compatible avec la notion d'imputabilité qui existe en droit pénal.

Face à ce problème, une harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales devrait être faite dans l'intention de résoudre cet antagonisme et ainsi permettre l'entrée des êtres collectifs dans le champ pénal. Dans le cadre de ce mouvement d'harmonisation, on a alors vu émerger trois propositions. Ces propositions avaient pour but commun de construire de nouveaux concepts spécifiques à la personne morale au lieu d'adapter aux êtres collectifs les concepts déjà existants au sein du droit pénal. En effet, comme la notion d'imputabilité était inadaptable à la nature désincarnée des groupements, l'ordre juridique devait procéder à une démarche de création et non pas d'adaptation dans le but de supplanter cet argument contraire à la responsabilité pénale des êtres collectifs.

Dans ce contexte, il a été proposé, tout d'abord, la création d'un nouveau concept de dangerosité spécifique aux personnes morales. Au sein de cette première proposition, on devait fonder la responsabilité pénale des groupements non pas sur la notion d'imputabilité, mais plutôt sur la notion de dangerosité, laquelle s'accorderait mieux avec la nature immatérielle des êtres collectifs. De ce fait, la réponse pénale destinée aux personnes morales serait une mesure de sûreté au lieu d'une peine. Il s'agissait alors d'une proposition séduisante, laquelle n'essayait pas d'outrepasser le problème de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements, mais qui essayait de le contourner, en offrant aux êtres collectifs une responsabilité pénale fondée sur une notion qui semblait plus compatible avec leur nature immatérielle que la notion d'imputabilité. Toutefois, malgré ses avantages, cette première proposition n'a pas été celle retenue par le législateur et par la jurisprudence en France et au Brésil

(CHAPITRE I).

Ensuite, a été proposée la création d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales, lequel serait fondé non pas sur certaines aptitudes personnelles liées à la structure mentale du délinquant, mais sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation existantes auprès des groupements. Dans le cadre de cette deuxième proposition, on rencontrerait non seulement de nouvelles conditions d'imputabilité spécifiques aux personnes morales, mais également une nouvelle cause de non-imputabilité propre aux groupements. Il s'agissait alors d'une proposition qui était le résultat d'un notable effort d'imagination du droit pénal à l'égard des êtres moraux, mais qui, cependant, n'était conciliable ni avec le droit pénal français, ni avec le droit pénal brésilien.

Finalement, a été également proposée la création d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales, lequel serait fondé non pas sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation existantes chez les groupements, mais sur le pragmatisme théorique qui a toujours orbité autour de la responsabilité pénale des êtres collectifs. Dans le cadre de cette troisième proposition, il ne serait pas nécessaire de rechercher chez la personne morale l'existence de certaines aptitudes personnelles qui la rendraient digne d'un jugement de reproche. En effet, pour ce nouveau concept d'imputabilité le simple accomplissement d'une infraction par un organe ou représentant pour le compte du groupement suffirait à blâmer l'être collectif à l'égard du droit pénal. De ce fait, cette nouvelle notion d'imputabilité était une proposition beaucoup moins ingénieuse pour résoudre le problème de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales. Cependant, malgré son caractère plus simple et moins créatif, cette troisième proposition semble être celle qui a été retenue par le législateur et par la jurisprudence en France et au Brésil afin de résoudre le problème d'une telle incompatibilité (CHAPITRE II).

CHAPITRE I – À défaut d'imputabilité : de nouvelles notions de dangerosité

182. Un premier mouvement de création. Autant au sein du droit pénal français qu'au sein du droit pénal brésilien, plusieurs auteurs ont soulevé comme un obstacle à la responsabilité pénale des groupements l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales (**SECTION I**). En effet, outre le contenu de cette notion, sa structure serait également introuvable chez un délinquant dépourvu d'un corps et d'un esprit comme l'être collectif. Par ailleurs, des auteurs ont également fait remarquer qu'en plus de cet antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature immatérielle des personnes morales, il existerait un autre obstacle à l'entrée des groupements dans le champ pénal : leur responsabilité ne s'accorderait ni avec le principe de personnalité des peines, ni avec les finalités des peines en droit pénal.

Face à ces obstacles, le droit pénal devait procéder à un mouvement de création à l'égard des personnes morales, précisément dans l'objectif de surmonter ces arguments contraires à la responsabilité pénale des groupements et ainsi autoriser l'entrée des êtres collectifs dans le champ pénal. La proposition visant à fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux groupements, en appliquant des mesures de sûreté à l'encontre des êtres collectifs, a été la première manifestation de ce mouvement de création réalisé par le droit pénal à l'égard des personnes morales (**SECTION II**). Il s'agissait d'une proposition intéressante, laquelle coupait court convenablement aux arguments invoqués contre cette responsabilité. Toutefois, cette proposition n'a pas été celle retenue par le législateur et par la jurisprudence en France et au Brésil dans le but de résoudre le problème de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements.

Section I – La notion d'imputabilité et son incompatibilité avec les personnes morales

Pour mieux comprendre l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements, on doit en premier lieu étudier les contours et la teneur de cette notion. L'imputabilité est un concept complexe dont le contenu et la structure sont controversés autant au sein du droit pénal français qu'au sein du droit pénal brésilien. Cependant, malgré les polémiques autour de ce thème, on arrive quand même à avoir une idée globale de ce en quoi pourrait consister cette notion (**SOUS-SECTION I**). Par le biais de cette idée, on va pouvoir comprendre alors pourquoi plusieurs auteurs ont énoncé que le concept d'imputabilité ne peut pas

être appliqué à une personne morale, raison pour laquelle, face à cet obstacle, les groupements devaient rester pénalement irresponsables (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – La notion d'imputabilité¹⁶⁷⁷

L'étude de la notion d'imputabilité doit être réalisée en deux étapes. Tout d'abord, il convient d'examiner quelles sont les idées derrière cette notion afin de savoir quel est le contenu de ce concept en droit pénal (§1). Ensuite, il conviendra de vérifier la structure de cette notion (§2), en analysant les conditions d'imputabilité que l'agent doit remplir en France et au Brésil pour devenir pénalement responsable d'une infraction.

§1) Le contenu de la notion d'imputabilité

183. Une notion importante mais controversée. L'imputabilité est peut-être l'un des concepts les plus importants en droit pénal¹⁶⁷⁸, elle est une notion qui, selon certains, fonctionne comme une véritable « clé de voûte »¹⁶⁷⁹ au sein de la théorie de l'infraction et de la théorie de la responsabilité¹⁶⁸⁰. Néanmoins, malgré son importance, le contenu, la structure et la nature juridique de ce concept ne font pas l'objet d'un consensus¹⁶⁸¹, ni au sein de la doctrine française, ni au sein de la doctrine brésilienne¹⁶⁸². Pour l'illustrer, autant en France qu'au Brésil, plusieurs termes sont utilisés pour faire référence à cette notion, lesquels n'ont pas toujours le même contenu ni la même structure¹⁶⁸³. En outre, tandis qu'en France cette notion est plus liée à l'idée

¹⁶⁷⁷ L'objectif de cette sous-section n'est pas celui d'épuiser toutes les considérations qu'on peut faire relativement à la notion d'imputabilité dans le contexte franco-brésilien. Notre but est uniquement celui de présenter une idée générale de cette notion pour ensuite, dans la prochaine sous-section, démontrer son incompatibilité avec la nature désincarnée des groupements. En effet, l'imputabilité est un concept très complexe, lequel ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine franco-brésilienne. Pour cette raison, on rencontre différentes approches de ce thème en France et au Brésil, soit par rapport au contenu de ce concept, soit en ce qui concerne la structure de l'imputabilité, ou encore à propos du moment où l'on doit vérifier l'existence d'une imputabilité chez l'agent délinquant (si avant ou après l'analyse de la culpabilité). De ce fait, compte tenu de notre objectif dans cette étude, on va tout simplement essayer de présenter dans cette sous-section une idée globale de ce en quoi pourrait consister cette notion d'imputabilité pour ensuite démontrer son incompatibilité avec la nature désincarnée des groupements.

¹⁶⁷⁸ F. LISZT, *op. cit.*, p. 390.

¹⁶⁷⁹ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 154.

¹⁶⁸⁰ Il s'agit d'un concept qui est « au cœur du jugement de la responsabilité pénale » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 235.

¹⁶⁸¹ En 1930, COSTA e SILVA au Brésil énonçait déjà que « le problème de l'imputabilité pénale n'est pas encore résolu et est objet de grands débats théoriques » A. COSTA e SILVA, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶⁸² « Il n'est pas rare de trouver encore aujourd'hui des approches variées de ce concept » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 203. De nos jours, la pluralité d'explications et des théories sur la notion d'imputabilité en France et au Brésil montre bien qu'elle ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. Concernant le droit brésilien, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁸³ « Responsabilité, culpabilité, imputabilité, capacité pénale sont des notions dont l'emploi par les auteurs ne va pas sans quelques confusions » G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, p. 405. Tandis qu'en France on utilise

d'une aptitude qui existe chez le délinquant à répondre de l'acte illicite et à être objet d'une peine¹⁶⁸⁴, au Brésil l'imputabilité est normalement perçue comme un élément de l'infraction, sans lequel l'acte illicite ne sera pas constitué¹⁶⁸⁵.

Il semblerait que trois raisons semblent justifier cette controverse autour de la notion d'imputabilité. Tout d'abord, l'absence d'une définition légale dans la loi¹⁶⁸⁶. En France comme au Brésil, le législateur n'a pas osé définir précisément quels étaient les contours et la teneur de ce terme juridique, en se limitant à énoncer quelles sont les causes qui excluent l'imputabilité. Ensuite, le fait que l'imputabilité soit un concept qui peut être défini non seulement par le droit pénal, mais également par la criminologie¹⁶⁸⁷. La pluralité des sources permettant d'expliquer cette notion a permis d'en faire l'objet d'explications très hétérogènes, lesquelles n'ont pas toujours le même « angle d'attaque ». Enfin, l'idée que l'imputabilité suive le parcours de l'évolution théorique et social du droit pénal probablement plus que d'autres concepts, de sorte qu'elle n'est pas une notion figée, mais qu'il s'agit d'un concept versatile, lequel gagne de nouveaux contours au fur et à mesure du temps¹⁶⁸⁸. C'est pour cette raison que, dans le but de mieux cerner la notion d'imputabilité, il convient d'abord d'examiner l'évolution historique de ce concept.

184. L'évolution historique de la notion d'imputabilité. La notion d'imputabilité va être véritablement développée par le droit canonique médiéval, notamment avec le christianisme, « une religion qui reposait sur une adhésion personnelle, libre et consciente, de l'individu »¹⁶⁸⁹. À l'exemple du Christ, l'homme était libre et intelligent, par conséquent il pouvait choisir entre le bien et le mal¹⁶⁹⁰. De ce fait, dès lors qu'il accomplit un acte illicite, on peut le lui reprocher à cause du fait qu'il a réalisé un mauvais usage de sa liberté et de sa intelligence¹⁶⁹¹. Tout d'abord, parce qu'il était libre et pouvait choisir de ne pas accomplir l'interdit. Ensuite, puisqu'il avait conscience que

normalement l'appellation « imputabilité » pour faire référence à cette notion, au Brésil on préfère habituellement l'appellation « culpabilité ». Dans notre étude, on va s'utiliser de l'expression « imputabilité » au lieu de celle de « culpabilité ».

¹⁶⁸⁴ Voir, par exemple : R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 218. Quoiqu'en France on rencontre aussi des auteurs pour lesquels l'imputabilité est un élément constitutif de l'infraction. Voir dans ce sens : A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 28.

¹⁶⁸⁵ Voir, par exemple, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 526. Néanmoins, au Brésil, selon une partie minoritaire de la doctrine, l'imputabilité est une condition de la responsabilité pénale et non pas un élément constitutif de l'infraction. Dans ce sens, voir par exemple : D. DE JESUS, *op. cit.*, p. 453-455 ; et R. DOTTI, *Curso de Direito penal – parte geral*, p. 335-338.

¹⁶⁸⁶ Ni dans le Code pénal brésilien actuel, ni dans le Code pénal français contemporain on ne rencontre de définition de la notion d'imputabilité. Tel était le cas également dans le Code pénal français de 1810 et les Codes pénaux brésiliens de 1830 et 1890. Favorable à l'absence de définition dans la loi, voir A. COSTA e SILVA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁸⁷ Sur ce thème, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 209.

¹⁶⁸⁸ En ce qui concerne ce thème, voir A. CAMARGO, *Culpabilidade e reprovação pessoal*, São Paulo : Saraiva, 1994, p. 44.

¹⁶⁸⁹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶⁹⁰ Voir P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, Curitiba : Edição do autor, 2012, p. 262.

¹⁶⁹¹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 120.

son acte était illicite, mais cette conscience ne l'a pas empêché de réaliser son geste, c'est qui rendrait son comportement moralement répréhensible¹⁶⁹².

Dans le cadre de ce raisonnement, le droit canonique médiéval va alors développer une notion d'imputabilité fondée sur le postulat métaphysique du libre arbitre¹⁶⁹³. Selon cette notion, la simple existence d'un acte illicite ne suffit pas à rendre le délinquant pénalement responsable, puisqu'on doit accorder une plus grande attention à l'individu, sujet de la sanction pénale, afin de rechercher chez lui certaines aptitudes personnelles qui le rendraient digne d'un jugement de reproche¹⁶⁹⁴. Tout d'abord, il doit être une personne intelligente, capable de discerner ce qui est permis de ce qui ne l'est pas. Ensuite, il doit avoir une liberté d'esprit pleine afin de pouvoir choisir la voie du bien ou du mal sans aucune contrainte. Par conséquent, seules les personnes qui avaient ces deux aptitudes personnelles pouvaient être soumises au droit pénal durant cette époque¹⁶⁹⁵.

De ce fait, pendant le Moyen Âge, l'exigence d'une volonté libre à l'origine de l'infraction, laquelle devait être accompagnée d'une capacité de discernement, va « devenir la condition primordiale à toute imputation d'un acte délictueux », de sorte qu'elle va s'intégrer au cœur de la responsabilité pénale¹⁶⁹⁶. Pour cette raison, le droit pénal canonique va être à l'origine de la consécration de la notion d'imputabilité en tant que condition préliminaire à l'existence de toute responsabilité. Le délinquant n'était ni un monstre, ni un malade, mais il était le violeur lucide d'un interdit : une personne qui a volontairement mal tourné « en choisissant délibérément de faire un mauvais usage de sa liberté »¹⁶⁹⁷. Par conséquent, seules les personnes qui avaient le discernement pour comprendre le caractère illicite de l'interdit, et la liberté pour choisir entre le bien et le mal, pouvaient être l'objet d'un jugement de reproche de la part de l'ordre juridique et ainsi devenir pénalement responsable pendant le Moyen Âge¹⁶⁹⁸.

Pourtant, l'émergence de la notion d'imputabilité au sein d'un contexte religieux n'a pas permis une analyse précise et scientifique de son contenu juridique dès son origine. Étant donné que l'acte illicite était assimilé à un péché¹⁶⁹⁹, la notion d'imputabilité forgée dans cette période mêlait « les données subjectives de l'homme en action à l'analyse de l'individu en lui-même, pour apprécier de manière confuse tout à la fois son imputabilité, sa culpabilité, sa responsabilité et sa

¹⁶⁹² Voir dans ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, p. 503.

¹⁶⁹³ Voir SAINT THOMAS D'AQUIN, *La somme théologique. Les actes humains.*

¹⁶⁹⁴ W. NAUCKE, *Le droit pénal rétributif selon Kant, in Rétribution et justice pénale*, Paris : PUF, 1983, p. 73.

¹⁶⁹⁵ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 7.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*

¹⁶⁹⁷ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁹⁸ Voir GRATIEN, Décret, CV. 15 q. 1, c.2.

¹⁶⁹⁹ S. SUARDI, thèse préc., p. 72.

punition »¹⁷⁰⁰. Pour cette raison, on n'avait pas, pendant cette période, de distinction nette entre l'élément subjectif de l'infraction et les conditions également subjectives de l'imputabilité, de sorte qu'au sein du droit canonique médiéval la subjectivité attachée au seul agir de l'homme (le dol ou l'imprudence) se confondait avec le blâme social de son acte (imputabilité)¹⁷⁰¹.

Quoi qu'il en soit, en dépit des critiques que nous pouvons faire, depuis le droit canonique médiéval la notion d'imputabilité a été consacrée en droit pénal et l'exigence de discernement et de liberté chez l'agent qui réalise l'infraction est devenue une condition incontournable pour la responsabilité pénale¹⁷⁰², de sorte que seules les personnes conscientes de leurs gestes et libres dans leurs choix pouvaient devenir pénalement coupables de leurs actes illicites.

Par la suite, le droit de l'Ancien Régime en France¹⁷⁰³ et le Code pénal français de 1810¹⁷⁰⁴ vont eux aussi travailler avec la notion d'imputabilité. Au Brésil, autant le Code pénal de 1830 que celui de 1890 employaient également l'idée de discernement et de liberté en tant que conditions de la responsabilité pénale¹⁷⁰⁵. À l'époque, dans ces deux pays, le Droit pénal employait une notion d'imputabilité dite « classique ». Cette notion avait en tant que postulat fondamental l'idée métaphysique du libre arbitre et elle mêlait à la fois les notions d'imputabilité et de culpabilité dans un seul concept¹⁷⁰⁶. L'imputabilité était comprise alors comme un jugement de valeur réalisé à l'encontre de l'individu par le droit pénal pour lui reprocher un mauvais usage de sa liberté. De ce fait, cette notion était composée de deux éléments. D'un côté, la capacité psychologique du sujet à vouloir l'acte qu'il réalise (culpabilité). De l'autre côté, l'aptitude de l'individu à saisir la portée et le caractère illicite de son acte, en pouvant se déterminer librement selon cette compréhension (imputabilité)¹⁷⁰⁷. En raison de son postulat¹⁷⁰⁸ et de ses confusions conceptuelles, cette notion dite « classique » va être critiquée à la fin du XIX^e début du XX^{ème} siècle¹⁷⁰⁹.

185. Le déterminisme. Pendant le XIX^e, la révolution scientifique a entraîné la pensée pénale dans des directions nouvelles. La philosophie positiviste d'Auguste Comte va influencer le droit pénal et notamment la criminologie, laquelle va contester le postulat du libre arbitre comme fondement de

¹⁷⁰⁰ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ Voir dans ce sens par exemple GRIMAUDET, *Des causes qui exemptent le vol*, 1669.

¹⁷⁰⁴ Voir articles 64 et 66 du Code pénal français de 1810.

¹⁷⁰⁵ Voir articles 3 et 10 du Code pénal brésilien de 1830. Voir également l'article 27 du Code pénal brésilien de 1890.

¹⁷⁰⁶ Voir : S. SUARDI, thèse préc., n° 191 ; et A. COSTA e SILVA, *op. cit.*, p. 132.

¹⁷⁰⁷ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁰⁸ Voir J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Paris : Sirey, 1927, p. 145.

¹⁷⁰⁹ Dans ce sens, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 204 et s.

l'imputabilité¹⁷¹⁰. Pour les auteurs de cette période¹⁷¹¹, l'homme n'était pas libre, mais il était déterminé par des lois naturelles¹⁷¹². De ce fait, l'accomplissement d'une infraction n'était pas le résultat d'un choix lucide du délinquant, mais il était la conséquence naturelle des facteurs biologiques¹⁷¹³, psychologiques ou sociologiques¹⁷¹⁴ par le biais desquels l'homme serait conditionné. En effet, pour les positivistes, l'individu ne choisit pas d'accomplir un acte illicite, mais à cause de sa constitution biologique ou du milieu dont il subit l'influence il est contraint de l'accomplir. Par conséquent, l'idée d'une volonté libre à l'origine de l'infraction ne devrait pas être un prérequis à la responsabilité pénale et elle ne pourrait pas être l'une des bases de l'imputabilité, puisqu'en réalité cette liberté de choisir n'existerait pas chez l'homme.

Au fond, pour les positivistes, on devrait rejeter l'idée d'une responsabilité pénale fondée sur la notion de libre arbitre¹⁷¹⁵. Selon eux, le libre arbitre était un postulat incantatoire, mais qui n'existerait pas, car l'homme n'était en réalité ni libre, ni maître de ses choix¹⁷¹⁶. Face à ce déterminisme, l'État devait intervenir contre le criminel non pas pour lui reprocher l'acte illicite, mais pour faire cesser son état de dangerosité. La responsabilité pénale serait donc fondée non pas sur la notion « classique » d'imputabilité, mais plutôt sur la notion de dangerosité, de sorte que l'homme serait responsable à cause d'un déterminisme qui le rendrait dangereux et non pas en raison d'un mauvais usage de sa liberté¹⁷¹⁷.

Les positivistes seront donc à l'origine de la création d'une responsabilité pénale d'ordre plus criminologique que juridique¹⁷¹⁸, laquelle va contester foncièrement le fondement du concept « classique » d'imputabilité : l'idée métaphysique de libre arbitre. Selon cette doctrine, la responsabilité pénale serait une responsabilité d'ordre social et non pas une responsabilité d'ordre moral¹⁷¹⁹. En outre, elle serait fondée sur la notion de dangerosité et non pas sur la notion d'imputabilité¹⁷²⁰, puisque l'homme ne choisit pas d'accomplir une infraction, mais il est déterminé

¹⁷¹⁰ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 121.

¹⁷¹¹ Les fondateurs de l'École positiviste étaient : LOMBROSO, avec son ouvrage *L'homme criminel* (1876) ; FERRI, avec son ouvrage *La sociologie criminelle* (1881) ; et GAROFALO, avec son ouvrage *De la criminologie* (1885).

¹⁷¹² E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris : Rosseau, 1893, p. 590.

¹⁷¹³ Voir, C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, Paris : Félix Alcan, 1887.

¹⁷¹⁴ Particulièrement pour la « théorie de la loi de saturation criminelle », conçue par Ferri. Voir E. FERRI, *op. cit.*

¹⁷¹⁵ A. GIUDICELLI, Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010, p. 166.

¹⁷¹⁶ G. TARDE, *La philosophie pénale*, Paris : 1900, chap. II, § II.

¹⁷¹⁷ Pour cette raison, l'école positiviste proposait d'appliquer aux criminels des « mesures de défense » à la place des peines. Voir dans ce sens S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 78. Il conviendra d'étudier plus en détails les mesures de sûreté *infra* (n° 205), car certains auteurs défendent l'idée que les personnes morales devraient subir en tant que réponse pénale à leur infraction une mesure de sûreté au lieu d'une peine.

¹⁷¹⁸ Voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 209.

¹⁷¹⁹ Voir R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 123.

¹⁷²⁰ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 207.

à le faire¹⁷²¹. Cette doctrine, issue notamment du droit pénal italien, va rencontrer des échos autant en France¹⁷²² qu'au Brésil¹⁷²³, mais elle ne sera pas la seule à contester la notion « classique » d'imputabilité.

186. Une notion technique d'imputabilité. Le positivisme d'Auguste Comte va également influencer le droit pénal en ce qu'il va rendre le concept d'imputabilité plus « technique », en le dissociant de l'idée de libre arbitre. Cette seconde critique dressée à la notion « classique » d'imputabilité visait surtout à rendre plus claire l'appréciation de l'imputabilité en droit pénal, en essayant d'en finir avec les confusions conceptuelles qui existent entre les notions de culpabilité et d'imputabilité. En outre, contrairement à l'école positiviste italienne, cette seconde critique n'a pas proposé de responsabilité pénale d'ordre criminologique, mais ses énonciations restaient d'ordre juridique, quoiqu'avec quelques influences de la part des sciences naturelles¹⁷²⁴. C'est alors notamment en Allemagne¹⁷²⁵, au début du XX^{ème} siècle, qu'on a vu émerger des efforts doctrinaux dans l'objectif de rendre plus claire l'appréciation de l'imputabilité en droit pénal¹⁷²⁶, en essayant d'harmoniser cette notion avec la philosophie mécaniste et l'empirisme logique du positivisme¹⁷²⁷. Ces efforts doctrinaux vont être perçus, tout d'abord, avec la « théorie psychologique » de l'imputabilité¹⁷²⁸.

¹⁷²¹ « Le délinquant n'était, aux yeux positivistes, qu'une marionnette, une force qui va » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 123. On va étudier plus en détails *infra* (n° 207) la place de cette doctrine au sein du droit pénal d'aujourd'hui en France et au Brésil, notamment lorsque sera traitée l'application des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales.

¹⁷²² Voir, par exemple, G. TARDE, *op. cit.*.

¹⁷²³ Au Brésil, voir par exemple : P. LESSA, *O determinismo psicico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, São Paulo : Duprat, 1905 ; et J. HYGINO, dans la préface de la traduction qu'il a fait du *Tratado de Direito Penal Alemão* de F. V. LISZT.

¹⁷²⁴ Voir A. MERKEL, *Derecho penal. Parte geral*, Buenos Aires : BdeF, 2004, p. 74.

¹⁷²⁵ Notamment depuis la seconde guerre mondiale, le droit pénal allemand est devenu la principale source d'inspiration pour le droit pénal brésilien.

¹⁷²⁶ Voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 234. Peut-être cette différence entre la doctrine allemande et la doctrine française en ce qui concerne le développement des différentes théories visant à rendre la notion d'imputabilité plus claire et nette s'explique par le fait que les auteurs français du début du XX^{ème} siècle, contrairement aux auteurs allemands de l'époque, rejetaient « la notion d'élément constitutif de l'infraction. Puisque l'étude de la psychologie criminelle » était « tout entière absorbée dans la théorie du délinquant ». De ce fait, il est possible que cette manière d'étudier les composantes de l'infraction en France, non pas par le biais d'une théorie des éléments constitutifs de l'infraction, mais par le biais d'une théorie de l'acte illicite (élément matériel de l'infraction) à côté d'une théorie du délinquant (élément subjectif de l'infraction et imputabilité), n'ait pas permis au droit français de développer des doctrines sur la notion d'imputabilité à l'instar du droit allemand, lesquelles visaient rendre plus claire cette notion. Sur ce thème, voir J.-H. ROBERT, *L'histoire des éléments de l'infraction*, p. 280.

¹⁷²⁷ Dans ce sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 529.

¹⁷²⁸ Trois auteurs vont être à l'origine de cette théorie : F. LISZT, avec son ouvrage *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, publié en 1905 ; E. BELING, avec son ouvrage *Die Lehre von Verbrechen*, publié en 1906 ; et G. RADBRUCH, avec son ouvrage *Über den Schuldbegriff*, publié en 1906. Selon cette théorie, on devrait écarter de la notion d'imputabilité l'idée d'un jugement de reproche réalisé à l'encontre de l'individu par le droit pénal pour l'accuser d'un mauvais usage de sa liberté. De ce fait, l'imputabilité devait être perçue tout simplement comme le lien psychologique existant entre l'individu et son comportement illicite, lequel n'avait aucun rapport avec le blâme qui pouvait être dressé à l'agent en raison de l'accomplissement d'une infraction. Par conséquent, dans le cadre de cette doctrine, le contenu de la notion d'imputabilité serait alors restreint aux concepts de dol et d'imprudence.

Ensuite, ils vont avoir lieu avec la « théorie normative-psychologique » de l'imputabilité¹⁷²⁹. Finalement, ils vont être perçus avec la « théorie normative » de l'imputabilité¹⁷³⁰, laquelle possède une corrélation étroite avec l'actuelle notion d'imputabilité existante en France et au Brésil.

187. La notion d'imputabilité dans le contexte franco-brésilien. Actuellement, la notion d'imputabilité en France et au Brésil demeure floue, recouvrant des concepts parfois vagues et imparfaitement définis¹⁷³¹. En effet, dans ces deux pays, on a encore aujourd'hui des approches très variées en ce qui concerne le thème, de sorte que la doctrine continue à développer de nouvelles théories en la matière¹⁷³². Cependant, malgré l'incertitude autour de ce sujet, on arrive

¹⁷²⁹ Les auteurs à l'origine de cette théorie étaient : R. FRANK, avec son livre *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 14 ; J. GOLDSCHMIDT, avec son livre *Normativer Schuldbegriff*, Frank-FS, vol. I, 1930, p. 442 ; et B. FREUDENTHAL, avec son livre *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, p. 7. Selon cette théorie, l'imputabilité ne serait pas exclusivement composée d'un lien psychologique existant entre le délinquant et son comportement (théorie psychologique), mais à côté de ce lien, on aurait aussi un élément normatif. En raison de cet élément normatif, dans l'analyse de l'imputabilité, on devrait examiner trois autres données en plus de l'intention du délinquant. En premier lieu, la capacité de discernement de l'agent, laquelle va lui permettre de comprendre la portée de ses actes. En deuxième lieu, la conscience de l'individu par rapport au caractère illicite de son comportement. En troisième lieu, l'aptitude de l'agent à résister à l'infraction. Il faut dire que la théorie normative-psychologique a été conçue en Allemagne, mais elle aura des correspondances en France. Cette assertion est possible puisqu'on rencontre également en droit français des notions en doctrine qui mêlent tout à la fois les concepts d'imputabilité et de culpabilité dans une seule notion. Voir, par exemple, E. GARÇON, *Code pénal annoté*, n° 77. Il nous semble donc que la confusion conceptuelle qui existait en Allemagne existait également en France, mais avec une différence : tandis qu'en Allemagne c'est la notion d'imputabilité qui absorbait l'élément subjectif de l'infraction ; en France c'est l'élément subjectif de l'infraction qui absorbait l'idée d'imputabilité. Au Brésil, cette théorie a été consacrée jusqu'à la réforme du Code pénal en 1984. Néanmoins, la théorie psychologique normative d'imputabilité rencontre encore aujourd'hui des défenseurs au sein de la doctrine brésilienne. Voir, par exemple, P. COSTA JUNIOR, *Comentários ao código penal*, São Paulo : Saraiva, 1989, p. 170.

¹⁷³⁰ Cette théorie a été conçue par H. WELZEL, le principal auteur allemand de la doctrine finaliste. Voir H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, p. 140. Selon cette théorie, l'élément psychologique (dol et imprudence) devrait disparaître entièrement de la notion d'imputabilité et il devrait devenir à nouveau un élément constitutif uniquement de l'acte illicite. De ce fait, l'imputabilité serait composée strictement par trois éléments : la capacité de discernement de l'agent ; la conscience de l'individu par rapport au caractère illicite de son comportement ; et l'aptitude de l'agent à résister à l'infraction. Dans ce contexte, le dol et l'imprudence devraient ainsi être perçus comme des composantes de l'acte illicite et non pas de l'imputabilité, de sorte que cette notion se limiterait dorénavant à des composantes d'ordre normative ; à côté de la notion de culpabilité laquelle serait composée par des éléments d'ordre psychologique (dol et imprudence). Pour cette raison, il nous semble que le plus grand mérite de la théorie normative était de rendre la notion d'imputabilité moins nébuleuse, en mettant finalement fin aux confusions conceptuelles qui existaient entre les notions de culpabilité et d'imputabilité. Il faut dire qu'en France, également pendant le XX^{ème} siècle, « les conditions subjectives d'imputation, relatives au discernement et à la libre volonté, sont évincées de l'élément moral de l'infraction, pour intégrer la notion de responsabilité ». Dans ce sens, voir F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 17. Il est intéressant de constater que tandis qu'en Allemagne les conditions subjectives relatives au dol et à l'imprudence sont évincées de l'imputabilité, au profit de l'intégration de l'élément moral de l'infraction, en France on va avoir le chemin inverse. En effet, les conditions subjectives relatives à l'imputabilité vont être évincées de l'élément moral de l'infraction pour intégrer la notion d'imputabilité ou celle de responsabilité.

¹⁷³¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 203.

¹⁷³² Concernant les différentes théories sur l'imputabilité, voir par exemple : R. MAURACH, *op. cit.* ; C. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid : Reus, 1981, p. 60 ; G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 579 ; U. KINDHÄUSER, *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18 ; F. MUNOZ CONDE et M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2007, p. 352 ; E. ZAFFARONI et J. PIERANGELI, *op. cit.*, p. 280 ; et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 554 et s.

quand même à fixer quelques prémisses théoriques, lesquelles nous permettent de mieux comprendre la notion d'imputabilité dans le contexte franco-brésilien.

Autant en France qu'au Brésil, la notion d'imputabilité porte en elle-même l'idée d'un jugement de reproche¹⁷³³ qui est réalisé par l'ordre juridique à l'encontre d'une personne en raison du fait qu'elle ait accompli une infraction¹⁷³⁴. Cette notion traduit alors en droit pénal l'idée d'un blâme d'ordre « étique »¹⁷³⁵ ou « moral »¹⁷³⁶ qui peut être reproché à l'agent en raison de son comportement illicite¹⁷³⁷. De ce fait, l'imputabilité est en dernier ressort l'expression pénale d'un idéal de justice¹⁷³⁸ : étant donné que le délinquant s'est mis consciemment et délibérément hors la loi, la justice peut mettre à son compte l'acte illicite réalisé¹⁷³⁹, afin qu'il puisse en rendre compte à la société par le biais de l'accomplissement d'une peine¹⁷⁴⁰. En effet, il est juste de rendre le délinquant coupable d'une infraction puisqu'il avait certaines aptitudes personnelles qui lui permettaient de comprendre le caractère illicite de son comportement et ainsi de ne pas l'accomplir. Toutefois, nonobstant ces aptitudes personnelles, l'agent a quand même réalisé une infraction, en méprisant consciemment et délibérément les valeurs sociales pénalement protégées. Pour cette raison, son comportement devient reprochable et il est juste qu'il soit sanctionné par le droit pénal¹⁷⁴¹.

En raison du contenu axiologique qui existe derrière cette notion¹⁷⁴², l'imputabilité devient au bout du compte un concept qui sert à la fois de « fondement » et de « limite » à la réponse pénale qui peut être dressée par l'État à l'encontre de l'individu¹⁷⁴³. En effet, l'imputabilité demande au droit pénal qu'il s'intéresse à l'agent qui a accompli l'acte illicite, justement pour savoir si cet agent possédait au moment des faits certaines aptitudes personnelles qui le rendent digne d'un jugement de reproche et conséquemment d'une peine¹⁷⁴⁴. Pour cette raison, l'imputabilité

¹⁷³³ « La responsabilité pénale est foncièrement imprégnée de l'idée de reproche, génératrice d'une réaction punitive répressive » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷³⁴ Voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 75.

¹⁷³⁵ A.-Ch. DANA, *op. cit.*, p. 258.

¹⁷³⁶ Voir J.-H. SYR, *op. cit.*, p. 492.

¹⁷³⁷ L'imputabilité est la traduction d'un blâme d'ordre moral ou éthique en droit pénal, mais elle demeure un jugement d'ordre juridique. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 555.

¹⁷³⁸ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷³⁹ M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 34. « Le terme imputabilité vient du latin 'imputare', signifiant 'mettre au compte de' » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 131.

¹⁷⁴⁰ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 12. Voir également R. OTTENHOF, Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal, in *Archives de politique criminelle*, 2000, n° 22, p. 71.

¹⁷⁴¹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 104. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 555.

¹⁷⁴² P. CONTE, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷⁴³ Pour cette raison, la notion d'imputabilité a un rapport étroit avec les finalités des peines au sein du droit pénal. Voir dans ce sens, P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁴⁴ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 215. « La culpabilité est la vérification d'un ensemble de caractéristiques personnelles qui rendent l'individu capable de devenir une personne pénalement responsable à cause de l'accomplissement d'un fait illicite » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 557.

demeure, en France et au Brésil, un concept purement normatif¹⁷⁴⁵, au sein duquel on réalise une opération essentiellement subjective¹⁷⁴⁶. Cette opération va alors nous permettre d'examiner l'existence de certaines aptitudes individuelles chez l'agent délinquant¹⁷⁴⁷, afin de savoir si le droit pénal peut lui reprocher la commission d'un acte illicite, en lui imposant une peine¹⁷⁴⁸.

Dans ce contexte, en France et au Brésil nous avons une approche binaire des aptitudes que l'on doit rencontrer chez le délinquant pour que l'on puisse lui imputer une infraction et qu'il soit ainsi pénalement responsable¹⁷⁴⁹. En premier lieu, il doit avoir une intelligence lucide, dans le dessein de pouvoir saisir la portée inadmissible de son comportement¹⁷⁵⁰. En réalité, on ne peut faire de jugement de reproche qu'à l'encontre des personnes qui ont la faculté d'appréhender leurs actes à l'aune des valeurs fondamentales de la société¹⁷⁵¹, en ayant la capacité de se rendre compte que leur comportement est contraire à l'ordre juridique¹⁷⁵². En second lieu, le délinquant doit avoir également une volonté techniquement libre à l'origine de son comportement¹⁷⁵³, puisque l'infraction doit être la conséquence d'un choix réalisé par lui-même sans contrainte. L'individu par la seule puissance de sa volonté a décidé d'accomplir une infraction, à la place d'opter pour la réalisation d'un acte conforme aux normes, pour cette raison il pourra lui être reprochée par l'ordre juridique puisqu'il avait au moment des faits une capacité de résister à l'infraction, mais il ne l'a pas utilisée¹⁷⁵⁴.

En fin de compte, pour se rendre pénalement coupable d'un acte illicite, l'individu doit avoir deux aptitudes personnelles à la fois : d'un côté, une intelligence lucide ; de l'autre côté, une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction¹⁷⁵⁵. Ce n'est que lorsque l'agent possède ces

¹⁷⁴⁵ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 75.

¹⁷⁴⁶ Pour cette raison, conjointement avec la notion de culpabilité, la notion d'imputabilité est à l'origine d'une responsabilité pénale d'ordre subjectif.

¹⁷⁴⁷ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 222. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 555.

¹⁷⁴⁸ F. ROUSSEAU, *L'imputabilité dans la responsabilité pénale*, p. 9.

¹⁷⁴⁹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 527.

¹⁷⁵⁰ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 219. Dans le même sens, en ce qui concerne le droit brésilien, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 558.

¹⁷⁵¹ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁵² « (...) Impose la vérification que l'agent possédait ou non la capacité d'apprécier le caractère délictueux de son acte, la portée inadmissible de ses actes, c'est-à-dire la capacité de se rendre compte de la contrariété de son acte à l'ordre juridique » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁵³ À la place d'une liberté absolue, comme celle proposée par l'idée de libre arbitre, on fait référence ici à une « liberté technique », laquelle existera toutes les fois où l'agent possède une aptitude à résister à l'infraction. Concernant le thème, M. ROUSSEAU énonce que « si cette idée de libre arbitre a, depuis, subi bien des attaques, elle demeure encore aujourd'hui une exigence fondamentale de notre responsabilité pénale (...) Sans doute, le libre arbitre, 'conçu comme une liberté absolue d'indifférence dans le choix des possibles' est 'indémontable et mythique'. Mais, parce qu'elle est 'universellement ressentie comme une propriété de la nature humaine', l'idée de liberté, fut-elle relative, demeure au cœur de notre système répressif » F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 8. Dans le même sens, M. BERNARDINI parle d'un « libre arbitre technique » à la place d'un « libre arbitre métaphysique », voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷⁵⁴ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 234.

¹⁷⁵⁵ Voir R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 773.

aptitudes personnelles qu'il peut être l'objet d'un jugement de reproche réalisé par l'ordre juridique à son encontre et, de ce fait, il peut devenir pénalement responsable d'une infraction. Pour cette raison, on peut en déduire que la notion d'imputabilité suppose l'existence de certaines capacités psychologiques liées à la structure mentale du délinquant¹⁷⁵⁶, sans lesquelles il ne peut pas devenir pénalement responsable¹⁷⁵⁷. En réalité, seuls les êtres humains qui possèdent la capacité intellectuelle de discerner l'interdit du permis¹⁷⁵⁸ et qui sont capables de déterminer leurs activités par le biais de cette capacité peuvent avoir les aptitudes personnelles liées à la notion d'imputabilité¹⁷⁵⁹. Par conséquent, on peut penser que la notion d'imputabilité présuppose l'existence d'un appareil psychique chez l'agent délinquant¹⁷⁶⁰, lequel va lui fournir certaines aptitudes personnelles qui vont le rendre digne d'un jugement de reproche.

À tout prendre, on peut conclure que la notion d'imputabilité est finalement un prérequis pour qu'une personne puisse devenir pénalement responsable en France et au Brésil, de sorte que seul l'agent capable de comprendre la portée de son acte et de se déterminer selon cette compréhension peut faire l'objet d'une peine dans ces deux pays¹⁷⁶¹.

188. La nature controversée de l'imputabilité dans le contexte franco-brésilien. Toutefois, la nature juridique de ce prérequis n'est pas la même en France et au Brésil. Dans l'Hexagone, l'imputabilité est normalement présentée par la doctrine comme une condition de la responsabilité pénale¹⁷⁶², laquelle est liée à l'idée d'une aptitude que le délinquant doit avoir pour répondre de l'infraction et faire l'objet d'une peine¹⁷⁶³. De ce fait, en France l'imputabilité n'a pas, en principe, d'influence directe sur la caractérisation de l'infraction, mais elle est une composante de la notion de responsabilité pénale¹⁷⁶⁴. Au Brésil, en raison de l'influence de la doctrine pénaliste allemande, l'imputabilité est perçue comme un élément constitutif de l'acte illicite, sans lequel l'infraction ne sera pas constituée¹⁷⁶⁵. En effet, pour la doctrine brésilienne, l'idée de responsabilité pénale est

¹⁷⁵⁶ Voir S. SUARDI, thèse préc., n° 191. Dans le même sens, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 559.

¹⁷⁵⁷ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 210.

¹⁷⁵⁸ Face à cette exigence, des auteurs vont énoncer que la personne morale devrait demeurer pénalement irresponsable, puisque l'imputabilité « se fixe sur un ensemble de facteurs physio-psychiques (...) seulement identifiables chez les personnes physiques » F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 318. On va étudier plus en détails cette question *infra* (n° 195).

¹⁷⁵⁹ « Seul l'individu responsable, à la condition qu'il dispose de ses facultés cérébrales (...), est justifiable d'une peine » M. VILLEY, Esquisse historique sur le mot responsable, in *Archives de philosophie du droit*, 1997, n° 27.

¹⁷⁶⁰ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 218-219.

¹⁷⁶¹ P. CONTE, *op. cit.*, p. 110.

¹⁷⁶² Voir dans ce sens B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 93.

¹⁷⁶³ R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 209.

¹⁷⁶⁴ Voir, dans ce sens : X. PIN, L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code Pénal), in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, 2009, p. 54.

¹⁷⁶⁵ « En raison de la base théorique qui a inspiré notre législateur (la théorie finaliste allemande), on doit interpréter la culpabilité en tant qu'élément de l'infraction » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 527.

absorbée par celle d'éléments constitutifs de l'infraction, de sorte qu'au Brésil on travaille avec une seule notion pour toutes les composantes de l'infraction et les composantes de la responsabilité pénale. C'est pourquoi pour le droit brésilien l'imputabilité est un élément constitutif de l'infraction au lieu d'être une condition de la responsabilité pénale comme en France.

De toute façon, soit en tant que condition de la responsabilité pénale¹⁷⁶⁶, soit en tant qu'élément constitutif de l'infraction, dans ces deux pays l'imputabilité est un prérequis nécessaire qui doit être rempli par l'agent délinquant pour qu'il puisse devenir pénalement coupable d'une infraction. Pour cette raison, en France l'imputabilité est un « principe général du droit »¹⁷⁶⁷, lequel a été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 décembre 1956¹⁷⁶⁸, tandis qu'au Brésil elle est une notion qui a une valeur constitutionnelle, en étant prévue à l'article 5, LVII, de la Constitution brésilienne¹⁷⁶⁹. En outre, autant en France qu'au Brésil, pour que la notion d'imputabilité soit caractérisée, certaines conditions d'imputabilité doivent être remplies par l'agent délinquant pour qu'il puisse devenir pénalement coupable d'un acte illicite, ce qui nous amène à l'étude de la structure de cette notion (§2).

§2) La structure de la notion d'imputabilité

189. Les conditions d'imputabilité. Comme on l'a vu, la notion d'imputabilité est composée par l'idée d'un jugement de reproche que l'on peut faire à l'encontre de l'agent qui a accompli une infraction. Toutefois, pour que ce jugement de reproche puisse être réalisé, l'individu doit avoir certaines aptitudes personnelles, lesquelles le rendent digne d'une peine. C'était alors à partir de ces aptitudes personnelles que l'on doit rencontrer chez le délinquant que le droit pénal en France et au Brésil a conçu la structure de la notion d'imputabilité, en établissant quelles sont les

¹⁷⁶⁶ Voir F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 13.

¹⁷⁶⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 525.

¹⁷⁶⁸ « Toute infraction, même non intentionnelle suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté » Cour de cass., Ch. crim., 13 décembre 1956, Bull. crim. 1956, n° 840 ; D. 1957, p. 349, note M. Patin. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît également que « la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de guilty (dans la version anglaise) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuel (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction. À défaut, la peine ne serait pas justifiée » CEDH, 20 janvier 2009, *Sud Fondi Srl et A. c/ Italie*.

¹⁷⁶⁹ Dans ce sens, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 122. L'article 5, LIII, LIV et LV, de la Constitution fait elle aussi une référence indirecte à la notion d'imputabilité en droit pénal. En outre, dans ces deux ordres juridiques l'imputabilité est un concept étroitement lié au principe de culpabilité en droit pénal. Voir R. BENARDINI, *op. cit.*, p. 234.

conditions d'imputabilité¹⁷⁷⁰ qui doivent être remplies par l'agent pour que l'on puisse imputer un acte illicite à son compte (France), ou pour que l'infraction soit constituée à son égard (Brésil)¹⁷⁷¹.

Ces conditions d'imputabilité vont alors être définies par les législateurs français et brésilien sous sa face négative, c'est-à-dire à partir de certains événements qui suppriment ou réduisent l'imputabilité¹⁷⁷². Ces événements sont inhérents à la personne du délinquant et ils vont réduire, voire détruire son intelligence lucide ou sa volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction¹⁷⁷³. En France, ils sont prévus aux articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal, tandis qu'au Brésil ils sont prévus aux articles 21, 22, 26 et 27 du Code pénal. À partir d'une lecture *a contrario* de ces événements qui réduisent ou anéantissent l'intelligence lucide ou la volonté techniquement libre de l'individu, on peut alors déduire quelles sont les conditions d'imputabilité qui doivent être remplies par le délinquant pour qu'on puisse lui reprocher une infraction¹⁷⁷⁴. En effet, ce n'est que lorsque ces conditions sont remplies par l'agent que l'on considère qu'il a les aptitudes personnelles exigées par la notion d'imputabilité pour pouvoir faire un jugement de reproche à son encontre.

190. La capacité de discernement. Tout d'abord, pour devenir pénalement responsable, l'agent doit avoir au moment des faits une capacité de discernement, c'est-à-dire une aptitude à comprendre la gravité de son geste, en étant en mesure de distinguer avec lucidité le permis de l'interdit¹⁷⁷⁵. En France et au Brésil, cette première condition d'imputabilité est liée à l'idée d'une intelligence lucide chez le délinquant et elle peut être anéantie face à trois événements. En premier lieu, face à un « trouble psychique ou neuropsychique »¹⁷⁷⁶. En deuxième lieu, en raison de l'ivresse alcoolique ou

¹⁷⁷⁰ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 222.

¹⁷⁷¹ Ces conditions ne forment pas le contenu de la notion d'imputabilité, elles sont plutôt des prérequis pour l'existence de cette notion. Voir dans ce sens, W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 184. Quoi qu'il en soit, il faut dire qu'on va tout simplement essayer de présenter dans cette sous-section une idée globale de ce en quoi pourrait consister la structure de la notion d'imputabilité, pour ensuite démontrer son incompatibilité avec la nature désincarnée des groupements.

¹⁷⁷² En ce qui concerne le droit brésilien, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 558.

¹⁷⁷³ Dans ce sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 504.

¹⁷⁷⁴ « Notre code pénal (comme tous les autres) considère l'imputabilité, ou la responsabilité, à travers les causes qui la suppriment. L'approche est donc négative » J. PRADEL, *La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994*, p. 158.

¹⁷⁷⁵ Voir dans ce sens, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 558.

¹⁷⁷⁶ Ce trouble va retirer à l'individu ses facultés mentales essentielles, lesquelles lui permettent de comprendre la gravité de son geste et de contrôler ses actes. De ce fait, puisque l'imputabilité suppose que l'agent possède au moment des faits la capacité de distinguer le permis de l'interdit « dès que l'agent ne possède plus cette capacité, qu'il ne peut connaître les exigences de l'ordre juridique et s'y conformer, la société ne peut lui adresser un quelconque reproche ou blâme », voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 241. Comme on le voit, il est impossible de trouver une de ses troubles psychiques chez la personne morale, justement parce qu'elle est un être dépourvu d'un appareil psychique. On va étudier l'incompatibilité existant entre la notion d'imputabilité et les personnes morales *infra* (n° 195).

de la prise de stupéfiants¹⁷⁷⁷. En troisième lieu, à cause de l'absence de maturité chez le délinquant¹⁷⁷⁸. De ce fait, à partir d'une lecture *a contrario* de ces trois causes de non-imputabilité, on peut déduire alors que l'existence chez l'agent d'une capacité de discernement est une première condition d'imputabilité en France et au Brésil¹⁷⁷⁹. Cette capacité existera toutes les fois où les facultés intellectuelles de celui qui a accompli un acte illicite ne sont pas affectées par certains événements capables d'abolir son intelligence lucide. Au fond, pour que l'on puisse reprocher à l'agent l'accomplissement d'une infraction, le délinquant doit avoir en premier lieu un « esprit sain », dont le fonctionnement intellectuel et psychique n'est pas perturbé, soit à cause d'un trouble mental (d'origine pathologique ou toxicologique), soit en raison d'un état d'imaturité. C'est pourquoi cette première condition est nécessaire, parce que seules les personnes dotées d'une capacité de discernement peuvent connaître l'interdit et avoir conscience du caractère illicite de leur comportement, ce qui nous amène à l'étude de la deuxième condition d'imputabilité exigée en France et au Brésil¹⁷⁸⁰.

191. La conscience du caractère illicite du comportement accompli. Ensuite, pour devenir pénalement responsable l'agent doit savoir que son comportement est considéré interdit¹⁷⁸¹,

¹⁷⁷⁷ Ici, l'agent va perdre son intelligence lucide à cause d'un trouble d'origine toxicologique, lequel va l'empêcher de comprendre les repères sociaux, en vue d'adapter sa conduite au respect de ces préceptes. Dans cette hypothèse, seule l'absorption de stupéfiants ou la consommation d'alcool involontaire va être prise en compte par le droit pénal en tant qu'une cause de non-imputabilité. Au Brésil, cette prise en compte de l'état d'ébriété de l'agent en tant qu'une cause de non-imputabilité est prévue par l'article 28 du Code pénal, tandis qu'en France elle n'est pas reconnue par le législateur, mais elle est parfois appliquée par la jurisprudence. Voir Cour de cass., Ch. crim., 5 février 1957, Bull. crim. 1957, n° 110. Voir dans le même sens : CA Amiens, 26 mai 1954, D. 1954. 579. Il nous semble que cette cause de non-imputabilité est également incompatible avec la nature désincarnée des groupements. On va étudier le thème plus en détails *infra* (n° 273 et s.).

¹⁷⁷⁸ Pour cette raison, le droit pénal en France et au Brésil va exclure de son champ d'application les individus qui ne sont pas encore arrivés à « l'âge de la raison » et qui n'ont pas encore d'aptitude à connaître les exigences de l'ordre juridique et à s'y conformer. Toutefois, en ce qui concerne les contours de cette cause de non-imputabilité, on rencontre une différence entre le droit pénal brésilien et le droit pénal français. Au Brésil, le droit pénal exige que l'individu arrive à un certain seuil d'âge avant de le faire entrer dans le champ pénal. Selon l'article 27 du Code pénal brésilien seules les personnes âgées de plus de dix-huit ans peuvent devenir pénalement responsables. En France, le législateur n'a pas fixé de seuil d'âge en dessous duquel l'agent est présumé, d'une manière irréfragable, comme n'ayant pas la capacité de discernement. De ce fait, contrairement à ce qui se passe au Brésil, l'article 122-8 du Code pénal français prévoit le principe de la capacité pénale des mineurs, dès lors qu'ils sont également capables de comprendre la portée de leurs actes. On peut ainsi penser qu'en France l'imputabilité d'une infraction à un mineur n'est donc pas une question d'âge, contrairement au Brésil, mais elle est possible dès lors qu'est constatée chez l'agent la capacité de discernement, même si cet agent est mineur. Voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 506.

¹⁷⁷⁹ « Compréhension de la finalité des actes accomplis, la prévision de leur suite et de leurs conséquences, il ne peut y avoir d'imputabilité subjective dès lors que l'individu ne jouit pas de facultés mentales saines lui permettant de comprendre le monde sensible qui l'entoure et d'avoir une conscience normale, non du contenu, mais de la portée et des conséquences de son comportement » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 245-246.

¹⁷⁸⁰ La capacité de discernement devient alors un « prérequis » pour que l'agent puisse avoir la conscience d'enfreindre les ordonnances légales par le biais de son comportement, puisque les fous, les ivres et les mineurs sans discernement ne semblent pas en mesure d'avoir une conscience du caractère illicite du comportement accompli.

¹⁷⁸¹ Cette conscience est extrinsèque à la constitution de l'élément subjectif de l'infraction, car elle est une donnée subjective liée à l'imputabilité et non pas à la culpabilité. Pour cette raison, elle recoupe la conscience du caractère illicite de l'acte, le sens social et moral, et non matériel, de ce que l'agent faisait. Dans le même sens, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 245.

puisque l'action ou l'omission illicite ne peut lui être pénalement reprochée que lorsqu'il a la conscience de l'existence d'une norme qui interdit l'accomplissement de sa conduite¹⁷⁸². En effet, c'est cette conscience de la non-conformité de l'acte au droit qui témoigne du mépris de l'agent par rapport à l'ordre juridique, ce qui rend son comportement blâmable. En France et au Brésil, la conscience de l'individu par rapport au caractère illicite de son comportement peut être anéantie en raison d'une « erreur de droit »¹⁷⁸³. Il s'agit d'une cause de non-imputabilité prévue aux articles 122-3 du Code pénal français et 21 du Code pénal brésilien et c'est par le biais d'une lecture *a contrario* de cette cause de non-imputabilité que l'on va pouvoir déduire l'existence de cette deuxième condition d'imputabilité que l'agent doit accomplir pour devenir pénalement responsable en France et au Brésil¹⁷⁸⁴. De toute façon, en plus d'être capable de discernement et de connaître le caractère illicite de son comportement, l'individu doit avoir une aptitude à résister à l'infraction pour devenir pénalement responsable. Cette aptitude est considérée alors la troisième et dernière condition d'imputabilité dans le contexte franco-brésilien.

192. L'aptitude à résister à l'infraction. En France et au Brésil, on peut déduire l'existence de cette troisième condition d'imputabilité par voie d'une lecture *a contrario* de certaines causes de non-imputabilité présentes au sein du Code pénal français et du Code pénal brésilien. En effet, dans ces deux pays le législateur prévoit que l'idée d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction peut être anéantie par l'existence de certains événements qui vont ôter de l'agent son aptitude à résister à l'infraction¹⁷⁸⁵. Dans ces hypothèses, l'individu demeure sain d'esprit, en sachant la portée et les conséquences illicites de son comportement, mais il lui est impossible de se conformer à la loi en ne pas accomplissant un acte illicite, raison pour laquelle il ne pourra pas

¹⁷⁸² Sur ce thème et le contenu de cette conscience, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 571.

¹⁷⁸³ L'erreur de droit est une circonstance personnelle à l'individu qui va l'empêcher de savoir que sa conduite était interdite à l'égard du droit pénal. Dans cette hypothèse, l'agent ignore légitimement et de manière insurmontable que son comportement est illicite. En effet, il a l'intention d'accomplir le fait incriminé et il le réalise, mais il croit que son geste n'est pas illicite par rapport au droit, soit parce qu'il a cru que son comportement n'était pas interdit (erreur sur l'incrimination), soit parce qu'il a cru qu'il était autorisé à agir (erreur sur la justification). Voir J.-P. COUTURIER, *L'erreur de droit invincible en matière pénale*, in *RSC*, 1968. Par ailleurs, il faut dire qu'au Brésil l'erreur évitable peut être une circonstance de diminution de la peine, tandis qu'en France il est indifférent pour la détermination du quantum de peine. Contre cette indifférence du droit pénal français par rapport à l'erreur de droit évitable, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 270 et s.

¹⁷⁸⁴ Tout compte fait, de la même manière que la capacité de discernement (première condition d'imputabilité), cette deuxième condition d'imputabilité est elle aussi liée à l'idée « d'une intelligence lucide » qu'on doit rencontrer chez le délinquant. Cette assertion est possible puisque l'erreur de droit semble justement détruire l'aptitude que l'agent possède de distinguer avec lucidité l'interdit du permis, en connaissant la loi. Dans le même sens, voir R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 257. Il y a des auteurs, cependant, qui considèrent que cette exigence est liée à l'existence d'une volonté techniquement libre chez l'agent et non pas à sa capacité de discernement, notamment parce que « l'erreur de droit » abolirait l'aptitude de l'agent à résister à l'infraction. Dans ce sens, voir, par exemple, X. PIN, *Droit pénal général*, p. 230.

¹⁷⁸⁵ « L'imputabilité suppose une volonté libre, laquelle se traduit par une aptitude à résister à l'infraction » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 230.

être reproché par le droit pénal¹⁷⁸⁶. En France, la volonté techniquement libre de l'agent peut être anéantie par la contrainte¹⁷⁸⁷, tandis qu'au Brésil elle peut s'effacer soit en raison d'une contrainte, soit en raison d'un commandement de l'autorité légitime¹⁷⁸⁸. Dans tous les cas, c'est à partir d'une lecture *a contrario* de ces causes de non-imputabilité qu'on peut conclure que la présence d'une aptitude à résister à l'infraction chez le délinquant est une troisième et dernière condition d'imputabilité en France et au Brésil. En réalité, il nous semble que le droit pénal franco-brésilien ne peut reprocher une infraction au délinquant que lorsqu'il avait au moment des faits la possibilité de faire autrement, en ayant la capacité de conformer sa conduite à la loi. Pour cette raison, l'existence chez l'agent d'une aptitude à résister à l'infraction est une troisième condition d'imputabilité.

Quoi qu'il en soit, l'étude de ces trois conditions d'imputabilité nous amène alors à certaines observations quant au contenu et à la structure de la notion d'imputabilité en France et au Brésil.

193. Le contenu et la structure de l'imputabilité en France et au Brésil. Comme on l'a énoncé, ni en France, ni au Brésil, on ne rencontre de nos jours de consensus concernant la notion d'imputabilité en droit pénal. Les contours et la teneur de cette notion restent encore flottants dans ces deux pays. Toutefois, cette controverse autour du thème n'a pas empêché ni l'ordre juridique français, ni l'ordre juridique brésilien de faire usage de ce concept dans la mise en œuvre du droit positif, soit en tant qu'une condition de la responsabilité pénale, soit en tant qu'un élément constitutif de l'infraction. Il nous semble que cette notion a pu être employée au sein du droit pénal franco-brésilien depuis longtemps puisque malgré les divergences qui existent quant à ce thème, on arrive quand même à avoir une idée globale de ce en quoi pourrait consister cette notion d'imputabilité.

En effet, cette idée globale nous apprend que l'imputabilité est un concept qui traduit en droit pénal l'idée d'un jugement de reproche qui peut être réalisé à l'encontre d'un délinquant en

¹⁷⁸⁶ « Toute cause exclusive de l'intelligence est par cela même exclusive de la liberté. La réciproque n'est pas vraie : la privation de la liberté n'entraîne pas nécessairement la privation de l'intelligence » E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, p. 97.

¹⁷⁸⁷ Cette cause subjective d'irresponsabilité est prévue à l'article 122-2 du Code pénal français. Dans cette hypothèse, l'agent est soumis à un événement qui l'oblige à commettre l'acte illicite, de sorte qu'il va se trouver dans une impossibilité absolue de se conformer à la loi en n'accomplissant pas l'infraction. Cette contrainte peut alors être un événement d'ordre physique ou encore un événement d'ordre moral. Par ailleurs, la contrainte peut avoir une origine interne ou externe à l'individu. Voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 231.

¹⁷⁸⁸ Ces deux causes subjectives d'irresponsabilité sont prévues à l'article 22 du Code pénal brésilien. En ce qui concerne cette première cause de non-imputabilité, la doctrine brésilienne énonce normalement que la contrainte ne peut avoir qu'une origine morale, puisque la force irrésistible d'ordre physique va exclure au Brésil non pas l'imputabilité de l'agent, mais plutôt sa capacité d'action (voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 506). À propos de cette seconde cause subjective d'irresponsabilité, il faut dire qu'au Brésil, contrairement à ce qui se passe en France, le commandement de l'autorité légitime n'efface pas le caractère illicite de la conduite de l'agent, mais il s'agit d'un événement qui ôte à l'individu la capacité de conformer son comportement à la loi (voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 328).

raison de son comportement illicite, dans le but de justifier sa soumission à une peine. Selon ce concept, ce blâme va être adressé à l'agent à condition qu'il possède au moment des faits deux aptitudes personnelles : d'un côté, une intelligence lucide ; de l'autre côté, une volonté techniquement libre à l'origine de son comportement. En réalité, c'est parce qu'il est capable de juger avec bon sens et clarté, en ayant une capacité de se déterminer selon ce jugement, que le délinquant devient coupable à l'égard du droit pénal et peut être l'objet d'une peine¹⁷⁸⁹.

À partir de ces aptitudes personnelles que l'agent doit avoir pour devenir pénalement responsable et en prenant en compte les causes de non-imputabilité prévues dans la loi, on peut déduire qu'en France et au Brésil l'imputabilité semble être une notion structurée par trois conditions¹⁷⁹⁰. En premier lieu, sur la capacité de discernement de l'agent. En deuxième lieu, sur la conscience de l'individu quant au caractère illicite de son comportement. En troisième lieu, sur l'aptitude de l'agent à résister à l'infraction¹⁷⁹¹. Au fond, ce n'est que lorsque ces trois conditions sont remplies que l'agent délinquant pourra être assujéti à la notion d'imputabilité et faire l'objet d'un jugement de reproche réalisé par l'ordre juridique.

Dans ce contexte, une fois qu'on a étudié le contenu et la structure de la notion d'imputabilité, il convient maintenant se demander si cette notion est ou non compatible avec l'idée d'une responsabilité pénale des groupements. Est-ce que ces conditions d'imputabilité peuvent également être imposées aux personnes morales ? En effet, cette interrogation est très pertinente, puisqu'à cause de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs, des auteurs en France et au Brésil ont affirmé que cette notion serait un obstacle à la responsabilité pénale des groupements (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – L'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature des personnes morales

Étant donné le contenu et la structure de l'imputabilité en droit pénal, on pourrait déduire que la nature du groupement ne pourrait pas s'accorder avec cette notion. Cette assertion est

¹⁷⁸⁹ « L'obligation de subir la sanction fut une conséquence de la faute matérialisée par l'acte, et la peine était la sanction de cette faute, ce qui supposait que les hommes étaient libres de leurs actes et connaissaient le bien et le mal, le permis et le défendu. C'est en toute liberté et avec pleine conscience et volonté que les individus commettent une infraction (...) Il va de soi, dans cette conception, que la liberté morale de l'individu n'existe pas en l'absence de conscience lucide et de volonté libre de l'individu » R. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 204. « Chaque individu, présumé libre de ses décisions, répond du choix fait à la croisée des chemins quand se sont ouvertes à lui, également larges, les voies du Bien et du Mal » J. LÉAUTÉ, *La responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 1961, p. 5.

¹⁷⁹⁰ Bien sûr, il s'agit d'une des approches possibles par rapport au thème, mais elle n'est pas la seule approche qu'on peut faire en ce qui concerne la structure de la notion d'imputabilité dans le contexte franco-brésilien.

¹⁷⁹¹ « Ces conditions vont expliquer alors pourquoi l'agent doit être incriminé » J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, p. 285.

possible puisqu'il manquerait à la personne morale certaines capacités psychologiques dont l'existence serait nécessaire pour qu'elle puisse accomplir l'exigence d'imputabilité et devenir ainsi pénalement responsable d'une infraction. Pour cette raison, ce concept serait incompatible avec la responsabilité des groupements (§1). Cependant, les êtres collectifs ne devraient pas rester en dehors du droit pénal uniquement en raison de cette incompatibilité. En effet, les personnes morales devraient également rester pénalement irresponsables en raison du principe de personnalité des peines et des finalités des peines en droit pénal, puisque ces idées seraient également inconciliables avec la nature immatérielle des êtres collectifs (§2).

§1) La notion d'imputabilité et l'irresponsabilité des personnes morales

194. La notion d'imputabilité. Comme on l'a vu, derrière la notion d'imputabilité on rencontre l'idée d'un blâme qui peut être adressé à l'agent en raison de l'accomplissement d'une infraction. Ce jugement de reproche va alors justifier le fait que l'individu soit soumis à l'exécution d'une peine. Le délinquant mérite d'être sanctionné non seulement parce qu'il a réalisé un acte illicite, mais aussi parce qu'on peut induire son comportement face à certaines aptitudes personnelles qu'il possédait au moment des faits. En réalité, c'est parce qu'il était conscient et techniquement libre¹⁷⁹² pendant la réalisation de l'infraction, que l'on peut lui reprocher son action ou omission, car le délinquant savait qu'il ne devait pas adopter cette conduite et, en outre, il avait la capacité de conformer son comportement aux règles de droit.

Dans ce contexte, on peut déduire que la responsabilité pénale en France et au Brésil est conditionnée par l'existence de certaines aptitudes personnelles chez le délinquant, lesquelles vont le rendre digne d'un jugement de reproche. En effet, ce n'est que lorsque la personne a une conscience du caractère illicite de son acte, en pouvant conformer son comportement aux règles de droit, qu'elle mérite d'être blâmée par l'ordre juridique. Pour cette raison, l'accomplissement d'un acte illicite est nécessaire, mais il ne suffit pas pour qu'on puisse avoir un responsable pénal, car en plus d'être l'auteur d'un acte illicite, l'agent doit avoir une intelligence lucide et une volonté techniquement libre pour qu'on puisse lui reprocher sa conduite, en le soumettant à l'exécution d'une peine.

¹⁷⁹² Comme on l'a déjà énoncé, cette liberté de choix n'est pas celle proposée par l'idée métaphysique de libre arbitre, une liberté absolue, mais il s'agit d'une liberté technique, laquelle existera toutes les fois où l'agent délinquant ne se trouve pas soumis à une cause subjective d'irresponsabilité telle que la contrainte ou le commandement de l'autorité légitime par exemple.

On a vu qu'une personne morale, par le biais de ses organes et représentants, peut accomplir autant l'élément matériel que l'élément subjectif d'un acte illicite¹⁷⁹³. Toutefois, est-ce qu'elle peut également avoir les aptitudes personnelles liées au concept d'imputabilité, lesquelles sont nécessaires pour qu'une personne puisse devenir pénalement responsable en France et au Brésil ? Autrement formulé, les idées d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction sont-elles compatibles avec la nature désincarnée des groupements ?

195. Le contenu de l'imputabilité et son incompatibilité avec la nature des groupements. Face à ces interrogations, plusieurs auteurs ont souligné l'incompatibilité qui existe entre le concept d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales¹⁷⁹⁴. Étant donné que ce concept présuppose l'existence de certaines capacités psychologiques liées à la structure mentale du délinquant, il ne pourrait jamais être caractérisé à l'égard d'une personne morale¹⁷⁹⁵. En réalité, selon ces auteurs, seules les personnes physiques possèderaient les capacités intellectuelles nécessaires pour devenir pénalement responsables¹⁷⁹⁶. De ce fait, à défaut d'avoir un appareil psychique, le groupement ne pourrait pas avoir les aptitudes personnelles indispensables pour qu'on puisse lui reprocher l'accomplissement d'une infraction¹⁷⁹⁷.

En premier lieu, la personne morale serait incapable d'avoir une intelligence lucide¹⁷⁹⁸. En effet, la nature désincarnée d'un groupement l'empêcherait d'apprécier la portée de ses gestes et de les appréhender à l'aune des valeurs protégées. Sans posséder d'appareil psychique, la personne morale serait donc inapte à évaluer le caractère illicite de son comportement et ainsi se déterminer selon cette évaluation¹⁷⁹⁹. De ce fait, l'idée d'une intelligence lucide ferait toujours défaut chez le

¹⁷⁹³ Voir *supra* (n° 51 et s.).

¹⁷⁹⁴ Dans ce sens, voir : N. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 8 ; L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e explicações*, p. 129 ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 180 ; L. LUISI, *op. cit.*, p. 39 ; R. DOTTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 179 ; et J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 242.

¹⁷⁹⁵ « La culpabilité n'a pas été créée pour être recherchée auprès des personnes morales » F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 26. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁷⁹⁶ « L'indéniable empreinte éthique du droit pénal qui, lui, dérive de lois constitutionnelles conduit à reconnaître que dans nos lois la personnalité de la responsabilité pénale, avant même de s'établir sur une culpabilité, se fixe sur un ensemble de facteurs physio-psychiques que suppose la culpabilité, seulement identifiables chez les personnes physiques » F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 318. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁷⁹⁷ « Appliquer cette notion à une personne morale relève de 'la haute voltige' (...) Ces conditions (liberté et lucidité) constitutives de l'imputabilité paraissent précisément faire défaut à la personne morale » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 35-36.

¹⁷⁹⁸ « On ne peut pas penser que la personne morale a une conscience » L. LUISI, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁹⁹ « Le jugement de reproche qui concerne la notion de culpabilité est fondée sur la conscience du caractère illicite du comportement et sur la capacité de se déterminer selon cette conscience, aptitudes personnelles de l'agent qui font défaut chez la personne morale » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 33. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

groupement, raison pour laquelle on ne pourrait jamais lui reprocher l'accomplissement d'une infraction. Autrement dit, aucun blâme ne pourrait être adressé à la personne morale puisqu'elle n'aurait pas les capacités psychologiques nécessaires pour comprendre même de manière basique les repères sociaux, afin d'adapter sa conduite au-respect de ces préceptes. Par conséquent, sans pouvoir distinguer l'interdit du permis le groupement devrait rester pénalement irresponsable, car il serait incapable d'avoir une intelligence lucide.

En second lieu, l'idée d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction serait également incompatible avec la nature désincarnée des personnes morales. Étant donné que le groupement réalise un acte illicite toujours par le biais des décisions prises par ses organes ou représentants, il ne posséderait jamais une « faculté autonome de vouloir »¹⁸⁰⁰. De ce fait, l'infraction de la personne morale ne serait pas la conséquence d'un choix réalisé de bon gré par la seule puissance de sa volonté, mais l'acte illicite accompli par un groupement serait toujours le résultat d'un choix conditionné par les résolutions individuelles des personnes physiques qui sont derrière l'écran de l'être collectif¹⁸⁰¹. Pour cette raison, à défaut d'avoir une faculté autonome de vouloir, la personne morale n'aurait pas la possibilité de choisir à cœur ouvert entre l'interdit et le permis à l'instar des êtres humains¹⁸⁰². Conséquemment, il ne serait pas possible de rencontrer une volonté techniquement libre à l'origine du comportement infractionnel réalisé par un groupement, puisque son comportement serait toujours conditionné et déterminé par la volonté individuelle de ses membres¹⁸⁰³.

196. La structure de l'imputabilité et son incompatibilité avec les groupements. Par conséquent, sans intelligence lucide et volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction, la personne

¹⁸⁰⁰ « La responsabilité pénale suppose, dans le chef de l'auteur, une volonté libre et consciente. Le droit pénal contemporain est d'essence volontariste : il dégage de plus en plus l'idée que la sanction pénale est conditionnée par la faute. Or, on ne saurait affirmer, dans le chef de la personne morale dépourvue de la faculté autonome de penser et de vouloir, l'existence d'une vraie résolution d'enfreindre la loi » M. HUSS, *op. cit.*, p. 674.

¹⁸⁰¹ « Les personnes morales n'ont ni une imputabilité, ni une conscience, ni une volonté propre, puisque leurs choix vont être réalisés par le biais des êtres humains qui la dirigent » F. MAGALHÃES NORONHA, *op. cit.*, p. 139-141. « On ne peut pas penser que la personne morale est, selon la conception classique, libre. Nonobstant le fait qu'il a une vie propre selon ses règles d'organisation, le groupement n'a pas de volonté autonome, de sorte qu'il ne peut pas avoir de conscience propre et par son biais avoir la possibilité de choisir entre l'interdit et le permis » G. YACOBUCCI, *Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa, in Derecho Penal Empresario*, Madrid : B de F, 2010, p. 22.

¹⁸⁰² « L'irresponsabilité pénale des personnes morales était généralement justifiée par le fait que la personne morale, n'ayant pas de volonté propre, n'avait pas la capacité de comprendre et de vouloir et ne pouvait dès lors se voir imputer une infraction commise par des personnes physiques » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 36.

¹⁸⁰³ L'acte illicite serait étranger à la personne morale, laquelle n'a pas pris moralement l'initiative de l'accomplir. Pour cette raison, la volonté d'un groupement à l'origine de l'infraction ne serait pas une volonté techniquement libre, mais plutôt une volonté conditionnée par la volonté de ses membres. Il faut dire qu'ici il ne s'agit pas de nier l'existence d'une volonté chez la personne morale, mais il s'agit de nier l'indépendance de cette volonté par rapport à la volonté des personnes physiques qui composent l'être collectif.

morale ne pourrait jamais accomplir les conditions d'imputabilité et ainsi devenir pénalement responsable.

En premier lieu, parce que l'être collectif n'a pas un appareil psychique. De ce fait, il ne posséderait pas une structure mentale apte à comprendre la portée de ses gestes et à distinguer avec lucidité l'interdit du permis¹⁸⁰⁴. Pour cette raison, le groupement ne pourrait pas avoir de capacité de discernement (1^{ère} condition)¹⁸⁰⁵. En deuxième lieu, puisque sans avoir de capacité de discernement, la personne morale ne pourrait pas connaître la loi et ainsi avoir conscience du caractère illicite de son comportement¹⁸⁰⁶. Pour cette raison, l'être collectif ne serait également pas capable d'accomplir la deuxième condition d'imputabilité en France et au Brésil¹⁸⁰⁷. En troisième lieu, parce qu'étant donné que le groupement ne posséderait pas une faculté autonome de vouloir contrairement aux personnes physiques qui le composent, ses choix seraient toujours déterminés par la volonté individuelle de ses membres. Pour cette raison, l'être collectif ne posséderait point une aptitude à résister à l'infraction (3^{ème} condition), car il n'aurait jamais la capacité de choisir à cœur ouvert entre l'interdit et le permis¹⁸⁰⁸.

Somme toute, dépourvu d'une capacité de discernement, sans pouvoir avoir conscience du caractère illicite de son comportement et exempt d'une aptitude à résister à l'infraction, le groupement ne pourrait pas remplir les conditions d'imputabilité et ainsi devenir pénalement coupable d'une infraction en France et au Brésil. Pour cette raison, il devrait rester en dehors du droit pénal¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁴ « Il manque aux personnes morales les capacités psychologiques de l'être humain, lesquelles sont des prérequis à la notion de culpabilité » C. DELMANTO, *op. cit.*, p. 58. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁸⁰⁵ « La personne morale n'a pas de capacité pénale (ou capacité d'imputabilité), puisque le prérequis de maturité et d'un esprit sain, lesquels sont le fondement de la capacité pénale chez les êtres humains, ne sont pas compatibles avec les personnes morales » J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 277.

¹⁸⁰⁶ « Seules les personnes physiques peuvent avoir la conscience du caractère illicite de leur comportement. Pour cette raison, on ne peut pas utiliser la notion de culpabilité pour fonder la responsabilité des personnes morales. La notion de culpabilité n'a pas été conçue avec cette finalité » F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 40. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁸⁰⁷ « La conscience du caractère illicite du comportement accompli (...) laquelle nous permet de conclure que l'individu savait ce qu'il faisait, peut avoir lieu uniquement dans l'appareil psychique d'une personne physique » J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 277.

¹⁸⁰⁸ « Le jugement de reproche lié à la notion de culpabilité suppose l'aptitude chez l'individu de pouvoir résister à l'infraction et ainsi pouvoir agir autrement, aptitude qu'on ne rencontre pas chez les personnes morales » G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 48. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁸⁰⁹ Dans ce sens, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 280.

197. Les causes de non-imputabilité et les personnes morales. D'ailleurs, les causes de non-imputabilité ne seraient, elles non plus, pas compatibles avec la nature désincarnée des personnes morales.

En premier lieu, parce qu'on ne pourrait pas caractériser un trouble psychique d'origine pathologique ou toxicologique à l'égard d'un groupement. En raison du fait qu'il soit dépourvu d'un cerveau, les événements abolissant l'intelligence lucide du délinquant ne pourraient jamais avoir lieu chez l'être collectif, puisqu'en raison de sa nature immatérielle la personne morale ne serait pas capable d'avoir une intelligence lucide en toute hypothèse. En outre, l'idée d'une absence de maturité pour pouvoir distinguer le permis de l'interdit ne semble, elle non plus, pas compatible avec la nature désincarnée des groupements. En deuxième lieu, parce qu'il ne ferait pas de sens de soulever une erreur de droit en faveur d'un être collectif. En effet, quoi qu'il arrive la personne morale ne pourrait jamais connaître la loi et ainsi saisir le caractère illicite de son comportement, puisqu'elle n'aurait pas les capacités psychologiques nécessaires pour le faire¹⁸¹⁰. Finalement, en troisième lieu, parce qu'une contrainte morale ou physique ne pourrait jamais exister à l'égard d'une personne qui n'a ni corps, ni esprit. À défaut de corps, une personne morale ne pourrait pas avoir sa liberté anéantie en raison d'une force physique. Dépourvue d'esprit, un groupement serait indifférent à toute menace, sujétion ou provocation morale¹⁸¹¹. Pour ces raisons, la contrainte et les autres causes subjectives d'irresponsabilité qui existent au sein du droit pénal seraient également incompatibles avec la nature désincarnée des êtres collectifs¹⁸¹², raison pour laquelle les personnes morales devraient rester en dehors du droit pénal.

198. Sans imputabilité, pas de responsabilité. En définitive, sans être en mesure d'avoir les aptitudes personnelles liées à la notion d'imputabilité, sans pouvoir remplir les conditions d'imputabilité et en ayant une nature incompatible avec les causes subjectives d'irresponsabilité, les personnes morales devraient rester pénalement irresponsables, puisque leurs conduites ne seraient jamais reprochables à l'égard du droit pénal¹⁸¹³.

¹⁸¹⁰ « Étant donné que la psychique collective ne peut pas fonctionner en tant qu'un organe capable de réfléchir et de comprendre les choses, l'erreur de droit ne peut pas exister chez les personnes morales » J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 277.

¹⁸¹¹ « Les causes de non-imputabilité fondées sur l'anormalité des circonstances, selon lesquelles l'individu n'a plus l'aptitude à résister à l'infraction ne peuvent pas être appliquées aux personnes morales : l'âme collective est insensible à des émotions » J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 278. Le même raisonnement peut être réalisé à propos du commandement de l'autorité légitime en ce qui concerne le droit pénal brésilien.

¹⁸¹² On va revenir sur ce thème *infra* (n° 274), justement pour démontrer qu'une cause subjective d'irresponsabilité peut être caractérisée à l'égard des personnes morales.

¹⁸¹³ « La personne morale n'est pas blâmable car dépourvue de toute culpabilité » C. MAURO, *op. cit.*, p. 64. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

D'un côté, du fait qu'il n'ait pas une intelligence lucide pour pouvoir saisir la portée inadmissible de son comportement, le groupement ne pourrait jamais se rendre compte que son action ou omission est contraire à l'ordre juridique. Par conséquent, sa conduite ne pourrait jamais faire l'objet d'un reproche, car l'absence de conscience du caractère illicite de son comportement démontrerait toujours la bonne foi de la personne morale, de sorte qu'elle ne pourrait jamais comprendre qu'elle a accompli un acte illicite contraire à l'ordre juridique¹⁸¹⁴. L'absence de cette compréhension démontrerait à son tour qu'en réalisant l'infraction le groupement n'a pas méprisé consciemment les valeurs protégées par le droit pénal, raison pour laquelle on ne pourrait pas lui reprocher son comportement illicite.

D'un autre côté, puisque l'être collectif n'a pas de faculté autonome de vouloir contrairement aux personnes physiques qui le composent, il ne pourrait jamais avoir de volonté techniquement libre à l'origine de son comportement¹⁸¹⁵. En effet, puisque sa volonté serait toujours conditionnée par la volonté de ses membres¹⁸¹⁶, la personne morale ne serait jamais apte à choisir de bon gré entre l'interdit et le permis. De ce fait, l'acte illicite du groupement ne mériterait aucun reproche, car au fond l'être moral ne choisirait pas lui-même de réaliser une infraction, mais il serait plutôt poussé à l'accomplir en conséquence de la volonté individuelle des personnes physiques qui le composent¹⁸¹⁷. Dans ce contexte, l'infraction d'un groupement ne serait pas l'expression d'un abus de liberté accompli par la seule puissance de la volonté de l'être collectif, mais elle serait l'expression d'un choix forcé réalisé par le groupement à cause de la résolution individuelle de ses membres. Pour cette raison, la conduite illicite de la personne morale ne pourrait jamais être reprochée par le droit pénal, car il manquerait toujours au groupement la capacité de conformer son comportement à la loi.

De cette façon, puisque l'imputabilité serait une notion incompatible avec la nature désincarnée des êtres collectifs, on ne pourrait jamais faire de jugement de reproche à l'encontre des groupements¹⁸¹⁸. Au fond, il manquerait aux personnes morales les aptitudes personnelles indispensables pour qu'on puisse leur reprocher une conduite illicite. Pour revenir à l'essentiel, on

¹⁸¹⁴ « On ne peut pas rechercher chez une personne morale ce qu'elle n'a pas : une conscience du caractère illicite du comportement accompli » E. LECEY, A tutela penal do consumidor e a criminalidade através da pessoa jurídica, citée in L. LUISI, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸¹⁵ « Une fiction juridique dépourvue de réelle volonté propre » C. MAURO, *op. cit.*, p. 64.

¹⁸¹⁶ La personne morale est « quelque chose comme un corps sans âme, obligé d'agir par l'intermédiaire de représentants physiques, seuls capables de volonté » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 240.

¹⁸¹⁷ G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 48.

¹⁸¹⁸ « La culpabilité est un reproche d'ordre éthique et moral qui, par principe, ne peut être dressé qu'à des personnes physiques » G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 286. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

ne pourrait pas rendre responsable d'une infraction un délinquant qui n'a ni intelligence lucide, ni volonté techniquement libre à l'origine de son comportement et qu'à l'égard duquel les conditions d'imputabilité et les causes de non-imputabilité ne font pas de sens¹⁸¹⁹. Pour ces raisons, les êtres moraux devraient rester en dehors du droit pénal¹⁸²⁰.

Cet argument contraire à la responsabilité pénale des personnes morales a été beaucoup utilisé par la doctrine¹⁸²¹, au point que certains auteurs ont annoncé que c'est en raison de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements que le droit pénal avait créé le célèbre adage *societas delinquere non potest*¹⁸²². Par ailleurs, notamment au Brésil, la jurisprudence a autrefois refusé de reconnaître la responsabilité pénale des êtres collectifs en raison du fait que la notion d'imputabilité ferait défaut chez un être sans corps et sans esprit comme le groupement¹⁸²³.

Toutefois, l'antagonisme existant entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales n'était pas le seul argument utilisé en France et au Brésil pour justifier l'irresponsabilité pénale des groupements depuis cette perspective¹⁸²⁴. Cette assertion est possible

¹⁸¹⁹ « Une partie de la doctrine se prononce contre l'introduction de sanctions criminelles envers les personnes morales en soutenant que le reproche de culpabilité dans sa conception classique suppose, pour l'individu, la possibilité d'agir différemment et que ce reproche réclamerait ainsi l'acceptation de base du principe de responsabilité, qui n'est pas propre aux personnes morales » G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 285. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁸²⁰ « L'admission de leur responsabilité pénale se heurte aux conditions générales, auxquelles est jusqu'ici reconnue dans les législations positives l'existence de toute responsabilité pénale, d'intelligence, de volonté et de faute » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 242. En effet, l'origine de cet argument contraire à la responsabilité pénale des personnes morales remonte au droit canonique. Comme on l'a vu, pendant le concile de Lyon, qui a eu lieu en 1245, le Pape Innocent IV avait affirmé qu'un être collectif ne pouvait pas être objet d'une peine d'excommunication, car étant une fiction et n'ayant pas une âme propre, il ne pouvait pas vouloir et agir par lui-même (INNOCENT IV, livre V de son *apparatus decretalium* (Lyon, 1578), chap. 52, n. 1-2, fol. 364-5). Dans le même sens, M. ROBERT énonce que « la doctrine romano-canoniste, qui assimile l'infraction au péché, ne recommande pas davantage la punition des personnes morales, incapables de discerner le bien et le mal » J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 374.

¹⁸²¹ Est remarquable le fait que l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales a été soulignée autant par la doctrine contraire à la responsabilité pénale des groupements que par la doctrine favorable à cette responsabilité (voir, par exemple : J.-C. SAINT PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 107 ; F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 40 ; et P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 52). De ce fait, certains auteurs niaient cette responsabilité à cause de cette incompatibilité, tandis que d'autres ont proposé soit un nouveau concept d'imputabilité spécifique aux personnes morales, soit l'application de mesures de sureté à l'encontre des groupements. On va étudier le thème plus en détails *infra* (n° 214 et s.).

¹⁸²² « L'impossibilité d'adapter la notion de culpabilité aux personnes morales a été le principal argument utilisé par la doctrine traditionnelle contre la responsabilité pénale des personnes morales, de sorte que le principe *societas delinquere non potest* a été conçu à cause de cette impossibilité » M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 154. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁸²³ Et cela même après l'entrée en vigueur de la loi 9.605/98 : « L'imputation d'une infraction aux personnes morales, êtres dépourvus autant d'une capacité d'action que d'une culpabilité, est impossible puisqu'elles ne peuvent pas accomplir d'acte illicite » STJ, 18 novembre 2004, RESP n° 622.724. Dans le même sens, le Supremo Tribunal Federal a déjà rendu un arrêt qui énonçait : « parce qu'elle est dépourvue d'une conscience et d'une volonté, la personne morale ne peut pas accomplir une infraction » STF, 4 août 2008, REXT n° 440.180. Il faut dire, cependant, que de nos jours la jurisprudence autant du Superior Tribunal de Justiça que du Supremo Tribunal Federal reconnaît l'existence de la responsabilité pénale des personnes morales au Brésil, sans invoquer l'imputabilité comme un argument contraire à cette responsabilité.

¹⁸²⁴ On utilise l'expression « depuis cette perspective » pour faire référence à certains thèmes qui semblent être étroitement liés les uns aux autres en droit pénal. En effet, l'imputabilité, l'application d'une réponse pénale à l'encontre du délinquant

puisque la doctrine et la jurisprudence franco-brésilienne ont également souligné le fait que cette responsabilité serait incompatible avec le principe de personnalité des peines et avec les finalités des peines en droit pénal (§2).

§2) D'autres conséquences liées à cette incompatibilité

199. Le principe de personnalité des peines. Autant au Brésil qu'en France, le principe de personnalité des peines a une valeur constitutionnelle. Tandis qu'au Brésil, il est prévu à l'article 5, XLV, de la Constitution, en France il en résulte des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, élevé au rang des principes constitutionnels par une décision du Conseil Constitutionnel français¹⁸²⁵.

Selon ce principe, la punition engendrée par l'accomplissement d'une infraction ne doit affecter que l'auteur de l'acte illicite¹⁸²⁶. De ce fait, la personne qui va être soumise à l'exécution d'une sanction pénale doit être la même que celle qui a réalisé matériellement et intellectuellement l'infraction, de sorte qu'il doit toujours y avoir une coïncidence subjective entre l'auteur de l'acte illicite et l'agent qui sera l'objet de la peine prononcée en raison de la réalisation de cet acte illicite. Autrement dit, le délinquant et le condamné doivent être, dans tous les cas, la même personne¹⁸²⁷.

200. L'irresponsabilité pénale des groupements. Le principe de personnalité des peines empêche donc le fait que la réponse pénale puisse affecter une personne autre que l'auteur de l'infraction. En raison de cette interdiction, la doctrine et la jurisprudence franco-brésilienne ont fait valoir que la personne morale devrait rester en dehors du droit pénal, puisque la responsabilité pénale des groupements en plus d'être incompatible avec la notion d'imputabilité ne respecterait pas le principe de personnalité des peines.

Selon certains¹⁸²⁸, cette assertion serait possible puisque la peine prononcée à l'encontre d'un être collectif frapperait également et indistinctement plusieurs personnes physiques,

et les finalités des peines sont des thèmes étroitement connectés entre eux. Pour cette raison, l'on examine ces arguments contraires à la responsabilité pénale des groupements dans une même sous-section de cette étude.

¹⁸²⁵ « Qu'est ainsi respecté le principe, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait » Conseil Const., décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999. Voir également : Conseil Const., décision n° 2005-250 DC, 22 juillet 2005.

¹⁸²⁶ X. PIN, *Droit pénal général*, p. 22.

¹⁸²⁷ Le Digeste prévoyait déjà que « le crime ou la peine du père ne peuvent imprimer aucune souillure à son fils » (D. 48, 19, 26). En outre, le droit pénal connaît depuis longtemps des adages tels que « qui fait la faute, il la boit », voir A. LAINGUI, *Les adages du droit pénal*, p. 46.

¹⁸²⁸ Voir : J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 240 et s. ; L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, p. 131 ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 278 et 279 ; F. BRICOLA, Il costo del principio « *societas delinquere non potest* » nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Rivista italiana di diritto e procedura penal*, 1970, p. 961 ; R. DOTTI, A incapacidade criminal da pessoa

lesquelles n'auraient rien à voir avec l'infraction accomplie par le groupement, malgré leur lien avec la personne morale¹⁸²⁹. D'un côté, on heurterait les membres de l'être collectif qui n'ont participé ni matériellement, ni intellectuellement à l'infraction¹⁸³⁰. De ce fait, un représentant du groupement pourrait souffrir des conséquences d'une sanction prononcée en raison d'un acte illicite pour lequel il n'a pas participé ou pour lequel il s'est manifesté contre dans la délibération qui l'avait déterminé¹⁸³¹. De l'autre côté, et cela notamment dans les entreprises commerciales¹⁸³², les actionnaires de l'être collectif seraient eux-aussi obligés de supporter les conséquences d'une sanction prononcée en raison d'un acte illicite pour lequel ils n'ont rien à voir et au regard duquel il arrive qu'ils n'avaient pas connaissance de son existence¹⁸³³.

Par conséquent, face à ces exemples, on pourrait penser que la sanction sur une personne morale pourrait avoir des effets néfastes sur des personnes physiques étrangères à l'infraction accomplie par le groupement¹⁸³⁴. Pour cette raison, la responsabilité pénale des êtres collectifs serait contraire aux articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 en France, et à l'article 5, XLV, de la Constitution brésilienne, puisqu'elle ne respecterait pas le principe de personnalité des peines¹⁸³⁵.

jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro), in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1995, v. 11, p. 128 ; et N. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸²⁹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 806.

¹⁸³⁰ « En punissant les personnes morales et en les déclarant capables de délinquer, au lieu de limiter cette notion aux êtres physiques, on frappe, indistinctement et indifféremment, tous leurs membres, ceux qui ont voulu le délit et ceux qui ne l'ont pas voulu, ceux qui avaient le pouvoir de l'empêcher, et ceux qui n'avaient pas ce pouvoir ; ceux qui ont délibéré et agi et ceux qui n'ont ni délibéré ni agi, en un mot, ceux contre qui on peut relever une faute intentionnelle et ceux auxquels on peut tout au plus reprocher la faute d'avoir laissé la direction du corps social à des hommes indignes et sans scrupule » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 243.

¹⁸³¹ « Frapper, en effet, de peine une personne morale, c'est atteindre derrière elle ceux qui la composent, sans avoir pour autant pris part à la délibération, qui a déterminé son activité délictuelle ; c'est donc heurter le principe de la personnalité des peines » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 240. Dans le même sens, voir : J. CIRINO DOS SANTOS, *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 280 ; et A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 95.

¹⁸³² « Dangereuse, parce que les tiers, et quand il s'agit d'entreprise commerciales, les actionnaires (...) subiront le contrecoup des pénalités atteignant la personne morale. La nature des sanctions (interdictions d'exercer une activité, dissolution), le quantum élevé des amendes, la perte de confiance des clients envers l'entreprise peuvent avoir, sur le plan économique et social, des conséquences difficiles à évaluer au moment de la condamnation » J. LEROY, *op. cit.*, p. 234.

¹⁸³³ « Les conséquences d'une condamnation risquent alors de peser sur des personnes qui peuvent n'avoir pris aucune part dans la commission de l'infraction, en particulier les actionnaires » E. PICARD, *op. cit.*, p. 270.

¹⁸³⁴ « L'argument relatif à la personnalité des peines paraît plus important car faire reposer la sanction sur la personne morale provoque des effets pouvant être néfastes aux membres qui la composent ou aux salariés » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 3.

¹⁸³⁵ « Cette solution est apparue profondément injuste puisqu'à travers la personne morale, les dirigeants et même les employés seraient indistinctement frappés, quel que soit leur rôle, de sorte qu'il en résulterait une atteinte au principe de personnalité des peines » H. RENOUT, *op. cit.*, p. 180. Dans le même sens, voir J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 243. Déjà en 1899, MESTRE abordait ce problème en énonçant : « La peine, frappant le groupement, va atteindre tous ses membres : parmi ces derniers, plusieurs peuvent n'avoir en rien participé au délit collectif. D'ailleurs, la peine portée contre le groupe frappera à la fois ses membres présents et futurs, et ceux-ci ont été parfaitement étrangers au délit. Ne sera-t-il pas injuste de frapper également par la peine collective des innocents et coupables ? » A. MESTRE, thèse préc., p. 279-280. Dans ce sens, voir : MALBRANC, *Opuscula juris criminalis*, I, p. 1 et s. ; FEUERBACH, *Lehrb., des peinlichen Rechts* (12^e édit., 1836), § 138 ; et KLEIN, *Grundzüge des peinl. R.*, § 136.

Cette incompatibilité entre la responsabilité pénale des personnes morales et le principe de personnalité des peines a été invoquée autrefois par la jurisprudence française pour exclure les groupements du champ pénal¹⁸³⁶. En outre, notamment au Brésil, elle est parfois soulignée par certains auteurs de nos jours¹⁸³⁷. Cependant, cet antagonisme n'est pas le seul argument lié à la notion d'imputabilité qui a été mis en avant par le droit pénal franco-brésilien pour désavouer la responsabilité pénale des êtres collectifs depuis cette perspective.

201. L'incompatibilité entre les finalités des peines et la nature désincarnée des groupements. Cette assertion est possible puisque la doctrine franco-brésilienne a aussi souligné le fait que les finalités des peines¹⁸³⁸ ne seraient également pas compatibles avec la nature désincarnée des personnes morales¹⁸³⁹.

En premier lieu, la finalité rétributive de la peine ne pourrait pas exister chez l'être collectif¹⁸⁴⁰. Comme on le sait, la peine est avant tout un châtement, « elle est un sacrifice infligé à autrui à raison de la souffrance qu'il a lui-même engendrée »¹⁸⁴¹. Dans ce contexte, on pourrait se demander comment faire souffrir un être qui, privé de toute sensibilité et sans avoir conscience,

¹⁸³⁶ Déjà dans un arrêt de 1883, la Cour de cassation en France invoquait le principe de personnalité des peines pour nier la responsabilité pénale des personnes morales. Voir : Cour de cass., Ch. crim., S. 1885, 1.470. Dans le même sens, voir également A. MESTRE, thèse préc., p. 232. Il faut dire que cette question avait déjà retenu l'attention des juristes sous le droit canonique. À l'époque, plusieurs auteurs soulignaient que les peines prononcées à l'encontre de l'universitas pouvaient frapper leurs membres indistinctement, de sorte que « les canonistes sentaient l'irrégularité de pareils procédés ; ils les expliquaient en fait, sans les approuver en disant qu'il y avait là un exemple des cas où l'on était tenu par la faute d'autrui : sans doute, affirme Damasus, en justice absolue, devant Dieu, '*nullus punitur aeternaliter pro peccato alterius*' ; mais il peut se faire, ajoute-t-il, que, pour des raisons pratiques, les hommes prononcent des peines qui n'atteignent pas seulement les coupables : '*Sed quandoque temporaliter quis punitur vel propter enormitatem delicti vel propter terrorem*'. Ainsi les crimes qui entraînaient des peines *pro facto alterius*, lorsqu'ils étaient commis par l'universitas, pouvaient aussi entraîner directement des répressions contre ses membres » A. MESTRE, thèse préc., p. 78 et 79.

¹⁸³⁷ Voir dans ce sens : L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, p. 131 ; J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 278 et 279 ; et R. DOTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)*, p. 128.

¹⁸³⁸ Malgré le fait que ni le Code pénal français, ni le Code pénal brésilien ne définissent ce qu'est une peine, ces deux diplômes légaux établissent quelles sont ses finalités. En France, les finalités des peines sont prévues à l'article 132-24 du Code pénal, tandis qu'au Brésil elles sont prévues à l'article 59 du Code pénal.

¹⁸³⁹ « De même que la notion de culpabilité appliquée à la personne morale paraît passablement choquante, de même, sans parler comme M. Merle de pénitence et de rédemption (La pénitence et la peine, Cerf-Cujas 1985), les concepts de punition, de rétribution, de réadaptation, de reclassement ou de réinsertion sont, s'agissant d'une personne morale, privés de signification » M.-E. CARTIER, *La responsabilité des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

¹⁸⁴⁰ Par rapport à l'appellation « rétributive », M. DREYER énonce qu'il « semble néanmoins discutable de parler de fonction rétributive de la sanction pénale. Cet adjectif s'avère ambigu. Il évoque en effet une idée de commutativité qui n'existe plus dans la peine moderne : ce n'est pas l'exact équivalent du mal occasionné par l'infraction. Il est donc préférable d'éviter ce vocabulaire qui évoque une conception trop objective de l'infraction » E. DREYER, *op. cit.*, p. 811. Malgré les critiques qu'on peut faire à cette appellation, on va la garder, puisque dans le contexte franco-brésilien elle est très utilisée autant par le législateur que par la doctrine.

¹⁸⁴¹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 802. Dans le même sens, voir P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 304.

n'est pas capable de sentir des émotions ?¹⁸⁴² Même devant une condamnation, le groupement resterait indifférent, sans n'avoir aucun sentiment de culpabilité ou de regret en raison de l'acte illicite accompli¹⁸⁴³. Autrement dit, la honte d'une réprobation ne pourrait jamais se fixer sur le front d'une personne morale¹⁸⁴⁴. L'incapacité de souffrance chez le groupement nous amènerait alors à la conclusion que la « finalité douloureuse » de la peine ne pourrait pas avoir lieu à l'égard d'une personne qui est insensible à l'affliction morale causée par l'exécution d'une sanction pénale¹⁸⁴⁵. Pour cette raison, en raison de l'indifférence de l'être collectif vis-à-vis de la peine qui lui est imputée, la finalité rétributive de la sanction pénale ne serait jamais atteinte à son égard¹⁸⁴⁶.

En second lieu, la finalité préventive de la peine ne serait pas, elle non plus, compatible avec la nature désincarnée des groupements¹⁸⁴⁷. D'un côté, la prévention individuelle ne pourrait pas avoir lieu chez une personne qui est incapable de prendre conscience de la gravité de son acte et ainsi savoir qu'elle ne doit pas l'accomplir à nouveau. De l'autre côté, la prévention collective qui est intrinsèque à la réponse pénale ne saurait pas dissuader les autres personnes morales d'imiter le délinquant condamné¹⁸⁴⁸. En effet, à défaut d'avoir des sentiments, le groupement ne s'abstiendrait jamais d'accomplir une infraction par crainte d'être sanctionné¹⁸⁴⁹. Par ailleurs, les idées « d'amendement »¹⁸⁵⁰ et de « réinsertion sociale »¹⁸⁵¹ ne semblent, elles non plus, pas

¹⁸⁴² La finalité rétributive de la peine ne peut pas avoir lieu chez la personne morale « puisque le groupement est incapable de souffrir et ne peut pas avoir de repentir. Ces émotions peuvent exister uniquement chez l'être humain » J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 281.

¹⁸⁴³ W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris : Montchrestien, 1991, p. 343.

¹⁸⁴⁴ Sur le caractère exemplaire de la peine, lequel ne serait pas conciliable avec les personnes morales, voir : Rapport sur le projet de Code pénal, in *Œuvres de M. Lepeletier Saint-Fargeau*, Bruxelles : A. Lacrosse, 1826, p. 124.

¹⁸⁴⁵ « Punir une personne morale, c'est déclarée coupable d'un délit et sensible à la peine un être qui ne veut et ne sent pas par lui-même, quelque chose comme un corps sans âme, obligé d'agir par l'intermédiaire de représentants physiques, seuls capables de volonté, seuls susceptibles de comprendre la valeur morale de la peine » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 240. Dans le même sens, voir : F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 961 ; et P. BOCKELMANN, L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1956, p. 167.

¹⁸⁴⁶ Dans ce sens, voir R. DOTTI, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 180.

¹⁸⁴⁷ Voir dans ce sens, par exemple, J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 280.

¹⁸⁴⁸ « La répression n'est susceptible d'impressionner, à l'évidence, que des personnes douées de conscience, c'est-à-dire des personnes physiques, dirigeants ou agents des personnes morales concernées, et non ces monstres froids qui sont ces personnes morales » E. PICARD, *op. cit.*, p. 269. « L'effet intimidateur de la peine ne peut s'exercer efficacement à l'égard d'une personne morale privée de toute sensibilité propre » M. A. HUSS, *op. cit.*, p. 674. Dans le même sens, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 280.

¹⁸⁴⁹ « Cette théorie assied la répression pénale sur la crainte que la sanction inspire aux citoyens. Or, alors que les personnes morales peuvent, en droit civil, avoir un patrimoine et supporter des obligations, elles sont inaccessibles à la crainte, comme elles le sont à l'amour ou à la haine » J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 374.

¹⁸⁵⁰ « On a prétendu ensuite que les buts de la peine cadrent mal avec la responsabilité des personnes morales, la fonction d'amendement, si essentielle, n'ayant guère de sens ici » J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 483. « Il en est ainsi encore de l'amendement, donné comme but de la peine (...) cette finalité supérieure de l'application de la peine (...) appliquée à une personne juridique ne produise pas l'effet de l'intimidation (prévention juridique générale), et de l'avertissement à une activité normale ou réadaptation sociale (prévention spéciale) de la personne juridique rendue responsable d'un délit » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 267.

¹⁸⁵¹ « La fonction de rééducation/réinsertion, elle, semble plutôt impossible à assurer face à une fiction juridique dépourvue de réelle volonté propre. Si la personne morale n'est pas blâmable car dépourvue de toute culpabilité, elle n'est pas non plus

compatibles avec la nature désincarnée des personnes morales. Pour ces raisons, on ne pourrait pas atteindre la finalité préventive de la peine à l'égard des êtres collectifs¹⁸⁵². Somme toute, étant donné l'impossibilité de transposer les finalités rétributive et préventive des peines aux personnes morales¹⁸⁵³, les groupements devraient rester pénalement irresponsables¹⁸⁵⁴.

Par ailleurs, encore concernant l'application d'une peine à l'encontre des êtres moraux, la doctrine franco-brésilienne a également fait remarquer qu'il serait impossible d'appliquer certaines sanctions aux groupements. Tout d'abord, la principale réponse pénale aux infractions¹⁸⁵⁵, la peine d'emprisonnement, ne serait pas conciliable avec la nature désincarnée des personnes morales¹⁸⁵⁶. Dépourvu d'un corps physique, le groupement ne pourrait pas être l'objet d'une peine privative de liberté¹⁸⁵⁷. Ensuite, et cela notamment en France, la peine d'amende serait, elle aussi, inconciliable avec la nature immatérielle des personnes morales. Cette assertion serait possible puisque l'amende perdrait son caractère contraignant à l'égard des êtres collectifs, compte tenu du fait que le non-paiement de cette sanction ne pourrait jamais être suivi d'une contrainte judiciaire¹⁸⁵⁸ en ce

amendable grâce à l'exécution d'une peine » C. MAURO, *op. cit.*, p. 64. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

¹⁸⁵² Une société ne peut pas répondre à une infraction, puisqu'elle ne peut pas « bénéficier ni de l'effet préventif de la peine ni de son effet curatif » R. LEGROS, *op. cit.*, p. 380. Dans le même sens, mais en énonçant que la réinsertion sociale est une fonction de la peine qui ne peut pas être accomplie ni chez la personne physique, ni chez la personne morale, voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 280.

¹⁸⁵³ « Ni la punition qui ne peut guère être que pécuniaire, ni la dissuasion, ni même le caractère exemplaire de la peine – qui constituent les fondements traditionnels de la sanction pénale – ne sont directement transposables à la responsabilité d'une personne morale » Rapport Marchand, 1989, AN, n° 896, p. 45.

¹⁸⁵⁴ En 1953, le Congrès des juristes allemands, réuni à Hambourg, avait adopté la résolution suivante : « Il n'est pas recommandable de prévoir des peines contre les personnes morales. Une telle punissabilité ne serait pas en concordance avec l'essence et la nature de la peine ». Voir par rapport au thème P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 552.

¹⁸⁵⁵ En 1872, la doctrine française énonçait déjà que la « réclusion est la base principale de notre système pénal ». Voir dans ce sens A. CHAUVEAU et H. FAUSTIN, *Théorie du code pénal*, Paris : 1872, p. 125. Il nous semble que malgré le fait qu'elle ait perdu un peu de son importance dans notre droit pénal actuel, la peine d'emprisonnement demeure la principale réponse pénale contre les infractions.

¹⁸⁵⁶ « Il a été soutenu que le droit pénal n'était pas adapté aux personnes morales, notamment pour prévoir des peines, telle la privation de liberté, incompatibles avec leur situation » J.-Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 386. « On a fait observer aussi, en se plaçant sur le terrain de la répression et des sanctions, que les peines établies par la loi pour les personnes physiques (peines privatives et restrictives de liberté) sont inapplicables à des êtres moraux » B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 281. Dans le même sens, voir : J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 280 ; et F. MAGALHÃES NORONHA, *op. cit.*, p. 139-141.

¹⁸⁵⁷ En outre, certains auteurs ont fait remarquer qu'à cause de l'impossibilité d'appliquer une peine d'emprisonnement aux personnes morales il « résulterait des inégalités choquantes en ce que, pour un fait en tous points semblable, l'auteur qui est une personne physique pourrait être condamné à l'emprisonnement, tandis que la personne morale en resterait préservée, n'ayant pour l'essentiel qu'à subir des peines patrimoniales » M. A. HUSS, *op. cit.*, p. 674.

¹⁸⁵⁸ La contrainte judiciaire est prévue aux articles 473, 749 à 462 du Code de procédure pénale français. « Il s'agit d'une mesure privative de liberté qui concerne les condamnés solvables refusant de payer leurs amendes et les frais de leur procès » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 339. Il faut dire qu'au Brésil, depuis une réforme législative qui a lieu en 1996, le Code pénal ne prévoit plus la contrainte judiciaire. De ce fait, le non-paiement d'une peine d'amende au Brésil n'amène pas nécessairement le condamné à la prison.

qui concerne les groupements¹⁸⁵⁹. De ce fait, l'inadéquation de certaines peines envers les personnes morales serait une raison de plus pour leur irresponsabilité pénale¹⁸⁶⁰.

202. Plusieurs arguments contre la responsabilité des groupements. En définitive, la doctrine et la jurisprudence en France et au Brésil ont soulevé plusieurs arguments pour contester la responsabilité pénale des groupements.

En premier lieu, la personne morale devrait demeurer pénalement irresponsable puisque la notion d'imputabilité ne serait pas compatible avec sa nature désincarnée. Dénués d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre à l'origine de leurs comportements, les êtres collectifs ne pourraient pas adopter de conduites reprochables à l'égard du droit pénal.

En deuxième lieu, les groupements devraient rester en dehors du droit pénal car le principe de personnalité des peines ne serait pas conciliable avec leur responsabilité pénale. En effet, la sanction imposée aux êtres collectifs aurait toujours des effets sur des personnes physiques qui n'auraient rien à voir avec l'infraction accomplie pour le compte de la personne morale. De ce fait, la responsabilité pénale des groupements ne respecterait pas l'idée que nul n'est punissable que de son propre fait.

Finalement, en troisième lieu, la personne morale devrait rester en dehors du droit pénal non seulement parce que les finalités des peines ne s'harmoniseraient point avec un délinquant sans sentiments et sans capacité de se repentir, mais également parce que certaines peines ne seraient pas applicables à l'égard des êtres moraux.

203. Un mouvement de création. Face à ces arguments, on avait besoin de créer une harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales, dans le but de résoudre de telles incompatibilités et ainsi permettre l'entrée des groupements dans le champ pénal, tout en respectant les principes de base en la matière. On a vu que cette harmonisation avait déjà eu lieu autant en ce qui concerne l'élément matériel de l'infraction qu'à propos de l'élément subjectif de l'acte illicite¹⁸⁶¹. En effet, pour rendre ces composantes de l'infraction compatibles avec la nature

¹⁸⁵⁹ « Même l'exécution des amendes pénales pourrait se heurter dans ce cas à pareil obstacle, alors que, de toute évidence, en cas de non-paiement de l'amende, l'application de la contrainte par corps (emprisonnement subsidiaire) est radicalement impensable » M. A. HUSS, *op. cit.*, p. 674. L'auteur utilise l'appellation « contrainte par corps » pour faire référence à la « contrainte judiciaire ». Dans ce sens, en énonçant l'impossibilité d'appliquer une contrainte par corps à une personne morale, voir Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2000, pourvoi n° 99-80008.

¹⁸⁶⁰ « L'inadéquation des peines était l'un des arguments majeurs invoqués par les partisans de l'irresponsabilité pénale des personnes morales » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

¹⁸⁶¹ Voir *supra* (n° 41 et s.).

désincarnée des groupements, l'ordre juridique les a adaptées vis-à-vis des êtres collectifs par le biais des conditions prévues aux articles 121-2 du Code pénal français et 3 de la loi 9.605/98 au Brésil. À propos de l'imputabilité, le droit pénal suivra le même chemin, mais au lieu de réaliser un mouvement d'adaptation, il fera plutôt une démarche de création à l'égard des êtres collectifs. La proposition de fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux groupements a été la première manifestation de cette démarche de création réalisée dans le but de résoudre les incompatibilités qui existent entre le droit pénal et les personnes morales concernant le thème (SECTION II).

Section II – Le fondement de la responsabilité des personnes morales : de nouvelles notions de dangerosité

En vue de comprendre cette première manifestation du mouvement de création du droit pénal à l'égard des personnes morales dans le but de résoudre l'incompatibilité qui existe entre les êtres collectifs et la notion d'imputabilité, il convient, tout d'abord, d'étudier la notion de dangerosité. Il s'agit d'une notion qui a un contenu différent de celui de la notion d'imputabilité, mais qui sert également en tant que fondement à l'intervention du droit pénal au sein de la société. Dans le cadre de cette notion, la réponse pénale destinée aux délinquants est une mesure de sûreté et non pas une peine, c'est-à-dire une réponse pénale qui possède un régime juridique spécifique (SOUS-SECTION I).

Une fois le contenu de la notion de dangerosité étudié, il sera ensuite possible de comprendre pourquoi certains auteurs en France et au Brésil ont proposé de fonder la responsabilité pénale des groupements sur cette notion, en appliquant des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales délinquantes (SOUS-SECTION II). En effet, cette proposition était une manière très intéressante de trancher l'incompatibilité existante entre les personnes morales et la notion d'imputabilité, mais qui nonobstant ses mérites n'a pas été exempt de critiques.

Sous-section I – Les contours de la notion de dangerosité et des mesures de sûreté en droit pénal franco-brésilien

À côté de la notion d'imputabilité, on rencontre la notion de dangerosité. Cette notion a été proposée par la doctrine positiviste et elle voulait fonder l'intervention du droit pénal au sein de la société non pas sur un jugement de reproche, mais sur la constatation d'un état menaçant existant

chez le délinquant. Pour cette raison, dans le cadre de cette notion, la réaction sociale contre l'acte illicite est une mesure de sûreté et non pas une peine (§1), c'est-à-dire une réponse pénale qui est soumise à un régime juridique spécifique autant en France qu'au Brésil (§2).

§1) La notion de dangerosité et les mesures de sûreté

204. La notion de dangerosité. Comme on l'a vu¹⁸⁶², les positivistes vont contester la notion d'imputabilité en droit pénal. Pour eux, l'idée de libre arbitre est un postulat incantatoire¹⁸⁶³, lequel n'existerait pas dans la réalité¹⁸⁶⁴. Le délinquant n'est pas libre de choisir d'accomplir une infraction, mais il est déterminé à la réaliser en raison de certains facteurs biologiques, psychologiques ou sociologiques auxquels il serait soumis¹⁸⁶⁵. De ce fait, selon les positivistes, on devrait abandonner la notion d'imputabilité en droit pénal, puisqu'étant donné que l'homme criminel ne pourrait jamais choisir entre réaliser ou non une infraction, il serait incapable de remplir cette condition d'imputabilité, puisqu'il lui manquerait toujours une volonté techniquement libre à l'origine de son acte illicite. Face à ce contexte, les positivistes vont alors proposer que le fondement de la responsabilité pénale soit la notion de dangerosité au lieu de la notion d'imputabilité, c'est-à-dire une notion dont le jugement dressé par l'ordre juridique à l'encontre du délinquant n'aurait pas les mêmes contours que celui dressé par le droit pénal au sein de la notion d'imputabilité¹⁸⁶⁶.

Dans le cadre de cette notion de dangerosité, il ne serait point nécessaire de rechercher chez le délinquant l'existence de certaines aptitudes personnelles telles qu'une intelligence lucide ou une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction. En effet, aux termes de cette notion le simple accomplissement d'un acte illicite suffirait à démontrer que le criminel possède chez lui certains facteurs biologiques, psychologiques ou sociologiques qui le rendent dangereux, raison

¹⁸⁶² Voir *supra* (n° 185).

¹⁸⁶³ « La responsabilité assise sur le libre arbitre jugé réel, est ruinée à sa base par le progrès du déterminisme scientifique ; la responsabilité assise sur le libre arbitre considéré comme un idéal à réaliser, n'est qu'une illusion » G. TARDE, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸⁶⁴ Voir dans ce sens, P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 849.

¹⁸⁶⁵ « En contestant tout libre arbitre, les positivistes finissent par admettre en effet que l'auteur d'une infraction n'a pas choisi de passer à l'acte mais a été déterminé à le faire par différents facteurs » E. DREYER, *op. cit.*, p. 821. L'idée des mesures de sûreté sera développée notamment par Enrico Ferri et par la Terza scuola italiana. Voir dans ce sens M. ANCEL, *A nova defesa social*, Belo Horizonte : Forense, 1979, p. 18 et s.

¹⁸⁶⁶ « Déterminé dans ses gestes et dans ses pensées les plus intimes par sa constitution biologique ou par le milieu dont il subit d'influence, le délinquant n'était, aux yeux des positivistes, qu'une marionnette, 'une force qui va', pour employer le langage qui fut auparavant celui des romantiques. Il fallait donc rejeter comme contraire au réel toute politique criminelle fondée sur les notions de libre arbitre, de responsabilité morale, de culpabilité et de châtement. Les positivistes cependant ne renonçaient pas pour autant, loin de là, à l'intervention de l'État contre le criminel. Mais à la notion de culpabilité, qui sert en droit classique de fondement et de critère à l'intervention étatique, ils substituaient la notion d'état dangereux » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 123. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

pour laquelle le droit pénal devrait intervenir à son égard¹⁸⁶⁷. De ce fait, le délinquant pourrait remplir la condition de dangerosité même à défaut d'avoir une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction¹⁸⁶⁸, car la constatation d'un état menaçant chez lui ne présupposerait pas qu'il possède une capacité à choisir entre l'interdit et le permis. Par conséquent, la notion de dangerosité, contrairement à celle d'imputabilité, serait compatible avec le déterminisme auquel le délinquant serait soumis, puisque cette condition de dangerosité pourrait être remplie par le délinquant quand bien même il ne posséderait pas ni une intelligence lucide, ni une volonté techniquement libre à l'origine de l'acte illicite¹⁸⁶⁹. Pour cette raison, pour les positivistes, on devrait fonder la responsabilité pénale non pas sur la notion d'imputabilité, mais plutôt sur la notion de dangerosité.

Dans le cadre de cette notion, le jugement dressé par l'ordre juridique à l'encontre de l'agent délinquant n'aurait pas les mêmes contours que celui dressé par le droit pénal dans le cadre de la notion d'imputabilité. En effet, au sein de la notion de dangerosité, l'ordre juridique réaliserait un jugement de dangerosité à la place d'un jugement de reproche à l'encontre du délinquant. Puisque l'homme est déterminé, on ne pourrait pas le blâmer pour l'accomplissement d'une infraction, car l'individu n'aurait jamais les aptitudes personnelles qui le rendraient digne d'un jugement de reproche. Toutefois, par le biais de la réalisation d'un acte illicite, l'homme pourrait apporter la preuve qu'il est influencé par certains facteurs criminogènes qui le rendraient dangereux¹⁸⁷⁰. Pour cette raison, même face à l'inexistence de certaines aptitudes personnelles chez le délinquant, on pourrait procéder à un jugement de dangerosité à son encontre et le droit pourrait intervenir à son égard non pas pour lui reprocher l'acte illicite, mais pour faire cesser son état menaçant¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶⁷ « Le juge déduit la dangerosité de cet individu de l'acte qu'il vient d'accomplir » E. DREYER, *op. cit.*, p. 825. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 849. Cette idée possède trois avantages. Tout d'abord, elle donne du sens au diagnostic de l'état dangereux chez l'agent. Il est dangereux parce qu'il a accompli une infraction. Ensuite, elle est conforme au principe de légalité, puisque les mesures de sûreté vont être appliquées uniquement dès lors que l'individu n'a pas respecté la loi. Finalement, elle réduit le champ d'intervention du droit pénal à l'encontre des individus dangereux. Dans ce sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 855. Dans ce contexte, on peut penser alors que les mesures de sûreté donnent lieu davantage à une appréciation scientifique qu'à une appréciation morale de l'acte illicite. Pour cette raison, les positivistes énoncent « qu'ils préfèrent à la robe noire du juriste, la blouse blanche du médecin, car elle n'est pas porteuse de culpabilité ». Sur le thème, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 820.

¹⁸⁶⁸ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁶⁹ Les mesures de sûreté « peuvent être prononcées contre un individu irresponsable sur la base de sa seule dangerosité. L'imputabilité n'est plus nécessaire à l'action légitime du juge » E. DREYER, *op. cit.*, p. 835.

¹⁸⁷⁰ E. DREYER, *op. cit.*, p. 832.

¹⁸⁷¹ On rencontre plusieurs expressions qui font référence à cet état de dangerosité. GAROFALO utilisait l'appellation « temibilité », TARDE employait l'expression « redoutabilité », tandis qu'ANCEL parlait d'un état de « périculosité ». Voir dans ce sens A. GIUDICELLI, *op. cit.*, p. 166. Malgré les différentes appellations, tous ces auteurs donnaient le même sens à cette idée.

Ainsi, face à la notion qui fonde la responsabilité pénale pour les positivistes et devant les contours de ce jugement de dangerosité réalisé à l'encontre du délinquant, la réponse pénale destinée aux criminels dangereux ne serait pas une peine, mais consisterait en une mesure de sûreté¹⁸⁷².

205. Les mesures de sûreté. Les mesures de sûreté ne sont pas nouvelles en droit pénal. Déjà dans l'Antiquité et au Moyen Âge, on rencontre certaines réponses pénales lesquelles pourraient être qualifiées de mesures de sûreté¹⁸⁷³. Les juristes de l'Ancien Régime travaillaient également avec une telle idée¹⁸⁷⁴. En outre, le Code pénal de 1810 en France¹⁸⁷⁵ et celui de 1890 au Brésil¹⁸⁷⁶ prévoient des « mesures de police »¹⁸⁷⁷ qui devraient être prononcées à l'encontre des individus qui présentaient une certaine dangerosité vis-à-vis de la société. Cependant, ce sera dans le projet de Code pénal suisse de 1893, rédigé par Carl STOOOS, que l'on trouvera la première loi qui a utilisé l'expression « mesure de sûreté » dans ces articles¹⁸⁷⁸. Peut-être que ce projet de Code a été le premier à employer cette expression parce qu'à l'époque la doctrine positiviste avait déjà théorisé non seulement la notion de dangerosité et les contours du jugement de dangerosité dressé au délinquant, mais également les particularités des mesures de sûreté¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷² Il faut dire que certains positivistes envisageaient également des mesures de sûreté ante delictum. Selon eux, le droit pénal pourrait intervenir aussi préventivement à l'égard « des individus qui, sans avoir commis un acte délictueux, présentent un penchant, un état biologique criminogène, ou se trouvent placés dans une situation pré-criminelle (...) Il serait dans la logique du système positiviste d'intervenir avant que ces situations dangereuses ne se dénouent par une infraction ». Toutefois, « ce mode de répression ante delictum, qu'ont utilisé certains états totalitaires dans un but eugéniste, est incompatible avec une saine conception de la liberté individuelle, et même de la dignité de la personne humaine ». Voir, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 126.

¹⁸⁷³ Dans ce sens, voir : J. LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de eguridad*, El Cano : Thompson-Aranzadi, 2006, p. 16 ; et P. BUSATO, *Fundamentos do Direito Penal Brasileiro*, p. 349.

¹⁸⁷⁴ La formule « mesure de police et de sûreté était déjà familière aux juges et criminalistes du début du XIX^e siècle, qui l'avaient recueillie dans l'Ancien droit » J.-H. ROBERT, *L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires*, in *Mél. Larguier*, Paris : PUG, 1993, p. 243.

¹⁸⁷⁵ « Il suffit en effet de scruter le Code de 1810 pour constater qu'un certain nombre de peines figurait déjà dans sa version initiale qui avaient essentiellement pour but de neutraliser le coupable et de l'empêcher de nuire à nouveau. Il en va particulièrement ainsi pour la confiscation (...) pour l'interdiction de séjour (...) pour l'interdiction de porter une arme. Par ailleurs, ce code incrimina un certain nombre d'états dangereux dont le vagabondage (...) et la mendicité » E. DREYER, *op. cit.*, p. 820.

¹⁸⁷⁶ L'article 29 du Code pénal brésilien de 1890 prévoyait que les fous devraient être soumis à des mesures d'hospitalisation dès lors que leur liberté mettrait en péril la société. Sur le thème, voir A. COSTA e SILVA, *op. cit.*, p. 220 et s. Cependant, ni le Code pénal français de 1810, ni le Code pénal brésilien de 1890 n'utilisaient pas l'appellation « mesure de sûreté » pour faire référence à ce genre de réponse pénale.

¹⁸⁷⁷ L'idée d'une réponse pénale fondée sur un état de dangerosité n'a pas toujours reçu le même nom, en variant entre les appellations de « mesures de police », « mesures de défense sociale » et, finalement, « mesures de sûreté ». Voir dans ce sens, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 127.

¹⁸⁷⁸ Dans ce sens, voir : J. DIAS, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 141 ; et P. BUSATO, *Fundamentos do direito penal brasileiro*, p. 361.

¹⁸⁷⁹ « La notion de mesures de sûreté est intimement liée aux doctrines positivistes. C'est à elles que l'on doit en effet le mérite de les avoir théorisées » E. DREYER, *op. cit.*, p. 820. Bien sûr, on peut rencontrer d'autres particularités en ce qui concerne les mesures de sûreté. Cependant, notre objectif dans cette étude n'est pas celui d'épuiser le sujet, mais tout

La première particularité d'une mesure de sûreté est son fondement. Au lieu d'être assise sur la notion d'imputabilité, cette réponse pénale est fondée sur la notion de dangerosité. Par conséquent, une mesure de sûreté est prononcée à l'encontre d'un délinquant non pas pour lui reprocher l'accomplissement d'un acte illicite, mais pour faire cesser la menace que l'individu présente pour la société¹⁸⁸⁰. De ce fait, dans le cadre de cette réponse pénale, l'ordre juridique intervient à l'égard du délinquant « non pour ce qu'il présente de répréhensible, mais pour ce qu'il présente de dangereux »¹⁸⁸¹. Pour cette raison, le fondement d'une mesure de sûreté n'est pas la notion d'imputabilité, mais est la notion de dangerosité.

La seconde particularité d'une mesure de sûreté est sa finalité uniquement préventive. Ce but purement prophylactique de cette réponse pénale existe pour deux raisons. Tout d'abord, en raison du fondement d'une mesure de sûreté. Du fait que dans le cadre de cette réponse pénale on intervient vis-à-vis du délinquant non pas pour lui reprocher l'acte illicite accompli (imputabilité), mais pour faire cesser l'existence d'un état de dangerosité (dangerosité), une mesure de sûreté vise à empêcher le renouvellement de l'infraction au lieu de blâmer le délinquant. Pour cette raison, de par son fondement, cette réponse pénale serait tournée vers le futur du criminel, en ayant une finalité uniquement préventive à son égard¹⁸⁸². Ensuite, la finalité purement prophylactique d'une mesure de sûreté existe également parce qu'il serait grotesque d'attendre un effet rétributif d'une réponse pénale qui est prononcée à l'encontre d'un délinquant qui n'a pas théoriquement la capacité de choisir entre l'interdit et le permis¹⁸⁸³. En effet, aucun sentiment de culpabilité ne pourrait s'imposer à une personne qui n'est pas maître de son acte, mais qui est plutôt victime d'un déterminisme qui l'a poussé au crime¹⁸⁸⁴. Pour cette raison, face au déterminisme auquel le délinquant serait soumis, une mesure de sûreté ne pourrait avoir qu'une finalité uniquement

simplement celui de rendre au lecteur une idée générale de ce qu'est une mesure de sûreté pour qu'il puisse comprendre pourquoi certains auteurs ont proposé d'appliquer cette réponse pénale à l'encontre des personnes morales.

¹⁸⁸⁰ Dans ce sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 849.

¹⁸⁸¹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 832.

¹⁸⁸² X. PIN, *Droit pénal général*, p. 285.

¹⁸⁸³ Pour cette raison, les mesures de sûreté étaient présentées parfois par le biais d'une logique thérapeutique : « il s'agit de soigner la personne déclarée irresponsable pénalement pour lui permettre de surmonter ses troubles et de ne plus menacer l'ordre public ». Dans ce sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 837. Il faut se méfier pourtant de cette logique, car au fond la doctrine positiviste « choque l'esprit parce qu'elle traite les délinquants comme des animaux que l'on tue, que l'on met en cage ou que l'on dresse ». Dans ce sens, voir R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 128. Comme énonce M. DREYER, on rencontre cette logique thérapeutique dans l'ouvrage 1984 de Orwell, quand O'Brien explique à Winston pourquoi il le torture : « Pas simplement pour extraire votre confession ou pour vous punir. Dois-je vous dire pourquoi nous vous avons apporté ici ? Pour vous guérir ! » G. ORWELL, 1984, Paris : Gallimard, 1950, p. 335.

¹⁸⁸⁴ La justification de cette particularité tenait également au « constat d'échec des sanctions purement afflictives qui n'ont jamais empêché la délinquance de se développer et dont le fondement moral aurait été erroné » E. DREYER, *op. cit.*, p. 821.

préventive à l'égard du criminel, en visant seulement à protéger la société d'un individu dangereux¹⁸⁸⁵ et ainsi éviter l'accomplissement des nouvelles infractions¹⁸⁸⁶.

206. La notion de dangerosité et les mesures de sûreté en France et au Brésil. Ainsi, une mesure de sûreté aurait donc deux particularités. D'un côté, son fondement. D'un autre côté, sa finalité. En raison de leurs particularités, les mesures de sûreté étaient ainsi la réponse pénale proposée par les positivistes dans le cadre d'une responsabilité qui serait fondée sur la notion de dangerosité au lieu de la notion d'imputabilité et dont le jugement dressé par l'ordre juridique à l'encontre du délinquant aurait des nouveaux contours.

Cette doctrine positiviste va inspirer alors les législations pénales depuis le XIX^e siècle, de sorte qu'autant le droit pénal français que le droit pénal brésilien vont être influencés par cette théorie¹⁸⁸⁷. Toutefois, cette influence n'aura pas pour effet d'en finir ni avec la notion d'imputabilité, ni avec les peines au sein du droit pénal franco-brésilien, de sorte que contrairement au dessein des positivistes, ces deux ordres juridiques ont continué à travailler avec ces concepts¹⁸⁸⁸. Cependant, en raison de cette influence, à côté de la notion d'imputabilité et des peines, le droit pénal franco-brésilien a commencé à travailler également de manière plus claire avec la notion de dangerosité et les mesures de sûreté. De ce fait, on peut dire que l'ordre juridique

¹⁸⁸⁵ « L'école positiviste a montré la nécessité d'assurer la protection de la société contre les délinquants que le professeur Lacassagne comparait à des microbes sociaux, et de recourir à des mesures de sûreté, appropriées à un état dangereux, mais sans coloration morale, donc indépendantes de toute faute, et sans caractère rétributoire » P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 566.

¹⁸⁸⁶ « La mesure est effectivement destinée à empêcher le délinquant de nuire à l'avenir » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 290. Dans le même sens, voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 863. Pour cette raison, on peut conclure qu'une mesure de sûreté est moins liée à l'infraction déjà commise qu'à un éventuel renouvellement de cette infraction, c'est pourquoi elle vise le futur du délinquant et non pas son passé, en ayant une finalité purement préventive. Par ailleurs, avec cette finalité prophylactique, on pourrait donc avoir des mesures de sûreté de plusieurs types : « mesures réparatrices » (réparation des dommages causés par l'acte illicite), « mesures éliminatrices » (mise à mort, détention perpétuelle ou la dissolution d'une personne morale), « mesures de surveillance » (surveillance électronique ou surveillance judiciaire), « mesures éducatives », « mesures d'inscription sur le fichier automatisé des auteurs de certaines infractions », « mesures d'interdiction » (l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales), « mesures d'exclusion » (exclusion des marchés publics), « mesures de confiscation », « mesures d'hospitalisation » (hospitalisation d'office ou injonction de soins) ou encore des « mesures sociales diverses ». Sur ce thème, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 287.

¹⁸⁸⁷ « Sur ce point la doctrine positiviste a indirectement inspiré les législations (...) toutes ont adopté, sous une forme ou sous une autre, des mesures de sûreté qui souvent voisine avec la peine et s'harmonisent même » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁸⁸ Il faut dire qu'à l'origine le positivisme voulait en finir avec les peines et ainsi faire de la mesure de sûreté la seule et unique réponse pénale qui devrait être prononcée à l'encontre d'un délinquant suite à l'accomplissement d'une infraction. Dans ce sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 821. « Il ne faut plus parler de délits (mot qui implique l'idée d'une volonté libre qui abandonne le droit chemin), ni de peines (mot qui implique un résidu d'idées mystiques d'expiation et de châtements), mais plutôt d'offenses et de défense » E. FERRI, *op. cit.*, p. 335. À l'époque, FERRI appelait « mesures de défense » ce qu'on appelle aujourd'hui « mesures de sûreté ».

en France¹⁸⁸⁹ et au Brésil¹⁸⁹⁰ propose actuellement deux genres de réponses pénales qui peuvent être prononcées à l'encontre d'un délinquant : les peines; et les mesures de sûreté. Ces réponses pénales se distinguent sur de nombreux points¹⁸⁹¹.

207. Les mesures de sûreté et les peines dans le contexte franco-brésilien. En premier lieu, ces réponses pénales n'ont pas le même fondement. Tandis que les peines sont prononcées en raison d'un jugement de reproche que l'on fait à l'encontre de l'agent, les mesures de sûreté sont prononcées à cause de l'existence d'un état menaçant chez l'individu¹⁸⁹². Pour cette raison, les peines sont fondées sur la notion d'imputabilité, tandis que les mesures de sûreté sont fondées sur la notion de dangerosité.

En deuxième lieu, le rapport de ces réponses pénales avec les idées d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction n'est pas tout à fait le même. D'un côté, en ce qui concerne les peines, seuls les délinquants qui possèdent de telles aptitudes personnelles peuvent devenir pénalement responsables. De ce fait, pour qu'une peine soit prononcée à l'encontre d'un agent, il doit nécessairement remplir les conditions d'imputabilité. D'un autre côté, pour les mesures de sûreté, il est indifférent que l'homme criminel possède ou non certaines aptitudes personnelles telles qu'une intelligence lucide ou une volonté techniquement libre, car on peut représenter une menace pour la société même sans remplir les conditions d'imputabilité¹⁸⁹³. Par conséquent, contrairement aux peines, les mesures de sûreté peuvent être prononcées même à l'égard des agents qui n'ont pas les aptitudes personnelles liées à la notion d'imputabilité¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁸⁹ « Si les éléments classiques de la responsabilité pénale qui sont l'imputabilité et la culpabilité sont, dans cette réflexion, une nouvelle fois sollicités, l'on assiste surtout à un retour marqué du concept de dangerosité, qui sans se substituer aux premiers cohabite avec ceux-ci, et est de nature à fonder la réaction sociale notamment face à l'acte du sujet moralement non imputable » A. GIUDICELLI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁸⁹⁰ « Depuis le début du XX^e siècle, on rencontre un système pénal qui possède en tant que réponses pénales aux infractions autant des peines que des mesures de sûreté. Les premières sont prononcées à l'encontre des personnes qui peuvent remplir la condition de culpabilité, tandis que les secondes sont prononcées à l'encontre des personnes dangereuses » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 51. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle imputabilité.

¹⁸⁹¹ Cette distinction entre peines et mesures de sûreté n'est plus très claire aujourd'hui. L'attribution de nouvelles finalités aux peines, telles que la finalité préventive, a réduit l'écart existant entre ces deux réponses pénales. En réalité, les positivistes ont influencé le droit pénal non seulement pour qu'il prévoit des mesures de sûreté comme de « nouvelles » réponses pénales, mais également pour que la peine puisse avoir de nouvelles finalités. En outre, cette distinction demeure délicate également puisque « pas plus que la définition des peines, la définition des mesures de sûreté n'a fait l'objet d'un accord unanime » au sein de la doctrine. Voir dans ce sens : E. DREYER, *op. cit.*, p. 819 ; et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 850.

¹⁸⁹² P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 386.

¹⁸⁹³ E. DREYER, *op. cit.*, p. 835.

¹⁸⁹⁴ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 50.

En troisième lieu, ces réponses pénales n'ont pas les mêmes finalités. D'un côté, les peines ont une finalité notamment rétributive, étant principalement destinées à reprocher au délinquant l'accomplissement d'une infraction¹⁸⁹⁵. D'un autre côté, les mesures de sûreté ont une finalité exclusivement préventive, puisqu'elles visent uniquement à empêcher le renouvellement de l'infraction, en n'ayant aucun but afflictif vis-à-vis du délinquant¹⁸⁹⁶.

À cause de ces différences que l'on rencontre entre les peines et les mesures de sûreté ces deux réponses pénales ne devraient pas – théoriquement¹⁸⁹⁷ – être soumises au même régime juridique en France et au Brésil. Pour cette raison, les mesures de sûreté n'obéiraient pas aux mêmes principes que les peines dans le cadre du droit pénal franco-brésilien (§2).

§2) Le régime juridique des mesures de sûreté en France et au Brésil¹⁸⁹⁸

208. Une différence de nature et de régime. En raison des différences qu'on peut rencontrer entre les mesures de sûreté et les peines, certains auteurs ont fait remarquer qu'il y aurait par conséquent une différence de nature entre ces deux réponses pénales¹⁸⁹⁹. À cause de cette diversité de nature, les mesures de sûreté ne seraient pas soumises au même régime juridique des peines¹⁹⁰⁰ – de sorte que, contrairement à celles-ci, celles-là n'obéiraient pas à certains principes du droit pénal¹⁹⁰¹. On rencontrerait cette différence de régime tout d'abord en ce qui concerne la durée d'une mesure de sûreté.

¹⁸⁹⁵ « La peine postule le libre arbitre et vise à châtier un coupable en l'invitant, dans le meilleur des cas, à se prendre en main. La mesure de sûreté postule au contraire le déterminisme et vise à traiter, à surveiller ou à neutraliser un individu dangereux » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 285. Cependant, comme on l'a vu, également à cause de l'influence de la doctrine positiviste, les peines ont aujourd'hui aussi une finalité préventive. Toutefois, la finalité rétributive de cette réponse pénale demeure sa principale finalité.

¹⁸⁹⁶ « Elles ne reposent pas sur un jugement moral mais visent uniquement à lutter contre un état dangereux. Elles ont, de ce point de vue, une vocation essentiellement préventive : protéger la société contre des individus jugés dangereux en les traitant, les surveillant ou les neutralisant » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 286. Dans le même sens, voir : B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 480 ; K. TIEDEMANN, *Tendances mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc*, p. 150. On peut faire cette assertion en théorie, puisqu'en réalité on peut également penser que la personne qui est l'objet d'une réponse pénale va ressentir de la même manière une peine ou une mesure de sûreté.

¹⁸⁹⁷ On dit « théoriquement » puisque comme on le verra *infra* (n° 208 et s.) parfois la jurisprudence et la doctrine en France et au Brésil ont tendance à appliquer le même régime juridique aux peines et aux mesures de sûreté.

¹⁸⁹⁸ Il faut dire que l'analyse du régime juridique des mesures de sûreté est nécessaire pour notre étude puisque, comme on le verra *infra* (n° 222), une des critiques qui a été faite à l'application d'une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux personnes morales concernait justement le régime juridique des mesures de sûreté.

¹⁸⁹⁹ Sur le thème, voir B. RIBEIRO, *Medidas de segurança*, Porto Alegre : Fabris, 1998, p. 9 et s.

¹⁹⁰⁰ « À cette fin, les mesures de sûreté auraient été soumises à un régime particulier » E. DREYER, *op. cit.*, p. 822.

¹⁹⁰¹ Ce raisonnement s'harmonise avec la logique du droit. Selon cette logique « la connaissance du régime juridique applicable à une situation suppose donc de la qualifier, c'est-à-dire, de juridiciser le fait pour le revêtir de ses différentes qualités juridiques auxquelles attachent ses effets de droit. Il faut alors poser en principe que toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature implique une différence de régime » J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 258.

209. La durée d'une mesure de sûreté. Si une peine a toujours une existence déterminée, laquelle est prévue dans la déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'agent, tel ne serait pas le cas d'une mesure de sûreté. En effet, cette réponse pénale aurait en principe une durée indéterminée¹⁹⁰². Étant donné qu'une mesure de sûreté doit exister pendant le temps nécessaire pour corriger le délinquant et le « guérir » de son état dangereux, elle devrait subsister aussi longtemps que ce « traitement » n'a pas produit d'effet sur l'agent¹⁹⁰³, de sorte qu'elle ne pourrait prendre fin qu'avec la disparition de la dangerosité chez le délinquant¹⁹⁰⁴. Pour cette raison, compte tenu du fait qu'il est impossible d'établir, à l'avance, un pronostic sur le temps nécessaire à la cessation de la dangerosité d'un individu, une mesure de sûreté pourrait être prolongée indéfiniment dans le temps. De ce fait, à la place d'avoir une durée déterminée à l'instar des peines, une mesure de sûreté aurait un caractère flou et révisable, car son existence serait déterminée non pas par une déclaration de culpabilité, mais par la permanence d'un état de dangerosité chez l'agent.

Ce caractère indéterminé des mesures de sûreté est très critiqué par la doctrine en France et au Brésil¹⁹⁰⁵. Cependant, même si l'on rencontre déjà des arrêts dans la jurisprudence qui le contestent également¹⁹⁰⁶, le législateur franco-brésilien souligne parfois qu'il est possible de prolonger d'une manière illimitée l'application d'une mesure de sûreté à l'encontre d'un délinquant dangereux¹⁹⁰⁷. Tel est le cas, par exemple, de la « rétention de sûreté » en France. Selon l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale français, cette mesure de sûreté qui exige certaines

¹⁹⁰² Voir P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 849.

¹⁹⁰³ « Elle s'applique aussi longtemps que le traitement n'a pas produit effet (caractère indéterminé et révisable de la mesure) » E. DREYER, *op. cit.*, p. 822.

¹⁹⁰⁴ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 127.

¹⁹⁰⁵ Concernant le droit brésilien, voir par exemple : V. MATTOS, *Crime e psiquiatria : uma saída : preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, Rio de Janeiro : Renavan, 2006, p. 217 ; et P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 363. Concernant le droit français, voir par exemple : J.-H. ROBERT, Variations sur l'enfermement, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle*, Paris : Dalloz, 2010, p. 417 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 826. Sur ce thème, on rencontre une controverse en doctrine. D'un côté, il y a des auteurs qui défendent l'idée selon laquelle ce serait le principe de culpabilité qui limiterait la durée d'une mesure de sûreté (voir dans ce sens : F. MUÑOZ CONDE, *Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad*, Plenario de 03.09.1999 do Congreso Latinoamericano e III Iberoamericano de Derecho Penal e Criminología, Montevideo : 1999, p. 13 ; et P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 364). De l'autre côté, il y a des auteurs qui défendent l'idée selon laquelle ce serait le principe de proportionnalité qui serait à l'origine de cette limitation (voir dans ce sens : J. FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 158-159).

¹⁹⁰⁶ Cette propension à limiter la durée d'une mesure de sûreté existe particulièrement au sein de la jurisprudence brésilienne. En effet, autant le Superior Tribunal de Justiça que le Supremo Tribunal Federal au Brésil ont déjà énoncé qu'une mesure de sûreté ne peut pas se perpétuer indéfiniment dans le temps, de sorte que cette réponse pénale, à l'exemple des peines, doit avoir également une durée limitée. Dans ce sens, voir : STF, 9 novembre 2004, HC n° 84.219 ; et STF, 10 mai 2010, HC n° 142.672.

¹⁹⁰⁷ Cependant, il faut dire que l'article 96, §2, du projet du nouveau Code pénal brésilien prévoit qu'une mesure de sûreté doit être limitée soit par le maximum de la peine prévue pour l'infraction accomplie, soit à trente ans dès lors que l'acte illicite a été réalisé par l'emploi d'une grave violence ou d'une grave menace. Le législateur brésilien semble donc revenir en arrière sur ce thème. Voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 77.

conditions de fond et de forme pour être appliquée¹⁹⁰⁸ peut être indéfiniment renouvelée par périodes d'un an¹⁹⁰⁹. De ce fait, on peut conclure que la « rétention de sûreté » en France est un exemple de mesure de sûreté dont la durée est indéterminée dans le temps, de sorte qu'elle peut s'appliquer à l'encontre d'un délinquant de manière indélébile¹⁹¹⁰. Tel est le cas, également, de « l'hospitalisation judiciaire » et de « l'injonction de soins » au Brésil. Prévues à l'article 96 du Code pénal brésilien, ces mesures de sûreté doivent s'appliquées pendant le temps nécessaire pour faire cesser l'état de dangerosité d'un délinquant¹⁹¹¹. Pour cette raison, le législateur brésilien prévoit expressément dans l'article 96 du Code pénal que ces mesures de sûreté peuvent être prolongées indéfiniment dans le temps et ne doivent prendre fin qu'avec la disparition de l'état de dangerosité chez le délinquant¹⁹¹². Quoi qu'il en soit, en plus du caractère indéterminé des mesures de sûreté, on rencontre d'autres différences entre le régime juridique de cette réponse pénale et celui de peines.

210. Le principe de légalité et les mesures de sûreté¹⁹¹³. En outre, les mesures de sûreté ne seraient pas soumises au principe de légalité de la même manière que les peines. Cette assertion est possible puisque, malgré le fait qu'elle doit toujours être prévue dans la loi¹⁹¹⁴, une mesure de

¹⁹⁰⁸ Selon l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale français : « À titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté selon les modalités prévues par le présent chapitre, à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du code pénal ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. La rétention de sûreté ne peut toutefois être prononcée que si la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté. La rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure ».

¹⁹⁰⁹ Selon l'article 706-53-16 du Code de procédure pénale français : « La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an. La rétention de sûreté peut être renouvelée, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies ».

¹⁹¹⁰ « La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an (CPP, art. 706-53-13). Elle peut être indéfiniment renouvelée, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, par périodes d'un an, si les conditions prévues par l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale sont toujours remplies » E. DREYER, *op. cit.*, p. 855.

¹⁹¹¹ P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 857.

¹⁹¹² Sur le thème, voir F. GALVÃO, *Direito penal – parte geral*, Belo Horizonte : D'Placido Editora, 2016, p. 999.

¹⁹¹³ Il faut dire que ce rapport entre une mesure de sûreté et le principe de légalité est plus étudié en France qu'au Brésil. Cela s'explique pour des raisons pratiques. Tandis qu'en France le législateur a récemment créé des lois concernant les mesures de sûreté, au Brésil la dernière intervention du législateur concernant le thème a été réalisée en 1984. Pour cette raison, le débat sur l'application d'une mesure de sûreté dans le temps ne se pose pas de nos jours au sein du droit pénal brésilien.

¹⁹¹⁴ Dans ce sens, voir : P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 859 ; et X. PIN, *Droit pénal général*, p. 285.

sûreté pourrait avoir, contrairement aux peines, une application immédiate, de sorte qu'elle pourrait atteindre le délinquant en raison d'un fait illicite qui a été accompli avant l'entrée en vigueur de la loi qui l'a instaurée¹⁹¹⁵. En effet, étant donné que cette réponse pénale n'est pas une sanction à édicter contre un fait du passé, mais est une mesure à prendre contre un état menaçant actuel, une mesure de sûreté ne serait pas soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale de la même manière que les peines, de sorte qu'elle pourrait avoir un effet imminent vis-à-vis d'un délinquant dangereux¹⁹¹⁶. Pour cette raison, l'application d'une mesure de sûreté dans le temps n'aurait pas lieu de la même manière que l'application d'une peine, puisque contrairement à celles-ci, celles-là pourraient rétroagir dans le temps pour atteindre un délinquant qui demeure dangereux¹⁹¹⁷, mais qui a accompli son acte illicite avant l'entrée en vigueur de la mesure de sûreté qui lui sera imposée¹⁹¹⁸. Pour revenir à l'essentiel, compte tenu du fait qu'on ne sanctionne pas le passé du délinquant, mais qu'on essaie d'éviter des infractions nouvelles, une mesure de sûreté ne serait pas soumise au principe de légalité à l'instar des peines, notamment en ce qui concerne le principe de non-rétroactivité de la loi pénale¹⁹¹⁹.

211. La déclaration d'irresponsabilité. Par ailleurs, à l'opposé des peines, les mesures de sûreté ne seraient pas en principe prononcées à la suite d'une déclaration de culpabilité, mais elles seraient

¹⁹¹⁵ « La loi qui instaure une telle mesure doit être appliquée immédiatement puisque le besoin de soins est présent » E. DREYER, *op. cit.*, p. 822. Il faut dire, cependant, qu'il « est douteux que la Cour européenne des droits de l'homme réserve l'application du principe de non-rétroactivité aux seules peines stricto sensu. Au contraire, les juges de Strasbourg ont estimé qu'une mesure de détention de sûreté – en l'occurrence, l'internement de sûreté allemand – était, malgré sa qualification légale, une peine au sens de l'article 7 § 1 de la Convention européenne, de sorte qu'un allongement de sa durée ne pouvait pas être rétroactif » CEDH, 17 décembre 2009, *M. c/ Allemagne*, RPDP 2000, p. 124. Sur le thème, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 290.

¹⁹¹⁶ « La loi nouvelle relative aux mesures de sûreté aura effet immédiat vis-à-vis de tous ceux auxquels ces mesures doivent s'appliquer, parce qu'il s'agit, non d'une sanction à édicter contre un fait du passé, mais de mesures à prendre contre un état de danger social, qui est un fait présent » P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Paris : Dalloz, 1960, p. 512.

¹⁹¹⁷ Selon les positivistes, « mieux vaut agir sans attendre, même si les faits reprochés sont antérieurs à la loi ; il y va de l'intérêt de la collectivité et des délinquants » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 340.

¹⁹¹⁸ Dans ce sens, la Cour de cassation en France a déjà jugé qu'une loi nouvelle instaurant une mesure de sûreté doit être appliquée immédiatement, voir : Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 1950, JCP 1950, II, 5383 ; et Cour de cass., Ch. crim., 26 novembre 1997, Bull. crim. n° 404. Par ailleurs, la Cour de cassation en France a déjà jugé qu'une mesure de sûreté ne cesse pas d'être exécutée en raison « du fait de l'effacement par une loi d'amnistie de l'infraction qui a suscité son prononcé ». Voir dans ce sens, Cour de cass., Ch. crim., 10 octobre 1983, D. 1984, inf. rap., p. 226.

¹⁹¹⁹ Il faut dire que le Conseil constitutionnel en France « semble admettre en effet que les mesures de sûreté n'obéissent pas toutes aux mêmes exigences que les peines », raison pour laquelle « il laisse le législateur libre de décider leur application rétroactive ». Voir dans ce sens : Conseil Const., décision n° 2005-527 DC, 8 décembre 2005. Voir également : E. DREYER, *op. cit.*, p. 829. Toutefois, en France, il existe également des arrêts autant de la Cour de cassation que du Conseil constitutionnel dans lesquels la jurisprudence française n'a pas permis une application immédiate d'une mesure de sûreté à l'encontre d'un délinquant, malgré le fait que théoriquement cette réponse pénale ne serait pas soumise à l'instar des peines au principe de non-rétroactivité de la loi pénal. Voir dans ce sens : Cour de cass., Ch. crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 08-83492 ; et Conseil Const., décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008. Concernant la position de la CEDH par rapport au thème, voir : CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France* ; et CEDH, 23 septembre 1995, *Maligne c/ France*.

prononcées à la suite d'une déclaration « d'irresponsabilité pénale »¹⁹²⁰. De ce fait, tandis que pour prononcer une peine, le juge devrait constater la réalisation d'un acte illicite par l'agent, aussi bien que son imputabilité¹⁹²¹, pour prononcer une mesure de sûreté le juge devrait vérifier la seule existence d'un état de dangerosité chez l'individu qui fait l'objet du jugement¹⁹²². Pour cette raison, les peines feraient suite à une décision de condamnation, tandis que les mesures de sûreté pourraient faire suite à une décision « d'irresponsabilité pénale »¹⁹²³.

Néanmoins, il faut dire que cette différence de régime entre les peines et les mesures de sûreté demeure floue autant en France qu'au Brésil, puisqu'il arrive qu'une mesure de sûreté soit prononcée après une déclaration de culpabilité¹⁹²⁴. Tel est le cas de la « rétention de sûreté » en France¹⁹²⁵ et de « l'hospitalisation judiciaire » ou de « l'injonction de soins » prononcées à l'encontre des « demi-fous » au Brésil¹⁹²⁶. Dans ces deux hypothèses une mesure de sûreté peut être prononcée à l'encontre d'un délinquant à la suite d'une déclaration de culpabilité et non pas à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale. De toute façon, nonobstant cela, la possibilité de prononcer une mesure de sûreté après une déclaration d'irresponsabilité pénale est une différence de régime juridique de plus entre les peines et les mesures de sûreté en France et au Brésil.

Quoi qu'il en soit, si l'on rencontre des similitudes entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien quant à ce thème, on rencontre aussi des différences, notamment en ce qui concerne la possibilité de cumuler une mesure de sûreté avec une peine à l'encontre d'un même délinquant.

¹⁹²⁰ « L'imposition d'une mesure de sûreté à l'encontre d'un délinquant a lieu par le biais d'une soi-disant décision d'acquiescement, laquelle constate l'existence d'une infraction » F. GALVÃO, *Direito penal – parte geral*, p. 989.

¹⁹²¹ C'est-à-dire, le juge doit vérifier si l'agent possède toutes les conditions d'imputabilité qui sont nécessaires pour lui attribuer la responsabilité de l'infraction accomplie.

¹⁹²² « Mesures de sûreté justifiées par la seule dangerosité d'une personne à laquelle aucune infraction ne peut être reprochée des lors que les faits commis ne lui sont pas imputables » E. DREYER, *op. cit.*, p. 835.

¹⁹²³ « Quoi qu'on en pense par ailleurs, on retiendra que cette déclaration d'irresponsabilité pénale ne remet pas en cause l'existence de l'infraction, elle s'oppose seulement à l'imputabilité » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 229.

¹⁹²⁴ Pour cette raison, certains auteurs ont fait remarquer qu'il « aurait été artificiel de considérer que les mêmes sanctions sont des peines lorsqu'elles sont prononcées à la suite d'une déclaration de culpabilité, alors qu'elles seraient des mesures de sûreté, lorsqu'elles font suite à une déclaration d'irresponsabilité pénale » X. PIN, *L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-3 et 122-8 du Code pénal)*, p. 61.

¹⁹²⁵ La rétention de sûreté s'exécute après que « le condamné a purgé la peine prononcée contre lui à raison de certaines infractions jugées particulièrement grave » E. DREYER, *op. cit.*, p. 851. Elle est une mesure de sûreté prononcée à l'encontre d'un individu déclaré coupable par une Cour d'assises.

¹⁹²⁶ En ce qui concerne les demi-fous au Brésil, l'article 98 du Code pénal prévoit que la juridiction répressive peut prononcer à leur encontre autant une peine réduite qu'une mesure de sûreté. Dans cette seconde hypothèse, on aura une déclaration de culpabilité et non pas une déclaration d'irresponsabilité pénale, laquelle va cependant imposer au demi-fou une mesure de sûreté au lieu d'une peine réduite. Or, malgré le fait qu'ils soient déclarés coupables d'une infraction, les demi-fous peuvent donc faire l'objet d'une mesure de sûreté au Brésil. Sur le thème, voir F. GALVÃO, *Direito penal – parte geral*, p. 997.

212. Un système à voie unique ou à double voie ? Au Brésil, depuis une réforme dans la loi en 1984¹⁹²⁷, le législateur a opté pour un système à voie unique en ce qui concerne la réponse pénale qui peut être imposée à l'encontre de l'auteur d'un acte illicite¹⁹²⁸. De ce fait, une peine et une mesure de sûreté ne peuvent jamais se cumuler l'une avec l'autre, de sorte qu'au Brésil la réponse pénale à un acte illicite doit être toujours à voie unique : une peine ou une mesure de sûreté ; mais jamais les deux ensemble¹⁹²⁹. Dans ce contexte, la loi brésilienne fait une distinction. D'un côté, les peines doivent être imposées notamment aux délinquants capables de remplir l'exigence d'imputabilité. De l'autre, les mesures de sûreté ne peuvent être prononcées qu'à l'encontre des délinquants « non-imputables » ou « demi-imputables »¹⁹³⁰.

En France, on ne rencontre pas la même situation qu'au Brésil, puisque depuis quelques années le droit pénal français semble avoir la volonté de s'engager progressivement dans un système à double voie concernant la réponse pénale prononcée à l'encontre de l'auteur d'une infraction¹⁹³¹. Cette assertion est possible car à la suite de quelques réformes législatives¹⁹³², les juridictions répressives en France peuvent imposer à la fois une peine et une mesure de sûreté à l'encontre d'un même délinquant¹⁹³³. Par conséquent, le droit pénal français permet qu'à la peine sanctionnant la culpabilité de l'agent puisse s'ajouter une mesure de sûreté destinée à lutter contre sa dangerosité¹⁹³⁴. De cette façon, dans l'Hexagone une mesure de sûreté n'est pas une réponse pénale destinée à un seul genre de délinquant, mais elle peut être imposée autant à l'encontre d'un agent « non-imputable » qu'à l'encontre d'une personne capable de remplir l'exigence d'imputabilité. Pour cette raison, on peut conclure qu'à la différence du Brésil, le droit pénal français propose un système à double voie au lieu d'un système à voie unique, c'est-à-dire un système dans lequel une mesure de sûreté et une peine peuvent se superposer à l'égard d'un même délinquant.

¹⁹²⁷ Il faut dire qu'avant la réforme de 1984, le droit pénal brésilien avait un système à double voie, lequel permettait une cumulation entre peine et mesure de sûreté, à l'instar du droit pénal français actuel. Dans ce sens, voir P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 384.

¹⁹²⁸ J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 178.

¹⁹²⁹ J. MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, São Paulo : Atlas, 2003, p. 361.

¹⁹³⁰ P. COSTA JUNIOR, *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1999, p. 548. Dans le même sens, voir F. GALVÃO, *Direito penal – parte geral*, p. 993. Il faut dire que les demi-imputables au Brésil restent dans une zone hybride, puisque comme l'on a déjà énoncé il est possible de leur imputer autant une peine réduite qu'une mesure de sûreté. Sur le thème, voir P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 365 et s.

¹⁹³¹ Dans ce sens, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 285.

¹⁹³² Cette réforme se dessine, tout d'abord, avec la loi du 12 décembre 2005 qui a instauré le placement sous surveillance électronique mobile. Ensuite, avec la loi du 25 février 2008 qui a introduit dans le Code de procédure pénale les mesures de rétention de sûreté et de surveillance de sûreté. Finalement, avec la loi du 10 mars 2010 qui en a étendu le domaine autant de la rétention de sûreté que de la surveillance de sûreté.

¹⁹³³ « Pour l'heure il ne s'agit toujours que d'ouvrir une double voie à la réaction sociale » E. DREYER, *op. cit.*, p. 828.

¹⁹³⁴ Dans ce sens, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 287.

213. Un régime pragmatique. De toute façon, en dépit de quelques disparités, on constate autant en France qu'au Brésil une différence de régime juridique entre les peines et les mesures de sûreté¹⁹³⁵. Tout d'abord, en ce qui concerne le caractère indéterminé des mesures de sûreté. Ensuite, à propos du principe de légalité et de la possibilité d'appliquer cette réponse pénale de manière rétroactive. Enfin, à propos du fait qu'une mesure de sûreté puisse être prononcée même à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale.

En raison de cette différence de régime, certains auteurs ont souligné le fait que les mesures de sûreté seraient soumises autrement que les peines à une logique d'efficacité¹⁹³⁶. De ce fait, d'un côté, on aurait les peines, lesquelles respecteraient plusieurs principes en droit pénal. Tandis que, de l'autre côté, on aurait les mesures de sûreté, lesquelles ne seraient pas soumises à certains principes du droit pénal¹⁹³⁷ et, pour cette raison, seraient gouvernées par une logique essentiellement pragmatique¹⁹³⁸. Cette logique pragmatique que l'on rencontre parfois autant à l'égard des mesures de sûreté qu'à l'égard de la responsabilité des personnes morales pourrait peut-être expliquer le fait qu'une partie de la doctrine ait défendu l'idée selon laquelle la réponse pénale aux actes illicites accomplis par les groupements devrait consister en une mesure de sûreté et non pas en une peine (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – L'application des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales

Face au problème de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements, certains auteurs en France et au Brésil ont alors proposé une

¹⁹³⁵ On insiste sur une prétendue différence de régime au lieu d'une véritable différence puisque, comme on l'a vu, notamment en ce qui concerne la durée et l'application immédiate d'une mesure de sûreté, on rencontrerait actuellement en France et au Brésil une tendance en doctrine et en jurisprudence à appliquer le même régime juridique aux peines et aux mesures de sûreté, malgré la différence de nature qu'on rencontrerait parfois entre ces deux réponses pénales. Cette propension semble avoir lieu puisque les nuances qui existent entre les peines et les mesures de sûreté ne justifieraient plus le fait que ces réponses pénales soient soumises à des régimes distinctifs, notamment en ce qui concerne leur durée et leur application dans le temps. Pour cette raison, pour éviter qu'un « habillage linguistique » soit capable de faire échapper une réponse pénale à certaines garanties, il existerait une tendance en France et au Brésil à l'application des mêmes principes aux peines et aux mesures de sûreté, en soumettant ces deux réponses pénales à un régime juridique unitaire. Sur ce thème, mais en dehors du contexte franco-brésilien, voir : F. MUÑOZ CONDE et M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 595 et 596 ; et A. JORGE BARREIRO, Directrices político-criminales e aspectos básicos do sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995, *in Actualidad penal*, n° 23, 5 a 11 de junio de 2000, Madrid : Actualidad Editorial, 2000, p. 507 et 508. Voir également, en ce qui concerne le contexte franco-brésilien : P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 363 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 825.

¹⁹³⁶ « Parce qu'il s'agit de prévenir un risque, elles semblent gouvernées par une logique d'efficacité et indifférentes au respect des libertés individuelles » E. DREYER, *op. cit.*, p. 820.

¹⁹³⁷ Voir F. MUÑOZ CONDE et M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 595-596.

¹⁹³⁸ « En l'absence de tout approfondissement théorique de la question, l'ampleur nouvelle donnée aux mesures de sûreté s'inscrit dans une logique essentiellement pragmatique, voire opportuniste » E. DREYER, *op. cit.*, p. 828.

première solution¹⁹³⁹. Selon eux, on devrait fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion de dangerosité au lieu de la notion d'imputabilité, en appliquant des mesures de sûreté et non pas des peines aux groupements délinquants (§1). Il s'agissait d'une proposition intéressante, qui semblait correctement trancher le problème d'une telle incompatibilité, mais qui n'était pas exempt de critiques (§2).

§1) Pour les personnes morales : une réponse pénale fondée sur de nouvelles notions de dangerosité

214. L'imputabilité, une notion introuvable chez la personne morale. Comme on l'a vu¹⁹⁴⁰, l'un des principaux arguments contre la responsabilité pénale des groupements concernait la notion d'imputabilité, aussi bien que l'impossibilité d'imposer une peine à l'encontre d'une personne morale.

Tout d'abord, selon certains auteurs, l'être collectif manquerait de certaines capacités psychologiques liées à la structure mentale de l'agent délinquant, lesquelles seraient nécessaires pour pouvoir lui reprocher une conduite illicite. En effet, à défaut d'avoir un cerveau, l'imputabilité serait une notion introuvable chez la personne morale. En premier lieu, parce que le groupement serait incapable d'avoir une intelligence lucide. De ce fait, l'être collectif ne pourrait pas apprécier la portée de ses gestes, en les appréhendant à l'aune des valeurs protégées. En second lieu, puisque la personne morale n'aurait pas une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction, car ses choix seraient toujours conditionnés par les résolutions individuelles de ses membres. Par conséquent, sans une intelligence lucide et à défaut d'avoir une volonté techniquement libre à l'origine de l'acte illicite, les conditions d'imputabilité ne pourraient pas être réunies sur la tête d'une personne morale, raison pour laquelle sa conduite illicite ne serait jamais reprochable à l'égard du droit pénal.

Puis, d'après certains, les finalités des peines seraient également incompatibles avec les personnes morales. D'un côté, la finalité rétributive de la peine ne pourrait pas être atteinte en ce qui concerne un délinquant qui est privé de toute sensibilité et qui n'a pas de conscience¹⁹⁴¹. Faute

¹⁹³⁹ On va voir *infra* (n° 216) qui sont les auteurs qui défendent cette proposition.

¹⁹⁴⁰ Voir *supra* (n° 194 et s.).

¹⁹⁴¹ Il faut dire que cette proposition n'aborde pas la question de l'incompatibilité entre le principe de personnalité des peines et la responsabilité pénale des personnes morales. Cette proposition ne réalise peut-être pas cette étude puisqu'elle suggère l'application d'une mesure de sûreté au lieu d'une peine en ce qui concerne les êtres collectifs. Quoi qu'il en soit, on va étudier la compatibilité entre le principe de personnalité des peines et la responsabilité pénale des groupements plus en détails *infra* (n° 270).

d'un cœur et d'un esprit, le caractère douloureux de la peine ne pourrait pas exister vis-à-vis d'une personne qui est insensible à l'affliction morale causée par l'exécution d'une sanction pénale. De l'autre côté, la finalité préventive de la peine serait elle aussi inconciliable avec les groupements. Dépourvue de capacité de rédemption, la prévention individuelle ne serait qu'une chimère en ce qui concerne la personne morale. En outre, il serait inenvisageable que d'autres groupements s'abstiennent d'accomplir une infraction par crainte d'être sanctionnés. La « peur du gendarme » ne serait donc pas un sentiment que l'on pourrait rencontrer chez une personne morale. Pour cette raison, le dessein de prévention collective qui existe dans la peine serait également une illusion à propos des groupements.

Somme toute, on aurait ainsi plusieurs obstacles à la responsabilité pénale des personnes morales. En premier lieu, la notion d'imputabilité serait insaisissable par les groupements. De cette façon, même si l'on acceptait que l'être moral soit capable de réaliser autant l'élément matériel, que l'élément subjectif de l'infraction, il lui manquerait certaines aptitudes personnelles, lesquelles seraient nécessaires à ce que soient remplies les conditions d'imputabilité et à ce qu'il puisse ainsi devenir pénalement responsable¹⁹⁴². En second lieu, les desseins de la peine ne pourraient pas être atteints vis-à-vis d'un groupement. Alors, pourquoi imposer une réponse pénale à un délinquant en sachant par avance que la sanction sera un échec ? De ce fait, l'être moral devrait rester pénalement irresponsable, puisque le droit pénal, en principe, n'aurait aucune réponse pénale appropriée à ses particularités.

215. Une source de danger, même sans imputabilité. Toutefois, même face à ces arguments, le groupement continuait à se présenter comme un être dangereux, lequel se livrait parfois à des activités préjudiciables aux valeurs protégées par le droit pénal¹⁹⁴³. De ce fait, la personne morale était source de péril à l'égard de la société, quand bien même elle n'aurait ni intelligence lucide, ni volonté techniquement libre¹⁹⁴⁴. Cette assertion est possible puisque le mode général de gestion de l'entreprise, sa structure de fonctionnement ou son organisation pourraient parfois inciter ses

¹⁹⁴² De ce fait, au sein du droit pénal français, la personne morale n'aurait pas l'aptitude nécessaire pour faire l'objet d'une peine, tandis qu'au sein du droit pénal brésilien elle ne serait pas capable d'accomplir l'un des éléments constitutifs de l'infraction.

¹⁹⁴³ « Tirant parti de l'idée que les personnes morales se livrent parfois à des activités préjudiciables aux tiers, on aurait pu retenir leur responsabilité pénale sur le fondement de leur dangerosité » A. BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁴⁴ Le fait qu'elle agisse sans une intelligence lucide n'empêche pas qu'elle puisse être dangereux : pour les autres autant que pour elle-même. Avec le même raisonnement, mais en ce qui concerne un mineur délinquant, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 831.

organes ou représentants à commettre des infractions pour son compte¹⁹⁴⁵. Pour cette raison, le groupement pourrait présenter un état dangereux réel à la société de sorte qu'il serait une personne criminogène, même à défaut de pouvoir remplir les conditions d'imputabilité et faire l'objet d'une peine¹⁹⁴⁶.

Cet état dangereux réel crée par l'être collectif¹⁹⁴⁷ serait, en outre, plus périlleux que celui créé par une personne physique, puisqu'en raison de leur taille et de leurs moyens les personnes morales offriraient une menace beaucoup plus grande et violente aux valeurs protégées par l'ordre juridique¹⁹⁴⁸. Pour cette raison, nonobstant l'incompatibilité qui existe entre la nature désincarnée des groupements, la notion d'imputabilité et les finalités des peines, la personne morale devrait être contrôlée¹⁹⁴⁹, voire corrigée par le droit pénal¹⁹⁵⁰. En effet, étant donné le fait que leurs conduites peuvent porter préjudice aux valeurs protégées par l'ordre juridique, il ne serait pas possible d'exclure du champ pénal un être si dangereux¹⁹⁵¹. Si le droit pénal avait le pouvoir d'enfermer les fous menaçants qui ont accompli des actes illicites, pourquoi il ne devrait pas agir à l'égard d'une personne morale devenue dangereuse ?¹⁹⁵²

Cependant, même face à la constatation de cette nécessité d'intervention du droit pénal vis-à-vis des groupements, une question restait encore ouverte. Certes, devant le péril que les personnes morales pourraient engendrer envers la société, le droit pénal devrait intervenir à leur égard. Toutefois, quel pourrait être le fondement de cette intervention étant donné

¹⁹⁴⁵ « Il est ainsi reconnu que les entreprises peuvent être à la source d'infractions en ce qu'elles créent un climat qui incite à la commission d'infractions pour leur compte » C. MAURO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹⁴⁶ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 540.

¹⁹⁴⁷ « Il existe, remarque M. Bengu (p. 118) un état dangereux réel créé par l'être collectif » P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 566.

¹⁹⁴⁸ « De par leur taille et leurs moyens, les personnes morales présentent un degré de dangerosité bien supérieur à celui des personnes physiques (...) par leurs activités elles peuvent causer des dommages bien supérieurs à ceux dont une personne physique pourrait être à l'origine » C. MAURO, *op. cit.*, p. 65-66. « En ce sens, bien que plus modéré, l'on peut citer l'exposé des motifs du projet de Code pénal déposé en février 1986, un texte reproduit, comme un dogme, pour tous les travaux ultérieurs : l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'ordre économique à l'environnement ou à la législation » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 22. Dans le même sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 85. Afin d'illustrer cette assertion, il suffit de faire référence à un accident qui a eu lieu au Brésil le 5 novembre 2015, dans lequel une digue avec des déchets toxiques d'une société minière s'est rompue causant un grave accident préjudiciable à l'environnement, dont les effets se sont étendus sur une superficie de plusieurs centaines de kilomètres. Il est impensable qu'une personne physique toute seule puisse être à l'origine d'une telle infraction, de sorte que cet acte illicite montre bien la puissance dangereuse largement supérieure des personnes morales par rapport aux personnes physiques.

¹⁹⁴⁹ « Une source de danger qui devrait être contrôlée, voire éliminée » P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁵⁰ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 375.

¹⁹⁵¹ La conduite des personnes morales importe au droit pénal « afin qu'on puisse prévenir des nouvelles infractions » P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 849.

¹⁹⁵² Déjà en 1929, ROUX avait souligné : « on voit également mal pour quel motif on ne prononcerait pas la dissolution d'une personne morale, devenue dangereuse, quand on enferme les fous menaçants et qu'on les empêche de divaguer » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 245. Par ailleurs, on pourrait se demander qui serait plus dangereux à l'égard de la société : un mineur, un fou ou une personne morale ? Sans doute, la dernière. Dans le même sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 52.

l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements ? En outre, compte tenu du fait que les finalités des peines seraient en principe incompatibles avec les personnes morales, quelle devrait être la réponse pénale pour les êtres collectifs ?¹⁹⁵³

216. À défaut d'imputabilité, une mesure de sûreté. En France¹⁹⁵⁴ et au Brésil¹⁹⁵⁵, pour résoudre ce problème et répondre à ces interrogations, certains auteurs ont proposé de fonder la responsabilité pénale des groupements sur la notion de dangerosité à la place de la notion d'imputabilité, de sorte que les personnes morales seraient soumises aux mesures de sûreté et non pas aux peines¹⁹⁵⁶. Il s'agissait d'une manière intéressante de trancher la question de l'incompatibilité qui existe entre la notion d'imputabilité, les finalités des peines et la nature désincarnée des groupements, puisqu'au lieu de mettre fin à cet antagonisme, on le contournerait, en offrant aux personnes morales une notion et une réponse pénale qui seraient plus compatibles avec leur nature désincarnée¹⁹⁵⁷.

Comme on l'a vu¹⁹⁵⁸, derrière la notion de dangerosité on rencontre un jugement de dangerosité au lieu d'un jugement de reproche. De ce fait, le concept de dangerosité ne vise pas à blâmer l'individu à cause d'un mauvais usage de sa liberté, mais il souhaite simplement constater chez le délinquant l'existence d'un état menaçant. Conséquemment, pour que cette condition de

¹⁹⁵³ Ce genre de question était déjà connu par le droit pénal, car « chaque fois que le droit pénal a identifié des individus qui pour des raisons de politique criminelle devraient être soumis au contrôle social par le biais d'un système de punition, le droit pénal a reformulé ses théories pour atteindre ces individus » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 52.

¹⁹⁵⁴ « Seule, la doctrine positiviste peut offrir un fondement raisonnable à la responsabilité des personnes morales : indifférente à la notion de faute et soucieuse de réprimer la dangerosité des sujets de droit, elle peut reconnaître cette disposition dans une personne morale, tout comme, depuis longtemps on la décèle dans les foules criminelles (...) le groupement est alors une organisation dangereuse qu'il faut corriger par des mesures de sûreté » J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20. Dans ce sens, voir également : P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 560 et s. ; J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 228 ; et A. BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁵⁵ Au Brésil, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 50 et s.

¹⁹⁵⁶ Il est difficile à préciser qui est le premier auteur à faire cette proposition. Dans notre recherche, le premier livre qui énonce l'application d'une mesure de sûreté à l'encontre des personnes morales est celui de F. EXNER, *Theorie des Sicherungsmittel*, publié en 1914 en Allemagne.

¹⁹⁵⁷ En analysant l'histoire du droit pénal, on s'aperçoit que l'idée d'appliquer des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales n'est pas nouvelle. En 1934, le projet de révision du Code pénal français prévoyait déjà cette possibilité dans son article 89. Ensuite, le Code pénal roumain, adopté en 1936, admettait également la possibilité de prononcer des mesures de sûreté à l'égard des personnes morales, en exigeant pour cela, en premier lieu, que l'infraction soit commise pour un directeur ou un administrateur du groupement et, en second lieu, qu'elle soit réalisée au nom de la personne morale ou par le biais de moyens fournis par celle-ci (sur le thème voir F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 331). Par la suite, le Code pénal brésilien de 1940 a prévu dans sa rédaction originale l'application de certaines mesures de sûreté à l'encontre des groupements dans ses articles 88 et 99 (voir A. BRUNO, *op. cit.*, p. 339). Puis, par le Tribunal de Nuremberg, l'État allemand, à la suite de sa défaite et de sa capitulation, a fait l'objet de mesures de sûreté (sur le thème, voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 349). Finalement, en 1988, la Recommandation N° R (88) 18 du comité des Ministres du Conseil de l'Europe demandait aux États membres de prévoir autant de sanctions que de mesures de sûreté pour les personnes morales (voir S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 570).

¹⁹⁵⁸ Voir *supra* (n° 204).

dangerosité soit remplie, l'agent n'a pas besoin de rapporter la preuve qu'il possède certaines aptitudes personnelles telles qu'une intelligence lucide ou une volonté techniquement libre, mais il suffit qu'il démontre par le biais d'un acte illicite qu'il est dangereux pour la société. Par conséquent, la condition issue de la notion de dangerosité peut être remplie même par un délinquant incapable de remplir les conditions d'imputabilité¹⁹⁵⁹, car on peut représenter une menace pour la société même sans avoir une intelligence lucide et une volonté techniquement libre. Pour cette raison, on pourrait conclure que cette notion contrairement à celle d'imputabilité serait finalement plus compatible avec la nature désincarnée des groupements.

Dépourvue d'un cerveau, évidemment la personne morale ne pourrait avoir ni d'intelligence lucide, ni de volonté techniquement libre. De ce fait, elle serait incapable de remplir les conditions d'imputabilité. Cependant, par le biais des actions ou des omissions de ses organes ou représentants, le groupement pourrait accomplir un acte illicite et ainsi rapporter la preuve de l'existence d'un état menaçant chez lui. Par conséquent, même à défaut d'avoir certaines aptitudes personnelles, les personnes morales pourraient remplir la condition de dangerosité. Pour cette raison, on devrait fonder la responsabilité des groupements non pas sur la notion d'imputabilité, laquelle serait incompatible avec la nature désincarnée des êtres collectifs, mais sur la notion de dangerosité.

Dans ce contexte, les mesures de sûreté seraient la réponse pénale idéale pour les êtres collectifs¹⁹⁶⁰. Tout d'abord, parce que le fondement de la responsabilité pénale des groupements serait la notion de dangerosité et non pas celle d'imputabilité, de ce fait il serait plus cohérent d'appliquer une mesure de sûreté à la place d'une peine à l'encontre d'une personne morale. Ensuite, parce que la finalité de cette réponse pénale pourrait être atteinte même à l'égard d'un groupement. En effet, en imposant une mesure de sûreté à l'encontre d'un être collectif, on viserait non pas à lui reprocher l'acte illicite accompli, mais tout simplement à mettre fin à l'état menaçant existant chez la personne morale¹⁹⁶¹. Pour cette raison, contrairement aux finalités des peines, les finalités des mesures de sûreté seraient transposables à l'égard des groupements, car les êtres

¹⁹⁵⁹ Dans ce sens, voir J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁶⁰ Dans ce sens, voir par exemple P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 48 et s.

¹⁹⁶¹ « Leur valeur réside dans le fait qu'elles tendent à défendre la société et ont donc, en ce sens, un caractère des mesures de défense sociale. Comme il s'agit moins de punir que de protéger, (protéger la société en général et la personne morale contre elle-même), le caractère fautif du comportement imputé à la personne morale demeure à l'arrière-plan et l'accent est plutôt mis sur le caractère illégal et antisocial du comportement » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 570.

collectifs, même à défaut d'avoir certaines aptitudes personnelles, pourraient faire preuve d'un état de dangerosité, lequel pourrait être anéanti par le biais d'une mesure de sûreté¹⁹⁶².

Somme toute, sans requérir des groupements des aptitudes personnelles qu'ils ne possèdent pas, cette première proposition faite par la doctrine en France et au Brésil semblait trancher d'une manière très intéressante l'incompatibilité qui existe entre la nature désincarnée des groupements, la notion d'imputabilité et les finalités des peines. En premier lieu, parce qu'elle proposait que le fondement de la responsabilité pénale des êtres collectifs soit la notion de dangerosité et non pas le concept d'imputabilité, c'est-à-dire une notion plus compatible avec la nature immatérielle des groupements. En second lieu, parce qu'elle proposait également que la réponse pénale dressée aux personnes morales soit une mesure de sûreté et non pas une peine, c'est-à-dire une réponse pénale dont la finalité serait conciliable avec la nature désincarnée des êtres collectifs.

Grâce à ces changements, il n'importe plus au droit pénal de rechercher si la personne morale serait ou non encline à remplir l'exigence d'imputabilité ou si les finalités des peines seraient ou non compatibles avec sa nature désincarnée, puisque sa responsabilité pénale serait fondée sur la notion de dangerosité et la conséquence juridique de cette responsabilité serait une mesure de sûreté au lieu d'une peine. De cette façon, l'interrogation quant à l'existence d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre chez le groupement n'aurait plus de raison d'être, de sorte que la personne morale pourrait finalement entrer dans le champ pénal nonobstant son incapacité à remplir les conditions d'imputabilité et être objet d'une peine¹⁹⁶³.

217. Une condition compatible avec le groupement : l'accomplissement d'un acte illicite. De ce fait, dans le cadre de cette première proposition, pour devenir pénalement responsable il suffirait que le groupement accomplisse un acte illicite par le biais duquel on pourrait constater son état menaçant et ainsi lui imposer une mesure de sûreté. Pour cette raison, contrairement à ce qui se

¹⁹⁶² « Il s'agit de neutraliser une structure sociale dangereuse » E. DREYER, *op. cit.*, p. 831. Par rapport aux finalités des mesures de sûreté à l'égard des personnes morales, voir : J. SILVA SÁNCHEZ, Responsabilité individuelle ou responsabilité sociale en matière de délit, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : LGDJ, 2006, p. 539 ; B. SCHÜNEMANN, Ofrece la reofirma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento, in *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, Madrid, 1991, p. 43 ; C. CORIA, La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano, in *RPCP*, 2011, p. 520 ; B. SCHÜNEMANN, Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid : Ministerio de Justicia, 1988, t. XLI, fasc. 1, p. 529-58 ; M. BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 31 ; et B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 36 et 37.

¹⁹⁶³ « Si on se réfère, non aux théories de l'école pénale classique, mais aux théories de l'école de défense sociale, toute objection à la responsabilité pénale des personnes morales tombe » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 228.

passait quant à la notion d'imputabilité¹⁹⁶⁴, le groupement serait capable d'accomplir la condition de dangerosité, puisque par le biais des actions ou des omissions de ses organes ou représentants, il pourrait réaliser l'élément matériel et l'élément subjectif d'un acte illicite et ainsi faire preuve de son état menaçant¹⁹⁶⁵.

De toute façon, même si la notion de dangerosité et les mesures de sûreté ont une nature juridique s'accordant mieux avec celle des groupements, le droit pénal a eu besoin de réaliser un mouvement de création à l'égard des êtres collectifs, afin de rendre la notion de dangerosité encore plus compatible avec la nature désincarnée des personnes morales.

218. Une nouvelle notion de dangerosité. Comme on l'a vu¹⁹⁶⁶, pour arriver à l'idée d'un état de dangerosité qui devrait être contrôlé par le droit pénal, la doctrine positiviste niait l'existence d'une volonté techniquement libre chez l'agent, en énonçant que l'homme était influencé par certains facteurs biologiques, psychologiques ou sociologiques qui lui ôteraient son aptitude à choisir entre l'interdit et le permis. De ce fait, ce serait la constitution biologique du délinquant, sa santé mentale ou son entourage social qui l'influenceraient dans l'accomplissement d'un acte illicite, en le rendant dangereux à l'égard de la société.

Dans ce contexte, même s'il semblait raisonnable de penser que les personnes morales pourraient présenter un état de dangerosité à l'égard de la société, il ne ferait pas de sens d'imaginer que cet état de dangerosité trouverait son origine dans un facteur biologique, psychologique ou sociologique existant chez le groupement. Dépourvue d'un corps et d'un esprit, il s'avérait invraisemblable que la constitution biologique, la santé mentale ou l'entourage social de la personne morale puissent la pousser à commettre une infraction à l'instar de ce qui se passerait relativement aux êtres humains¹⁹⁶⁷. Par conséquent, face à ce problème, le droit pénal devrait créer une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux personnes morales, justement pour rendre cette notion entièrement compatible avec la nature désincarnée des groupements, particulièrement en ce qui concernait la source de l'état menaçant existant chez les êtres collectifs¹⁹⁶⁸.

¹⁹⁶⁴ « Si les personnes morales doivent, à ce qu'il semble, rester, comme par le passé, en dehors des sanctions pénales, afin de conserver à celle-ci leur fin morale, on ne voit pas pourquoi et sur quels motifs elles échapperaient à l'application des mesures de sûreté, qui, dans des termes de plus en plus larges, entrent dans les législations positives modernes, et tendent à fournir à l'ordre public, à côté des peines, un second moyen de lutte contre la criminalité » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 245.

¹⁹⁶⁵ Voir dans ce sens, P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 569.

¹⁹⁶⁶ Voir *supra* (n° 204).

¹⁹⁶⁷ J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁶⁸ Sur l'incompatibilité qui existe entre la notion « traditionnelle » de dangerosité et les personnes morales, voir J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 443.

219. La structure de fonctionnement comme source de dangerosité. Face à cette question, notamment en France, des auteurs ont énoncé alors une première proposition. Selon cette proposition, la structure de fonctionnement du groupement pourrait être le facteur criminogène à l'origine de cet état de dangerosité collectif¹⁹⁶⁹. Par conséquent, ce ne serait pas un facteur criminogène d'ordre biologique, psychologique ou social qui ferait du groupement une menace pour la société, mais il s'agirait d'un facteur criminogène d'ordre organisationnel : un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale, lequel la rend dangereuse¹⁹⁷⁰ puisqu'il facilite ou encourage la réalisation des actes illicites au sein du groupement¹⁹⁷¹. De ce fait, ce serait l'organisation de l'être collectif le facteur criminogène à l'origine de cet état menaçant que l'on pourrait constater chez la personne morale par le biais de l'accomplissement d'un acte illicite¹⁹⁷².

Cette première proposition était une manière intéressante d'expliquer la source de l'état menaçant existant chez les groupements, mais elle n'a pas été la seule proposition qui a été faite concernant le thème¹⁹⁷³. Cette assertion est possible puisqu'à côté de l'idée d'une dangerosité d'origine organisationnelle, des auteurs ont proposé également la création d'une notion objective de dangerosité spécifique aux personnes morales, laquelle serait fondée sur le pragmatisme théorique qui a toujours orbité autour de la responsabilité pénale des groupements.

220. Une notion objective de dangerosité. Pour certains, devant la question de l'origine de l'état menaçant existant chez une personne morale, on devrait proposer un concept objectif de dangerosité propre aux groupements¹⁹⁷⁴. Au sein de ce concept, la dangerosité de l'être collectif serait également attestée par le biais de l'accomplissement d'un acte illicite¹⁹⁷⁵. Toutefois,

¹⁹⁶⁹ Voir : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 540 ; J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20 ; et A. BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁷⁰ « Le régime de la responsabilité de la personne morale devrait être construit de la manière suivante : est responsable le groupement dont la structure est vicieuse (...) le groupement est alors une organisation dangereuse qu'il faut corriger par des mesures de sûreté » J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20.

¹⁹⁷¹ B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 270-271.

¹⁹⁷² « La personne morale pourrait présenter un état dangereux, être criminogène par elle-même, en raison de sa structure ou de son organisation ou de son mode général de gestion » G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 540. Comme l'on verra *infra* (n° 232), cette idée d'un défaut dans l'organisation du groupement a été également utilisée comme fondement d'un nouveau concept d'imputabilité spécifique aux personnes morales. Pour cette raison, cette idée semble avoir une ambivalence. Parfois, elle est utilisée pour soutenir la dangerosité du groupement, d'autres fois elle est utilisée pour fonder le concept d'imputabilité à l'égard des personnes morales.

¹⁹⁷³ En outre, on pourrait penser que cette nouvelle notion de dangerosité ne serait pas compatible avec la jurisprudence française et brésilienne en ce qui concerne la responsabilité pénale des groupements, notamment puisque dans le cadre de cette doctrine on exige une condition supplémentaire pour qu'une personne morale puisse être perçue comme une personne dangereuse : l'existence d'un défaut dans l'organisation du groupement.

¹⁹⁷⁴ « Si l'on pense que l'on doit appliquer des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales, nous sommes tenus de construire un nouveau concept non pas d'imputabilité mais plutôt de dangerosité pour les personnes morales, un concept qui n'aurait pas son fondement dans l'idée d'un facteur criminogène biopsychologique à l'instar des personnes physiques, mais qui serait une notion objective de dangerosité » J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 453.

¹⁹⁷⁵ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 70-71.

différemment de ce qui se passe en ce qui concerne les êtres humains, dans le cadre de ce concept, on ne se soucierait point de la racine de l'état menaçant de la personne morale, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire d'expliquer le facteur criminogène à l'origine de cet état menaçant. En effet, pour cette notion de dangerosité spécifique aux êtres collectifs, il suffirait de conclure que la situation illicite qui a eu lieu au sein d'un groupement le rend objectivement dangereux, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer quelle serait la cause primaire de cet état menaçant constaté chez la personne morale¹⁹⁷⁶.

Dans ce contexte, on aurait une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux êtres collectifs¹⁹⁷⁷. Il s'agirait d'une notion qui ne serait pas fondée sur un facteur criminogène subjectif¹⁹⁷⁸, mais qui serait fondée sur une donnée objective : l'accomplissement d'une infraction pour le compte de la personne morale. Par conséquent, dans le cadre de cette notion, la réalisation d'un acte illicite suffirait déjà à déduire l'existence d'un état de dangerosité chez la personne morale et lui imposer une mesure de sûreté¹⁹⁷⁹, sans qu'il soit nécessaire de savoir quel serait le facteur criminogène à l'origine de cet état de dangerosité constaté chez l'être collectif¹⁹⁸⁰. Pour cette raison, à propos des groupements, on devrait parler d'une notion objective et non pas subjective de dangerosité¹⁹⁸¹.

221. Un premier mouvement de création. Quoi qu'il en soit, avec ces deux propositions, le droit pénal a réalisé un mouvement de création dans le but de construire une nouvelle notion de dangerosité propre aux personnes morales. En effet, au lieu d'adapter à l'égard des groupements la notion de dangerosité qui existait déjà, l'ordre juridique a composé une nouvelle notion spécifique aux êtres collectifs. Dans ce contexte, contrairement à ce qui se passe par rapport aux

¹⁹⁷⁶ « Étant donné le fait qu'il n'est pas possible d'imposer une peine à l'encontre des personnes morales, le droit pénal doit appliquer une mesure de sûreté à leur encontre. Nonobstant le fait que les mesures de sûreté sont fondées sur une notion subjective de dangerosité, laquelle est leur prérequis – elles doivent être appliquées à l'encontre des personnes morales pour des raisons de défense sociale, pour faire cesser l'état menaçant existant au sein des groupements qui sont objectivement dangereux » A. BRUNO, *op. cit.*, p. 340.

¹⁹⁷⁷ « Pour la responsabilité pénale des groupements, on n'a pas la notion classique de dangerosité qui est normalement utilisée pour faire la distinction entre une peine et une mesure de sûreté » D. BAIGÚN, *op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁷⁸ « Il existe, remarque M. Bengu (p. 118), un état dangereux réel créé par l'être collectif, distinct de l'état dangereux subjectif, ce qui justifiait l'emploi de mesures de sûretés réelles, destinées à atteindre la personne morale » P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 566.

¹⁹⁷⁹ Pour cette raison, des auteurs ont énoncé qu'il serait plus facile d'harmoniser la notion de dangerosité que celle d'imputabilité à l'égard des personnes morales. Voir dans ce sens, M. BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁸⁰ En effet, selon des auteurs, les données subjectives d'ordre biologique, psychologique ou sociologique ne sont pas pertinentes pour l'application d'une mesure de sûreté à l'encontre des personnes morales. Voir dans ce sens, B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 269.

¹⁹⁸¹ « Il a été soutenu l'application des mesures de sûreté sui generis à l'encontre des personnes morales, lesquelles auraient leur fondement dans une notion objective de dangerosité, laquelle serait caractérisée à l'égard d'un groupement dès lors qu'une infraction est accomplie par ses organes ou par des personnes qui ont agi au nom de la personne morale » L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, p. 131.

êtres humains, l'état menaçant existant chez les groupements ne serait pas le résultat d'un facteur criminogène d'origine biologique, psychologique ou sociologique, mais il pourrait avoir en tant que source soit une défaillance structurale constatée chez l'être collectif, soit une situation objective impliquant l'accomplissement d'une infraction au sein de la personne morale.

De toute façon, dans un cas comme dans l'autre, la notion de dangerosité aurait des nouveaux contours pour les personnes morales, lesquels ne seraient pas le résultat d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des êtres collectifs, mais seraient le résultat d'un mouvement de création. Autrement dit, au lieu d'adapter la notion de dangerosité en faveur des personnes morales, on a construit une nouvelle notion, laquelle serait plus compatible avec leur nature désincarnée. Cette nouvelle notion pourrait alors être le résultat d'un effort d'imagination, comme dans l'idée d'une dangerosité d'origine organisationnelle, mais elle pourrait également être le résultat d'un pragmatisme théorique¹⁹⁸², comme dans l'idée d'une notion objective de dangerosité. Dans tous les cas, au lieu de réaliser un mouvement d'adaptation on a créé un nouveau concept de dangerosité spécifique aux groupements.

À tout prendre, en fondant la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion de dangerosité et en proposant l'application des mesures de sûreté aux êtres collectifs, l'ordre juridique avait, en principe, tranché l'incompatibilité qui existait entre la notion d'imputabilité, les finalités des peines et la nature désincarnée des groupements¹⁹⁸³. En premier lieu, parce qu'il n'importait plus au droit pénal de savoir si la personne morale était ou non capable d'accomplir les conditions d'imputabilité, car la notion de dangerosité pourrait être caractérisée même à l'encontre d'un délinquant qui n'a ni une intelligence lucide, ni une volonté techniquement libre¹⁹⁸⁴. En deuxième lieu, parce que les finalités des mesures de sûreté s'accorderaient mieux avec la nature immatérielle des groupements que les finalités des peines. En troisième lieu, parce que par le biais d'un mouvement de création on a rendu la notion de dangerosité pleinement compatible avec les êtres collectifs, soit parce qu'elle trouverait son origine dans un défaut structurel existant chez le groupement, soit parce qu'elle serait une notion objective de dangerosité.

¹⁹⁸² L. PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações*, p. 132.

¹⁹⁸³ Sur le thème, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 51 et 52.

¹⁹⁸⁴ « Pour cette raison, il est nécessaire de reconnaître qu'il est possible d'appliquer une mesure de sûreté aux personnes morales. Cette possibilité nous permet de contourner plusieurs problèmes dogmatiques par rapport au thème. En outre, elle reconnaît l'existence d'un état criminogène réel chez la personne morale » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 53. Déjà en 1929, ROUX a énoncé que la soumission d'une personne morale à une mesure de sûreté « ne soulèverait aucune question de principe, puisque la prononciation d'une mesure de sûreté n'est pas subordonnée aux conditions de la responsabilité pénale » J.-A. ROUX, *Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal*, p. 245.

Toutefois, même si cette première proposition semblait bien trancher le problème de l'incompatibilité entre la nature désincarnée des groupements, la notion d'imputabilité et les finalités des peines, elle n'a pas échappé aux critiques (§2).

§2) Des critiques à cette première proposition

222. La soumission à un régime juridique critiquable. La première critique qui a été énoncée en ce qui concerne l'application d'une mesure de sûreté à l'encontre d'une personne morale se rapportait au régime juridique de cette réponse pénale. À cet égard, deux censures sont possibles¹⁹⁸⁵.

En premier lieu, une censure en ce qui concerne le caractère indéterminé des mesures de sûreté. Comme on l'a vu¹⁹⁸⁶, cette réponse pénale a, en principe, une durée indéfinie, puisqu'elle doit subsister aussi longtemps que l'existence d'un état de dangerosité chez le délinquant. De ce fait, une mesure de sûreté peut se prolonger indéfiniment dans le temps, en ayant un caractère presque indélébile vis-à-vis de l'agent. Par conséquent, au moins en ce qui concerne sa longévité, une mesure de sûreté pourrait se révéler plus grave qu'une peine à l'égard des groupements. En effet, en raison de la durée indéterminée de cette réponse pénale, on pourrait avoir des situations dans lesquelles une personne morale serait soumise à une mesure de sûreté pendant un laps de temps plus long que celui auquel elle serait soumise à une peine si celle-ci était la réponse pénale destinée aux groupements. Pour cette raison, une responsabilité fondée sur la notion de dangerosité pourrait se révéler beaucoup plus sévère à l'égard des groupements qu'une responsabilité fondée sur la notion d'imputabilité¹⁹⁸⁷, ce qui n'était pas souhaitable.

En second lieu, on pourrait également censurer cette proposition en ce qui concerne la non-soumission d'une mesure de sûreté au principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Comme on l'a vu¹⁹⁸⁸, une mesure de sûreté peut avoir en principe une application immédiate. De ce fait, cette réponse pénale pourrait atteindre une personne morale qui aurait accompli un fait illicite avant l'entrée en vigueur de la mesure de sûreté qui lui sera imposée. Dans ce contexte, on pourrait se

¹⁹⁸⁵ En effet, les critiques qu'on peut dresser à l'application des mesures de sûreté à l'encontre des groupements à cause du régime juridique de cette réponse pénale peuvent être facilement contournées dès lors qu'on applique aux mesures de sûreté les mêmes principes auxquels sont soumises les peines. Quoi qu'il en soit, en vue de faire le tour du sujet, on abordera quand même le thème.

¹⁹⁸⁶ Voir *supra* (n° 209).

¹⁹⁸⁷ Avec le même raisonnement, mais en ce qui concerne les personnes physiques, voir P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 372.

¹⁹⁸⁸ Voir *supra* (n° 210).

demander si la possibilité d'une application rétroactive d'une mesure de sûreté vis-à-vis des groupements serait-elle conciliable avec le principe de légalité en droit pénal ? Est-ce qu'instaurer une responsabilité rétroactive des êtres collectifs serait-t-il vraiment faire œuvre de progrès ?

En tout état de cause, il semble que le régime juridique auquel les mesures de sûreté sont soumises n'est pas celui qui est souhaitable concernant la réponse pénale destinée aux groupements. Par conséquent, on ne pourrait pas appliquer de mesure de sûreté à l'encontre d'une personne morale¹⁹⁸⁹, puisqu'en plus d'avoir un caractère indéterminé, cette réponse pénale pourrait avoir une application rétroactive vis-à-vis des êtres collectifs.

223. L'impossibilité de vérifier la permanence d'un état de dangerosité chez le groupement. Par ailleurs, on pourrait faire une deuxième critique concernant l'idée de fonder la responsabilité pénale des groupements sur la notion de dangerosité en leur appliquant une mesure de sûreté. En effet, notamment dans le cadre de l'idée d'une notion objective de dangerosité spécifique aux êtres collectifs¹⁹⁹⁰, il existerait une impossibilité de constater la continuité ou la disparition de l'état menaçant observé chez les personnes morales¹⁹⁹¹.

En réalité, si l'infraction était le facteur qui démontrait l'existence d'un état menaçant chez l'être collectif, en déclenchant l'application d'une mesure de sûreté à son encontre, on pourrait se demander quel serait l'autre paramètre que l'on devrait examiner afin de savoir si cet état de dangerosité constaté initialement subsiste ou non chez le groupement qui fait l'objet d'une mesure de sûreté. La personne morale n'étant pas un être de chair et de sang, il ne serait pas possible d'aboutir à cette constatation par le biais d'une expertise psychiatrique à l'instar des êtres humains. De ce fait, dans le cadre de cette proposition, il n'existerait aucun moyen de preuve adapté aux êtres moraux afin d'établir un diagnostic de son état de dangerosité actuel pour savoir si l'application d'une mesure de sûreté à son encontre doit ou non continuer. Autrement dit, à défaut de corps et d'esprit la constatation de la permanence ou de la neutralisation des tendances dangereuses chez l'être collectif serait impossible. Par conséquent, au sein de cette théorie, on ne pourrait jamais décider de la continuité ou l'interruption de l'application d'une mesure de sûreté

¹⁹⁸⁹ Il faut dire que la force de cet argument contraire à l'application d'une mesure de sûreté à l'encontre des personnes morales est très relativisée aujourd'hui, notamment parce qu'en France et au Brésil on rencontre actuellement une tendance à appliquer le même régime juridique aux mesures de sûreté et aux peines.

¹⁹⁹⁰ En ce qui concerne l'idée d'un état de dangerosité issu de l'organisation du groupement, il nous semble que la permanence de l'état menaçant peut être vérifiée par le biais d'un examen de la structure de fonctionnement de l'être collectif, justement pour savoir si le défaut organisationnel qui était à l'origine de l'acte illicite subsiste ou non. Toutefois, en ce qui concerne l'idée d'une notion objective de dangerosité, il est difficile de savoir quel pourrait être le critère par le biais duquel on pourrait vérifier la permanence de cet état menaçant chez la personne morale.

¹⁹⁹¹ Dans ce sens, voir R. DOTTE, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, p. 181.

envers les personnes morales, raison pour laquelle cette proposition devrait être rejetée par le droit pénal.

224. La personne morale : un outil dangereux et non pas un véritable délinquant. De plus, toujours dans le cadre des critiques que l'on peut faire à l'encontre de cette première proposition, des auteurs ont également souligné le fait que l'emploi des mesures de sûreté à l'encontre des groupements nierait leur qualité de véritables responsables pénaux¹⁹⁹². Cette assertion serait possible puisqu'en principe les êtres collectifs seraient perçus au sein de cette doctrine non pas comme de véritables acteurs pénaux, mais tout simplement comme de dangereux instruments mis entre les mains des personnes physiques¹⁹⁹³. En effet, la menace aux valeurs protégées constatée chez l'être moral n'aurait pas comme source le groupement lui-même, mais elle trouverait son origine dans l'instrument périlleux que la personne morale peut devenir une fois entre les mains des personnes physiques qui la dirigent¹⁹⁹⁴. Par conséquent, dans le cadre de cette première proposition, l'être collectif ne serait pas un délinquant dangereux en lui-même, mais il serait tout simplement un outil dangereux mis entre les mains des personnes physiques, c'est-à-dire un instrument qui peut servir à l'accomplissement d'une infraction dont le véritable auteur ne serait pas la personne morale, mais une personne physique derrière l'écran de l'être collectif¹⁹⁹⁵.

Dans ce contexte, le fait d'imposer une mesure de sûreté à l'encontre des groupements ne serait pas la suite d'une reconnaissance de la personne morale comme un véritable auteur pénal¹⁹⁹⁶. En effet, l'application de cette réponse pénale aux groupements pourrait être perçue comme une sorte de simple « conséquence accessoire »¹⁹⁹⁷ prononcée par le droit pénal à l'encontre des êtres moraux en raison d'une infraction dont le véritable auteur est une personne

¹⁹⁹² Dans ce sens, voir notamment : P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 568 ; N. GUNSBURG et R. MOMMAERT, *op. cit.*, p. 232 ; B. FEIJÓO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 271 et s. ; et F. MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, São Paulo : Editora Saraiva, 1963, p. 139-141.

¹⁹⁹³ « Car la personne morale était perçue comme un instrument entre les mains d'une personne physique criminelle » F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 332.

¹⁹⁹⁴ « En raison de son organisation, la personne morale peut devenir un outil pour l'accomplissement des infractions. On doit alors imposer des mesures de sûreté aux personnes morales en raison de la possibilité qu'elles puissent être utilisées par des personnes physiques comme instrument d'une infraction » B. FEIJÓO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 271.

¹⁹⁹⁵ « On ne peut pas dire que c'est la personne morale qui réalise une infraction par le biais de ses membres, mais ce sont ses membres qui réalisent une infraction par le biais de la personne morale. La personne morale est un instrument qui appartient aux personnes physiques délinquantes » F. MAGALHÃES NORONHA, *op. cit.*, p. 139-141. « Une personne morale, même sans volonté, subira utilement des mesures réelles de nature à influencer sur la puissance de l'instrument qu'elle représente, en vue d'imposer à l'animateur, même anonyme, un usage compatible avec l'intérêt social. La transformation de structure commandera l'utilisation par le maître » P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 568.

¹⁹⁹⁶ « À notre avis, on doit continuer de penser que le véritable acteur pénal est uniquement la personne physique, de sorte que la personne morale doit être perçue par le droit pénal tout simplement comme un instrument ou une chose dangereuse » B. FEIJÓO SANCHEZ, *op. cit.*, p. 271.

¹⁹⁹⁷ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 71.

physique¹⁹⁹⁸. Par conséquent, on pourrait penser qu'avec l'application imposée des mesures de sûreté aux groupements on n'aurait pas atteint une authentique responsabilité pénale des personnes morales, mais on aurait atteint tout simplement une pseudo responsabilité des êtres collectifs, au sein de laquelle les groupements seraient perçus comme de simples instruments dangereux entre les mains des personnes physiques¹⁹⁹⁹. Pour cette raison, on pourrait également critiquer cette première proposition car elle ne serait pas à l'origine d'une véritable responsabilité pénale des personnes morales²⁰⁰⁰.

225. La loi et la jurisprudence en France et au Brésil : des peines à la place des mesures de sûreté.

Finalement, notamment dans le contexte franco-brésilien, on pourrait soulever une dernière critique contre la proposition de fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion de dangerosité, en appliquant des mesures de sûreté à l'encontre des groupements : la loi et la jurisprudence sur ce thème en France et au Brésil.

Tout d'abord, il nous semble qu'autant le législateur français que le législateur brésilien ont choisi l'application d'une peine à la place d'une mesure de sûreté en ce qui concerne les êtres collectifs. Cette assertion est possible puisqu'autant les articles 131-37, 131-38, 131-39 et 131-39-1 du Code pénal français que les articles 21, 22, 23 et 24 de la loi 9.605/98 au Brésil utilisent l'appellation « peine » et non pas l'appellation « mesure de sûreté » pour désigner la réponse pénale destinée aux groupements. De ce fait, en raison du vocabulaire employé par le législateur en France et au Brésil pour faire référence à la réaction sociale consacrée aux personnes morales délinquantes, il serait difficile de fonder la responsabilité des êtres collectifs sur la notion de dangerosité au lieu de la notion d'imputabilité²⁰⁰¹, en appliquant des mesures de sûreté au lieu de peines à l'encontre des groupements²⁰⁰².

¹⁹⁹⁸ « La peine proprement dite doit être complétée par des mesures de sûreté. Et bien, répétons-nous, les représentants ou les préposés de la personne morale passent, la personne morale reste. Des mesures de sûreté doivent être prises contre elle éventuellement » N. GUNSBURG et R. MOMMAERT, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹⁹⁹ La personne morale serait ainsi une simple structure dangereuse qui aurait tendance à être utilisée comme un outil pour l'accomplissement des infractions. Dans ce sens, voir B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 271.

²⁰⁰⁰ Dans ce sens, voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 71. Il faut dire, cependant, qu'il y a des auteurs qui travaillent avec cette proposition, en percevant en même temps la personne morale non pas comme un simple outil dangereux, mais comme un véritable acteur pénal. Voir dans ce sens, P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 51 et s. Par ailleurs, si la personne morale était un simple instrument dangereux entre les mains des personnes physiques, on pourrait penser que sa responsabilité pénale pourrait être déclenchée par le simple fait que sa structure de fonctionnement ait été utilisée par une personne physique pour l'accomplissement d'une infraction, sans qu'il soit nécessaire que cet acte illicite soit réalisé pour le compte du groupement. Cependant, il nous semble que cette proposition n'est pas compatible ni avec le droit pénal français, ni avec le droit pénal brésilien.

²⁰⁰¹ Voir dans ce sens, P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 71. L'auteur énonce son opinion par rapport au droit espagnol, cependant, elle peut être utilisée également à l'égard du droit pénal franco-brésilien.

²⁰⁰² Il est vrai que l'appellation employée par la loi n'est pas toujours la plus adéquate pour désigner la réponse pénale que le droit pénal prévoit à l'encontre d'un délinquant. Parfois, on peut parler de « peines » tandis qu'en pratique la réponse pénale

Ensuite, la jurisprudence en France et au Brésil semble, elle aussi, contraire à l'idée de fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité. En ce qui concerne l'Hexagone, cette assertion est possible puisque dans ses arrêts, la Cour de cassation fait toujours référence à l'idée d'un jugement de reproche réalisé à l'encontre de la personne morale délinquante. En effet, dans plusieurs décisions de la Chambre criminelle, on rencontre des expressions telles que « les manquements fautifs reprochés »²⁰⁰³ à la personne morale, « des faits reprochés »²⁰⁰⁴ au groupement, ou encore « le jugement ayant déclaré les prévenus coupables » de l'infraction²⁰⁰⁵. Par le biais de ces expressions, on peut déduire alors que la Cour de cassation en France réalise plus un jugement de reproche qu'un jugement de dangerosité à l'égard des groupements délinquants. Par conséquent, serait incompatible avec la jurisprudence française l'idée de fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion de dangerosité, en appliquant des mesures de sûreté à l'encontre des êtres collectifs. En effet, si cette proposition était conciliable avec la jurisprudence en France, la Cour de cassation devrait procéder à un jugement de dangerosité et non pas un jugement de reproche vis-à-vis des groupements délinquants, mais tel n'est pas le cas. Pour cette raison, on pourrait conclure que cette première proposition est en contradiction avec les arrêts de la Chambre criminelle française.

En ce qui concerne la jurisprudence brésilienne, le Superior Tribunal de Justiça et le Supremo Tribunal Federal semblent eux aussi contraires à l'idée de fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité, en appliquant des mesures de sûreté à leur encontre. En effet, parmi les arrêts des Hautes juridictions au Brésil on rencontre plusieurs

est bien une « mesure de sûreté » et vice versa (voir dans ce sens : P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 560 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 824). Pour cette raison, des auteurs en France et au Brésil ont souligné le fait que nonobstant l'utilisation de l'appellation « peines » par le législateur, on rencontrerait certaines mesures de sûreté parmi les réponses pénales prévues pour les groupements. En France, tel serait le cas des mesures prévues dans l'article 131-39-3^o, 5^o, 6^o et 7^o du Code pénal, à savoir : le placement sous surveillance judiciaire ; l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de 5 ans au plus ; l'interdiction de faire appel public à l'épargne et l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement. Dans ce sens, voir S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 570. Au Brésil, tel serait le cas également de certaines mesures prévues dans la loi 9.605/98 et dans le projet de nouveau Code pénal brésilien, à savoir : la dissolution ; et la suspension d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales. Dans ce sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 77. Quoi qu'il en soit, l'appellation utilisée par le législateur en France et au Brésil pour désigner la réponse pénale destinée aux groupements, demeure un indice par le biais duquel on peut examiner la compatibilité de cette proposition avec le droit franco-brésilien.

²⁰⁰³ Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n^o 06-87805. Dans ce même arrêt, la Cour de cassation affirme dans une autre partie de la décision « qu'il est reproché à la personne morale... ». Cette phrase montre également qu'en ce qui concerne les êtres collectifs délinquants la jurisprudence française est plus liée à l'idée d'un jugement de reproche qu'à l'idée d'un jugement de dangerosité.

²⁰⁰⁴ Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2013, pourvoi n^o 12-82148.

²⁰⁰⁵ Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n^o 12-84660. Dans le même sens, en s'utilisant de l'expression « coupable » pour faire référence à la personne morale, voir : Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n^o 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n^o 10-85324 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 avril 2012, pourvoi n^o 10-86974 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n^o 12-85917 ; Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n^o 13-82677. Cependant, il faut dire que la Cour de cassation en France à l'instar du Superior Tribunal de Justiça et du Supremo Tribunal Federal au Brésil ne donne pas une définition du concept d'imputabilité à propos des groupements délinquants.

décisions dans lesquelles le Superior Tribunal de Justiça et le Supremo Tribunal Federal ont expressément énoncé que la réponse pénale destinée aux êtres collectifs est une peine et non pas une mesure de sûreté, de sorte qu'on devrait utiliser la notion d'imputabilité à la place de la notion de dangerosité pour fonder la responsabilité pénale des personnes morales²⁰⁰⁶. Pour cette raison, par le biais de ces arrêts, on peut conclure que cette première proposition est également incompatible avec la jurisprudence brésilienne relative à ce thème.

En tout état de cause, si d'un côté, l'idée de fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité, en appliquant des mesures de sûreté à leur rencontre, semblait être une bonne proposition pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre la nature désincarnée des êtres collectifs, la notion d'imputabilité et les finalités des peines, d'un autre côté, on aurait plusieurs motifs pour refuser cette proposition. Pour cette raison, toujours afin de résoudre le problème de cette incompatibilité, le droit pénal a réalisé d'autres efforts de création à l'égard des personnes morales, notamment dans le but de construire une nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements (**CHAPITRE II**).

²⁰⁰⁶ Dans ce sens, voir : STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960 ; et STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114. Voir également : STJ, 4 mars 2011, HC n° 146.044. Dans ce dernier arrêt, le Superior Tribunal de Justiça est moins explicite, mais il énonce clairement que la réponse pénale destinée aux groupements est une peine et non pas une mesure de sûreté. Concernant le Supremo Tribunal Federal, on rencontre, d'un côté, des arrêts où la Haute juridiction énonce expressément que la réponse pénale destinée aux groupements est une peine et non pas une mesure de sûreté (voir : STF, 15 septembre 2009, HC n° 88.747 ; STF, 19 novembre 2012, ARE n° 668.683 ; et STF, 14 octobre 2013, REXT n° 473.045), et, d'un autre côté, on rencontre également des arrêts où le Supremo Tribunal Federal énonce que la responsabilité pénale des groupements est fondée sur la notion d'imputabilité et non pas sur la notion de dangerosité (voir : STF, 19 août 2008, HC n° 92.921). La doctrine brésilienne est à son tour partagée. D'un côté, il y a des auteurs qui défendent l'application des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales. Voir, par exemple : P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 48 et s. D'un autre côté, il y a des auteurs qui défendent l'application des peines à l'encontre des groupements. Voir, par exemple : F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 141 ; W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 83 ; F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 85 et s. ; et S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 103.

CHAPITRE II – À défaut d'imputabilité : de nouvelles notions d'imputabilité

226. *Un deuxième et un troisième mouvement de création.* Toujours face à l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales, en plus de la proposition visant à fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité, l'on a vu émerger deux autres efforts de création au sein du droit pénal dans l'objectif de résoudre cette incompatibilité. Ces deux nouvelles propositions étaient cependant différentes de la première : elles ne visaient pas à créer une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux personnes morales, mais elles avaient pour ambition de créer une nouvelle notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs.

D'un côté, a été proposé par certains la création d'un nouveau concept d'imputabilité qui serait fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation existantes chez la personne morale (**SECTION I**). Dans le cadre de cette deuxième proposition, on rencontrerait de nouvelles conditions d'imputabilité spécifiques aux êtres collectifs et aussi une nouvelle cause de non-imputabilité propre à la personne morale. Il s'agissait alors d'un effort de création fortement inventif, mais qui malgré ses mérites ne semblait pas compatible ni avec la loi, ni avec la jurisprudence en France et au Brésil. Pour cette raison, d'un autre côté, a été faite une troisième et dernière proposition afin de mettre fin à cet obstacle à la responsabilité pénale des êtres collectifs : la création d'une notion pragmatique d'imputabilité spécifique aux personnes morales (**SECTION II**). Cette troisième proposition était moins inventive que la deuxième, mais son pragmatisme théorique semblait s'harmoniser non seulement avec la loi et la jurisprudence franco-brésilienne sur ce thème, mais également avec le pragmatisme qui a toujours orbité autour de la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil.

Section I – Une notion d'imputabilité fondée sur une capacité et une liberté d'organisation

Cette deuxième proposition faite pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements souhaitait créer un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales, lequel serait fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation existantes chez l'être collectif. Cette notion d'imputabilité aurait non seulement un nouveau contenu (**SOUS-SECTION I**), mais également une nouvelle structure, avec des conditions d'imputabilité et des causes de non-imputabilité spécifiques aux personnes morales (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – Le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité

C'est notamment en Allemagne et en Espagne qu'on a vu émerger les premiers efforts théoriques afin de créer une nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements²⁰⁰⁷. Cette nouvelle notion avait alors un contenu propre et elle proposait un jugement de reproche à l'égard des personnes morales qui n'aurait pas les mêmes contours et le même fondement que celui réalisé à l'encontre des personnes physiques (§1). Au sein de ces deux pays, on rencontre alors plusieurs théories qui tentent d'expliquer le contenu de cette nouvelle notion. Par le biais d'un examen de ces différentes doctrines, on peut apercevoir une sorte d'évolution conceptuelle dans l'élaboration de cette notion d'imputabilité (§2), laquelle nous permettra de comprendre quelles sont les conditions d'imputabilité et les causes de non-imputabilité propres aux groupements qui sont proposées dans le cadre de cette deuxième proposition.

§1) Une notion d'imputabilité avec un nouveau contenu

227. Une manière différente de résoudre le même problème. Comme on l'a vu²⁰⁰⁸, l'un des problèmes majeurs de la responsabilité pénale des groupements était celui de l'incompatibilité entre la nature désincarnée des personnes morales et la notion d'imputabilité²⁰⁰⁹. À défaut d'avoir une intelligence lucide et une volonté techniquement libre, l'être collectif ne semblait pas capable de remplir les conditions d'imputabilité et devenir ainsi pénalement coupable d'une infraction. Pour cette raison, certains ont énoncé que la personne morale devrait rester en dehors du droit pénal, puisqu'elle ne pourrait jamais faire l'objet d'un jugement de reproche.

Face à ce problème, des auteurs ont alors proposé une première solution : fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité, en appliquant des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales²⁰¹⁰. Il s'agissait d'une manière intéressante de résoudre cette question, puisqu'au lieu d'aller au-delà du problème, le droit pénal le contournerait, en fondant la responsabilité pénale des groupements sur une notion qui serait plus

²⁰⁰⁷ Évidemment, le cadre de notre étude demeure le droit pénal franco-brésilien. Cependant, ces théories qui ont été développées au sein du droit pénal espagnol et allemand sur ce thème vont avoir des échos autant en France qu'au Brésil.

²⁰⁰⁸ Voir *supra* (n° 194 et s.).

²⁰⁰⁹ Dans cette section de notre étude, on ne va pas examiner la question de l'incompatibilité entre la responsabilité pénale des groupements, le principe de personnalité des peines et les finalités des peines puisqu'on va étudier cette question plus en détails *infra* (n° 269 et s.), dès lors que l'on va analyser l'idée d'une notion objective d'imputabilité spécifique aux groupements.

²⁰¹⁰ Par rapport au thème, voir *supra* (n° 214 et s.).

compatible avec la nature désincarnée des personnes morales. Toutefois, cette première proposition ne semblait pas conciliable ni avec la loi, ni avec la jurisprudence en France et au Brésil.

Dans ce contexte, devant ce même problème d'autres auteurs ont alors proposé une deuxième solution²⁰¹¹. Au lieu de gauchir la question de cette incompatibilité en la contournant, on devrait essayer de la résoudre par le biais de la création d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales. Certes, pour qu'une peine soit imposée au délinquant, il doit nécessairement remplir les conditions d'imputabilité. Néanmoins, ces conditions ne sont pas compatibles avec la nature désincarnée des groupements. Par conséquent, on devrait changer le concept d'imputabilité en droit pénal, pour qu'il puisse devenir compatible avec la nature des êtres collectifs, de manière à ce que les personnes morales puissent remplir ses conditions même en dépit du fait qu'elles ne soient pas dotées de certaines aptitudes personnelles. Dans le cadre de ce mouvement de création, la première proposition qui a été formulée en ce sens était celle de fonder cette nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements non pas sur certaines caractéristiques biopsychologiques de l'agent délinquant, mais sur la capacité et la liberté d'organisation de la personne morale²⁰¹².

228. Une nouvelle notion d'imputabilité. Cette première proposition²⁰¹³ est intervenue au sein de la théorie organisationnelle de la responsabilité pénale des êtres collectifs²⁰¹⁴, et a été développée initialement en Allemagne et en Espagne. En réalité, dans ces deux pays on rencontre plusieurs théories qui tentent d'expliquer ce nouveau concept d'imputabilité propre aux groupements. Malgré certaines nuances entre ces différentes doctrines, elles semblent toutes travailler avec une notion d'imputabilité dont le contenu serait composé de deux idées principales : la capacité et la liberté d'organisation des entreprises²⁰¹⁵.

²⁰¹¹ On va voir *infra* (n° 234 et s.) qui étaient les penseurs à l'origine de cette proposition.

²⁰¹² G. YAObUCCI, *op. cit.*, p. 22. En effet, il faut dire que cette idée d'un défaut dans l'organisation du groupement a été utilisée de plusieurs manières dans le cadre des théories qui ont essayé d'expliquer la responsabilité pénale des groupements. Tout d'abord, en tant qu'élément matériel de l'infraction spécifique aux personnes morales, voir *supra* (n° 78 et s.). Ensuite, comme fondement d'une nouvelle notion de dangerosité propre aux êtres collectifs, voir *supra* (n° 219). Finalement, comme fondement d'un nouveau concept d'imputabilité spécifique aux groupements, voir *infra* (n° 232).

²⁰¹³ Comme on va l'étudier *infra* (n° 260 et s.), dans le cadre du droit pénal franco-brésilien on rencontre une seconde proposition en ce qui concerne l'élaboration d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales. Pour cette raison, on utilise ici l'expression « première proposition ».

²⁰¹⁴ C. MAURO, *op. cit.*, p. 79.

²⁰¹⁵ Voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 80. On va étudier *infra* (n° 234 et s.) chacune de ces théories. Notre objectif, cependant, n'est pas celui d'exposer les détails de chacune de ces théories, mais celui de faire une lecture transversale de ces doctrines afin de présenter une idée générale de ce nouveau concept d'imputabilité propre aux groupements.

Comme on l'a vu²⁰¹⁶, en ce qui concerne les personnes physiques, la notion d'imputabilité est fondée sur certaines aptitudes personnelles que l'on doit rencontrer chez l'agent délinquant. D'un côté, l'aptitude à avoir une intelligence lucide, laquelle permettrait à l'homme de comprendre le caractère illicite de sa conduite et ainsi se déterminer selon cette compréhension. De l'autre côté, l'aptitude à avoir une volonté techniquement libre, grâce à laquelle l'individu aura la capacité de résister à l'infraction. Ces aptitudes personnelles qui composent le contenu de la notion d'imputabilité sont incompatibles avec les groupements, dans la mesure où les personnes morales ne sont pas dotées de certaines caractéristiques biopsychologiques à l'instar des êtres humains. Pour cette raison, devant cette incompatibilité, on devrait alors modifier le contenu de la notion d'imputabilité, dans le but de fonder cette notion sur d'autres aptitudes personnelles, lesquelles seraient conciliables avec la nature désincarnée des groupements²⁰¹⁷.

Dans ce contexte, des auteurs ont alors proposé que cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs soit fondée non pas sur les idées d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre, mais qu'elle soit fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation que l'on peut trouver chez les personnes morales²⁰¹⁸.

229. Une capacité d'organisation. En premier lieu, le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements serait fondé sur une capacité que les personnes morales possèdent pour organiser leur structure de fonctionnement²⁰¹⁹ et leur culture de gestion²⁰²⁰. Comme on l'a vu²⁰²¹, contrairement aux personnes physiques, l'être collectif est toujours constitué avec une finalité déterminée, laquelle va correspondre à la spécialité du groupement. De ce fait, pour accomplir sa spécialité l'être moral a besoin d'avoir une structure de fonctionnement et il doit organiser cette structure pour pouvoir justement réaliser les activités qui sont décrites dans son objet social. Dans l'accomplissement de cette tâche, la personne morale détient alors ce que les

²⁰¹⁶ Voir *supra* (n° 187).

²⁰¹⁷ « Plusieurs auteurs qui ont étudié le thème défendent l'idée selon laquelle on doit abandonner les concepts de la doctrine classique concernant les personnes physiques pour qu'on puisse créer de nouveaux concepts d'action et d'imputabilité propres aux personnes morales » J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 460.

²⁰¹⁸ « On se sépare pourtant de la base du droit pénal en vigueur actuellement, tout en cherchant un nouveau fondement qui ne soit plus basé sur une éthique individuelle mais sur une éthique collective » G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 285.

²⁰¹⁹ On comprend l'appellation « structure de fonctionnement » comme « l'ensemble des moyens découlant de la création de l'être moral et mis à la disposition de ses dirigeants pour assurer son fonctionnement » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 286.

²⁰²⁰ On comprend l'appellation « culture de gestion » comme l'ensemble des éléments particuliers qui expliquent les bases du fonctionnement d'une personne morale, c'est-à-dire le contenu de sa politique de gouvernance. Sur ce thème, voir A. COEURET, *op. cit.*, p. 306.

²⁰²¹ Voir *supra* (n° 99).

auteurs ont appelé d'une « capacité d'organisation »²⁰²², c'est-à-dire une capacité à établir sa structure de fonctionnement et sa culture de gestion au gré de ses besoins sociaux.

Cette capacité d'organisation correspondrait alors chez les êtres collectifs à l'idée d'une intelligence lucide, car par le biais de cette aptitude la personne morale pourrait établir sa structure de fonctionnement et sa culture de gestion à l'aune des valeurs protégées par le droit pénal, en saisissant le caractère permis ou le caractère interdit de son organisation et en se déterminant selon cette compréhension²⁰²³. Pour cette raison, on rencontrerait alors une corrélation fonctionnelle entre, d'un côté, l'idée d'une intelligence lucide chez les personnes physiques et, d'un autre côté, l'idée d'une capacité d'organisation chez les groupements²⁰²⁴. Cette assertion est possible puisque ce serait justement cette capacité d'organisation qui fournirait aux personnes morales l'aptitude nécessaire pour qu'elles puissent établir leur structure de fonctionnement et leur culture de gestion à l'aune des valeurs protégées par le droit pénal, en saisissant le caractère permis ou le caractère interdit de leur organisation²⁰²⁵.

Néanmoins, nonobstant cette corrélation fonctionnelle, il existerait une différence de nature entre ces deux aptitudes²⁰²⁶. Tandis que l'idée d'une intelligence lucide, propre aux personnes physiques, serait liée à une caractéristique biopsychologique de l'agent délinquant, l'idée d'une capacité d'organisation, propre aux personnes morales, serait liée au management de l'être collectif et non pas à une caractéristique intellectuelle des groupements²⁰²⁷. De cette façon, malgré la correspondance fonctionnelle entre ces deux aptitudes, elles n'auraient pas la même nature, puisque tandis que la première aurait une nature qui n'est compatible qu'avec un être humain, la seconde aurait une complexion accordable avec une personne immatérielle comme l'être moral.

De toute façon, malgré cette différence de nature, à l'exemple de l'idée d'une intelligence lucide, la capacité d'organisation serait l'une des aptitudes personnelles que l'on devrait rencontrer

²⁰²² P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 80 et s.

²⁰²³ Dans ce sens, voir : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 80 ; et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 55.

²⁰²⁴ Voir C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 34 et 45. Il faut dire que M. GÓMEZ-JARA DÍEZ réalise cette corrélation fonctionnelle autant entre la capacité d'organisation de la personne morale et l'intelligence lucide de la personne physique, qu'entre la capacité d'organisation du groupement et la capacité d'action de l'être humain.

²⁰²⁵ Il faut dire que les promoteurs de cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements ne donnent plus d'explications par rapport à la manière exacte par le biais de laquelle cette capacité d'organisation permettrait la personne morale de saisir le caractère permis ou interdit de ses conduites. En effet, ils se limitent à énoncer que c'est par le biais de cette capacité d'organisation que le groupement aurait la compréhension du caractère illicite de ses actions ou omissions.

²⁰²⁶ « L'imputabilité individuel et l'imputabilité des personnes morales ne sont pas égaux, mais elles ont une corrélation fonctionnelle, une correspondance de fonction » C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 29.

²⁰²⁷ « On ne parle pas d'un concept biopsychologique d'imputabilité, mais d'un concept d'imputabilité (fondé sur des notions sociales et juridiques) propre à la personne morale, lequel pourrait avoir l'appellation 'd'imputabilité à cause d'un défaut dans l'organisation de la personne morale' » J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 461. Voir également M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 139-140.

chez la personne morale pour que cette nouvelle notion d'imputabilité puisse être accomplie à son égard. Cependant, cette aptitude ne serait pas la seule composante de ce nouveau concept d'imputabilité spécifique aux êtres collectifs. Cette assertion est possible puisqu'à côté de cette capacité d'organisation, la personne morale devrait également avoir une liberté d'organisation pour devenir pénalement responsable.

230. Une liberté d'organisation. En second lieu, le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements serait également composé par l'idée d'une liberté que la personne morale possède pour organiser sa structure de fonctionnement et sa culture de gestion de la manière qui lui convient. En effet, cette liberté d'organisation du groupement trouverait son origine dans une incapacité de l'État à discipliner tous les contours de l'activité d'une entreprise²⁰²⁸. Étant donné le fait que le fonctionnement d'une personne morale est parfois très complexe, en raison de l'existence de diverses procédures d'exploitation, l'État ne pourrait jamais régler avec justesse la façon d'être de la structure de fonctionnement et la culture de gestion d'un groupement²⁰²⁹. De ce fait, face à cette incapacité de l'État, il existerait une « marge de liberté » dans le cadre de laquelle la personne morale pourrait organiser son activité sociale comme elle le souhaite²⁰³⁰. Pour cette raison, on rencontrerait chez les groupements une liberté d'organisation, c'est-à-dire une aptitude qui leur permettrait d'organiser leur structure de fonctionnement et leur culture de gestion selon leurs envies et leurs besoins.

Dans ce contexte, dans l'exercice de cette liberté d'organisation, la personne morale pourrait établir la teneur de son organisation de plusieurs manières²⁰³¹. D'un côté, elle pourrait bien organiser son activité, en ayant une structure de fonctionnement irréprochable et une culture de gestion ne permettant pas l'accomplissement d'infractions au sein du groupement. D'un autre côté, l'être collectif pourrait mal organiser son activité, en ayant une structure de fonctionnement défectueuse²⁰³² et une culture de gestion qui favorise la réalisation d'actes illicites au sein de la personne morale²⁰³³. Face à ces différentes hypothèses, le groupement disposerait donc de la possibilité de choisir entre s'imposer une organisation respectueuse des valeurs protégées ou avoir

²⁰²⁸ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 169.

²⁰²⁹ Voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 84.

²⁰³⁰ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 37.

²⁰³¹ Dans ce sens, voir J. COSTA, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos*, p. 510.

²⁰³² « En effet, ces éléments sont susceptibles de démontrer que cette gestion tend à la réalisation de l'infraction considérée (...) l'organisation fonctionnelle de la personne morale la pousse à commettre l'infraction » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 288.

²⁰³³ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 10. Voir également M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 140.

une organisation qui méprise les normes pénales²⁰³⁴. Par conséquent, grâce à cette possibilité de choisir, on rencontrerait chez le groupement une sorte de liberté d'organisation, laquelle le rendrait capable d'opter entre l'interdit et le permis dans l'établissement de sa structure de fonctionnement et de sa culture de gestion.

Dans ce contexte, on aurait également une correspondance fonctionnelle entre, d'un côté, l'idée d'une volonté techniquement libre chez l'homme et, d'un autre côté, l'idée d'une liberté d'organisation chez la personne morale. En effet, ces deux idées nous amèneraient au fait que l'on doit toujours rencontrer chez le délinquant une aptitude à choisir entre le permis et l'interdit pour qu'on puisse le rendre coupable d'une infraction, c'est pourquoi on aurait une correspondance fonctionnelle entre ces deux idées. Toutefois, nonobstant cette correspondance, ces idées n'auraient pas la même nature. Tandis que l'aptitude à avoir une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction serait liée à certaines caractéristiques biopsychologiques de l'être humain, lesquelles ne pourraient pas se rencontrer chez les personnes morales, l'aptitude à avoir une liberté d'organisation serait liée au management du groupement²⁰³⁵, c'est-à-dire qu'elle serait liée à une caractéristique personnelle que l'on pourrait rencontrer chez les êtres collectifs. De toute façon, malgré cette différence de nature, on rencontrerait quand même une correspondance fonctionnelle entre ces deux idées.

231. Une notion d'imputabilité avec un nouveau contenu. En tout état de cause, par le biais d'un mouvement de création on a donc changé le contenu de la notion d'imputabilité pour le rendre compatible avec la nature désincarnée des groupements, en créant une nouvelle notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs. D'une part, l'idée d'une intelligence lucide, spécifique aux personnes physiques et inconciliable avec les personnes morales, a été remplacée par celle d'une capacité d'organisation, c'est-à-dire par une aptitude personnelle qui, même à défaut de certaines caractéristiques biopsychologiques, pourrait exister chez le groupement. D'autre part, l'idée d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction a été substituée par celle d'une liberté d'organisation, une aptitude personnelle également conciliable avec la nature désincarnée des êtres collectifs. De ce fait, en ayant une capacité et une liberté d'organisation, la personne morale pourrait finalement avoir les aptitudes personnelles exigées par le concept d'imputabilité, de sorte

²⁰³⁴ Ainsi, le groupement aurait la possibilité de choisir entre respecter ou non les lois pénales dans le cadre de ses activités. Ou, autrement dit, de choisir entre le permis et l'interdit dans le cadre de son fonctionnement.

²⁰³⁵ Sur ce thème, voir M. BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 31.

qu'elle pourrait faire l'objet d'un jugement de reproche effectué par l'ordre juridique à son encontre²⁰³⁶.

232. Un jugement de reproche avec des contours et des fondements différents. Toutefois, en raison du contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité, le jugement de reproche effectué par l'ordre juridique à l'encontre des groupements n'aurait pas les mêmes contours et le même fondement que celui réalisé à l'encontre des personnes physiques.

En ce qui concerne les contours de ce jugement de reproche, dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité, on devrait blâmer la personne morale à chaque fois qu'elle aurait fait un mauvais usage de sa capacité et de sa liberté d'organisation ; c'est-à-dire, toutes les fois où elle aurait fondé une structure de fonctionnement défailante et une culture de gestion favorisant l'accomplissement d'infractions par ses organes ou représentants pour son compte²⁰³⁷. Par conséquent, au lieu d'être poursuivie pour avoir accompli une infraction de manière consciente et délibérée, la personne morale serait blâmée en raison du fait que l'infraction réalisée par son organe ou représentant serait la conséquence d'une défaillance structurelle dans son organisation, laquelle prouve que sa culture de gestion est tournée vers le non-respect de la loi²⁰³⁸.

Dans ce contexte, ce serait parce que la personne morale aurait établi une structure de fonctionnement vicieuse, laquelle est à l'origine de l'infraction accomplie par son organe ou représentant qu'elle serait appréhendée par le droit pénal²⁰³⁹. Cette structure défailante existerait, par exemple, lorsque l'orientation donnée aux activités de l'entreprise²⁰⁴⁰, la gestion du management ou la politique commerciale suivie par la personne morale inciterait à la réalisation d'infractions par ses organes ou représentants²⁰⁴¹. Par ailleurs, elle pourrait exister également

²⁰³⁶ Voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79.

²⁰³⁷ Voir *Idem*, p. 81.

²⁰³⁸ « On propose de plus en plus une responsabilité pénale originaire de la personne morale. Afin de répondre au principe de culpabilité on réclame une culpabilité collective de l'organisation en tant que responsabilité spécifique de la personne morale (...) Ici il ne s'agit plus d'un parallèle au droit pénal individuel, mais il s'agit de la responsabilité pour les fautes dans les procédés collectifs de décision. Ainsi, on se sépare pourtant de la base du droit pénal actuellement en vigueur, tout en cherchant un nouveau fondement qui ne soit plus basé sur une éthique individuelle mais sur une éthique collective » G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 284-285. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

²⁰³⁹ « Il s'agit ici d'examiner le fonctionnement au jour le jour de la personne morale, de voir comment elle est gérée. Le juge pénal devra donc rechercher de quelle façon la vie de l'être moral se déroule. En effet, ces éléments sont susceptibles de démontrer que cette gestion tend à la réalisation de l'infraction considérée (...) l'examen de ces différents éléments peut montrer que cette gestion pousse à la commission de certaines infractions » J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 288.

²⁰⁴⁰ « On dira ainsi que la faute réside dans l'orientation donnée aux activités » C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 447.

²⁰⁴¹ « Cette faute de la seule personne morale se définirait comme celle ayant permis ou favorisé la commission d'un fait générateur par le dirigeant. La faute de la personne morale serait plus précisément caractérisée chaque fois que la politique commerciale ou sociale suivie par la personne morale ou encore son organisation défectueuse auraient joué un rôle dans la commission de l'infraction. Par exemple, un homicide involontaire peut avoir été causé parce que l'entreprise n'a pas

quand le groupement n'aurait pas pris toutes les mesures d'organisation nécessaires pour avoir une structure de fonctionnement irréprochable et ainsi éviter la réalisation des actes illicites²⁰⁴². De toute manière, dans un cas comme dans l'autre, ce ne serait que dans la mesure où l'on pourrait expliquer l'accomplissement d'une infraction par le biais d'un défaut structurel de la personne morale que l'on pourrait faire un jugement de reproche à son encontre²⁰⁴³, puisqu'un groupement devrait être blâmé par le droit pénal seulement lorsqu'il aurait fait un mauvais usage de sa capacité et de sa liberté d'organisation²⁰⁴⁴.

De ce fait, le fondement du jugement de reproche prononcé à l'encontre de la personne morale ne serait pas l'acte illicite réalisé par son organe ou représentant, mais serait l'existence chez l'être collectif d'un défaut structurel, lequel atteste du fait que la culture de gestion de l'entreprise est tournée vers le non-respect de la loi. Autrement dit, le blâme adressé au groupement serait assis sur l'idée que la personne morale n'a pas su organiser correctement son activité, qu'elle a développé une structure de fonctionnement défectueuse, laquelle est à l'origine de l'infraction accomplie par son organe ou représentant pour son compte²⁰⁴⁵. Par conséquent, au lieu d'être fondé sur l'acte illicite lui-même²⁰⁴⁶, le jugement de reproche réalisé à l'encontre des groupements serait fondé sur la présence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de l'être collectif, lequel atteste du fait que la culture de gestion de l'entreprise est tournée vers le non-respect de la loi²⁰⁴⁷.

233. En définitive, une nouvelle notion d'imputabilité. En définitive, on pourrait conclure que pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales, certains auteurs ont alors proposé l'élaboration d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux groupements.

employé les moyens suffisants à la protection des salariés. De même une pollution peut être imputable à la société lorsqu'elle résulte d'une décision de restriction budgétaire » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 101.

²⁰⁴² « Quand un accident survient dans une entreprise, c'est généralement parce que des mesures de sécurité adéquates n'ont pas été prises. Le Président D'Haenes attribue une pareille défaillance à l'organisation de l'entreprise même plutôt qu'à des fautes ou à des imprudences directement imputables à telle ou telle personne déterminée » C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 153. Voir également J. D'HAENENS, *Sanctions pénales et personnes morales (en droit belge)*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976, p. 740.

²⁰⁴³ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 286.

²⁰⁴⁴ « En fondant la responsabilité de la personne morale sur sa propre culpabilité, déterminée par rapport à une organisation et à une culture corporative (...) dans les systèmes influencés par la théorie des organisations, les éléments liés à l'organisation de l'entreprise peuvent être pris en considération, comme on l'a vu, au stade de la décision sur la culpabilité » C. MAURO, *op. cit.*, p. 79. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

²⁰⁴⁵ « En effet, si la personne morale avait correctement surveillé et organisé l'exploitation de l'activité, la personne physique n'aurait pas pu commettre cette faute » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 117.

²⁰⁴⁶ « Les manquements qui leur étaient reprochés relevant essentiellement de défaillances structurelles » J.-Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 385.

²⁰⁴⁷ A. COEURET, *op. cit.*, p. 306.

Ce concept aurait deux caractéristiques qui le distingueraient de la notion d'imputabilité spécifique aux personnes physiques. En premier lieu, son contenu. Au lieu des idées d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction, cette nouvelle notion serait composée des idées d'une capacité d'organisation et d'une liberté d'organisation qui existent chez la personne morale. En second lieu, les contours et le fondement du jugement de reproche qu'il propose. En ce qui concerne les contours, au lieu de corriger la personne morale parce qu'elle a accompli une infraction de manière consciente et délibérée, cette notion la blâmerait parce que le groupement aurait fait un mauvais usage de sa capacité et de sa liberté d'organisation. En ce qui concerne son fondement, au lieu de fonder le jugement de reproche destiné aux personnes morales sur l'infraction elle-même, cette nouvelle notion d'imputabilité le fonderait sur l'existence d'un défaut structurel chez l'être collectif, lequel atteste du fait que sa culture de gestion soit tournée vers le non-respect de la loi.

Les caractéristiques de cette nouvelle notion d'imputabilité nous amènent alors à une interrogation : cette nouvelle notion d'imputabilité impliquerait-elle aussi de nouvelles conditions d'imputabilité et de nouvelles causes de non-imputabilité propres aux groupements ? Pour répondre à cette question on doit, en premier lieu, étudier les différentes théories qui ont tenté d'expliquer le contenu de ce nouveau concept d'imputabilité spécifique aux personnes morales. Cette étude préliminaire est nécessaire puisque c'est par le biais de cette analyse que l'on pourra déduire les nouvelles conditions d'imputabilité et la nouvelle cause de non-imputabilité suggérées dans le cadre de cette proposition (§2).

§2) Plusieurs théories pour expliquer le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité

234. Plusieurs théories relatives à ce thème. En Allemagne et en Espagne notamment, plusieurs théories travaillent avec l'idée d'une notion d'imputabilité propre aux groupements²⁰⁴⁸. Si on analyse l'ensemble de ces théories, on constate qu'il existe une espèce d'évolution conceptuelle entre elles, de sorte que l'on peut en déduire que chacune de ces doctrines a contribué à sa manière à l'élaboration d'une nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements, dont le contenu serait composé des idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation chez les personnes morales²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁸ Voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 155 et s.

²⁰⁴⁹ Sur ce thème, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 78 et s.

235. Une notion d'imputabilité collective, distincte de celle des personnes physiques. Dans ce contexte, la première théorie qui participe à l'élaboration d'un concept d'imputabilité propre aux êtres collectifs est celle qui a été conçue par BUSCH²⁰⁵⁰. Cet auteur allemand a été le premier à dégager une notion d'imputabilité spécifique aux groupements²⁰⁵¹. Selon lui, l'imputabilité chez les personnes morales serait composée du résultat de l'addition des imputabilités individuelles des personnes physiques qui ont participé à l'infraction du groupement. Toutefois, le résultat de cette addition n'équivaudrait pas au contenu exact de l'imputabilité de chacun des membres de l'être collectif, mais il formerait une nouvelle imputabilité, propre au groupement, laquelle pourrait être qualifiée « d'esprit normatif collectif » (*normativeverbandsgeist*). Dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité, la personne morale devrait être appréhendée par le droit pénal chaque fois que son « esprit normatif collectif » créerait une « ambiance corporative » qui inciterait les personnes physiques à accomplir des infractions (*verbanddelikt*). Sans théoriser plus que cela, BUSCH a fini par créer une doctrine assez simple et perfectible pour expliquer cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux personnes morales. Tout d'abord, sa théorie n'expliquait pas en quoi consisterait exactement cet esprit normatif collectif de l'être moral. Ensuite, elle ne précisait également pas en quoi « l'ambiance corporative » pourrait inciter les personnes physiques à accomplir des infractions²⁰⁵².

Toutefois, nonobstant ses imperfections, la doctrine de BUSCH a joué un rôle important dans l'élaboration d'une nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux personnes morales. Cette assertion est possible puisque cette théorie est le premier effort doctrinal ayant pour objectif la création d'une nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements et différente de celle des personnes physiques²⁰⁵³. Pour cette raison, depuis BUSCH les juristes se sont rendus compte qu'ils pouvaient créer un nouveau concept d'imputabilité spécifique aux personnes morales au lieu de nier la responsabilité pénale des groupements. Dans le cadre de ce mouvement de création, la

²⁰⁵⁰ R. BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbaende*, Leipzig, Weicher, 1933, p. 181.

²⁰⁵¹ Avant BUSCH, on rencontre la théorie de HAFTER sur ce thème (E. HAFTER, *Die Delikts-und Straffähigkeit der Personenverbänden*, Berlin, Springer, 1903). Cependant, à notre avis, cette théorie essaye d'expliquer non pas l'existence d'une imputabilité propre aux personnes morales, mais plutôt l'existence d'une volonté réelle chez les groupements. Pour cette raison, toujours à notre avis, la théorie de BUSCH a été la première à concevoir une notion d'imputabilité propre aux personnes morales. Dans le sens contraire, voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 156.

²⁰⁵² D'autres critiques sur cette théorie, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 79. On va étudier *infra* (n° 254 et s.) les critiques que l'on peut adresser à cette nouvelle notion d'imputabilité fondée sur l'idée d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement.

²⁰⁵³ Premier effort, bien étendu, dans le cadre de ce concept d'imputabilité fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation de la personne morale.

théorie qui a rendu plus claire et précise la nouvelle notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs dégagée par BUSCH est celle de M. TIEDMANN²⁰⁵⁴.

236. Une imputabilité fondée sur une capacité et une liberté d'organisation. La théorie de M. TIEDMANN est à l'origine de la création d'une notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation de la personne morale²⁰⁵⁵. En effet, M. TIEDMANN a établi les principaux éléments théoriques qui seront plus tard utilisés par d'autres penseurs pour expliquer cette nouvelle notion d'imputabilité dont le jugement de reproche est fondé sur l'existence d'un défaut dans l'organisation du groupement²⁰⁵⁶.

Selon cette doctrine, le droit pénal devrait sanctionner la personne morale chaque fois que l'infraction accomplie par son organe ou représentant est la conséquence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement. Par conséquent, selon M. TIEDMANN, l'être collectif devrait être pénalement blâmé seulement lorsqu'il n'a pas correctement utilisé sa capacité et sa liberté d'organisation (*organisations verschulden*)²⁰⁵⁷; uniquement lorsqu'il n'a pas pris toutes les mesures d'organisation nécessaires pour avoir une structure de fonctionnement irréprochable, laquelle ne permettrait pas l'accomplissement d'actes illicites par ses organes ou représentants. Pour cette raison, dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité, le jugement de reproche effectué à l'encontre des groupements aurait pour fondement non pas l'infraction elle-même, mais une faute antérieure à l'accomplissement de cette infraction, à savoir : l'existence préliminaire d'un défaut structurel chez la personne morale, lequel aurait favorisé la réalisation d'une infraction par son organe ou représentant²⁰⁵⁸.

Dans ce contexte, pour expliquer pourquoi la personne morale pourrait être blâmée en raison d'une faute antérieure à l'accomplissement de l'acte illicite (*vorverschulden*), M. TIEDMANN utilisait la notion de l'*actio libera in causa* en droit pénal²⁰⁵⁹. Selon lui, l'imputabilité d'un délinquant est normalement constatée *in causa*, à savoir dans le temps de l'accomplissement de

²⁰⁵⁴ Voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 163.

²⁰⁵⁵ K. TIEDEMANN, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, in Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt: C. H. Beck, 1988, p. 1169 et s. Selon certains auteurs, c'est à partir du droit civil allemand que M. TIEDEMANN aurait conçu sa théorie, laquelle a été adaptée par lui au droit pénal. Voir dans ce sens M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 163.

²⁰⁵⁶ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 82. En Espagne, plusieurs auteurs vont adopter la théorie de TIEDEMANN. On peut citer par exemple M. ZULGADÍA ESPINAR (voir J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 440 et s.).

²⁰⁵⁷ K. TIEDEMANN, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, p. 1172.

²⁰⁵⁸ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 163.

²⁰⁵⁹ Voir : J. ZULGADIA ESPINAR, *op. cit.*, p. 461; et P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 76.

l'infraction²⁰⁶⁰. Toutefois, en ce qui concerne la personne morale, cette imputabilité serait appréciée à un moment antérieur à l'accomplissement de l'infraction, plus précisément au moment où le groupement a employé sa capacité et sa liberté d'organisation pour organiser sa structure de fonctionnement²⁰⁶¹. Pour cette raison, puisque le fondement du jugement de reproche réalisé à l'encontre des personnes morales serait une faute accomplie à un moment antérieur à la réalisation de l'infraction, on devrait utiliser la notion de *actio libera in causa* pour expliquer pourquoi on pourrait réprimander la personne morale en raison d'un défaut dans sa structure de fonctionnement (faute antérieure) et non pas en raison de l'infraction elle-même (conséquence de la faute antérieure).

Quoi qu'il en soit, par le biais de sa théorie M. TIEDMANN est le premier penseur à énoncer des caractéristiques plus précises à cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements. Cette assertion est possible puisqu'au sein de sa doctrine on rencontre déjà les composantes de cette nouvelle notion d'imputabilité. D'un côté, l'idée d'une capacité d'organisation. De l'autre côté, l'idée d'une liberté d'organisation. Par ailleurs, M. TIEDMANN a commencé à préciser les contours et le fondement du jugement de reproche qui devrait être réalisé à l'encontre de la personne morale dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité²⁰⁶². Par conséquent, sa doctrine a été très importante dans le développement de ce nouveau concept d'imputabilité spécifique aux groupements.

Toutefois, la doctrine de M. TIEDMANN n'a pas échappé aux critiques, notamment en raison du fait qu'elle ne prévoyait clairement ni les conditions d'imputabilité, ni les causes de non-imputabilité propres aux personnes morales²⁰⁶³. De ce fait, des auteurs ont fait remarquer que la théorie de M. TIEDMANN établissait en définitive une responsabilité pénale objective des groupements, principalement parce qu'au sein de sa doctrine l'être moral demeurerait pénalement responsable quand bien même il serait en mesure de démontrer l'excellence de son organisation²⁰⁶⁴. Pour cette raison, cette théorie va être perfectionnée par d'autres études relatives au thème.

²⁰⁶⁰ En ce qui concerne la notion de *actio libera in causa*, voir C. ROBACZEWSKI, *Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale*, thèse Lille, 2002.

²⁰⁶¹ L. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, p. 499.

²⁰⁶² On dit qu'il a « commencé » à préciser parce que M. TIEDMANN ne travaillait pas encore avec l'idée d'une « culture de gestion » chez l'être collectif, laquelle va également composer les contours et les fondements de ce jugement de reproche réalisé dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements.

²⁰⁶³ Dans ce sens, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 83.

²⁰⁶⁴ Dans ce sens, voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 166.

237. L'idée d'une culture de gestion de l'entreprise. Après coup, la doctrine allemande notamment avec les études d'EHRHARDT²⁰⁶⁵, LAMPE²⁰⁶⁶ et HEINE²⁰⁶⁷, va ajouter l'idée d'une culture de gestion à cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux personnes morales. Aux termes de cette idée, le groupement devrait devenir pénalement responsable à chaque fois que le vice organisationnel à l'origine de l'infraction pourrait attester du fait que la culture de gestion de l'entreprise est tournée vers le non-respect de la loi²⁰⁶⁸. Pour cette raison, pour savoir si une personne morale est ou non coupable d'une infraction, on devrait analyser non seulement le fait illicite et le défaut organisationnel à son origine, mais on devrait également examiner la « personnalité organisationnelle » du groupement, afin de savoir si l'être collectif possède ou non une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi²⁰⁶⁹.

Dans ce contexte, lorsque la personne morale a une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi, elle doit être sanctionnée, car sa « philosophie corporative » est critiquable à l'égard du droit pénal²⁰⁷⁰. Toutefois, lorsque sa culture de gestion n'est pas tournée vers le non-respect de la loi, la personne morale doit rester pénalement irresponsable. Cette dualité de possibilités dans le cadre de cette théorie, a permis alors à la doctrine de penser qu'autant l'idée d'un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale, que celle d'une culture de gestion au sein de l'entreprise pourraient être, au fond, des conditions d'imputabilité propres aux êtres collectifs. Par conséquent, en raison de cette pensée, on a pu conclure que cette nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements avait non seulement un nouveau contenu, mais elle avait aussi une nouvelle structure, possédant également des conditions d'imputabilité spécifiques aux personnes morales²⁰⁷¹.

Quoi qu'il en soit, s'il peut y avoir des conditions d'imputabilité propres aux groupements, peut-il également y avoir des causes de non-imputabilité conçues spécialement pour les personnes morales ?

²⁰⁶⁵ A. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US amerikanischem Recht*, Berlin : Dunker & Humblot, 1994, p. 186 et s.

²⁰⁶⁶ E. LAMP, *op. cit.*, p. 724 et s.

²⁰⁶⁷ G. HEINE, *New Developments in Corporate Criminal Liability, in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Vice versa*, St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998, p. 187-191.

²⁰⁶⁸ On pourrait faire un parallèle entre l'appellation « culture de gestion » et l'appellation « politique de gestion ». Étant donné qu'au sein du droit allemand et du droit espagnol presque tous les auteurs emploient l'appellation « culture de gestion », l'on a préféré garder cette dénomination.

²⁰⁶⁹ Sur le thème, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 80 et 81.

²⁰⁷⁰ Cette idée d'une « culture de gestion » sera beaucoup critiquée par la doctrine, car l'on pourrait penser que la personne morale est sanctionnée par le droit pénal non pas à cause d'un fait illicite, mais plutôt en raison de sa « personnalité ». Dans ce sens, voir : P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 81 ; et P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79. On va étudier *infra* (n° 254 et s.) les critiques que l'on peut adresser à ce nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales.

²⁰⁷¹ On va voir *infra* (n° 241) quelles sont les conditions d'imputabilité propres aux groupements proposées dans le cadre de cette doctrine.

238. Des causes de non-imputabilité propres aux groupements. Dans le cadre de cette évolution théorique, M. DANNECKER est le premier auteur à concevoir l'existence d'une cause de non-imputabilité propre aux êtres collectifs²⁰⁷². Selon lui, la notion d'imputabilité spécifique aux groupements serait différente de celle des personnes physiques, de sorte que l'on peut établir une distinction entre, d'un côté, une imputabilité individuelle (*individualschuld*) et, de l'autre côté, une imputabilité collective (*verbandsschuld*)²⁰⁷³.

Dans le cadre de cette imputabilité collective, la personne morale doit être appréhendée par le droit pénal chaque fois qu'elle n'a pas bien organisé sa structure de fonctionnement, en ayant une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi. Pour cette raison, *a contrario* de ce raisonnement, si la personne morale au cours de l'instance démontre qu'elle a bien organisé sa structure de fonctionnement, en ayant une culture de gestion propre à respecter la loi, le droit pénal n'aurait aucune raison de lui reprocher l'infraction accomplie par son organe ou représentant²⁰⁷⁴. Pour cette raison, la démonstration de l'existence d'une culture de gestion qui cherche à respecter la loi au sein de l'entreprise serait finalement une cause de non-imputabilité propre aux personnes morales, laquelle empêcherait l'ordre juridique de pouvoir faire un jugement de reproche à leur égard en raison du fait illicite accompli par leur organe ou représentant²⁰⁷⁵.

Ainsi, il nous semble donc que le principal mérite de la théorie de M. DANNECKER est celui de rendre la responsabilité pénale des groupements plus subjective, en prévoyant une cause de non-imputabilité spécifique à l'être moral, laquelle pourrait le rendre pénalement irresponsable dès lors qu'il démontre au cours de l'instance qu'il a mis en œuvre une culture de gestion propre à respecter les valeurs protégées par le droit pénal²⁰⁷⁶. C'est probablement pour cette raison que cette idée conçue par M. DANNECKER sera utilisée par M. GÓMEZ-JARA DÍEZ dans l'élaboration de sa doctrine sur ce nouveau concept d'imputabilité propre aux groupements.

239. La notion constructiviste d'imputabilité. En effet, parmi les théories qui ont pour but d'expliquer cette nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux personnes morales, la plus élaborée a été conçue au sein du droit pénal espagnol par M. GÓMEZ-JARA DÍEZ. La théorie « constructiviste

²⁰⁷² G. DANNECKER, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminal rechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, in *Goldammer's Archiv sür Strafrecht*, 2001, p. 112 et s. Voir également, G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 276 et s.

²⁰⁷³ G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 285.

²⁰⁷⁴ G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 47. Bien sûr, on rencontre l'origine de cette idée dans les études d'EHRHARDT, LAMPE et HEINE relativement à ce thème, mais M. DANNECKER est le premier penseur à apercevoir cette idée en tant que cause de non-imputabilité propre aux groupements.

²⁰⁷⁵ On va étudier cette cause de non-imputabilité plus en détails *infra* (n° 251).

²⁰⁷⁶ Dans le même sens, voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 162.

d'imputabilité »²⁰⁷⁷ utilise des éléments déjà employés par d'autres théories relatives à ce thème, mais elle le fait de manière plus sophistiquée en ajoutant à ces éléments de nouveaux composants²⁰⁷⁸.

Selon M. GÓMES-JARA DÍEZ, on devrait fonder le jugement de reproche réalisé à l'encontre d'une personne morale non seulement sur l'idée d'un défaut dans sa structure de fonctionnement, mais également sur l'idée d'une « mauvaise culture de gestion » de l'entreprise. De ce fait, pour caractériser l'imputabilité vis-à-vis d'une personne morale, le droit pénal doit procéder à une analyse de l'organisation de l'être collectif, afin de savoir quelle est la qualité de sa structure de fonctionnement et quelle est la teneur de sa culture de gestion²⁰⁷⁹. Cette analyse doit être réalisée par le droit pénal puisque seules les personnes morales qui ont une structure de fonctionnement défailante, une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi, peuvent être sanctionnées par l'ordre juridique²⁰⁸⁰. De ce fait, à l'instar d'autres auteurs, M. GÓMES-JARA DÍEZ reprend dans sa théorie l'idée d'un examen autant de la culture de gestion de l'entreprise, que de la structure de fonctionnement du groupement comme un critère pour savoir si la conduite d'une personne morale est ou non critiquable à l'égard du droit pénal²⁰⁸¹. Néanmoins, à cette idée cet auteur va ajouter deux nouvelles composantes, lesquelles apporteront une sorte d'originalité à sa doctrine.

En premier lieu, il va ajouter à cette idée la notion de « complexité organisationnelle ». En réalité, pour la théorie constructiviste, le degré de complexité de l'organisation de la personne morale est une nouvelle condition d'imputabilité propre aux êtres collectifs, de sorte qu'il convient de réaliser un examen de la complexité organisationnelle du groupement pour savoir si on peut ou non lui reprocher l'accomplissement d'un acte illicite²⁰⁸². En second lieu, il va également ajouter à cette idée la notion des « compliances programs ». En effet, pour la doctrine de M. GÓMES-JARA DÍEZ, l'existence d'un programme de conformité à l'intérieur de l'être moral serait un indice démontrant que l'être collectif possède une culture de gestion qui cherche à respecter la loi au sein de l'entreprise. Pour cette raison, la présence d'un programme de conformité à l'intérieur d'un groupement serait une cause de non-imputabilité propre aux personnes morales dans le cadre de cette doctrine²⁰⁸³. Somme toute, l'idée d'une complexité organisationnelle et celle d'un

²⁰⁷⁷ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁷⁸ Voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 83.

²⁰⁷⁹ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 12 et 13.

²⁰⁸⁰ *Idem*, p. 14.

²⁰⁸¹ Comme l'on verra *infra* (n° 241 et s.) ces idées vont composer la teneur des conditions d'imputabilité propres aux groupements.

²⁰⁸² C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 12.

²⁰⁸³ *Idem*, p. 84. On va étudier *infra* (n° 247 et s.) cette cause de non-imputabilité.

programme de conformité seraient ainsi les deux composantes à l'origine de la singularité de la théorie constructiviste de M. GÓMES-JARA DÍEZ.

240. Une évolution théorique. Quoi qu'il en soit, l'étude des différentes théories qui expliquent le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements nous permet de conclure qu'au fur et à mesure des auteurs ont développé différentes manières d'expliquer la raison pour laquelle on pourrait reprocher un acte illicite à l'égard d'une personne morale. Malgré les nuances propres à chaque théorie, il semblerait que toutes ces doctrines ont raisonné avec deux pensées. D'un côté, un concept d'imputabilité dont le contenu serait composé par les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation se retrouvant chez la personne morale. De l'autre côté, un concept d'imputabilité dont la structure serait composée des idées d'un défaut dans l'organisation du groupement et d'une culture de gestion de l'entreprise. Par le biais de cette similitude entre ces différentes théories, on peut déduire alors quelles sont les conditions d'imputabilité et la cause de non-imputabilité propres aux personnes morales qui composent la structure de ce nouveau concept d'imputabilité (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – La structure de cette nouvelle notion d'imputabilité

Cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements va alors avoir non seulement un nouveau contenu, mais également une nouvelle structure. Pour cette raison, dans le cadre de cette théorie, on rencontre autant des conditions d'imputabilité spécifiques aux personnes morales (§1), qu'une cause de non-imputabilité propre aux êtres collectifs (§2).

§1) Les conditions d'imputabilité propres aux personnes morales

241. Deux nouvelles conditions d'imputabilité. Depuis l'examen des différentes théories qui expliquent cette notion d'imputabilité propre aux personnes morales, on peut déduire qu'il existerait également des conditions d'imputabilité spécifiques aux groupements, lesquelles seraient différentes de celles relatives aux personnes physiques²⁰⁸⁴. De ce fait, l'accomplissement de la notion d'imputabilité n'aurait pas lieu de la même façon pour tous les

²⁰⁸⁴ « Une culpabilité distincte, autonome, la personne morale commettant sa propre faute rattachée à la même infraction, mais produit de sa structure, de son modèle de gouvernement » A. COEURET, *op. cit.*, p. 306. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

délinquants. D'un côté, pour les personnes physiques, on aurait trois conditions d'imputabilité²⁰⁸⁵. De l'autre côté, pour les personnes morales, on aurait deux conditions d'imputabilité. En premier lieu, l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement, lequel atteste du fait que sa culture de gestion est tournée vers le non-respect de la loi. En second lieu, la présence d'un degré de complexité organisationnel minimum au sein de l'entreprise.

242. Un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement. La première condition d'imputabilité propre aux groupements, laquelle est proposée par plusieurs théories qui concernent le thème, est celle de l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale²⁰⁸⁶. En effet, l'existence de ce défaut serait un prérequis pour l'imputabilité de l'infraction au groupement parce que ce vice organisationnel serait l'indice objectif qui démontrerait que l'être collectif aurait fait un mauvais usage de sa capacité et de sa liberté d'organisation, en mettant en œuvre une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi. Par conséquent, puisque la personne morale devrait être blâmée par le droit pénal pour n'avoir pas su employer correctement sa capacité et sa liberté d'organisation, l'existence d'une défaillance structurelle à l'origine de l'infraction accomplie par l'organe ou le représentant du groupement serait une condition d'imputabilité propre aux personnes morales, sans laquelle on ne pourrait pas faire de jugement de reproche à l'encontre de l'être collectif²⁰⁸⁷.

Pour cette raison, au moment de constater l'imputabilité de l'infraction à un groupement, le juge devrait vérifier la qualité de la structure de fonctionnement de la personne morale²⁰⁸⁸, afin d'examiner deux choses. En premier lieu, si cette structure de fonctionnement possède un défaut organisationnel, lequel atteste du fait que la culture de gestion du groupement est tournée vers le non-respect de la loi²⁰⁸⁹. En second lieu, si ce défaut organisationnel qui existe chez l'être collectif

²⁰⁸⁵ En ce qui concerne ces trois conditions d'imputabilité, voir *supra* (n° 189 et s.).

²⁰⁸⁶ Cette condition d'imputabilité est proposée directement ou indirectement par : K. TIEDEMANN, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, p. 1169 ; A. EHRHARDT, *op. cit.*, p. 186 ; E. LAMP, *op. cit.*, p. 724 ; G. HEINE, *op. cit.*, p. 187-191 ; G. DANNECKER, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminal rechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts*, p. 112 ; et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 24. Il faut dire qu'on rencontre des nuances entre ces différentes propositions. Cependant, nonobstant ces nuances, toutes ces théories travaillent directement ou indirectement avec l'idée d'un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale comme une condition d'imputabilité propre aux groupements.

²⁰⁸⁷ « Elle suppose en effet la preuve que chaque fait générateur est dû à la structure de l'entreprise ou à la politique de l'entreprise (...) si la personne morale avait correctement surveillé et organisé l'exploitation de l'activité, la personne physique n'aurait pas pu commettre cette faute » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 103 et 117. Voir également : J. ZULGÁLIA ESPINAR, *op. cit.*, p. 461 ; et C. MOULOUGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 153.

²⁰⁸⁸ C. MAURO, *op. cit.*, p. 79.

²⁰⁸⁹ « Cette faute de la seule personne morale se définirait comme celle ayant permis ou favorisé la commission d'un fait générateur par le dirigeant » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 5.

est à l'origine de l'infraction accomplie par son organe ou représentant pour son compte²⁰⁹⁰. En réalité, pour que cette nouvelle notion d'imputabilité puisse exister à l'égard du groupement, on devrait trouver un rapport de « cause à effet » entre, d'un côté, un défaut structurel constaté chez la personne morale et, de l'autre côté, l'acte illicite accompli par son organe ou représentant pour son compte²⁰⁹¹.

Par conséquent, dans la constatation de l'imputabilité d'une infraction à une personne morale, on pourrait aboutir à deux situations. D'un côté, on pourrait constater que dans la structure de fonctionnement du groupement il existe un défaut, lequel, en plus d'attester du fait que la culture de gestion de l'entreprise est tournée vers le non-respect de la loi, est à l'origine de l'acte illicite accompli par l'organe ou le représentant au nom de l'être collectif. De l'autre côté, on pourrait vérifier que l'organisation de la personne morale est irréprochable, de sorte qu'aucun défaut structurel existant chez le groupement n'est à l'origine de l'acte illicite accompli par son organe ou représentant pour son compte. Face à ces deux situations, ce n'est que dans la première que la personne morale pourrait devenir pénalement coupable de l'infraction accomplie par son organe ou représentant. En réalité, il n'y a que dans cette hypothèse que l'on pourra faire un jugement de reproche à l'encontre du groupement à cause du fait qu'il n'a pas su employer correctement sa capacité et sa liberté d'organisation²⁰⁹².

Par conséquent, dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs, l'accomplissement d'un acte illicite au sein d'un groupement pour le compte de celui-ci ne suffirait pas à le rendre pénalement coupable²⁰⁹³. En effet, pour que l'on puisse blâmer une personne morale dans le cadre de cette théorie, il serait nécessaire de démontrer également l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de l'être collectif, lequel doit être à l'origine de l'infraction accomplie par son organe ou représentant²⁰⁹⁴. Pour cette raison, la présence

²⁰⁹⁰ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 288.

²⁰⁹¹ C. MOULOUNGUI, *La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France*, p. 153.

²⁰⁹² « Les commentateurs les plus inventifs se demandent s'il est opportun de condamner une personne morale au seul motif que son organe a commis une infraction isolée, alors qu'elle est irréprochablement organisée, et que rien, dans sa structure, n'explique cet égarement ; et ils proposent de subordonner la responsabilité du groupement à une condition supplémentaire » J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22.

²⁰⁹³ « Il avait été affirmé parfois, en effet, que la responsabilité pénale des personnes morales exigerait, non seulement l'acte de l'organe mais, également, la faute personnelle de la personne morale qui répondrait de sa propre politique » G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 540. Quoi qu'il en soit, dans toutes les hypothèses, l'accomplissement d'un acte illicite est nécessaire pour rendre la personne morale pénalement responsable dans le cadre de cette théorie, de sorte que si le groupement a simplement une structure de fonctionnement défailante mais qui n'engendre cependant pas la réalisation d'un acte illicite par son organe ou représentant, il ne peut pas être sanctionné par le droit pénal. Autrement dit, on doit avoir à la fois une infraction et un défaut structurel pour rendre le groupement pénalement responsable. Dans ce sens, voir : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79 ; et L. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, p. 499.

²⁰⁹⁴ De ce fait, cette théorie nous invite à « fonder la responsabilité pénale des groupements sur la considération de leur politique générale, sur leurs habitudes, sur leur structure » J. H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p.

d'un vice organisationnel dans la structure de fonctionnement de la personne morale est une première condition d'imputabilité propre aux groupements, sans laquelle on ne pourrait pas blâmer la personne morale dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux êtres moraux²⁰⁹⁵.

Cependant, l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement ne serait pas la seule condition d'imputabilité propre aux êtres collectifs que l'on rencontrerait dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité. En effet, à côté de cette première condition, certains auteurs ont également proposé une seconde condition d'imputabilité spécifique aux personnes morales : l'existence d'une complexité organisationnelle minimum au sein de l'entreprise²⁰⁹⁶.

243. Une seconde condition d'imputabilité propre aux groupements. Cette seconde condition d'imputabilité a été proposée notamment dans le cadre de la théorie constructiviste de M. GÓMES-JARA DÍEZ. Pour cette raison, pour la comprendre, il convient d'abord d'étudier le fondement philosophique de cette théorie. Cette étude est nécessaire puisque c'est par le biais de ce fondement philosophique que M. GÓMES-JARA DÍEZ est parvenu à la conclusion selon laquelle la complexité de l'organisation d'une personne morale devrait être une seconde condition d'imputabilité propre aux groupements²⁰⁹⁷.

244. Détour sociologique. Pour créer sa théorie, M. GÓMES-JARA DÍEZ a été inspiré par la doctrine des « systèmes sociaux » laquelle a été pensée par le sociologue allemand LUHMANN²⁰⁹⁸. Cette doctrine a tenté d'étudier la formation des systèmes sociaux et notamment comment ces systèmes

20. Dans ce sens, voir également : G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 49 ; et L. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, p. 499.

²⁰⁹⁵ En effet, au sein des théories organisationnelles, la nature juridique du défaut structurel existant chez la personne morale n'est pas très claire. Cette assertion est possible puisque la plupart des auteurs utilisent cette idée autant au stade de la « qualification juridique », notamment en ce qui concerne la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction à l'égard des personnes morales, voir *supra* (n° 81), qu'au stade de l'imputabilité, notamment en ce qui concerne les conditions d'imputabilité propres aux groupements. Cette dualité par rapport à la nature juridique de cet élément nous permet de penser qu'il existerait dans la théorie organisationnelle un jeu de miroir parfait entre la « typicité » de l'infraction et l'imputabilité du groupement, de sorte que l'on rencontrerait les mêmes composantes dans ces deux éléments de la responsabilité pénale des personnes morales (voir dans ce sens, G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 47). Dans ce contexte, on pourrait se demander si la théorie organisationnelle ne serait pas à l'origine d'un enchevêtrement entre les concepts de « typicité » et « d'imputabilité » en ce qui concerne les personnes morales ? Quoi qu'il en soit, on va étudier *infra* (n° 254 et s.) les critiques qui peuvent être adressées à cette deuxième proposition.

²⁰⁹⁶ Comme l'on verra, cette condition d'imputabilité propre aux personnes morales a été proposée notamment par M. GÓMES JARA-DÍEZ.

²⁰⁹⁷ Sur le thème voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79.

²⁰⁹⁸ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 168.

peuvent se différencier de leur environnement²⁰⁹⁹. Selon LUHMANN, les systèmes sociaux possèdent ce qu'on peut appeler d'une « capacité d'autoréférence interne », c'est-à-dire une aptitude qui leur permettrait d'avoir une « auto-image » d'eux-mêmes²¹⁰⁰. De ce fait, par le biais de cette capacité d'autoréférence interne, ces systèmes sociaux peuvent utiliser récursivement leur auto-image pour la graver dans leur structure de fonctionnement, en se distinguant ainsi de leur environnement²¹⁰¹. Dans ce contexte, la différence entre un système social et son environnement résiderait justement dans le fait que l'on pourrait rencontrer dans la structure de fonctionnement de ce système une allusion à l'auto-image qu'il possède de lui-même. Pour cette raison, l'existence d'une capacité d'autoréférence interne chez un système social serait fondamentale pour que ce système puisse se distinguer de son environnement.

Cependant, cette capacité d'autoréférence interne n'existerait pas de la même manière dans tous les systèmes sociaux. D'un côté, on pourrait avoir un système social dont l'organisation est complexe. Dans ce cas, la capacité d'autoréférence interne de ce système sera très développée, de sorte qu'il aura déjà établi une auto-image de lui-même. Dans cette hypothèse, ce système social pourrait utiliser récursivement sa capacité d'autoréférence interne pour organiser ses activités sociales, en ayant l'aptitude de graver dans sa structure de fonctionnement son auto-image. De l'autre côté, on pourrait avoir également un système social dont l'organisation est simple. Dans ce cas, la capacité d'autoréférence interne de ce système ne sera pas très développée, raison pour laquelle ce système n'aura pas encore établi une auto-image de lui-même. Dans cette hypothèse, ce système social ne pourra pas utiliser récursivement sa capacité d'autoréférence interne pour organiser ses activités sociales, de sorte qu'il n'aura pas l'aptitude de graver son auto-image dans sa structure de fonctionnement²¹⁰². Face à ces deux possibilités, on devrait conclure que les systèmes sociaux dont l'organisation est complexe peuvent se distinguer de leur environnement, tandis que les systèmes sociaux dont l'organisation est simple ne le peuvent pas.

Cette distinction élaborée au sein de la doctrine de LUHMANN sera par la suite utilisée par M. GÓMES-JARA DÍEZ dans l'établissement d'une nouvelle condition d'imputabilité propre aux groupements. Selon cette nouvelle condition d'imputabilité, on devrait toujours analyser la complexité de l'organisation d'une personne morale pour savoir si le groupement peut ou non

²⁰⁹⁹ N. LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas*, Petrópolis : Vozes, 2009. Lorsque LUHMANN utilise l'expression « environnement » il fait référence également aux personnes physiques qui composent le système social.

²¹⁰⁰ Pour mieux comprendre ce raisonnement, on pourrait faire un parallèle entre l'idée d'une « personnalité » chez les personnes physiques et l'idée d'une « auto-image » chez les personnes morales, de sorte qu'il y aurait une correspondance entre ces deux idées.

²¹⁰¹ Voir L. RODRIGUES et F. NEVES, *Niklas Luhmann : a sociedade como sistema*, Porto Alegre : Edipucrs, 2012, p. 79.

²¹⁰² P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 80 et 83.

devenir pénalement coupable d'une infraction accomplie par son organe ou représentant pour son compte.

245. La complexité de l'organisation de la personne morale comme une condition d'imputabilité. En effet, dans sa théorie M. GÓMEZ-JARA DÍEZ énonce, tout d'abord, qu'un groupement est lui aussi un système social, raison pour laquelle on pourrait utiliser la théorie de LHUMANN à l'égard des personnes morales. Ensuite, ce penseur précise que l'on devrait remplacer les concepts d'une « capacité d'autoréférence interne » et celui d'une « auto-image », respectivement par les concepts d'une « capacité d'organisation » et celui d'une « culture de gestion », de sorte qu'une fois ces aménagements réalisés on pourrait utiliser la pensée de LHUMANN dans le cadre de la responsabilité pénale des groupements pour expliquer cette nouvelle condition d'imputabilité propre aux êtres collectifs²¹⁰³.

Comme on l'a vu²¹⁰⁴, au sein de ce nouveau concept d'imputabilité spécifique aux groupements, on devrait blâmer la personne morale dans la mesure où le défaut structurel à l'origine de l'infraction atteste du fait que sa culture de gestion est tournée vers le non-respect de la loi. Cette culture de gestion de la personne morale serait alors le résultat d'une capacité d'organisation que le groupement possède pour établir les contours de son modèle de management et les particularités de son administration. De ce fait, grâce à cette capacité d'organisation qu'il détient le groupement peut établir sa culture de gestion, en ayant l'aptitude de la graver dans sa structure de fonctionnement. Toutefois, cette capacité d'organisation qui rend l'être collectif capable d'établir sa culture de gestion n'existerait pas avec la même intensité chez toutes les personnes morales²¹⁰⁵.

D'un côté, on rencontrerait des êtres collectifs dont l'organisation est complexe. Dans cette hypothèse, la personne morale aurait une capacité d'organisation très développée, de sorte qu'elle aurait déjà établi sa culture de gestion, en pouvant la graver dans sa structure de fonctionnement²¹⁰⁶. De l'autre côté, on rencontrerait des êtres collectifs dont l'organisation est simple. Dans cette hypothèse, la personne morale n'aurait pas de capacité d'organisation très développée, de sorte qu'elle n'aurait pas encore établi sa culture de gestion et, de ce fait, elle ne pourrait pas la graver dans sa structure de fonctionnement²¹⁰⁷.

²¹⁰³ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁰⁴ Voir *supra* (n° 232).

²¹⁰⁵ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 24.

²¹⁰⁶ *Idem*, p. 35.

²¹⁰⁷ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79 et 80.

Dans ce contexte, tandis que chez les personnes morales dont l'organisation est complexe il serait possible de constater le fait que le défaut structurel à l'origine de l'infraction atteste d'une culture de gestion du groupement tournée vers le non-respect de la loi, chez les personnes morales dont l'organisation est simple cette constatation ne serait pas possible. En réalité, en raison de leur faible capacité d'organisation, les personnes morales dont l'organisation est simple n'auraient pas encore établi leur culture de gestion. De ce fait, à défaut d'avoir une culture de gestion, il ne serait jamais possible de constater chez ces groupements le fait que le défaut structurel à l'origine de l'infraction atteste d'une culture de gestion du groupement tournée vers le non-respect de la loi. Par conséquent, tandis que l'on pourrait faire un jugement de reproche à l'égard des groupements dont l'organisation est complexe, on ne pourrait jamais procéder à un tel jugement de reproche vis-à-vis des personnes morales dont l'organisation est simple, puisque ces êtres collectifs n'auraient pas encore de culture de gestion établie, de sorte que l'on ne pourrait pas savoir si leur culture de gestion est ou non tournée vers le non-respect de la loi.

Pour cette raison, dans l'établissement de l'imputabilité d'une infraction à une personne morale, on devrait toujours prendre en considération la complexité de son organisation²¹⁰⁸, de sorte que l'existence d'un degré de complexité organisationnel minimum au sein de l'entreprise serait une nouvelle condition d'imputabilité propre aux groupements²¹⁰⁹. Dans ce contexte, tandis que les personnes morales dont l'organisation est complexe pourraient accomplir cette nouvelle condition d'imputabilité, les groupements dont l'organisation est simple ne le pourraient pas²¹¹⁰. Au fond, cette distinction au sein des personnes morales existerait parce que seuls les êtres collectifs dont l'organisation est complexe auraient déjà établi leur culture de gestion, laquelle serait déjà gravée dans leur structure de fonctionnement. De ce fait, il n'y a qu'à l'égard de ce genre de personne morale que l'on pourrait constater si le défaut structurel à l'origine de l'infraction atteste ou non de l'existence d'une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi au sein de l'entreprise²¹¹¹. Par conséquent, seuls les groupements dont l'organisation est complexe pourraient accomplir cette nouvelle condition d'imputabilité et faire ainsi l'objet d'un jugement de reproche réalisé par le droit pénal.

Dans ce contexte, on pourrait faire un parallèle entre cette condition d'imputabilité propre aux groupements et l'idée d'une capacité de discernement comme condition d'imputabilité chez

²¹⁰⁸ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 12 et 13.

²¹⁰⁹ *Idem*, p. 29.

²¹¹⁰ *Idem*, p. 35.

²¹¹¹ *Idem*, p. 13.

les personnes physiques²¹¹². En réalité, de façon similaire aux personnes physiques, les personnes morales devraient atteindre un certain degré minimum d'organisation pour aboutir leur capacité d'organisation et ainsi pouvoir établir leur culture de gestion²¹¹³. De cette manière, à l'exemple des personnes physiques qui n'ont pas encore atteint l'âge de la raison, les personnes morales dont l'organisation est simple ne pourraient pas être pénalement responsables. Toutefois, à l'instar des personnes physiques qui possèdent déjà une maturité suffisante pour avoir une capacité de discernement, les personnes morales dont l'organisation est complexe pourraient devenir pénalement responsables, car elles auraient déjà une capacité d'organisation suffisante pour établir leur culture de gestion, en la gravant dans leur structure de fonctionnement²¹¹⁴.

246. Des conditions d'imputabilité propres aux personnes morales. En définitive, dans le cadre de ce mouvement de création d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales, on aurait donc deux nouvelles conditions d'imputabilité spécifiques aux groupements. En premier lieu, l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale, lequel atteste du fait que sa culture de gestion est tournée vers le non-respect de la loi. En second lieu, la présence d'une complexité organisationnelle minimum au sein de l'entreprise. L'accomplissement de ces deux conditions serait alors nécessaire pour que l'on puisse reprocher un acte illicite à une personne morale, de sorte que si ces exigences ne sont pas remplies l'être collectif devrait rester pénalement irresponsable²¹¹⁵.

Somme toute, le droit pénal aurait ainsi deux notions d'imputabilité différentes. Une propre aux personnes physiques, l'autre spécifique aux personnes morales²¹¹⁶. En ce qui concerne les personnes physiques, cette notion serait liée à deux caractéristiques biopsychologiques du délinquant. D'un côté, l'idée d'une intelligence lucide. De l'autre côté, l'idée d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction. Dans ce contexte, pour qu'une personne physique puisse devenir pénalement responsable, elle devrait remplir trois conditions d'imputabilité. En premier lieu, elle devrait avoir une capacité de discernement. En deuxième lieu, elle devrait avoir conscience du caractère illicite de son comportement. En troisième lieu, elle devrait être dotée d'une aptitude à résister à l'infraction. En ce qui concerne les groupements, la notion d'imputabilité aurait d'autres contours. Tout d'abord, elle serait fondée sur deux caractéristiques liées au

²¹¹² Sur ce thème, voir *supra* (n° 190).

²¹¹³ Voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 80.

²¹¹⁴ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 55 et 62.

²¹¹⁵ *Idem*, p. 45.

²¹¹⁶ G. YACOBUCCI, *op. cit.*, p. 22.

management de la personne morale. D'un côté, l'idée d'une capacité d'organisation. De l'autre côté, l'idée d'une liberté d'organisation²¹¹⁷. Ensuite, elle proposerait deux conditions d'imputabilité spécifiques aux groupements. En premier lieu, l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de l'être collectif, lequel atteste d'une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi. En second lieu, la présence d'une complexité organisationnelle minimum au sein de l'entreprise²¹¹⁸.

Ainsi, ni le contenu de la notion d'imputabilité, ni les conditions d'imputabilité ne seraient les mêmes pour les personnes physiques et pour les personnes morales. De ce fait, il est intéressant de se demander si ce mouvement de création d'une nouvelle notion d'imputabilité implique également une nouvelle cause de non-imputabilité propre aux êtres collectifs (§2) ?

§2) Une cause de non-imputabilité propre aux personnes morales

247. L'existence d'une cause de non-imputabilité spécifique aux groupements. Toujours dans le cadre de ce mouvement de création d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales, des auteurs ont alors proposé une nouvelle cause de non-imputabilité spécifique aux groupements : l'existence d'un programme de conformité au sein de l'être collectif²¹¹⁹.

248. À l'origine de l'idée. En réalité, l'idée d'une cause de non-imputabilité propre aux groupements a été originellement énoncée par M. DANNECKER²¹²⁰. Selon lui, la personne morale devrait rester pénalement irresponsable chaque fois qu'elle peut démontrer la présence en son sein d'une culture de gestion propre à respecter la loi. De cette manière, si au cours de l'instance le groupement révèle au juge pénal qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter l'accomplissement d'un acte illicite, en organisant correctement sa structure de fonctionnement et en adoptant une culture de gestion tournée vers le respect de la loi, il ne pourrait pas faire l'objet d'un jugement de reproche. Par conséquent, le fait d'avoir une culture de gestion saine serait en dernier ressort une cause de non-imputabilité spécifique aux groupements, puisqu'alors, l'ordre juridique ne pourrait pas blâmer la personne morale en raison de l'infraction accomplie par son organe ou représentant²¹²¹.

²¹¹⁷ Dans ce sens, voir J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 450 et s.

²¹¹⁸ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79-83.

²¹¹⁹ Voir I. LUC, La responsabilité des personnes morales en droit de la concurrence, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009, p. 123.

²¹²⁰ G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 47.

²¹²¹ *Ibid.*

249. La reprise de l'idée. Cette idée sera ensuite reprise par M. GÓMES-JARA DÍEZ, lequel, inspiré dans le droit américain, va ajouter la notion des « compliances programs » à la doctrine de M. DANNECKER²¹²². En effet, pour M. GÓMES-JARA DÍEZ l'existence d'un programme de conformité à l'intérieur de la personne morale²¹²³, dont le but est celui d'organiser sainement la structure de fonctionnement du groupement, serait l'élément factuel qui prouverait au juge pénal la présence d'une culture de gestion encline à respecter la loi au sein de l'entreprise²¹²⁴. Pour cette raison, l'être collectif devrait rester pénalement irresponsable à chaque fois qu'il rapporte la preuve qu'il possède en son sein un programme de compliance, lequel a pour but d'organiser sa structure de fonctionnement, en propageant une culture de gestion respectueuse des valeurs protégées au sein de la personne morale.

250. La notion des compliances programs au sein du droit pénal franco-brésilien. Curieusement, la notion de compliance program s'est fait connaître de manière différente dans le contexte franco-brésilien. Tandis que les pénalistes français travaillent rarement avec cette notion²¹²⁵, au Brésil ce concept a fait couler beaucoup d'encre en doctrine²¹²⁶. Cette disparité semble pouvoir s'expliquer par le biais de la notion de délégation de pouvoir²¹²⁷. D'un côté, en France, la notion de délégation de pouvoir est très employée par la doctrine et par la jurisprudence. De ce fait, on peut penser que depuis longtemps le droit pénal français possède un mécanisme exonératoire de responsabilité²¹²⁸, lequel est en lien direct avec l'idée d'une bonne organisation de l'entreprise²¹²⁹. De l'autre côté, au Brésil, la notion de délégation de pouvoir est rarement abordée par la doctrine et, en ce qui concerne la jurisprudence, elle est encore appliquée à tâtons et sans la même rigueur technique qu'en France²¹³⁰. Par conséquent, contrairement à ce qui se passe dans l'Hexagone, on rencontre

²¹²² C. GÓMES-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 54.

²¹²³ E. DREYER, *op. cit.*, p. 812.

²¹²⁴ C. GÓMES-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 54.

²¹²⁵ Par exemple, en ce qui concerne le droit pénal français, parmi tous les articles de doctrine qui ont été étudiés pour la réalisation de ce travail, seuls trois articles abordent la notion de « compliance program » à l'égard du droit pénal. Tout d'abord, celui de Mme. DUCOULOUX-FAVARD (C. DUCOULOUX-FAVARD, *Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *LPA*, 1996, n° 149). Ensuite, celui de Mme. MAURO (C. MAURO, *op. cit.*). Finalement, celui de Mme. LUC (I. LUC, *op. cit.*).

²¹²⁶ Pour l'illustrer, on rencontre au Brésil plusieurs livres qui sont consacrés exclusivement à l'étude de la notion de compliance au sein du droit pénal. Voir, par exemple, R. SILVEIRA, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo : Saraiva, 2015.

²¹²⁷ Par rapport au thème, voir *supra* (n° 34).

²¹²⁸ Par exemple, la première fois que la jurisprudence française a employé la notion de délégation de pouvoir est dans un arrêt du 28 juin 1902. Voir : Cour de cass., Ch. crim., 28 juin 1902, S. 1904. 1. 202.

²¹²⁹ Toutefois, comme on l'a vu *supra* (n° 34), l'effet exonératoire de la délégation de pouvoir existe uniquement en ce qui concerne les personnes physiques, de sorte que par rapport aux personnes morales la délégation de pouvoir a un effet translatif et non pas exonératoire.

²¹³⁰ Voir, par exemple, TRF-3, 16 septembre 1997, AP. CRIM. n° 1996.03.01.006121-0.

au Brésil une sorte de vide doctrinaire et jurisprudentiel en ce qui concerne l'existence d'un mécanisme exonérateur de responsabilité fondé dans l'idée d'une bonne organisation de l'entreprise²¹³¹. C'est peut-être pour cette raison que l'étude de la notion de compliance a rencontré un plus grand succès au sein du droit pénal brésilien qu'au sein du droit pénal français, puisqu'à l'égard de ce premier ordre juridique cette notion a pu remplir un vide doctrinaire et jurisprudentiel qui n'existait pas dans le second. De toute façon, nonobstant cette disparité, dans ces deux pays le concept de compliance program semble avoir le même contenu et les mêmes contours.

251. Le compliance et l'irresponsabilité des groupements. Le programme de compliance trouve son origine dans le droit américain²¹³². Il s'agit d'une étude réalisée par une commission pluridisciplinaire de juristes, laquelle analyse le fonctionnement de la personne morale, en essayant d'établir les contours autant de la structure de fonctionnement du groupement que de la culture de gestion de l'être collectif. En effet, dans cette étude on va vérifier quelles sont les règles de droit applicables au fonctionnement de la personne morale et la manière dont l'être collectif doit organiser sa structure et sa culture de gestion pour faire respecter ces règles de droit. Dans ce contexte, le but ultime d'un programme de conformité est celui de surveiller l'activité de l'entreprise pour veiller à que cette activité s'organise correctement, afin qu'elle observe les lois qui lui sont applicables, en écartant ainsi les risques qu'une infraction soit accomplie au sein de l'être collectif.

Par conséquent, pour aboutir à son objectif, un programme de compliance doit prévoir plusieurs choses²¹³³. D'une part, il doit prévoir des « mécanismes de surveillance » au sein du groupement, lequel implique un devoir d'observation de l'activité de la personne morale afin de vérifier si les obligations de sécurité et de respect des lois sont observées à l'intérieur de l'être

²¹³¹ En réalité, il nous semble que l'on peut faire un parallèle entre les notions de délégation de pouvoir et celle de compliance program. Tout d'abord, parce que ces deux notions sont des mécanismes exonérateurs de responsabilité pénale. Ensuite, car ces deux concepts sont liés à l'idée d'une bonne organisation de l'entreprise.

²¹³² En effet, le « compliance program » a son origine dans la politique financière qui a été proposée par la Banque Centrale américaine au cours de l'année 1913. Cette politique a essayé de rendre l'économie américaine plus sûre et stable avec l'instauration de programmes de gouvernance au sein des entreprises qui travaillaient dans le marché financier. Sur le thème voir : V. MANZI, *op. cit.* ; et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 54.

²¹³³ Dans certains ordres juridiques, le législateur prévoit expressément quel doit être le contenu d'un programme de conformité installé au sein d'une entreprise. Tel est le cas, par exemple, de la loi n° 231 en Italie et de la loi n° 20.393/2009 au Chili. Il faut dire que notre objectif dans cette partie de notre étude n'est pas celui d'épuiser tout le contenu qu'un programme de compliance peut avoir au sein d'une personne morale, mais on souhaite uniquement présenter une idée générale de ce que pourrait être le contenu d'un programme de conformité.

collectif²¹³⁴. De l'autre côté, il doit prévoir également des « mécanismes de discipline », en conférant à certains organes ou représentants de la personne morale un pouvoir de commandement suffisant à ce qu'ils puissent obtenir des autres membres de l'être collectif le respect des normes²¹³⁵.

De ce fait, en prévoyant des mécanismes de « surveillance » et de « discipline »²¹³⁶, le programme de compliance va essayer d'organiser correctement l'activité du groupement, afin d'écartier les risques qu'une infraction soit commise au sein de l'être collectif²¹³⁷. Pour cette raison, le programme de compliance serait en dernier ressort l'élément factuel qui attesterait de l'existence d'une culture de gestion propre à respecter la loi au sein de l'entreprise. Par conséquent, il s'agirait d'une cause subjective d'irresponsabilité propre aux personnes morales, car son existence empêcherait de conclure que le groupement aurait fait un mauvais usage de sa capacité et de sa liberté d'organisation, en ayant une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi²¹³⁸. Toutefois, pour que cette cause de non-imputabilité propre aux êtres collectifs puisse avoir lieu, le programme de compliance au sein d'une personne morale devrait remplir, cumulativement, deux exigences²¹³⁹.

²¹³⁴ Selon certains auteurs, la personne morale pourrait même créer une sorte de « compliance office », c'est-à-dire des organes de direction spécifiques dont le but est celui de surveiller et de faire respecter les règles de gouvernance au sein de l'entreprise. Sur le thème, voir E. BACIGALUPO, *Compliance y Derecho Penal*, Navarra : Thonsom Reuteurs, 2011, p. 91.

²¹³⁵ De la même manière, le programme de compliance peut traiter « de la gestion de l'activité économique et financière, de la sélection des employés et de la désignation des dirigeants, de la discipline à l'intérieur de l'entreprise et de la bonne conduite, mais également des mécanismes de contrôle internes de gestion ». Dans ce sens, voir C. DE MAGLIE, *op. cit.*, p. 40. Concernant le thème, voir également M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 115. Comme on le voit, le contenu d'un programme de conformité est très similaire au contenu d'une délégation de pouvoir, notamment en ce qui concerne les mécanismes de surveillance et de discipline qu'il doit prévoir.

²¹³⁶ « On vise surtout des moyens par lesquels la personne morale elle-même devrait être forcée à établir des contrôles économiques internes et à les rendre plus efficaces » G. DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne*, p. 284.

²¹³⁷ Voir dans ce sens M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 205-206.

²¹³⁸ En Espagne, par exemple, l'article 31 bis du Code pénal prévoit expressément que l'existence d'un programme de conformité au sein d'une entreprise est une cause de non-imputabilité à l'égard des personnes morales.

²¹³⁹ Il faut dire qu'en Europe et en France les juridictions ont une interprétation variable par rapport à l'effet exonératoire de responsabilité qu'un programme de conformité peut avoir à l'égard des personnes morales, notamment en ce qui concerne la responsabilité civile et administrative des groupements. D'un côté, dans le cadre du droit de la concurrence, le Tribunal de première instance des communautés européennes énonce que « la mise en place d'un programme de conformité (ou de compliance) ne constitue ni une circonstance exonératoire de responsabilité ni une circonstance atténuante pour l'entreprise, ainsi que l'a encore jugé le Tribunal dans un arrêt Tokai Carbon (T-236/01 : § 277) ». De l'autre côté, dans le cadre du droit boursier, le Conseil de l'Etat « a admis le caractère réfragable de la présomption de responsabilité d'une entreprise de service d'investissement pour les actes de ses préposés, lorsque celle-ci démontre avoir adopté des mesures de nature à prévenir ou détecter des manquements professionnels de ses agents (CE, 6 juin 2008, Tradition Sécurités and Futures) ». Sur ce thème, voir I. LUC, *op. cit.*, p. 122 et 123. En outre, dans le cadre de la loi n° 12.846/2013 au Brésil, l'existence d'un programme de conformité au sein d'une entreprise peut avoir des effets sur la sanction administrative qui peut être prononcée à l'encontre d'un groupement en raison de l'accomplissement d'une infraction, de sorte que la présence d'un programme de compliance à l'intérieur de l'entreprise va réduire le *quantum* de la sanction qui sera imposée à la personne morale.

252. Les exigences liées à cette nouvelle cause de non-imputabilité. En premier lieu, le programme de conformité devrait être instauré au sein de la personne morale en amont de la réalisation de l'acte illicite, de sorte que seul l'effort d'organisation préexistant à l'infraction pourrait exonérer le groupement de sa responsabilité pénale²¹⁴⁰. *A contrario*, si l'être moral mettait en place un programme de conformité ultérieurement à l'acte illicite accompli par son organe ou représentant, ce programme n'aurait pas la capacité de le rendre pénalement irresponsable, mais il aurait seulement la possibilité de réduire la peine imposée au groupement en raison de l'infraction²¹⁴¹.

En second lieu, le programme de conformité devrait toujours avoir un « caractère sérieux ». Autrement dit, il devrait prévoir des mécanismes efficaces de surveillance et de discipline au sein de la personne morale, afin d'assurer un véritable contrôle de la structure de fonctionnement et de la culture de gestion de l'être collectif pour qu'elles soient effectivement tournées vers le respect de la loi²¹⁴². De ce fait, pour qu'il puisse être considéré comme une cause de non-imputabilité, le programme de compliance ne peut pas avoir été instauré au sein d'un groupement juste pour « donner l'effet »²¹⁴³, mais il doit être un programme sérieux, lequel aurait réellement pour objectif d'éviter la réalisation des actes illicites au sein de la personne morale²¹⁴⁴.

En définitive, seuls les programmes de compliance qui possèdent un caractère sérieux et qui ont été instaurés au sein de la personne morale avant l'accomplissement de l'infraction auraient la capacité de rendre le groupement pénalement irresponsable dans le cadre de ce nouveau

²¹⁴⁰ Voir : E. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 89 ; et C. DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, p. 40. En effet, seul l'effort d'organisation préexistant à l'infraction est capable de démontrer que la personne morale a pris toutes les mesures d'organisation nécessaires pour éviter l'accomplissement d'un acte illicite.

²¹⁴¹ Ce raisonnement fut celui du législateur en Espagne dans l'article 31 bis du Code pénal espagnol. Selon cette logique, l'existence d'un programme de conformité au sein d'une entreprise dans un moment qui précède la réalisation d'un acte illicite peut la rendre pénalement irresponsable. Toutefois, l'instauration d'un programme de compliance après la réalisation d'un acte illicite n'exonère pas la personne morale de sa responsabilité, mais peut uniquement réduire la peine qui lui va être imposée. Sur le thème, voir E. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 89.

²¹⁴² Dans ce sens, voir *Idem*, p. 96.

²¹⁴³ En ce qui concerne cette seconde exigence, on peut penser que l'accomplissement d'une infraction attesterait précisément du fait que la personne morale n'a pas pris toutes les mesures d'organisation nécessaires pour éviter la réalisation d'un acte illicite. En effet, si tel était le cas, l'infraction n'aurait pas lieu au sein du groupement. Par conséquent, la réalisation d'un acte illicite par un organe ou représentant de la personne morale serait justement la preuve du caractère artificiel du programme de compliance existant au sein de l'entreprise.

²¹⁴⁴ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 14. En réalité, avec cette exigence l'on essaye de faire la distinction entre deux sortes de personnes morales. D'une part, celle qui a vraiment essayé d'organiser son activité par le biais d'un programme de conformité sérieux. D'autre part, celle qui possède un programme de compliance artificiel, lequel ne peut pas être perçu par le droit pénal comme une tentative sérieuse d'organiser la structure de fonctionnement de l'entreprise. En effet, la doctrine a eu toujours la crainte que cette cause de non-imputabilité propre aux groupements soit largement utilisée par les personnes morales. Pour cette raison, elle a prévu cette seconde exigence pour que la personne morale ne puisse devenir pénalement irresponsable que lorsqu'elle a vraiment essayé d'organiser son activité. Sur ce thème, voir : M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 166 ; et P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 84.

concept d'imputabilité, en ayant la fonction d'une cause de non-imputabilité spécifique aux êtres collectifs²¹⁴⁵.

253. Le fondement de la responsabilité pénale des groupements : une nouvelle notion d'imputabilité.

À tout prendre, on a donc une deuxième proposition énoncée pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales. Selon cette proposition, au lieu de contourner cette incompatibilité par le biais d'une nouvelle notion de dangerosité (1^{ère} proposition), on devrait concevoir un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales, lequel aurait non seulement un nouveau contenu, mais également une nouvelle structure.

Face à ses contours, cette deuxième proposition suggérée par certains pour résoudre le problème d'une telle incompatibilité semblait alors être une proposition séduisante. Cette assertion est possible puisqu'en prenant comme référence la notion d'imputabilité déjà existante en droit pénal, on a réussi à concevoir un nouveau concept d'imputabilité propre aux êtres collectifs, lequel serait composé d'éléments analogues à ceux qui composent la notion d'imputabilité spécifique aux êtres humains²¹⁴⁶. De ce fait, cette deuxième proposition semblait être une théorie assez aboutie. Toutefois, malgré ses avantages, cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements a été très critiquée dans le contexte franco-brésilien de la responsabilité pénale des personnes morales. Devant ces critiques, on a vu émerger alors une troisième et dernière proposition pour résoudre le problème d'une telle incompatibilité : la création d'une notion pragmatique d'imputabilité spécifique aux personnes morales (SECTION II).

²¹⁴⁵ M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 176. Quoi qu'il en soit, face à certaines similitudes rencontrées entre les notions d'un programme de conformité et celle d'une délégation de pouvoir, l'on pourrait se demander si cette dernière notion ne devrait pas être également perçue comme une cause de non-imputabilité à l'égard des groupements dans le cadre de ce nouveau concept d'imputabilité. En effet, à l'exemple d'un programme de conformité, la délégation de pouvoir est un mécanisme par le biais duquel on essaie de mieux organiser la structure de fonctionnement d'une personne morale et ainsi réduire les risques de l'accomplissement d'une infraction au sein de l'entreprise. De ce fait, à supposer que le fondement de la responsabilité pénale des êtres collectifs repose sur l'idée d'une défaillance organisationnelle, il serait logique de conclure que l'effort d'organisation d'un groupement par le recours à la délégation de pouvoir devrait, à l'instar de l'effort d'organisation d'un groupement par le recours au programme de conformité, rendre la personne morale pénalement irresponsable de l'infraction accomplie par son organe ou représentant pour son compte. Toutefois, malgré les similitudes que l'on peut rencontrer entre ces deux notions, seule celle de conformité est employée dans le cadre de ce nouveau concept d'imputabilité comme une cause de non-imputabilité propre aux personnes morales. Sur ce thème, voir : J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22 ; F. ROUSSEAU, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise*, p. 816 ; et C. MAURO, *op. cit.*, p. 76.

²¹⁴⁶ P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 74.

Section II – Une notion pragmatique d'imputabilité

Nonobstant ses avantages, la proposition de créer un nouveau concept d'imputabilité spécifique aux êtres collectifs fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation a été désapprouvée au sein du contexte franco-brésilien de la responsabilité pénale des groupements. En effet, en plus de rencontrer certains problèmes d'ordre théorique et de politique criminelle, cette doctrine s'est montrée finalement incompatible autant avec la loi qu'avec la jurisprudence en France et au Brésil. Pour cette raison, face à cette incompatibilité, on a vu émerger un troisième et dernier effort de création du droit pénal à l'égard des groupements : la proposition d'appliquer une notion pragmatique d'imputabilité vis-à-vis des personnes morales (**SOUS-SECTION I**). Il s'agit d'une notion d'imputabilité moins inventive et plus simple que la première, mais qui se concilie avec le droit pénal en France et au Brésil.

De toute façon, même si cette troisième proposition faite dans le but de résoudre le problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements semble s'accorder avec le contexte franco-brésilien de la responsabilité pénale des êtres collectifs, deux questions restaient encore ouvertes. Tout d'abord, le principe de personnalité des peines et les finalités des peines s'accordent-ils également avec la responsabilité pénale des groupements ? Ensuite, les causes de non-imputabilité déjà de vigueur au sein du droit pénal en France et au Brésil peuvent-elles s'appliquer dans le cadre de cette notion pragmatique d'imputabilité propre aux personnes morales (**SOUS-SECTION II**) ?

Sous-section I – Face aux critiques : une notion d'imputabilité pragmatique

En dépit de son caractère innovant, cette notion d'imputabilité fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation existantes chez la personne morale a été contestée à plusieurs égards. En effet, cette doctrine poserait non seulement des problèmes théoriques et de politique criminelle, mais, en outre, elle ne serait pas compatible ni avec la loi, ni avec la jurisprudence en France et au Brésil (§1). Face aux critiques, l'on a vu émerger une troisième et dernière proposition pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements : la création d'une notion pragmatique d'imputabilité propre aux personnes morales (§2).

§1) Les critiques à la notion d'imputabilité fondée sur une capacité et une liberté d'organisation

254. Plusieurs arguments contre ce deuxième mouvement de création. Contre l'idée d'une notion d'imputabilité fondée sur un jugement de reproche réalisé à l'encontre de la personne morale en raison de l'existence d'un défaut dans sa structure de fonctionnement, des auteurs ont soulevé plusieurs arguments²¹⁴⁷. Ces observations concernaient non seulement les problèmes théoriques et de politique criminelle inhérents à cette nouvelle notion, mais s'adressent également à l'incompatibilité entre ce concept d'imputabilité, la loi et la jurisprudence en France et au Brésil.

255. Les problèmes théoriques. Relativement aux problèmes théoriques concernant cette notion d'imputabilité fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation chez la personne morale, on pourrait soulever cinq critiques à l'encontre de cette proposition, lesquelles nous amèneraient au rejet de cette théorie.

En premier lieu, cette doctrine serait à l'origine d'une confusion conceptuelle entre la typicité de l'infraction²¹⁴⁸ et la notion d'imputabilité en ce qui concerne les personnes morales²¹⁴⁹. En effet, au sein de plusieurs théories qui tentent d'expliquer ce nouveau concept d'imputabilité propre aux êtres collectifs, la nature juridique du défaut structurel que l'on doit rencontrer chez la personne morale n'est pas très claire²¹⁵⁰. Cette assertion est possible puisque la plupart des auteurs utilisent l'idée d'un vice organisationnel qui doit exister dans la structure de fonctionnement du groupement autant au stade de la typicité de l'infraction, qu'au stade de l'imputabilité²¹⁵¹. De ce fait, on ne peut pas savoir à coup sûr si l'idée d'un vice organisationnel est en réalité une

²¹⁴⁷ Voir, par exemple : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 541 ; J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22 ; J.-Y. MARÉCHAL, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23 ; P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 81-84 ; A. GALÁN MUNOZ, *La responsabilidad penal de la persona jurídica la reforma de la LO 5/2010 : entre la hetero- y la autorresponsabilidad*, in *Iustel*, Revista General de Derecho Penal 16, (RI §410993), 2011 ; et M.-A. AFCHAIN, thèse préc, p. 103.

²¹⁴⁸ L'on utilise l'appellation « typicité » pour faire référence à la qualification de l'acte illicite à l'égard de la personne morale, c'est-à-dire à la caractérisation de l'élément matériel et de l'élément subjectif de l'infraction auprès d'un groupement délinquant.

²¹⁴⁹ Dans ce sens, voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁵⁰ Voir par exemple : K. TIEDEMANN, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, p. 1169 ; A. EHRHARDT, *op. cit.*, p. 186 ; E. LAMP, *op. cit.*, p. 724 ; G. HEINE, *op. cit.*, p. 187-191 ; et G. DANNECKER, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminal rechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts*, p. 112.

²¹⁵¹ Voir, par exemple, G. DANNECKER, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 47. Le seul auteur qui essaye de résoudre cet enchevêtrement est M. GÓMEZ-JARA DÍEZ, en énonçant que, d'un côté, la typicité de l'infraction chez la personne morale serait composée de l'idée d'un défaut dans l'organisation du groupement, tandis que, de l'autre côté, son imputabilité serait fondée sur l'idée d'une culture de gestion tournée vers le non-respect de la loi. Toutefois, même cet auteur n'est pas très clair dans sa théorie et finit par employer parfois l'idée d'un défaut dans l'organisation de l'entreprise parallèlement au stade de la typicité et au stade de l'imputabilité. Voir C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 12 et 13.

composante de l'élément matériel de l'infraction chez les groupements ou si elle est en effet une composante des conditions d'imputabilité propres aux personnes morales²¹⁵². En raison de la nature juridique indéfinie de cette idée, on ne pourrait jamais savoir si l'absence de défaut structurel chez la personne morale impliquerait l'inexistence d'un acte illicite à l'égard du groupement²¹⁵³, ou si l'absence d'un défaut structurel chez l'être collectif impliquerait seulement la disparition du jugement de reproche pouvant être fait à l'encontre du groupement²¹⁵⁴. Dans ce contexte, il ne serait pas souhaitable d'appliquer aux personnes morales une notion d'imputabilité qui semble être à l'origine d'un véritable enchevêtrement conceptuel entre la typicité de l'acte illicite et les conditions d'imputabilité chez les êtres collectifs. Pour cette raison, on devrait rejeter cette nouvelle notion d'imputabilité.

En deuxième lieu, on devrait également rejeter cette nouvelle notion d'imputabilité parce qu'elle impliquerait que l'on procède à un jugement de reproche à l'encontre de la personne morale dont le fondement ne serait pas l'acte illicite lui-même, mais serait une faute antérieure à cet acte illicite²¹⁵⁵, ce qui semble contestable au vu du principe de légalité en droit pénal²¹⁵⁶. En effet, puisqu'on reprocherait à la personne morale non pas l'infraction réalisée par son organe ou représentant, mais plutôt l'existence d'un défaut structurel à l'origine de cette infraction (faute antérieure), on pourrait rencontrer très souvent une différence entre la définition légale de l'acte illicite et la nature objective et subjective du comportement sur lequel est fondé le jugement de reproche effectué à l'égard de la personne morale, ce qui ne semble pas compatible avec le principe de légalité en droit pénal²¹⁵⁷.

²¹⁵² Le défaut dans l'organisation d'un groupement serait « le fondement autant de la culpabilité de la personne morale que de son infraction pénale » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 82. L'auteur utilise l'appellation « culpabilité » pour faire référence à ce qu'on appelle « imputabilité ».

²¹⁵³ Hypothèse dans laquelle ce défaut serait perçu comme une composante de la typicité.

²¹⁵⁴ Hypothèse dans laquelle le vice organisationnel serait perçu comme une condition d'imputabilité propre aux groupements. Par conséquent, en raison de cette confusion conceptuelle, on ne pourrait jamais savoir avec certitude si le manquement d'un défaut structurel à l'origine de l'acte illicite neutraliserait uniquement la responsabilité individuelle de la personne morale ou si, plus que cela, ce manquement neutraliserait la typicité du fait accompli. Pour cette raison, on ne pourrait jamais savoir si l'absence d'un défaut structurel à l'origine de l'infraction opèrerait de manière objective (*in rem*) ou si elle opèrerait de manière subjective (*in personam*) en ce qui concerne la responsabilité des participants à l'acte illicite.

²¹⁵⁵ De ce fait, contrairement aux personnes physiques, chez les personnes morales « l'accomplissement de l'acte illicite n'aurait pas lieu en même temps que la réalisation du fait qui fonde le jugement de reproche » P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁵⁶ « Mais ce raisonnement revient à rechercher chez la personne morale une faute qui ne serait pas celle correspondant à l'infraction, ce qui semble contestable » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 23.

²¹⁵⁷ En outre, l'on pourrait penser que la personne morale ne commet jamais d'infraction, mais elle réalise seulement une participation indirecte à l'infraction de son organe ou représentant. En réalité, la faute personnelle du groupement serait le fait d'être affecté d'un vice dans son organisation, lequel serait à l'origine d'un acte illicite qui est en dernier ressort commis par son organe ou représentant. Avec le même raisonnement, mais en ce qui concerne le chef d'entreprise, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 265.

En troisième lieu, on devrait aussi rejeter cette deuxième proposition parce que ce nouveau concept d'imputabilité ne respecterait pas les causes de non-imputabilité qui existent déjà au sein du droit pénal. En effet, dans le cadre de cette théorie, la personne morale—demeurerait pénalement responsable même si elle démontrait au cours de l'instance par exemple qu'elle n'a pas eu conscience du caractère illicite de son comportement, ou qu'elle a accompli l'infraction sous la menace d'une force morale ou physique²¹⁵⁸. Par conséquent, pour l'illustrer, ni l'erreur de droit, ni la contrainte ne seraient des causes de non-imputabilité vis-à-vis des groupements au sein de cette deuxième proposition²¹⁵⁹, puisque seule l'existence d'un programme de compliance au sein de l'entreprise pourrait rendre la personne morale pénalement irresponsable de l'infraction²¹⁶⁰.

Dans ce contexte, en raison du fait qu'elle méconnaisse les causes de non-imputabilité préexistantes au sein du droit pénal, cette nouvelle notion d'imputabilité finirait par créer une inégalité entre les personnes physiques et les personnes morales. Cette assertion est possible puisque l'on pourrait imaginer, par exemple, qu'une personne morale accomplisse une infraction sous l'empire d'une contrainte morale ou dans une situation d'erreur de droit²¹⁶¹ sans qu'elle ne puisse soulever, à l'instar des personnes physiques, une cause de non-imputabilité en sa faveur. Pour cette raison, à cause de cette inégalité créée entre les personnes physiques et les personnes morales et du fait qu'elle ne respecterait pas les causes de non-imputabilité qui existent déjà au sein du droit pénal, on devrait rejeter l'application de cette nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux groupements.

En quatrième lieu, on devrait également rejeter cette nouvelle notion d'imputabilité en raison du fait qu'elle est trop floue et abstraite²¹⁶². Ce caractère imprécis et vague de cette proposition vaut non seulement en ce qui concerne les idées d'un défaut structurel²¹⁶³ et d'une

²¹⁵⁸ La référence à une force physique (contrainte physique) est réalisée ici notamment en ce qui concerne le droit pénal français. Par ailleurs, en ce qui concerne le droit pénal brésilien, on pourrait également penser au commandement d'une autorité légitime.

²¹⁵⁹ Aucun des auteurs qui ont adopté ce nouveau concept d'imputabilité énoncent que l'erreur de droit ou la contrainte sont des causes subjectives d'irresponsabilité pénale également à l'égard des personnes morales.

²¹⁶⁰ Voir *supra* (n° 251).

²¹⁶¹ On va étudier les causes de non-imputabilité en ce qui concerne les personnes morales plus en détails *infra* (n° 273 et s.).

²¹⁶² Dans le même sens, voir P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁶³ Par exemple, en quoi consisterait exactement le défaut d'organisation que l'on doit détecter dans la structure de fonctionnement de l'être collectif et qui doit être à l'origine de l'infraction ? Bien sûr, on peut citer des exemples de ce défaut, mais quelle serait précisément sa définition générale ? Par ailleurs, comment doit-être examiné le rapport de « cause à effet » qui doit exister entre ce défaut structurel et l'infraction accomplie par le représentant ou l'organe du groupement ? Doit-il s'agir d'un rapport indirect ou de seule une corrélation directe entre le vice organisationnel et l'acte illicite est capable d'engager pénalement la personne morale ? En outre, doit-on analyser également l'intensité du défaut structurel existante chez le groupement ? C'est-à-dire, est-ce qu'un simple défaut suffit à rendre la personne morale pénalement responsable ou plus que cela cette imperfection doit-elle avoir une certaine gravité pour la responsabilité du groupement ? À toutes ces questions, il n'existe pas de réponses dans le cadre de cette doctrine. Dans le même sens, voir : ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 541 ; et A. GALÁN MUNOZ, *op. cit.*, p. 10-11. Par ailleurs, à l'exemple de la responsabilité du chef d'entreprise en France (voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 265), la théorie organisationnelle semble

complexité organisationnelle²¹⁶⁴ comme conditions d'imputabilité spécifiques aux personnes morales, mais il vaut également à propos de la présence d'un programme de compliance à l'intérieur de l'être collectif comme cause de non-imputabilité propre aux groupements²¹⁶⁵. Pour cette raison, puisqu'elle n'a pas la précision attendue des concepts du droit pénal, on doit rejeter cette nouvelle notion d'imputabilité fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation chez la personne morale.

Finalement, en cinquième lieu, ce nouveau concept d'imputabilité doit également être rejeté parce qu'il finirait par accorder à l'appréciation des juges pénaux une importance qui peut être inquiétante²¹⁶⁶. En réalité, le magistrat du siège serait responsable de l'évaluation non seulement de l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale, mais également du degré de complexité organisationnel du groupement et du caractère sérieux d'un programme de conformité qui existe éventuellement au sein de l'entreprise. Dans ce contexte, on pourrait penser que le juge pénal n'aurait pas les connaissances techniques nécessaires pour porter une bonne appréciation sur ces questions et notamment pour examiner la culture de gestion

nous inviter à faire usage d'une présomption en ce qui concerne l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement. Selon cette présomption, l'accomplissement d'une infraction au sein du groupement par son organe ou représentant impliquerait systématiquement la supposition de l'existence d'un vice organisationnel chez la personne morale. En réalité, si la structure de fonctionnement de l'être collectif était irréprochable, l'infraction n'aurait pas lieu. De ce fait, au cours de l'instance, on n'aurait pas besoin de démontrer l'existence d'un vice organisationnel chez la personne morale, mais on pourrait le présumer en raison de l'acte illicite accompli par l'organe ou représentant du groupement, ce qui semble contestable à l'égard des principes du droit pénal, nonobstant le fait que des présomptions de culpabilité peuvent exister au sein de cette matière. Voir *supra* (n° 114).

²¹⁶⁴ Comment savoir à partir de quel moment le groupement possède une capacité d'organisation capable de forger sa culture de gestion et de le rendre pénalement responsable ? Quel serait le critère par le biais duquel on pourrait constater l'existence d'une complexité organisationnelle chez la personne morale : quantité de salariés de l'entreprise, existence d'un conseil d'administration au sein de l'être collectif, ou encore l'ancienneté du groupement ? Face à ce contexte d'incertitudes, il nous semble alors que cette proposition demeure floue et abstraite également en ce qui concerne cette seconde condition d'imputabilité, en n'expliquant ni le contenu de cette complexité organisationnelle, ni la manière par le biais de laquelle on peut la constater afin de savoir si la personne morale peut se rendre pénalement responsable d'une infraction. Par ailleurs, on peut penser que ces deux conditions d'imputabilité propres aux personnes morales se recoupent, de sorte qu'il est difficile de les distinguer l'une de l'autre.

²¹⁶⁵ En effet, l'idée d'un programme de compliance comme cause de non-imputabilité propre aux groupements semble également affectée par le caractère imprécis et vague de ce nouveau concept d'imputabilité. En premier lieu, parce qu'étant donné qu'un programme de conformité doit toujours s'adapter aux particularités des personnes morales, il serait impossible d'avoir une idée générale du contenu que ce programme doit avoir pour qu'il puisse être considéré comme une cause de non-imputabilité à l'égard des groupements. En second lieu, parce que cette proposition n'explique pas précisément quels seraient les critères que l'on devrait utiliser pour évaluer le caractère sérieux que le programme de compliance doit avoir pour qu'il puisse rendre la personne morale pénalement irresponsable de l'infraction accomplie par son organe ou représentant. Sur ce thème, voir D. BOCK, *Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*, in *Compliance y tería del derecho penal*, Madrid : Marcial Pons, 2013, p. 107 et s. ; et O. ARTAZA VARELA, *Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal*, in *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Buenos Aires : B de F, 2014, p. 231 et s. Concernant cette seconde critique, il faut dire que pour contourner ce problème, des auteurs ont alors proposé la réalisation d'une expertise au cours de l'instance pour évaluer le caractère sérieux du programme de compliance. Toutefois, on peut se demander si cette proposition n'ôte pas au juge pénal le pouvoir de décider de l'imputabilité du délinquant, en laissant cette décision à la charge d'un expert ? Par rapport au thème, voir : E. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 96 ; et M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 180.

²¹⁶⁶ « De toutes manières, elle accordait à l'appréciation par le juge une importance qui pouvait inquiéter » G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité des personnes morales*, p. 541.

et l'organisation d'une personne morale. Cette assertion est possible puisqu'en principe, le magistrat du siège ignore dans son raisonnement les données économiques, gestionnaires et sociales de l'entreprise. Par conséquent, il serait inquiétant de laisser aux juges pénaux l'appréciation de l'imputabilité des groupements, puisqu'ils risqueraient de rendre leurs jugements sans prendre en compte les données importantes dans le cadre de cette appréciation.

256. Les problèmes de politique criminelle. Par ailleurs, cette nouvelle notion d'imputabilité soulève également deux problèmes en ce qui concerne la politique criminelle qu'elle propose.

En premier lieu, elle rendrait plus difficile l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, en créant une zone d'irresponsabilité injustifiée en faveur des groupements. En réalité, comme on l'a vu²¹⁶⁷, cette théorie ajoute des conditions supplémentaires pour qu'un groupement puisse se rendre pénalement coupable d'une infraction²¹⁶⁸. Par conséquent, au cours de l'instance, il serait nécessaire de démontrer non seulement qu'un acte illicite a été accompli par un organe ou représentant au nom de la personne morale, mais il serait également nécessaire de prouver l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement et la présence d'une complexité organisationnelle minimum au sein de l'être collectif²¹⁶⁹. De ce fait, dans le cadre de cette théorie, en raison de ces conditions supplémentaires, il serait plus difficile d'engager pénalement la responsabilité d'une personne morale et on créerait une zone d'irresponsabilité injustifiée en faveur des groupements. En réalité, comment pourrait-on alors justifier du fait qu'une personne morale puisse demeurer pénalement irresponsable alors même qu'un acte illicite a été accompli par son organe ou représentant pour son compte ?²¹⁷⁰

En second lieu, ce nouveau concept d'imputabilité propre aux groupements pourrait nous faire aboutir à la conclusion selon laquelle, au fond, on blâmerait la personne morale non pas en raison de « ce qu'elle a fait », mais surtout en raison « ce qu'elle est ». En réalité, puisque dans le cadre de cette proposition on ne blâmerait pas l'être collectif à cause d'un fait illicite, mais en raison de la teneur de sa culture de gestion et des contours de sa structure de fonctionnement, on serait

²¹⁶⁷ Voir *supra* (n° 241 et s.).

²¹⁶⁸ « D'autre part et surtout, elle ajoutait une condition supplémentaire nullement prévue par l'article 121-2 qui se contente de l'infraction commise par l'organe ou le représentant » G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 541.

²¹⁶⁹ « Au contraire, la nécessité de prouver une faute distincte commise par les seules personnes morales tend à limiter le domaine de leur responsabilité et à définir une conception de responsabilité personnelle particulière aux personnes morales. Elle suppose en effet la preuve que chaque fait générateur est dû à la structure de l'entreprise ou à la politique de l'entreprise » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 103.

²¹⁷⁰ On peut également imaginer la même situation en ce qui concerne un être moral qui reste pénalement irresponsable parce qu'il n'a pas encore une complexité organisationnelle suffisante pour lui rendre coupable d'une infraction.

tenté de conclure que ce jugement de reproche adressé à l'être collectif serait plus lié aux caractéristiques personnelles de la personne morale, qu'à un fait illicite accompli par le groupement²¹⁷¹. Pour cette raison, on pourrait penser que cette nouvelle notion d'imputabilité proposerait au fond un jugement de reproche fondé sur la « personnalité » de la personne morale (« culpabilité de l'auteur »²¹⁷²) au lieu d'un jugement de reproche fondée sur un acte objectif accompli par le groupement (« culpabilité de l'acte »)²¹⁷³, ce qui semble très contestable à l'égard des principes basiques du droit pénal²¹⁷⁴.

En définitive, on aurait des problèmes non seulement théoriques, mais aussi de politique criminelle concernant ce nouveau concept d'imputabilité fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation existantes chez les groupements. Par ailleurs, ce concept semble être également incompatible avec la loi en France et au Brésil.

257. Le texte de loi en France et au Brésil. En réalité, ni l'article 121-2 du Code pénal français, ni l'article 3 de la loi 9.605/98 au Brésil n'ont émis l'idée d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement comme solution au problème de l'incompatibilité entre la nature désincarnée des personnes morales et la notion d'imputabilité en droit pénal²¹⁷⁵. Si on regarde le texte de la loi française et brésilienne sur le thème, on peut conclure que le législateur franco-brésilien a établi uniquement deux conditions pour qu'un groupement puisse se rendre pénalement coupable d'un acte illicite. D'un côté, il faut que l'infraction soit accomplie par l'organe ou le représentant de la personne morale. De l'autre côté, il faut que l'acte illicite soit commis pour le compte de l'être collectif. De ce fait, ni une interprétation stricte, ni une interprétation large du texte pénal franco-brésilien ne nous permettrait d'appliquer cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux personnes morales en France et au Brésil²¹⁷⁶.

Ainsi, puisque dans la loi française et brésilienne aucune référence n'est faite ni à l'idée d'un défaut dans la structure de fonctionnement de la personne morale, ni à l'idée d'une complexité organisationnelle minimum chez l'être collectif, pas plus qu'à l'idée d'un programme de compliance

²¹⁷¹ Voir par exemple : E. LAMP, *op. cit.*, p. 724 et s. ; et G. HEINE, *op. cit.*, p. 187-191.

²¹⁷² Selon cette théorie, c'est dans la mesure où le mode de vie et la personnalité d'un individu sont susceptibles de reproches que cet individu intéresse au premier chef le droit pénal. Cette théorie, connue sous l'appellation de « culpabilité de l'auteur », va expliquer théoriquement le droit pénal appliqué pendant le régime du national-socialisme en Allemagne. Voir en ce qui concerne le thème : E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

²¹⁷³ Dans ce sens, voir : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 79 ; et P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 81.

²¹⁷⁴ Cette critique est adressée surtout aux théories de LAMPE et de HEINE. Voir *supra* (n° 237).

²¹⁷⁵ « Or, ce n'est pas cette solution qui a été choisie par le nouveau Code français, au moins si l'on s'en tient à la lettre de son article 121-2 selon lequel les personnes morales sont responsables des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants » J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 20.

²¹⁷⁶ Par rapport au droit français, voir G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 541.

comme cause subjective d'irresponsabilité spécifique aux groupements, on peut conclure que la consécration de cette théorie au sein du droit pénal franco-brésilien aboutirait à certains résultats qui dépassent le sens littéral et même le sens interprété de la loi en France et au Brésil. Pour cette raison, en raison du principe de légalité, on devrait rejeter l'application de cette nouvelle notion d'imputabilité dans le contexte franco-brésilienne de la responsabilité pénale des groupements. C'est d'ailleurs probablement pour ce motif qu'en France comme au Brésil, la jurisprudence n'a pas non plus consacré cette deuxième proposition.

258. La jurisprudence franco-brésilienne. En France, dans un arrêt du 26 juin 2001²¹⁷⁷, la Cour de cassation a expressément énoncé que l'exigence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement n'est pas une condition pour que soit engagée la responsabilité pénale des êtres collectifs. Selon la Cour de cassation, « la faute pénale de l'organe ou du représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale ». Cette décision a été ensuite suivie par d'autres arrêts dans lesquels la Chambre criminelle continue à rejeter expressément l'exigence d'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement comme une condition pour sa responsabilité pénale²¹⁷⁸.

Face à ces arrêts, on peut alors déduire que ce nouveau concept d'imputabilité fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation se retrouvant chez la personne morale n'est pas compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation française. En effet, si la Haute Juridiction voulait consacrer cette nouvelle notion d'imputabilité, l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de l'être collectif serait une condition pour l'engagement de la responsabilité pénale des groupements en France. Cependant, tel n'est pas le cas. Pour cette raison, il est possible de déduire par le biais de ces arrêts l'existence d'une incompatibilité entre, d'un côté, cette nouvelle notion d'imputabilité et, de l'autre côté, l'actuelle jurisprudence de la Cour de cassation en France.

Au sein du droit brésilien, le Superior Tribunal de Justiça et le Supremo Tribunal Federal ne se sont jamais directement prononcés sur le thème à l'instar de la Cour de cassation en France. En effet, la jurisprudence brésilienne n'a jamais expressément énoncé qu'un défaut dans la structure de fonctionnement du groupement n'est pas une condition pour engager la responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, dès lors que pour condamner un être collectif les Hautes

²¹⁷⁷ Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-83466.

²¹⁷⁸ Voir, par exemple, Cour de cass., Ch. crim., 23 février 2010, pourvoi n° 09-81819.

juridictions brésiliennes se satisfont du fait qu'une infraction ait été commise pour le compte du groupement par son organe ou représentant²¹⁷⁹, en n'exigeant aucune condition supplémentaire pour cette condamnation, elles énoncent, encore qu'indirectement, que l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de l'être collectif n'est pas une condition d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales.

De ce fait, on peut déduire que la jurisprudence du Superior Tribunal de Justiça et du Supremo Tribunal Federal au Brésil est, à l'instar de celle de la Cour de cassation en France, contraire à l'application de ce nouveau concept d'imputabilité propre aux groupements. En effet, si la jurisprudence brésilienne était favorable à cette nouvelle notion d'imputabilité, l'existence d'un défaut dans la structure de fonctionnement de l'être collectif devrait être perçue comme une condition pour engager la responsabilité pénale des personnes morales au Brésil, mais tel n'est pas le cas²¹⁸⁰.

259. Face au même problème une troisième proposition. Somme toute, cette nouvelle notion d'imputabilité fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation des groupements a été rejetée autant en France qu'au Brésil. En premier lieu, en raison de ses problèmes théoriques. En deuxième lieu, à cause de ses problèmes d'ordre de politique criminelle. En troisième lieu, en raison du fait que cette proposition n'était pas compatible ni avec le texte de la loi, ni avec la jurisprudence en France et au Brésil. Face à ce contexte, le droit pénal franco-brésilien devait procéder à un troisième et dernier mouvement de création à l'égard des personnes morales, afin de rendre finalement conciliable la notion d'imputabilité avec la nature désincarnée des êtres collectifs. La proposition d'une notion pragmatique d'imputabilité spécifique aux groupements est le résultat de ce dernier effort de création effectué par le droit pénal vis-à-vis des êtres moraux (§2).

§2) Une notion d'imputabilité fondée sur le pragmatisme

260. Une troisième proposition. Comme on l'a vu²¹⁸¹, la notion d'imputabilité est fondée sur certaines aptitudes personnelles que l'on doit rencontrer chez l'agent délinquant. D'un côté, l'idée

²¹⁷⁹ Voir dans ce sens : STF, 17 avril 2009, REXT n° 548.181 ; STF, 26 juin 2013, HC n° 118.439 ; et STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114.

²¹⁸⁰ En France et au Brésil, l'on pourrait faire le même raisonnement en ce qui concerne l'exigence d'une complexité organisationnelle au sein de l'entreprise comme une seconde condition d'imputabilité propre aux groupements.

²¹⁸¹ Voir *supra* (n° 187).

d'une intelligence lucide. De l'autre côté, l'idée d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction. Par conséquent, dans le cadre de cette notion, pour devenir pénalement responsable l'individu doit être doté de certaines capacités psychologiques liées à l'idée d'une structure mentale existante chez l'agent délinquant. Pour cette raison, cette notion d'imputabilité serait fondée sur certaines conditions d'imputabilité qui ne pourraient exister qu'à l'égard des êtres humains, c'est-à-dire qu'à l'égard d'un délinquant capable d'avoir un appareil psychique²¹⁸².

Face à son contenu et à ses conditions, ce concept d'imputabilité ne pourrait jamais être adaptée aux personnes morales. Le groupement est un délinquant dépourvu de structure mentale propre, c'est-à-dire un être désincarné à l'égard duquel une notion juridique fondée sur certaines capacités biopsychologiques de l'agent ne s'harmoniserait en aucun cas. Par conséquent, la personne morale ne pourrait jamais être dotée des aptitudes personnelles nécessaires pour accomplir l'exigence d'imputabilité, raison pour laquelle cette notion serait inadaptable aux êtres collectifs²¹⁸³.

Cependant, face à cette question, le droit pénal ne devrait pas nier la responsabilité pénale des groupements, mais il devrait effectuer un mouvement de création à la place d'un mouvement d'adaptation, dans le but, justement, de solutionner le problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales. Dans le cadre de ce mouvement de création, on a vu émerger plusieurs propositions. Tout d'abord, certains auteurs ont proposé de fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité, en appliquant des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales²¹⁸⁴. Ensuite, d'autres penseurs ont suggéré la création d'un nouveau concept d'imputabilité propre aux êtres collectifs, lequel serait fondé sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation des personnes morales²¹⁸⁵. Malgré le fait que ces deux premières propositions étaient très intéressantes, elles ne semblaient pas conciliables ni avec la loi, ni avec la jurisprudence en France et au Brésil. Pour cette raison, on a vu émerger une troisième et dernière proposition pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre le concept d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements : la création d'une notion pragmatique d'imputabilité propre aux personnes morales²¹⁸⁶.

²¹⁸² Dans ce sens, voir J. ZULGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 459.

²¹⁸³ Voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 276 et s.

²¹⁸⁴ Voir *supra* (n° 214 et s.).

²¹⁸⁵ Voir *supra* (n° 227 et s.).

²¹⁸⁶ Concernant cette proposition, voir : P. CONTE, *op. cit.*, p. 11 ; J.-C. SAINT PAU, *La responsabilité pénale des groupements : réalité et fiction*, p. 107 ; et C. MOULOUGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 444.

261. Le contenu d'une notion pragmatique d'imputabilité propre aux groupements. Cette nouvelle notion d'imputabilité aurait, tout d'abord, un contenu particulier. D'un côté, elle ne serait fondée ni sur l'idée d'une intelligence lucide, ni sur l'idée d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction. De l'autre côté, elle ne serait également fondée ni sur l'idée d'une capacité d'organisation, ni sur l'idée d'une liberté d'organisation que l'on pourrait rencontrer chez la personne morale. En réalité, cette nouvelle notion d'imputabilité aurait un contenu essentiellement objectif et elle serait fondée sur le simple accomplissement d'une infraction par un organe ou représentant pour le compte de la personne morale²¹⁸⁷.

De ce fait, dans le cadre de cette troisième proposition, la réalisation d'un acte illicite au nom du groupement suffirait à ce que cette nouvelle notion d'imputabilité puisse être accomplie à l'égard de l'être collectif. En effet, en raison de la nature désincarnée des personnes morales, l'ordre juridique pourrait faire un jugement de reproche envers les groupements par la seule constatation du fait que l'infraction accomplie par leur organe ou représentant est bien le produit d'une conduite et d'une volonté de l'être collectif²¹⁸⁸. Par conséquent, dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité, il ne serait pas nécessaire de rechercher chez la personne morale l'existence de certaines aptitudes personnelles liées à sa structure mentale ou à la teneur de son management, puisque l'acte illicite accompli par son organe ou représentant pour son compte suffirait à ce que l'on blâme le groupement²¹⁸⁹. Pour cette raison, en raison du contenu objectif de cette nouvelle notion d'imputabilité, le jugement de reproche effectué à l'encontre des groupements n'aurait pas les mêmes contours que celui réalisé à l'encontre des personnes physiques²¹⁹⁰.

²¹⁸⁷ Concernant le thème de l'imputabilité, M. TRIGEAUD nous explique qu'il y a deux catégories d'écoles : « les unes tendent à invoquer une doctrine [rétributiviste] d'après laquelle la sanction ou la peine compense la faute et où se manifeste l'aspect moral et subjectif de la responsabilité juridique. Les autres appellent à un [utilitarisme], qui caractérise la responsabilité sous un aspect plus social et objectif » J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable*, Paris : Ed. Bière, 1999, p. 89. Dans ce contexte, étant donné le contenu objectif de cette nouvelle notion d'imputabilité, il nous semble que cette proposition s'harmonise plus avec la seconde qu'avec la première des écoles étudiées par M. TRIGEAUD.

²¹⁸⁸ Pour cette raison, l'accomplissement des conditions de la responsabilité pénale des groupements prévues aux articles 121-2 du Code pénal français et 3 de la loi 9.605/98 au Brésil, suffit à ce que l'on puisse incriminer la personne morale dans le cadre de cette notion d'imputabilité. Tandis que la première condition va démontrer le fait que l'acte illicite est le résultat d'une conduite du groupement, la seconde va démontrer que la volonté de l'être collectif est derrière cette conduite.

²¹⁸⁹ Par ailleurs, à notre avis, cette notion pragmatique d'imputabilité est celle qui s'harmonise le mieux avec le modèle identificatoire de responsabilité pénale des groupements, lequel semble être celui qui a été choisi par le législateur en France et au Brésil lors de l'instauration de cette responsabilité dans ces deux pays.

²¹⁹⁰ « Il faudra donc examiner les règles présidant aux conditions et au régime de cette responsabilité, afin de vérifier si elles présentent un caractère axiologique, à l'image de celles qui concernent les personnes physiques ou si, inspirées du moralisme de la suffisance de l'utilité, elles ne sont qu'utilitaristes. L'interrogation apparaît d'autant plus légitime, après qu'on a lu les raisons avancées par ceux appelant de leurs vœux la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, seulement assises sur des considérations d'opportunité répressive » P. CONTE, *op. cit.*, p. 111.

262. Les contours du jugement de reproche réalisé à l'encontre des groupements. Comme on l'a vu²¹⁹¹, en ce qui concerne les personnes physiques – en raison de la notion d'imputabilité – le simple accomplissement d'un acte illicite ne suffit pas à ce que l'on puisse émettre un jugement de reproche à l'encontre de l'agent délinquant. En réalité, pour qu'une personne physique puisse faire l'objet d'une peine elle doit avoir certaines aptitudes personnelles, lesquelles sont liées à sa structure mentale²¹⁹². Dans ce contexte, c'est uniquement parce qu'elle est capable de résister à l'infraction et qu'elle sait que son comportement est interdit par la loi que la personne physique devient critiquable vis-à-vis du droit pénal. Pour cette raison, on peut conclure que l'être humain est blâmé par l'ordre juridique non seulement parce qu'il a réalisé un acte illicite, mais, surtout, parce que cet acte illicite a été accompli de manière consciente et délibérée.

En ce qui concerne les personnes morales, le jugement de reproche adressé par l'ordre juridique à leur encontre n'aurait pas les mêmes contours. Étant donné le fait que l'être collectif possède une nature désincarnée, l'accomplissement d'un acte illicite suffirait à ce que l'on puisse émettre un jugement de reproche à son encontre, sans qu'il soit nécessaire de rechercher auprès du groupement la présence de certaines aptitudes personnelles liées à l'idée d'une structure mentale chez le délinquant²¹⁹³. Pour cette raison, à la différence de ce qu'il se passe vis-à-vis des personnes physiques, les personnes morales seraient blâmées par le droit pénal non pas parce qu'elles ont accompli un acte illicite de manière consciente et délibérée, mais tout simplement parce qu'elles ont réalisé un acte illicite.

Dans ce contexte, le raisonnement par le biais duquel on pourrait conclure qu'une personne morale est blâmable à l'égard du droit pénal serait plus simple que celui effectué à propos des personnes physiques. Cette assertion est possible puisqu'au lieu de proposer un examen subjectif du délinquant, afin de savoir s'il est ou non doté de certaines aptitudes personnelles, cette nouvelle notion d'imputabilité suggère que l'on examine uniquement l'existence d'une donnée objective à l'égard des groupements : l'accomplissement d'un acte illicite par un organe ou représentant au nom de la personne morale²¹⁹⁴. En effet, cette simple constatation suffirait à ce que l'ordre

²¹⁹¹ Voir *supra* (n° 187).

²¹⁹² En ce qui concerne les personnes physiques, ces aptitudes personnelles de l'agent sont liées aux trois conditions d'imputabilité qui doivent être accomplies pour qu'on puisse reprocher l'acte illicite à l'encontre de l'individu. Voir *supra* (n° 189 et s.).

²¹⁹³ Dans ce sens, voir C. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 444.

²¹⁹⁴ Dans ce cas, le terme « imputabilité » pourrait n'avoir qu'un aspect objectif à l'égard des groupements, c'est-à-dire qu'il désignerait le caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne morale « comme un fait à sa charge, en raison de ce que ce fait provient bien de sa part et non d'une cause étrangère ». Par rapport à cet aspect objectif que la notion d'imputabilité peut avoir, voir F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, p. 10. Pour cette raison, certains auteurs ont fait remarquer que la responsabilité pénale des groupements serait fondée sur une notion objective d'imputabilité, voir dans ce sens J.-C. SAINT PAU, *La responsabilité pénale des groupements : réalité et fiction*, p. 107.

juridique puisse blâmer un être collectif dans le cadre de ce nouveau concept d'imputabilité. Pour cette raison, on pourrait conclure que, d'un côté, la personne physique serait pénalement responsable parce qu'elle a accompli consciemment et délibérément un acte illicite, tandis que, de l'autre côté, la personne morale serait pénalement responsable parce qu'elle a tout simplement réalisé un acte illicite²¹⁹⁵.

263. Le fondement du jugement de reproche réalisé à l'encontre des groupements. Toutefois, malgré cette différence entre les contours du jugement de reproche proposé dans le cadre de cette nouvelle notion d'imputabilité et celui proposé au sein du concept d'imputabilité propre aux êtres humains, le fondement de ce jugement de reproche spécifique aux groupements serait le même que celui des personnes physiques : la réalisation d'une infraction. Par conséquent, dans le cadre de cette troisième proposition, la personne morale serait blâmée par le droit pénal non pas en raison du fait qu'elle ait une structure défaillante (2^{ème} proposition), mais parce qu'une infraction a été commise par son organe ou représentant pour son compte.

264. L'exigence d'un support préalable à l'imputabilité. Dans ce contexte, on pourrait penser qu'en raison du contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements, l'être collectif n'aurait besoin de remplir aucune exigence liée à la notion d'imputabilité pour devenir pénalement responsable, puisque la réalisation d'un acte illicite par son organe ou représentant pour son compte suffirait à ce que l'on puisse faire un jugement de reproche à son encontre. Toutefois, même si les conditions d'imputabilité à l'égard des personnes physiques ne doivent pas nécessairement être remplies par la personne morale, il nous semble qu'on aurait une seule exigence préalable à l'imputabilité propre aux groupements qui devrait être remplie dans le cadre de cette troisième proposition : l'existence d'une personnalité juridique chez l'être collectif²¹⁹⁶.

²¹⁹⁵ « Il faudrait par conséquent penser que le mécanisme de l'imputation, même s'il se rencontre à propos de la personne physique, révèle que la responsabilité pénale des personnes morales, pour présenter un caractère axiologique, n'en dénote pas moins un fort particularisme. Cependant, on peut, aussi, considérer que c'est là l'indice révélateur d'une responsabilité pénale originale, d'une fausse responsabilité au fondement purement utilitariste. De fait, plusieurs arguments en ce sens peuvent être invoqués (...) » P. CONTE, *op. cit.*, p. 114. Ainsi, on pourrait penser que l'imputabilité chez les groupements serait le résultat d'une volonté essentiellement pragmatique au sein du droit pénal dans l'objectif de lutter contre le potentiel nuisible des personnes morales, lequel se manifeste toutes les fois qu'une infraction est accomplie par un organe ou représentant pour le compte de l'être collectif.

²¹⁹⁶ Notamment en France, plusieurs auteurs travaillent avec l'idée selon laquelle l'existence d'une personnalité juridique est une condition pour la responsabilité pénale des groupements. Toutefois, aucun de ces auteurs n'énoncent que cette exigence serait une condition d'imputabilité propre aux groupements (voir, par exemple : J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 717). En effet, dans le contexte franco-brésilien de la responsabilité pénale des groupements, le seul auteur qui a réfléchi à cette hypothèse est M. CIRINO DOS SANTOS, mais il le fait dans le cadre d'un raisonnement défavorable à la responsabilité pénale des groupements. Voir J. CIRINO DOS SANTOS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 276 et 277.

En effet, tant le droit pénal français²¹⁹⁷ que le droit pénal brésilien²¹⁹⁸ exigent pour la responsabilité pénale des groupements l'existence d'une personnalité juridique de la personne morale. De ce fait, on pourrait penser que cette exigence serait en fin de compte un support préalable à l'imputabilité chez les groupements, sans lequel une personne morale ne pourrait pas se rendre pénalement coupable d'un acte illicite²¹⁹⁹. Au fond, il nous semble que la personnalité juridique pourrait être perçue comme un support préalable à l'imputabilité chez les êtres collectifs puisqu'à l'instar des conditions d'imputabilité spécifiques aux personnes physiques, l'idée d'une personnalité juridique est plus liée à la personne morale elle-même qu'au fait illicite accompli par le groupement²²⁰⁰. Pour cette raison, en raison de sa proximité avec les caractéristiques personnelles de l'agent délinquant, cette exigence pourrait être comprise alors comme un support préalable à l'imputabilité chez les êtres collectifs, sans lequel il ne serait pas possible de réaliser un jugement de reproche à l'encontre d'un groupement dans le cadre de cette troisième proposition.

Par ailleurs, il nous semble que l'accomplissement de cette exigence préalable à l'imputabilité est nécessaire puisque le droit pénal ne serait pas capable de saisir les groupements dépourvus d'une personnalité juridique. En réalité, comment pourrait-on identifier cet être collectif qui n'a pas de personnalité propre ? Devant l'inexistence d'un patrimoine déterminé, comment pourrait-on lui imposer une peine d'amende par exemple ?²²⁰¹ De quelle manière, pour illustrer, allons-nous appliquer une peine de restriction d'émission de chèques à un groupement qui, sans avoir de personnalité juridique propre, ne peut pas réaliser cette activité ?²²⁰² Pour cette raison, à défaut de pouvoir être identifié par l'ordre juridique et sans pouvoir faire l'objet de certaines peines, les groupements sans personnalité juridique ne pourraient jamais devenir pénalement responsables²²⁰³.

265. Un troisième mouvement de création. En définitive, on avait donc un troisième mouvement de création effectué par l'ordre juridique à l'égard des personnes morales pour résoudre le problème de l'incompatibilité entre la nature désincarnée des groupements et la notion d'imputabilité. Il s'agissait d'un mouvement de création moins osé, au sein duquel ce nouveau concept

²¹⁹⁷ Voir J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19.

²¹⁹⁸ Voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 78.

²¹⁹⁹ Dans ce sens, voir : J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19 ; et F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 78.

²²⁰⁰ Comme on l'a vu *supra* (n° 187), l'une des particularités des conditions d'imputabilité est le fait que ces conditions sont plus liées au délinquant lui-même qu'au fait illicite accompli.

²²⁰¹ E. DREYER, *op. cit.*, p. 717.

²²⁰² Dans le même sens, voir : Y. GUYON, *Les personnes morales de droit privé*, in *Revue des Sociétés*, 1993, p. 238.

²²⁰³ On va étudier plus en détails *infra* (n° 307 et s.) le début et la fin de la personnalité juridique en ce qui concerne les personnes morales dans le cadre du droit franco-brésilien.

d'imputabilité spécifique aux êtres collectifs ne serait pas le résultat d'un notable effort d'imagination²²⁰⁴, mais serait le résultat d'un pragmatisme théorique²²⁰⁵. Par conséquent, cette nouvelle notion d'imputabilité serait beaucoup moins ingénieuse, par exemple, que celle fondée sur les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation de la personne morale. Toutefois, nonobstant son caractère plus simple et moins créatif, cette notion pragmatique d'imputabilité propre aux groupements semble bien s'harmoniser avec la loi et la jurisprudence franco-brésilienne²²⁰⁶.

266. Une proposition compatible avec la loi en France et au Brésil. En ce qui concerne la loi, il nous semble que cette troisième proposition s'accorde avec le contenu des textes pénaux en France et au Brésil, puisqu'elle ne crée pas de conditions supplémentaires à l'engagement de la responsabilité pénale des groupements, lesquelles ne seraient pas compatibles avec l'article 121-2 du Code pénal français et avec l'article 3 de la loi 9.605/98 au Brésil. En effet, comme on l'a vu, pour que ce nouveau concept d'imputabilité soit accompli il suffit qu'un acte illicite soit réalisé par un organe ou représentant au nom du groupement. Par conséquent, l'accomplissement des conditions prévues dans la loi en France et au Brésil pour la responsabilité pénale des groupements suffirait à ce que l'on puisse faire un jugement de reproche à l'encontre des êtres collectifs dans le cadre de cette troisième proposition. De ce fait, sans revendiquer l'existence de certaines conditions d'imputabilité propres aux groupements, lesquelles ne seraient pas compatibles avec le texte de la loi en France et au Brésil, ce concept pragmatique d'imputabilité semble bien s'harmoniser avec l'article 121-2 du Code pénal français et avec l'article 3 de la loi 9.605/98 au Brésil.

En outre, il nous semble que la seule exigence préalable liée à la notion d'imputabilité proposée dans le cadre de cette doctrine est pleinement compatible avec la loi en France et au Brésil. Cette assertion est possible puisque même une interprétation stricte de l'article 121-2 du Code pénal français et de l'article 3 de la loi 9.605/98 au Brésil nous permet d'aboutir à la conclusion

²²⁰⁴ Voir *supra* (n° 227 et s.).

²²⁰⁵ Par rapport au lien entre ce pragmatisme théorique et la responsabilité pénale des groupements, voir J.-H. ROBERT, *Rapport de synthèse*, p. 134.

²²⁰⁶ En outre, cette nouvelle notion d'imputabilité semble très bien s'harmoniser avec les particularités de la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil, puisque cette responsabilité a été toujours marquée, elle aussi, par un fort « pragmatisme juridique ». En effet, comme on l'a vu, dans ces deux pays, l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales dans l'ordre juridique n'a pas été le résultat d'une volonté de la doctrine, mais elle a été le résultat d'une volonté pragmatique du législateur. Pour cette raison, ce nouveau concept d'imputabilité s'harmonise également avec le pragmatisme qui a toujours orbité autour de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil, de sorte qu'on aurait un concept pragmatique d'imputabilité pour une responsabilité qui est, elle aussi, pragmatique depuis son origine. Sur ce thème, voir : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 65 ; D. MAYER, *op. cit.*, p. 292 ; et M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 22.

selon laquelle le législateur franco-brésilien, en faisant mention dans ces articles aux « personnes morales », a voulu faire référence uniquement aux êtres collectifs pourvus de personnalité juridique. Pour cette raison, il nous semble que ce support préalable à l'imputabilité spécifique aux personnes morales, lequel est proposé dans le cadre de cette théorie, s'accorde parfaitement avec la *mens legis* du législateur en France et au Brésil²²⁰⁷.

267. Une proposition compatible avec la jurisprudence en France et au Brésil. En ce qui concerne la jurisprudence, il s'avère également que cette nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements est compatible avec les arrêts de la Cour de cassation, du Superior Tribunal de Justiça et du Supremo Tribunal Federal. En effet, selon une jurisprudence bien établie en France²²⁰⁸ et au Brésil²²⁰⁹, la réalisation d'un acte illicite par un organe ou représentant pour le compte de la personne morale suffit à ce que l'ordre juridique puisse faire un jugement de reproche à l'encontre de l'être collectif, en lui imposant une peine. De ce fait, on peut en déduire que les juges franco-brésiliens, même sans l'énoncer expressément, envisagent déjà l'imputabilité des personnes morales dans le cadre d'une notion pragmatique, selon laquelle le groupement serait blâmable tout simplement parce qu'il a accompli un acte illicite, sans qu'il soit nécessaire de rechercher chez lui l'existence de certaines aptitudes personnelles liées à sa structure mentale ou à la teneur de son management. Pour cette raison, par le biais de cette jurisprudence, on peut alors conclure que cette troisième proposition faite dans le but de résoudre le problème de l'incompatibilité entre la nature désincarnée des groupements et la notion d'imputabilité en droit pénal est entièrement compatible avec les arrêts de la Cour de cassation en France, du Superior Tribunal de Justiça et du Supremo Tribunal Federal au Brésil.

Par ailleurs, cette troisième proposition s'harmonise également mieux que d'autres avec la jurisprudence en France et au Brésil pour deux raisons. Tout d'abord, parce que la seule exigence préalable liée à la notion d'imputabilité qu'elle propose est déjà utilisée par la jurisprudence franco-brésilienne. Cette assertion est possible puisqu'au sein de ces deux pays, il n'existe aucun arrêt dans lequel un être collectif dépourvu d'une personnalité juridique n'a été condamné. Par conséquent,

²²⁰⁷ Sur ce thème, voir : J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19 ; et F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 78.

²²⁰⁸ Voir dans ce sens : Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135 ; Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-86974 ; Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-82148 ; Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84660 ; Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917 ; Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-82677.

²²⁰⁹ Voir dans ce sens : STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960 ; STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114 ; STJ, 4 mars 2011, HC n° 146.044 ; STF, 15 septembre 2009, HC n° 88.747 ; STF, 19 novembre 2012, ARE n° 668.683 ; et STF, 14 octobre 2013, REXT n° 473.045 ; et STF, 19 août 2008, HC n° 92.921.

on peut déduire que cette exigence préalable liée à la notion d'imputabilité est déjà employée actuellement autant en France qu'au Brésil. Ensuite, parce que contrairement à d'autres propositions cette nouvelle notion d'imputabilité ne prévoit pas de causes de non-imputabilité propres aux groupements, lesquelles ne sont pas reconnues en tant que telles par les tribunaux franco-brésiliens²²¹⁰. Pour ces raisons, cette troisième proposition semble mieux s'harmoniser que d'autres avec la jurisprudence en France et au Brésil²²¹¹.

268. En définitive, une notion pragmatique d'imputabilité en France et au Brésil. En fin de compte, on pourrait en déduire alors que cette nouvelle notion d'imputabilité s'accorderait finalement mieux avec la loi et la jurisprudence en France et au Brésil que l'idée de fonder la responsabilité pénale des groupements sur une nouvelle notion de dangerosité (1^{ère} proposition) ou sur une notion d'imputabilité basée sur une capacité et une liberté d'organisation (2^{ème} proposition)²²¹². Pour cette raison, dans le contexte franco-brésilien, on pourrait conclure en définitive que cette troisième proposition est finalement une solution adéquate pour résoudre le problème de l'antagonisme existant entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements.

Quoi qu'il en soit, même si le problème de cet antagonisme était résolu, deux interrogations resteraient encore sans réponse. Tout d'abord, comment pourrait-on résoudre le problème du principe de personnalité des peines et des finalités des peines à l'égard des personnes morales ? Ensuite, est-ce que les causes de non-imputabilité qui existent déjà au sein du droit pénal pourraient-elles être employées vis-à-vis des groupements dans le cadre de ce nouveau concept d'imputabilité ? Bref, face à une notion pragmatique d'imputabilité, existerait-il encore d'autres obstacles à la responsabilité des groupements (**SOUS-SECTION II**) ?

²²¹⁰ On fait référence ici notamment à l'idée de l'existence d'un programme de compliance au sein de l'entreprise comme cause de non-imputabilité spécifique aux groupements.

²²¹¹ Cette nouvelle notion d'imputabilité semble s'harmoniser également avec les particularités du droit pénal contemporain, lequel est lui aussi marqué par la montée « de l'idéologie du pragmatisme qui, au nom d'une volonté d'efficacité, transforme progressivement » le système pénal. Dans ce contexte, on aurait un nouveau concept d'imputabilité propre aux personnes morales dont le contenu et les contours seraient également marqués par ce pragmatisme qui inonde le « droit pénal postmoderne ». Pour cette raison, on pourrait conclure que cette notion d'imputabilité spécifique aux groupements s'harmonise avec les caractéristiques du droit pénal actuellement en vigueur en France et au Brésil. Sur ce thème, voir : M. MASSE, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI, *op. cit.*, p. 18.

²²¹² En effet, on peut repérer plusieurs similitudes entre l'idée de fonder la responsabilité pénale des groupements sur une notion objective de dangerosité et celle de la fonder sur une notion pragmatique d'imputabilité. En premier lieu, ces deux théories ne recherchent pas chez les personnes morales certaines aptitudes personnelles, mais elles ont un contenu purement objectif. En second lieu, ces deux doctrines proposent parallèlement l'accomplissement d'un seul prérequis pour que la personne morale puisse devenir pénalement responsable : la réalisation d'un acte illicite par un organe ou représentant pour le compte du groupement. Pour cette raison, on peut conclure que ces propositions sont très similaires. Cependant, elles possèdent également des différences remarquables. Tout d'abord, la notion qui fonde la responsabilité pénale des groupements. Pour la première, la notion de dangerosité. Pour la seconde, la notion d'imputabilité. Ensuite, la réponse pénale destinée aux personnes morales. Une mesure de sûreté pour la première. Une peine pour la seconde.

Sous-section II – Face à une notion pragmatique : l'absence d'obstacle à la responsabilité des personnes morales

Face à cette troisième proposition, deux questions restaient encore sans réponse. Il convient alors de se demander, en premier lieu, si le principe de personnalité des peines et les finalités des peines étaient vraiment incompatibles avec la responsabilité pénale des groupements (§1). En second lieu, il est intéressant de se demander si les causes de non-imputabilité déjà établies en France et au Brésil pourraient être appliquées vis-à-vis de l'être collectif dans le cadre de cette notion pragmatique d'imputabilité propre aux personnes morales (§2).

§1) Le principe de personnalité, les finalités des peines et leur compatibilité avec la responsabilité des personnes morales

269. Plusieurs arguments contraires à la responsabilité des groupements. Comme on l'a vu²²¹³, à côté de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des groupements, deux autres arguments contraires à la responsabilité pénale des personnes morales ont été soulevés en France et au Brésil. D'un côté, l'antagonisme entre cette responsabilité et le principe de personnalité des peines. De l'autre côté, l'impossibilité de transposer les finalités des peines à l'égard des êtres collectifs. Nonobstant le fait qu'il s'agisse d'arguments raisonnables, ces deux prétextes contraires à la responsabilité pénale des groupements ne seraient pas de véritables obstacles à cette responsabilité, raison pour laquelle le droit pénal franco-brésilien a pu les supplanter sans grands efforts.

270. Le principe de personnalité des peines et la responsabilité des groupements. En premier lieu, le principe de personnalité des peines ne ferait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale des êtres collectifs notamment pour deux raisons.

Tout d'abord, parce que même à l'égard des personnes physiques, ce principe n'interdit pas le fait qu'une peine imposée au condamné puisse avoir des conséquences indirectes sur d'autres personnes. En réalité, ce que le principe de personnalité des peines interdit est le fait qu'une peine puisse avoir pour objet des personnes autres que le délinquant lui-même²²¹⁴, mais il n'interdit pas

²²¹³ Voir *supra* (n° 199 et s.).

²²¹⁴ Dans le même sens, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 27. Dans ce contexte, « on observera que la sanction porte sur les droits et le patrimoine propres à l'entité », donc c'est la personne morale elle-même qui est objet de la peine et non pas les personnes physiques qui la composent. Dans ce sens, voir H. RENOUT, *op. cit.*, p. 180.

que les effets de cette réponse pénale puissent avoir des répercussions indirectes sur d'autres individus que le condamné²²¹⁵. Cette assertion est possible puisque même la condamnation d'une personne physique à une peine d'emprisonnement, par exemple, entraîne toujours des effets médiats sur la famille ou sur les proches du condamné, mais cette condamnation demeure en tout état de cause compatible avec le principe de personnalité des peines. Pour cette raison, l'argument selon lequel la personne morale devrait rester pénalement irresponsable puisque le prononcé d'une peine à son encontre pourrait avoir des conséquences indirectes pour des individus autres que le groupement²²¹⁶ ne semblait pas acceptable, puisque si tel était un prétexte valable même les personnes physiques ne pourraient jamais être sanctionnées par le droit pénal, car leur responsabilité serait également incompatible avec le principe de personnalité des peines²²¹⁷.

Ensuite, cet argument défavorable à la responsabilité pénale des personnes morales semble, par ailleurs, réversible²²¹⁸ puisqu'on pourrait penser, *a contrario*, que le principe de personnalité des peines exigerait justement le contraire, à savoir : que le groupement lui-même soit sanctionné en raison d'une infraction accomplie pour son compte²²¹⁹. En effet, à l'égard de ce principe, il semble tout aussi contestable qu'une personne physique subisse toute seule une répression engendrée en raison d'un acte illicite qui a été accompli au nom d'une personne morale²²²⁰. Dans ce contexte, ce serait l'immunité des groupements aux peines et non pas le contraire qui provoquerait parfois une sanction impersonnelle, laquelle est prononcée contre une personne physique qui n'a pas accompli l'infraction en son propre nom²²²¹. Par conséquent,

²²¹⁵ « En tant que membres du groupe, ils seront atteints, non de la peine, mais des conséquences de la peine corporative » A. MESTRE, thèse préc., p. 277. Dans ce sens, voir : E. DREYER, *op. cit.*, p. 713 ; et H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 349. Par ailleurs, pour assouplir les conséquences indirectes des peines, « on peut imaginer des procédés pour désintéresser les membres du groupement dignes de protection, tels les porteurs de bonne foi ou les salariés ». Voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 483. Concernant le thème, voir également : J. LEROY, *op. cit.*, p. 235 ; et Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 386 et 387.

²²¹⁶ Par ailleurs, on peut penser « qu'imposer une responsabilité pénale au groupement tout entier, c'est inciter la totalité de ses membres à surveiller efficacement l'activité des dirigeants » E. DREYER, *op. cit.*, p. 714.

²²¹⁷ « Si ce raisonnement qui exclut toute peine corporative, comme pouvant atteindre des innocents, est exact, dit Hepp, il faut supprimer toute peine ; elle rejaillit toujours sur des innocents... ; mais l'on doit distinguer la peine et ses suites nécessaires » A. MESTRE, thèse préc., p. 283. Dans le même sens, voir : M. MEIRELES, *op. cit.*, p. 529-530 ; et F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 141. Par ailleurs, au Brésil, le Superior Tribunal de Justiça a déjà énoncé que la responsabilité pénale des groupements n'est pas contraire au principe de personnalité des peines. Voir dans ce sens : STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960 ; et STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114.

²²¹⁸ Dans le même sens, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 713 et 714.

²²¹⁹ « De plus, si on rejette la responsabilité des personnes morales pour cette raison, l'on est conduit à imputer l'infraction aux dirigeants des groupements, lesquels peuvent n'avoir joué qu'un rôle minime dans sa commission, fruit, par exemple d'une décision prise avant même qu'ils soient entrés en fonction. Le principe de personnalité des peines peut alors apparaître tout autant méconnu » J.-Y. MARÉCHAL, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 4.

²²²⁰ « D'ailleurs, cette importance est souvent allée de pair avec une certaine injustice, en ce sens que les dirigeants des personnes morales voyaient leur responsabilité engagée et retenue, alors qu'aucune participation personnelle à l'infraction en pouvait être relevée contre eux (...) Cette réalité fut une motivation très forte au soutien de la responsabilité pénale des personnes morales » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 385.

²²²¹ P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 552. Dans le même sens, voir H. RENOUT, *op. cit.*, p. 180.

imposer une peine à l'encontre d'un groupement ne serait pas une violation du principe de personnalité des peines, mais il s'agirait justement de l'inverse, c'est-à-dire faire application de ce principe afin de sanctionner le véritable auteur de l'acte illicite. Pour cette raison, on pourrait renverser cet argument défavorable à la responsabilité pénale des groupements pour aboutir à la conclusion selon laquelle le principe de personnalité des peines n'est pas un obstacle, mais, bien au contraire, il est propice à l'existence de cette responsabilité²²²².

271. Les finalités des peines et la responsabilité des groupements²²²³. En second lieu, l'idée d'une prétendue impossibilité de transposer les finalités des peines à l'égard des êtres collectifs ne semble également pas être un véritable obstacle à la responsabilité pénale des groupements. Cette assertion est possible puisque contrairement à ce qui a été énoncé par certains auteurs²²²⁴, cet antagonisme entre la nature désincarnée des groupements et les buts des sanctions en droit pénal n'est qu'illusoire, car au fond on peut rencontrer autant la finalité rétributive que la finalité préventive de la peine vis-à-vis d'une personne morale délinquante.

Tout d'abord, puisque le droit pénal réalise à l'encontre des groupements un jugement de reproche en raison de l'accomplissement d'un acte illicite, on pourrait en déduire que la finalité rétributive de la peine existe aussi en ce qui concerne la personne morale²²²⁵. En effet, cette réponse pénale serait imposée au groupement comme une sorte de punition, c'est-à-dire une rétribution que la société réclame à l'encontre de la personne morale en raison du mal qu'elle a occasionné à la communauté par le biais de l'accomplissement d'une infraction. Par conséquent, à cause de ce jugement de reproche adressé par le droit pénal à l'encontre des groupements, on pourrait penser que le dessein rétributif de la peine existerait également vis-à-vis des êtres collectifs. Toutefois, en raison de la nature désincarnée des groupements, le droit pénal ne devrait pas aboutir à ce que cette finalité rétributive de la peine puisse faire souffrir l'être collectif à l'instar des personnes physiques, en déclenchant chez les personnes morales des sentiments tels que la culpabilité ou le regret²²²⁶. Pour cette raison, le but punitif de la peine n'aurait pas chez les

²²²² Dans le même sens, voir A. COEURET, *op. cit.*, p. 113. En réalité, déjà en 1899, MESTRE a soulevé cet argument par rapport au principe de personnalité des peines et la responsabilité pénale des groupements, voir A. MESTRE, thèse préc., p. 277. Au Brésil, le premier auteur qui va travailler avec cet argument est FRANCO en 1930. Voir A. FRANCO, *op. cit.*, p. 54.

²²²³ Il faut dire que le dessein de notre étude n'est pas celui d'examiner les détails d'une théorie de la pénologie en ce qui concerne les personnes morales, mais on souhaite tout simplement démontrer que les arguments contraires à la responsabilité pénale des groupements fondés sur l'impossibilité d'appliquer une peine à l'encontre des personnes morales pourraient être commodément renversés.

²²²⁴ Voir *supra* (n° 201).

²²²⁵ Dans ce sens, voir, par exemple : W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 83 ; et G. CONTENTO, *op. cit.*, p. 146.

²²²⁶ Pour cette raison, des auteurs ont fait remarquer que le jugement de reproche réalisé à l'encontre des groupements serait « d'ordre social », parce que la responsabilité pénale des personnes morales apparaît fondée essentiellement du point

groupements la même coloration morale que celle qu'il peut avoir à propos des personnes physiques²²²⁷, mais – nonobstant cela – il existerait quand même à l'égard des êtres collectifs.

Ensuite, la finalité préventive de la peine serait également transposable vis-à-vis des groupements²²²⁸. Cette assertion est possible puisque « la menace de poursuites pénales et d'une condamnation à une ou plusieurs peines, condamnation éventuellement aggravée par l'état de récidive, est sans aucun doute de nature à faire réfléchir, sinon la personne morale, du moins les personnes physiques susceptibles de l'engager dans la voie de la délinquance »²²²⁹. Pour cette raison, en raison de l'effet dissuasif qu'une sanction peut avoir à l'égard des personnes morales, autant la finalité de prévention individuelle²²³⁰, que la finalité de prévention collective²²³¹ de la peine sont elles aussi compatibles avec les êtres collectifs²²³².

Finalement, encore en ce qui concerne ce second argument contraire à la responsabilité pénale des personnes morales, il faut dire que l'impossibilité d'employer certaines peines à l'encontre des groupements n'est également pas un obstacle à l'application de cette réponse pénale vis-à-vis des êtres collectifs²²³³. En réalité, s'il est vrai que certaines peines sont inapplicables aux personnes morales, d'autres peuvent les frapper efficacement²²³⁴. Pour cette raison, rien n'empêcherait le droit pénal de s'adapter à la nature désincarnée des groupements dans l'objectif

de vue de la société plus que du point de vue du délinquant lui-même. Dans ce sens, voir E. PICARD, *op. cit.*, p. 269. « La sanction contre un organisme collectif doit nécessairement avoir une connotation objective, très distante de l'idéal personnel et humaniste » F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 318.

²²²⁷ « De plus, la fonction rétributive de la peine n'a pas la même signification dans le cas des personnes morales. Pour elles, l'aspect moral de la sanction devient beaucoup plus abstrait » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 566 et 570.

²²²⁸ Il faut dire qu'en France et au Brésil plusieurs auteurs ont souligné le fait qu'une peine puisse avoir à l'égard des groupements une finalité plus préventive que rétributive. Voir dans ce sens : P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 73 ; S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 566 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 282 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 483 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 807 ; N. GUNSBURG et R. MOMMAERT, *op. cit.*, p. 227 et 228 ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 713 ; F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 28 ; et S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 93. Le Superior Tribunal de Justiça au Brésil semble avoir la même opinion. Cette assertion est possible puisque dans ces arrêts, la Haute Juridiction brésilienne a déjà énoncé que l'accent de la réponse pénale à l'égard des groupements doit être mis sur le caractère préventif de la peine. Voir : STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960 ; et STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114. En raison de l'accent mis sur le caractère préventif de la peine en ce qui concerne les groupements, on pourrait conclure que, par rapport aux personnes morales, il serait encore plus délicat de distinguer entre une peine et une mesure de sûreté, parce que par rapport aux groupements la peine n'aurait pas de fonction essentiellement rétributive, mais elle aurait surtout une finalité préventive. De ce fait, la principale différence entre les peines et les mesures de sûreté, le caractère afflictif de la première, ne semble pas exister avec la même intensité concernant les êtres collectifs. Quoi qu'il en soit, on pourrait se demander si cette distinction entre les peines et les mesures de sûreté aurait une utilité au sein de la responsabilité pénale des groupements, étant donné que cette responsabilité prévoit un seul genre de réponse pénale pour les êtres collectifs délinquants. Sur ce thème, voir : P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 567 ; P. GARCÍA CAVERO, *op. cit.*, p. 73 ; et P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 85.

²²²⁹ M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40. Dans le même sens, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 140.

²²³⁰ E. PICARD, *op. cit.*, p. 269.

²²³¹ « En réalité, c'est vers l'intimidation collective que ces sanctions sont orientées » H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 348.

²²³² Voir dans ce sens, M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

²²³³ Voir *supra* (n° 201).

²²³⁴ H. RENOUT, *op. cit.*, p. 180. Dans le même sens, voir : J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 483 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 713.

de prévoir des peines spécifiques à leur égard²²³⁵, lesquelles seraient pleinement compatibles avec leur nature immatérielle²²³⁶.

272. L'absence d'obstacles à l'application d'une peine à l'encontre des groupements. En définitive, il n'y aurait donc aucun obstacle qui empêchant le droit pénal d'imposer une peine à l'encontre des personnes morales en raison de l'accomplissement d'une infraction. En effet, ni le principe de personnalités des peines, ni les finalités de cette réponse pénale, ni l'impossibilité d'employer certaines peines vis-à-vis des groupements sont des arguments insurmontables, raison pour laquelle l'ordre juridique en France et au Brésil a pu les supplanter sans grands efforts. Cependant, une dernière question restait encore ouverte : les causes de non-imputabilité déjà en vigueur dans le droit pénal franco-brésilien peuvent-elles être utilisées à l'égard des êtres collectifs dans le cadre de ce nouveau concept d'imputabilité (§2) ?

§2) Les causes de non-imputabilité et la responsabilité des personnes morales

273. Les contours des causes de non-imputabilité en France et au Brésil. Autant le droit français que le droit brésilien prévoient des causes de non-imputabilité qui peuvent être soulevées par le délinquant au cours de l'instance²²³⁷. L'existence de l'une de ces causes va alors faire obstacle à que ce l'ordre juridique adresse un jugement de reproche à l'encontre de l'agent qui a accompli un acte illicite, soit parce que cet agent n'était pas doté de discernement, soit parce qu'il a agi en commettant une erreur de droit, soit parce qu'il était victime d'une contrainte, ou encore parce qu'il était soumis au commandement d'une autorité légitime²²³⁸. En effet, ces causes subjectives d'irresponsabilité effacent le caractère reprochable de l'acte illicite, raison pour laquelle elles vont

²²³⁵ « C'est un argument qui n'avait aucune chance d'être retenu, tant il est vrai que c'est à la discipline de s'ajuster aux besoins, et non l'inverse, ce qui a d'ailleurs été fait, le législateur ayant défini des sanctions originales parfaitement adaptées à la personne morale » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 386.

²²³⁶ « Les expériences déjà réalisées en ce domaine ont montré que la science pénitentiaire est suffisamment plastique pour fournir des peines ou des mesures de sûreté aptes à frapper un être moral dans sa vie (dissolution ou fermeture), dans son activité (interdiction d'exercer une profession déterminée), ou dans son patrimoine (amende, confiscation des biens) » R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 807. Tel est l'exemple donné par le législateur en France et au Brésil. Dans ces deux pays on rencontre plusieurs peines prévues dans la loi, lesquelles sont compatibles avec la nature désincarnée des groupements. En France, elles sont prévues aux articles 131-37, 131-38, 131-39 et 131-39-1 du Code pénal. Au Brésil, elles sont prévues aux articles 21, 22, 23 et 24 de la loi 9.605/98.

²²³⁷ Ces causes de non-imputabilité peuvent également être appelées causes subjectives d'irresponsabilité pénale. Au Brésil, elles sont prévues aux articles 21, 22, 26 et 27 du Code pénal. En France, elles sont prévues aux articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal.

²²³⁸ Comme on l'a vu *supra* (n° 169), en ce qui concerne le commandement d'une autorité légitime on rencontre une différence entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien. Tandis qu'en France cet événement est perçu en tant que fait justificatif, au Brésil il est perçu comme une cause de non-imputabilité.

faire obstacle à ce que l'agent devienne pénalement coupable d'une infraction. Autrement dit, le caractère illégal et le caractère injuste de l'acte demeurent, mais c'est la coloration blâmable du fait accompli qui va disparaître en raison de l'existence de l'une de ces causes de non-imputabilité.

Dans ce contexte, de par leur teneur et leurs particularités, les causes subjectives d'irresponsabilité sont liées aux aptitudes personnelles que l'on doit rencontrer chez l'individu délinquant pour que l'on puisse lui reprocher l'infraction accomplie. Cette assertion est possible puisque la présence de l'une de ces causes sera toujours à l'origine de l'abolition des aptitudes personnelles que l'agent doit avoir pour être digne d'un jugement de reproche. C'est pourquoi certaines causes de non-imputabilité effaceront l'intelligence lucide du délinquant, tandis que d'autres supprimeront sa volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction. Pour cette raison, en France et au Brésil les causes subjectives d'irresponsabilité pénale entretiennent un rapport étroit avec la notion d'imputabilité propre aux êtres humains et, plus précisément, avec les compétences intellectuelles que la personne physique doit posséder au moment des faits pour être capable d'accomplir la condition d'imputabilité.

274. La personne morale et les causes de non-imputabilité. Ainsi, on pourrait se demander si la personne morale, dont la nature est incompatible avec cette notion d'imputabilité propre aux êtres humains²²³⁹, pourrait tout de même soulever en cours de l'instance une cause subjective d'irresponsabilité. En réalité, comme on l'a vu²²⁴⁰, le concept d'imputabilité n'est pas le même pour les personnes physiques et pour les groupements. D'un côté, pour les êtres humains, on rencontre un concept d'imputabilité fondé sur les idées d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction²²⁴¹. De l'autre côté, pour les personnes morales, on rencontre une notion pragmatique d'imputabilité, laquelle est fondée sur le fait qu'un acte illicite a été commis par un organe ou représentant pour le compte du groupement²²⁴². Dans ces conditions, en raison de cette différence entre le concept d'imputabilité spécifique aux personnes physiques et celui propre aux groupements, on pourrait penser que les causes subjectives d'irresponsabilité déjà en vigueur au sein du droit pénal franco-brésilien ne seraient pas applicables aux personnes morales. Étant donné que ces causes sont liées à l'idée d'une intelligence lucide et d'une volonté techniquement libre à l'origine de l'infraction, il ne ferait pas de sens de les employer dans le cadre de ce nouveau concept d'imputabilité propre aux êtres collectifs, lequel,

²²³⁹ Voir *supra* (n° 194 et s.).

²²⁴⁰ Voir *supra* (n° 260 et s.).

²²⁴¹ Voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 93.

²²⁴² Voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 44.

contrairement au concept d'imputabilité spécifique aux personnes physiques, n'est pas fondé sur certaines aptitudes personnelles que l'on doit rencontrer chez l'agent délinquant.

Cependant, nonobstant l'absence de rapport théorique étroit entre les causes subjectives d'irresponsabilité et le contenu de la notion d'imputabilité spécifique aux groupements, on arrive quand même à imaginer que certaines causes de non-imputabilité peuvent être caractérisées à l'égard d'une personne morale²²⁴³. Bien entendu, on ne peut pas concevoir le fait qu'un groupement soit déclaré pénalement irresponsable en raison d'un trouble psychique²²⁴⁴ ou en raison de sa minorité²²⁴⁵. Néanmoins, il nous semble que la personne morale, à l'instar de l'être humain, peut accomplir une infraction dans une situation d'erreur sur le droit²²⁴⁶ ou sous l'empire d'une contrainte par exemple²²⁴⁷. Pour cette raison, même si les causes subjectives d'irresponsabilité déjà en vigueur au sein du droit pénal ne gardent pas de rapport théorique étroit avec la notion d'imputabilité spécifique aux personnes morales, certaines causes de non-imputabilité s'avèrent conciliables avec la nature désincarnée des groupements, en pouvant être caractérisées à leur égard²²⁴⁸.

²²⁴³ Dans ce sens, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 103.

²²⁴⁴ « L'hypothèse de l'état de démence étant évidemment inapplicable à un être qui est, par définition, un être de raison » B. FERRIER, *op. cit.*, p. 403.

²²⁴⁵ À notre avis, une personne morale ne peut pas soulever au cours de l'instance toutes les causes subjectives d'irresponsabilité prévues au sein du Code pénal français ou brésilien. En effet, certaines causes subjectives d'irresponsabilité, comme le trouble psychique ou neuropsychique, l'ivresse alcoolique, l'entreprise de stupéfiants, l'absence de maturité ou encore la contrainte physique sont incompatibles avec la nature désincarnée des groupements. De ce fait, il nous semble que seule l'erreur de droit, la contrainte morale et, en ce qui concerne le droit pénal brésilien, le commandement de l'autorité légitime sont des causes subjectives d'irresponsabilité qui peuvent être soulevées par une personne morale. Dans ce contexte, il nous paraît qu'une intervention du législateur franco-brésilien pourrait être utile afin que la matière soit disciplinée par la loi, car à l'heure actuelle il n'existe ni dans la loi française, ni dans la loi brésilienne un dispositif légal qui énonce quelles sont les causes subjectives d'irresponsabilité qui peuvent être soulevées par une personne morale au cours de l'instance.

²²⁴⁶ Par rapport à la possibilité pour une personne morale de soulever l'existence d'une erreur sur le droit à son égard au cours de l'instance, voir Cour de cass., Ch. crim., 19 mars 1997, pourvoi n° 96-80853. En l'espèce, la société Auchan était poursuivie étant que civilement responsable pour l'infraction de publicité portant sur l'extension d'un magasin effectuée sans autorisation de la commission départementale d'équipement commercial. Au cours de l'instance, a été soulevée l'existence d'une erreur sur le droit à l'égard autant du groupement que de son représentant. Certes, dans l'arrêt la Cour de cassation ne reconnaît pas le caractère insurmontable de l'erreur sur le droit allégué par la partie poursuivie, raison pour laquelle elle rejette le pourvoi. Cependant, dans sa décision la Haute juridiction semble admettre la possibilité qu'une personne morale puisse soulever une cause subjective d'irresponsabilité à son égard. Cette assertion est possible puisqu'en l'espèce la Cour de cassation réalise un examen pour constater l'existence ou l'inexistence de l'erreur sur le droit par rapport à la personne morale elle-même. Contre l'application de cette cause subjective d'irresponsabilité à l'égard d'un groupement, voir D. BAIGÚN, *op. cit.*, p. 99.

²²⁴⁷ « L'imputabilité de la personne morale ne présente pas forcément un particularisme par rapport à celle des personnes physiques : la contrainte, au moins morale, pourrait amener une société commerciale à commettre une infraction » P. CONTE et P. MAISTRE DE CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris : Masson, 1990, p. 201.

²²⁴⁸ Bien sûr, théoriquement l'incompatibilité demeure. Cependant, dans la mise en œuvre du droit pénal cette incompatibilité tend à disparaître, notamment parce que ces causes subjectives d'irresponsabilité sont normalement constatées de manière objective vis-à-vis du délinquant, en regardant les circonstances de fait et non pas l'appareil psychique de l'agent lui-même. Pour cette raison, on pourrait caractériser certaines causes subjectives d'irresponsabilité même à l'égard des personnes morales.

Dans ce contexte, face à la possibilité de caractériser certaines causes de non-imputabilité vis-à-vis des personnes morales, il nous semble que la discordance théorique entre les causes subjectives d'irresponsabilité et la notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs ne peut pas empêcher la personne morale de soulever une cause de non-imputabilité en sa faveur dès lors que cette cause peut être caractérisée à son égard²²⁴⁹. Certes, contrairement à la manière dont on procède avec les personnes physiques, on ne déduirait pas les conditions d'imputabilité spécifiques aux êtres collectifs des causes subjectives d'irresponsabilité déjà existantes au sein du droit pénal²²⁵⁰. Cependant, cela ne signifie pas que les causes de non-imputabilité ne puissent jamais exister vis-à-vis des personnes morales²²⁵¹. Par conséquent, nonobstant cette discordance théorique entre les causes subjectives d'irresponsabilité et la notion d'imputabilité propre aux êtres collectifs, il nous semble qu'un groupement peut quand même soulever une cause de non-imputabilité en sa faveur au cours de l'instance, dès lors que cette cause peut être constatée à son égard. Trois raisons semblent pouvoir justifier cette conclusion.

275. Les raisons qui justifient cette conclusion. Tout d'abord, le principe d'égalité. En effet, on ne rencontre ni dans la loi, ni dans la jurisprudence franco-brésilienne un quelconque obstacle qui empêcherait l'application d'une cause subjective d'irresponsabilité vis-à-vis des groupements²²⁵². De ce fait, en raison de l'égalité qui doit exister entre les personnes physiques et les personnes morales au sein du droit pénal, les êtres collectifs à l'exemple des êtres humains doivent pouvoir bénéficier eux aussi d'une cause subjective d'irresponsabilité dès lors qu'elle peut être constatée à leur égard. Au fond, il nous semble que la dissimilitude entre la notion d'imputabilité propre aux êtres humains et celle spécifique aux personnes morales n'est pas en mesure de justifier le fait que seules les personnes physiques pourraient éventuellement bénéficier d'une cause subjective d'irresponsabilité au sein du droit pénal en France et au Brésil²²⁵³. Pour cette raison, en raison du

²²⁴⁹ Dans ce sens, en énonçant que certaines causes subjectives d'irresponsabilité peuvent exister à l'égard des groupements, voir B. FERRIER, *op. cit.*, p. 403.

²²⁵⁰ Voir M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 174.

²²⁵¹ « Par ailleurs, la personne morale peut bénéficier des causes d'irresponsabilité pénale définies par les articles 122-1 à 122-8, ce qui nécessitera de la part de la jurisprudence certaines adaptations tenant à la nature de chaque cause d'irresponsabilité » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 37.

²²⁵² Il n'existe aucun article soit dans la loi française, soit dans la loi brésilienne qui empêche, directement ou indirectement, l'application d'une cause subjective d'irresponsabilité en ce qui concerne les personnes morales. Par ailleurs, la jurisprudence semble être favorable à cette possibilité, voir dans ce sens, notamment en France, Cour de cass., Ch. crim., 19 mars 1997, pourvoi n° 96-80853.

²²⁵³ « Si la faute est bien le fondement de la responsabilité pénale de la personne morale, il faut alors permettre à la prévenue de plaider l'absence de faute (...) et l'absence d'imputabilité, c'est-à-dire outre la cause d'irresponsabilité propre à l'organe ou au représentant, certaines causes d'irresponsabilité ou de non-imputabilité spécifiques à la personne morale elle-même. Ainsi, mais nous entrons dans le domaine de la fiction, la personne morale peut avoir été contrainte de commettre l'infraction » M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale : évolution ou révolution*, p. 26.

principe d'égalité, les groupements doivent eux aussi à l'instar des personnes physiques pouvoir bénéficier d'une cause subjective d'irresponsabilité prévue dans le Code pénal français ou dans le Code pénal brésilien, dès lors que cette cause peut être caractérisée à leur égard.

Ensuite, le fait que le droit pénal connaisse déjà la possibilité d'appliquer des causes subjectives d'irresponsabilité même à propos des agents délinquants qui ne sont pas soumis à une responsabilité pénale fondée sur la notion « conventionnelle » d'imputabilité. En effet, notamment au Brésil, certains auteurs énoncent que les causes de non-imputabilité peuvent être soulevées même à l'égard des individus « non-imputables »²²⁵⁴. Par conséquent, le fait que la responsabilité pénale des groupements soit fondée sur une notion autre que la notion « conventionnelle » d'imputabilité n'empêcherait quand même pas la personne morale de soulever une cause de non-imputabilité en sa faveur. En effet, si cet obstacle existait, les causes subjectives d'irresponsabilité ne pourraient jamais être invoquées à propos des personnes physiques « non-imputables », mais tel n'est pas le cas²²⁵⁵. Pour cette raison, le fait qu'une cause de non-imputabilité puisse être caractérisée à l'égard d'un individu « non-imputable » nous permet d'aboutir à la conclusion selon laquelle ces causes subjectives d'irresponsabilité, de la même manière, peuvent également être caractérisées à l'égard des êtres collectifs²²⁵⁶.

Finalement, parce qu'empêcher qu'une personne morale puisse bénéficier d'une cause subjective d'irresponsabilité dès lors que cette cause peut être constatée à son égard reviendrait, en dernier ressort, à méconnaître le principe de culpabilité en France et au Brésil²²⁵⁷. De ce fait, en dépit de la discordance théorique que l'on rencontre entre les causes subjectives d'irresponsabilité et le concept d'imputabilité spécifique aux groupements, il nous semble que le principe de

²²⁵⁴ On pense notamment à la contrainte et à l'erreur de droit par exemple. Voir dans ce sens : P. BUSATO, *Fundamentos do Direito penal brasileiro*, p. 386 et 387 ; et P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, p. 856 et 857.

²²⁵⁵ En outre, au Brésil on rencontre des arrêts au sein de la jurisprudence selon lesquels un mineur, à qui une infraction ne peut pas être imputée, peut soulever quand même en sa faveur l'existence d'une cause subjective d'irresponsabilité. Voir dans ce sens : TJDF, 15 avril 2009, AP. CRIM. n° 6840-76.2008.807.0001.

²²⁵⁶ En effet, dans le cas de l'application d'une cause subjective d'irresponsabilité à l'égard d'une personne envers qui il n'est pas possible d'imputer une infraction on rencontre aussi une discordance théorique entre la notion de dangerosité et les causes de non-imputabilité déjà existantes au sein du droit pénal. Cependant, cette discordance théorique ne va pas faire obstacle à ce qu'une cause subjective d'irresponsabilité, telle que la contrainte par exemple, puisse être invoquée par une personne envers qui il n'est pas possible d'imputer une infraction au cours de l'instance. Dans ce contexte, on peut conclure que la discordance théorique entre la notion d'imputabilité propre aux groupements et les causes subjectives d'irresponsabilité déjà existantes au sein du droit pénal n'est également pas un obstacle à l'application d'une cause de non-imputabilité à l'égard des êtres collectifs.

²²⁵⁷ En effet, selon certains, pour que l'on puisse admettre une notion d'imputabilité propre aux groupements, cette notion devrait permettre à la personne morale de soulever des causes subjectives d'irresponsabilité, faute de quoi l'on aurait une responsabilité objective des êtres collectifs. Voir dans ce sens, M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓO SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, p. 166.

culpabilité impose lui aussi l'application des causes de non-imputabilité existantes qui existent déjà en droit pénal à l'égard des personnes morales²²⁵⁸.

En définitive, malgré quelques discordances théoriques, plusieurs raisons semblent justifier alors la possibilité qu'un être collectif puisse invoquer une cause subjective d'irresponsabilité en sa faveur au cours de l'instance. Face à cette possibilité, il convient de se poser par conséquent deux questions. Tout d'abord, à l'égard de qui cette cause de non-imputabilité doit être caractérisée : auprès de l'organe, du représentant ou de la personne morale elle-même ? Ensuite, on pourrait également se demander s'il existerait une communication de l'irresponsabilité pénale entre la personne physique agissant ès qualité et le groupement dès lors qu'est constatée la présence d'une cause subjective d'irresponsabilité vis-à-vis de l'un de ces agents ?

276. La caractérisation d'une cause de non-imputabilité. À notre avis, il peut parfois arriver qu'une cause subjective d'irresponsabilité soit directement caractérisée à l'égard d'un groupement, tandis que dans d'autres hypothèses, il peut arriver qu'une cause de non-imputabilité soit constatée vis-à-vis de l'organe ou représentant personne physique, ou même vis-à-vis de ces deux agents simultanément (personne morale et personne physique).

Tout d'abord, on peut imaginer, par exemple, une situation dans laquelle au sein d'un groupe de sociétés, la société mère impose l'accomplissement d'un acte illicite à sa filiale. Dans cette hypothèse, il nous semble que la contrainte morale dont l'être collectif serait hypothétiquement victime va être constatée directement à son égard et non pas vis-à-vis de son organe ou représentant personne physique²²⁵⁹. Ensuite, on peut aussi concevoir qu'un acte illicite soit accompli par un représentant de l'être moral qui, au moment des faits était atteint d'un trouble psychique lequel a aboli son discernement. Dans ce cas, cette cause subjective d'irresponsabilité va être caractérisée directement à l'égard de la personne physique agissant ès qualité au lieu d'être caractérisée vis-à-vis de la personne morale²²⁶⁰. Pourtant, on peut finalement imaginer des situations où une cause subjective d'irresponsabilité sera vérifiée simultanément auprès du groupement et auprès de son organe ou représentant personne physique. Imaginons, pour illustrer, que la personne morale réalise une infraction par le biais d'une décision de son conseil d'administration, laquelle a été prise à la suite d'une information erronée fournie par une autorité

²²⁵⁸ Dans ce sens, voir *Ibid.* Toutefois, ces auteurs proposent la création des causes subjectives d'irresponsabilité propres aux groupements.

²²⁵⁹ L'illustration a été proposée par CARTIER, voir M.-E. CARTIER, *La responsabilité des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 26.

²²⁶⁰ L'illustration a été proposée par M. ROBERT, voir J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22.

administrative interrogée préalablement sur le besoin d'un permis de construire concernant une opération d'édification envisagée par le groupement. Dans cette hypothèse, il nous semble que l'erreur de droit dont l'être collectif serait victime va être caractérisée autant à l'égard des personnes physiques qui composent son conseil d'administration qu'à l'égard du groupement lui-même.

Pour cette raison, somme toute, il nous semble qu'une cause subjective d'irresponsabilité peut parfois être caractérisée directement à l'égard d'un groupement, tandis que dans d'autres hypothèses elle peut être constatée vis-à-vis de son organe ou représentant personne physique, ou même vis-à-vis de ces deux agents simultanément.

277. La transmission de l'irresponsabilité pénale. Face à ces différentes possibilités de caractérisation d'une cause de non-imputabilité au sein de la responsabilité pénale des groupements, la question qui se pose ensuite est celle de savoir si une cause subjective d'irresponsabilité opèrerait *in personam* ou *in rem* dès lors qu'elle est constatée uniquement à l'égard de la personne morale ou uniquement à l'égard de son organe ou représentant personne physique. En effet – contrairement aux faits justificatifs – une cause subjective d'irresponsabilité ne profite en principe qu'à l'agent auprès duquel elle est constatée. Pour cette raison, les causes de non-imputabilité opèrent normalement de manière subjective et non pas objective à l'égard des participants de l'infraction, en excluant seulement la responsabilité pénale de celui auprès duquel elle est vérifiée. Dans ce contexte, on pourrait se demander si ce raisonnement qui est valable pour la responsabilité pénale des personnes physiques serait également acceptable à propos de la responsabilité pénale des groupements.

Par rapport à cette interrogation la doctrine, notamment en France, est partagée. D'un côté, on rencontre des auteurs qui proposent une communication automatique de l'irresponsabilité pénale entre l'organe, le représentant et la personne morale, toutes les fois qu'une cause subjective d'irresponsabilité est caractérisée auprès de l'un de ces agents²²⁶¹. De l'autre côté, il y a des penseurs en désaccord avec cette communication automatique²²⁶². Pour eux, à l'instar de ce qui se passe dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes physiques, les causes

²²⁶¹ Dans ce sens, voir par exemple : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 334 ; P. FAIVRE, *op. cit.*, p. 561 et s. ; M.-E. CARTIER, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, p. 24 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 672 ; J. PLANQUE, *op. cit.*, n° 655 ; M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 108 ; et A. VITU et R. MERLE, *op. cit.*, p. 818. Au Brésil, la doctrine n'a pas encore étudié cette question.

²²⁶² Voir dans ce sens : J.-H. ROBERT, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 22 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale*, p. 1020.

subjectives d'irresponsabilité doivent toujours avoir un effet *in personam* et non pas *in rem* également en ce qui concerne la responsabilité pénale des groupements²²⁶³.

À notre avis, face à ces deux courants doctrinaux, la seconde semble avoir raison. En réalité, puisque les causes subjectives d'irresponsabilité ont à l'égard des personnes morales la même nature juridique qu'elles possèdent vis-à-vis des personnes physiques, il est plus cohérent de penser qu'elles ont un effet *in personam* aussi en ce qui concerne la responsabilité pénale des groupements. En effet, l'identité de nature juridique implique une identité de régime juridique²²⁶⁴, raison pour laquelle à notre avis une cause subjective d'irresponsabilité doit avoir un effet *in personam* et non pas *in rem* également à propos des personnes morales, en excluant seulement la responsabilité pénale de celui auprès duquel elle est vérifiée.

Quoi qu'il en soit, la constatation de la possibilité d'appliquer à l'égard des groupements une cause de non-imputabilité déjà prévue par le droit pénal, nous amène alors à certaines conclusions partielles que l'on peut faire à propos de ce mouvement de création du droit pénal vis-à-vis des personnes morales en ce qui concerne la notion d'imputabilité.

²²⁶³ Le seul arrêt concernant directement le thème a été prononcé par la Cour d'appel de Paris en 21 décembre 1949 (CA Paris, 21 décembre 1949, Dalloz 1950-51, p. 434). En l'espèce, l'existence d'une contrainte morale a été reconnue à l'égard du directeur personne physique de la revue « L'illustration », étant donné que les articles qui lui étaient reprochés lui ont été imposés par l'autorité occupante. Toutefois, l'existence de cette cause subjective d'irresponsabilité à l'égard de la personne physique n'a pas empêché la poursuite et la condamnation pour les mêmes agissements de la personne morale elle-même, en vertu de l'ordonnance du 5 mai 1945. Par conséquent, la Cour d'appel de Paris a décidé en l'espèce d'une manière contraire à la transmission automatique des causes subjectives d'irresponsabilité entre la personne physique et la personne morale. Il nous semble, cependant, que cette décision est plus le résultat d'un pragmatisme en faveur de la répression d'une propagande contraire à l'intérêt français, que le résultat d'un véritable raisonnement théorique sur le thème. Dans le même sens, voir : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 343 et 344 ; et M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 110.

²²⁶⁴ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 258.

Conclusion du Titre I

278. Un mouvement de création pour surmonter un dernier obstacle. « L'introduction en droit positif de la responsabilité pénale des personnes morales est sans doute la réforme majeure en droit pénal depuis des décennies puisqu'apparaît une nouvelle catégorie de délinquants »²²⁶⁵. « Puisqu'il s'agit de nouveaux délinquants, les groupements réclament parfois la création d'un nouveau droit pénal, propre à eux et différent de celui des personnes physiques »²²⁶⁶. En effet, si relativement à certains concepts l'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales a été réalisée par le biais d'un mouvement d'adaptation, il nous semble qu'en ce qui concerne la notion d'imputabilité cette harmonisation a été réalisée par le biais d'une démarche de création. En considérant les contours de la notion d'imputabilité et l'intensité de l'incompatibilité entre cette notion et la nature désincarnée des groupements, on arrive à comprendre pourquoi l'on a vu émerger ici un nouveau droit pénal propre aux personnes morales au lieu d'un droit pénal adapté aux groupements.

En réalité, parmi tous les concepts existants au sein du droit pénal, celui qui semble le plus humain et le plus subjectif d'entre eux est celui de l'imputabilité. Cette assertion est possible puisque, contrairement à d'autres concepts, le support empirique et théorique de la notion d'imputabilité est davantage le délinquant lui-même plus que l'acte illicite qui a été réalisé. Par conséquent, cette notion plus que d'autres a été spécialement conçue au gré des caractéristiques subjectives des êtres humains, en ayant un contenu et une structure qui travaillent avec les aptitudes personnelles qui doivent exister chez le délinquant lui-même et non pas dans le fait illicite accompli. De ce fait, la nature désincarnée des personnes morales semblait inexorablement incompatible avec la notion d'imputabilité, puisque cette notion était encore plus subjective et humaine que d'autres notions en droit pénal, de sorte qu'elle ne pourrait pas, à l'instar d'autres concepts, s'adapter à un délinquant dépourvu de corps et d'esprit tel que le groupement.

Dans ce contexte, en raison de cet irréductible antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature immatérielle des êtres collectifs, l'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales concernant le thème a été réalisée par le biais d'un mouvement de création et non pas d'un mouvement d'adaptation. Autrement dit, face à l'impossibilité d'adapter le droit pénal envers les groupements, on a créé un nouveau droit pénal spécifique aux êtres collectifs, afin de surmonter l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des

²²⁶⁵ W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 24.

²²⁶⁶ M. GARCÍA-ARÁN, *op. cit.*, p. 329.

groupements²²⁶⁷. Ainsi, en France et au Brésil, l'on a vu émerger alors trois propositions dans le cadre de ce mouvement de création.

279. *Trois propositions pour surmonter le même obstacle.* En premier lieu, des auteurs ont proposé de fonder la responsabilité pénale des personnes morales non pas sur la notion d'imputabilité, mais sur une nouvelle notion de dangerosité spécifique aux êtres collectifs, de sorte que la réponse pénale destinée aux groupements serait une mesure de sûreté au lieu d'une peine. En deuxième lieu, il a également été proposé de fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une nouvelle notion d'imputabilité propre aux groupements dont le contenu serait composé par les idées d'une capacité et d'une liberté d'organisation propres aux êtres collectifs. Finalement, en troisième lieu, l'on a vu émerger une dernière proposition pour résoudre le problème de cette incompatibilité : la création d'une notion pragmatique d'imputabilité propre aux groupements, selon laquelle la réalisation d'un acte illicite pour le compte de l'être collectif suffirait à ce que l'ordre juridique puisse blâmer la personne morale, en lui imposant l'accomplissement d'une peine.

280. *France et Brésil : une notion pragmatique d'imputabilité.* Face à ces trois propositions, au moins en ce qui concerne la mise en œuvre du droit, autant l'ordre juridique français que brésilien ont opté pour la troisième, en consacrant l'utilisation d'une notion pragmatique d'imputabilité à l'égard des groupements. Cette assertion est possible puisqu'un examen des arrêts de la Cour de cassation, du Superior Tribunal de Justiça et du Supremo Tribunal Federal sur ce thème nous permet d'aboutir à la conclusion selon laquelle la jurisprudence franco-brésilienne réalise un jugement pragmatique de reproche à l'encontre des groupements délinquants. D'après ce jugement, la simple réalisation d'un acte illicite par un organe ou représentant pour le compte de l'être collectif suffit à blâmer la personne morale, en lui imposant l'accomplissement d'une peine. De ce fait, par le biais de ces arrêts, l'on peut conclure qu'autant le droit pénal français que le brésilien ont choisi l'emploi d'une nouvelle notion pragmatique d'imputabilité propre aux groupements comme solution au problème de l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des personnes morales.

Cette similitude entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique brésilien existe peut-être en raison du fait que cette troisième proposition semblait s'accorder mieux que d'autres avec le texte de la loi qui a instauré la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil. Pour cette raison, pour ne pas dépasser le sens littéral et même le sens interprété des articles 121-2 du

²²⁶⁷ Sur ce thème, voir : F. MUNÖZ CONDE, *Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal*, in *Revista Penal*, vol. 5, p. 48-49.

Code pénal français et 3 de la loi 9.605/98 au Brésil, la jurisprudence franco-brésilienne a opté pour une notion pragmatique d'imputabilité propre aux personnes morales afin de résoudre ce dernier obstacle à la responsabilité pénale des êtres collectifs.

281. Une notion pragmatique, mais compatible avec le principe de culpabilité. Quoi qu'il en soit, l'utilisation de cette notion pragmatique d'imputabilité spécifique aux groupements n'a pas eu pour conséquence la déconsidération du principe de culpabilité en droit pénal. En premier lieu, parce que dans le cadre de cette notion la personne morale est sanctionnée en raison d'une infraction qui est bien le produit de sa propre conduite et de sa propre volonté, de sorte qu'étant donné l'identification qui existe entre l'organe, le représentant et l'être collectif, la personne morale devient responsable en raison de sa propre faute et non pas en raison de la faute d'autrui. En second lieu, parce que nonobstant quelques discordances théoriques concernant le thème, rien n'empêche que dans le cadre de ce nouveau concept pragmatique d'imputabilité le groupement puisse soulever en sa faveur une cause de non-imputabilité déjà établie au sein du droit pénal. Pour cette raison, en dépit de son pragmatisme théorique, cette troisième proposition demeure compatible avec le principe de culpabilité en France et au Brésil.

282. L'inexistence d'arguments contraires à cette responsabilité. En outre, il nous semble qu'une fois ce mouvement de création réalisé, ni le principe de personnalité des peines, ni les finalités de cette réponse pénale, ou encore l'impossibilité de prononcer certaines peines vis-à-vis des groupements n'étaient de véritables obstacles à la responsabilité pénale des groupements. De ce fait, on peut conclure que c'est par le biais d'une double dialectique, à la fois d'adaptation et de création, que l'harmonisation entre la responsabilité des personnes morales et le droit pénal a été achevée. Par conséquent, en France et au Brésil un groupement peut, à l'heure actuelle, non seulement accomplir un fait illicite, mais également faire l'objet d'un jugement de reproche réalisé par l'ordre juridique à son encontre. La constatation de cette double dialectique nous amène alors à l'examen du champ d'application de la responsabilité pénale des êtres collectifs, lequel nous sert finalement à démontrer que le raisonnement qui concerne l'existence d'un mouvement d'adaptation et de création, utilisé tout au long de cette étude, a sa raison d'être (**TITRE II**).

TITRE II. Le champ d'application de la responsabilité des personnes morales

283. Le champ d'application de la responsabilité des groupements. L'étude du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil semble essentiellement passer par deux interrogations. D'un côté, la question de savoir qui sont les êtres collectifs concernés par cette responsabilité. De l'autre côté, la question du groupe d'infractions en raison desquelles une personne morale peut devenir pénalement responsable dans ces deux pays. Au fond, c'est uniquement lorsqu'on connaît la réponse à ces deux questions qu'on peut avoir une notion exacte de l'ampleur de la responsabilité des êtres collectifs en France et au Brésil.

Au sujet de la première interrogation, il est intéressant de remarquer qu'on constate au sein du droit pénal franco-brésilien qu'autant les personnes morales de droit public que celles de droit privé peuvent devenir pénalement responsables. Cependant, tandis que les premières possèdent un régime spécial de responsabilité, en ayant certaines immunités pénales, les secondes sont soumises à un régime commun de responsabilité et peuvent devenir pénalement coupables de toutes les infractions accomplies par leurs organes ou représentants.

Au sujet de la seconde interrogation, il est également intéressant de remarquer qu'on constate que les législateurs français et brésilien ont préféré limiter dans un premier temps l'étendue de la responsabilité des groupements à une liste précise d'infractions, en consacrant un principe de spécialité dans la matière. Toutefois, cette limitation n'a été que provisoire, puisqu'on rencontre actuellement en France et au Brésil une démarche allant dans le sens de l'abandon, total ou partiel, du principe de spécialité.

Quoi qu'il en soit, l'étude du champ d'application de la responsabilité des groupements nous conduira à revenir sur l'idée selon laquelle le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des êtres collectifs a été réalisé par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. Cette assertion est possible puisqu'on rencontre dans le champ d'application de la responsabilité des groupements autant d'éléments qui confirment l'idée d'un mouvement d'adaptation, que d'éléments qui corroborent l'idée d'un mouvement de création du droit pénal à l'égard des êtres collectifs. De toute façon, afin de mieux comprendre cette assertion, on doit, tout d'abord, étudier quelles sont les personnes morales concernées par cette responsabilité (**CHAPITRE I**), pour ensuite analyser pour quelles infractions ces groupements peuvent devenir pénalement responsables en France et au Brésil (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I – Le champ d'application en ce qui concerne les personnes morales

284. Deux différents régimes de responsabilité. La première question à laquelle il convient de répondre quand l'on examine le champ d'application de la responsabilité des groupements en France et au Brésil est celle relative au fait de savoir qui sont les personnes morales qui peuvent devenir pénalement coupables dans ces deux pays. Dès lors qu'on essaie de répondre à cette question on s'aperçoit qu'au sein du droit pénal franco-brésilien les personnes morales peuvent être soumises à deux régimes différents de responsabilité, de sorte que le champ d'application de la responsabilité des groupements ne concerne pas indistinctement tous les êtres collectifs de droit public et de droit privé.

En premier lieu, les personnes morales peuvent être soumises à un régime spécial de responsabilité (**SECTION I**). Au sein de ce régime, les groupements possèdent certaines immunités pénales grâce auxquelles ils sont totalement ou partiellement irresponsables des infractions accomplies par leurs organes ou représentants pour leur compte. Notamment en France, ce premier régime de responsabilité est expressément prévu pour deux genres de personnes morales. D'un côté, l'État. De l'autre côté, les collectivités territoriales et leurs groupements.

En second lieu, les personnes morales peuvent également être soumises à un régime commun de responsabilité (**SECTION II**). Dans le cadre de ce régime les groupements n'ont aucune immunité pénale, de sorte qu'ils peuvent devenir pénalement responsables de toutes les infractions accomplies par leurs organes ou représentants pour leur compte. Au sein de ce régime commun de responsabilité on rencontre alors non seulement les êtres collectifs de droit public au-delà de l'État et des collectivités territoriales, mais également les personnes morales de droit privé, lesquelles semblent être les principales destinataires de la responsabilité pénale des groupements.

Section I – Les personnes morales bénéficiant d'un régime spécial de responsabilité

Particulièrement en France, au sein des groupements qui ont un régime spécial de responsabilité, on rencontre deux genres des personnes morales. En premier lieu, l'État, lequel possède une immunité pénale absolue qui interdit la possibilité d'infliger des peines à l'encontre de la Société politique (**SOUS-SECTION I**). En second lieu, on rencontre les collectivités territoriales et leurs groupements, lesquels peuvent être sanctionnées par le droit pénal, mais uniquement pour des infractions commises dans l'exercice d'une activité susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – L'État

La possibilité ou l'impossibilité de rendre l'État pénalement coupable d'une infraction est un thème controversé en droit pénal. D'un côté, plusieurs arguments semblent justifier une irresponsabilité pénale de la Société politique (§1). Toutefois, de l'autre côté, diverses raisons démontrent que cette irresponsabilité pénale est contestable, c'est pourquoi l'État pourrait à l'instar d'autres personnes morales se rendre pénalement coupable d'un acte illicite (§2). Face à ce thème polémique, on rencontre quand même dans le contexte franco-brésilien une propension à l'exclusion de l'État du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements.

§1) Une irresponsabilité pénale justifiée

285. Une différence dans le contexte franco-brésilien. Si en France l'article 121-2 du Code pénal prévoit l'inexistence de la responsabilité pénale de l'État, en énonçant expressément que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement »²²⁶⁸, au Brésil, l'article 3 de la loi 9.605/98 est silencieux sur ce thème, en ne prévoyant ni la possibilité de condamnation de l'État, ni sa mise à l'écart²²⁶⁹. En effet, au sein de la loi brésilienne, le législateur énonce seulement que « les personnes morales sont (...) pénalement responsables », sans rien énoncer en rapport avec la responsabilité ou à l'irresponsabilité pénale de l'État.

Il nous semble que le législateur brésilien, face à un thème polémique²²⁷⁰, a préféré laisser le soin à la jurisprudence de confirmer ou d'infirmier une éventuelle immunité pénale au profit de l'État²²⁷¹. Toutefois, jusqu'à aujourd'hui, on ne rencontre aucun arrêt, ni du Superior Tribunal de Justiça, ni du Supremo Tribunal Federal, qui affirme ou qui nie la capacité pénale de l'État, de sorte

²²⁶⁸ Dans un arrêt du 11 août 1848, la Cour de cassation en France avait déjà annoncé que « l'État ne peut jamais être réputé auteur d'un délit ou d'une contravention » (voir Cour de cass., Ch. crim., 11 août 1848, S. 48, 1.739). Toutefois, dans un arrêt du 1^{er} février 1892, la Cour de cassation a changé d'avis, en énonçant que « l'État peut être déclaré contrefacteur », c'est-à-dire il serait capable d'accomplir une infraction (voir Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} février 1892, S. 92.137). Concernant le thème, voir également A. MESTRE, thèse préc., p. 231.

²²⁶⁹ Sur ce thème, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 75.

²²⁷⁰ Concernant le caractère polémique de ce sujet, M. HERMANN énonce que « si l'introduction du principe de la responsabilité des personnes morales choque peu d'auteurs en ce qui concerne les personnes morales de droit privé, il en va autrement concernant les personnes morales de droit public » J. HERMANN, Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration, in *Recueil Dalloz*, Paris : Dalloz, 1998, p. 199. Concernant le thème, voir aussi W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 211.

²²⁷¹ « L'immunité est une cause d'irresponsabilité pénale qui peut résulter soit de la qualité de l'auteur des faits, soit des circonstances de l'infraction, soit de ces deux éléments à la fois. Elle présente parfois un caractère général, mais le plus souvent elle est limitée à certaines infractions. Les différentes immunités se justifient par des intérêts propres à chacune d'entre elles » *Dictionnaire sciences criminelles*, Paris : Dalloz, 2004, p. 505. En ce qui concerne les personnes morales, il nous semble que les immunités prévues au sein du champ d'application de leur responsabilité pénale sont des immunités liées à la qualité de l'auteur des faits, lesquelles présentent un caractère général.

que la question de l'exclusion ou l'inclusion de la Société politique dans le champ d'application du droit pénal reste encore ouverte au Brésil²²⁷².

Face à ce vide législatif et jurisprudentiel, le projet du nouveau Code pénal brésilien prévoit à l'exemple de l'actuel Code pénal français l'irresponsabilité pénale de l'État²²⁷³. Il paraît que le législateur brésilien, à l'instar du législateur français, est maintenant convaincu du fait que plusieurs raisons pourraient justifier une immunité de la Société politique au sein de la responsabilité pénale des groupements.

286. Plusieurs raisons pour justifier cette immunité. En premier lieu, cette immunité serait justifiée par le principe de séparation des pouvoirs²²⁷⁴. En raison de ce principe, il serait interdit au pouvoir judiciaire de contrôler, grâce au juge pénal, les activités réalisées au sein d'autres pouvoirs de l'État, tels que les pouvoirs législatif et exécutif²²⁷⁵. En effet, ce contrôle pourrait au fond méconnaître la souveraineté de la Société politique, notamment lorsqu'elle remplit ses missions d'intérêt général²²⁷⁶. De ce fait, pour ne pas faire fi ni de la souveraineté de l'État, ni du principe de séparation des pouvoirs, la Société politique devrait recevoir une immunité absolue en ce qui concerne sa responsabilité pénale. Cet argument contraire à l'entrée de l'État dans le champ pénal semblait très fragile, notamment parce qu'un tel contrôle est déjà réalisé dans d'autres branches du droit²²⁷⁷. Cependant, il a quand même été le principal prétexte invoqué par les parlementaires français lors de l'élaboration du nouveau Code pénal afin de justifier l'exclusion de la Société politique du champ d'application du droit pénal²²⁷⁸. Toutefois, il n'a pas été le seul argument favorable à l'irresponsabilité pénale de l'État.

²²⁷² En réalité, ce vide législatif et jurisprudentiel a ouvert l'espace à une doctrine hétérogène au Brésil, au sein de laquelle on rencontre des auteurs favorables à une immunité pénale de l'État (voir, par exemple, F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 77), mais également des auteurs contraires à l'irresponsabilité pénale de l'État (voir, par exemple, P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 60).

²²⁷³ En effet, l'article 41 du projet de nouveau Code pénal brésilien prévoit que toutes les personnes morales de droit public sont pénalement irresponsables, c'est-à-dire il est établi une immunité pénale absolue au profit de tous les groupements de droit public, sans aucune restriction ou limitation.

²²⁷⁴ En ce qui concerne les contours de ce principe au sein du droit français, voir M. TROPPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris : LGDJ, 1980. Par rapport au thème, en ce qui concerne le droit pénal brésilien, voir A. FRANCO, *op. cit.*, p. 127 et s.

²²⁷⁵ « Il fut d'abord considéré que la séparation des pouvoirs n'eût pu que souffrir d'une telle responsabilité, l'autorité judiciaire n'ayant pas à connaître des actions ou omissions de l'État dans l'exercice de ses autres fonctions, législative et exécutive » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 407.

²²⁷⁶ E. DREYER, *op. cit.*, p. 822. Dans son rapport au gouvernement, le Conseil d'État considère que « les personnes morales de droit public sont par leur nature, et quelle que soit leur activité, dépositaire d'une part de la puissance publique. À ce titre elles disposent de prérogatives qui y sont attachées et sont tenues par les devoirs que comporte son exercice. Elles ne sauraient être placées sous le contrôle des juridictions répressives sans qu'il soit porté au principe de la séparation des pouvoirs une atteinte particulièrement grave » JO Sénat CR, 11 mai 1989, p. 624.

²²⁷⁷ Notamment en ce qui concerne le droit administratif et civil. On va étudier *infra* (n° 287) les critiques qu'on peut dresser à cet argument.

²²⁷⁸ Voir JO Sénat CR, 11 mai 1989, p. 624.

En deuxième lieu, la Société politique devrait demeurer hors du droit pénal également parce que sa responsabilité provoquerait une confusion entre le sujet actif et passif de la réponse pénale. En effet, puisque l'État détient le monopole de la répression²²⁷⁹, sa responsabilité serait à l'origine d'une situation singulière : la personne qui crée la norme pénale et la fait respecter serait aussi responsable de sa violation, en étant soumise à sa sanction²²⁸⁰. De ce fait, à cause de cette situation très peu logique, dans laquelle la Société politique se punirait elle-même, l'État devrait rester hors du champ pénal²²⁸¹.

En outre, également en raison de cette confusion entre le sujet actif et passif de la réponse pénale, la peine pourrait perdre sa finalité rétributive vis-à-vis de la Société politique. En réalité, quel pourrait être l'appauvrissement de l'État à partir du moment où l'argent utilisé pour payer une peine d'amende, par exemple, sort pour ensuite rentrer dans la même caisse ?²²⁸² Pour ces raisons, la Société politique devrait rester pénalement irresponsable, car son entrée dans le champ d'application du droit pénal serait à l'origine d'une responsabilité très peu logique, au sein de laquelle la peine pourrait perdre sa finalité rétributive.

En troisième lieu, l'État devrait demeurer hors du champ pénal parce qu'on voit mal en quoi il pourrait avoir un intérêt dans l'accomplissement d'une infraction²²⁸³. En effet, comme on l'a vu²²⁸⁴, parmi les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales, il y a l'exigence selon laquelle l'action ou l'omission illicite accomplie par l'organe ou le représentant du groupement soit réalisée dans l'intérêt de l'être collectif. Dans ce contexte, en ayant conscience que l'État poursuit presque toujours un intérêt général²²⁸⁵, guidé par le « respect scrupuleux des normes qui délimitent sa spécialité fonctionnelle »²²⁸⁶, on pourrait se demander comment une infraction pourrait être accomplie dans l'intérêt de la Société politique ?²²⁸⁷ En réalité, la contradiction entre le but illégal d'une infraction et la finalité d'intérêt général de l'État semblait alors empêcher sa responsabilité

²²⁷⁹ « L'État, en ayant le monopole de la puissance publique, détient aussi le monopole de la répression » J. HERMANN, *op. cit.*, p. 196.

²²⁸⁰ Dans ce sens, voir P. COUVROT, La responsabilité pénale des personnes morales – un principe nouveau, *in Petites Affiches*, 6 octobre 1993, n° 120, p. 13.

²²⁸¹ « L'État ne peut en effet pas punir et se punir » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 281. Dans ce sens, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 142.

²²⁸² « Une peine d'amende n'aurait eu aucune portée rétributive, pour correspondre à une sortie du Trésor public, immédiatement destinée... au Trésor public » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 365. Déjà en 1899, MESTRE avait souligné cette question, voir A. MESTRE, thèse préc., p. 261.

²²⁸³ Dans ce sens, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 118.

²²⁸⁴ Voir *supra* (n° 94 et s.).

²²⁸⁵ Concernant le thème, voir M. VILLIERS, *Droit public général*, Paris : LexisNexis, 2006, p. 437.

²²⁸⁶ L'État, « lié par l'obligation d'agir dans le respect scrupuleux des normes qui délimitent sa spécialité fonctionnelle, se trouverait de ce fait dans l'incapacité juridique d'avoir une volonté délictuelle sous prétexte que ces normes législatives ou réglementaires ne peuvent jamais lui donner compétence pour commettre des infractions » B. FERRIER, *op. cit.*, p. 402.

²²⁸⁷ Dans ce sens, voir : E. MILARE, *A nova tutela penal do meio ambiente*, São Paulo : Revista de direito ambiental, 1999, p. 101 ; et F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 77.

pénale, car la Société politique ne s'avérait jamais capable d'accomplir les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales²²⁸⁸.

Finalement, en quatrième lieu, les opposants à la responsabilité pénale de l'État ont également soulevé l'argument selon lequel la punition de la Collectivité publique pourrait paralyser des activités régaliennes, ce qui ne serait pas souhaitable. En effet, en imposant certaines peines à l'encontre de la Société politique, telles que les peines de dissolution ou d'interdiction d'exercer certaines activités par exemple, on pourrait arriver à des situations dans lesquelles l'intérêt général serait gravement affecté en raison de la cessation ou de la suspension des activités de l'État²²⁸⁹. Par conséquent, face à ce risque, la Société politique devrait rester pénalement irresponsable, car sa responsabilité pourrait avoir des effets délétères à l'égard des principes de continuité et de nécessité du service public²²⁹⁰.

En définitive, en raison de ces arguments, le législateur français a opté pour l'exclusion de l'État du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements, en lui conférant une immunité absolue en ce qui concerne les infractions accomplies au sein de la République et ses ministères²²⁹¹. Au Brésil, l'article 3 de la loi 9.605/98 est silencieux sur le thème et la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question. De ce fait, l'état actuel du droit au Brésil ne nous permet pas de savoir avec certitude si la Société politique peut ou non se rendre pénalement coupable d'une infraction accomplie par ses organes ou représentants²²⁹².

Toutefois, nonobstant son silence initial, le législateur brésilien semble à l'avenir vouloir suivre les pas du législateur français en la matière²²⁹³. Cette assertion est possible puisque le projet

²²⁸⁸ Par ailleurs, étant donné que les conduites de l'État sont normalement déterminées par une loi, par un règlement ou par une décision administrative, on peut se demander si la Société politique ne pourrait pas invoquer constamment l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime comme une cause d'irresponsabilité pénale à son égard. De ce fait, même si l'on prévoit sa responsabilité, l'État aurait toujours – en principe – un fait justificatif ou une cause de non-imputabilité en sa faveur pour plaider son irresponsabilité devant une juridiction. En ce qui concerne le thème, voir B. FERRIER, *op. cit.*, p. 400.

²²⁸⁹ Dans ce sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 107.

²²⁹⁰ « D'autres sanctions porteraient atteinte à la continuité du service public et iraient au-delà de ce que le juge administratif lui-même n'aurait jamais imaginé pouvoir faire » J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 36.

²²⁹¹ Concernant le droit pénal français, voir CA Nancy, 1^{er} mars 2007, D. 2007. 2218, note Danet ; AJ pénal 2007. 335, obs. Herzog-Evans.

²²⁹² La doctrine brésilienne est à son tour partagée. D'un côté, il y a des auteurs qui sont favorables à l'irresponsabilité pénale de l'État, voir dans ce sens : F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 77 ; F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 118 ; A. FRANCO, *op. cit.*, p. 130 ; et S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 142. De l'autre côté, il y a des auteurs contraires à cette irresponsabilité, voir dans ce sens : A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 160 ; P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 60 et s. ; et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 212.

²²⁹³ Cette immunité pénale de l'État n'a pas existé cependant dans le Tribunal de Nuremberg. En effet, au sein de cette Cour Pénale Internationale, l'État allemand, à la suite de sa défaite et de sa capitulation, a fait l'objet de plusieurs mesures de sûreté. Sur ce thème, voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 349. Toutefois, cette irresponsabilité pénale de l'État semble être la règle, car plusieurs pays la prévoient, tels que par exemple la Belgique, les Pays-Bas, la Finlande et la Espagne. L'une des rares exceptions à cette immunité existe au sein du droit pénal danois. En effet, l'article 27 du Code pénal danois prévoit la responsabilité pénale de l'État « pour les infractions qui n'ont pas été commises dans l'exercice des prérogatives liées à la puissance publique ». Sur ce thème, voir S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona : Ed. Bosch, 1998, p. 336.

du nouveau Code pénal brésilien, à l'instar du Code pénal en France, prévoit lui aussi l'irresponsabilité pénale de l'État et cela même face aux contestations que l'on peut faire à l'encontre de cette irresponsabilité (§2).

§2) Une irresponsabilité pénale contestée

287. Plusieurs arguments en faveur de la responsabilité pénale de l'État. Contre l'immunité pénale de l'État, des auteurs²²⁹⁴ en France et au Brésil ont également soulevé plusieurs arguments. Ces arguments tendent non seulement à renverser les raisons qui justifient l'irresponsabilité de la Société politique, mais ils tendent également à invoquer de nouveaux prétextes allant dans le sens de l'entrée de l'État dans le champ d'application du droit pénal.

En premier lieu, les détracteurs de cette immunité ont énoncé que le principe de séparation des pouvoirs ne suffirait pas à justifier l'incapacité pénale de la Société politique. Tout d'abord, parce que certaines activités de l'État sont déjà soumises à un contrôle et peuvent donner lieu à des condamnations prononcées à l'encontre de la Société politique par les tribunaux de l'ordre judiciaire²²⁹⁵. Par conséquent, si le contrôle et la condamnation de la Collectivité publique est déjà possible dans d'autres branches du droit, pourquoi ne seraient-ils pas possibles au sein du droit pénal ? Ensuite, le principe de séparation des pouvoirs ne serait pas capable de justifier l'irresponsabilité de la Société politique aussi parce que ni la souveraineté de l'État, ni l'indépendance entre les pouvoirs ne peuvent justifier une insoumission absolue de la Collectivité publique aux lois pénales²²⁹⁶. En effet, l'État de droit doit lui aussi être subordonné aux règles du droit, y compris les normes de droit pénal²²⁹⁷. De ce fait, on pourrait penser que si la souveraineté de l'État ou l'indépendance entre les pouvoirs constituaient vraiment des empêchements à la soumission de la Société politique aux lois pénales, elles auraient aussi pour conséquence d'empêcher la soumission de l'État aux lois civiles ou administratives, mais tel n'est pas le cas²²⁹⁸.

²²⁹⁴ En ce qui concerne le droit pénal brésilien, voir par exemple W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 212. Par rapport au droit pénal français, voir pour illustrer B. FERRIER, *op. cit.*, p. 401.

²²⁹⁵ Dans ce sens, voir A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 163.

²²⁹⁶ « C'était également cette souveraineté que l'on invoquait autrefois pour justifier l'irresponsabilité civile de l'État. Or, l'État est devenu civilement responsable, tout restant souverain, en un certain sens. Par conséquent, en tant que telle, la souveraineté n'est sans doute pas le meilleur fondement pour justifier ou expliquer l'irresponsabilité pénale de l'État » E. PICARD, *op. cit.*, p. 275.

²²⁹⁷ « C'est d'ailleurs le propre de l'État de droit que de s'autolimiter et, à ce titre, de s'auto-sanctionner » E. PICARD, *op. cit.*, p. 276. « L'administration participe à l'élaboration des bases légales de la répression, mais n'en demeure pas moins susceptible de tomber sous le coup de la loi pénale dans la mesure où cette participation ne se fait pas selon les formes et conditions prescrites par la Constitution, les principes généraux du droit, la loi, ou toute autre source de droit applicable » B. FERRIER, *op. cit.*, p. 401.

²²⁹⁸ Sur ce thème, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 60.

Pour ces raisons, le principe de séparation des pouvoirs ne serait pas un argument valable pour justifier l'irresponsabilité pénale de l'État²²⁹⁹.

En deuxième lieu, la doctrine a aussi souligné qu'une éventuelle confusion entre le sujet actif et le sujet passif de la réponse pénale ne serait également pas un obstacle à la responsabilité pénale de l'État. En réalité, un examen plus approfondi de cet argument démontre son absurdité, puisque la Société politique, notamment dans d'autres branches du droit, est bien capable de s'infliger à elle-même une sanction²³⁰⁰. En outre, le raisonnement selon lequel une peine pourrait perdre sa finalité rétributive à l'égard de l'État semble lui aussi réversible. Cette assertion est possible car la Société politique n'est pas une entité monolithique, mais elle est constituée par différentes entités « plus ou moins distinctes les unes des autres »²³⁰¹. De ce fait, l'appauvrissement de l'État serait possible par le biais du prononcé d'une peine d'amende à son encontre, puisque la caisse de sortie pourrait être différente de la caisse de réception de l'argent utilisé par la Société politique pour payer cette peine d'amende. Par conséquent, contrairement à ce qu'on pourrait penser, la finalité rétributive de la réponse pénale pourrait également exister vis-à-vis de l'État²³⁰².

En troisième lieu, la prétendue contradiction entre le but illégal d'une infraction et la finalité d'intérêt général de la Société politique ne constituerait également pas un obstacle à sa responsabilité pénale. Tout d'abord, parce que même si l'État aurait difficilement un intérêt dans la réalisation d'un acte illicite, il peut avoir de toute façon un intérêt dans une activité génératrice d'une infraction ou dans une activité à l'occasion de laquelle un acte illicite est accompli, c'est qui suffirait à ce que la condition du « pour leur compte » puisse être remplie à son égard. Ensuite, parce que nonobstant le fait qu'à grande peine l'État peut avoir un intérêt direct dans la réalisation d'une infraction, il peut quand même obtenir un profit économique ou moral par le biais de l'accomplissement d'un acte illicite, ce qui suffirait également à ce que cette seconde condition de responsabilité puisse être caractérisée à son égard. De ce fait, face à ces hypothèses, on devrait conclure que la condition du « pour leur compte » pourrait être accomplie même par l'État, raison pour laquelle une prétendue contradiction entre le but illégal d'une infraction et la finalité d'intérêt général de la Société politique ne serait pas un argument valable pour justifier l'exclusion de l'État du champ d'application du droit pénal.

²²⁹⁹ Par ailleurs, en ce qui concerne le droit français, « ce principe n'a pas de valeur absolue, le législateur peut porter atteinte au principe des séparations des autorités et placer la puissance publique sous le contrôle des juridictions judiciaires » J. HERMANN, *op. cit.*, p. 200. Voir également Conseil Const., décision n° 29-224 DC, 23 janvier 1987.

²³⁰⁰ Dans ce sens, voir S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 558.

²³⁰¹ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 5.

²³⁰² Dans ce sens, voir W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 212.

En quatrième lieu, le risque d'appliquer certaines peines à l'encontre de la Collectivité publique et, conséquemment, paralyser plusieurs activités régaliennes ne serait aussi un véritable obstacle à la responsabilité pénale de l'État. En effet, ce risque montrerait uniquement l'inaptitude de la Société politique à être l'objet de certaines sanctions, mais non pas son incapacité à devenir pénalement responsable²³⁰³. Par conséquent, une fois déterminées les peines compatibles avec les particularités de l'État, rien n'empêcherait sa responsabilité pénale²³⁰⁴.

Finalement, en cinquième lieu, l'État devrait être pénalement responsable puisque sa responsabilité, au moins pour les activités en dehors de ses compétences régaliennes, s'articulerait mieux avec la pratique déjà développée au sein du droit pénal international²³⁰⁵. Cette assertion est possible pour deux raisons. Tout d'abord, parce que sur le plan transnational, on rencontre déjà une responsabilité pénale des gouvernants et des organes de l'État, laquelle peut être recherchée lorsqu'une infraction est accomplie au sein d'une activité qui ne se rattache pas à l'exercice de la souveraineté de la Société politique²³⁰⁶. Ensuite, parce que progressivement « la responsabilité pénale de l'État se développe sur la scène internationale », notamment pour des crimes qui heurtent la conscience universelle²³⁰⁷. Pour ces raisons, l'existence d'une responsabilité pénale de la Collectivité publique sur le plan national s'articulerait mieux avec la pratique déjà développée sur le plan international, puisqu'au sein du droit transnational on ne rencontre pas d'irresponsabilité absolue de la Société politique par rapport aux actes illicites réalisés par ses organes ou représentants.

288. Même face aux critiques, une immunité absolue. Toutefois, même face à ces arguments, l'article 121-2 du Code pénal français prévoit une immunité pénale absolue au profit de l'État, en l'excluant du champ d'application de la responsabilité des groupements. Au Brésil, l'article 3 de la loi 9.605/98 est muet sur le thème, mais, nonobstant les arguments contraires à l'irresponsabilité

²³⁰³ « L'impossibilité matérielle d'appliquer une peine ne saurait entraîner l'irresponsabilité pénale » de l'État. Voir, A. MESTRE, thèse préc., p. 201.

²³⁰⁴ « Une éventuelle extension de la responsabilité pénale des personnes morales à l'État aurait supposé une réflexion sur les peines applicables à ce dernier » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 6. En effet, comme l'on verra *infra* (n° 298), cette limitation en ce qui concerne les sanctions applicables aux personnes morales de droit public existe déjà en France. Cette capacité du droit pénal dans le sens d'adapter les peines aux particularités des groupements de droit public confirme alors l'idée selon laquelle l'incompatibilité entre la nature de l'État et certaines peines en droit pénal n'est pas un argument valable pour justifier son irresponsabilité pénale.

²³⁰⁵ Dans ce sens, voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 339. Voir également A. PELLET, *Responsabilité de l'État pour commission d'une infraction*, in *Droit international pénal*, Paris : Editions A. Pedone, 2012, p. 614.

²³⁰⁶ En ce qui concerne le thème, voir D. REBUT, *Droit pénal international*, Paris : Dalloz, 2012, p. 49. Voir également : Cour de cass., Ch. crim., 23 novembre 2004, Bull. crim. n° 292 ; et Cour de cass., Ch. crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84181.

²³⁰⁷ E. DREYER, *op. cit.*, p. 823.

de la Société politique, on rencontre dans le droit brésilien une tendance à la consécration dans l'avenir d'une immunité pénale absolue au profit de l'État²³⁰⁸, d'après laquelle sa responsabilité ne pourra jamais être recherchée, peu importe l'hypothèse.

Quoi qu'il en soit, face à ces arguments, on pourrait penser que la meilleure solution pour résoudre cette question ne serait pas l'exclusion complète de la Société politique du champ pénal, mais serait l'établissement d'un régime particulier de responsabilité pour l'État²³⁰⁹. Selon ce régime, la Société politique aurait seulement une immunité limitée en droit pénal, laquelle serait restreinte aux activités relevant des compétences régaliennes de l'État²³¹⁰. C'était alors ce régime particulier de responsabilité qui a été pensé par le législateur français en ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs groupements (**SOUS-SECTION II**)²³¹¹.

Sous-section II – Les collectivités territoriales et leurs groupements

Notamment en ce qui concerne le droit pénal français, les collectivités territoriales et leurs groupements ont un régime particulier de responsabilité, au sein duquel elles possèdent une immunité limitée. Selon l'article 121-2 du Code pénal en France, ces personnes morales sont irresponsables des infractions accomplies au sein d'une activité non-déléguable (§1), mais elles peuvent devenir pénalement responsables des actes illicites réalisés dans le cadre d'activités susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public (§2). Au Brésil, le législateur est actuellement silencieux sur ce thème et, contrairement au législateur français, il n'a

²³⁰⁸ Cette assertion est possible en raison du contenu de l'article 41 du projet du nouveau Code pénal brésilien, lequel prévoit une immunité absolue au profit de l'État.

²³⁰⁹ « Il aurait donc été souhaitable que le législateur, plutôt que d'exclure purement et simplement la responsabilité pénale de l'État, procède à une distinction selon la nature de l'activité exercée et à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, en permettant la mise en jeu de la responsabilité de l'État en dehors des activités relevant de prérogatives de puissance publique » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 6.

²³¹⁰ Dans le même sens, M. PICARD énonce : « Sur le plan plus spécifiquement pénal, pourquoi cette souveraineté générale de l'État justifie-t-elle encore son irresponsabilité pour celles de ces activités qui ne sont justement pas souveraines (...) de même une distinction a été introduite au sein des activités des collectivités territoriales entre celles qui sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale et celles qui ne le sont pas, de même une telle distinction eût pu, peut-être, se voir introduire au sein des activités étatiques, puisqu'après tout les collectivités locales ne sont pas les seules à exercer des activités pouvant faire l'objet d'une convention de délégation de service public » E. PICARD, *op. cit.*, p. 276. Dans le même sens, mais en ce qui concerne le droit pénal brésilien, voir A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 160. Selon certains, « le sort de privilégié réservé à l'État apparaît révélateur du caractère quelque peu improvisé de l'introduction dans le Code pénal de la responsabilité pénale des personnes morales » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 6.

²³¹¹ Par ailleurs, notamment en ce qui concerne le droit français, l'établissement d'un tel régime de responsabilité pour l'État rendrait la responsabilité pénale des groupements plus égalitaire en ce qui concerne les personnes morales de droit public. Cette assertion est possible puisqu'en conférant une immunité pénale absolue à l'État et seulement partielle aux collectivités territoriales et leurs groupements, le législateur français est à l'origine d'une rupture d'égalité entre les personnes morales de droit public, car certaines d'entre eux peuvent devenir pénalement responsables, tandis que d'autres ne le peuvent pas. Sur ce thème, voir J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25. Dans le même sens, voir : J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 5 ; et J. MOREAU, La responsabilité pénale des personnes morales en droit public en droit français, in *LPA*, 11 décembre 1996, p. 41.

pas prévu de régime particulier de responsabilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements.

§1) L'irresponsabilité dans l'exercice d'une activité non-déléguable

289. Une différence entre la France et le Brésil. En ce qui concerne la responsabilité pénale des collectivités territoriales et leurs groupements, on rencontre encore une autre différence entre le droit français et le droit brésilien²³¹². En France, l'article 121-2 du Code pénal prévoit expressément une immunité limitée pour les collectivités territoriales. Selon cet article, « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public »²³¹³. Au Brésil, l'article 3 de la loi 9.605/98, à l'instar de ce qui se passe par rapport à la responsabilité de l'État, est silencieux concernant le thème et il ne prévoit ni une responsabilité pleine, ni une demi-responsabilité ou encore une irresponsabilité pénale en ce qui concerne les collectivités territoriales. Cependant, devant ce silence législatif, la jurisprudence brésilienne s'est déjà prononcée sur cette question, en étant actuellement favorable à la responsabilité pénale des collectivités territoriales et cela sans limiter l'étendue de cette responsabilité à un genre spécifique d'activité²³¹⁴.

Toutefois, il faut dire que cette jurisprudence tend à disparaître au sein du droit pénal brésilien. Cette assertion est possible puisque le projet du nouveau Code pénal souhaite mettre fin à ce silence législatif, en prévoyant expressément l'irresponsabilité pénale des collectivités territoriales. En effet, à la différence du droit français, le droit brésilien désire d'établir dans son nouveau Code pénal non pas une immunité limitée, mais plutôt une immunité pénale absolue au

²³¹² L'expression « collectivités territoriales » est une expression générique en France, laquelle désigne des entités de droit public « correspondant à des groupements humains géographiquement localisés sur une portion déterminée du territoire national, auxquels l'État a, en vertu du principe de décentralisation, conféré la personnalité juridique et le pouvoir de s'administrer par des autorités élues (...) depuis la révision constitutionnelle de 2003, les collectivités territoriales comprennent les communes, les départements de métropole et d'outre-mer (DOM), les régions de métropole et d'outre-mer (ROM), ainsi que les collectivités d'outre-mer à statut particulier fixé par la loi » *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, Paris : Dalloz, 2014, p. 197. Concernant leurs groupements, on peut citer en tant qu'exemples les syndicats et les communautés de communes (voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 281). Si l'on voulait trouver une correspondance entre le droit français et brésilien, l'expression collectivités territoriales désignerait les « estados », le « distrito federal », les « territórios » et les « municípios » au sein du droit brésilien. Dans le même sens, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 13.

²³¹³ De toute façon, « il faut se rappeler en effet que quand le projet de loi de réforme du Code pénal a été déposé, il n'avait jamais été question de viser les collectivités publiques. C'est à l'initiative de l'Assemblée nationale, contre l'avis du gouvernement et contre l'avis du Conseil d'État, que ce texte a été déposé par voie d'amendement » J.-F. BRISSON, *op. cit.*, p. 4.

²³¹⁴ Voir dans ce sens : TRF-4, 21 janvier 2010, AP. CRIM. n° 2009.04.00.019318-8 ; et TRF-4, 17 juillet 2014, AP. CRIM. n° 0000574-90.2009.404.7200.

profit des collectivités territoriales. Pour cette raison, l'article 41 du projet de nouveau Code pénal brésilien prévoit expressément l'exclusion de ce genre de personne morale du champ d'application du droit pénal. Il nous semble que cette différence entre le droit pénal brésilien et le droit pénal français, en ce qui concerne l'extension de l'immunité pénale (limitée ou absolue) accordée aux collectivités territoriales, existerait en raison d'une question de politique pénale.

En France, au-delà du principe d'égalité²³¹⁵, la principale raison qui a amené le législateur à établir seulement une immunité limitée au profit des collectivités territoriales, en prévoyant leur responsabilité pour certaines activités, était le chiffre croissant de condamnations pénales prononcées à l'encontre des décideurs publics²³¹⁶. Ainsi, en ayant le besoin de soulager une lourde responsabilité existant à l'égard de certaines personnes physiques, le législateur français a voulu l'entrée des collectivités territoriales dans le champ pénal, justement pour que ce nouveau responsable puisse dans certains cas prendre la place des décideurs publics dans le rôle d'inculpé²³¹⁷. C'est pour cette raison que la loi en France n'a prévu qu'une immunité limitée et non pas une immunité pénale absolue pour ces groupements, en permettant l'engagement de leur responsabilité dans certaines hypothèses.

Au Brésil, les chiffres de condamnations prononcées à l'encontre des décideurs publics n'est pas à l'heure actuelle, aussi expressif qu'il l'a été en France. En effet, jusqu'à aujourd'hui, les actes illicites qui ont un rapport avec les décideurs publics brésiliens sont résolus, dans la plupart de cas, dans les sphères administratives et civiles, rarement dans la sphère pénale²³¹⁸. De ce fait, sans avoir le besoin de soulager une lourde responsabilité existante à l'égard de certaines personnes physiques, le législateur brésilien est resté encore ici silencieux et il souhaite établir dans l'avenir une immunité pénale absolue et non pas uniquement partielle pour les collectivités territoriales brésiliennes. En réalité, contrairement à ce qu'il s'est passé en France, aucune raison de politique pénale semble inciter le législateur brésilien à prévoir une responsabilité pénale pour les collectivités territoriales, afin que ces groupements prennent la place des décideurs publics dans le

²³¹⁵ « Le législateur, pour étendre la responsabilité pénale des personnes morales aux personnes morales de droit public, a été sensible à des considérations d'égalité ; il s'est attaché à l'idée qu'il ne serait pas équitable ou normal que les collectivités publiques ne fussent pas tenues aux mêmes obligations et responsabilité que l'ensemble des personnes morales notamment les entreprises lorsqu'elles exercent des activités analogues » J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34. Voir également J.-J. HYVEST, *JOAN, CR*, 11 octobre 1989, p. 3422.

²³¹⁶ « Les élus n'ont pas été défavorables à la responsabilité pénale des collectivités publiques car ils y ont vu – bien à tort – le moyen d'éviter leur propre responsabilité pénale » J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 37. Concernant le thème, voir E. PICARD, *op. cit.*, p. 264.

²³¹⁷ « Efforts répétés du législateur visant à alléger la pression pénale pesant sur les décideurs » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 35.

²³¹⁸ De plus, à la différence de la France, les victimes brésiliennes n'ont pas encore pris l'habitude de déclencher d'action pénale contre les décideurs publics par constitution de partie civile, peut-être parce que la demande de dommages et intérêts est en principe relativement bien assurée par le droit civil et le droit administratif au Brésil.

rôle d'inculpé²³¹⁹. Pour cette raison, on rencontre une différence entre le droit pénal brésilien et le droit pénal français en ce qui concerne l'extension de l'immunité pénale accordée aux collectivités territoriales, puisque tandis que le premier souhaite dans l'avenir une irresponsabilité pénale pour ces groupements, le second prévoit actuellement l'entrée des collectivités territoriales dans le champ pénal.

290. Une irresponsabilité dans l'exercice d'une activité non-délégable. Quoi qu'il en soit, même si certaines raisons de politique pénale et d'égalité ont poussé le législateur français à établir une responsabilité pénale pour les collectivités territoriales, il n'a pas voulu aller trop loin. De ce fait, il a prévu quand même une immunité limitée pour ce genre de groupement.

Les raisons qui fondent cette immunité limitée en France sont à peu près les mêmes que celles qui expliquent l'irresponsabilité de l'État²³²⁰. Cette assertion est possible puisqu'il semble que le législateur français a voulu exclure du champ d'application du droit pénal les actes illicites accomplis par les collectivités territoriales au sein d'activités qui impliquent l'exercice de la puissance publique²³²¹. En effet, l'irresponsabilité des collectivités territoriales devrait exister au sein de ces activités car ces comportements sont normalement liés aux missions régaliennes exercées par ces personnes morales²³²², de sorte qu'il ne serait pas souhaitable de punir une collectivité territoriale lorsqu'elle exerce ce genre d'occupation²³²³. Ainsi, même si la loi française a voulu l'entrée des collectivités territoriales dans le champ pénal, elle a quand même prévu une immunité limitée au profit de ces groupements, en énonçant qu'ils sont pénalement irresponsables des infractions réalisées par leurs organes ou représentants dans le cadre d'une activité non susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public²³²⁴. Au fond, une activité non-délégable est celle habituellement liée à l'exercice de la puissance publique, raison

²³¹⁹ La doctrine brésilienne est à son tour partagée en ce qui concerne le thème. D'un côté, il y a des auteurs qui sont favorables à l'irresponsabilité pénale des collectivités territoriales. Voir dans ce sens : F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 77 ; F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 118 ; A. FRANCO, *op. cit.*, p. 130 ; et S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 142. De l'autre côté, il y a des auteurs qui sont favorables à la responsabilité pénale des collectivités territoriales. Voir dans ce sens : A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 160 ; P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 60 et s. ; et W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 212.

²³²⁰ « La justification d'une telle immunité est la même que dans l'hypothèse précédente ; elle s'expose donc aux mêmes critiques » E. DREYER, *op. cit.*, p. 824.

²³²¹ Dans ce sens, voir H. RENOUT, *op. cit.*, p. 183.

²³²² Dans ce sens, voir A. PEZARD, *op. cit.*, p. 12.

²³²³ « En excluant, en effet, du champ de la responsabilité pénale non seulement l'État, mais aussi les activités des collectivités locales [non] 'susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public', c'est sans doute, en réalité, l'irréductible puissance publique qu'il entendait implicitement viser » E. PICARD, *op. cit.*, p. 278. « Le domaine de la responsabilité des personnes morales de droit public est donc celui des activités susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, ce qui exclut toute activité régalienne ou de puissance publique » X. PIN, *Droit pénal général*, p. 282. Dans le même sens, voir : J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25 ; et F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 334.

²³²⁴ « Toutes les activités de pure puissance publique, même s'il elles sont par ailleurs qualifiables de service public, ne sont pas déléguables » E. PICARD, *op. cit.*, p. 283.

pour laquelle la responsabilité d'une collectivité territoriale ne peut pas être recherchée dans le cadre d'une telle sorte d'activité, car il ne serait pas souhaitable de punir ce genre de groupement dès lors qu'il réalise un comportement d'ordre régalien.

Dans ce contexte, on peut conclure que cette immunité limitée accordée aux collectivités territoriales en France est fondamentalement composée par trois types d'activités. Tout d'abord, les activités pour lesquelles il y a une interdiction légale ou réglementaire de procéder par voie de délégation²³²⁵, comme les missions de police générale ou l'organisation d'un service de transport scolaire par exemple²³²⁶. Ensuite, les activités qui sont réalisées pour le compte et au nom de l'État, comme les registres de l'état civil pour illustrer²³²⁷. Finalement, et surtout, les activités de pure puissance publique, où l'être collectif réalise des actes régaliens et non pas sociétaux²³²⁸. Dès lors que les collectivités territoriales et leurs groupements réalisent un acte illicite dans le cadre de ces activités, il n'existe aucune possibilité d'engager leur responsabilité, car ces groupements possèdent une immunité pénale concernant ces comportements. En effet, ces activités ne peuvent pas faire l'objet d'une convention de délégation de service public, raison pour laquelle un acte illicite accompli dans leur cadre ne pourra jamais rendre une collectivité territoriale pénalement coupable en France. Toutefois, au sein de toutes les autres activités réalisées par ce genre de personne morale, notamment celles pour lesquelles les collectivités territoriales peuvent réaliser une convention de délégation de service public, leur responsabilité pénale pourra être recherchée (§2).

²³²⁵ Dans ce sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 198. Voir également Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2002, pourvoi n° 01-83160.

²³²⁶ Voir dans ce sens, Cour de cass., Ch. crim., 6 avril 2004, pourvoi n° 03-82394. « Rares sont, d'un strict point de vue, les fonctions qu'une collectivité territoriale ne peut en aucun cas déléguer : ses missions de police à l'intérieur desquelles celles de sécurité, l'état civil, les attributions dans le domaine électoral, édicition de réglementations, notamment d'urbanisme, la délivrance d'autorisations, comme le permis de construire » J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34. Voir CA Amiens, 9 mai 2000, *Gaz. Pal.* 2000., 2, 1413, note S. Petit.

²³²⁷ « Les activités de service public insusceptibles d'être déléguées sont celles dans lesquelles l'autorité territoriale intervient en tant qu'autorité déconcentrée et agit à ce titre au nom et pour le compte de l'État » A. LÉVY, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, *in Droit Administratif*, 2004, étude 12.

²³²⁸ « Bien qu'il utilise cette notion assez nouvelle pour opérer cette discrimination, il semble que le législateur ait en définitive retrouvé, un peu à tâtons, ce principe très classique caractérisant fondamentalement les sociétés libérales, mais sous une autre forme et au prix de diverses inflexions : le principe de séparation entre la Société de l'État, entre le privé et le public, entre la gestion et l'autorité, entre la sphère des intérêts patrimoniaux et celle de la puissance publique, celle des fonctions de type sociétal ou de type régalien » E. PICARD, *op. cit.*, p. 280. Voir : Cour de cass., Ch. crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-83969 ; et Cour de cass., Ch. crim., 11 décembre 2001, pourvoi n° 00-87707. Voir également H. RENOUT, *op. cit.*, p. 184.

§2) La responsabilité dans l'exercice d'une activité déléguable

291. Un souci d'égalité. Comme on l'a vu, c'était également en raison d'un souci d'égalité que le législateur en France a visé la responsabilité pénale des collectivités territoriales et leurs groupements pour certains faits illicites²³²⁹. En effet, l'ordre juridique français a voulu pénaliser les actes illicites accomplis par les collectivités territoriales dès lors qu'ils ont lieu au sein des activités non-régaliennes, lesquelles se rapprochent de celles qui sont normalement réalisées par les groupements de droit privé, soit en raison de leur nature, soit en raison de leur caractère économique²³³⁰. De ce fait, afin de ne pas créer d'inégalité entre les personnes morales de droit public et de droit privé, les collectivités territoriales ont reçu du droit pénal français une immunité seulement partielle, en pouvant devenir pénalement responsables dans le cadre de certaines activités.

Dans ce contexte, pour identifier les activités qui se rapprochent de celles qui sont normalement réalisées par les groupements de droit privé et en raison desquelles une collectivité territoriale peut se rendre pénalement responsable, le Code pénal français utilise le critère de la délégation de service public²³³¹. D'après ce critère, une collectivité territoriale peut avoir sa responsabilité engagée toutes les fois qu'une infraction est accomplie au sein d'une activité qui peut être assurée par un autre groupement que la collectivité territoriale elle-même, c'est-à-dire au sein d'une activité qui peut faire l'objet d'une délégation de service public²³³².

²³²⁹ Toutefois, nonobstant ce souci d'égalité manifesté par le législateur français, cette immunité limitée au profit des collectivités territoriales et leurs groupements a été quand même l'objet d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité en France, laquelle cependant n'a pas été renvoyée par la Cour de cassation devant le Conseil Constitutionnel. Voir Cour de cass., Ch. crim., 16 novembre 2011, décision de non transmission n° 11-81203.

²³³⁰ « Il s'est attaché à l'idée qu'il ne serait pas équitable ou normal que les collectivités publiques ne fussent pas tenues aux mêmes obligations et responsabilité que l'ensemble des personnes morales notamment les entreprises lorsqu'elles exercent des activités analogues » J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34. « Ainsi, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont exposés à une responsabilité pénale qu'à raison d'activités pouvant relever du secteur privé concurrentiel mais qu'ils exercent eux-mêmes » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26. « C'est donc un critère fonctionnel de participation au marché, encadré par la notion d'activités susceptibles de faire l'objet de convention de délégations de service public » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25. Voir J.-J. HUEST, *op. cit.*, p. 3422. Contre une telle responsabilité, voir également : J. HERMANN, *op. cit.*, p. 200 et 201.

²³³¹ En ce qui concerne les critiques qu'on peut faire à ce critère, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 826.

²³³² « La question qui se pose au juge est donc celle de savoir si l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise était de celles qu'une personne privée aurait pu exercer par voie de délégation » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité des personnes morales*, p. 6. En droit roumain, on rencontre l'application d'un critère similaire à celui de la délégation pour établir le champ d'application de la responsabilité des personnes morales de droit public. Selon l'article 19 du Code pénal roumain : « Les personnes morales, à l'exception de l'État, des autorités publiques et des institutions publiques qui déroulent une activité qui ne peut pas faire objet du domaine privé » sont pénalement responsables. Sur ce thème, voir F. STRETEANU, *op. cit.*, p. 332.

292. La notion de délégation de service public. La notion de délégation de service public a son origine dans la jurisprudence du Conseil d'État français²³³³. Elle a été introduite par le législateur à plusieurs reprises²³³⁴, mais c'est l'article 3 de la loi n° 2001-1168 qui la définit²³³⁵. Cette définition légale semble avoir une correspondance avec le critère visé par l'article 121-2 du Code pénal français et elle est utilisée par la Cour de cassation dans le but de rendre plus précise la notion de délégation de service public et ainsi mieux déterminer les activités dans le cadre desquelles une collectivité territoriale peut devenir pénalement responsable en France.

Selon la Cour de cassation²³³⁶, trois indices doivent être remplis pour qu'une activité soit déléguable et puisse ainsi engager la responsabilité pénale d'une collectivité territoriale dès lors qu'une infraction est réalisée dans son cadre. En premier lieu, un indice lié à la nature de l'activité. D'après cet indice, pour qu'une activité puisse faire l'objet d'une convention de délégation de service public elle ne doit pas être un comportement de pure puissance publique²³³⁷, mais elle doit pouvoir être réalisée par une personne morale autre que la collectivité territoriale elle-même²³³⁸. En deuxième lieu, un indice lié à la loi. Selon cet indice une activité est déléguable lorsqu'il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire qui empêche qu'elle puisse faire l'objet d'une convention de délégation de service public. En troisième lieu, un indice lié à la rémunération du service. D'après cet indice, une activité est déléguable dans la mesure où la rétribution du délégataire ne serait pas composée par des fonds publics, mais elle serait composée substantiellement par le résultat de l'exploitation du service lui-même²³³⁹. De ce fait, selon la Cour de cassation, dès lors que

²³³³ Voir CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches au Rhône*, Rec. CE 1996, p. 137.

²³³⁴ Tout d'abord, avec la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992. Ensuite, avec la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

²³³⁵ D'après l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, lequel a été modifié par cette loi, « une délégation public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Il faut dire que la délégation de service public peut alors prendre la forme d'une concession ou affermage (voir E. GINTRAND, *in JurisClasseur Administratif*, Fasc. 126, Services publics locaux, n° 241).

²³³⁶ Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2002, pourvoi n° 01-83160.

²³³⁷ « Les activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public et d'engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des collectivités territoriales, sont donc celles qui ne mettent pas en œuvre des prérogatives de puissance publique (*l'imperium*) mais relèvent du pouvoir de gestion des collectivités » H. RENOULT, *op. cit.*, p. 183.

²³³⁸ Pourtant, un tel indice se montre faible quand, d'un côté, on a conscience qu'il existe des activités accomplies par des collectivités territoriales qui, même s'il ne s'agit pas d'activités de puissance publique pure, ne sont pas susceptibles d'une délégation ; et quand, de l'autre côté, on a à l'esprit que « l'existence de prérogatives de puissance publique n'est pas un obstacle automatique à la délégation ». Pour cette raison, à cause de la faiblesse de ce premier indice, la Cour de cassation en a développé d'autres indices. Sur ce thème, voir : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 75 et 76 ; et J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 198.

²³³⁹ Dans ce sens, voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 191. « On peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de ce critère supplémentaire qui a été originairement dégagé par le Conseil d'État non pour distinguer les activités ne mettant pas en œuvre une prérogative de puissance publique par rapport aux autres mais pour distinguer, parmi différents modes de gestion du service public, la délégation publique du marché public. Il est de surcroît curieux de s'interroger sur le principe d'une rémunération qui, en l'absence de délégation, n'a précisément pas à être versée. Pourquoi imposer au juge répressif de

ces trois indices sont remplis²³⁴⁰, l'activité exercée par une collectivité territoriale est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, raison pour laquelle le critère prévu à l'article 121-2 du Code pénal sera rempli et conséquemment la responsabilité d'une collectivité territoriale pourra être recherchée si une infraction a lieu à l'occasion de cette activité²³⁴¹.

293. Une immunité limitée. Dans ce contexte, on peut inférer en définitive que si une collectivité territoriale décide de gérer elle-même une activité en régie et qu'elle commet une infraction à l'occasion de cette activité – laquelle peut être déléguée à un tiers – le groupement de droit public peut devenir pénalement responsable en France. Toutefois, si un acte illicite est accompli au sein d'une activité gérée par la collectivité territoriale elle-même, mais dont la nature et la rémunération ne font pas d'elle une activité délégable, la responsabilité pénale d'une collectivité territoriale ne pourra pas être recherchée dans l'Hexagone²³⁴². Pour cette raison, on peut affirmer qu'au sein du droit pénal français les collectivités territoriales ont une immunité limitée, laquelle existe à propos des infractions réalisées dans le cadre des activités non susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public. Cette assertion est possible puisque, selon l'article 121-2 du Code pénal français, la responsabilité de ces groupements ne pourra jamais être recherchée lorsqu'un acte illicite a lieu au sein d'une d'activité non-délégable, car leur responsabilité pénale est limitée aux infractions accomplies dans le cadre des activités susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public.

rechercher, dans l'abstrait, si un intéressement aurait pu être accordé dans l'hypothèse où une personne privée aurait été chargée de l'activité en question ? » E. DREYER, *op. cit.*, p. 825.

²³⁴⁰ Par ailleurs, on peut penser que ce troisième indice (la rémunération) est lié à l'idée qu'une collectivité territoriale doit être pénalement responsable dès lors qu'elle exerce une activité économique. On rencontre cette idée dans la Recommandation n° R (88) 18, dans laquelle le Conseil de l'Europe énonce que la responsabilité des groupements « s'applique aux entreprises privées ou publiques, pour autant qu'elles exercent des activités économiques ».

²³⁴¹ En outre, on peut penser que la formule légale et jurisprudentielle laisse « une grande marge d'appréciation aux juges du fond quant au caractère délégable ou non d'une activité liée à un service public » (voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 7), notamment dans un contexte où la plupart des activités des collectivités territoriales semblent être susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public (voir J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34). Il a été ainsi jugé que sont des activités déléguables : la réalisation d'un parcours de santé (T. corr. Saint-Étienne, 6 mai 1996, RFD adm., 1999, p. 932) ; l'entretien du réseau électrique d'un office HLM (T. corr. Narbonne, 12 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, 1, jurispr., p. 405, note S. Petit) ; l'entretien d'une piscine municipale (CA Amiens, 3 mars 2004, Jurisdata n° 2004-256151) ; l'organisation d'une manifestation culturelle (TGI Strasbourg, 27 mars 2007, Jurisdata n° 2007-331762) ; l'exploitation d'une station de traitement de résidus urbains (CA Montpellier, 22 octobre 2002, Jurisdata n° 2002-207614) ; la gestion d'un abattoir par un syndicat intercommunal (Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2000, pourvoi n° 99-80008) ; la gestion d'un théâtre municipal (Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2002, pourvoi n° 01-83160) ; et l'exploitation du domaine skiable d'une commune (Cour de cass., Ch. crim., 14 mars 2000, pourvoi n° 99-82871).

²³⁴² « Ainsi les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont exposés à une responsabilité pénale qu'à raison d'activités pouvant relever du secteur privé concurrentiel mais qu'ils exercent eux-mêmes, et non pas à raison des activités procédant de prérogatives de puissance publique » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité des personnes morales*, p. 26.

En conclusion, on peut penser qu'en France les collectivités territoriales sont soumises à un régime de responsabilité moins protecteur que celui conféré à l'État. Cette assertion est possible puisque, à la différence de la Société publique, les collectivités territoriales n'ont pas d'immunité pénale absolue, mais elles possèdent uniquement une immunité limitée, en pouvant devenir pénalement responsables dans le cadre de certaines activités. Toutefois, même si ce régime de responsabilité est moins protecteur que celui conféré à l'État, il reste quand même un régime de responsabilité plus indulgent que celui applicable aux autres personnes morales de droit public et de droit privé. En effet, pour ces autres groupements l'état actuel du droit franco-brésilien ne prévoit aucune immunité pénale, de sorte que dans ces deux pays ces personnes morales sont soumises à un régime commun de responsabilité, en étant pleinement responsables des infractions accomplies par leurs organes ou représentants (**SECTION II**).

Section II – Les personnes morales possédant un régime commun de responsabilité

Autant en droit pénal français qu'en droit pénal brésilien, la majorité des personnes morales sont soumises à un régime commun de responsabilité. Au sein de ce régime, on rencontre fondamentalement deux genres de groupements. D'un côté, les êtres collectifs de droit public au-delà de l'État et des collectivités territoriales, concernant lesquelles la loi franco-brésilienne n'a prévu aucune immunité pénale, en se limitant uniquement à restreindre les modalités des peines qui peuvent être prononcées à leur égard (**SOUS-SECTION I**). De l'autre côté, on rencontre également les personnes morales de droit privé, lesquelles semblent être le principal destinataire de cette responsabilité à la condition qu'elles possèdent une personnalité juridique (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section I – Les personnes morales de droit public

En ce qui concerne les autres groupements de droit public au-delà de l'État et des collectivités territoriales, la loi en France et au Brésil ne prévoit aucune immunité pénale à leur profit. De ce fait, à l'instar des personnes morales de droit privé, ces êtres collectifs sont soumis à un régime commun de responsabilité, en pouvant devenir pénalement responsables de toutes les infractions accomplies par leurs organes ou représentants (**§1**). Toutefois, en ayant conscience des particularités de ces personnes morales, le législateur notamment au sein du droit pénal français a

prévu quand même une restriction à propos des modalités de peines qui peuvent être appliquées à l'encontre de ces groupements de droit public (§2).

§1) Un régime commun de responsabilité

294. Une immunité implicite ? Face aux immunités existantes au sein du droit pénal en ce qui concerne l'État et les collectivités territoriales, on pourrait penser que les autres groupements de droit public seraient, eux aussi, totalement ou partiellement exclus du champ d'application de la responsabilité des personnes morales. Cette perspective paraissait tellement vraisemblable qu'en France une partie de la doctrine a même affirmé qu'il n'y aurait pas de raisons pour que ces immunités « ne seraient pas applicables à ces autres personnes morales de droit public, même si la loi ne les a pas expressément prévues »²³⁴³. En effet, l'égalité entre les personnes morales de droit public plaiderait pour une extension de ces immunités à tous les groupements concernés par cette branche du droit, même à défaut de prévision légale explicite. Toutefois, nonobstant ces perspectives dans le sens inverse²³⁴⁴, en France et au Brésil²³⁴⁵ on rencontre actuellement un régime commun de responsabilité pour les autres groupements de droit public au-delà de l'État et des collectivités territoriales. De ce fait, ces personnes morales sont concernées par le droit pénal sans réserve ou limitation²³⁴⁶, en ne possédant aucune immunité pénale à leur profit.

²³⁴³ E. PICARD, *op. cit.*, p. 285. Dans le même sens, en ce qui concerne le droit pénal brésilien, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 78. Il faut dire qu'en France le projet initial du nouveau Code pénal excluait les personnes morales de droit public du champ d'application du droit pénal. Voir sur ce thème, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 389.

²³⁴⁴ De toute façon, il faut dire qu'établir l'irresponsabilité pénale de toutes les personnes morales de droit public semble être l'envie du législateur brésilien dans le projet de nouveau Code pénal. Comme on l'a énoncé, l'article 41 du projet prévoit une immunité absolue au profit de ce genre de personne morale. Nonobstant le fait qu'avec ce dispositif le législateur brésilien respecte l'égalité entre les groupements de droit public (tous, sans exception et de la même manière, sont pénalement irresponsables), il finit par créer une inégalité entre les personnes morales de droit public et les groupements de droit privé (les premières sont irresponsables, tandis que les seconds sont responsables). Par ailleurs, le projet de nouveau Code pénal finit également par créer une large zone d'irresponsabilité pénale au profit des groupements de droit public, laquelle ne semblait pas justifiée notamment en ce qui concerne les activités accomplies par ces personnes morales qui ne constituent pas des services publics. Cette position du législateur brésilien en ce qui concerne le thème existait déjà à propos du projet du nouveau Code de l'environnement, lequel prévoyait dans son article 195 la responsabilité pénale uniquement des personnes morales de droit privé. Sur ce thème, voir S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 40.

²³⁴⁵ Il faut dire qu'au Brésil, nonobstant le silence législatif que l'on rencontre dans l'article 3 de la loi 9.605/98, la jurisprudence applique une responsabilité pénale sans aucune limitation à l'encontre des personnes morales de droit public. Voir dans ce sens, par exemple : TRF-4, 17 juillet 2014, AP. CRIM. n° 0000574-90.2009.404.7200.

²³⁴⁶ « Par ailleurs, la doctrine a considéré leur inclusion comme nécessaire, en raison déjà d'une politique criminelle devenue indispensable, vu la participation croissante des personnes de droit public à la vie économique » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 557. En France, voir : Cour de cass., Ch. crim., 3 juin 2014, Gaz. Pal. 27-29 juill. 2014, p. 26, obs. E. DREYER ; et Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, Bull. crim. 2010, n° 49 ; D. 2010, p. 2135, note J.-Y. MARÉCHAL.

295. Qui sont ces personnes morales de droit public. Parmi ces personnes morales de droit public qui peuvent faire l'objet d'une condamnation pénale indépendamment du genre d'activité qu'elles exercent²³⁴⁷ on rencontre des groupements, autres que l'État et les collectivités territoriales, qui sont investis d'une mission d'intérêt général et qui peuvent être titulaires de certaines prérogatives de puissance publique²³⁴⁸.

En France, on fait référence notamment à plusieurs personnes morales. Tout d'abord, aux établissements publics, tels que : les établissements d'assistance, comme les hôpitaux ; les établissements d'enseignement, comme les universités ; les établissements corporatifs, comme la chambre de commerce²³⁴⁹ ; et les établissements industriels et commerciaux, comme la Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF)²³⁵⁰. Ensuite, toujours en ce qui concerne le droit français, on fait référence également à d'autres personnes morales de droit public comme les ordres professionnels²³⁵¹, les groupements d'intérêt public²³⁵² et, finalement, les centres communaux d'action sociale²³⁵³.

Au Brésil, on fait référence, tout d'abord, aux personnes morales qui composent l'administration publique indirecte, comme l'Institut Brésilien de l'Environnement (IBAMA) par exemple²³⁵⁴. Ensuite, on fait référence également aux autres groupements brésiliens qui en raison du fait qu'ils possèdent un intérêt général et ont été créés par la loi sont considérés comme de droit public, tels que les « fondations publiques » par exemple²³⁵⁵. Par ailleurs, en France et au Brésil, se rapprochent de cette catégorie de groupement pénalement responsable les personnes morales de droit mixte qui sont à mi-chemin entre le droit public et le droit privé, telles que les sociétés d'économie mixte²³⁵⁶ et les entreprises nationalisées²³⁵⁷.

²³⁴⁷ Notamment en ce qui concerne le droit pénal français, contrairement aux collectivités territoriales et leurs groupements, les autres personnes morales de droit public n'ont aucune immunité pénale. En effet, ces groupements peuvent être pénalement responsables pour tous les actes illicites accomplis par leurs organes ou représentants, indépendamment de la nature de l'activité exercée au moment de la réalisation de l'acte illicite (activité déléguable ou non-déléguable). Certains auteurs ont vu dans cette distinction une discrimination injustifiée entre les personnes morales de droit public. Pour cette raison, selon eux, à l'instar des collectivités territoriales, les autres personnes morales de droit public devraient avoir au moins une immunité limitée, notamment en ce qui concerne les infractions accomplies au sein d'activités qui constituent des services publics. Voir concernant le thème E. PICARD, *op. cit.*, p. 285 et 286.

²³⁴⁸ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 74.

²³⁴⁹ *Idem*, p. 75.

²³⁵⁰ Voir dans ce sens Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, pourvoi n° 99-80318.

²³⁵¹ Dans ce sens, voir : R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 812 ; et E. PICARD, *op. cit.*, p. 285.

²³⁵² Dans ce sens, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 282.

²³⁵³ J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34.

²³⁵⁴ Contre la responsabilité pénale de ce genre de groupement au Brésil, voir : F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 79 ; et S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 144. À faveur de cette responsabilité pénale, voir : P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 61 ; et A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 159.

²³⁵⁵ En faveur de cette responsabilité au Brésil, voir F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 79.

²³⁵⁶ Par exemple, concernant le droit français, voir Cour de cass., Ch. crim., 9 novembre 1999, pourvoi n° 98-81746. En ce qui concerne le droit brésilien, voir TJSP, 28 février 2008, AP. CRIM. n° 403124.3/9-0002-000.

²³⁵⁷ Dans ce sens, voir H. RENOUT, *op. cit.*, p. 184.

296. Une responsabilité pénale pleine. Pour ces personnes morales, le législateur en France et au Brésil n'a prévu aucune immunité pénale, ni de nature absolue, ni de nature partielle²³⁵⁸. Par conséquent, contrairement à ce qui se passe en ce qui concerne l'État et les collectivités territoriales²³⁵⁹, ces groupements de droit public peuvent se rendre pénalement responsables de toutes les infractions réalisées par leurs organes ou représentants. Cette assertion est possible parce que pour l'engagement de la responsabilité de ces personnes morales peu importe le fait que l'acte illicite soit ou non commis au sein d'une activité qui constitue un service public ou qui implique la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. En réalité, la responsabilité de ces êtres collectifs de droit public peut être recherchée sans aucune distinction par rapport à la nature du comportement générateur de l'infraction ou par rapport au caractère délégable ou non-délégable de l'activité à l'occasion de laquelle l'acte illicite est réalisé²³⁶⁰. De ce fait, on peut déduire qu'à la différence d'autres groupements de droit public, les personnes morales ici visées ne possèdent aucune immunité pénale dans l'ordre juridique franco-brésilien, en ayant un régime commun de responsabilité au sein duquel elles sont pénalement responsables de toutes les infractions accomplies par leurs organes ou représentants.

297. Une inégalité entre les personnes morales de droit public. Pour cette raison, en raison de l'existence de ce régime commun de responsabilité à propos de ces groupements, des auteurs²³⁶¹ ont fait remarquer que notamment en France il existerait une inégalité de traitement entre les personnes morales de droit public²³⁶². Cette assertion serait possible puisque parfois le même fait illicite pourrait être à l'origine de la responsabilité de certains êtres collectifs de droit public, alors qu'il ne rendrait pas pénalement responsables d'autres groupements de droit public²³⁶³. De ce fait, pour certains, ce régime versatile de responsabilité, au sein duquel certains groupements auraient une immunité pénale, tandis que d'autres ne la possèderaient pas serait à l'origine d'une rupture d'équité entre les personnes morales de droit public²³⁶⁴.

²³⁵⁸ « Pour ce qui concerne les autres personnes morales de droit public ou privé, leur responsabilité pénale peut être retenue sans aucune restriction » H. MATSOPOULOU, *L'extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 71. Dans ce sens, en ce qui concerne le droit brésilien, voir A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 159.

²³⁵⁹ On fait référence notamment à l'état actuel du droit pénal français, car au sein du droit pénal brésilien la jurisprudence permet de nos jours la responsabilité pénale des collectivités territoriales sans aucune limitation.

²³⁶⁰ C'est-à-dire, le critère de la délégation de service public ne s'applique pas à ces groupements.

²³⁶¹ Dans ce sens, voir : J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34 ; et J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25.

²³⁶² Voir dans ce sens, J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25.

²³⁶³ Par rapport au thème, voir J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 34.

²³⁶⁴ Pour revenir à l'essentiel, il faut dire qu'au Brésil, l'état du droit actuel est un peu incertain à propos du thème. En ce qui concerne la loi, le législateur a été silencieux, en ne prévoyant ni une immunité absolue, ni une immunité limitée ou encore une responsabilité pénale des groupements de droit public. Face au silence législatif, la jurisprudence a déjà reconnu la responsabilité pénale des personnes morales de droit public au Brésil, sans consacrer au profit de ces groupements aucune

De toute façon, malgré cette inégalité de traitement soulevée par certains²³⁶⁵, il faut dire que le législateur français a quand même limité les modalités des peines qui peuvent être appliquées à l'encontre des groupements de droit public ici visés (§2). Au Brésil, la loi est réticente sur ce thème et elle n'interdit, ni permet de manière expresse que les juges soient complètement libres dans l'application d'une réponse pénale à l'encontre d'une personne morale de droit public.

§2) Une restriction en ce qui concerne les peines applicables

298. Une restriction dans le choix de la peine. En France, l'article 131-39 du Code pénal a expressément exclu de la liste des peines qui peuvent être prononcées à l'encontre des personnes morales de droit public deux types de sanctions²³⁶⁶. En premier lieu, la peine de placement sous surveillance judiciaire²³⁶⁷. En second lieu, la peine dissolution. Par conséquent, malgré le fait que la loi française prévoit un régime de responsabilité variant pour les êtres collectifs de droit public, elle a quand même limité d'une manière générale les peines qui peuvent être appliquées à leur égard, en ne faisant aucune distinction entre l'État, les collectivités territoriales et les autres personnes morales de droit public. De ce fait, d'après l'article 131-39 du Code pénal français, tous les groupements de droit public sans aucune différenciation ne peuvent pas faire l'objet ni d'une peine de dissolution, ni d'une peine de placement sous surveillance judiciaire.

Au Brésil, on ne rencontre pas exactement le même scénario sur ce thème. Cette assertion est possible pour deux raisons. Tout d'abord, parce que l'article 22 de la loi 9.605/98 ne prévoit pas l'existence d'une peine de placement sous surveillance judiciaire pour les personnes morales. Ensuite, car nonobstant le fait que l'article 24 de la loi 9.605/98 prévoit la sanction de dissolution

immunité pénale. La doctrine à son tour est hétérogène, en ayant des auteurs favorables et des auteurs opposés à la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. De toute façon, comme on l'a déjà énoncé, le projet du nouveau Code pénal brésilien veut en finir avec cette incertitude, en prévoyant une immunité pénale absolue au profit de tous les groupements de droit public.

²³⁶⁵ Voir J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25

²³⁶⁶ Selon cet article, les peines de dissolution et de placement sous surveillance judiciaire « ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée ». Par ailleurs, cet article fait référence non seulement aux personnes morales qui ont été traitées dans le §1^{er} de cette section, mais aussi aux collectivités territoriales et leurs groupements. Autrement dit, les peines de dissolution et de placement sous surveillance judiciaire ne sont également pas applicables à l'encontre des collectivités territoriales et leurs groupements. Dans ce sens, voir J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 36.

²³⁶⁷ Étant donné que cette peine n'existe pas au sein de la responsabilité pénale des groupements au Brésil, il faut dire que le placement sous surveillance judiciaire est une « peine applicable aux personnes morales dont l'objectif est de contrôler le comportement de l'être moral sanctionné afin d'éviter toute récidive. Cette mesure entraîne la désignation d'un mandataire de justice chargé d'une mission dont il devra rendre compte tous les 6 mois » *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, Paris : Dalloz, 2014, p. 777. Quoi qu'il en soit, en ayant conscience de la finalité de cette peine (éviter la récidive), on pourrait se demander si cette réponse pénale est véritablement une peine ou si elle ne serait plutôt une mesure de sûreté ? Voici un autre exemple qui démontre à quel point la distinction entre les peines et les mesures de sûreté est délicate à faire au sein du droit pénal.

comme une modalité de peine qui peut être prononcée à l'encontre des êtres collectifs, cet article ne limite pas expressément le champ d'application de cette réponse pénale aux groupements de droit privé²³⁶⁸. Au fond, si le législateur brésilien dans la loi 9.605/98 est resté silencieux même en ce qui concerne le principe de responsabilité des groupements de droit public, il n'est pas étonnant qu'il soit également peu loquace en ce qui concerne les modalités des peines applicables aux personnes morales qui appartiennent à cette branche du droit. De ce fait, à la différence du législateur français, le législateur brésilien n'a pas prévu de limitation explicite à propos des sanctions applicables aux personnes morales de droit public. Toutefois, nonobstant ce mutisme de la loi au Brésil, il nous semble que les mêmes raisons qui justifient cette limitation des peines en France, justifieraient également l'impossibilité d'appliquer une peine de dissolution contre les personnes morales de droit public au Brésil²³⁶⁹.

299. Les raisons de cette restriction. En France, plusieurs raisons ont été invoquées pour justifier cette exonération des groupements de droit public en ce qui concerne l'utilisation d'une peine de dissolution ou d'une peine de placement sous surveillance judiciaire à leur encontre. En réalité, l'application de ces peines à l'égard de ce genre de personne morale serait incompatible avec certains principes fondamentaux du droit²³⁷⁰.

D'un côté, en raison de son caractère sévère et définitif, l'utilisation d'une peine de dissolution à l'égard d'un groupement de droit public porterait atteinte aux principes de continuité et de nécessité du service public²³⁷¹. En effet, on imagine mal comment une personne morale qui a parfois un caractère obligatoire, comme une université ou un établissement hospitalier par exemple, pourrait être anéantie en définitif par l'ordre judiciaire²³⁷². De ce fait, l'application d'une peine de dissolution aux personnes morales de droit public pourrait être à l'origine de la cessation d'un service d'intérêt général, ce qui, en plus de méconnaître les principes de continuité et de

²³⁶⁸ Il faut dire qu'au Brésil il y a une partie minoritaire de la doctrine qui énonce que la dissolution n'est pas une peine, mais plutôt un effet secondaire de la déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre d'une personne morale. Voir dans ce sens F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 108 et s.

²³⁶⁹ Sur ce thème, ni la jurisprudence, ni la doctrine brésilienne se sont encore manifestées.

²³⁷⁰ « Les conséquences d'une telle sanction et son incompatibilité avec certains principes fondamentaux (...) ont conduit le législateur à l'exclure pour les personnes morales de droit public » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

²³⁷¹ « Une personne publique assume ou assure une ou des missions de service public. Et celles-ci sont essentiellement caractérisées, d'une part, sur le plan de leur définition même, par un principe de nécessité : elles ne constituent des missions de service public, notamment, que parce qu'elles répondent à un besoin public reconnu, ou au moins à un intérêt général (...) d'autre part, et en conséquence, le service public obéit, sur le plan de son régime, au principe fondamental de continuité (...) or ces deux principes de nécessité et de continuité, indubitablement constitutionnels, excluent tous deux qu'une telle diminution puisse être légitimement imposée à un service public » E. PICARD, *op. cit.*, p. 271.

²³⁷² Dans ce sens, voir J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 36.

nécessité du service public²³⁷³, engendrerait également des effets délétères à l'égard de tous les citoyens²³⁷⁴. Pour cette raison, le législateur français a expressément prévu au sein du Code pénal l'impossibilité d'appliquer une peine de dissolution à l'encontre d'un groupement de droit public.

De l'autre côté, l'application d'une peine de placement sous surveillance judiciaire à l'encontre d'une personne morale de droit public porterait atteinte à un autre principe fondamental du droit : celui de la séparation des pouvoirs²³⁷⁵. Cette assertion est possible puisque par le biais de cette peine un mandataire de justice serait désigné par le juge pénal pour contrôler le comportement d'une personne morale de droit public²³⁷⁶, en permettant à l'ordre judiciaire de porter « un jugement sur la gestion de la personne publique et sa volonté d'empêcher la réitération de l'infraction »²³⁷⁷. Conséquemment, on pourrait penser que cette interférence de l'ordre judiciaire au sein d'une personne morale de droit public finirait par porter atteinte à la séparation qui doit exister entre les différents pouvoirs, car elle permettrait au juge pénal d'avoir une compétence supérieure ou égale à celle d'un juge administratif²³⁷⁸, ce qui ne serait pas souhaitable²³⁷⁹. De ce fait, afin d'assurer le respect du principe de séparation des pouvoirs, la peine de placement sous surveillance judiciaire a été également exclue de la liste de sanctions qui peuvent être appliquées à l'encontre des personnes morales de droit public²³⁸⁰.

²³⁷³ « L'exécution de ces peines serait inconciliable avec les principes caractérisant les missions assumées par les personnes morales de droit public ou social, à savoir d'une part le principe de nécessité (lesdites missions répondent à un besoin public reconnu, ou au moins à un intérêt général) et d'autre part le principe de continuité » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 559.

²³⁷⁴ En outre, il est difficile d'imaginer comment une personne morale de droit public serait créée ou détournée de son objet pour commettre des actes illicites, de sorte qu'il serait également inconcevable d'imaginer la présence des conditions d'application de cette peine vis-à-vis de ce genre de personne morale. Ces conditions d'application d'une peine de dissolution existent autant en ce qui concerne l'article 131-39 du Code pénal français, qu'en ce qui concerne l'article 24 de la loi 9.605/98 au Brésil. Par ailleurs, « comme leur existence est une conséquence de la loi, et non une manifestation de volonté de leur membres », la peine de dissolution paraît également inapplicable aux groupements de droit public. Voir en ce qui concerne le thème, Y. GUYON, *op. cit.*, p. 236.

²³⁷⁵ Dans ce sens, voir M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

²³⁷⁶ En effet, « cette sanction permet de doter la personne morale délinquante d'une sorte de tuteur, de contrôleur mandaté par la juridiction répressive pour surveiller les activités du groupements » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

²³⁷⁷ J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 121.

²³⁷⁸ Sur ce thème, voir J. HERMANN, *op. cit.*, p. 199 et s.

²³⁷⁹ « Mais on se trouve alors dans le domaine propre de l'administration publique et non des sanctions pénales qui ont pour seul objet de réprimer des comportements délictueux et de prévenir de tels comportements par l'intimidation. Aller au-delà ferait du juge répressif l'organe directeur de toute l'administration publique » J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 36.

²³⁸⁰ Par ailleurs, en France, des auteurs ont fait remarquer que certaines peines ne seraient également pas applicables à l'égard des groupements de droit public, même si la loi n'avait pas expressément prévu cette limitation. En effet, ces peines seraient incompatibles avec la nature juridique des personnes morales de droit public. On fait référence notamment : à la peine « d'exclusion des marchés publics » ; « d'interdiction de faire appel public à l'épargne » ; « d'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser une carte de paiement » ; « d'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales » ; « de fermeture des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ». Pour ces auteurs, ces peines seraient soit impossible d'appliquer à l'encontre des personnes morales de droit public, soit « aberrantes dans le contexte de l'administration publique ». Voir dans ce sens : J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 36 ; F. GARTNER, L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, *in Revue droit administratif*, 1994, p. 126 ; et E. PICARD, *op. cit.*, p. 271.

En définitive, malgré le fait que la loi française prévoit un régime de responsabilité variant pour les êtres collectifs de droit public, elle a quand même limité d'une manière générale les peines qui peuvent être appliquées à leur encontre. Cette limitation existe en vue de respecter certains principes fondamentaux du droit et selon elle ni une peine de dissolution, ni une peine de placement sous surveillance judiciaire ne peuvent être exécutées à l'égard d'un groupement de droit public.

Au Brésil, la loi est silencieuse sur le thème, mais il nous semble que les mêmes raisons qui justifient cette limitation des peines en France, justifieraient également l'impossibilité de s'appliquer une peine de dissolution à l'encontre d'une personne morale de droit public brésilienne²³⁸¹.

300. L'extension de cette restriction à certains groupements de droit privé. De toute façon, encore en ce qui concerne le droit français, il faut dire que cette limitation des peines a été ensuite étendue à certaines personnes morales de droit privé, tels que les syndicats professionnels, les institutions représentatives du personnel²³⁸² et les partis ou groupements politiques. En effet, à l'instar des groupements de droit public ces êtres collectifs de droit privé ne peuvent pas faire l'objet ni d'une peine de dissolution, ni d'une peine de placement sous surveillance judiciaire. Cependant, à propos de ces personnes morales, cette limitation des peines n'existe non pas à cause du principe de continuité et de nécessité du service public ou en raison du principe de séparation des pouvoirs. En réalité, cette limitation existe parce que l'application de ces modalités de peines à l'encontre de ces groupements de droit privé porterait atteinte aux libertés politiques et syndicales²³⁸³. Pour ces motifs, en vue de ne pas nuire ces libertés²³⁸⁴, le législateur français a prévu que les peines de dissolution et de placement sous surveillance judiciaire ne peuvent également pas être exécutées à l'égard des syndicats professionnels, des institutions représentatives du personnel et des partis ou groupements politiques²³⁸⁵. Au Brésil, la loi 9.605/98 est une fois de plus silencieuse sur le

²³⁸¹ On fait référence ici uniquement à la peine de dissolution, puisque, contrairement au Code pénal français, la loi 9.605/98 au Brésil ne prévoit pas le placement sous surveillance judiciaire comme une modalité de réponse pénale qui peut être prononcée à l'encontre des groupements.

²³⁸² En ce qui concerne les institutions représentatives du personnel, il faut dire que la loi française interdit l'application d'une peine de dissolution à leur encontre, mais permet l'exécution d'une peine de placement sous surveillance judiciaire contre eux.

²³⁸³ « L'exécution de ces peines serait inconciliable avec (...) les libertés politiques ou syndicales garanties par la Constitution » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 559.

²³⁸⁴ « Au delà de l'égalité qui les caractérise devant la loi pénale, certaines personnes morales de droit privé sont plus que des sujets de droit : elles sont de véritables institutions, à protéger et à respecter en tant que telles » Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 389.

²³⁸⁵ Certains auteurs en France ont fait souligner que, nonobstant l'absence d'une exemption légale dans ce sens, la peine de dissolution ne serait également pas applicable en ce qui concerne les syndicats de copropriétaires, puisque cette peine serait

thème, mais à notre avis, en faveur des libertés politiques et syndicales, une peine de dissolution ne peut également pas être exécutée à l'encontre de ce genre des personnes morales de droit privé au sein de l'ordre juridique brésilien.

301. Un champ d'application structuré en trois niveau. En définitive, on peut conclure alors qu'à propos des groupements de droit public le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales semble être actuellement structuré en trois niveaux en France et au Brésil.

Dans le premier niveau, on rencontre l'État. Tandis qu'en France le Code pénal prévoit expressément une immunité pénale absolue au profit de la Société politique, au Brésil la loi est silencieuse sur le thème et la jurisprudence n'a pas encore apporté de réponse à l'interrogation sur la capacité ou l'incapacité pénale de l'État. Dans le deuxième niveau, on rencontre les collectivités territoriales et leurs groupements. Si en France ces personnes morales possèdent une immunité limitée, laquelle est expressément prévue à l'article 121-2 du Code pénal, au Brésil la loi ne prévoit formellement aucune immunité pénale au profit de ces groupements et la jurisprudence admet actuellement leur responsabilité pénale sans aucune limitation. Finalement, dans le troisième niveau, on rencontre les autres personnes morales de droit public. Pour ces êtres collectifs, autant en France qu'au Brésil il n'existe des nos jours aucune limitation à leur responsabilité. C'est pourquoi, sauf quelques restrictions concernant les peines applicables à leur égard, ces groupements peuvent se rendre pénalement coupables de toutes les infractions accomplies par leurs organes ou représentants²³⁸⁶, à l'instar de ce qui se passe à propos des personnes morales de droit privé (SOUS-SECTION II)²³⁸⁷.

incompatible avec la nature juridique de cette personne morale. Voir dans ce sens, Y. GUYON, *op. cit.*, p. 236. Dans le même sens, voir M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 40.

²³⁸⁶ Comme on l'a déjà énoncé, il faut remarquer, cependant, que dans le projet du nouveau Code pénal brésilien ce panorama change, étant donné que le législateur au Brésil semble vouloir établir dans l'avenir une immunité pénale absolue au profit de toutes les personnes morales de droit public. De toute façon, à notre avis, la solution qui poserait le moins de difficulté en ce qui concerne la matière en France et au Brésil serait celle d'établir une immunité limitée au profit de toutes les personnes morales de droit public, sans aucune distinction entre l'État, les collectivités territoriales et les autres groupements de droit public. Cette immunité limitée serait alors restreinte aux activités constituant des services publics et aux activités impliquant la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. Il paraît que cette solution semble avoir deux avantages. En premier lieu, elle ne serait pas à l'origine d'une inégalité entre les groupements de droit public, compte tenu du fait que l'étendue de leur immunité pénale serait la même, sans aucune différenciation. En second lieu, elle ne serait également pas à l'origine d'une inégalité entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé, puisque les premières seraient toujours pénalement responsables dès lors que l'acte illicite est accompli au sein d'une activité assimilable à celles qui sont normalement réalisées par les groupements de droit privé.

²³⁸⁷ Quoiqu'il en soit, en ce qui concerne le droit français, « il est intéressant de signaler enfin l'extrême déséquilibre existant dans la pratique entre condamnations frappant des personnes morales de droit privé et des personnes morales de droit public : de 1994 à 2001 les premières sont au nombre de 881 tandis que les secondes sont au nombre de 25 », voir W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26. Au sein du droit pénal au Brésil, le panorama semble être le même, puisque la plupart des arrêts de la jurisprudence concernant le thème ont pour objet des personnes morales de droit privé.

Sous-section II – Les personnes morales de droit privé

Autant en France, qu'au Brésil toutes les personnes morales de droit privé peuvent devenir pénalement responsables, sans aucune distinction par rapport à leur nature ou à leur finalité. En effet, une seule exigence est requise pour qu'un groupement de droit privé puisse rentrer dans le champ d'application du droit pénal : il faut qu'il soit doté d'une personnalité juridique (§1). En raison de cette exigence, on rencontre certaines limites chronologiques à la responsabilité pénale des groupements, de sorte qu'en dehors de ces limites une personne morale ne peut pas se rendre pénalement responsable en France et au Brésil (§2).

§1) Les personnes morales de droit privé et l'exigence de la personnalité juridique

302. Une responsabilité limitée aux groupements ayant une finalité économique ? Si personne ne doutait du fait que les groupements de droit privé devaient entrer dans le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales, une question s'est présentée en ce qui concernait la finalité de ces groupements. Devrait-on viser la responsabilité pénale de tous les êtres collectifs de droit privé ou uniquement de ceux qui avaient une finalité économique ?

En effet, notamment en France, cette interrogation a été l'objet de débats parlementaires qui ont précédé la promulgation du nouveau Code pénal²³⁸⁸. Dans un premier temps, le législateur français semblait vouloir restreindre la responsabilité pénale des groupements aux personnes morales qui avaient une finalité économique²³⁸⁹. C'est pourquoi le projet de nouveau Code pénal de 1978 visait exclusivement la responsabilité des groupements ayant une activité commerciale, industrielle et financière, de sorte que dans ce projet de nouveau Code pénal les personnes morales sans but lucratif ne pouvaient pas devenir pénalement responsables²³⁹⁰. Toutefois, dans un second temps, au profit du principe d'égalité²³⁹¹, le législateur français a voulu élargir le champ

²³⁸⁸ De même, on a vu en France une longue discussion en ce qui concerne la responsabilité pénale des syndicats, des institutions représentatives du personnel et des partis ou groupements politiques, mais le législateur a fini par les inclure dans le champ d'application d'une telle responsabilité. Voir : J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 487 ; et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 376.

²³⁸⁹ J. TRICOT, *op. cit.*, p. 22.

²³⁹⁰ Selon l'article 37 du code pénal de 1978, « les dispositions des articles 38 et 39 sont applicables à tout groupement dont l'activité est de nature commerciale, industrielle ou financière ». Par ailleurs, le projet de 1978 « retenait la responsabilité pénale des 'groupements', sans faire de distinction sur l'origine de la personnalité juridique ». Toutefois, depuis le projet de 1983, l'appellation « groupement » a été remplacée par celle de « personne morale », de sorte que qu'on peut conclure que depuis le projet de 1983 le législateur français a visé uniquement les êtres collectifs dotés d'une personnalité juridique. Dans ce sens, voir : N. RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p. 7 ; et R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 813.

²³⁹¹ Dans ce sens, voir : J. TRICOT, *op. cit.*, p. 23 ; et Y. GUYON, *op. cit.*, p. 235. Par ailleurs, c'est également « pour éviter des distorsions de concurrence que le législateur a refusé de distinguer les personnes morales les unes des autres », en exigeant

d'application de cette responsabilité. Par conséquent, depuis le projet de nouveau Code pénal de 1983, il a visé la responsabilité pénale non seulement des personnes morales avec une finalité économique, mais également de tous les groupements de droit privé ayant une personnalité juridique²³⁹². Pour cette raison, on peut déduire que l'article 121-2 du Code pénal français est actuellement applicable à toutes les personnes morales de droit privé qui possède une personnalité juridique, quelle que soit leur finalité (finalité économique ou non) ou leur nature²³⁹³. En réalité, une seule exigence est requise pour qu'un groupement de droit privé puisse entrer dans le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales en France : il faut qu'il soit doté d'une personnalité juridique²³⁹⁴.

Au Brésil, à la différence de ce qui s'est passé en France, l'interrogation quant à la limitation ou non de cette responsabilité aux personnes morales avec une finalité économique n'a pas fait l'objet de longs débats parlementaires. En effet, le législateur brésilien semblait depuis le début viser avec l'article 3 de la loi 9.605/98 toutes les personnes morales de droit privé, sans faire aucune distinction en ce qui concerne leur finalité ou leur nature²³⁹⁵. Pour cette raison, à l'instar de la loi française, la loi brésilienne requiert, elle aussi, une seule exigence pour qu'un groupement de droit privé puisse devenir pénalement responsable : il faut qu'il soit doté d'une personnalité juridique²³⁹⁶, peu importe qu'il possède ou non une finalité économique²³⁹⁷.

303. Une exigence critiquable, mais nécessaire. Face à cette exigence, plusieurs auteurs en France²³⁹⁸ et au Brésil²³⁹⁹ ont critiqué le fait que le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales serait réduit aux groupements de droit privé qui possèderaient une

seulement l'existence d'une personnalité juridique au sein du groupement pour sa responsabilité pénale, voir J. AMAR, *op. cit.*, p. 4.

²³⁹² Dans ce sens, voir : R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 808 ; et J. TRICOT, *op. cit.*, p. 22.

²³⁹³ Dans ce sens, voir : M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales, évolution ou révolution*, p. 38 ; Y. GUYON, *op. cit.*, p. 236 ; J. TRICOT, *op. cit.*, p. 25 ; J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 12 ; W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 25 ; N. RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p. 7 ; et H. MATSOPOULU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales*, p. 70.

²³⁹⁴ La Recommandation n° R (88) 18 du Conseil de l'Europe va également dans ce sens : « les recommandations s'appliquent aux entreprises dotées de la personnalité juridique ».

²³⁹⁵ Dans ce sens, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 106.

²³⁹⁶ Dans ce sens, voir : S. SHECAIRA, *op. cit.*, p. 143 ; A. MIGLIARI JR., *op. cit.*, p. 150 ; et F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 78. Il faut dire, cependant, qu'au Brésil le projet de Code de l'environnement de 1993 visait non seulement les groupements dotés d'une personnalité juridique, mais également les groupements dépourvus de personnalité juridique. Toutefois, dans ce projet, le législateur brésilien faisait référence directe à ces groupements sans personnalité juridique, tel n'est pas le cas de la loi 9.605/98.

²³⁹⁷ Bien sûr en France et au Brésil cette exigence existe aussi en ce qui concerne les personnes morales de droit public. De toute façon, on étudie cette question dans cette sous-section puisque c'est au sein du droit privé qu'on rencontre plus facilement des groupements dotés d'une existence économique ou sociale, mais sans une personnalité juridique propre.

²³⁹⁸ Voir : C. LOMBOIS, Rapport de synthèse, in *Les petites affiches*, 1993, n° 120, p. 50 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 345 ; et A. COEURET, *op. cit.*, p. 306.

²³⁹⁹ Dans ce sens, voir : F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 119 ; et P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 61.

personnalité juridique. Pour ces penseurs, cette exigence serait discutable à deux égards. Tout d'abord, puisqu'en raison de cette exigence, le droit pénal ne pourrait pas saisir une partie importante de la délinquance, car l'ensemble des structures dépourvues d'existence formelle échapperait à la répression malgré leur potentiel nuisible²⁴⁰⁰. Ensuite, cette exigence serait également discutable parce que face à l'autonomie²⁴⁰¹ et au réalisme du droit pénal²⁴⁰² il serait inéquitable que « les groupements jouissent de l'impunité au seul motif qu'ils n'ont qu'une existence de fait »²⁴⁰³. Pour cette raison, pour ces auteurs, le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements devrait concerner non seulement les personnes morales dotées d'une personnalité juridique, mais également les groupements dépourvus d'existence formelle.

Toutefois, nonobstant les critiques que l'on peut faire à l'encontre de cette exigence, il nous semble que plusieurs raisons d'ordre pratique et théorique justifient le fait que seuls les êtres collectifs dotés d'une personnalité juridique puissent devenir pénalement responsables en France et au Brésil. En premier lieu, l'impossibilité de saisir un groupement qui à défaut de personnalité juridique ne possède ni volonté, ni existence propre²⁴⁰⁴. En deuxième lieu, « l'absence de tout intérêt d'une condamnation qui frapperait un condamné n'ayant ni droit, ni patrimoine »²⁴⁰⁵. En troisième lieu, les difficultés additionnelles que le droit pénal rencontrerait pour identifier non seulement ces structures dépourvues d'une personnalité juridique, mais également leurs organes et leurs représentants. En quatrième lieu, l'impossibilité d'appliquer certaines peines à l'encontre de ces groupements, telle qu'une peine de dissolution ou d'amende par exemple²⁴⁰⁶. En cinquième lieu, le principe de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale, puisqu'en utilisant l'appellation « personne morale », la loi en France et au Brésil a clairement visé uniquement les êtres collectifs dotés d'une personnalité juridique, en excluant du champ d'application du droit pénal les groupements dépourvus d'existence formelle²⁴⁰⁷. Finalement, en sixième lieu, cette

²⁴⁰⁰ P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 61. Dans le même sens, voir J. TRICOT, *op. cit.*, p. 24.

²⁴⁰¹ M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales, évolution ou révolution*, p. 39.

²⁴⁰² S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 556.

²⁴⁰³ Y. GUYON, *op. cit.*, p. 238.

²⁴⁰⁴ S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 556.

²⁴⁰⁵ *Ibid.* « De plus cette répression sera largement inefficace, en raison du peu de consistance de ces groupements qui s'apparentent plus à des fantômes qu'à de véritables personnes » Y. GUYON, *op. cit.*, p. 238.

²⁴⁰⁶ Notamment en ce qui concerne le droit pénal français, « l'argument est plus sérieux, ce d'autant plus que, par l'effet de la suppression du principe dit de spécialité, beaucoup d'infractions imputables aux personnes morales ne sont punies que d'une peine d'amende » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 12. En outre, « à quoi servira de lui interdire d'émettre des chèques, de faire appel public à l'épargne ou de conclure des marchés publics puisque ces activités lui étaient déjà impossibles » Y. GUYON, *op. cit.*, p. 238.

²⁴⁰⁷ En ce qui concerne le droit français, voir : Y. GUYON, *op. cit.*, p. 238; et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 543.

exigence semble être également justifiée en raison du fait que malgré l'impossibilité de punir de ces êtres collectifs dénués de personnalité juridique, le droit pénal peut toujours saisir les personnes physiques qui les composent. De ce fait, on n'aurait pas d'impunité absolue des infractions accomplies au sein de ces groupements, mais on pourrait toujours rendre un délinquant responsable de ces actes illicites, bien qu'il s'agisse d'une personne physique²⁴⁰⁸. Pour ces motifs, malgré les critiques que l'on peut faire concernant le thème, plusieurs raisons d'ordre pratique et théorique semblent justifier alors l'exigence du fait qu'un être collectif soit doté d'une personnalité juridique pour qu'il puisse devenir pénalement responsable en France et au Brésil²⁴⁰⁹.

304. Qui sont les groupements de droit privé pénalement responsables. Dans ce contexte, on peut conclure que dans ces deux pays tous les groupements de droit privé pourvus d'une personnalité juridique entrent dans le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales, sans aucune distinction selon leur finalité ou à leur nature. Ces êtres collectifs peuvent alors devenir pénalement responsables de toutes les infractions accomplies pour leur compte par leurs organes ou représentants et ils peuvent avoir plusieurs formes juridiques.

Par rapport au droit français, on fait référence à plusieurs types de personnes morales de droit privé : les sociétés civiles ; les sociétés commerciales²⁴¹⁰ ; les sociétés unipersonnelles (EURL ou EARL)²⁴¹¹ ; les associations ; les syndicats ; les partis ou groupements politiques ; les fondations classiques ; les fondations d'entreprise²⁴¹² ; les groupements d'intérêt économique²⁴¹³ ; les groupements européens d'intérêt économique ; les congrégations religieuses ; les institutions représentatives du personnel ; les comités d'entreprise ; les syndicats de copropriétaires²⁴¹⁴ ; les coopératives ; et les masses d'obligataires²⁴¹⁵. Par rapport au droit brésilien²⁴¹⁶, on fait également référence à divers genres de personnes morales de droit privé : les associations ; les sociétés civiles ; les sociétés commerciales ; les fondations ; les congrégations religieuses ; les partis politiques ; les coopératives ; les entreprises unipersonnelles ; et les syndicats²⁴¹⁷. Étant donné qu'en France et au

²⁴⁰⁸ Dans le même sens, voir : H. RENOUT, *op. cit.*, p. 182 ; et E. DREYER, *op. cit.*, p. 820.

²⁴⁰⁹ Il est intéressant de remarquer qu'en France l'ordonnance du 5 mai 1945 admettait, « parallèlement à la responsabilité pénale des entreprises de presse normalement constituées, celle des associations et des syndicats de fait ». En ce qui concerne le thème, voir H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 345.

²⁴¹⁰ J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 9.

²⁴¹¹ Y. GUYON, *op. cit.*, p. 235.

²⁴¹² *Idem*, p. 236.

²⁴¹³ N. RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p. 10.

²⁴¹⁴ Y. GUYON, *op. cit.*, p. 236.

²⁴¹⁵ *Ibid.*

²⁴¹⁶ Il faut dire que l'article 44 du Code civil brésilien fait référence aux personnes morales de droit privé dotées d'une personnalité juridique.

²⁴¹⁷ Voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 106.

Brésil tous ces groupements de droit privé sont dotés d'une personnalité juridique, ils pourront être responsables à l'égard du droit pénal en raison de toutes les infractions accomplies par leurs organes ou représentants pour leur compte²⁴¹⁸.

305. Qui sont les groupements de droit privé pénalement irresponsables. Cependant, dans le sens inverse, à cause de raisons déjà invoquées, les êtres collectifs de droit privé dépourvus d'une personnalité juridique ne pourront pas devenir pénalement responsables dans ces deux pays²⁴¹⁹. En France, tel est le cas de certains groupements qui malgré leur existence de fait n'ont pas de personnalité juridique propre. On fait référence notamment aux groupes de sociétés²⁴²⁰, aux sociétés créées de fait, aux sociétés en participation²⁴²¹, aux fonds communs de placement ou de créances²⁴²², aux associations non-déclarées²⁴²³ et aux indivisions²⁴²⁴. Au Brésil, tel est également le cas de certains groupements dont l'existence est uniquement informelle, comme les sociétés en participation²⁴²⁵, les groupes de sociétés²⁴²⁶ et les sociétés créées de fait²⁴²⁷. À défaut d'avoir une existence formelle, ces groupements ne pourront pas devenir pénalement responsables en France et au Brésil, car ils sont dénués de personnalité juridique nonobstant leur existence de fait.

Toutefois, dans ces deux pays, n'entrent pas dans cette zone « d'irresponsabilité pénale » ni les sociétés de fait²⁴²⁸, ni les personnes morales qui ont tout simplement changé leur forme

²⁴¹⁸ En ce qui concerne le droit français, à cause de cette exigence d'une personnalité juridique pour la responsabilité d'un groupement, certains auteurs ont fait remarquer que la théorie de la réalité consacrée en droit civil n'a pas été entièrement transposée en droit pénal. Voir concernant le thème : S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 556 ; et J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 11.

²⁴¹⁹ Dans ce sens, voir : J. TRICOT, *op. cit.*, p. 19 ; et F. GALVÃO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 79. Rien n'empêche cependant le droit pénal de saisir les personnes physiques qui sont derrière ces groupements.

²⁴²⁰ « Au mieux, dans le cas du groupe de sociétés, pourra-t-on considérer que les différentes sociétés le composant sont coauteurs ou que certaines d'entre elles sont complices d'une ou de plusieurs autres » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 11. En outre, il faut dire que « dans le groupe de sociétés, l'affectio societatis, c'est-à-dire la volonté de s'associer, n'existe pas. Au contraire, les différentes sociétés veulent conserver leur autonomie juridique. Il semble donc difficile d'appréhender le groupe dans son ensemble en application du droit commun » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 176. Finalement, il est intéressant de constater qu'en France, d'un côté, le droit pénal ne prend pas en compte le groupe de sociétés pour le sanctionner, mais, de l'autre côté, il reconnaît l'existence d'un groupe de sociétés en ce qui concerne l'application d'un fait justificatif, notamment dans le cas d'abus de bien sociaux. Voir dans ce sens : Cour de cass., Ch. crim., 4 février 1984, pourvoi n° 84-91581.

²⁴²¹ Voir articles 1871 à 1872-2 du Code civil français. Voir également W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 25.

²⁴²² Y. GUYON, *op. cit.*, p. 237.

²⁴²³ H. RENOUT, *op. cit.*, p. 182.

²⁴²⁴ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 813.

²⁴²⁵ Voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 108. Voir également les articles 991 à 996 du Code civil brésilien.

²⁴²⁶ Au Brésil, c'est la loi 6.404/76 qui reconnaît l'existence juridique du groupe de sociétés, mais elle ne lui accorde pas une personnalité juridique.

²⁴²⁷ L'article 986 du Code civil brésilien ne reconnaît pas la personnalité juridique à ce genre de groupement.

²⁴²⁸ « En revanche les sociétés de fait sont pénalement responsables. Ce sont, en effet, des sociétés nulles. Mais comme la nullité produit les effets d'une dissolution prononcée par justice, la personnalité morale ne disparaît pas rétroactivement et subsiste même pour les besoins de la liquidation (...) une responsabilité pénale paraît donc possible » Y. GUYON, *op. cit.*, p. 237.

juridique²⁴²⁹. En effet, ces êtres collectifs demeurent avec une personnalité juridique, raison pour laquelle ils pourront devenir pénalement responsables autant à l'égard du droit pénal français, qu'à l'égard du droit pénal brésilien.

De toute façon, face à l'exigence d'une personnalité juridique pour qu'une personne morale puisse entrer dans le champ d'application du droit pénal franco-brésilien, une question se pose : est-ce que dans ces deux pays un être collectif étranger peut devenir pénalement responsable à l'instar des êtres collectifs nationaux pourvus d'une personnalité juridique ?²⁴³⁰

306. Quid des personnes morales étrangères ? Face à cette question, il nous semble qu'en France et au Brésil un groupement étranger peut lui-aussi se rendre pénalement coupable d'une infraction accomplie sur le territoire français ou sur le territoire brésilien (principe de territorialité)²⁴³¹. En effet, comme l'article 121-2 du Code pénal français et l'article 3 de la loi 9.605/98 au Brésil ne font aucune distinction en fonction de la nationalité de la personne morale délinquante, ces deux dispositifs semblent englober dans leur champ d'application autant les êtres collectifs nationaux que les groupements étrangers²⁴³². Pour cette raison, dans ces deux pays rien n'empêche qu'une personne morale « non-nationale » puisse devenir pénalement coupable d'une infraction accomplie par son organe ou représentant sur le territoire français ou brésilien.

De toute façon, face à la possibilité de rendre un groupement étranger responsable en France et au Brésil, une seconde interrogation se pose en raison de l'exigence d'une personnalité juridique pour qu'un être collectif puisse entrer dans le champ d'application du droit pénal. Est-ce que l'existence d'une personnalité juridique au sein d'un groupement étranger doit être

²⁴²⁹ Selon l'article 1844-3 du Code civil français, « la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle ». On rencontre presque la même rédaction dans l'article 1113 du Code civil brésilien.

²⁴³⁰ Cette question semble être importante aussi du point de vue de la politique pénale, puisque « il est en effet possible, surtout à des sociétés puissantes, ayant des établissements ou d'autres points d'appui dans plusieurs États, d'user et d'abuser des particularités et peut-être des lacunes des différents systèmes juridiques pour échapper à l'application d'une loi pénale qui pourrait incriminer leur procédés », voir M. A. HUSS, *op. cit.*, p. 688.

²⁴³¹ Par rapport aux groupements de droit public étrangers, il nous paraît qu'ils peuvent également se rendre pénalement coupables d'une infraction autant à l'égard du droit pénal français, qu'à l'égard du droit pénal brésilien, notamment pour les activités qui ne relèvent pas de prérogatives de puissance publique ou qui ne sont pas des activités régaliennes. Cette possibilité semble s'harmoniser avec les coutumes du droit pénal international relativement à la matière (voir Cour de cass., Ch. crim., 23 novembre 2004, JurisData n° 2004-026042). Dans ce sens, voir : J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 12 ; et D. REBUT, *op. cit.*, p. 49. En ce qui concerne le droit pénal français, il reste à savoir si les immunités prévues au sein de l'article 121-2 du Code pénal, à propos de l'État et des collectivités territoriales, sont également applicables aux États et aux collectivités territoriales étrangères. Pour une extension de ces immunités envers ces groupements internationaux, voir E. PICARD, *op. cit.*, p. 285.

²⁴³² Dans le même sens, voir : J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 12 ; et H. RENOUT, *op. cit.*, p. 184. Pour un exemple jurisprudentiel en ce qui concerne le droit pénal français, voir : Cour de cass., Ch. crim., 15 décembre 2015, pourvoi n° 13-81585 (condamnation d'une entreprise britannique à cause d'une pratique discriminatoire) ; et Cour de cass., Ch. crim., 10 janvier 2006, pourvoi n° 04-86428 (condamnation d'une entreprise japonaise en raison d'un homicide involontaire). Dans le même sens, en ce qui concerne le droit pénal brésilien, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 61.

déterminée à l'égard du droit du pays dans lequel l'acte illicite a été accompli ou doit-elle être déterminée à l'égard du droit national de la personne morale délinquante ?

En absence de jurisprudence en France et au Brésil concernant directement le thème, la doctrine est partagée. D'un côté, certains proposent que l'existence d'une personnalité juridique au sein du groupement étranger soit déterminée à l'égard du droit du pays dans lequel l'infraction a été accomplie²⁴³³. De l'autre côté, d'autres suggèrent que cette question soit examinée par rapport à la loi nationale du délinquant²⁴³⁴. Face à cette doctrine hétérogène, à notre avis cette question doit être examinée à l'égard de la loi nationale de la personne morale étrangère²⁴³⁵. En effet, cette solution paraît la plus adéquate parce que l'existence ou l'inexistence d'une personnalité juridique au sein d'un groupement délinquant est une question de nature « extra-pénale » et non pas pénale²⁴³⁶. De ce fait, comme toute question de nature « extra-pénale », elle doit être examinée par rapport à la loi nationale du délinquant et non pas par rapport à la loi du pays dans lequel l'acte illicite a été réalisé²⁴³⁷.

Quoi qu'il en soit, si même une personne morale étrangère peut se rendre coupable d'une infraction, la question qui se pose alors est celle de savoir si une société en voie de constitution ou en cours de liquidation peut, elle aussi, entrer dans le champ d'application de cette responsabilité. Autrement dit, en France et au Brésil, la condition de la personnalité juridique n'a-t-elle pas certaines limites chronologiques (§2) ?

²⁴³³ En ce qui concerne le droit pénal français, voir : F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, p. 587 ; et N. RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p. 8.

²⁴³⁴ En ce qui concerne le droit pénal français, voir : M. DELMAS-MARTY, *Personnes morales étrangères et françaises, questions de droit pénal international*, in *Revue des sociétés*, 1993, p. 255.

²⁴³⁵ De même, « c'est au regard d'un droit étranger que le juge répressif devra alors vérifier le fonctionnement de la personne morale en question et rechercher si l'infraction a bien été commise par un organe ou représentant pour son compte » E. DREYER, *op. cit.*, p. 819. En outre, la responsabilité pénale d'un groupement étranger pose des « délicats questions de poursuite et de mise à exécutions des sanctions », notamment dès lors que la personne morale ne possède pas un établissement stable dans le pays où l'infraction a été accomplie, voir B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 288.

²⁴³⁶ En effet, des auteurs invoquent le caractère « extra-pénal » de la personnalité juridique pour justifier que cette question soit déterminée par rapport à la loi nationale du délinquant et non pas par rapport à la loi du pays dans lequel l'acte illicite a été accompli. Dans ce sens, voir M. DELMAS-MARTY, *Personnes morales étrangères et françaises, questions de droit pénal international*, p. 255. De toute façon, une fois la personnalité juridique établie elle devient une question pénale et peut être interprétée en tant qu'un support préalable à l'imputabilité chez les groupements.

²⁴³⁷ Par ailleurs, il nous semble qu'une personne morale française ou brésilienne peut également être punie en France et au Brésil dès lors qu'elle réalise une infraction à l'étranger (principe de la compétence personnelle active). Toutefois, pour que cette punition puisse avoir lieu une réciprocité d'incrimination est exigée, non seulement en ce qui concerne l'existence de l'infraction, s'il s'agit d'un délit, mais également en ce qui concerne l'existence de la responsabilité pénale des groupements dans le pays d'accomplissement de l'acte illicite. Dans le même sens, voir : B. BOULOC, *Droit pénal général*, n° 311 ; M. DELMAS-MARTY, *Personnes morales étrangères et françaises, questions de droit pénal international*, p. 255 ; et M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 135.

§2) L'exigence de la personnalité et ses limites chronologiques

307. L'importance de la question. En partant du principe que la personnalité juridique est une exigence pour la responsabilité pénale des groupements, la détermination du moment d'acquisition et d'extinction de cette personnalité devient alors une question fondamentale pour l'application de cette responsabilité en France et au Brésil²⁴³⁸. En effet, cette question est importante car c'est seulement dans la période de son existence, comprise entre l'obtention et la disparition de sa personnalité juridique, qu'un groupement peut devenir pénalement responsable dans ces deux pays. Pour cette raison, afin de mieux déterminer le champ d'application de la responsabilité pénale des êtres collectifs en France et au Brésil, il convient d'étudier plus en détails le moment d'acquisition et d'extinction de la personnalité juridique chez les personnes morales.

308. L'acquisition de la personnalité juridique. L'acquisition de la personnalité juridique a lieu, en général, avec l'immatriculation de l'être collectif²⁴³⁹. Cependant, pour certains groupements, par dérogation, l'obtention de la personnalité juridique peut être conditionnée à d'autres exigences, comme, par exemple, un décret en Conseil d'État pour les congrégations²⁴⁴⁰. De toute façon, en partant de la règle générale, on peut déduire qu'un groupement peut devenir pénalement responsable en France et au Brésil uniquement en raison d'un acte illicite accompli à un moment postérieur à son immatriculation. En effet, c'est seulement après son immatriculation que l'être collectif va avoir une personnalité juridique et de ce fait c'est uniquement après cet événement qu'il pourra entrer dans le champ d'application du droit pénal. Par conséquent, inversement, si une infraction est commise par les fondateurs de la personne morale, avant l'immatriculation du groupement²⁴⁴¹, cet acte illicite ne pourra pas être imputé à l'encontre de l'être collectif. En réalité, à ce moment-là, la personne morale n'a pas encore de personnalité juridique, raison pour laquelle sa responsabilité pénale ne pourra pas être recherchée en France et au Brésil²⁴⁴².

²⁴³⁸ Dans le même sens, voir J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 76.

²⁴³⁹ En ce qui concerne le droit français, l'article 1842 du Code civil et l'article L. 210-6 du Code de commerce prévoient que l'immatriculation du groupement est une condition de l'acquisition de la personnalité juridique. En ce qui concerne le droit brésilien, il faut dire que l'article 985 du Code civil prévoit également l'immatriculation de l'être collectif comme condition principale de l'acquisition de la personnalité juridique.

²⁴⁴⁰ Voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 70.

²⁴⁴¹ « En effet, avant l'immatriculation, de nombreux actes sont nécessaires pour que la société, une fois personnifiée, puisse exploiter son activité » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 129.

²⁴⁴² « En effet, dans cette hypothèse, au moment de l'infraction, la personne morale n'avait aucune existence de sorte qu'elle ne pouvait être l'auteur de l'infraction commise par les fondateurs » N. RONTCHEVSKY, *op. cit.*, p. 10.

309. La reprise. Cependant, face à cette impossibilité, la question qui se pose est celle de savoir si on ne pourrait pas appliquer le mécanisme de reprise dans ces situations, afin de rendre le groupement pénalement responsable d'une infraction accomplie avant son immatriculation²⁴⁴³. En effet, dans la reprise, la personne morale, après avoir été régulièrement immatriculée, reprend les engagements souscrits par ses représentants durant sa période de formation²⁴⁴⁴. Par conséquent, en raison de ce mécanisme, les actes des fondateurs de l'être collectif sont réputés comme accomplis par le groupement lui-même, nonobstant le fait qu'à l'époque de leur réalisation la personne morale n'avait pas encore de personnalité juridique²⁴⁴⁵. Pour cette raison, on pourrait se demander s'il ne serait pas possible d'utiliser ce mécanisme de reprise afin de condamner un groupement en raison d'un acte illicite qui a été accompli avant son immatriculation.

Autant à l'égard du droit pénal français qu'à l'égard du droit pénal brésilien, la réponse à cette question semble être négative²⁴⁴⁶. En premier lieu, parce qu'en raison de l'autonomie du droit pénal et de l'interprétation stricte de la loi, un texte spécifique du droit des sociétés ne saurait avoir une incidence sur la solution pénale²⁴⁴⁷. Par conséquent, on ne pourrait pas tout simplement importer le mécanisme de reprise du droit de sociétés vers le droit pénal afin de rendre un groupement responsable d'une infraction accomplie avant son immatriculation. En deuxième lieu, la réponse à cette question semble être négative également parce que la reprise d'un acte illicite, même en matière sociétaire, n'existe pas, pour cette raison on ne pourrait pas appliquer ce mécanisme vis-à-vis d'une infraction en droit pénal²⁴⁴⁸. En troisième lieu, la réponse à cette interrogation semble être négative, parce que le réalisme du droit pénal ne semble pas pouvoir s'accommoder avec cette logique cumulative de deux fictions : d'un côté, la fiction de l'effet rétroactif de la reprise ; de l'autre côté, la fiction concernant la représentation exercée par les fondateurs de la personne morale au moment de l'infraction²⁴⁴⁹. Pour ces raisons, il nous semble

²⁴⁴³ En ce qui concerne le droit français, voir les articles : L. 210-6 et L. 251-4 du Code de commerce ; et l'article 1843 du Code civil. Par rapport au droit brésilien, voir W. FAZZIO, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo : Atlas, 2002, p. 163.

²⁴⁴⁴ En outre, à propos du droit français, il faut dire que la reprise n'est pas prévue pour toutes les personnes morales, mais uniquement pour les sociétés et les groupements d'intérêt économique. Voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 9.

²⁴⁴⁵ I. URBAIN-PARLÉANI, Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue des sociétés*, 1993, p. 240.

²⁴⁴⁶ Contre cette solution, voir J. LEROY, *op. cit.*, p. 236.

²⁴⁴⁷ I. URBAIN-PARLÉANI, *op. cit.*, p. 241.

²⁴⁴⁸ « Il faut d'ailleurs observer que même en matière civile, et contrairement à l'opinion de la doctrine dominante, la jurisprudence a considéré, à propos de faits de concurrence déloyale, que la reprise ne pouvait concerner les conséquences de fautes délictuelles, celles-ci restant à la charge des fondateurs » I. URBAIN-PARLÉANI, *op. cit.*, p. 241. Voir également, en ce qui concerne le droit français, CA Paris, 24 février 1977, *JCP*, 1977. II. 18957, note Chartier, *Rev. sociétés*, 1978, p. 471. « Les faits juridiques demeurent donc personnels aux fondateurs dont la seule responsabilité est envisageable » M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 130.

²⁴⁴⁹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 79.

que seuls les actes illicites accomplis après l'immatriculation du groupement peuvent le rendre pénalement coupable, car le mécanisme de reprise n'est pas transposable du droit de sociétés à la responsabilité pénale des êtres collectifs.

310. La répression des infractions accomplies avant l'immatriculation. Toutefois, cela ne signifie pas qu'une personne morale ne pourra jamais être condamnée en raison d'une infraction en lien avec un acte illicite accompli avant son immatriculation. Cette assertion est possible pour deux raisons. Tout d'abord, parce que rien n'empêche que le groupement soit poursuivi pour blanchiment d'argent ou pour recel du produit illicite d'une infraction qui a été accomplie par ses fondateurs pendant sa période de formation²⁴⁵⁰. Ensuite, parce que l'être collectif pourra également être déclaré responsable, en coaction avec ses fondateurs, « des infractions continues dont les actes d'exécution ont débuté avant l'attribution de la personnalité juridique et se sont maintenus après »²⁴⁵¹. Par conséquent, même si le mécanisme de reprise n'est pas applicable au sein de la responsabilité pénale des groupements, il nous semble que les êtres collectifs ne restent pas totalement irresponsables des actes illicites accomplis avant leur immatriculation. De toute façon, pourrions-nous avoir la même pensée concernant les infractions commises par les personnes morales après leur dissolution ?

311. L'extinction de la personnalité juridique. À son tour, l'extinction de la personnalité juridique d'un groupement a lieu normalement avec sa dissolution. Néanmoins, on constate régulièrement une survie de la personnalité juridique de l'être collectif après cet événement, plus précisément durant la période de liquidation de la personne morale²⁴⁵². Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir si un groupement en cours de liquidation peut devenir pénalement responsable d'une infraction accomplie par son organe ou représentant pendant cette période. Autrement dit, si un acte illicite a lieu après la dissolution du groupement, mais avant la publication de la clôture

²⁴⁵⁰ Dans ce sens, voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, p. 488.

²⁴⁵¹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 79. En ce qui concerne le droit français, tel peut être le cas, par exemple, d'une infraction d'emploi de travailleurs dans des conditions contraires à la dignité dès lors que cet acte illicite a débuté avant l'immatriculation du groupement et la personne morale, après son immatriculation, continue à employer les salariés dans les conditions initialement fixées par ses fondateurs. Voir dans ce sens, I. URBAIN-PARLÉANI, *op. cit.*, p. 241. Par ailleurs, on peut également penser aux situations où l'acte illicite est « une infraction complexe, telle que l'escroquerie et le fait qu'un des actes matériels constitutifs soit réalisé après l'obtention de la personnalité juridique ». Il paraît que dans cette hypothèse le groupement peut également se rendre coupable de l'infraction, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 9.

²⁴⁵² En France, plusieurs articles prévoient cette survie de la personnalité juridique du groupement pendant la liquidation : article 1844-8 du Code civil ; article L. 237-2 du Code de commerce ; article L. 251-21 du Code de commerce ; et l'article 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations. Au Brésil, l'article 51 du Code civil prévoit également une survie de la personnalité juridique pendant la période de liquidation.

de sa liquidation, cette infraction peut-elle rendre la personne morale pénalement responsable en France et au Brésil ?

312. Les actes illicites accomplis pendant la période de liquidation. Dans ces deux pays, la réponse à cette interrogation semble être affirmative. En effet, étant donné que durant la période de liquidation il existe une survie de la personnalité juridique de l'être collectif, rien n'empêche qu'un acte illicite accompli à ce moment-là puisse lui être imputé²⁴⁵³. En outre, contrairement à l'opinion de certains²⁴⁵⁴, à notre avis cette possibilité d'imputation n'est pas restreinte aux infractions ayant un rapport direct avec la procédure de liquidation. En réalité, de la même manière que l'objet social de l'être collectif ne limite pas l'étendue de sa responsabilité, le fait que la personnalité juridique du groupement ne subsiste pendant cette période que pour les besoins de sa liquidation²⁴⁵⁵ ne saurait également restreindre l'étendue de sa responsabilité aux infractions ayant un rapport direct avec la procédure de liquidation. La solution inverse nous amènerait alors à une large zone d'irresponsabilité créée au profit des groupements en cours de liquidation, ce qui ne serait pas souhaitable. Pour cette raison, il nous semble qu'en France et au Brésil un être collectif peut se rendre coupable d'une infraction accomplie après sa dissolution et avant la publication de la clôture de sa liquidation²⁴⁵⁶ et cela indépendamment du fait que cet acte illicite ait ou non un rapport direct avec la procédure de liquidation. En effet, pendant cette période on rencontre une survie de la personnalité juridique du groupement, raison pour laquelle sa responsabilité pénale pourra être recherchée en France et au Brésil.

Toutefois, est-ce que cette solution est également applicable dès lors que l'extinction de la personnalité juridique d'un groupement a lieu sans une procédure de liquidation, autrement dit : peut-on adopter un raisonnement similaire à celui-ci dans le cas d'une opération de fusion ou de scission ?

²⁴⁵³ Voir dans ce sens, CA Nîmes, 20 avril 2001, *Juris-Data* n° 2001-150204.

²⁴⁵⁴ Voir dans ce sens : J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 245 ; I. URBAIN-PARLÉANI, *op. cit.*, p. 245 ; et M.-A. AFCHAIN, thèse préc., p. 173.

²⁴⁵⁵ En ce qui concerne le droit brésilien, voir l'article 51 du Code civil. Par rapport au droit français, voir : article 1844-8 du Code civil ; et article L. 237-2 du Code de commerce.

²⁴⁵⁶ Par ailleurs, cette possibilité s'insère dans la logique de l'article 133-1 du Code pénal français. Voir dans ce sens, G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité des personnes morales*, p. 544. Dans le même sens, en ce qui concerne le droit brésilien, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 120. Toutefois, il nous semble qu'après la publication de clôture des opérations de liquidation, les poursuites ne sont plus possibles, en raison de l'extinction de la personnalité juridique du groupement. C'est pourquoi « dans tous les cas, l'éventuelle condamnation de la personne morale devrait nécessairement intervenir avant la clôture des opérations de liquidation, événement ayant pour effet d'éteindre l'action publique en raison de la disparition de son sujet » J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 10.

313. Le cas de la fusion et de la scission. Dans les opérations de fusion ou de scission la personnalité juridique d'un groupement peut disparaître sans être suivie par une procédure de liquidation. D'un côté, la fusion consiste à regrouper plusieurs sociétés « qui disparaissent en une seule, par voie de transmission universelle de patrimoine »²⁴⁵⁷. De l'autre côté, la scission est l'opération inverse, c'est-à-dire qu'elle consiste à diviser une société unique, laquelle va donner lieu à plusieurs sociétés²⁴⁵⁸. Dans tous les cas, la question qui se pose est celle de savoir si la personne morale ou les personnes morales résultantes de ces opérations sociétaires peuvent ou non se rendre pénalement coupables d'une infraction qui a été réalisée par un être collectif à l'origine de la fusion ou à l'origine de la scission. Autrement dit, face à l'extinction de la personnalité juridique d'un groupement sans procédure de liquidation, peut-on rendre l'être collectif qui poursuit son activité économique pénalement responsable d'une infraction qui a été accomplie par le groupement dissout ?

En France, la jurisprudence a déjà été invitée à trancher cette question, notamment dans le cas d'une fusion absorption²⁴⁵⁹. Selon la Cour de cassation, en raison du principe de personnalité prévu à l'article 121-1 du Code pénal, la société absorbante n'est pas responsable d'une infraction accomplie par la société absorbée. En effet, d'après la Chambre criminelle, une fois dissoute la société qui a réalisé l'acte illicite, le groupement qui continue son activité économique ne peut pas être condamné en raison d'une infraction qu'il n'a pas accompli personnellement. Au fond, une telle condamnation serait une responsabilité du fait d'autrui, ce qui est interdit en droit pénal. Pour cette raison, selon la jurisprudence française, on devrait répondre négativement à l'interrogation ci-dessus posée, car l'entreprise qui résulte d'une opération sociétaire de fusion ou même de scission ne peut pas devenir responsable d'une infraction qui a été accomplie par un groupement à l'origine de cette opération sociétaire²⁴⁶⁰.

²⁴⁵⁷ *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, Paris : Dalloz, 2014, p. 525.

²⁴⁵⁸ V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Paris : Dalloz, 2015, p. 129.

²⁴⁵⁹ Voir : Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-86742 ; Cour de cass., Ch. crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-96376 ; et Cour de cass., Ch. crim., 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-87312.

²⁴⁶⁰ Toutefois, on rencontre d'autres solutions au sein de la jurisprudence française concernant d'autres branches du droit. À propos du Conseil d'État, dans un arrêt du 22 novembre 2000, il a estimé qu'une sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de la société absorbante à cause d'un fait illicite réalisé par la société absorbée n'était pas contraire au principe de personnalité. Cependant, dans ce même arrêt il a estimé que tel n'était pas le cas pour la sanction du blâme (voir CE, 22 novembre 2000, *Sté Crédit agricole Indosuez Chevreux* : D. 2001, p. 8555 note BOIZARD). À propos de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, elle a déjà estimé qu'une sanction pécuniaire imposée à une société absorbante en raison d'un fait illicite accompli par la société absorbée était possible, dès lors que celle-là assure la continuité juridique et économique de celle-ci. Voir Cour de cass., Ch. comm., 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-00528.

Au Brésil, la jurisprudence n'a pas encore résolu cette interrogation. Toutefois, comme le principe de personnalité est également prévu à l'article 5, XLV, de la Constitution, on peut théoriquement espérer la même solution des tribunaux brésiliens par rapport au thème²⁴⁶¹.

De toute façon, nonobstant le fait que cette solution s'harmonise correctement avec les principes du droit pénal, on peut se demander si elle ne permet pas qu'une personne morale puisse organiser son irresponsabilité pénale par le biais d'une opération de fusion ou de scission ? Autrement dit, un groupement en France et au Brésil ne pourrait-il pas neutraliser une poursuite pénale par le biais de ces opérations sociétaires ?²⁴⁶² Devant une éventuelle réponse affirmative à cette interrogation²⁴⁶³, il nous paraît que la meilleure solution pour régler ce problème serait une intervention du législateur franco-brésilien dans le but de rendre « impossible – au moins tant que des poursuites sont en cours – toute opération » sociétaire « pouvant avoir pour effet de faire disparaître la personne morale poursuivie »²⁴⁶⁴. Il nous semble qu'avec cette intervention du législateur le risque de fraude à l'application du droit pénal serait éliminé en France et au Brésil, car les opérations de fusion ou de scission ne seraient plus capables de neutraliser les poursuites pénales comme elles le sont actuellement dans ces deux pays.

314. Le champ d'application en ce qui concerne les groupements de droit privé. Quoi qu'il en soit, on peut conclure en définitive qu'en France et au Brésil tous les êtres collectifs de droit privé peuvent devenir pénalement responsables, quelle que soit leur finalité ou leur nature. En effet, une seule exigence est requise par le droit pénal pour qu'un groupement de droit privé puisse entrer dans son champ d'application : il faut qu'il soit doté d'une personnalité juridique. En raison de cette

²⁴⁶¹ En ce qui concerne la doctrine brésilienne, certains auteurs proposent cette solution, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 126.

²⁴⁶² Dans le même sens, en ce qui concerne le droit brésilien, voir F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 156.

²⁴⁶³ En ce qui concerne le thème, la Cour de justice des Communautés européennes, au profit de l'efficacité des poursuites pénales, a rendu une décision qui ne semble pas s'harmoniser avec le principe de personnalité en droit pénal. En effet, contrairement à la position de la Cour de cassation en France, la CJCE a jugé que « que la fusion absorption, au sens de la Dir. n° 78/855/CEE du 9 oct. 1978, entraîne la transmission à la société absorbante de l'obligation de payer une amende infligée par une décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion », voir CJCE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ ACT*, pt 33. Malgré le fait que cette décision empêche que des opérations sociétaires puissent neutraliser les poursuites pénales, elle ne respecte pas le principe de personnalité en droit pénal. De ce fait, à notre avis, pour ne pas mépriser ce principe, une intervention du législateur en la matière en France et au Brésil serait nécessaire.

²⁴⁶⁴ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité des personnes morales*, p. 544. En Belgique, par exemple, l'article 20 du Code pénal prévoit que l'action pénale peut encore être exercée envers une personne morale après sa dissolution dès lors que cette dissolution a eu pour objectif de neutraliser les poursuites pénales exercées contre le groupement dissout. Sur le thème, voir F. STREATEANU, *op. cit.*, p. 347. Quoi qu'il en soit, en attendant cette intervention, il faut dire qu'autant en France qu'au Brésil on rencontre quand même des mécanismes qui peuvent atténuer les effets délétères de cette possibilité de fraude aux poursuites. Cette assertion est possible puisque rien n'empêche que la société absorbante soit poursuivie pour l'infraction de recel, de blanchiment d'argent ou même de fraude à la loi. Concernant le thème, voir : M. SEGONDS, *Frauder l'article 121-2 du Code pénal*, in *Revue Droit pénal*, étude 18, 2009, p. 19 ; F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 127 ; et H. MATSOPOULOU, *Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales*. Il nous semble que ces mécanismes peuvent également être appliqués en ce qui concerne les opérations de scission.

exigence, on rencontre certaines limites chronologiques à la responsabilité pénale d'une personne morale, d'après lesquelles un groupement ne peut devenir responsable que des infractions réalisées dans une période comprise entre l'acquisition et l'extinction de sa personnalité juridique. Dans tous les cas, si un acte illicite est réalisé pendant cette période de son existence, la personne morale peut se rendre pénalement responsable autant à l'égard du droit pénal français, qu'à l'égard du droit pénal brésilien.

315. *Le mouvement de création et le champ d'application de cette responsabilité.* En tout état de cause, l'examen des groupements de droit public et de droit privé qui peuvent devenir pénalement responsables en France et au Brésil, nous amène à la conclusion que l'on rencontre dans le champ d'application de la responsabilité des êtres collectifs un élément qui possède un rapport étroit avec le mouvement de création réalisé par le droit pénal envers les groupements : les immunités dont bénéficient les personnes morales de droit public en France et au Brésil²⁴⁶⁵. Cette assertion est possible puisque dès lors qu'on analyse les contours et les particularités de ces immunités, il est plausible de penser qu'elles sont de véritables innovations au sein de l'ordre juridique. Par conséquent, leur présence dans le champ d'application de la responsabilité des groupements semble corroborer alors non seulement l'existence d'un mouvement de création du droit pénal à l'égard des êtres collectifs, mais également le raisonnement utilisé dans la seconde partie de notre étude²⁴⁶⁶.

316. *De nouvelles immunités.* En effet, comme on l'a vu²⁴⁶⁷, dans l'ordre juridique franco-brésilien certaines personnes morales de droit public possèdent un régime spécial de responsabilité, en étant bénéficiaires de certaines immunités au sein du droit pénal. D'un côté, en France, l'article 121-2 du Code pénal prévoit expressément que l'État ne peut pas devenir pénalement responsable, tandis que les collectivités territoriales et leurs groupements le peuvent uniquement lorsqu'une

²⁴⁶⁵ Bien évidemment, à propos du droit pénal brésilien, cette affirmation est possible en raison du contenu du projet de nouveau Code pénal et non pas en raison de l'article 3 de la loi 9.605/98.

²⁴⁶⁶ En effet, on a pu conclure dans la seconde partie de notre étude que l'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales en ce qui concerne la notion d'imputabilité a été réalisée par le biais d'un mouvement de création et non pas d'un mouvement d'adaptation. Autrement dit, au lieu d'adapter aux êtres collectifs les concepts déjà existants au sein du droit pénal, on a construit de nouveaux concepts spécifiques à la personne morale de façon à résoudre ce troisième et dernier obstacle à la responsabilité des groupements. Ainsi, par le biais d'un mouvement de création, l'ordre juridique a réussi à harmoniser la notion d'imputabilité avec les particularités des groupements, en les rendant capables de faire l'objet d'un jugement de reproche nonobstant leur nature désincarnée. De ce fait, on peut penser que dans la seconde partie de notre étude on a examiné le mouvement de création qui a été réalisé par le droit pénal envers les personnes morales, lequel a été accompli afin de surmonter un troisième et dernier obstacle à la responsabilité des groupements : l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs.

²⁴⁶⁷ Voir *supra* (n° 285 et s.).

infraction est commise au sein d'une activité susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public. De l'autre côté, au Brésil, l'article 3 de la loi 9.605/98 est silencieux concernant le thème, mais l'article 41 du projet du nouveau Code pénal vise expressément l'irresponsabilité pénale de toutes les personnes morales de droit public. Dans ce contexte, on a pu déduire qu'en France et au Brésil les groupements de droit public ont à l'égard du droit pénal un régime spécial de responsabilité, en possédant certaines immunités qui sont de véritables innovations au sein de l'ordre juridique.

En réalité, ces immunités ont un caractère innovant parce que dès lors que l'on analyse leurs contours et leurs particularités on peut conclure qu'elles ne correspondent pas aux immunités déjà existantes au sein du droit pénal, notamment à celles prévues à propos de personnes physiques. Cette assertion est possible pour trois raisons. En premier lieu, parce que contrairement à l'État, le Président de la République en France et au Brésil n'a pas d'immunité absolue, mais il peut devenir pénalement responsable de certaines infractions²⁴⁶⁸. En deuxième lieu, car dans ces deux pays les membres du parlement peuvent eux aussi devenir pénalement responsables, en ayant une immunité limitée à un groupe très restreint d'actes illicites²⁴⁶⁹. En troisième lieu, cette assertion est également possible car contrairement aux collectivités territoriales et leurs groupements les agents et fonctionnaires publics franco-brésiliens n'ont aucune immunité pénale, de sorte qu'ils peuvent faire l'objet d'une condamnation prononcée en raison d'un acte illicite accompli dans ou hors l'exercice de leurs fonctions. De ce fait, par le biais d'une analyse des immunités déjà existantes en droit pénal, on peut déduire que les immunités instituées au profit des personnes morales de droit public en France et au Brésil sont de véritables innovations au sein de l'ordre juridique. Cette affirmation est possible puisqu'on ne rencontre aucune correspondance entre ces immunités et celles déjà insaturées au sein du droit pénal au profit de certaines personnes physiques. Par conséquent, cette absence de correspondance nous montre bien le caractère innovant du régime

²⁴⁶⁸ En ce qui concerne le droit français, le Président de la République a un statut pénal particulier. D'un côté, il a une immunité partielle en ce qui concerne les actes illicites accomplis dans l'exercice de ses fonctions, laquelle tombe dans les hypothèses de haute trahison ou pour les infractions relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale (voir article 28 de la Constitution française). De l'autre côté, en ce qui concerne les actes illicites accomplis hors l'exercice de ses fonctions, la responsabilité pénale du Chef de l'État français peut être recherchée à l'issue de son mandat (voir Cour de cass., Assem. Plén., 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84922). Sur le thème, voir également S. TZITZIS et G. LOPEZ, *Dictionnaire de sciences criminelles*, Paris : Dalloz, 2013, p. 505. En ce qui concerne le droit brésilien, le Président de la République a également un statut pénal particulier. D'un côté, pendant son mandat, il peut devenir pénalement responsable uniquement pour les « crimes de responsabilité » et pour les « infractions communes » réalisées dans l'exercice de ses fonctions. De l'autre côté, à l'issue de son mandat, il peut être poursuivi pour les infractions accomplies hors l'exercice de ses fonctions. Voir les articles 85 et 86 de la Constitution brésilienne.

²⁴⁶⁹ Autant en France qu'au Brésil l'immunité des parlementaires concerne uniquement les actes illicites liés aux opinions, discours et rapports des membres du Parlement. Voir : article 26 de la Constitution française ; et article 23 de la Constitution brésilienne.

de responsabilité mis en place pour les êtres collectifs de droit public en France et au Brésil²⁴⁷⁰, lequel ne correspond pas avec le régime de responsabilité prévu pour les personnes physiques qui ont un lien de rattachement avec la puissance publique dans ces deux pays.

317. En définitive, un mouvement de création. Ainsi, en raison de leur caractère innovant, on peut conclure que la présence de ces immunités dans le champ d'application de la responsabilité des groupements corrobore alors non seulement l'existence d'un mouvement de création du droit pénal à l'égard des êtres collectifs, mais également le raisonnement utilisé dans la seconde partie de notre étude. Cette assertion est possible puisqu'on rencontre un rapport étroit entre, d'un côté, ce mouvement de création et, de l'autre côté, les immunités instituées au profit des êtres collectifs de droit public en France et au Brésil. En effet, ce rapport étroit existe parce que dès lors que l'on analyse les contours et les particularités de ces immunités on s'aperçoit qu'elles sont de véritables innovations du droit pénal à l'égard des groupements, étant donné le fait qu'elles ne correspondent pas avec les immunités déjà existantes au sein de l'ordre juridique. Par conséquent, ce rapport étroit confirme l'exactitude du raisonnement utilisé dans la seconde partie de notre étude, car il démontre l'existence effective d'un mouvement de création du droit pénal à l'égard des personnes morales, lequel concernerait non seulement le fond (notion d'imputabilité), mais également le champ d'application de cette responsabilité.

De toute façon, devant ces observations, la question qui se pose est celle de savoir si on rencontre aussi une correspondance entre le champ d'application de la responsabilité des êtres collectifs et le mouvement d'adaptation réalisé par le droit pénal vis-à-vis des groupements. Autrement dit, existe-t-il dans le champ d'application de la responsabilité des personnes morales un second élément qui confirme l'existence d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des êtres collectifs ? Pour répondre à cette question, il convient d'étudier le champ d'application de la responsabilité des groupements à propos des infractions en raison desquelles une personne morale peut être condamnée en France et au Brésil (**CHAPITRE II**).

²⁴⁷⁰ Dans ce sens, en ce qui concerne le droit pénal français, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 8.

CHAPITRE II – Le champ d’application en ce qui concerne les infractions

318. *Les infractions imputables aux personnes morales.* Comme on l’a vu²⁴⁷¹, la détermination du champ d’application de la responsabilité pénale des personnes morales en France et au Brésil passe, tout d’abord, par une première interrogation : la question de savoir quels sont les groupements concernés par cette responsabilité. Même si la réponse à une telle interrogation est importante, elle n’est pas suffisante pour qu’on puisse déterminer avec précision l’étendue exacte du champ d’application de la responsabilité des êtres collectifs en France et au Brésil. En réalité, pour achever cette tâche, on doit répondre à une seconde question tout aussi importante : pour quelles infractions les personnes morales peuvent-elles être condamnées au sein du droit pénal franco-brésilien.

L’examen du groupe d’infractions imputables aux êtres collectifs en France et au Brésil est ainsi une seconde question qui doit être examinée dans le cadre de notre étude. Au sein de cette question, on s’aperçoit qu’autant l’ordre juridique français que brésilien ont initialement limité l’étendue du champ d’application de la responsabilité des groupements à une liste spécifique d’infractions, en consacrant ainsi un principe de spécialité dans la matière (**SECTION I**). Toutefois, dans un second temps, ces deux pays ont abandonné l’emploi de ce principe et ils ont élargi d’une manière totale ou partielle les frontières de la responsabilité des êtres collectifs dans le droit pénal (**SECTION II**).

Section I – Le principe de spécialité

Au sein du droit pénal franco-brésilien, le législateur a opté dans un premier temps pour la restriction du groupe d’infractions en raison desquelles une personne morale pourrait être condamnée. De ce fait, dans ces deux pays, un groupement ne pouvait pas devenir pénalement coupable de n’importe quel acte illicite en droit pénal, mais uniquement de certaines infractions. De toute façon, même si le principe de spécialité semblait avoir certains avantages (**SOUS-SECTION I**), il présentait également certains inconvénients (**SOUS-SECTION II**).

²⁴⁷¹ Voir *supra* (n° 285 et s.).

Sous-section I – Le principe et ses avantages

319. Le choix d'un principe de spécialité. Au moment de l'établissement de la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur en France et comme au Brésil avait le choix entre deux régimes concernant les infractions qui pourraient être imputées à l'encontre d'un groupement. D'un côté, l'option d'un régime spécial, lequel réduirait la possibilité de condamnation des êtres collectifs à un groupe déterminé d'actes illicites et, de ce fait, consacrerait un principe de spécialité en ce qui concerne la matière²⁴⁷². De l'autre côté, l'option d'un régime commun, au sein duquel il y aurait une assimilation pleine entre les personnes morales et les personnes physiques, raison pour laquelle on pourrait imputer aux groupements toutes les infractions prévues par le droit pénal, en consacrant ainsi un principe de généralité par rapport au thème²⁴⁷³.

Même si cette seconde option semblait être plus compatible avec le principe d'égalité²⁴⁷⁴, autant le législateur français que le brésilien a choisi, au moins dans un premier temps, l'établissement d'un régime spécial à propos des infractions qui pourraient être accomplies par une personne morale. En effet, au lieu de permettre qu'un groupement puisse se rendre pénalement coupable de n'importe quel type d'acte illicite, le droit franco-brésilien a initialement réduit le champ d'application de la responsabilité des êtres collectifs à une liste déterminée d'infractions, en dehors de laquelle une personne morale serait pénalement irresponsable. Cette option législative au profit d'un principe de spécialité semblait théoriquement avoir plusieurs avantages.

320. Les avantages d'un principe de spécialité. En premier lieu, elle permettrait au législateur de mieux maîtriser la matière, en pouvant contrôler avec précision les frontières de la responsabilité des êtres collectifs au sein du droit pénal²⁴⁷⁵. En deuxième lieu, le choix d'un régime spécial en ce qui concerne les infractions imputables aux groupements placerait cette responsabilité dans le « domaine du vraisemblable »²⁴⁷⁶. En effet, comme la personne morale a une nature désincarnée, elle ne pourrait pas en principe commettre toutes les infractions prévues par le droit pénal, de sorte

²⁴⁷² Dans le cadre de nos recherches, le premier auteur à poser un principe de spécialité en ce qui concerne le groupe d'infractions imputables aux personnes morales a été MESTRE, lequel énonce que « les personnes morales ne pourront pas commettre toute espèce de délit : il en est qui sont opposés à leur nature immatérielle », voir A. MESTRE, thèse préc., p. 272.

²⁴⁷³ Sur ce thème, voir M.-E. CARTIER, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 98.

²⁴⁷⁴ Dans ce sens, voir *Idem*, p. 105.

²⁴⁷⁵ Voir : J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 46 ; N. STOLOWY, La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales, in *JCP*, 2004, p. 953.

²⁴⁷⁶ B. BOULOC, Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales, in *La responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : Dalloz, 1993, p. 291.

qu'il serait comique d'imaginer par exemple un groupement en tant qu'auteur d'une infraction de bigamie²⁴⁷⁷. Par conséquent, le principe de spécialité permettrait au législateur de faire entrer dans le champ d'application de la responsabilité des personnes morales seulement les incriminations les plus compatibles avec la nature désincarnée des groupements, ce qui rendrait cette responsabilité plus vraisemblable et crédible²⁴⁷⁸. Finalement, en troisième lieu, l'option d'un régime spécial à propos des infractions imputables aux êtres collectifs aurait un dernier avantage : elle permettrait à l'ordre juridique d'avoir pour la responsabilité pénale des groupements un terrain réduit d'expérimentation²⁴⁷⁹, au sein duquel le droit pénal pourrait tester et s'adapter à cette « nouvelle » responsabilité d'une manière moins risquée²⁴⁸⁰. En raison de ces avantages, autant le droit pénal français que le brésilien ont préféré appliquer au moins dans un premier temps un principe de spécialité concernant le thème, en limitant le champ d'application de la responsabilité des personnes morales à un groupe spécifique d'infractions.

Toutefois, même si l'ordre juridique franco-brésilien avait opté pour un principe de spécialité, il restait à savoir quel serait le critère employé par le législateur afin de déterminer les incriminations qui entreraient et qui n'entreraient pas dans le champ d'application de cette responsabilité. Autrement dit, par le biais de quel critère le législateur irait déterminer les actes illicites qui pourraient être accomplis par les êtres collectifs ? Face à cette interrogation, quatre options se sont présentées en France et au Brésil.

321. Les critères possibles pour déterminer la spécialité de cette responsabilité. En premier lieu, la plus évidente, l'utilisation d'un critère basé sur les limites de l'anthropomorphisme. Selon ce critère, devraient entrer dans le champ d'application de cette responsabilité uniquement les infractions les plus compatibles avec la nature désincarnée des groupements, aussi bien que les actes illicites qui sont normalement accomplis au sein d'une entreprise²⁴⁸¹. De ce fait, ce critère

²⁴⁷⁷ Dans ce sens, voir par exemple W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 180. Cependant, dès lors que les personnes morales réalisent leurs infractions par le biais de leurs organes ou représentants, en utilisant d'un *substratum* humain (1^{er} condition de responsabilité en France et au Brésil), nous sommes obligés de conclure qu'elles peuvent commettre toutes les infractions prévues par le droit pénal. Pour cette raison, au moins dans le contexte franco-brésilien, cet argument liée à l'idée d'un principe de spécialité n'a pas beaucoup de sens. Voir : H. RENOUT, *op. cit.*, p. 186 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 91.

²⁴⁷⁸ M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 99.

²⁴⁷⁹ N. STOLOWY, *op. cit.*, p. 955.

²⁴⁸⁰ « Le choix de la spécialité se réduit alors à un réflexe de sauvegarde de la part du législateur, circonspect face à sa propre création et inquiet du risque que celle-ci ne lui échappe » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 26. À notre avis cela semble être le principal avantage du principe de spécialité. Par ailleurs, comme l'on verra *infra* (n° 335), cet avantage confirme l'idée de l'existence d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales.

²⁴⁸¹ Certains auteurs ont soutenu qu'un tel critère était celui adopté par le législateur dans l'application du principe de spécialité en France (voir dans ce sens : M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 411). Cependant, la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 a

nous amènerait à exclure du groupe d'infractions imputables aux êtres collectifs les actes illicites qui appartiennent au « droit pénal naturel », tels que le viol par exemple²⁴⁸², afin de laisser le champ d'application de cette responsabilité réduit aux infractions plus techniques, comme un acte de fraude fiscale pour illustrer²⁴⁸³. En effet, seul ce second genre d'infraction serait compatible avec les particularités des personnes morales, en étant normalement accompli au sein d'une entreprise. Pour cette raison, on devrait réduire le champ d'application de cette responsabilité à ces sortes d'actes illicites, en utilisant à cet effet un critère basé sur les limites de l'anthropomorphisme.

En deuxième lieu, s'est présentée aussi l'option de l'utilisation d'un critère également lié aux limites de l'anthropomorphisme, dont la référence ne serait pas la compatibilité entre l'infraction et la nature désincarnée des groupements, mais serait la compatibilité entre la peine et le caractère immatériel des êtres collectifs. Selon ce critère, chaque fois que la loi prévoirait, pour un acte illicite, une réponse pénale ne pouvant pas être exécutée par une personne morale, comme l'emprisonnement par exemple, on devrait exclure cet acte illicite du champ d'application de la responsabilité des groupements²⁴⁸⁴. En réalité, selon ce critère, la responsabilité des personnes morales devrait être réduite aux infractions dont la peine pourrait s'accorder avec la nature immatérielle des êtres collectifs, parce que c'est la compatibilité entre la peine et la nature désincarnée des groupements que l'on devrait utiliser pour définir la liste d'infractions imputables aux personnes morales, et non pas la compatibilité entre l'infraction et le caractère immatériel des êtres collectifs.

En troisième lieu, s'est présentée également au législateur franco-brésilien l'option de l'utilisation d'un critère jurisprudentiel. D'après ce critère, la loi laisserait le soin aux juges pénaux la détermination du groupe d'infractions qui pourraient être réalisées par une personne morale. De ce fait, au sein de la loi, le législateur viserait d'une manière indéterminée le champ d'application de la responsabilité des groupements, en demandant aux tribunaux de vérifier au cas par cas si la qualification donnée aux faits illicites pourrait ou non être imputée à l'encontre d'une personne

démontré que cet avis n'était pas le bon, puisqu'au sein de cette loi le législateur français a prévu la possibilité qu'une personne morale puisse commettre certaines infractions sexuelles. Dans le même sens, voir Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, p. 394.

²⁴⁸² « La justification de cette délimitation se trouve dans la maxime latine *lex non cogit ad impossibilia*, c'est-à-dire que la loi ne peut pas connaître ce qui est impossible » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 563.

²⁴⁸³ « Seules peuvent lui être imputées les infractions économiques ou techniques (...) à l'exclusion des infractions de droit pénal classique » J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 91.

²⁴⁸⁴ Tel semble être le choix du droit anglais, lequel exclut du champ d'application de cette responsabilité « les infractions pour lesquelles le droit établit des peines qu'il est impossible d'appliquer aux personnes morales : c'est le cas, en Angleterre, du meurtre et de la trahison qui ne font encourir que la réclusion », voir J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, p. 377. Quoi qu'il en soit, il faut dire que l'application de ce critère au sein du droit anglais, lequel n'était pas prévu au sein de l'Interpretation Act de 1889, a été une initiative de la jurisprudence anglaise. Voir S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 563.

morale. Par conséquent, selon ce critère, l'étendue de la spécialité de la responsabilité des groupements serait déterminée non pas par le législateur, mais par la jurisprudence, au cas par cas²⁴⁸⁵.

Finalement, en quatrième lieu, toujours dans le but d'apporter une réponse à cette question, une dernière option s'est présentée au législateur en France et au Brésil : l'application d'un critère d'opportunité législative. Selon ce critère, il appartiendrait à la loi de déterminer l'incrimination par incrimination si l'acte illicite pourrait ou non être accompli par un groupement²⁴⁸⁶. Cependant, dans l'établissement du champ d'application de cette responsabilité, le législateur serait guidé non pas par une référence anthropomorphiste liée au caractère de l'infraction ou au caractère de la peine, mais il serait guidé par sa propre politique pénale²⁴⁸⁷. De ce fait, au moyen de ses objectifs concernant l'efficacité de la répression, la protection des victimes et le respect des libertés individuelles, le législateur devrait décider infraction par infraction s'il serait ou non convenable de prévoir la responsabilité des personnes morales pour l'incrimination en question. Ainsi, le contenu de la politique pénale du législateur en France et au Brésil serait l'unique critère qui déterminerait l'étendue du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements dans ces deux pays.

322. Une spécialité déterminée par l'opportunité législative. Face à ces quatre options, à tout le moins dans un premier temps, tant le droit pénal français que le droit pénal brésilien ont choisi le critère de l'opportunité législative comme celui déterminant le groupe d'actes illicites imputables aux personnes morales²⁴⁸⁸. Ainsi, en France et au Brésil, le champ d'application de cette responsabilité a été originalement limité à une liste précise d'infractions pour lesquelles le législateur avait estimé convenable la responsabilisation des êtres collectifs d'après sa politique pénale.

C'est pour cette raison qu'en France la rédaction originelle de l'article 121-2 du Code pénal établissait que « les personnes morales (...) sont responsables pénalement (...) dans les cas prévus par la loi ou le règlement ». C'est également pour cette raison qu'au Brésil la Constitution, en

²⁴⁸⁵ Tel est le cas du droit pénal belge par exemple, au sein duquel le législateur a établi un principe « de responsabilité en laissant aux juges le soin de déterminer les infractions pouvant être commises par un être moral », voir J. PLANQUE, *op. cit.*, p. 293.

²⁴⁸⁶ « La possibilité de faire un choix implique en plus une compétence d'opportunité pour le législateur, d'ailleurs délibérément voulu. Le législateur étant donc obligé de s'interroger sur chaque infraction, détermine ainsi l'opportunité de prévoir ou non la responsabilité pénale des personnes morales » S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 562.

²⁴⁸⁷ Voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 13.

²⁴⁸⁸ Par rapport au droit français, Mme. TRICOT énonce que « l'option de la spécialité n'est assise sur aucun autre critère que l'opportunité » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 26. En ce qui concerne le droit brésilien, voir STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114.

prévoyant le principe de la responsabilité pénale des groupements, a quand même exigé l'intervention du législateur infra-constitutionnel afin qu'il établisse dans une loi spécifique la liste d'incriminations pour lesquelles il jugerait convenable la responsabilité des personnes morales²⁴⁸⁹. Par conséquent, dans ces deux pays, on pouvait imputer une infraction à l'encontre d'un groupement uniquement dès lors que la loi prévoyait expressément au sein de l'incrimination la possibilité de rendre l'être collectif pénalement responsable. En effet, en dehors de prévision spécifique dans l'incrimination, on ne pourrait pas rechercher la responsabilité de la personne morale, car l'absence de cette prévision spécifique démontrerait que le législateur par le biais d'un critère d'opportunité législative n'a pas jugé convenable que l'infraction en question entre dans le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements.

323. France et Brésil : un champ d'application limité à certaines infractions. Pour cette raison, on peut conclure qu'autant le droit pénal français que le droit pénal brésilien ont prévu initialement de restreindre le champ d'application de la responsabilité des personnes morales à une liste spécifique d'infractions, en consacrant un principe de spécialité dans la matière. De ce fait, par le biais d'un critère d'opportunité législative, le législateur devrait déterminer infraction par infraction si l'incrimination pourrait ou non être accomplie par une personne morale. Conséquemment, au lieu de pouvoir se rendre pénalement coupable de toutes les infractions prévues par le droit pénal, les groupements pouvaient dans un premier temps être condamnés en France et au Brésil uniquement en raison d'une liste restreinte d'incriminations par rapport auquel le législateur avait expressément prévu leur responsabilité pénale.

Quoi qu'il en soit, même si la consécration d'un principe de spécialité dans ces deux pays avait ses avantages, elle présentait également certains inconvénients (**SOUS-SECTION II**).

Sous-section II – Le principe et ses inconvénients

324. Le risque d'arbitraire. La consécration d'un principe de spécialité au profit des infractions imputables aux personnes morales a été la source de plusieurs problèmes en France et au Brésil. Tout d'abord, en raison de ce principe, notamment en ce qui concerne le droit français, on a fini

²⁴⁸⁹ Voir les articles 225, §3 et 173, §5, de la Constitution brésilienne. Dans ce contexte, jusqu'à présent, c'est uniquement en ce qui concerne les infractions contre l'environnement que le législateur brésilien a créé une loi infra constitutionnelle qui prévoit la responsabilité pénale des groupements. De ce fait, on peut conclure qu'à l'heure actuelle les personnes morales ne peuvent se rendre pénalement responsables que des actes illicites contre l'environnement au Brésil. Toutefois, comme l'on verra *infra* (n° 328), le législateur brésilien veut actuellement étendre le champ d'application de cette responsabilité au sein du projet du nouveau Code pénal.

par avoir une liste incohérente des actes illicites qui pouvaient être accomplis par un groupement. Par exemple, on avait du mal à comprendre pourquoi une personne morale pouvait être condamnée pour harcèlement sexuel, mais non pas pour harcèlement moral²⁴⁹⁰. De la même façon, il n'y avait pas de logique dans le fait qu'un groupement puisse commettre une infraction d'abus de faiblesse, et non pas une infraction d'abus de faiblesse d'un consommateur²⁴⁹¹. Par conséquent, en analysant le groupe d'incriminations imputables aux êtres collectifs en France avant 2005, on était forcé de conclure qu'en permettant au législateur d'introduire cette responsabilité infraction par infraction, sans aucune politique globale²⁴⁹², le principe de spécialité a fini par forger une responsabilité des personnes morales dont le champ d'application était incohérent et illogique²⁴⁹³.

Pour cette raison, on a pu constater que le premier problème posé par le principe de spécialité, notamment dès lors qu'il est basé sur un critère d'opportunité législative, était le fait qu'il permettait des choix arbitraires de la part du législateur²⁴⁹⁴, lesquels étaient le résultat non pas d'une politique pénale réfléchie, mais plutôt d'une politique pénale impulsive²⁴⁹⁵. Par conséquent, le principe de spécialité serait à l'origine d'une responsabilité des personnes morales dont le champ d'application pourrait devenir arbitraire et sans aucune cohérence globale, ce qui serait la première difficulté occasionnée par ce principe. Cependant, le risque d'arbitraire n'était pas la seule difficulté engendrée par le principe de spécialité.

325. Le risque de vide pénal. Ensuite, l'idée de réduire les infractions imputables aux personnes morales à un groupe déterminé d'actes illicites était également source d'un autre problème : la création d'un vide pénal. En effet, puisque dans le cadre de ce régime spécial il était toujours nécessaire que le législateur prenne l'initiative d'imputer une infraction à l'encontre d'un groupement, l'inertie législative pouvait engendrer de véritables zones d'irresponsabilité au profit des personnes morales. Par conséquent, on a pu également constater que le principe de spécialité

²⁴⁹⁰ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 92.

²⁴⁹¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 292.

²⁴⁹² « Le législateur, en l'absence de politique globale, devait agir infraction par infraction » N. STOLOWY, *op. cit.*, p. 955.

²⁴⁹³ « Il faut reconnaître que l'application antérieure de la spécialité débouchait sur l'incohérence et l'insécurité juridique » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 26. Dans le même sens, voir S. GEEROMS, *op. cit.*, p. 565. Par ailleurs, il faut dire qu'en France ce problème a été soulevé par le Garde des sceaux afin de justifier l'abandon du principe de spécialité. Selon lui, « la liste actuelle des infractions susceptibles d'engager la responsabilité des personnes morales n'obéit à aucune cohérence ». Voir N. STOLOWY, *op. cit.*, p. 955.

²⁴⁹⁴ « Le choix des incriminations est parfois arbitraire » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 33.

²⁴⁹⁵ « Faute d'avoir réfléchi à une politique criminelle cohérente concernant les personnes morales, le législateur a, en effet, réagi au cas par cas par de multiples textes qui venaient soit combler les vides les plus flagrants soit accompagner les lois nouvelles créations des obligations assorties de sanctions pénales » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 100.

était à l'origine d'incontestables lacunes répressives qui seraient occasionnées par des oublis du législateur à propos des infractions par rapport auxquelles la loi n'avait pas expressément prévu la responsabilité des personnes morales²⁴⁹⁶.

Au Brésil, tel est peut-être le principal problème suscité actuellement par le principe de spécialité. En effet, comme si ce n'était pas déjà assez que le législateur brésilien ait attendu dix ans après la promulgation de la Constitution pour introduire la responsabilité des groupements au sein du droit pénal, il l'a fait uniquement en ce qui concerne les infractions contre l'environnement. De ce fait, en raison de cette inertie législative, à l'heure actuelle les êtres collectifs brésiliens demeurent irresponsables en ce qui concerne plusieurs domaines du droit pénal au sein desquels leur responsabilité est concevable et nécessaire. On fait référence notamment au droit pénal des affaires, au droit pénal de la consommation²⁴⁹⁷ et au droit pénal du travail²⁴⁹⁸ par exemple. Dans ces domaines, malgré son potentiel criminogène à l'égard des valeurs protégées, une personne morale brésilienne ne peut pas de nos jours se rendre pénalement coupable d'un acte illicite, c'est qui est insensé. Ainsi, l'exemple de l'ordre juridique au Brésil montre bien que le principe de spécialité peut occasionner un indubitable vide pénal au sein de la responsabilité des groupements, en créant d'incompréhensibles et dangereuses zones d'irresponsabilité pénale au profit des êtres collectifs. De toute façon, ce principe serait également à l'origine d'autres problèmes.

326. D'autres problèmes posés par le principe de spécialité. Finalement, l'établissement d'un régime spécial en ce qui concerne le groupe d'infractions qui peuvent être imputées à l'égard des personnes morales était encore source de deux autres problèmes.

En premier lieu, le principe de spécialité concrétisait une véritable inégalité au sein du droit pénal, puisqu'il créait deux sortes de responsabilités²⁴⁹⁹. D'un côté, celle des personnes morales, laquelle serait réduite à un groupe déterminé d'infractions. De l'autre côté, celle des personnes physiques, laquelle n'aurait aucune réduction et pourrait être recherchée à propos de toutes les infractions existantes dans le droit pénal. De ce fait, en raison de ce régime spécial, les personnes

²⁴⁹⁶ Ce problème à propos du principe de spécialité a été également soulevé au sein du droit pénal français : « l'inconvénient de toute liste est bien connu, les lacunes étant inévitables » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26.

²⁴⁹⁷ À propos de l'importance de la responsabilité des groupements dans le droit pénal des affaires et dans le droit pénal de la consommation, voir J. GONTHIER, Table ronde – La responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs, *in Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2009, p. 5.

²⁴⁹⁸ Concernant l'importance de la responsabilité des groupements au sein du droit pénal du travail, voir G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 537.

²⁴⁹⁹ « Pourtant, la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales méconnaissait, à coup sûr, le principe d'égalité devant la loi pénale en soumettant les justiciables à deux ordres bien différents de responsabilité » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 105.

morales finiraient par avoir une responsabilité pénale plus complaisante que celle des personnes physiques, en bénéficiant d'une exonération concernant plusieurs actes illicites²⁵⁰⁰. Par conséquent, étant donné qu'il serait impossible de justifier ce traitement plus complaisant par le biais d'une éventuelle différence objective entre les personnes morales et les personnes physiques²⁵⁰¹, on serait forcé de conclure que le principe de spécialité ne respectait pas le principe d'égalité en droit pénal²⁵⁰².

En second lieu, l'établissement d'un régime spécial à propos du groupe d'infractions imputables aux personnes morales semblait mépriser également un autre principe du droit pénal : celui de la légalité. En effet, cette faculté laissée au législateur d'instaurer la responsabilité des groupements infraction par infraction finirait par rendre plus difficile la bonne connaissance de la loi par les êtres collectifs²⁵⁰³. Cette assertion est possible puisqu'à cause du principe de spécialité les personnes morales seraient obligées de surveiller jour et nuit les réformes législatives, afin de savoir, tout d'abord, quelles sont les nouvelles infractions proposées par la loi et, ensuite, si elles sont ou non imputables aux groupements²⁵⁰⁴. Dans ce contexte, même si on peut penser que cette surveillance, laquelle est normalement réservée à des spécialistes, pourrait être réalisée en ce qui concerne les grandes entreprises, il nous semble difficile d'imaginer qu'elle pourrait également être accomplie par des petites entreprises²⁵⁰⁵. Pour cette raison, la méthode proposée par ce régime spécial s'avèrerait peu compatible avec le principe de légalité, puisqu'il serait plus difficile pour les

²⁵⁰⁰ « Enfin, l'énoncé limitatif des infractions imputables aux personnes morales apparaît contraire au principe d'égalité devant la loi pénale dans la mesure où les personnes morales sont parfois mieux traitées que les personnes physiques à partir de critères dont nous avons montré l'arbitraire » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 33.

²⁵⁰¹ « Rien ne justifiait, en revanche, que quantité d'infractions parfaitement compatibles avec la personnalité morale soient arbitrairement exclues du champ de la responsabilité pénale des nouveaux sujets de droit pénal » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 105. Notamment parce que par le biais des actions ou des omissions de ses organes ou représentants une personne morale peut accomplir n'importe quelle infraction en droit pénal. De ce fait, il n'existe aucune raison objective qui puisse justifier une telle restriction dans le champ d'application de cette responsabilité en ce qui concerne les actes illicites imputables aux êtres collectifs.

²⁵⁰² L'incompatibilité entre le principe de spécialité et le principe d'égalité semble être plus caractérisée au Brésil, puisqu'au sein du droit pénal brésilien les personnes morales peuvent être responsables uniquement des infractions contre l'environnement, de sorte que, contrairement aux personnes physiques, elles possèdent une exonération en ce qui concerne tous les autres actes illicites existants dans l'ordre juridique brésilien.

²⁵⁰³ Dans ce sens, voir P. RAIMBAULT, La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, *in AJDA*, études, 20 décembre 2004, p. 2428.

²⁵⁰⁴ « La liste n'est bien évidemment pas close et l'on doit attendre au jour le jour l'apparition de nouvelles incriminations. La lecture quotidienne du Journal Officiel devient indispensable (...) Sans doute, la nouvelle cause d'irresponsabilité pénale tirée de l'erreur de droit (NCP, art. 122-3) est-elle appelée à un grand avenir » M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, p. 33.

²⁵⁰⁵ « Les services juridiques de nos entreprises se disent incapables de définir et de mesurer, au jour le jour, le risque pénal encouru par leurs groupements. Que dire des petites et moyennes entreprises qui n'ont pas de service juridique ou n'ont pas les moyens d'avoir un service juridique suffisant » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 105.

êtres collectifs d'avoir une bonne connaissance de la loi, en saisissant de manière claire les frontières de leur responsabilité²⁵⁰⁶.

Somme toute, l'idée de restreindre le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements à une liste spécifique d'infractions, en consacrant un principe de spécialité dans la matière, semblait en définitive poser plus de problèmes que de solutions. C'est pourquoi autant au Brésil qu'en France on a eu un mouvement d'abandon partiel ou total du principe de spécialité (SECTION II)²⁵⁰⁷.

Section II – L'abandon du principe de spécialité

En raison des problèmes posés par le principe de spécialité, autant le droit pénal brésilien que le droit pénal français ont voulu dans un second temps l'abandon d'un régime spécial aux infractions imputables aux personnes morales. Néanmoins, si au Brésil le législateur souhaite actuellement un abandon uniquement partiel du principe de spécialité (SOUS-SECTION I), en France, par le biais de la loi Perben II, le législateur a totalement exclu ce principe du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements (SOUS-SECTION II).

Sous-section I – Brésil : un abandon partiel

327. Pourquoi abandonner le principe de spécialité ? Au Brésil et en France, l'abandon d'un régime spécial concernant le groupe d'infractions imputables aux personnes morales s'est révélé nécessaire pour trois raisons.

En premier lieu, afin de résoudre deux problèmes. D'un côté, celui du risque de l'arbitraire. De l'autre côté, celui du vide pénal. En effet, avec le dépassement du principe de spécialité, on ne risquait plus d'avoir une liste incohérente et illogique d'incriminations imputables aux groupements. De même, grâce à ce dépassement, les chances d'avoir plusieurs lacunes répressives au profit des personnes morales seraient réduites, voire abolies au sein du droit pénal. Pour cette raison, le délaissement du principe de spécialité était nécessaire en France et au Brésil parce qu'il

²⁵⁰⁶ Cette incompatibilité entre le principe de spécialité et le principe de légalité semblait plus évidente en France, car le législateur avant 2005 est intervenu plusieurs fois afin de créer de nouvelles lois qui prévoyaient la responsabilité pénale des groupements. De ce fait, à cause de cette intervention réitérée du législateur, il était très difficile pour les personnes morales françaises de connaître l'entendue exacte de leur responsabilité pénale. Dans le même sens, voir P. RAIMBAULT, *op. cit.*, p. 2428.

²⁵⁰⁷ Comme l'on verra *infra* (n° 336) on peut aussi expliquer cet abandon du principe de spécialité en France et au Brésil dans le cadre du mouvement d'adaptation qui a été réalisé par le droit pénal à l'égard des personnes morales.

n'y a qu'avec ce dépassement que l'on pourrait avoir une responsabilité pénale des groupements plus cohérente et sans lacunes.

En deuxième lieu, l'abandon de ce régime spécial s'est révélé également nécessaire car il rendrait la responsabilité des êtres collectifs plus compatible autant avec le principe de l'égalité qu'avec le principe de légalité. Tout d'abord, parce qu'en étant soumises à un régime général de responsabilité, les personnes morales pourraient se rendre pénalement coupables des mêmes infractions que celles qui peuvent être pénalement reprochées aux personnes physiques. Par conséquent, au moins en ce qui concerne l'étendue de leur responsabilité, on aurait une égalité pleine entre tous les acteurs pénaux²⁵⁰⁸. Ensuite, car en pouvant être responsables quelque soit l'acte illicite commis, les groupements seraient parfaitement informés « de leurs devoirs et des risques encourus à la suite de leurs manquements »²⁵⁰⁹. De ce fait, avec le dépassement de ce régime spécial, les personnes morales ne seraient plus victimes d'une responsabilité forgée infraction par infraction, au sein de laquelle il est difficile d'avoir toujours une bonne connaissance de la loi.

En troisième lieu, l'abandon du principe de spécialité s'est révélé nécessaire en France et au Brésil parce que ce délaissement représentait au fond une sorte d'achèvement indispensable à la complète introduction de la responsabilité des personnes morales au sein du droit pénal. En effet, après avoir adapter à cette responsabilité au sein d'un terrain d'expérimentation réduit et délimité, le droit pénal la maîtrisait finalement mieux, comprenait mieux son fonctionnement et ses mécanismes. De ce fait, l'ordre juridique pouvait enfin élargir le champ d'application de cette responsabilité, en réalisant par le biais de l'abandon du principe de spécialité une complète introduction de la responsabilité des personnes morales au sein du droit pénal²⁵¹⁰.

De toute façon, même si l'abandon du principe de spécialité s'est révélé nécessaire autant en France qu'au Brésil, la mise à l'écart de ce principe dans ces deux pays n'a pas eu lieu de la même manière. Cette assertion est possible puisque tandis que le législateur français, par le biais de la loi Perben II, a introduit une suppression totale du principe de spécialité au sein de l'ordre juridique français²⁵¹¹, le législateur brésilien, au sein du projet de nouveau Code pénal, a voulu uniquement une suppression partielle de ce principe.

²⁵⁰⁸ Dans ce sens, voir M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 106.

²⁵⁰⁹ *Idem*, p. 110.

²⁵¹⁰ « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales marque, en effet, l'aboutissement d'une sorte de période d'essai et de maturation parfaitement naturelle s'agissant de ce qui était, à coup sûr, une révolution du droit pénal » *Idem*, p. 104.

²⁵¹¹ On va étudier *infra* (n° 330 et s.) la suppression du principe de spécialité en ce qui concerne le droit pénal français.

328. Le nouveau Code pénal brésilien : un abandon partiel. En effet, comme on l'a vu, le droit pénal brésilien possède encore de nos jours un régime spécial en ce qui concerne les actes illicites pouvant être accomplis par une personne morale. De ce fait, les groupements au Brésil peuvent actuellement se rendre pénalement responsables uniquement des infractions contre l'environnement, en ayant une exclusion du périmètre repressif en ce qui concerne tous les autres actes illicites existants dans l'ordre juridique brésilien.

Toutefois, dans le projet de nouveau Code pénal, le législateur brésilien souhaite changer ce panorama, en admettant que les personnes morales puissent devenir pénalement responsables non seulement des infractions contre l'environnement, mais également d'autres actes illicites existants en droit pénal. De ce fait, l'article 41 du projet de nouveau Code pénal prévoit un abandon partiel du principe de spécialité au Brésil, en visant la responsabilité des êtres collectifs pour des infractions contre l'environnement, contre l'ordre économique, contre le système financier et contre l'administration publique²⁵¹². Par le biais de la lecture des travaux parlementaires concernant le nouveau Code pénal brésilien on peut déduire deux choses²⁵¹³.

En premier lieu, on peut déduire que le législateur brésilien à l'instar du législateur français souhaite lui aussi l'abandon du principe de spécialité, afin d'élargir dans l'avenir les frontières de la responsabilité des personnes morales vers d'autres branches du droit pénal. Il semble que l'ordre juridique brésilien ait perçu le fait que le principe de spécialité semble poser plus de problèmes que de solutions, raison pour laquelle son abandon est nécessaire pour que l'on puisse avoir une responsabilité des groupements cohérente et sans lacunes au sein du droit pénal. Cependant, contrairement au législateur français, le législateur brésilien n'a pas voulu aller trop loin et de ce fait il a prévu uniquement un abandon partiel et non pas total du principe de spécialité dans le nouveau Code pénal brésilien.

En second lieu, la lecture des travaux parlementaires nous permet également de déduire que l'expansion de cette responsabilité vers d'autres branches du droit pénal au Brésil n'est pas bornée par les infractions mentionnées dans les articles 173 et 225 de la Constitution. Cette assertion est possible puisque les actes illicites contre l'administration publique par exemple n'ont pas été initialement visés par le texte constitutionnel, mais l'article 41 du projet de nouveau Code pénal prévoit quand même la responsabilité des groupements pour ce genre d'infraction. De ce fait, on peut en déduire que pour le législateur brésilien les infractions mentionnées dans les articles

²⁵¹² Selon l'article 41 du projet de nouveau Code pénal, « les personnes morales de droit privé sont pénalement responsables pour les infractions accomplies contre l'administration publique, l'ordre économique, le système financier et l'environnement ».

²⁵¹³ Voir Projet de Loi au Sénat (PLS) n° 236/2012.

173 et 225 de la Constitution ne font pas partie d'une liste exhaustive, mais elles sont de simples exemples cités par la Constitution afin d'illustrer les branches du droit pénal dans lesquelles la responsabilité des êtres collectifs peut être instaurée. Par conséquent, la lecture des travaux parlementaires nous permet également de conclure que pour le législateur brésilien la loi reste libre de franchir les « démarcations » du texte constitutionnel, en élargissant les frontières de la responsabilité des personnes morales vers d'autres branches du droit pénal qui n'ont pas été initialement visés par la Constitution brésilienne²⁵¹⁴.

329. Pourquoi pas un abandon total ? Quoi qu'il en soit, grâce à l'analyse du projet de nouveau Code pénal on peut conclure en définitive que le législateur brésilien à l'exemple du législateur français veut actuellement lui aussi l'abandon du principe de spécialité. Cependant, contrairement à ce qui s'est passé en France, il souhaite un abandon uniquement partiel et non pas total de ce principe. Pour cette raison, même si cet élargissement du champ d'application de la responsabilité des groupements dans le nouveau Code pénal brésilien doit être perçu comme une évolution dans la matière, on peut regretter malgré tout qu'il soit réalisé de manière partielle et non pas totale comme en France.

En effet, ce dépassement uniquement partiel du principe de spécialité est capable de pallier les problèmes posés par l'existence d'un régime spécial en ce qui concerne les infractions imputables aux personnes morales au Brésil mais non pas d'en finir avec. Cette assertion est possible pour deux raisons. Tout d'abord, parce que même après la promulgation du nouveau Code pénal, on va continuer à avoir au sein de l'ordre juridique brésilien de dangereuses et inexplicables lacunes de répression au profit des êtres collectifs. L'irresponsabilité des groupements au sein du droit pénal du travail est l'un des exemples qui illustrent la poursuite de ces lacunes répressives. Ensuite, cette assertion est également possible parce que même après la réforme envisagée par le législateur, le risque d'arbitraire persistera au sein de la responsabilité des groupements au Brésil. Comment expliquer alors qu'un être moral brésilien pourra se rendre pénalement coupable d'une infraction contre le système financier par exemple, mais non pas d'un acte illicite contre la consommation ou contre la fiscalité ? Pour ces motifs, on peut se plaindre que l'abandon du

²⁵¹⁴ Tel était déjà l'opinion de la doctrine brésilienne avant le projet de nouveau Code pénal. Voir dans ce sens : W. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 25 ; F. DE SANCTIS, *op. cit.*, p. 161 ; et P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 62.

principe de spécialité au Brésil soit uniquement partiel et non pas total comme il a été en France²⁵¹⁵
(SOUS-SECTION II).

Sous-section II – France : un abandon total

330. L'abandon total du principe de spécialité en France. En France, le législateur par le biais de la loi Perben II a supprimé d'une manière totale le principe de spécialité en ce qui concerne les infractions imputables aux personnes morales. De ce fait, depuis le 31 décembre 2005²⁵¹⁶, l'article 121-2 du Code pénal français ne possède plus l'expression « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement », de sorte qu'un groupement peut actuellement être condamné pour n'importe quel type d'acte illicite au sein du droit pénal français²⁵¹⁷, sauf quelques rares exceptions dans le sens contraire²⁵¹⁸. Il nous semble que l'abandon total du principe de spécialité en France a été inévitable pour deux raisons²⁵¹⁹.

²⁵¹⁵ Également en faveur d'un abandon total du principe de spécialité au sein du droit pénal brésilien, voir P. BUSATO et F. GUARAGNI, *op. cit.*, p. 62. Par ailleurs, on peut penser que les problèmes posés par ce régime spécial en ce qui concerne les principes d'égalité et de légalité vont continuer à exister au Brésil même après l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

²⁵¹⁶ En effet, l'article 54 de la loi du 9 mars 2004, prévoit que la fin du principe de spécialité ne s'appliquerait qu'à compter du 31 décembre 2005. En outre, il faut dire que comme la suppression du principe de spécialité était une disposition pénale plus sévère, en créant des « nouvelles incriminations » à l'égard des personnes morales, l'extension du champ d'application de cette responsabilité ne pourrait s'appliquer qu'aux faits illicites accomplis après le 31 décembre 2005, sauf si pour ce fait illicite la responsabilité des êtres collectifs était déjà prévue avant la réforme législative. En ce qui concerne le thème, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 14.

²⁵¹⁷ Il faut dire que pendant l'Ancien Régime, au sein de l'ordonnance de 1670, les personnes morales pouvaient également se rendre coupables de n'importe quel type d'infraction prévue par le droit pénal. Selon MESTRE, cette ordonnance « ne limite pas le genre de délits qui peuvent être mis à sa charge, puisqu'elle a soin d'ajouter à l'énumération sommaire qu'elle donne les mots 'autre crime' ». Voir A. MESTRE, thèse préc., p. 119.

²⁵¹⁸ On fait référence ici, tout d'abord, aux exceptions explicites de la loi : d'un côté, les délits de presse (articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) ; de l'autre côté, les infractions liées à la communication audiovisuelle (article 93-3 de la loi n° 82-652, du 29 juillet 1982, sur la communication audiovisuelle). En effet, en prévoyant l'irresponsabilité des êtres collectifs pour ces deux genres d'actes illicites, le législateur français a voulu éviter que « l'application cumulée des règles sur la responsabilité en cascade concernant les directeurs de publication et celle sur la responsabilité pénale des personnes morales n'aboutisse à une répression excessive » (voir circulaire 06-3/E8, du 13 février 2006). Pour cette raison, afin d'éviter une répression trop lourde, la loi en France prévoit expressément l'irresponsabilité des groupements en ce qui concerne les délits de presse et les infractions liées à la communication audiovisuelle (contre cette irresponsabilité, voir J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 985). En ce qui concerne une extension de cette irresponsabilité à l'infraction de diffamation non publique réprimée dans le Code pénal, mais définie dans la loi sur la presse, voir Cour de cass., Ch. crim., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-83672. Ensuite, on fait référence ici également à certaines exceptions implicites de la loi, notamment dès lors que l'incrimination suppose que son auteur ait une qualité spéciale, laquelle ne peut pas se rencontrer chez le groupement. Concernant le thème, voir E. DREYER, *op. cit.*, p. 829. Quoi qu'il en soit, cette exception implicite de la loi semble concerner également les personnes physiques et elle n'empêche cependant pas que la personne morale soit considérée comme complice de l'infraction. Dans ce sens, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 16.

²⁵¹⁹ Sur le thème, voir C. MASCALA, L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité, in *Bull. Joly Sociétés*, n° 1, 2006, p. 6. Même si dans un premier temps la jurisprudence en France respectait avec rigueur le principe de spécialité, dans un second temps diverses techniques ont été utilisées par les tribunaux pour « élargir le champ de la responsabilité pénale des personnes morales au-delà des infractions spécifiquement prévues depuis 1994 », voir M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 108.

331. Un abandon inévitable. En premier lieu, parce que même avant la loi Perben II, la jurisprudence française démontrait déjà une certaine volonté à contourner le principe de spécialité et ainsi élargir l'étendue du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements²⁵²⁰. Cette assertion est possible pour deux motifs.

Tout d'abord, car en jouant sur les qualifications, les tribunaux français préféraient parfois qualifier les faits illicites vis-à-vis d'une incrimination générale, pour laquelle la responsabilité des groupements était prévue, au lieu de les qualifier à l'égard d'une incrimination spéciale, à propos de laquelle la responsabilité des êtres collectifs n'était pas visée. De ce fait, en jouant sur les qualifications, la jurisprudence méprisait le principe *specialia generalibus derogant* afin d'agrandir le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements en donnant aux faits illicites une qualification moins spécifique, mais qui prévoyait expressément la responsabilité des êtres collectifs²⁵²¹.

Ensuite, cette assertion est également possible puisqu'en jouant aussi sur l'interprétation des termes de la norme pénale, la jurisprudence française affirmait parfois que des expressions génériques existantes dans la loi, telles que « ceux qui » par exemple²⁵²², comprenaient aussi les personnes morales²⁵²³. De ce fait, grâce à cette interprétation, les tribunaux français arrivaient à retenir la responsabilité des groupements même pour des incriminations pour lesquelles cette responsabilité n'était pas expressément prévue²⁵²⁴. En effet, selon la jurisprudence française, comme l'expression générique utilisée par la norme comprenait aussi les personnes morales, il n'était pas nécessaire d'avoir dans la loi une prévision spécifique visant la responsabilité des groupements. Ainsi, en jouant également sur l'interprétation des termes de la norme pénale, les tribunaux français ont réussi à élargir l'étendue du champ d'application de la responsabilité des personnes morales vers d'autres incriminations pour lesquelles cette responsabilité n'était pas en principe prévue.

De cette façon, les techniques de qualification et d'interprétation utilisées par les tribunaux avant la loi Perben II traduisaient déjà une certaine volonté au sein de la jurisprudence française de

²⁵²⁰ Dans ce sens, voir G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 536.

²⁵²¹ Voir : N. STOLOWY, *op. cit.*, p. 954 ; et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 91. Voir, par exemple, Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, pourvoi n° 99-80318. Dans cet arrêt, la disposition spéciale (article 19, alinéa 2, de la loi du 15 juillet 1845) qui ne visait pas la responsabilité des êtres collectifs a été écartée au profit de la disposition générale (article 221-6 du Code pénal), laquelle prévoyait cette responsabilité.

²⁵²² Tel était le cas de l'infraction de contrebande en droit douanier. Pour la Cour de cassation, le terme « ceux qui » visé par le texte englobait aussi les personnes morales, voir : Cour de cass., Ch. crim., 5 février 2003, pourvoi n° 02-82187. Pour d'autres exemples, voir : Cour de cass., Ch. crim., 26 septembre 2001, pourvoi n° 00-84061 ; et Cour de cass., Ch. crim., 22 mars 2006, pourvoi n° 05-82783.

²⁵²³ Voir dans ce sens J. TRICOT, *op. cit.*, p. 26.

²⁵²⁴ Voir *Idem*, p. 27.

dépasser les limites imposées par le principe de spécialité et ainsi agrandir le champ d'application de la responsabilité des groupements en France²⁵²⁵. Toutefois, cela n'était pas la seule raison pour laquelle l'abandon du principe de spécialité fut inévitable au sein du droit pénal français.

En second lieu, l'abandon du principe de spécialité a été inévitable au sein du droit pénal français également parce que le législateur avant 2005 avait tellement multiplié le nombre d'infractions pour lesquelles la responsabilité des groupements pouvait être recherchée, « qu'on pouvait se demander déjà ce qui subsistait du principe de spécialité » en France²⁵²⁶. De ce fait, en raison du chiffre croissant d'incriminations imputables aux personnes morales, lequel n'avait pas cessé d'augmenter depuis 1994²⁵²⁷, il n'y avait plus d'intérêt à garder un principe qui en plus de poser plusieurs problèmes a été considérablement abrégé par le législateur français²⁵²⁸. Pour ces raisons, l'abandon d'un régime spécial concernant les infractions imputables aux groupements a été inévitable au sein de l'ordre juridique français.

Conséquemment, par le biais de la loi Perben II, le législateur français a opté pour un abandon total du principe de spécialité, raison pour laquelle depuis 2005 un groupement peut se rendre pénalement coupable de n'importe quel type d'acte illicite au sein du droit pénal français. Cependant, même si l'abandon total du principe de spécialité a été inévitable en France, la façon par laquelle ce délaissement a été réalisé fut très critiquée par la doctrine²⁵²⁹. En effet, un abandon exécuté par le biais d'un amendement, lequel a eu pour effet la simple suppression de l'expression « et dans les cas prévus par loi ou le règlement » du Code pénal, a fini par créer deux problèmes. Tout d'abord, une difficulté concernant la lisibilité des textes. Ensuite, un problème s'agissant des peines prévues pour les personnes morales.

²⁵²⁵ Dans le même sens, W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26.

²⁵²⁶ M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 107.

²⁵²⁷ Pour l'illustrer : loi n° 92-1336, du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal ; loi n° 93-122, du 20 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption ; loi n° 93-1313, du 20 décembre 1993, relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ; loi n° 94-654, du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain ; loi n° 95-101, du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement ; loi n° 96-392, du 13 mai 1996, relative à la lutte contre le blanchiment ; loi n° 96-588, du 1^{er} juillet 1996, relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ; loi n° 2001-504, du 12 juin 2001, tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires ; loi n° 2003-590, du 2 juillet 2003, relative à l'urbanisme et à l'habitat ; loi n° 2003-340, du 14 avril 2003, relative à la répression de l'activité mercenaire ; et loi n° 2003-706, du 1^{er} août 2003, relative à la sécurité financière. En outre, lors de débats parlementaires, le sénateur Fachon, responsable de l'amendement qui a supprimé le principe de spécialité en France, a observé « qu'au fil du temps, le nombre de cas où la loi ou le règlement ont prévu la responsabilité pénale des personnes morales s'est développé d'une manière invraisemblable ». Voir débats Sénat, première lecture, 7 octobre 2003.

²⁵²⁸ « Le principe de spécialité a vite perdu de son sens, compte tenu de l'extension continue des cas dans lesquels la responsabilité pénale des personnes morales était envisagée » H. RENOULT, *op. cit.*, p. 185. « Cette pratique grignotait 'le principe de spécialité', qui se réduisait à une 'exception législative' » J. LEROY, *op. cit.*, p. 238.

²⁵²⁹ Voir, par exemple, P. RAIMBAULT, *op. cit.*, p. 2427 et s.

332. Une méthode discutable. En premier lieu, en raison de la simplicité de la réforme proposée par la loi Perben II, les textes pénaux ont commencé à avoir en France un problème de lisibilité, car ils sont restés de deux ordres pendant les années qui ont suivi l'intervention du législateur. D'un côté, ceux qui avant la réforme pouvaient déjà être imputés aux êtres collectifs et, pour cette raison, prévoient expressément la responsabilité des groupements. De l'autre côté, ceux qui ne prévoient pas expressément la responsabilité des personnes morales, mais qui après la réforme avaient vocation à s'appliquer également aux êtres collectifs²⁵³⁰. Cette disparité qui existait au sein de la loi, en raison de laquelle certaines normes prévoient expressément la responsabilité des groupements, tandis que d'autres ne la prévoient pas, a fini par créer en France un problème de lisibilité des textes lequel était à l'origine de nombreuses erreurs d'interprétation de la loi²⁵³¹.

Dans ce contexte, en voulant en finir avec ce premier problème causé par la simplicité de la loi Perben II, le législateur français est intervenu à nouveau justement dans le but de rendre la loi plus lisible en France. Ainsi, par le biais de la loi n° 2009-526, il a procédé à un « toilettage » de textes pénaux, afin de supprimer les anciennes expressions de la norme lesquelles n'avaient pour but qu'une prévision explicite de la responsabilité des groupements²⁵³². Par conséquent, dès 2009 les textes pénaux en France sont devenus d'un seul ordre et ils n'évoquent plus expressément la possibilité d'engager la responsabilité des groupements. De ce fait, on peut conclure que la loi française est actuellement plus lisible, en n'étant plus à l'origine d'erreurs d'interprétation après cette seconde intervention du législateur²⁵³³. Toutefois, la simplicité de la loi Perben II était également à l'origine d'un second problème, lequel n'a pas encore été résolu par l'ordre juridique français.

En second lieu, la méthode utilisée par le législateur français afin de supprimer le principe de spécialité a fini par créer une seconde difficulté : elle méprise le principe de proportionnalité des peines, notamment en ce qui concerne l'exécution d'une peine d'amende à l'encontre d'un groupement²⁵³⁴. En effet, au sein du droit pénal français, l'article 131-38 du Code pénal prévoyait déjà avant la loi Perben II que le taux maximum de la peine d'amende applicable aux personnes

²⁵³⁰ Voir M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 115.

²⁵³¹ Voir C. MASCALA, *op. cit.*, p. 8.

²⁵³² J.-Y. MARÉCHAL, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 14.

²⁵³³ Par ailleurs, cette loi a également fait un travail de précision des peines applicables aux groupements, « cette précision ayant été rendue nécessaire pour les peines énumérées à l'article 131-39 du code pénal, c'est-à-dire les peines privatives ou restrictives de droits, qui, selon l'article 131-37, ne peuvent être prononcées que 'dans les cas prévus par la loi' », voir Y. MAYAUD, *Droit pénale général*, p. 396.

²⁵³⁴ Dans ce sens, voir M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 117.

morales était égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. De ce fait, avant 2004, pour imposer une peine d'amende à un groupement le juge en France prenait en compte le taux de la peine prévue pour les personnes physiques au sein de l'incrimination et, par le biais de cette valeur, il le multipliait cinq fois pour arriver au taux de la peine d'amende qui pouvait être appliquée aux êtres collectifs.

Cependant, pendant la réforme de 2004, le législateur français s'est rendu compte que plusieurs incriminations, notamment les crimes, ne prévoient pas de peine d'amende comme réponse pénale à l'acte illicite, mais uniquement une peine d'emprisonnement. Par conséquent, concernant ces infractions, la règle prévue à l'article 131-38 du Code pénal ne pouvait pas s'appliquer, puisqu'on n'aurait pas au sein de l'incrimination de peine d'amende comme référence pour calculer le taux de la réponse pénale qui pouvait être imposée à la personne morale délinquante.

Devant ce problème, afin d'élargir le champ d'application de la responsabilité des groupements également vers ces incriminations, le législateur français a proposé une solution simple au sein de la loi Perben II. Selon lui, à défaut de peine d'amende en tant que référence au sein de ces incriminations, on devrait appliquer aux personnes morales une peine générale d'amende d'un million d'euros dès lors que l'infraction est un crime « pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques ». Par conséquent, depuis 2005, si une personne morale réalise un crime en France pour lequel une peine d'amende n'est pas prévue, on applique à son encontre une réponse pénale d'un million d'euros, laquelle a toujours le même taux indépendamment de la gravité du crime accompli par le groupement²⁵³⁵.

De ce fait, en raison de cette solution simple proposée par le législateur français, il nous semble que la loi Perben II a fini par créer un second problème lequel n'a pas été encore résolu en France. En réalité, cette loi méprise le principe de proportionnalité des peines, dans la mesure où il est parfois impossible d'adapter la peine d'amende à la gravité du crime réalisé par une personne morale²⁵³⁶. Cette assertion est possible puisqu'indépendamment de la gravité du crime accompli par le groupement, la peine d'amende à laquelle il va être exposé sera toujours la même²⁵³⁷. Pour

²⁵³⁵ « De fait, pour un crime, la personne physique encourt une peine prévue par la loi et proportionnée à la gravité de l'infraction commise. La personne morale, quant à elle et pour la même infraction, est exposée à une peine d'amende d'un million d'euros quelle que soit la gravité du crime commis » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 117.

²⁵³⁶ « L'argument selon lequel le juge adaptera la peine à la gravité de l'acte commis est irrecevable dans la mesure où la gravité de l'infraction ne peut en aucune façon dépendre de la peine prononcée » *Ibid.*

²⁵³⁷ Par ailleurs, en raison de cette peine d'amende générale, certains ont fait remarquer que cette solution devrait également être écartée parce qu'elle « conforterait l'idée solidement ancrée que la responsabilité des personnes morales n'est pas une

cette raison, il nous semble qu'il serait préférable que le législateur français au lieu d'adopter une peine générale d'amende au sein de la loi Perben II, établisse plutôt une hiérarchie des peines, laquelle serait proportionnelle à la gravité du crime réalisé par l'être collectif. Cette solution existait déjà en ce qui concerne les personnes physiques²⁵³⁸ et elle semble mieux s'harmoniser avec le principe de proportionnalité des peines que la solution proposée au sein de la loi Perben II²⁵³⁹.

De toute façon, malgré ces deux critiques que l'on peut faire à la simplicité de la réforme proposée par la loi Perben II, on ne peut pas douter du fait que l'abandon du principe de spécialité doit être perçu comme une évolution dans la responsabilité pénale des groupements²⁵⁴⁰. Cette évolution a, d'un côté, déjà eu lieu au sein du droit pénal français et, de l'autre côté, semble arriver bientôt au sein du droit pénal brésilien. En effet, si dans un premier temps ces deux pays ont opté pour la restriction du champ d'application de la responsabilité des groupements à une liste déterminée d'infractions, dans un second temps autant la France que le Brésil ont voulu élargir les frontières de cette responsabilité, en dépassant d'une manière totale ou partielle le principe de spécialité.

333. Le mouvement d'adaptation et le champ d'application de cette responsabilité. Quoi qu'il en soit, face à ces observations, il est intéressant de constater que le principe de spécialité est un élément présent dans le champ d'application de la responsabilité des groupements qui possède un rapport étroit avec le mouvement d'adaptation réalisé par le droit pénal envers les personnes morales. Cette assertion est possible puisque dès lors que l'on analyse la raison d'être de ce principe et son dépassement en France et au Brésil, il semble plausible de conclure qu'il s'agit d'un outil qui a été utilisé par le législateur franco-brésilien dans le cadre de ce mouvement d'adaptation. Par conséquent, la présence du principe de spécialité au sein du champ d'application de la responsabilité des groupements semble corroborer alors non seulement l'existence de ce

véritable responsabilité pénale mais une simple responsabilité administrative ou financière », *Ibid.* Dans le même sens, voir C. MASCALA, *op. cit.*, p. 5.

²⁵³⁸ Notamment en ce qui concerne les peines criminelles encourues par les personnes physiques, voir l'article 131-1 du Code pénal français.

²⁵³⁹ « Le respect des principes d'égalité devant la loi pénale et de proportionnalité impose donc l'établissement d'une hiérarchie des peines pour les personnes morales équivalente à celle qui prévaut pour les personnes physiques dans l'article 131-1 du Code pénal. Une telle hiérarchie des peines a été adoptée par le législateur belge dans sa loi du 22 juin 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales (art. 41 bis) » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 118. À propos d'autres problèmes posés par la loi Perben II en ce qui concerne l'application des peines à l'égard des groupements, voir X. PIN, *Droit pénal général*, p. 284.

²⁵⁴⁰ Dans le même sens, voir M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 104.

mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des êtres collectifs, mais également le raisonnement utilisé dans la première partie de notre étude²⁵⁴¹.

334. La raison d'être du principe de spécialité. En ce qui concerne sa raison d'être, plusieurs auteurs ont fait remarquer que le législateur s'est décidé dans un premier temps en faveur du principe de spécialité parce qu'il avait conscience depuis le début que la responsabilité des groupements exigerait du droit pénal un mouvement d'adaptation²⁵⁴². En effet, ce mouvement d'adaptation était nécessaire pour que l'on puisse aménager progressivement à l'égard des personnes morales certains concepts du droit pénal qui ont été originairement conçus pour les personnes physiques²⁵⁴³, tels que les éléments matériel et subjectif de l'infraction pour illustrer. Ainsi, au lieu de prendre plus de risques que nécessaire et faire sorte que ce mouvement d'adaptation soit réalisé « d'un seul coup » dans l'ensemble du droit pénal, le législateur a voulu être prudent²⁵⁴⁴. De ce fait, par le biais du principe de spécialité, il a opté pour le cantonnement de ce processus d'aménagement dans un domaine délimité du droit pénal, en gardant la main sur les résultats de cette « expérimentation juridique »²⁵⁴⁵. En réalité, cette option législative au profit du principe de spécialité a permis que le droit pénal puisse s'accorder avec la nature désincarnée des groupements d'une manière moins risquée, en ayant un terrain d'essai délimité pour réaliser ce mouvement d'adaptation. C'est pourquoi, afin de sauvegarder les résultats de ce processus d'aménagement, l'ordre juridique a décidé dans un premier temps de restreindre le domaine de la responsabilité des

²⁵⁴¹ En effet, dans la première partie de notre recherche on a essayé d'examiner le mouvement d'adaptation qui a été réalisé par le droit pénal envers les personnes morales, lequel a été accompli afin de surmonter deux obstacles. D'un côté, l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature immatérielle des personnes morales. De l'autre côté, l'antagonisme entre l'élément subjectif de l'infraction et les particularités des groupements. Dans le but de mettre à bas ces deux obstacles à la responsabilité des groupements le droit pénal n'a pas créé de nouveaux concepts spécifiques aux personnes morales, mais il a adapté à la nature désincarnée des êtres collectifs les concepts déjà existants dans la matière. De ce fait, par le biais des conditions de responsabilité visées dans les articles 121-2 du Code pénal français et 3 de la loi 9.605/98 au Brésil, les éléments matériel et subjectif de l'infraction ont été adaptés aux particularités des groupements. Conséquemment, depuis ce mouvement d'adaptation, un être collectif peut d'ores et déjà accomplir non seulement un comportement illicite, mais il peut également réaliser une faute intentionnelle ou non-intentionnelle en France et au Brésil.

²⁵⁴² Voir dans ce sens : J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 13 ; J.-Y. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, p. 46 ; J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, p. 92 ; W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26 ; N. STOLOWY, *op. cit.*, p. 876 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, p. 536 ; M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 99 ; et J. TRICOT, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁴³ « Cette relative timidité du législateur s'explique par un souci d'adaptation progressive du droit pénal à une règle novatrice majeure » W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, p. 26.

²⁵⁴⁴ « Le refus du législateur d'imposer une responsabilité pénale des personnes morales générale quant aux infractions pouvait s'expliquer par un souci de prudence, c'est-à-dire la volonté de contrôler le développement de cette nouvelle mise en cause » N. STOLOWY, *op. cit.*, p. 876.

²⁵⁴⁵ « Car prudent, le législateur de 1992 préfère initialement garder la main sur le volume de l'innovation qu'il vient d'adopter (...) le choix de la spécialité se réduit alors à un réflexe de sauvegarde de la part du législateur, circonspect face à sa propre création et inquiet du risque que celle-ci ne lui échappe » J. TRICOT, *op. cit.*, p. 26.

personnes morales à une liste spécifique d'actes illicites, au sein de laquelle ce mouvement d'adaptation pourrait être réalisé d'une manière plus sûre.

Conséquemment, la raison d'être du principe de spécialité démontre alors qu'il est un instrument qui a été utilisé par le législateur en France et au Brésil pour que l'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales puisse être réalisée dans ces deux pays d'une manière moins risquée, au sein d'un terrain d'expérimentation délimité²⁵⁴⁶. De toute façon, outre sa raison d'être, le dépassement du principe de spécialité en France et au Brésil est un autre événement qui semble corroborer également l'idée que ce principe est un outil qui a été utilisé par le législateur franco-brésilien dans le cadre de ce mouvement d'adaptation.

335. Le dépassement du principe de spécialité. En effet, le dépassement total ou partiel du principe de spécialité en France et au Brésil démontre deux choses. En premier lieu, ce dépassement démontre que le principe de spécialité n'a toujours qu'une existence temporaire, en n'ayant pas vocation à restreindre de manière définitive le champ d'application de la responsabilité des groupements. En second lieu, ce dépassement démontre également que le principe de spécialité doit toujours disparaître dès lors que les adaptations du droit pénal à l'égard des personnes morales ont été déjà réalisées par l'ordre juridique²⁵⁴⁷. C'est pour cette raison que le principe de spécialité a été abandonné en France seulement après que la Cour de cassation ait rendu d'importants arrêts concernant la matière, en assurant au législateur que le droit pénal comprenait mieux cette responsabilité, en étant déjà adapté aux personnes morales²⁵⁴⁸. C'est également pour cette raison que la discussion sur le dépassement du principe de spécialité n'a eu lieu que présentement au Brésil, c'est-à-dire au moment où la jurisprudence a déjà prouvé qu'elle connaît mieux la

²⁵⁴⁶ « En indiquant qu'une infraction ne pourrait être imputée à une personne juridique que dans les cas prévus par la loi ou le règlement, le législateur souhaitait rassurer l'opinion et garantir une répression adaptée à ces nouvelles délinquantes » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 99.

²⁵⁴⁷ En France, le Sénateur Fauchon dès lors des débats concernant la loi Perben II observait « qu'après ces dix années d'expérimentation, on peut très raisonnablement se demander s'il ne faut pas supprimer » le principe de spécialité. Cette idée « d'expérimentation », semble renforcer le raisonnement selon lequel le principe de spécialité est un outil qui a été utilisé par le législateur afin de permettre une adaptation progressive du droit pénal à l'égard des groupements sans trop de risques. Voir : débat Sénat, première lecture, 7 octobre 2003.

²⁵⁴⁸ On fait référence ici notamment aux arrêts de la Cour de cassation qui n'ont plus exigé l'identification de la personne physique agissant en qualité comme une condition pour la condamnation d'une personne morale, en consacrant ainsi une conception identificatoire de la responsabilité pénale des groupements en France. Voir : Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560 ; Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714 ; et Cour de cass., Ch. crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-83414. Ces arrêts montrent une évolution dans la jurisprudence française concernant la matière, aussi bien qu'une meilleure compréhension de la responsabilité pénale des groupements. Sur le thème, voir *supra* (n° 68 et s.).

responsabilité des groupements, en démontrant au législateur que le droit pénal brésilien est lui aussi adapté aux personnes morales²⁵⁴⁹.

Par conséquent, l'abandon du principe de spécialité en France et au Brésil paraît également conforter l'idée selon laquelle ce principe est au fond un outil qui a été utilisé par le législateur franco-brésilien dans le cadre du mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales. Cette assertion est possible puisque le dépassement de ce principe semble toujours avoir lieu dans un moment où le droit pénal a déjà procédé à certains arrangements à propos de la responsabilité des personnes morales, en s'étant déjà adapté aux êtres collectifs²⁵⁵⁰. Ainsi, on peut penser que la coïncidence temporelle qui existe entre la conclusion de ce processus d'aménagement et l'abandon du principe de spécialité en France et au Brésil démontre elle aussi l'utilité que ce principe possède au sein de ce mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales.

336. En définitive, un mouvement d'adaptation. Somme toute, à cause de sa raison d'être et face à son dépassement en France et au Brésil, on peut conclure que le principe de spécialité est au fond un outil qui a été utilisé par le législateur franco-brésilien dans le cadre du mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales. C'est pourquoi la présence du principe de spécialité au sein du champ d'application de la responsabilité des groupements corrobore alors non seulement l'existence d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des êtres collectifs, mais également le raisonnement utilisé dans la première partie de notre étude. Cette assertion est possible puisqu'on rencontre un rapport étroit entre, d'un côté, ce mouvement d'adaptation et, de l'autre côté, l'existence d'un principe de spécialité au sein du champ d'application de la responsabilité des personnes morales. En premier lieu, parce que ce principe semble être au fond un outil qui a permis le fait que le mouvement d'adaptation du droit pénal aux particularités des groupements puisse être réalisé d'une manière moins risquée, dans un terrain d'expérimentation

²⁵⁴⁹ On fait référence ici à une décision du Supremo Tribunal Federal du 6 août 2013, dans laquelle la Haute Juridiction brésilienne a énoncé que la personne morale peut être mise en cause et condamnée en raison d'une infraction sans que soient nécessaires l'identification et la condamnation de la personne physique agissant *ès qualité*, voir : STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181. De la même manière, cet arrêt démontre une évolution dans la jurisprudence brésilienne concernant le thème, aussi bien qu'une meilleure compréhension de la responsabilité pénale des groupements au Brésil. Sur le thème voir *supra* (n° 75).

²⁵⁵⁰ « En dépit de son caractère expéditif, l'amendement Fauchon apparaît comme le terme d'une évolution amorcée en 1994, se traduisant, non sans hésitations et approximations, par une meilleure appréhension d'une responsabilité traditionnellement conçue pour les seules personnes physiques. La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales marque, en effet, l'aboutissement d'une sorte de période d'essai et de maturation parfaitement naturelle s'agissant de ce qui était, à coup sûr, une révolution du droit pénal » M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos*, p. 104.

délimité. En second lieu, en raison du caractère temporaire du principe de spécialité, lequel démontre qu'une fois que les adaptations du droit pénal à l'égard des êtres collectifs ont déjà été réalisées, on peut abandonner l'emploi de ce principe, en agrandissant les frontières de la responsabilité des groupements au profit d'autres domaines du droit pénal. Par conséquent, ce rapport étroit qu'on rencontre entre le principe de spécialité et ce processus d'aménagement semble confirmer l'exactitude du raisonnement utilisé dans la première partie de notre étude, car il démontre l'existence effective d'un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales.

Quoi qu'il en soit, en plus de confirmer le raisonnement utilisé dans la première partie de notre étude, l'examen du champ d'application de la responsabilité des êtres collectifs en ce qui concerne le groupe d'infractions imputables aux personnes morales en France et au Brésil nous amène également à certaines conclusions partielles que l'on peut faire concernant le thème.

Conclusion du Titre II

337. Plus de similitudes que de différences. Dès lors que l'on analyse le champ d'application de la responsabilité pénale des groupements en France et au Brésil, on s'aperçoit que sur ce thème on rencontre plus de similitudes que de différences entre ces deux pays. Cette assertion est possible autant à propos du groupe des personnes morales concernées par cette responsabilité, qu'à propos des infractions en raison desquelles un être collectif peut devenir pénalement responsable au sein du droit pénal franco-brésilien.

Tout d'abord, quant au groupe des personnes morales concernées par cette responsabilité, on rencontre en France et au Brésil une tendance à consacrer différents régimes de responsabilité pour les êtres collectifs de droit public et de droit privé. D'un côté, les groupements de droit public, notamment l'État et les collectivités territoriales, possèdent un régime spécial de responsabilité, en ayant certaines immunités par rapport aux infractions accomplies par leurs organes ou représentants²⁵⁵¹. De l'autre côté, les personnes morales de droit privé ont un régime commun de responsabilité, en pouvant devenir pénalement coupables de toutes les infractions réalisées par leurs organes ou représentants. Cette pluralité de régimes de responsabilité à l'égard des êtres collectifs de droit public et de droit privé est ainsi une première similitude que l'on rencontre entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien à propos du champ d'application de la responsabilité des groupements. Toutefois, elle n'est pas la seule ressemblance entre ces deux pays.

Ensuite, en ce qui concerne les infractions en raison desquelles une personne morale peut devenir pénalement responsable, on rencontre une seconde similitude entre la France et le Brésil. En effet, dans un premier temps, ces deux pays ont préféré restreindre la responsabilité des groupements à une liste spécifique d'infractions, en consacrant ainsi un principe de spécialité dans la matière. Toutefois, dans un second temps, autant le droit pénal français que le droit pénal brésilien ont souhaité l'abandon du principe de spécialité, en voulant élargir les frontières de la responsabilité des personnes morales vers d'autres domaines du droit pénal. De ce fait, la consécration et l'abandon du principe de spécialité dans ces deux pays est une seconde similitude rencontrée entre le droit pénal français et le droit pénal brésilien à propos du champ d'application de la responsabilité pénale des groupements.

²⁵⁵¹ Par rapport au droit pénal brésilien, on fait référence bien étendu à l'article 41 du projet du nouveau Code pénal.

338. *Le champ d'application et le processus d'harmonisation.* Dès lors que l'on analyse ces deux similitudes on s'aperçoit qu'elles possèdent un rapport étroit avec le mouvement de création et d'adaptation réalisé par le droit pénal vis-à-vis des personnes morales. D'un côté, les immunités existantes à propos des groupements de droit public ont un rapport étroit avec le mouvement de création accompli par le droit pénal à l'égard des êtres collectifs. De l'autre côté, la consécration et l'abandon du principe de spécialité dans ces deux pays ont un rapport étroit avec le mouvement d'adaptation réalisé par l'ordre juridique vis-à-vis des personnes morales. C'est pourquoi on peut conclure que l'analyse du champ d'application de la responsabilité des êtres collectifs confirme le fait que l'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des groupements a été réalisée en France et au Brésil par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. Cette assertion est possible puisqu'on rencontre dans le champ d'application de cette responsabilité autant d'éléments qui font référence à l'idée d'un mouvement d'adaptation que d'éléments qui font référence à l'idée d'un mouvement de création réalisé par le droit pénal à l'égard des groupements. Pour cette raison, l'examen du champ d'application de la responsabilité des personnes morales est le point d'arrivée de notre recherche, car il démontre le fait que le raisonnement employé tout au long de notre étude concernant le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des groupements a sa raison d'être.

Conclusion de la Partie II

339. Un dernier obstacle à la responsabilité pénale des groupements. Même si par le biais d'un mouvement d'adaptation l'ordre juridique franco-brésilien a réussi à ajuster les éléments matériel et subjectif de l'infraction à la nature désincarnée des groupements, on devrait encore résoudre un troisième et dernier obstacle à la responsabilité des personnes morales : l'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et les particularités des êtres collectifs. En effet, à l'image des éléments matériel et subjectif de l'infraction, cette notion s'est montrée également inconciliable avec les caractéristiques d'un délinquant dépourvu d'un corps et d'un esprit comme la personne morale. Par conséquent, afin de résoudre ce troisième obstacle à la responsabilité des groupements, le droit pénal en France et au Brésil a fait un troisième et dernier effort d'harmonisation au sujet de cette responsabilité, dans le but de rendre la notion d'imputabilité compatible avec la nature désincarnée des groupements.

340. La solution : un mouvement de création du droit pénal à l'égard des groupements. Pourtant, au sein de ce troisième effort d'harmonisation, on a vu émerger en France et au Brésil non pas un mouvement d'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales, mais plutôt un mouvement de création de l'ordre juridique vis-à-vis des êtres collectifs. En effet, au lieu d'adapter la notion d'imputabilité à l'égard des personnes morales, le droit pénal a fini par créer une nouvelle notion pragmatique d'imputabilité spécifiquement conçue pour les groupements. Cette notion possède un contenu essentiellement objectif et elle est fondée sur le simple accomplissement d'une infraction par un organe ou représentant pour le compte de l'être collectif. Pour cette raison, elle est une nouvelle notion d'imputabilité propre aux personnes morales, laquelle n'a pas les mêmes contours et le même contenu que la notion d'imputabilité spécifique aux personnes physiques.

Dans ce contexte, on a pu conclure que c'est par le biais d'un mouvement de création et non pas d'adaptation que le droit pénal franco-brésilien a réussi à surmonter ce troisième et dernier obstacle à la responsabilité des personnes morales, en rendant la notion d'imputabilité finalement compatible avec la nature désincarnée des groupements. De ce fait, depuis ce mouvement de création, un être collectif peut d'ores et déjà non seulement accomplir les éléments matériel et subjectif de l'infraction, mais également faire l'objet d'un jugement de reproche effectué par l'ordre juridique à son encontre, en étant soumis à l'accomplissement d'une peine.

341. Une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. L'analyse de ce troisième et dernier effort d'harmonisation, nous a permis après coup de constater que c'est ainsi par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création que le droit pénal a pu s'harmoniser avec la responsabilité des groupements. En effet, tandis que certains concepts du droit pénal, comme les éléments matériel et subjectif de l'infraction, ont été adaptés à la nature désincarnée des êtres collectifs, d'autres concepts, comme la notion pragmatique d'imputabilité, ont été spécialement créés pour les personnes morales. Ainsi, par le biais de cette dialectique double à la fois d'adaptation et de création, le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des groupements a été achevé, de sorte que depuis l'achèvement de ce processus il n'existe plus d'obstacles à la responsabilité pénale des êtres collectifs au sein de l'ordre juridique franco-brésilien.

342. Le processus d'harmonisation et le champ d'application de cette responsabilité. La constatation de cette dialectique double au sein de ce processus d'harmonisation, nous a amené par la suite à l'examen du champ d'application de la responsabilité des groupements en France et au Brésil. En effet, dès lors que l'on analyse le groupe d'infractions imputables aux êtres collectifs franco-brésiliens et les personnes morales concernées par cette responsabilité, on s'aperçoit de l'existence de deux éléments dans le champ d'application de cette responsabilité qui confirment l'idée d'un mouvement d'adaptation et de création réalisé par le droit pénal à l'égard des êtres collectifs. D'un côté, le principe de spécialité est un premier élément qui confirme l'idée d'un mouvement d'adaptation. De l'autre côté, les immunités instaurées au profit de certains groupements de droit public sont un second élément qui corrobore l'idée d'un mouvement de création. Pour cette raison, l'examen du champ d'application de la responsabilité des groupements a été le point d'arrivée de notre étude, puisqu'il nous a servi à démontrer que le raisonnement employé tout au long de notre recherche concernant le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales a sa raison d'être. Cette assertion est possible puisque le champ d'application de cette responsabilité démontre au fond l'existence effective d'un mouvement d'adaptation et de création de l'ordre juridique à l'égard des groupements, ce qui corrobore le raisonnement employé tout au long de notre étude concernant le processus d'harmonisation réalisé entre droit pénal et la responsabilité des personnes morales en France et au Brésil.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Conclusion générale

343. La conséquence d'un choix pragmatique. En France et au Brésil, la restauration de la responsabilité pénale des groupements n'a pas été le résultat d'une demande de la doctrine ou la conséquence d'une revendication jurisprudentielle. En effet, dans ces deux pays, le rétablissement de cette responsabilité a eu lieu en raison d'un choix pragmatique réalisé par le législateur, lequel voulait réintroduire la personne morale dans le champ d'application du droit pénal pour des raisons plus utilitaristes que théoriques. Le potentiel criminogène des êtres collectifs, la solvabilité des personnes morales, les difficultés dans la recherche des responsabilités au sein d'une entreprise ont été quelques-uns des arguments utilitaristes soulevés par le législateur pour justifier la réintroduction de cette responsabilité au sein du droit pénal franco-brésilien.

En raison de ce choix pragmatique, l'instauration de la responsabilité des groupements n'a pas été précédée d'une réflexion théorique approfondie ni en France, ni au Brésil. De ce fait, même après l'entrée des personnes morales au sein du champ pénal, leur responsabilité a continué à poser des problèmes quant à sa compatibilité avec les principes fondamentaux du droit pénal. En effet, on avait du mal à saisir comment on pourrait appliquer un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des êtres humains à ce nouveau délinquant qui n'était pas une personne physique, mais qui était une personne morale.

344. Les trois grands problèmes posés par cette nouvelle responsabilité. Dans le cadre de cette dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des groupements, trois grands problèmes ont été soulevés par la doctrine et par la jurisprudence franco-brésilienne en tant qu'obstacles à la responsabilité pénale des êtres collectifs. En premier lieu, l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature immatérielle des personnes morales. En deuxième lieu, l'inconciliabilité entre l'élément subjectif de l'infraction et les particularités des groupements. En troisième lieu, l'antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs. Au fond, ces trois grands problèmes synthétisaient le débat autour de la dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales.

345. Une responsabilité impersonnelle et objective. En raison de cette dissonance, une partie de la doctrine et de la jurisprudence en France et au Brésil²⁵⁵² a souligné un soi-disant caractère *sui*

²⁵⁵² Voir *supra* (n° 39 et n° 129).

Conclusion générale

generis de la responsabilité des groupements, en interprétant cette responsabilité d'une manière singulière. Selon eux, puisque, d'un côté, la personne morale ne serait jamais capable d'accomplir les éléments matériel et subjectif de l'infraction et que, de l'autre côté, la notion d'imputabilité serait totalement inconciliable avec la nature désincarnée des groupements, la responsabilité pénale des personnes morales aurait deux particularités. Tout d'abord, il s'agirait d'une responsabilité du fait d'autrui, car on imputerait à l'être collectif une action ou une omission illicite qui n'aurait pas été accomplie par la personne morale, elle même. Ensuite, il s'agirait d'une responsabilité objective, puisque ni les notions de dol ou d'imprudence, ni celle d'imputabilité pourraient être identifiées chez la personne morale.

Cette façon de concevoir la responsabilité pénale des groupements était au fond une interprétation perfectible de cette responsabilité, puisqu'elle avait un grave inconvénient : la mésestime de deux principes fondamentaux du droit pénal. En premier lieu, le principe de personnalité. En second lieu, le principe de culpabilité. Pour cette raison, dans le but de résoudre ce grave inconvénient, l'ordre juridique en France et au Brésil a effectué un processus d'harmonisation au sujet de la responsabilité des groupements. Ce processus d'harmonisation a été réalisé afin de modifier cette manière perfectible de concevoir la responsabilité pénale des êtres collectifs et conséquemment en vue de rendre cette responsabilité pleinement conciliable avec les principes de personnalité et de culpabilité. Autant en France qu'au Brésil, cette harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des groupements a été réalisée en trois phases et elle a été mise en œuvre par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création, laquelle a voulu résoudre les trois grands problèmes qui synthétisaient le débat autour de la dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des êtres collectifs.

346. Un processus d'harmonisation en trois phases. Tout d'abord, la première phase de ce processus d'harmonisation a concerné l'élément matériel de l'infraction. Afin de résoudre le problème de l'incompatibilité entre cet élément de l'infraction et la nature désincarnée des groupements, le droit pénal a réalisé un mouvement d'adaptation vis-à-vis de la personne morale. D'un côté, le législateur franco-brésilien, par le biais de la première condition de la responsabilité des groupements, a permis le fait que l'être collectif puisse accomplir une action ou omission illicite en droit pénal au moyen des actions ou des omissions illicites de ses organes ou représentants. De l'autre côté, la jurisprudence franco-brésilienne a interprété cette première condition de responsabilité dans le cadre d'un modèle « identificatoire », en concevant le comportement illicite de l'organe ou représentant de la personne morale comme étant le comportement illicite de la

personne morale, elle même. De ce fait, par le biais de ce mouvement d'adaptation, l'élément matériel de l'infraction est devenu compatible avec les particularités de l'être collectif, de sorte qu'un groupement peut actuellement accomplir personnellement une action ou omission illicite en droit pénal. C'est pourquoi en France et au Brésil la responsabilité des êtres collectifs ne peut pas être perçue comme une responsabilité du fait d'autrui, mais elle doit être interprétée comme une responsabilité du fait personnel, laquelle respecte le principe de personnalité en droit pénal.

Ensuite, la deuxième phase de ce processus d'harmonisation a concerné l'élément subjectif de l'infraction. Dans le but de résoudre le problème de l'incompatibilité entre cet élément de l'infraction et la nature désincarnée des groupements, le droit pénal a également réalisé un mouvement d'adaptation à l'égard de la personne morale. D'un côté, la jurisprudence franco-brésilienne a constaté que la culpabilité possède en droit pénal une nature juridique et non pas une nature strictement psychologique, raison pour laquelle contrairement à ce qu'on a initialement pensé le dol et l'imprudence ont une nature conciliable avec les particularités des personnes morales. De l'autre côté, le législateur franco-brésilien, par le biais de la seconde condition de la responsabilité des groupements, a établi un critère au moyen duquel on peut constater l'attachement intellectuel existant entre la personne morale et son acte illicite et par conséquent caractériser autant le dol que l'imprudence à l'égard d'un être collectif. De ce fait, par le biais de ce mouvement d'adaptation, l'élément subjectif de l'infraction est devenu lui aussi compatible avec les particularités des groupements, de sorte qu'une personne morale peut actuellement accomplir le dol et l'imprudence en droit pénal. C'est pourquoi en France et au Brésil la responsabilité des êtres collectifs ne peut pas être perçue comme une responsabilité objective, mais elle doit être interprétée comme une responsabilité subjective, laquelle respecte le principe de culpabilité en ce qui concerne l'élément subjectif de l'infraction.

Finalement, la troisième phase de ce processus d'harmonisation a concerné la notion d'imputabilité. Cependant, afin de résoudre le problème de l'incompatibilité entre cette notion et la nature désincarnée des groupements, l'ordre juridique n'a pas réalisé un mouvement d'adaptation, mais il a accompli un mouvement de création à l'égard des personnes morales. De ce fait, au lieu d'aménager envers les groupements la notion d'imputabilité déjà existante en droit pénal, on a créé une nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux personnes morales, d'après laquelle la réalisation d'un acte illicite par un organe ou représentant pour le compte de l'être collectif suffit déjà à ce que le droit pénal puisse blâmer un groupement. Ainsi, par le biais de ce mouvement de création, la notion d'imputabilité est devenue elle aussi compatible avec la nature désincarnée des groupements, de sorte qu'une personne morale peut actuellement faire l'objet

Conclusion générale

d'un jugement de reproche réalisé par l'ordre juridique à son encontre. C'est pourquoi en France et au Brésil la responsabilité des êtres collectifs ne peut pas être perçue comme une responsabilité objective, mais elle doit être interprétée comme une responsabilité subjective, laquelle respecte le principe de culpabilité aussi en ce qui concerne la notion d'imputabilité.

347. Une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. L'analyse des trois phases de ce processus d'harmonisation nous permet après coup d'inférer qu'il a été par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création que le droit pénal a pu s'harmoniser avec la responsabilité des groupements, en surmontant les trois grands problèmes qui ont été soulevés en France et au Brésil comme des obstacles à cette responsabilité. En effet, tandis que certains concepts, comme les éléments matériel et subjectif de l'infraction, ont été adaptés à la nature désincarnée des êtres collectifs, d'autres concepts, comme la notion pragmatique d'imputabilité, ont été spécialement créés pour les personnes morales. Par conséquent, à la fin de ce processus d'harmonisation, il n'existe plus de dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des groupements, car par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création on a réussi à surmonter les obstacles soulevés contre cette responsabilité en France et au Brésil.

348. Une responsabilité personnelle et subjective. De ce fait, on peut déduire qu'actuellement la responsabilité pénale des êtres collectifs est en France et au Brésil une responsabilité personnelle et subjective, laquelle respecte les principes fondamentaux du droit pénal. En premier lieu, parce que par le biais des actions ou des omissions de ses organes ou représentants la personne morale est maintenant capable d'accomplir personnellement l'élément matériel de l'infraction. En second lieu, car autant l'élément subjectif de l'infraction que la notion d'imputabilité peuvent de nos jours être identifiés chez les groupements. Ainsi, grâce à ce processus d'harmonisation, la responsabilité des êtres collectifs doit être perçue à l'heure actuelle en France et au Brésil comme une véritable responsabilité pénale, laquelle ne méprise ni le principe de personnalité, ni le principe de culpabilité.

349. La flexibilité du droit pénal. En tout état de cause, autant en ce qui concerne l'ordre juridique français qu'à propos de l'ordre juridique brésilien, l'analyse de ce processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales nous amène finalement à trois dernières observations.

Tout d'abord, une observation à propos de l'existence d'une certaine flexibilité au sein du droit pénal. En effet, ce processus d'harmonisation réalisé par l'ordre juridique à l'égard de la responsabilité des êtres collectifs permet d'attester que le droit pénal possède une certaine souplesse, en pouvant ajuster ses théories et ses concepts aux nouveaux défis posés par la criminalité²⁵⁵³. L'adaptation des éléments matériel et subjectif de l'infraction à la nature désincarnée des groupements, aussi bien que la création d'une nouvelle notion d'imputabilité spécifique aux êtres collectifs témoignent la présence de cette malléabilité au sein du droit pénal. Par conséquent, il serait erroné de penser que le droit pénal est une matière immuable, dont les théories et les concepts ne changent jamais. Bien au contraire, le droit pénal est une matière vivante laquelle est en constante métamorphose dans le but d'accompagner l'évolution permanente de la délinquance. Pour cette raison, on peut observer que ce processus d'harmonisation réalisé entre le droit pénal et la responsabilité des groupements démontre au demeurant l'existence d'une certaine flexibilité à l'intérieur du droit pénal, laquelle lui permet d'ajuster ses théories et ses concepts au fur et à mesure du temps dans le but d'affronter les nouveaux défis posés par la criminalité.

Ensuite, ce processus d'harmonisation accompli par l'ordre juridique vis-à-vis de la responsabilité des groupements en France et au Brésil nous amène à une deuxième observation en ce qui concerne une première caractéristique de cette flexibilité du droit pénal. En effet, autant le mouvement d'adaptation que le mouvement de création réalisés par l'ordre juridique franco-brésilien à l'égard des personnes morales démontre que cette souplesse du droit pénal est simultanément guidée et limitée par les principes fondamentaux de cette matière. D'un côté, c'est en ayant pour référence ses principes fondamentaux que le droit pénal a réalisé un mouvement d'adaptation et de création vis-à-vis des groupements. De l'autre côté, c'est dans la mesure où ce mouvement d'adaptation et de création n'a pas méprisé les principes fondamentaux du droit pénal qu'il a été accompli auprès des personnes morales en France et au Brésil²⁵⁵⁴. Par conséquent, l'analyse de ce processus d'harmonisation entre l'ordre juridique et la responsabilité des êtres collectifs nous permet d'observer que cette flexibilité du droit pénal a une première caractéristique : elle est à la fois guidée et limitée par les principes fondamentaux de cette matière.

²⁵⁵³ Parmi ces nouveaux défis posés par la criminalité en France et au Brésil on rencontre, bien entendu, la délinquance de l'entreprise.

²⁵⁵⁴ En ce qui concerne le processus d'harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales, on fait référence notamment aux principes de personnalité et de culpabilité, lesquels sont à notre avis deux principes fondamentaux de cette matière.

Conclusion générale

Finalement, l'analyse de ce processus d'harmonisation nous amène par la suite à une dernière observation à propos d'une seconde caractéristique de cette flexibilité du droit pénal : elle a un aspect quasi instinctif. En effet, la mise en œuvre de cette souplesse par le droit pénal n'est pas le résultat d'une démarche délibérée, mais elle semble être réalisée de manière irréfléchie, presque inconsciente. Cette assertion est possible puisque dès lors qu'on analyse le mouvement d'adaptation et de création accompli par le droit pénal franco-brésilien à l'égard des groupements on s'aperçoit qu'il a été exécuté par le législateur et par la jurisprudence en France et au Brésil plus à tâtons que de manière consciente. Trois exemples illustrent cette allégation. En premier lieu, l'établissement par le législateur au sein des articles 121-2 du Code pénal français et 3 de la loi 9.605/98 au Brésil des conditions de la responsabilité des groupements. En deuxième lieu, l'emploi par les tribunaux franco-brésiliens de la condition du « pour leur compte » comme un critère pour identifier et caractériser la volonté illicite de la personne morale derrière l'acte de son organe ou représentant. En troisième lieu, l'usage par la jurisprudence en France et au Brésil d'une notion pragmatique d'imputabilité spécialement conçue pour les êtres collectifs. Dans le cadre de ces trois exemples, le législateur et les tribunaux franco-brésiliens ont réalisé un mouvement d'adaptation et de création vis-à-vis des groupements sans l'énoncer expressément, d'une manière plus intuitive que délibérée. Pour cette raison, par le biais de ces illustrations, on peut déduire que ce processus d'harmonisation accompli par l'ordre juridique à l'égard de la responsabilité des personnes morales nous permet enfin d'observer que cette flexibilité du droit pénal a une seconde caractéristique : elle possède un aspect quasi instinctif, en étant le résultat d'une démarche menée par le droit pénal d'une façon inconsciente et non pas pleinement délibérée.

C'est en raison de cet aspect quasi instinctif de cette flexibilité du droit pénal que l'objectif principal de notre étude était celui de mieux cerner le processus d'harmonisation qui a été réalisé entre le droit pénal et la responsabilité des groupements en France et au Brésil. En effet, on a voulu mettre en lumière un mouvement d'adaptation et de création qui a été exécuté par l'ordre juridique franco-brésilien d'une manière plus intuitive que consciente. De ce fait, par le biais d'une analyse de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, on a essayé de concevoir une théorie capable d'expliquer comment un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des personnes physiques a pu s'harmoniser avec la responsabilité des personnes morales, tout en respectant ses principes fondamentaux. Est-ce que la théorie élaborée tout au long de notre étude explique correctement le processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal et la responsabilité des groupements en France et au Brésil ? Est-ce que notre hypothèse selon laquelle ce processus d'harmonisation a été réalisé par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de

création est la plus correcte pour éclairer le thème dans le contexte franco-brésilien ? Il nous semble que les réponses à ces interrogations appartiennent exclusivement au lecteur de ce travail.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, traités et ouvrages (France et Brésil)

A. Droit pénal et procédure pénale (France)

- M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris : Cujas, 1954.
- M. ANCEL, *A nova defesa social*, Belo Horizonte : Forense, 1979.
- C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris : Flammarion, 2006.
- M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Paris : Dalloz, 2012.
- R. BERNARDINI, *Droit criminel – volume II : l’infraction et la responsabilité*, Bruxelles : Larcier, 2012.
- B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2011.
- J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris : PUF, 2006.
- L. CHARONDAS, *Réponses de droit français*, Paris : P. Chevalier, 1605.
- A. CHAUVEAU et H. FAUSTIN, *Théorie du code pénal*, Paris : 1872.
- P. CONTE et P. MAISTRE DE CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris : Masson, 1990.
- P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, Paris : Dalloz, 1934.
- A.-C. DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.
- A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Paris : A. Colin, 1971.
- C. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel à l’usage des étudiants en droit de deuxième année*, Paris : Dalloz, 1912.
- M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne*, Paris : Economica, 1997.
- F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris : Économica, 2009.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris : Sirey, 1937.
- E. DREYER, *Droit pénal général*, Paris : LexisNexis, 2012.
- E. GARÇON, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris : Payot & Cie, 1922.
- E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris : Librairie de la Société du Recueil, 1901.
- R. GAROFALO, *La criminologie*, Paris : F. Alcan, 1890.
- R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris : Librairie de la société du recueil J. B. Sirey & du journal du palais, 1909.
- R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris : L. Larose et Forcel, 1888.

- W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris : Montchrestien, 1991.
- M. JOUSSE, *Traité de la Justice Criminelle de France*, Paris : Chez Debure Pere, 1771.
- A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Paris : Cujas, 1979.
- E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Paris : Dalloz, 2011.
- J. LARGUIER, P. CONTE et P. CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2008.
- J. LÉAUTÉ, *Le nouveau Code pénal : enjeux et perspectives*, Paris : Dalloz, 1994.
- J. LÉAUTÉ, *La responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 1961.
- J. LÉAUTÉ, *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris : PUF, 1972.
- A. LEBIGRE, *La responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris : PUF, 1967.
- J. LEROY, *Droit pénal général*, Paris : LGDJ, 2015.
- J. LEYRIE, *Manuel de psychiatrie légale et de criminologie clinique*, Paris : Vrin, 1977.
- C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris : Hachette, 1995.
- R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris : PUF, 1998.
- Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 2010.
- R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminelle*, Paris : Ed. Cujas, 1997.
- R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, Paris : PUF, 1957.
- V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel – deuxième partie*, Toulouse : Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1854.
- P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris : Merigot, 1780.
- J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris : M. E. Bonier, 1875.
- X. PIN, *Droit pénal général*, Paris : Dalloz, 2012.
- J. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris : L'Harmattan, 2003.
- J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris : PUF, 1989.
- J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris : Cujas, 2014.
- M. PUECH, *Droit pénal général*, Paris : Litec, 1988.
- M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Paris : Ellipses, 2006.
- D. REBUT, *Droit pénal international*, Paris : Dalloz, 2012.
- H. RENOUT, *Droit pénal général*, Bruxelles : Larcier, 2013.
- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris : PUF, 2005.
- F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 2009.
- J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Paris : Sirey, 1927.

Bibliographie

- J.-C. SOYER, *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris : LGDJ, 2002.
- G. TARDE, *La philosophie pénale*, Paris : G. Masson & Cia. Éditeurs, 1900.
- E. TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris : A. Lahure, 1878.
- J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable*, Paris : Ed. Bière, 1999.
- M.-F. TULKENS, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles: Éd. De l'Université de Bruxelles, 2001.
- S. TZITZIS et G. LOPEZ, *Dictionnaire de sciences criminelles*, Paris : Dalloz, 2013.
- R. VALEUR, *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droits français et anglo-américains*, Paris : Girard, 1931.
- E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris : LGDJ, 2002.
- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, 2015.
- M. VÉRON, *Droit pénal des affaires*, Paris : Dalloz, 2009.
- G. VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Paris : Arthur Rousseau, 1901.
- E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, Paris : Larose, 1965.
- A. VITU, *Traité de droit penal spécial*, Paris : Cujas, 1982.

B. Droit pénal et procédure pénale (Brésil)

- C. BRANDÃO, *Curso de direito penal*, Rio de Janeiro : Forense, 2008.
- A. BRUNO, *Direito penal – parte geral*, Rio de Janeiro : Forense, 1978.
- P. BUSATO et F. GUARAGNI, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Curitiba : Juruá, 2012.
- P. BUSATO et S. MONTES HUAPAYA, *Introdução ao direito penal : fundamentos para um sistema penal democrático*, Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2007.
- P. BUSATO, *Direito penal – parte geral*, São Paulo : Atlas, 2014.
- P. BUSATO, *Fundamentos do direito penal brasileiro*, Curitiba : Edição do autor, 2012.
- P. BUSATO, *Direito penal & ação significativa*, Rio de Janeiro : LumenJuris, 2010.
- A. CAMARGO, *Culpabilidade e reprovação pessoal*, São Paulo : Saraiva, 1994.
- F. CAPEZ, *Curso de direito penal*, São Paulo : Editora Saraiva, 2008.
- L. CERNICCHIARO et P. COSTA, *Direito penal na Constituição*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- J. CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal – parte geral*, Curitiba : ICPC, 2006.
- S. COELHO, *Infrações tributárias e suas sanções*, São Paulo : Resenha Tributária, 1982.
- P. COSTA JUNIOR, *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1999.
- P. COSTA JUNIOR, *Comentários ao código penal*, São Paulo : Saraiva, 1989.

- A. COSTA e SILVA, *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
- C. DELMANTO, *Código penal comentado*, Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- N. DINO NETO, *Crimes e infrações administrativas ambientais*, Belo Horizonte : Del Rey, 2011.
- R. DOTTI, *Curso de direito penal – parte geral*, Rio de Janeiro : Forense, 2004.
- B. DE FARIA, *Código penal brasileiro (comentado)*, Rio de Janeiro : Record, 1958.
- H. FRAGOSO, *Lições de direito penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- H. FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1978.
- A. FRANCO, *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, Rio de Janeiro : Ypiranga, 1930.
- F. GALVÃO, *Reponsabilidade penal da pessoa jurídica*, Belo Horizonte : Del Rey, 2003.
- F. GALVÃO, *Direito penal – parte geral*, Belo Horizonte : D'Placido Editora, 2016.
- B. GARCIA, *Instituições de direito penal*, São Paulo : Max Limonad, 1956.
- C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.
- N. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- D. DE JESUS, *Direito penal – parte geral*, São Paulo : Saraiva, 1985.
- A. KIST, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Leme : Editora de Direito Ltda., 1999.
- P. LESSA, *O determinismo psíquico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, São Paulo : Duprat, 1905.
- L. LUISI, *Princípios constitucionais penais*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- F. MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal*, São Paulo : Saraiva, 1965.
- V. MATTOS, *Crime e psiquiatria : uma saída : prelimanares para a desconstrução das medidas de segurança*, Rio de Janeiro : Renavan, 2006.
- V. MANZI, *Compliance no Brasil : a consolidação e pespectivas*, São Paulo : Saint Paul, 2008.
- J. MESTIERI, *Manual de direito penal I*, Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- A. MIGLIARI JR., *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Lex, 2002.
- E. MILARE, *A nova tutela penal do meio ambiente*, São Paulo : Revista de direito ambiental, 1999.
- J. MIRABETE, *Manual de direito penal*, São Paulo : Atlas, 2003.
- M. NORONHA, *Direito penal*, São Paulo : Editora Saraiva, 1963.
- G. NUCCI, *Código penal comentado*, Rio de Janeiro : Gen, 2015.
- F. PEDROSO, *Direito penal*, São Paulo : Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2000.
- L. PRADO, *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

Bibliographie

- L. PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.
- B. RIBEIRO, *Medidas de segurança*, Porto Alegre : Fabris, 1998.
- W. ROTHENBURG, *A pessoa jurídica criminosa*, Curitiba : Juruá, 1997.
- F. DE SANCTIS, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Saraiva, 1999.
- S. SHECAIRA, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- A. SILVA FRANCO, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- R. SILVEIRA, *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo : Saraiva, 2015.
- J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro : Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.
- E. ZAFFARONI et J. PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

C. Droit pénal et procédure pénale (d'autres pays)

- E. BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal*, Navarra : Thonsom Reuteurs, 2011.
- S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona : Ed. Bosch, 1998.
- M. BAJO FERNÁNDEZ, B. FEIJÓ SÁNCHEZ et C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra : Thomson Reuteurs, 2012.
- W. BLACKSTONE, *Commentaire sur le code criminel d'Angleterre*, Londres : Nabu Press, 2011.
- W. BOTTKE, *Assoziationsprävention, Zur Heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995.
- R. BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen verantwortlichkeit der verbaende*, Leipzig, Weicher, 1933.
- M. COBO DEL ROSAL et T. S. VIVES ANTÓN, *Direito penal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari : Laterza, 1990.
- J. COSTA, *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito português*, Coimbra : S/E, 1981.
- A. ECHANDIA, *Culpabilidad*, Bogotá : Temis, 1988.
- A. EHRHARDT, *Unternehmendelinquenz und unternehmensstrafe: sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US amerikanischem Recht*, Berlin : Dunker & Humblot, 1994.
- E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris : Rosseau, 1893.
- J. FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- G. FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, New York : Oxford University Press, 1998.
- G. FLETCHER, *Conceptos básicos del derecho penal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1997.
- G. FLETCHER, *Aproximación intersubjetiva al concepto de acción. Conferencia proferida na Universidade Pablo de Olavide*, Sevilla : 1998.
- B. FREUDENTHAL, *Shuld und vorwurf im geltenden strafrecht*, 1922.
- J. GOTI, *Politica criminal de la empresa : cuestiones alternativas*, Buenos Aires : Hammurabi, 1993.
- F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano : A. Giuffrè, 1947.
- E. HAFTER, *Die delikts-und straffähigkeit der personenverbänden*, Berlin : Springer, 1903.
- W. HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona : Bosch, 1984.
- G. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid : Marcial Pons, 1997.
- G. JELLINIK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Mohr, Freiburg im Breisgau.
- U. KINDHÄUSER, *La culpa penal en un estado democrático de derecho. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1996.
- M. KOHLER, *La imputación subjetiva : el estado de la cuestión*, Madrid : Civitas, 2000.
- E. LAMP, *Systemunrecht und unrechtssysteme, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft n° 106*, Berlin : Walter de Gruyter, 1994.
- J. LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de seguridad*, El Cano : Thompson-Aranzadi, 2006.
- F. LISZT, *Tratado de derecho penal*, Madrid : Editorial Reus, 1999.
- C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, Paris : Félix Alcan, 1887.
- R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, Barcelona : Ariel, 1962.
- A. MERKEL, *Derecho penal. Parte geral*, Buenos Aires : BdeF, 2004.
- E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, Madrid : Editorial Revista De Derecho Privado, 1955.
- F. MUNÓZ CONDE, *Teoria geral do delito*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988.
- F. MUNÓZ CONDE et M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2007.
- J. POZO, *Droit pénal, partie générale*, Zurich : Schulthess, 2008.
- I. PUPPE, *A distinção entre dolo e culpa*, São Paulo : Manole, 2002.
- G. RADBRUCH, "Über den Schuldbegriff", in *ZStW24*, 1904.
- R. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona : J. M. Bosch editor, 1999.
- C. ROXIN, *Derecho penal*, Madrid : Civitas, 1997.
- C. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid : Reus, 1981.
- Q. SALDANA, *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid : Editorial Reus, 1927.

Bibliographie

- B. SCHÜNEMANN, *Deutsche Wiedervereinigung : die Rechtseinheit/ Arbeitskreis Strafrecht*, Bd 3 : Unternehmensriminalität, Köln, Berlin, Bonn, München : Heymanns, 1996.
- O. SMITH et D. HOGAN, *Criminal law*, London : Lexis Law, 1992.
- T. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2011.
- F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, Madrid : Reus, 1999.
- E. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal (parte general)*, Buenos Aires : Ediar, 1981.
- H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- H. WELZEL, *Das deutsche strafrecht*, 1969.

D. Droit civil et procédure civile (France)

- R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris : Arthur Rosseau, 1897.
- R. SALEILLES, *De la personnalité juridique – histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris : Rousseau, 1910.

E. Droit civil et procédure civile (Brésil)

- C. BEVILÁQUA, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro : F. Alves, 1929.
- J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo : Saraiva, 1979.
- A. LIMA, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- C. PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra : Coimbra Editora, 1992.

F. Droit constitutionnel (Brésil)

- U. BULOS, *Constituição Federal anotada*, São Paulo : Saraiva, 2005.
- J. CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.

G. Droit administratif (France)

- G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris : Dalloz, 2011.

H. Droit administratif (Brésil)

C. MELLO, *Curso de direito administrativo*, São Paulo : Malheiros, 2011.

I. Droit des sociétés (France)

M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Paris : LexisNexis, 2010.

D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, Paris : LITEC, 1995.

V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Paris : Dalloz, 2015.

G. RIPPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Paris : LGDJ, 2004.

J. Droit des sociétés (Brésil)

T. ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo : Saraiva, 1969.

J. BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, Rio de Janeiro : Forense, 1971.

W. FAZZIO, *Manual de direito comercial*, São Paulo : Atlas, 2002.

M. JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

T. VALVERDE, *Sociedade por ações*, Rio de Janeiro : Forense, 1959.

K. Ouvrages généraux (France et Brésil)

1. *Ouvrages juridiques*

N. BOBBIO, *Estado, governo, sociedade (para uma teoria geral da política)*, São Paulo : Paz e Terra, 1992.

B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris : Sirey, 1942.

P. FAUCONNET, *La responsabilité*, Paris : Félix Alcan, 1920.

J. GONZAGA, *O direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil*, São Paulo : Max Limonad, 1972.

H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris : PUF, 2005.

J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris : Fayard, 1987.

J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris : PUF, 1996.

Bibliographie

- G. HANARD, *Droit romain*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997.
- A. HEISSER, *Études sur les personnes morales*, Paris : A. Maresq, 1871.
- H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit*, Paris : Librairie Marcel Rivière et Cié, 1955.
- LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES 2014-2015, Paris : Dalloz, 2014.
- P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris : Chez Garnery, 1826.
- M. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris : LGDG, 1932.
- C. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris : Classiques Garnier, 2011.
- S. PUFENDORF, *Du droit de la nature et des gens*, Londres, 1740.
- V. RAO, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris : LGDJ, 1951.
- P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Paris : Dalloz, 1960.
- B. SALVINI, *Le code de Hammourabi*, Paris : Réunion des musées nationaux, 2008.
- F. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris : Firmin Didot Frères, 1855.
- F. SAVIGNY, *Droit romain*, II, § 94 ; Lehrb. Von Strafrecht, § 28.
- B. TEYSSIÉ, *Les personnes*, Paris : Litec, 2007.
- M. TROPPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris : LGDJ, 1980.
- M. VILLIERS, *Droit public général*, Paris : LexisNexis, 2006.
- R. VON IHERING, *Das shuldmoment im römischen privatrecht. Festschrift für*, Birnbaum : Gieben, 1867.

2. Ouvrages non juridiques

- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris : Éditions les Échos du Maquis, 2014.
- J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris : Gérard Mairat, 1553.
- A. DUMAS, *Le comte de Monte-Cristo*, Paris : Folio classique, 1981.
- M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris : Éditions Gallimard, 2013.
- S. FREUD, *Psicologia de grupo e análise de ego*, Rio de Janeiro : Imago, 1976.
- M. GRIAULE, *Masques dogons*, Paris : Institut d'ethnologie, 1938.
- F. KAFKA, *Le procès*, Paris : Gallimard, 1933.
- LAROUSSE, *Dictionnaire de poche*, 2011.
- N. LUHMANN, *Introdução à teoria dos sistemas*, Petrópolis : Vozes, 2009.
- G. ORWELL, *1984*, Paris : Gallimard, 1950.

LE PETIT ROBERT, *Dictionnaire*, Paris : Le Robert, 2013.

L. RODRIGUES et F. NEVES, *Niklas Luhmann : a sociedade como sistema*, Porto Alegre : Edipucrs, 2012.

J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris : Librairie Générale Française, 2013.

M. SERRES, *Biogée*, Paris : Éditions Le Pommier, 2013.

II. Thèses et monographies (France et Brésil)

M.-A. AFCHAIN, *La responsabilité de la société*, thèse Tours, 2006.

C.-M. BENARD, *Les limites de la personnalité morale en droit privé*, thèse Toulouse, 2003.

E. BOUVIER, *De la responsabilité civile et pénale des personnes morales*, thèse Lyon, 1887.

R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, thèse Paris, 1957.

P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1950.

M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse Paris, 1957.

J. GUYENOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, thèse Paris, 1959.

Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, thèse Liège, 1959.

V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1999.

G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977.

A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, 1899.

C. ROBACZEWSKI, *Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale*, thèse Lille, 2002.

S. SUARDI, *La maladie mentale et le droit pénal*, thèse Nice, 2010.

E. WAGNER, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, thèse Clermont-Ferrand, 1976.

J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse Nancy, 2003.

III. Articles, chroniques et notes (France et Brésil)

H. ACHENBACH, Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán, *in Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona : J. M. Bosch Editor, 1995.

F. ALLEN, La responsabilité pénale des sociétés privées en droit américain, VIIe Congrès international de droit pénal, *in Revue Internationale de droit pénal*, 1957.

A. AMALFITANO, La responsabilité pénale des personnes morales en Italie, *in Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux : La responsabilité pénale des personnes morales étude comparée*, Paris : Éditions Cujas, 2014.

J. AMAR, Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Droit pénal*, Éditions Juris-Classeur, Octobre 2011.

P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris : librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.

O. ARTAZA VARELA, Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal, *in Responsabilidad de la empresa y compliance*, Buenos Aires : B de F, 2014.

R. BADINTER, *Présentation du projet du nouveau Code pénal*, Paris : Dalloz, 1988.

D. BAIGÚN, El estatuto de Roma y la responsabilidad de las personas jurídicas, *in Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca : Ediciones Universidad de Salamanca e Universidad Castilla-La Mancha, 2001.

M. BAJO FERNÁNDEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español, *in Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, Barcelona : 1996.

M. BARBERO SANTOS, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *in La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano : Giuffrè, 1981.

J.- F. BARBIERI, L'incidence de la réforme du Code pénal sur la gestion des personnes morales, *in Petites Affiches*, n° 6, octobre 1993, n° 120.

P. BÉLIVEAU, La responsabilité pénale des corporations en droit canadien, *in RSC*, 1999.

M. BENILLOUCHE, La poursuite des personnes morales, *in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.

J.-L. BERGEL, Différence de nature (égale) différence de régime, *in Revue trimestrielle de droit civil*, 1984.

- C. BITENCOURT**, Reflexões sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, in *Reponsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- D. BOCK**, Compliance y deberes de vigilancia en la empresa, in *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid : Marcial Pons, 2013.
- P. BOCKELMANN**, L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1956.
- C. BOERINGER et A. MILLERAND**, La responsabilité pénale des personnes morales : une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente, in *Droit Pénal*, 2014, étude 5.
- Ph. BONFILS**, Le discernement en droit pénal, in *Mél. Gassin*, Paris : PUAM, 2007.
- J.-C. BONICHOT**, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, in *Gazette du palais*, mercredi 9, jeudi 10 juin 1999.
- E. BORJA JIMÉNEZ**, *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del derecho penal. Homenaje al Dr. Barbero Santos*, Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- B. BOULOC**, La place du droit pénal dans le droit des sociétés, in *RSC*, mars 2000.
- B. BOULOC**, Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue Lamy Droit des affaires*, mai 2004, n° 71.
- B. BOULOC**, Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales, in *La responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : Dalloz, 1993.
- F. BRICOLA**, Il costo del principio « *societas delinquere non potest* » nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Rivista italiana di diritto e procedura penal*, 1970.
- J.-F. BRISSON**, Table ronde – La responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs, in *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2009.
- A. BRUNET**, Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise, in *Les petites affiches*, décembre 1996, n° 149.
- J. BUISSON**, Les présomptions de culpabilité, in *Revue Procédures – Éditions Juris-Classeur*, décembre 1999.
- A. BURGE**, La personne morale : la pensée juridique française du XIX siècle, in *Personne, société, nature*, Fribourg : Editions Universitaires Fribourg, 1996.
- P. BUSATO**, Vontade penal da pessoa jurídica, in *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.
- P. BUSATO**, Dolo e significado, in *Dolo e direito penal*, São Paulo : Atlas, 2014.

Bibliographie

- P. BUSATO, O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica, *in Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre : Notadez, 2006.
- P. BUSATO, Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação, *in Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre : Notadez, 2003.
- P. BUSATO, Fundamentos políticos-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *in Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro : Lumenjuris, 2011.
- M.-E. CARTIER, La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution, *in Revue de la Semaine Juridique*, ed. Entreprise, n° 50, suppl. n° 5, 1994.
- M.-E. CARTIER, Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français, *in Les petites affiches*, n° 149, 1993.
- M.-E. CARTIER, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos, *in Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007.
- Y. CARTUYVELS, Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » : évolutions et transformations, *in Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010.
- S. CICALA, De la responsabilité pénale des personnes juridiques au point de vue du droit pénal interne, *in Revue internationale de droit pénal*, 1929.
- J. CIRINO DOS SANTOS, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, *in Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.
- A. COEURET, La responsabilité pénale en droit pénal du travail : vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales, *in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.
- J. COFFEE, Corporate criminal liability : an introduction and comparative survey, *in Criminal responsibility of legal and collective entities*, Iuscrim Edition, Freiburg im Breisgau, 1999.
- J. COFFEE, Corporate Criminal Law, *in Encyclopedia of Crime and Justice*, Sanford H. Kadish, 1983.
- J. COLE et K. WOLF, *Collective knowledge, conscious avoidance, and specific intent in criminal export control cases against corporations*, 830 PLI/Comm, 779.
- D. COMMARET, La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, *in Gaz. Pal.*, 12-13 avril 2002.
- P. CONTE, La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal, *in La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2003.

- C. CORIA, La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano, *in RPCP*, 2011.
- P. CORNIL, L'impasse de la responsabilité pénale, *in Revue de droit pénal et de criminologie*, 1962.
- J. COSTA, A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos, *in Revista Portuguesa de Ciências Penais*, ano 2, fasc. 4, Coimbra : Coimbra Editora, 1992.
- J.-P. COUTURIER, L'erreur de droit invincible en matière pénale, *in RSC*, 1968.
- P. COUVRAT, La responsabilité pénale des personnes morales – un principe nouveau, *in Petites Affiches*, 6 octobre 1993, n° 120.
- T. DALMASSO, *Responsabilité pénale des personnes morales*, Paris: Litec, spéc., n° 60.
- G. DANNECKER, Reflexions sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *in Revista penal*, n. 7, Emero : Ed. La Ley, 2001.
- G. DANNECKER, La responsabilité pénale dans l'entreprise en Allemagne, *in La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié*, Paris : Dalloz, 1996.
- G. DANNECKER, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminal rechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, *in Goldammer's Archiv sür Strafrecht*, 2001.
- M. DELMAS-MARTY, Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale, *in Revue des Sociétés*, 1993.
- M. DELMAS-MARTY, Personnes morales étrangères et françaises, questions de droit pénal international, *in Revue des Sociétés*, 1993.
- E. DESNOIX, Plaidoyer (français) pour la consécration de l'infraction de corporate killing en Angleterre, *in Revue pénitentiaire et de droit pénal*, janvier/mars 2007.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris : Recueil Sirey, 1950.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Note sous Paris*, 21 déc. 1949, Soc. Baschet., D., 1950.
- R. DOTTI, A incapacidade criminal da pessoa jurídica, *in Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- R. DOTTI, A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro), *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1995.
- C. DUCOULOUX-FAVARD, Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales, *in LPA*, 1996, n° 149.
- A. DUFOUR, La théorie de la personne morale dans la pensée juridique allemande du XIX^e siècle, *in Personne, société, nature*, Fribourg : Editions Universitaires Fribourg, 1996.

Bibliographie

- I. DUPUIS, L'intention en droit pénal : une notion introuvable, *in Le Dalloz, Chroniques doctrine*, n° 27, 2001.
- P. DURAND, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, *in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.
- G. DUTEIL, Table ronde – la place du droit pénal en droit des affaires, *in Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2011.
- P. FAIVRE, La responsabilité pénale des personnes morales, *in RSC*, 1954.
- B. FEIJÓO SÁNCHEZ, Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 21, São Paulo : Revista dos Tribunais.
- J. FERRAND, Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction, *in RSC*, 2013.
- B. FERRIER, Une grave lacune de notre démocratie : l'irresponsabilité pénale des personnes administratives, *in Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque*, Toulouse : Presses de l'institut d'études politiques, 1986.
- J. FIGUEIREDO DIAS, O Direito penal entre "a sociedade industrial" e a "sociedade do risco", *in Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005.
- J. FIGUEIREDO DIAS, Para uma dogmática do direito penal secundário, *in Revista legislação e Jurisprudência*, n° 117, 1984/1985.
- B. FISSE, « Recent developments in corporate criminal law and corporate liability to monetary penalties » [1990] 13(1) UNSWLJ 1.
- E. FORTIS, Sur les incidences de la réforme du Code pénal sur le droit du travail, *in Droit Social*, 1993.
- L. FRANÇOIS, Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise, *in Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 5, mars 1969.
- A. FRANÇON, L'erreur en droit pénal, *in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris : Dalloz, 1956.
- M.-A. FRISON-ROCHE, Considération des règles répressives dans les prises de décisions des entreprises, *in Les petites affiches*, 19 novembre 1997, n° 139.
- A. GALÁN MUNOZ, La responsabilidad penal de la persona jurídicas la reforma de la LO 5/2010 : entre la hetero y la autorresponsabilidad, *in Iustel, Revista General de Derecho Penal 16*, (RI §410993), 2011.
- M. GARCÍA ARÁN, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *in El nuevo Código Penal : Presupuestos y Fundamentos*, Granada : AA.VV., 1999.

- P. GARCÍA CAVERO, La persona jurídica como sujeto penalmente responsable, in *Derecho Penal Empresario*, Madrid: B de F, 2010.
- F. GARTNER, L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, in *Revue droit administratif*, 1994.
- S. GEEROMS, La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative, in *Revue internationale de droit comparé*, 1996.
- E. GINTRAND, in *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 126, *Services publics locaux*, n° 241.
- A. GIUDICELLI, Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010.
- G. GIUDICELLI-DELAGE, La responsabilité pénale des personnes morales en France, in *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, Paris : LGDJ, 2005.
- J. GONTHIER, Table ronde – la responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs, in *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2009.
- L. GRACIA MARTÍN, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, in *Revista peruana de ciencias penales*, n° 4, Lima : Gijley, 1994.
- D. GUÉRIN, L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149.
- D. GUIRIMAND, La responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue de Droit Social*, 1994.
- F. LE GUNEHEC, Allocution d'ouverture, in *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, Semaine juridique – Ed. Entreprise, 1994, n° 50.
- N. GUNSBURG et R. MOMMAERT, Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal, Bucarest, in *Revue internationale de droit pénal*, 1929.
- Y. GUYON, Les personnes morales de droit privé, in *Revue des Sociétés*, 1993.
- J. D'HAENENS, Sanctions pénales et personnes morales (en droit belge), in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976.
- T. HAGEMANN et J. GRISTEIN, The mythology of aggregate corporate knowledge : a deconstruction, in *G. Was. L. Rev.*, 65, 1997.
- Y. HANNEQUART, L'imputabilité des infractions en droit français, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n° 5 et 6, mars 1969.
- W. HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, in *ADCP*, Madrid : Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.
- R. HEFENDEHL, La responsabilidad penal corporativa : artículo 2.07 del Código Penal, in *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005.

Bibliographie

- G. HEINE**, New developments in corporate criminal liability, *in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Vice versa?* St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal, 1998.
- J. HERMANN**, Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration, *in Recueil Dalloz*, Paris : Dalloz, 1998.
- J. HILL**, Corporate criminal liability in Australia : an evolving corporate governance technique, *in Journal of business law*, 2003.
- M. HUSS**, Sanctions pénales et personnes morales, *in Revue de Droit pénal et de Criminologie*, Bruxelles, 1976.
- G. INSOLERA**, *in Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149.
- W. JEANDIDIER**, La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, Janvier-Février, 2006.
- W. JEANDIDIER**, L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance, *in Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Marseille : PUAM, 2007.
- W. JEANDIDIER**, L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose, *in Mélanges offerts à André Decocq*, Paris : LexisNexis, 2004.
- A. JORGE BARREIRO**, Directrices político-criminales e aspectos básicos do sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995, *in Actualidad penal*, n° 23, 5 a 11 de junio de 2000, Madrid : Actualidad Editorial, 2000.
- A. LAINGUI**, Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux, *in La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2003.
- A. LAINGUI**, Les adages du droit pénal, *in RSC*, 1986.
- A. LAINGUI**, L'homme criminel avant Lombroso, *in Peine, Dangereusité, quelles certitudes*, Paris : Dalloz, 2010.
- B. DE LAMY**, La liberté d'entreprendre et le droit pénal, *in Droit Pénal*, Septembre 2009.
- B. DE LAMY**, Chronique de droit pénal constitutionnel, *in RSC*, 2011.
- B. DE LAMY**, A constitucionalização do direito penal francês, *in Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 13, 2016.
- R. LEGAIS**, Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue des Sociétés*, 1993.
- R. LEGROS**, L'imputabilité pénale et entreprise économique, *in Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1969.
- G. LEVASSEUR**, L'imputabilité des infractions en droit français, *in Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1969.
- G. LEVASSEUR**, L'imputabilité en droit pénal, *in RSC*, 1983.

- A. LÉVY, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, in *Droit Administratif*, 2004, étude 12.
- H. LÉVY-BRUHL, La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit, in *Méthode Sociologique et droit, Rapports présentés au Colloque de Strasbourg*, 1956, Paris : Dalloz, 1958.
- C. LOMBOIS, Rapport de synthèse, in *Les petites affiches*, 1993, n° 120.
- I. LUC, La responsabilité des personnes morales en droit de la concurrence, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.
- C. DE MAGLIE, *Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149.
- P. MAISTRE DU CHAMBON, Rapport introductif sur la dépénalisation, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.
- V. MALABAT, Retour sur le résultat de l'infraction, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris : LexisNexis, 2012.
- M. DEL MAR DÍAZ PITA, A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização, in *Dolo e direito penal*, São Paulo : Atlas, 2014.
- J.-Y. MARÉCHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : LexisNexis, 2010.
- J.-Y. MARÉCHAL, Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales, in *La semaine juridique – Édition Générale*, n° 38, 14 septembre 2009.
- J.-Y. MARÉCHAL, L'exigence variable de l'identification de la personne physique, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : Puf, 2009.
- G. DI MARINO, Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue Pénitentiaire*, 2004.
- R. MARTIN, Personne et sujet de droit, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981.
- E. MARTIN-HOCQUENGHEM, Le dol éventuel, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle*, Paris : Dalloz, 2010.
- C. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionais del delito, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- C. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, O conceito significativo de dolo : um conceito volitivo normativo, in *Dolo e direito penal*, São Paulo : Atlas, 2014.
- C. MASCALA, L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité, in *Bull. Joly Sociétés*, n°1, 2006.

Bibliographie

M. MASSÉ, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI, Le droit pénal au prisme de la postmodernité : évolutions et ruptures, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010.

M. MASSÉ, Modernité et postmodernité en droit : quelques repères, in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris : PUF, 2010.

H. MATSOPOULOU, Faut-il réécrire l'article 121-2 du Code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales, in *Le nouveau Code pénal 20 ans après*, Paris : LGDJ, 2014.

H. MATSOPOULOU, Extension de l'imputabilité des personnes morales, in *Code pénal : dix ans après la réforme de 1994*, Paris : Dalloz, 2002.

H. MATSOPOULOU, La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue des Sociétés*, 2004.

C. MAURO, Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, éléments de droit comparé, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.

Y. MAYAUD, Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation, in *AJP*, 2004.

Y. MAYAUD, Chronique de jurisprudence – de la commission de l'infraction par les organes ou représentants des personnes morales. Ni présomption, ni revirement, in *RSC*, 2013.

Y. MAYAUD, La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant », in *RSC*, 2002.

D. MAYER, Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin, in *Prospectives du droit économique*, Paris : Dalloz, 1994.

M. MEIRELES, Sanções das (e para as) pessoas colectivas, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

B. MERCADAL, La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1994.

R. MERLE, La culpabilité devant les sciences humaines et sociales, in *RSC*, 1976.

J. MOREAU, La responsabilité pénale des personnes morales en droit public en droit français, in *LPA*, 11 décembre 1996.

P. MORVAN, La personne morale maltraitée par le droit pénal, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, 2010.

C. MOULOUNGUI, L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, juillet-septembre 1994.

- C. MOULOUGUI, La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France, *in Revue de Droit pénal et criminologie*, 1995.
- F. MUNÓZ CONDE, Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal, *in Revista Penal*, vol. 5.
- F. MUNÓZ CONDE, *Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad*, Plenario de 03.09.1999 do Congreso Latinoamericano e III Iberoamericano de Derecho Penal e Criminología, Montevideo : 1999.
- W. NAUCKE, Le droit pénal rétributif selon Kant, *in Rétribution et justice pénale*, Paris : PUF, 1983.
- D. OEHLER, La conception juridique allemande de la culpabilité, *in Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, Tome 24.
- R. OTTENHOF, Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal, *in Archives de politique criminelle*, 2000, n° 22.
- J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, *in JCPG*, 1984.
- F. PALAZZO, La responsabilité pénale dans l'entreprise en Italie, *in La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié*, Paris : Dalloz, 1996.
- J. PAREDES CASTAÑÓN, Problemas metodológicos en la prueba del dolo, *in Anuario de filosofía del derecho*, n° 20, Madrid : Ministério da Justiça, 2001.
- A.-M. PATAULT, La personnes morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie, *in Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 17.
- A. PELLET, Responsabilité de l'État pour commission d'une infraction, *in Droit international pénal*, Paris : Editions A. Pedone, 2012.
- A. PEZARD, Notions de responsabilité individuelle et de responsabilité collective, *in Les petites affiches*, 11 décembre 1996, n° 149.
- E. PICARD, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application, *in Revue des sociétés*, 1993.
- J. PIERANGELLI, A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Constituição, *in Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 1, n° 28, 1992.
- X. PIN, L'irresponsabilité pénale (réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code Pénal), *in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Paris : Dalloz, 2009.
- M. POIRIER, Les caractères de la responsabilité archaïque, *in La responsabilité pénale*, Paris : Dalloz, 1969.
- A. PONSEILLE, La faute caractérisée en droit pénal, *in RSC*, 2003.

Bibliographie

- E. DU PONTAVICE, Une nouvelle personne morale, la société de quirataires, *in Revue trimestrielle de droit civil*, 1963.
- J. PRADEL, La responsabilité pénale en droit français depuis le code pénal de 1994, *in Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris : PUF, 1997.
- L. PRADO, Responsabilidade penal da pessoa jurídica : fundamentos e implicações, *in Reponsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.
- R. RAGUÉS I VALLÈS, Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales, *in Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005.
- P. RAIMBAULT, La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, *in AJDA, études*, 20 décembre 2004.
- M. REALE JR., A responsabilidade penal da pessoa jurídica, *in Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.
- J. RIFFAULT-TRECA, La répression administrative, *in RSC*, 1996.
- J.-H. ROBERT, La responsabilité des personnes morales, *in Droit Pénal – Editions Juris-Classeur*, Décembre 2000.
- J.-H. ROBERT, Rapport de synthèse, *in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.
- J.-H. ROBERT, Les préposés délégués sont-ils représentants de la personne morale, *in Mélanges offerts à P. Couvrat*, Paris : PUF, 2001.
- J.-H. ROBERT, Variations sur l'enfermement, *in Code pénal et Code d'instruction criminelle*, Paris : Dalloz, 2010.
- J.-H. ROBERT, Projet de nouveau code pénal : dernière nouvelle relative à la responsabilité des personnes morales et des chefs d'entreprise personnes physiques, *in Droit Pénal*, 1990.
- J.-H. ROBERT, Cent personnes morales pénalement condamnées, *in Droit Pénal*, 1998.
- J.-H. ROBERT, Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales, *in JCP*, 2011.
- J.-H. ROBERT, La personne morale pénalement responsable de l'accident survenu sur un chantier conduit par plusieurs entreprises, *in JCP*, 2010.
- J.-H. ROBERT, L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires, *in Mél. Larguier*, Paris : PUG, 1993.
- J.-H. ROBERT, Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007.
- J.-H. ROBERT, L'histoire des éléments de l'infraction, *in RSC*, 1977.

- M. ROMANO**, *Societas delinquere non potest*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penal*, 1995.
- N. RONTCHEVSKY**, La notion d'entité personnifiée, in *Les petites affiches*, 11 décembre 1996.
- G. ROUJOU DE BOUBÉE**, La responsabilité pénale des personnes morales, in *Mélanges offerts à André Decocq*, Paris : LexisNexis, 2004.
- G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Essai d'une théorie générale de la justification, in *Ann. Fac. Toulouse*, 1982.
- F. ROUSSEAU**, La répartition des responsabilités dans l'entreprise, in *RSC*, 2010.
- J.-A. ROUX**, Rapport au Congrès de l'ass. Internationale de droit pénal, Bucarest, 1929, in *Revue internationale de droit pénal*, 1929.
- C. ROXIN**, Sobre la culpa en Derecho penal, in *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, Barcelona : PPU, 1992.
- V. RUET**, La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n. 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnelles, in *Droit Pénal*, 2001.
- L. SAENKO**, De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, in *Droit Pénal*, juillet-août, 2009.
- J.-C. SAINT-PAU**, La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris : Ed. Juris-classeur, 2003.
- J.-C. SAINT-PAU**, La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007.
- J.-C. SAINT-PAU**, La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation, in *Gazette du Palais*, mars 2011.
- J.-C. SAINT-PAU**, Table ronde – la responsabilité du fait personnel : quelle responsabilité pour les personnes morales et les décideurs, in *Droit pénal : le temps des réformes*, Paris : LexisNexis, 2009.
- S. DE SALES**, Princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno, in *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- O. SAUTEL**, La disparition du principe de spécialité, in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Paris : PUF, 2009.
- B. SCHÜNEMANN**, Ofrece la reofirma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento, in *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, Madrid, 1991.
- B. SCHÜNEMANN**, Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, in *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid : Ministerio de Justicia, 1988, t. XLI, fasc. 1.
- M. SEGONDS**, Un an de droit pénal du travail, in *JCP*, 2010.

Bibliographie

- M. SEGONDS**, Frauder l'article 121-2 du Code pénal, *in Revue Droit pénal*, étude 18, 2009.
- J. DEL SEL**, *Societas delinquere, potest o non potest*, *in Derecho Penal Empresario*, Madrid: B de F, 2010.
- J.-M. SILVA SÁNCHEZ**, Responsabilité individuelle ou responsabilité sociale en matière de délit, *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : LGDJ, 2006.
- F. SOUBIRAN-PAILLET**, Comportements des autorités répressives à l'égard des corps professionnels en France de 1791 à 1830, *in Déviance et Société*, 1993.
- S. DE SOUZA**, O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro, *in Revista da EMERJ*, v. 7, n° 26, 2004.
- J. SPENCER**, La responsabilité pénale dans l'entreprise en Angleterre, *in La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié*, Paris : Dalloz, 1996.
- F. STASIAK**, Chronique de jurisprudence infractions boursières, *in RSC*, 2010.
- F. STRETEANU**, La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumain, *in Revue de droit pénal et de science pénitentiaire*, n° 2, 2007.
- N. STOLOWY**, La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales, *in JCP*, 2004.
- J.-H. SYR**, La responsabilité pénale : essai d'approche sociologique, *in Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Marseille : Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007.
- K. TIEDEMANN**, Rapport introductif, *in La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié*, Paris : Dalloz, 1997.
- K. TIEDEMANN**, Die Bebußung von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, *in Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt: C. H. Beck, 1988.
- K. TIEDEMANN**, Tendances mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc, *in Sistema Penal para o terceiro milênio : ato do colóquio Marc Ancel*, Rio de Janeiro : Renavan, 1991.
- K. TIEDEMANN**, Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos, *in Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 2, Buenos Aires : Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.
- J. TRICOT**, Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français, *in RSC*, 2012.
- I. URBAIN-PARLÉANI**, Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales, *in Revue des sociétés*, 1993.

- G. VENANDET**, La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant-projet de Code pénal, *in Revue de droit du travail*, 1978, n° 37.
- J. VERVAELE**, La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique, *in RSC*, 1997.
- J. VIDAL**, La conception juridique française de la culpabilité, *in Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, tome 24.
- M. VILLEY**, Esquisse historique sur le mot responsable, *in Archives de philosophie du droit*, 1997.
- E. ZAFFARONI**, Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, *in Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- J. ZULGADÍA ESPINAR**, La admission de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *in Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Peru : Ara Editores, 2005.
- G. YACOBUCCI**, Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa, *in Derecho Penal Empresario*, Madrid: B de F, 2010.
- G. WICKER**, Répertoire pénal, *in Personne morale*, Paris: Dalloz, 1998.
- J. WILMART**, Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux bien à l'occasion des activités de l'entreprise, *in Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1969.

JURISPRUDENCE

A. Cour de cassation

1^e Chambre civile

Cour de cass., 1^e Ch. civ., 24 novembre 1953, pourvoi n^o 5407081.

Cour de cass., 1^e Ch. civ., 19 octobre 1992, R.C.J.B., 1995, I, 236.

Cour de cass., 1^e Ch. civ., 15 décembre 1999, JCP G 2000, I, 241, obs. Viney.

2^e Chambre civile

Cour de cass., 2^e Ch. civ., 17 juillet 1967, Gaz. Pal. 1967, 2, p. 235, note C. Blaevoet.

Cour de cass., 2^e Ch. civ., 17 juillet 1967, Gaz. Pal. 1967, p. 235.

Cour de cass., 2^e Ch. civ., 27 avril 1977, Bull. civ. II, n^o 108.

Cour de cass., 2^e Ch. civ., 7 octobre 2004, Bull. n^o 439.

Chambre commerciale

Cour de cass., Ch. comm., 28 avril 1998, Bull. civ., IV, n^o 169.

Cour de cass., Ch. comm., 20 octobre 1998, Bull. civ. 1998, IV, n^o 254.

Cour de cass., Ch. comm., 28 janvier 2003, pourvoi n^o 01-00528.

Cour de cass., Ch. comm., 2 novembre 2005, pourvoi n^o 02-15895.

Cour de cass., Ch. comm., 28 septembre 2010, Bull. civ. 2010, IV, n^o 146.

Chambre criminelle

Cour de cass., Ch. crim., 11 août 1848, S. 48, 1.739.

Cour de cass., Ch. crim., 24 décembre 1864, S. 1866, 1, p. 454.

Cour de cass., Ch. crim., 10 mars 1877, S. 1877, 1, p. 336.

Cour de cass., Ch. crim., 8 mars 1883, DP 1884, 1, p. 428.

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} février 1892, S. 92.137.

Cour de cass., Ch. crim., 4 novembre 1898, S., 1901, I. 57.

Cour de cass., Ch. crim., 28 juin 1902, S. 1904. I. 202.

Cour de cass., Ch. crim., 7 mars 1918, D., 1921, I, 217.

Cour de cass., Ch. crim., 18 février 1927, DH 1927, p. 225.

Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 1950, JCP 1950, II, 5383.

Cour de cass., Ch. crim., 13 décembre 1956, Bull. crim. 1956, n° 840.

Cour de cass., Ch. crim., 5 février 1957, Bull. crim. 1957, n°110.

Cour de cass., Ch. crim., 6 mars 1958, D. 1958, p. 465.

Cour de cass., Ch. crim., 30 octobre 1962, Bull crim. 1962, n° 298.

Cour de cass., Ch. crim., 27 février 1968, Bull. crim. 1968, n° 69.

Cour de cass., Ch. crim., 25 avril 1968, J.C.P., 1969, II, 16, 100, note Puech.

Cour de cass., Ch. crim., 24 octobre 1973, Bull crim. n° 378.

Cour de cass., Ch. crim., 8 mai 1974, Bull crim. n° 165.

Cour de cass., Ch. crim., 14 décembre 1974, RSC 1976, obs. J. Larguier.

Cour de cass., Ch. crim., 10 octobre 1983, D. 1984, inf. rap. P. 226.

Cour de cass., Ch. crim., 4 février 1984, pourvoi n° 84-91581.

Cour de cass., Ch. crim., 9 janvier 1990, Bull. crim. 1990, n° 15.

Cour de cass., Ch. crim., 10 février 1992, pourvoi n° 90-83278.

Cour de cass., Ch. crim., 6 janvier 1993, Dr. pén. 1993, n° 103.

Cour de cass., Ch. crim., 2 octobre 1996, pourvoi n° 95-85992.

Cour de cass., Ch. crim., 19 mars 1997, pourvoi n° 96-80853.

Cour de cass., Ch. crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83698.

Cour de cass., Ch. crim., 26 novembre 1997, Bull crim. n° 404.

Cour de cass., Ch. crim., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-85848.

Cour de cass., Ch. crim., 7 juillet 1998, Bull. crim. 1998, n° 216.

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 1998-00511.

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 97-80560.

Cour de cass., Ch. crim., 11 mai 1999, pourvoi n° 97-81653.

Cour de cass., Ch. crim., 9 novembre 1999, pourvoi n° 98-81746.

Cour de cass., Ch. crim., 14 décembre 1999, Bull. crim. n° 306.

Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, Dr. Pén. 2000, p. 11, comm., n° 72.

Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, JurisData n° 2000-000995, Bull. crim. n° 28.

Cour de cass., Ch. crim., 18 janvier 2000, pourvoi n° 99-80318.

Jurisprudence

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 99-84764.
Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 98-86353.
Cour de cass., Ch. crim., 14 mars 2000, pourvoi n° 99-82871.
Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84714.
Cour de cass., Ch. crim., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-84712.
Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2000, pourvoi n° 99-80008.
Cour de cass., Ch. crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-83414.
Cour de cass., Ch. crim., 30 mai 2000, Bull. crim. 206.
Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-86742.
Cour de cass., Ch. crim., 24 octobre 2000, pourvoi n° 00-80378.
Cour de cass., Ch. crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-83969.
Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2001, Bull. crim. n° 161.
Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-83466.
Cour de cass., Ch. crim., 25 septembre 2001, pourvoi n° 01-80100.
Cour de cass., Ch. crim., 26 septembre 2001, pourvoi n° 00-84061.
Cour de cass., Ch. crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 01-81227.
Cour de cass., Ch. crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 01-81030.
Cour de cass., Ch. crim., 11 décembre 2001, pourvoi n° 00-87707.
Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2002, pourvoi n° 01-81114.
Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2002, pourvoi n° 01-83160.
Cour de cass., Ch. crim., 7 mai 2002, JurisData n° 2002-015302.
Cour de cass., Ch. crim., 7 mai 2002, pourvoi n° 01-82521.
Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2002, Dr. Pénal 2002, 120, obs. M. Véron.
Cour de cass., Ch. crim., 4 octobre 2002, Bull. Crim. 2002, n° 1.
Cour de cass., Ch. crim., 5 février 2003, pourvoi n° 02-82187.
Cour de cass., Ch. crim., 29 avril 2003, pourvoi n° 02-85353.
Cour de cass., Ch. crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-86376.
Cour de cass., Ch. crim., 17 décembre 2003, pourvoi n° 00-87872.
Cour de cass., Ch. crim., 6 avril 2004, pourvoi n° 03-82394.
Cour de cass., Ch. crim., 5 octobre 2004, Bull. Crim. n° 23.
Cour de cass., Ch. crim., 23 novembre 2004, Bull. crim. n° 292.
Cour de cass., Ch. crim., 23 novembre 2004, JurisData n° 2004-026042.
Cour de cass., Ch. crim., 2 novembre 2005, pourvoi n° 05-80085.

Cour de cass., Ch. crim., 10 janvier 2006, pourvoi n° 04-86428.

Cour de cass., Ch. crim., 22 mars 2006, pourvoi n° 05-82783.

Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2006, JurisData n° 2006-034341.

Cour de cass., Ch. crim., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-84846.

Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255.

Cour de cass., Ch. crim., 16 janvier 2007, Bull. crim. 2007, n° 8.

Cour de cass., Ch. crim., 20 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 142, obs. M. Véron.

Cour de cass., Ch. crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-84821.

Cour de cass., Ch. crim., 4 décembre 2007, pourvoi n° 2007-042285.

Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87807.

Cour de cass., Ch. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 06-87805.

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} avril 2008, JurisData n° 2008-043861.

Cour de cass., Ch. crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-80261.

Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82135.

Cour de cass., Ch. crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-82159.

Cour de cass., Ch. crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 08-83492.

Cour de cass., Ch. crim., 29 janvier 2009, pourvoi n° 07-81.674.

Cour de cass., Ch. crim., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-86530.

Cour de cass., Ch. crim., 28 avril 2009, pourvoi n° 2009-049213.

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} septembre 2009, pourvoi n° 08-88309.

Cour de cass., Ch. crim., 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-87312.

Cour de cass., Ch. crim., 29 septembre 2009, pourvoi n° 09-80254.

Cour de cass., Ch. crim., 16 novembre 2009, Dr. Pén. 2011, comm. 19, obs. M. Véron.

Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 09-82140.

Cour de cass., Ch. crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86584.

Cour de cass., Ch. crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84181.

Cour de cass., Ch. crim., 16 février 2010, pourvoi n° 09-83991.

Cour de cass., Ch. crim., 23 février 2010, pourvoi n° 09-81819.

Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543.

Cour de cass., Ch. crim., 9 mars 2010, Bull crim. 2010, n° 49.

Cour de cass., Ch. crim., 16 mars 2010, Dr. Pén. 2010, comm. 74, obs M. Véron.

Cour de cass., Ch. crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-86429.

Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2010, décision de non transmission n° 09-87884.

Jurisprudence

Cour de cass., Ch. crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85324.
Cour de cass., Ch. crim., 29 mars 2011, décision de non transmission n° 11-90007.
Cour de cass., Ch. crim., 27 avril 2011, décision de non transmission n° 11-90013.
Cour de cass., Ch. crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-87212.
Cour de cass., Ch. crim., 16 novembre 2011, décision de non transmission n° 11-81203.
Cour de cass., Ch. crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-86974.
Cour de cass., Ch. crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-84415.
Cour de cass., Ch. crim., 22 janvier 2013, pourvoi n° 12-80022.
Cour de cass., Ch. crim., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-82148.
Cour de cass., Ch. crim., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-80773.
Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84660.
Cour de cass., Ch. crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-84499.
Cour de cass., Ch. crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-85917.
Cour de cass., Ch. crim., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-82827.
Cour de cass., Ch. crim., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-83672.
Cour de cass., Ch. crim., 24 septembre 2013, décision de non transmission n° 12-87059.
Cour de cass., Ch. crim., 16 octobre 2013, pourvoi n° 03-83910.
Cour de cass., Ch. crim., 25 mars 2014, pourvoi n° 13-80376.
Cour de cass., Ch. crim., 1^{er} avril 2014, pourvoi n° 12-86501.
Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-82677.
Cour de cass., Ch. crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-81406.
Cour de cass., Ch. crim., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-83270.
Cour de cass., Ch. crim., 3 juin 2014, Gaz. Pal. 27-29 juill. 2014, p. 26, obs. E. Dreyer.
Cour de cass., Ch. crim., 2 septembre 2014, pourvoi n° 13-83956.
Cour de cass., Ch. crim., 15 décembre 2015, pourvoi n° 13-81585.

Assemblée plénière

Cour de cass., Assem. Plén., 10 octobre 2001, pourvoi n° 01-84922.

B. Superior Tribunal de Justiça

STJ, 6 mars 2001, HC n° 15.051.
STJ, 27 juillet 2001, RHC n° 11.685.
STJ, 18 novembre 2004, RESP n° 622.724.
STJ, 2 juin 2005, RESP n° 564.960.
STJ, 2 août 2005, RESP n° 622.724.
STJ, 17 novembre 2005, RESP n° 610.114.
STJ, 12 juin 2006, RHC n° 19.119.
STJ, 29 juin 2006, RMS n° 20.601.
STJ, 17 avril 2007, RESP n° 889.528.
STJ, 8 avril 2008, RESP n° 847.476.
STJ, 8 avril 2008, HC n° 93.867.
STJ, 6 août 2009, RESP n° 969.160.
STJ, 18 août 2009, RESP n° 989.089.
STJ, 10 septembre 2009, RESP n° 865.864.
STJ, 14 novembre 2009, RHC n° 20.558.
STJ, 4 novembre 2010, RESP n° 898.302.
STJ, 4 mars 2011, HC n° 146.044.
STJ, 30 mars 2011, RMS n° 25.782.
STJ, 31 mars 2011, RESP n° 996.860.
STJ, 20 octobre 2011, EDCL n° 865.864.
STJ, 2 mai 2013, RMS n° 37.293.
STJ, 17 septembre 2013, HC n° 187.842.
STJ, 9 avril 2014, AGRG n° 473.025.
STJ, 21 mai 2015, RHC n° 53.208.
STJ, 13 août 2015, RMS n° 39.173.

C. Conseil d'État

CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches au Rhône*, Rec. CE 1996, p. 137.
CE, 22 novembre 2000, *Sté Crédit agricole Indosuez Chevreux*, D. 2001, p. 8555 note Boizard.

Jurisprudence

CE, 6 juin 2008, *Tradition Sécurités and futures*.

D. Conseil Constitutionnel

Conseil Const., décision n° 29-224 DC, 23 janvier 1987.

Conseil Const., décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999.

Conseil Const., décision n° 2005-250 DC, 22 juillet 2005.

Conseil Const., décision n° 2005-527 DC, 8 décembre 2005.

Conseil Const., décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008.

Conseil Const., décision n° 2012-239 DC, 4 mai 2012.

Conseil Const., décision n° 2013-302 DC, 12 avril 2013.

E. Supremo Tribunal Federal

STF, 23 mars 1982, RHC n° 59.290.

STF, 9 novembre 2004, HC n° 84.219.

STF, 29 octobre 2005, HC n° 83.554.

STF, 21 septembre 2006, INQ n° 2.071.

STF, 4 août 2008, REXT n° 440.180.

STF, 19 août 2008, HC n° 92.921.

STF, 17 avril 2009, REXT n° 548.484.

STF, 4 mai 2009, REXT n° 548.181.

STF, 15 septembre 2009, HC n° 88.747.

STF, 10 mai 2010, HC n° 142.672.

STF, 6 septembre 2011, REXT n° 628.582.

STF, 19 novembre 2012, ARE n° 668.683.

STF, 26 juin 2013, HC n° 118.439.

STF, 6 août 2013, REXT n° 548.181.

STF, 14 octobre 2013, REXT n° 473.045.

STF, 19 août 2014, REXT n° 822.295.

F. Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*.
- CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c/ France*.
- CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France*.
- CEDH, 23 septembre 1995, *Maligne c/ France*.
- CEDH, 29 août 1996, *A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse*.
- CEDH, 20 janvier 2009, *Sud Fondi Srl et A. c/ Italie*.
- CEDH, 17 décembre 2009, *M. c/ Allemagne*.

G. Cour de justice de l'union européenne

- CJCE, 10 juillet 1990, *J.T.T.*, 1992, 126.
- CJCE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ ACT*, pt 33.

H. Juridiction du fond

Cour d'appel (France)

- CA Riom, 30 novembre 1931, *Gaz. Pal.*, 1932, 1, p. 141.
- CA Dijon, 20 mai 1946, *D.* 1947, p. 253, note Ponsard A.
- CA Paris, 21 décembre 1949, *Dalloz* 1950-51, p. 434.
- CA Amiens, 26 mai 1954, *D.* 1954. 579.
- CA Paris, 22 mai 1965, *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 86.
- CA Paris, 24 février 1977, *JCP*, 1977. II. 18957, note Chartier, *Rev. sociétés*, 1978, p. 471.
- CA Paris, 24 septembre 1993, *Bull. Joly*, 1994, n° 28, p. 122.
- CA Lyon, 3 juin 1998, *Dr. pén. déc.* 1999, HS, n° 16, p. 18.
- CA Paris, 25 février 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 571, note J.-F Barbieri.
- CA Amiens, 9 mai 2000, *Gaz. Pal.* 2000. 2. 1413, note S. Petit.
- CA Nîmes, 20 avril 2001, *Juris-Data* n° 2001-150204.
- CA Paris, 11 septembre 2001, *JCP e* 2001, p. 1821, note Jeandidier A.
- CA Montpellier, 22 octobre 2002, *Jurisdata* n° 2002-207614.

Jurisprudence

CA Douai, 26 février 2003, JurisData n° 2003-214506.

CA Amiens, 3 mars 2004, Jurisdata n° 2004-256151.

CA Nancy, 1^{er} mars 2007, D. 2007. 2218, note Danet ; AJ pénal 2007. 335, obs. Herzog-Evans.

CA Paris, 28 mai 2009, Jurisdata n° 2009-004993 ; JCP G 2009, n° 36, 186, obs. J.-Y. Maréchal.

Cour d'appel (Brésil)

TJRS, 20 mars 1996, AP. CRIM. n° 695159558.

TRF-3, 16 septembre 1997, AP. CRIM. n° 1996.03.01.006121-0.

TJSP, 28 février 2008, AP. CRIM. n° 403124.3/9-0002-000.

TJDF, 15 avril 2009, APE. n° 6840-76.2008.807.0001.

TRF-4, 21 janvier 2010, AP. CRIM. n° 2009.04.00.019318-8.

TRF-2, 14 octobre 2011, AP. CRIM. n° 2006.51.03.001168-1.

TRF-4, 20 août 2013, AP. CRIM. n° 5000878182.2011.404.7205.

TRF-4, 22 août 2013, AP. CRIM. n° 2005.72.001427-0.

TRF-4, 17 juillet 2014, AP. CRIM. n° 0000574-90.2009.404.7200.

TRF-4, 8 septembre 2015, AP. CRIM. n° 5002465-42.2011.404.71-19.

TJRS, 10 septembre 2015, RESE n° 70061888186.

TRF-4, 27 janvier 2016, AP. CRIM. n° 5000604-34.2014.404.71-13.

Tribunal de grande instance (France)

TGI Paris, 3 novembre 1995, Dr. Soc. 1996, p. 157, note A. Coeuret.

TGI Créteil, 19 octobre 2000, Gaz. Pal. 2001. 1. Somm. 576, note l'Henoret.

TGI Strasbourg, 27 mars 2007, Jurisdata n° 2007-331762.

Tribunal correctionnel (France)

T. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996, II, 22640, note J.-H. Robert.

T. corr. Strasbourg, 9 février 1996, Bull. Joly 1996, p. 297, note J.-F. Barbieri.

T. corr. Saint-Étienne, 6 mai 1996, RFD adm., 1999, p. 932.

T. corr. Béthune, 12 novembre 1996, Bull. comm. 154, obs. J.-H. Robert.

T. corr. Lyon, 9 octobre 1997, Dr. pén. HS, déc. 1999, n° 13, p. 14, note J.-H. Robert.

T. corr. Narbonne, 12 mars 1999, Gaz. Pal. 1999, 1, jurispr., p. 405, note S. Petit.

Tribunal correctionnel (Brésil)

JFSC, 30 juillet 2010, AP n° 5000915-52.2010.404.7214.

I. Jurisdiction étrangère

The Birgmingham and Gloucester Railway [1842], 3 Q.B. 223.

The Great North of England Rly Co. [1846].

Lennard's Carrying Co. V. Asiatic Petroleum Co. [1915] AC 705.

D.P.P. v. Kent and Sussex Contractors Ltd. [1944] 1 K.B. 146.

R. v. I.C.R. Haulage Ltd. [1944] 1 K.B. 551.

Moore v. I. Bresler Ltd. [1944] 2 All. E.R. 515.

H.L. Bolton (Engineering) Co Ltd. V. P.J. Graham & Sons Ltd. [1957] 1 Q B 159.

Tesco Supermarkets Ltd. V. Natrass [1972] A.C. 170-171.

CS, R c/ Canadian Dredge and doc [1985] I RCS 662, 665.

United States vs. Bank of New England [1987].

United States vs. Penagaricano-Soler [1990].

United States vs. Farm & Home Sav. Ass'n [1991].

Revenu c/Forges du Lac Inc. [1997] 8 C.R. (5th) 266 (C.A.Q.).

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Activité délégable, 291, 292, 293.

Activité non-délégable, 289, 290.

Aptitude à résister à l'infraction, 192.

Articulation de responsabilités personne morale et personne physique, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171.

C

Capacité de discernement, 190.

Capacité d'organisation, 229.

Causes de non-imputabilité, 189, 197, 238, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 273, 274, 275, 276, 277.

Collectivité territoriale, 289, 290, 291, 292, 293.

Complexité de l'organisation de la personne morale, 245.

Compliances programs, 250, 251.

Conception de l'action significative, 62, 63, 65, 67.

Conditions d'imputabilité, 189, 242, 246.

Conscience, 124, 160.

Conscience du caractère illicite du comportement accompli, 191.

Critère organique, 26, 59.

Culpabilité juridique, 133, 135, 136.

Culpabilité psychologique, 127, 131, 134.

Culture de gestion de l'entreprise, 237.

D

Dangerosité, 204, 206, 215, 218, 219, 220, 223, 224.

Défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement, 80, 81, 88, 242.

Déléataire de la personne morale, 34.

Délégation de service public, 292.

Dépassement de pouvoir, 108.

Déterminisme, 185.

Dirigeant de fait de la personne morale, 35.

Dissolution, 298, 299, 300, 311, 312.

Dol général, 124.

Dol spécial, 140.

E

Élément constitutif de l'infraction, 16.

Élément matériel de l'infraction, 17, 18, 19, 20.

Élément subjectif de l'infraction, 120, 121, 122, 123, 127, 128, 129, 149.

État, 285, 286, 287, 288.

Exigence d'une délibération, 161.

Exigence d'une imputation simultanée, 48.

Extinction de la personnalité juridique, 311.

F

Faits justificatifs, 168, 169, 170, 171.

Faute caractérisée, 125.

Faute de service, 107.

Faute délibérée, 124.

Faute diffuse, 84.

Faute distincte, 83.

Faute personnelle, 107.

Faute qualifiée, 125.

Faute simple, 125.

Finalités des peines, 201, 271.

Fusion, 313.

G

Groupes de sociétés, 305.

Index

I

Identification de la personne physique agissant ès qualité, 44, 45, 46, 60, 68, 69, 82, 113.

Immatriculation, 308.

Immunité, 285, 286, 290, 293, 466.

Imputabilité, 183, 184, 186, 187, 188, 194, 195, 196, 214, 253, 254, 255.

Imputabilité collective, 235.

Imputation et caractérisation de l'infraction, 61.

Incapacité d'action de la personne morale, 22, 64.

Infraction intentionnelle, 124.

Infraction non-intentionnelle, 125, 147, 148, 151, 152, 153.

Intention, 144, 145, 156, 162.

Intérêt social, 100, 101, 103, 105, 106, 111, 145.

Irresponsabilité pénale de l'État, 285, 286.

L

Liberté d'organisation, 230.

Lien de causalité, 20.

Liquidation, 311, 312.

M

Mesures de sûreté, 205, 206, 207, 208, 216, 222, 225.

N

Notion constructiviste d'imputabilité, 239, 254, 255, 256, 257, 258.

Notion pragmatique d'imputabilité, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268.

O

Objet social de la personne morale, 109.

Organe de la personne morale, 31.

P

Peines, 225, 298, 299, 300.

Personnalité juridique, 302, 303, 304, 305, 307, 308.

Personnes morales de droit privé, 302, 303, 304, 305.

Personnes morales de droit public, 294, 295, 296, 297.

Personnes morales étrangères, 306.

Placement sous surveillance judiciaire, 298, 299, 300.

Présomption de fait, 114, 115, 116.

Principe de culpabilité, 122.

Principe de légalité, 210, 327.

Principe de personnalité, 40, 58.

Principe de personnalité des peines, 199, 200, 270.

Principe de spécialité, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334.

Processus de personnification, 3.

Profit, 102, 103, 105, 106, 111, 145.

R

Raisonnement par déduction, 117.

Représentant de la personne morale, 32.

Reprise, 309, 310.

Responsabilité pénale des collectivités territoriales, 289, 290, 291, 292, 293.

Responsabilité pénale de l'État, 287, 288.

Responsabilité pénale des personnes morales de droit privé, 302, 303, 304, 305, 306.

Responsabilité pénale des personnes morales de droit public, 294, 295, 296, 297, 298, 299.

Responsabilité pénale du fait d'autrui, 38, 155.

Responsabilité pénale identificatoire, 52, 53, 54, 57, 58, 67, 69, 89, 96.

Responsabilité pénale indirecte, 68.

Responsabilité pénale objective, 129.

Responsabilité pénale organisationnelle, 78, 89, 80, 85, 86, 87, 89.

Responsabilité pénale personnelle, 55, 96.

Responsabilité pénale vicariale, 39.

Responsabilité sans représentation, 118.

Index

Résultat de l'infraction, 19, 144.

S

Salarié de la personne morale, 35.

Scission, 313.

Société créée de fait, 305.

Société en participation, 305.

Spécialité, 99.

Substratum humain, 23.

T

Théorie de la fiction, 9.

Théorie de la réalité, 158.

V

Volonté illicite, 124, 154, 157, 158, 159.

Table des matières

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

SOMMAIRE.....	4
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	7
<u>PARTIE I - L'adaptation du droit pénal à l'égard des personnes morales.....</u>	43
TITRE I - Une responsabilité personnelle : le fait de l'organe ou d'un représentant comme le fait de la personne morale.....	45
CHAPITRE I - La première condition de la responsabilité pénale des personnes morales.....	48
Section I - L'infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale.....	48
Sous-section I - L'élément matériel de l'infraction et la nécessité d'un <i>substratum</i> humain.....	48
§1 - L'élément matériel de l'infraction.....	49
§2 - La responsabilité pénale de la personne morale et la nécessité d'un <i>substratum</i> humain.....	56
Sous-section II - L'organe et le représentant comme le <i>substratum</i> nécessaire.....	61
§1 - Le <i>substratum</i> humain et le choix d'un critère organique.....	61
§2 - Les personnes en capacité et en incapacité d'accomplir un fait illicite au nom de la personne morale.....	66
A) Les personnes pouvant accomplir un fait illicite au nom de la personne morale.....	67
B) Les personnes qui ne peuvent pas accomplir un fait illicite au nom de la personne morale.....	76
Section II - Une responsabilité du fait d'autrui inadaptée au droit pénal.....	77
Sous-section I - Le modèle vicarial et son incompatibilité avec le droit pénal.....	77
§1 - Le <i>substratum</i> humain comme justification d'une responsabilité pénale du fait d'autrui.....	78
§2 - L'incompatibilité entre le modèle vicarial et le principe de personnalité.....	82
Sous-section II - L'acceptation temporaire de la responsabilité indirecte de la personne morale.....	86
§1 - France : un principe d'identification de la personne physique.....	87
§2 - Brésil : l'exigence d'une imputation simultanée.....	91
CHAPITRE II - L'élément matériel de l'infraction adapté aux personnes morales.....	96
Section I - L'alter ego comme fondement d'une responsabilité directe des personnes morales.....	96
Sous-section I - La théorie de l'identification : l'organe ou représentant comme alter ego de la personne morale.....	97
§1 - Le modèle identificatoire.....	97
§2 - Les conséquences du modèle identificatoire.....	102
Sous-section II - La « conception de l'action significative » : la réécriture de l'élément matériel de l'infraction pour les personnes morales.....	106

§1 - La « conception de l'action significative ».....	106
§2 - La « conception de l'action significative » et la responsabilité pénale des personnes morales.....	109
Section II - Le défaut dans l'organisation, une condition pour une responsabilité personnelle des personnes morales ?.....	114
Sous-section I - La consécration d'une responsabilité personnelle.....	115
§1 - Une responsabilité personnelle des personnes morale en France.....	115
§2 - Une responsabilité personnelle des personnes morales au Brésil.....	123
Sous-section II - Un défaut dans l'organisation est-il nécessaire pour engendrer une responsabilité personnelle ?	127
§1 - La théorie organisationnelle et l'exigence d'un défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement.....	127
§2 - La position de la jurisprudence en France et au Brésil concernant le modèle organisationnel.....	133
Conclusion du Titre I.....	139
TITRE II - Une responsabilité subjective : une infraction commise pour le compte de la personne morale....	141
CHAPITRE I - Une infraction commise pour le compte : une condition à préciser.....	143
Section I - Une infraction commise pour le compte : le contenu et l'importance de la condition.....	143
Sous-section I - Le contenu de la condition.....	143
§1 - Les notions d'intérêt social et de profit.....	144
§2 - Une condition à double-tranchant.....	157
Sous-section II - L'importance de la condition.....	168
§1 - L'évolution de la jurisprudence : présomption ou raisonnement par déduction ?.....	169
§2 - Les effets de la jurisprudence par rapport à l'importance de la condition.....	183
Section II - L'élément subjectif de l'infraction et la responsabilité des personnes morales.....	193
Sous-section I - L'incompatibilité entre la culpabilité et la nature des personnes morales.....	193
§1 - L'élément subjectif de l'infraction.....	194
§2 - La culpabilité psychologique et son antagonisme avec la nature des personnes morales.....	209
Sous-section II - La compatibilité entre la culpabilité et la nature des personnes morales.....	218
§1 - L'abandon d'une conception psychologique de culpabilité.....	219
§2 - La culpabilité juridique et son compatibilité avec la nature des personnes morales.....	225
CHAPITRE II - Une infraction commise pour le compte : une condition utile.....	233
Section I - Une responsabilité pénale subjective des personnes morales.....	233
Sous-section I - Un critère pour identifier l'intention chez la personne morale.....	234
§1 - La condition du « pour le compte » et son rapport avec l'intention.....	234
§2 - Infractions intentionnelles : l'acte illicite comme siège de l'intérêt social ou du profit.....	244

Sous-section II - Un critère pour identifier l'imprudence chez la personne morale.....	249
§1 - Infractions non-intentionnelles : le contexte de l'acte illicite comme siège de l'intérêt social ou du profit.....	249
§2 - France et Brésil : des différents régimes en ce qui concerne l'imprudence.....	258
Section II - L'élément subjectif et l'articulation de responsabilités.....	265
Sous-section I - La volonté et la conscience chez la personne morale.....	265
§1 - Une volonté et une conscience empruntées.....	266
§2 - Une volonté et une conscience propres.....	271
Sous-section II - L'articulation des responsabilités.....	281
§1 - Des responsabilités cumulatives.....	281
§2 - L'articulation des responsabilités et les faits justificatifs.....	291
Conclusion du Titre II	298
Conclusion de la Partie I	302
<u>PARTIE II - La création du droit pénal à l'égard des personnes morales</u>	305
TITRE I - Une notion d'imputabilité propre aux personnes morales	308
CHAPITRE I - À défaut d'imputabilité : de nouvelles notions de dangerosité.....	310
Section I - La notion d'imputabilité et son incompatibilité avec les personnes morales.....	310
Sous-section I - La notion d'imputabilité.....	311
§1 - Le contenu de la notion d'imputabilité.....	311
§2 - La structure de la notion d'imputabilité.....	321
Sous-section II - L'incompatibilité entre la notion d'imputabilité et la nature des personnes morales.....	326
§1 - La notion d'imputabilité et l'irresponsabilité des personnes morales.....	327
§2 - D'autres conséquences liées à cette incompatibilité	334
Section II - Le fondement de la responsabilité des personnes morales : de nouvelles notions de dangerosité.....	340
Sous-section I - Les contours de la notion de dangerosité et des mesures de sûreté en droit pénal franco-brésilien.....	340
§1 - La notion de dangerosité et les mesures de sûreté.....	341
§2 - Le régime juridique des mesures de sûreté en France et au Brésil.....	347
Sous-section II - L'application des mesures de sûreté à l'encontre des personnes morales.....	353
§1 - Pour les personnes morales : une réponse pénale fondée sur de nouvelles notions de dangerosité.....	354
§2 - Des critiques à cette première proposition.....	364
CHAPITRE II - À défaut d'imputabilité : de nouvelles notions d'imputabilité.....	370
Section I - Une notion d'imputabilité fondée sur une capacité et une liberté d'organisation.....	370
Sous-section I - Le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité.....	371

§1 - Une notion d'imputabilité avec un nouveau contenu.....	371
§2 - Plusieurs théories pour expliquer le contenu de cette nouvelle notion d'imputabilité.....	379
Sous-section II - La structure de cette nouvelle notion d'imputabilité.....	386
§1 - Les conditions d'imputabilité propres aux personnes morales.....	386
§2 - Une cause de non-imputabilité propre aux personnes morales.....	394
Section II - Une notion pragmatique d'imputabilité.....	400
Sous-section I - Face aux critiques : une notion d'imputabilité pragmatique.....	400
§1 - Les critiques à la notion d'imputabilité fondée sur une capacité et une liberté d'organisation.....	401
§2 - Une notion d'imputabilité fondée sur le pragmatisme.....	408
Sous-section II - Face à une notion pragmatique : l'inexistence d'obstacle à la responsabilité des personnes morales.....	417
§1 - Le principe de personnalité, les finalités des peines et leur compatibilité avec la responsabilité des personnes morales.....	417
§2 - Les causes de non-imputabilité et la responsabilité des personnes morales	421
Conclusion du Titre I	429
TITRE II - Le champ d'application de la responsabilité des personnes morales	432
CHAPITRE I - Le champ d'application en ce qui concerne les personnes morales.....	433
Section I - Les personnes morales bénéficiant d'un régime spécial de responsabilité.....	433
Sous-section I - L'État.....	434
§1 - Une irresponsabilité pénale justifiée.....	434
§2 - Une irresponsabilité pénale contestée.....	438
Sous-section II - Les collectivités territoriales et leurs groupements.....	441
§1 - L'irresponsabilité dans l'exercice d'une activité non-déléguable.....	442
§2 - La responsabilité dans l'exercice d'une activité déléguable.....	446
Section II - Les personnes morales possédant un régime commun de responsabilité.....	449
Sous-section I - Les personnes morales de droit public.....	449
§1 - Un régime commun de responsabilité.....	450
§2 - Une restriction en ce qui concerne les peines applicables.....	453
Sous-section II - Les personnes morales de droit privé.....	458
§1 - Les personnes morales de droit privé et l'exigence de la personnalité juridique.....	458
§2 - L'exigence de la personnalité et ses limites chronologiques.....	465
CHAPITRE II - Le champ d'application en ce qui concerne les infractions.....	474
Section I - Le principe de spécialité.....	474
Sous-section I - Le principe et ses avantages.....	475
Sous-section II - Le principe et ses inconvénients.....	479

Section II - L'abandon du principe de spécialité.....	483
Sous-section I - Brésil : un abandon partiel.....	483
Sous-section II - France : un abandon total.....	487
Conclusion du Titre II.....	497
Conclusion de la Partie II.....	499
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	501
BIBLIOGRAPHIE.....	509
JURISPRUDENCE.....	533
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	543
TABLE DES MATIÈRES.....	548

La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales : étude comparée franco-brésilienne

En France et au Brésil, la restauration de la responsabilité pénale des personnes morales n'a pas été le résultat d'une demande de la doctrine ou la conséquence d'une revendication jurisprudentielle. En effet, dans ces deux pays, le rétablissement de cette responsabilité a eu lieu en raison d'un choix pragmatique réalisé par le législateur. En raison de ce choix pragmatique, l'instauration de la responsabilité des groupements n'a pas été précédée d'une réflexion théorique approfondie ni en France, ni au Brésil. De ce fait, même après l'entrée des personnes morales au sein du champ pénal, leur responsabilité a continué à poser problème. En effet, on avait du mal à saisir comment pourrait-on appliquer un droit pénal qui a été conçu pour être employé à l'égard des êtres humains à ce nouveau délinquant qui n'était pas une personne physique, mais qui était une personne morale. Dans le cadre de cette dissonance entre le droit pénal et la responsabilité des groupements, trois grands problèmes ont été soulevés en France et au Brésil en tant qu'obstacles à la responsabilité pénale des êtres collectifs. En premier lieu, l'incompatibilité entre l'élément matériel de l'infraction et la nature immatérielle des personnes morales. En deuxième lieu, l'inconciliabilité entre l'élément subjectif de l'infraction et les particularités des groupements. En troisième lieu, l'antagonisme entre la notion d'imputabilité et la nature désincarnée des êtres collectifs. Dans le but de résoudre ces trois grands problèmes, l'ordre juridique franco-brésilien a effectué un processus d'harmonisation au sujet de la responsabilité des groupements, lequel a été accompli afin de rendre cette responsabilité pleinement conciliable avec les théories et les concepts du droit pénal. Autant en France qu'au Brésil, cette harmonisation entre le droit pénal et la responsabilité des personnes morales a été réalisée en trois phases et elle a été mise en œuvre par le biais d'une dialectique double à la fois d'adaptation et de création. En réalité, tandis que certains concepts, comme les éléments matériel et subjectif de l'infraction, ont été adaptés à la nature désincarnée des êtres collectifs, d'autres concepts, comme la notion pragmatique d'imputabilité, ont été spécialement créés pour les personnes morales. Dans ce contexte, l'objectif de notre étude est celui de mettre en lumière ce processus d'harmonisation qui a eu lieu entre le droit pénal franco-brésilien et la responsabilité des groupements, afin d'expliquer de quelle manière ce processus d'harmonisation a pu rendre les théories et les concepts du droit pénal pleinement compatibles avec les particularités des personnes morales.

Criminal liability of the companies : comparative study between France and Brazil

The criminal liability of the companies exists in French criminal law and in Brazilian criminal law. In these legal systems, it has raised a number of dogmatic problems. These dogmatic problems could be summarized in the following question: how could we adapt the theory of infraction and the theory of criminal responsibility to the peculiarities of the companies? This question is the central point of this work which seeks to analyze the movement of harmonization between criminal law and companies. In this analysis, our study was divided into two parts. In the first part, we will analyze the adaptation movement that was carried out by criminal law, in the sense of adapting some concepts to the intangible nature of the company. In the second part, we will examine the creation movement that was conducted by criminal law, in order to create new legal concepts, which were designed especially for the companies.

Mots-clés

Complexité de l'organisation de la personne morale ; compliances programs ; conception de l'action significative ; culture de gestion de l'entreprise ; défaut dans l'organisation ou dans la structure du groupement ; droit pénal ; droit pénal comparé franco-brésilien ; identification de la personne physique agissant ès qualité ; imputabilité collective ; incapacité d'action de la personne morale ; liberté d'organisation ; notion constructiviste d'imputabilité ; notion pragmatique d'imputabilité ; responsabilité pénale des collectivités territoriales ; responsabilité pénale de l'État ; responsabilité pénale des personnes morales de droit privé ; responsabilité pénale des personnes morales de droit public ; responsabilité pénale identificatoire ; responsabilité pénale organisationnelle ; responsabilité pénale vicariale ; responsabilité pénale des personnes morales.