

Sévane Garibian et Yvan Jeanneret (éds)

# Dodécaphonie pénale

*Liber discipulorum* en l'honneur  
du Professeur Robert Roth



Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



Sévane Garibian et Yvan Jeanneret (éds)

# Dodécaphonie pénale

*Liber discipulorum* en l'honneur  
du Professeur Robert Roth

Citation suggérée de l'ouvrage: SÉVANE GARIBIAN ET YVAN JEANNERET, *Dodécaphonie pénale – Liber discipulorum* en l'honneur du Professeur Robert Roth, Genève/ Zurich 2017, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8663-9

Photographie de couverture: Atelier Boissonnas, Photographe, 1951  
© Bibliothèque de Genève

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue  
Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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

---

## Sommaire

Prologue : Robert Roth, héros d'opéra NICOLAS BLANMONT / FRANÇOIS JONGEN	5
Allo Doyen, bobo ! Ou lorsque les études universitaires se frottent au principe de l'égalité de traitement BITA BERTOSSA-AMIRDIVANI	15
Complicité à vie DIANE GOLAY	27
De la liberté ALAIN WERNER	37
Promenades pénalo-tennistiques à la sauce italienne (internationale et européenne) MARC HENZELIN	41
L'expulsion pénale et la pensée de Jeremy Bentham ANNE JUNG BOURQUIN	55
<i>Prohibere possunt &amp; debeant</i> : réflexions sur les responsabilités pénales de l'entreprise et du supérieur hiérarchique militaire RAPHAËL JAKOB / HIKMAT MALEH	69
Le droit de punir dans tous ses Etats. Des territoires du champ pénal SÉVANE GARIBIAN	83
De <i>Salduz</i> à <i>Ibrahim</i> : vers un ramollissement diffus de l'Etat de droit ? CATHERINE HOHL-CHIRAZI	97
Dans la jungle de l'entraide internationale en matière pénale MARIA LUDWICZAK	117
Opportunité des poursuites et conflits de compétences : notes sur les articles 8 al. 2 let. c et 8 al. 3 CPP KATIA VILLARD	131
Le temps nous manque ! Libre propos sur le thème de la prescription YVAN JEANNERET	145

## ***Prohibere possunt & debeant* : réflexions sur les responsabilités pénales de l'entreprise et du supérieur hiérarchique militaire**

<b>Sommaire</b>	Page
Introduction	70
I. La responsabilité de l'entreprise à l'aune de l'art. 102 al. 2 CP	70
A. L'art. 102 CP selon Robert Roth	70
B. L'arrêt du Tribunal fédéral <i>La Poste Suisse</i>	71
II. La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en droit pénal international	73
A. Origine et mise en œuvre en droit pénal suisse par l'art. 264k CP	73
B. Responsabilité par omission	75
III. Remarques comparatives	79
Conclusion	80
Bibliographie	82

---

\* Avocats au barreau de Genève.

## Introduction

Citant la doctrine italienne, Robert ROTH écrivait en 2010 que « l'action collective délictuelle est plus dangereuse que la somme des actions individuelles, parce qu'elle présente une 'fonctionnalité supérieure' »<sup>1</sup>.

De ces collectivités susceptibles de développer une fonctionnalité criminogène supérieure, le groupe armé (*lato sensu*), protagoniste du droit pénal international, et l'entreprise, sujet au cœur du droit pénal économique, ont à eux deux occupé une partie importante du travail de recherche et d'enseignement du Professeur ROTH. Son approche fréquemment comparatiste lui faisait remarquer dans la contribution précitée que « [l']interaction entre droit pénal économique et droit pénal international mériterait une étude en soi »<sup>2</sup>, amorcée en identifiant des leçons que le droit pénal international pouvait tirer du droit pénal économique.

Les « mécanismes d'imputation » à l'œuvre dans ces domaines présentent ainsi de nombreuses convergences, même lorsqu'ils fondent des principes de responsabilité pénale de nature très différente : « [à] première vue les deux sujets – responsabilité individuelle pour délits collectifs et responsabilité du groupement – sont entièrement distincts »<sup>3</sup>. Cela ne fait pas pour autant obstacle à une confrontation dans l'espoir d'en tirer quelques enseignements utiles.

Si la rédaction d'une « étude en soi » devra encore attendre, nous venons donc proposer ici quelques considérations librement inspirées de cette invitation à la comparaison.

## I. La responsabilité de l'entreprise à l'aune de l'art. 102 al. 2 CP

### A. L'art. 102 CP selon Robert Roth

Dans une contribution parue en 2002, intitulée *L'entreprise, nouvel acteur pénal*, Robert ROTH commentait la « révolution modeste »<sup>4</sup> que constituait pour le droit pénal suisse l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP consacrant la punissabilité de l'entreprise. Au terme d'une analyse approfondie de la disposition, il concluait avec préscience que le « choix

---

<sup>1</sup> ROTH, *Responsabilité pénale individuelle*, pp. 56-57.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>4</sup> ROTH, *Nouvel acteur pénal*, p. 78.

d'un modèle minimal et biscornu » conférerait à la nouvelle norme toute l'incisivité d'un « tigre de papier »<sup>5</sup>.

Préfigurant l'opinion d'une partie importante de la doctrine, Robert ROTH identifiait dans la « responsabilité forte »<sup>6</sup> de l'alinéa 2 de l'art. 102 CP une mise en œuvre du « modèle direct » d'imputation<sup>7</sup> en vertu duquel l'entreprise est punissable pour la faute qu'elle a commise<sup>8</sup>.

Situant à juste titre la difficulté d'interprétation de la norme au stade de la culpabilité, il considérait que l'art. 102 al. 2 CP venait instaurer une forme de « responsabilité sans culpabilité » de l'entreprise, s'apparentant davantage à la négligence qu'à l'intention, où l'entreprise revêtait les caractéristiques d'un auteur d'infraction de commission par omission. Ceci représentait une évolution notable en ce qui concerne le blanchiment d'argent, infraction intentionnelle pour la première fois imputable à un auteur (l'entreprise) puni pour sa seule négligence<sup>9</sup>.

En « conséquence logique » du choix du législateur d'écarter le modèle d'une responsabilité vicariale de l'entreprise, il estimait qu'il appartiendrait au juge de constater la réalisation des éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction, sans qu'il ne soit pour autant nécessaire de formellement établir l'identité du ou des auteurs physiques sous-jacents<sup>10</sup>. Il en résulte une « combinaison des culpabilités » : celle, par négligence, de l'entreprise, associée à l'intention de l'auteur<sup>11</sup>.

Avec prudence, le Professeur envisageait l'extension, « à un terme plus ou moins éloigné », de l'alinéa 2 à l'ensemble du droit pénal matériel<sup>12</sup>. Une motion parlementaire en ce sens a d'ailleurs été déposée (et aussitôt rejetée) en 2009<sup>13</sup>.

## B. L'arrêt du Tribunal fédéral *La Poste Suisse*

L'arrêt récemment rendu par le Tribunal fédéral dans l'affaire *La Poste Suisse*<sup>14</sup> constitue sans doute la plus importante contribution à ce jour de notre Haute Cour à

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>6</sup> ROTH, *Responsabilité sans culpabilité*, p. 187.

<sup>7</sup> ROTH, *Nouvel acteur pénal*, p. 96.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 97 ; ROTH, *Responsabilité sans culpabilité*, pp. 196 et 201.

<sup>10</sup> ROTH, *Responsabilité sans culpabilité*, p. 194.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>13</sup> Motion 09.3365 JOSITSCH Daniel, « Mise en œuvre de la punissabilité des entreprises » ; BO 2009 N 1015.

<sup>14</sup> Arrêt du TF, 6B\_124/2016 du 11 octobre 2016, publié aux ATF 142 IV 333, SJ 2017 I 181.

l'interprétation de l'art. 102 al. 2 CP. Il s'inscrit dans la lignée de celle de Robert ROTH treize ans plus tôt et vient parfaitement illustrer les enjeux et les limitations qu'il avait identifiés dans cette disposition.

Les faits tels qu'ils ressortent de l'arrêt du Tribunal fédéral se laissent aisément résumer : un montant de CHF 5'000'000.-, provenant d'un crime commis à l'étranger, est crédité sur le compte postal d'une société ; dès le lendemain du crédit, les organes de la société procèdent au retrait au guichet de la somme de CHF 4'600'000.- destinée, selon eux, à un achat de pierres précieuses. Les organes de la société furent condamnés notamment pour blanchiment d'argent, mais ni les millions retirés ni les pierres précieuses ne furent jamais retrouvés.

Se fondant sur l'art. 102 al. 2 CP en relation avec l'art. 305<sup>bis</sup> CP, le Ministère public soleurois reprocha à La Poste Suisse AG de n'avoir pas procédé à la moindre clarification concernant la provenance du crédit de CHF 5'000'000.- et d'avoir immédiatement autorisé le retrait en espèces malgré son caractère inhabituel. Les directives internes en place à l'époque au sein de l'entreprise ne prévoyaient en effet pas de mesures anti-blanchiment applicables à de telles situations, hormis la signature d'un formulaire par le client, de sorte que l'employée de guichet et celui du département *compliance* avaient effectué, respectivement autorisé le retrait sans autre vérification.

Condamnée en première instance à une amende de CHF 250'000.-, La Poste Suisse AG fut acquittée en deuxième instance. Dans un arrêt qui a d'ores et déjà suscité une vague de commentaires, le Tribunal fédéral rejeta le recours du Ministère public et confirma l'acquiescement de deuxième instance.

Si l'on peut tirer de l'arrêt, comme le veulent des commentaires récents, la confirmation de ce que l'art. 102 al. 2 CP est une « norme d'imputation », fondée sur la répression d'une omission par négligence (c. 4.2), il précise une autre question laissée ouverte par le législateur : la commission d'une infraction sous-jacente par une ou plusieurs personnes physiques, indique le Tribunal fédéral, est une condition objective de punissabilité de l'entreprise (c. 4.1). Elle nécessite la preuve non seulement de la réalisation des éléments constitutifs objectifs, *mais également celle des éléments constitutifs subjectifs*. Ce dernier élément faisait défaut dans l'acte d'accusation du Ministère public soleurois. En l'absence de toute personne physique au sein de l'entreprise réalisant l'élément constitutif subjectif du blanchiment d'argent (la procédure contre la caissière avait été classée, tandis qu'aucune instruction n'avait jamais été ouverte contre l'employé du *compliance*), cette infraction ne pouvait être imputée à La Poste Suisse AG sur la base de l'art. 102 al. 2 CP.

En d'autres termes et pour reprendre la « combinaison des culpabilités » identifiée par Robert ROTH, la seule négligence coupable de l'entreprise, même lorsqu'elle s'étend à l'absence de dispositif interne anti-blanchiment adéquat, n'entraîne pas sa responsabilité



pénale tant que ses employés n'ont pas *intentionnellement* tiré profit de ce défaut d'organisation pour blanchir des fonds.

C'est là un précédent jurisprudentiel qui vient diminuer encore la portée d'une disposition déjà timide, dont l'application a jusqu'ici été cantonnée à de rares ordonnances pénales « négociées » et donc soustraites aux prétoires. Même les auteurs qui entrevoient dans l'arrêt (plus spécifiquement dans son considérant 5.1) une ouverture à la *generelle Anlasstäterschaft* – soit une imputation à une personne physique *indéterminée* suffisant à satisfaire la condition objective de punissabilité – retiennent que la punissabilité de l'entreprise sans identification de l'auteur sous-jacent ne pourra être que difficilement admise en présence d'une infraction sous-jacente intentionnelle. L'arrêt *La Poste Suisse* vient également confirmer la nécessité – plus aisément déductible du texte légal que la précédente – de démontrer un défaut d'organisation (« ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires ») et un lien de causalité avec l'infraction (« pour empêcher une telle infraction »).

Or, si comme le veut Robert ROTH, l'alinéa 2 de l'art. 102 CP établit « une forme de responsabilité de chef d'entreprise à la charge de l'entreprise », fondée sur la « responsabilité de garant » de celui qui n'a pas pu ou su empêcher la commission de l'infraction<sup>15</sup>, un pas de plus dans l'exercice comparatiste – et dans celui de l'hommage discipulaire – nous amène à nous interroger sur les différences entre le mécanisme d'imputation qu'institue l'art. 102 CP et celui que connaît le droit pénal international en ce qui concerne la responsabilité du supérieur hiérarchique.

## **II. La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en droit pénal international**

### **A. Origine et mise en œuvre en droit pénal suisse par l'art. 264k CP**

À l'occasion de l'adoption des dispositions du code pénal suisse (et du code pénal militaire) destinées à mettre en œuvre, dans l'ordre juridique national, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et, plus généralement, la répression des crimes de droit pénal international, le législateur a adopté le 1<sup>er</sup> janvier 2011 un art. 264k CP (et son équivalent militaire, 114a CPM), dont la teneur est la suivante :

---

<sup>15</sup> ROTH, *Nouvel acteur pénal*, p. 98.

<sup>1</sup> Le supérieur qui a connaissance du fait qu'un subordonné commet ou s'apprête à commettre un des actes visés aux titres 12<sup>bis</sup> et 12<sup>ter</sup> [génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre] et qui ne prend pas les mesures appropriées pour l'en empêcher encourt la même peine que l'auteur. S'il agit par négligence, il est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

<sup>2</sup> Le supérieur qui a connaissance du fait qu'un subordonné a commis un des actes visés aux titres 12<sup>bis</sup> et 12<sup>ter</sup> et qui ne prend pas les mesures appropriées pour assurer la punition de l'auteur de cet acte est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Cette disposition vise à transposer en droit suisse le concept de droit pénal international de responsabilité du supérieur hiérarchique (*command responsibility* ou *superior responsibility*).

Le principe de la responsabilité du supérieur a des origines anciennes en droit international. L'un de ses pionniers écrivait en 1625 dans son *De iure belli ac pacis* (livre II, Chap. XXI), sous le titre « *Communitas aut rectores tenentur ex subditi delicto si adsit scientia & non prohibitio cum prohibere possunt & debeant* », en puisant dans les sources antiques : « *De patientia ita habendum est, qui scit delinqui, qui prohibere potest & tenetur nec prohibet, eum ipsum delinquere* ».

Que la *patientia* du supérieur doive être réprimée ressort également du principe *respondet superior*, longtemps invoqué pour exonérer les subordonnés de leur propre responsabilité au motif que le supérieur était non seulement responsable, mais *seul* responsable. Dès les décisions *Llandovery Castle*<sup>16</sup> et *Dover Castle*<sup>17</sup> postérieures à la Première Guerre mondiale, on reconnaît que la responsabilité du supérieur n'exonère plus le subordonné. Cette évolution nous permet d'observer qu'en droit pénal international, la responsabilité du supérieur était affirmée *avant* celle du subordonné.

D'où sa consécration, en droit pénal international moderne, dans le contexte du procès du Général Tomoyuki YAMASHITA, qui commandait les forces armées japonaises aux Philippines entre octobre 1944 et sa capture par l'armée américaine en septembre 1945. Des milliers de civils philippins furent torturés et tués par les forces japonaises sous son commandement. Une commission militaire des États-Unis institua un procès qui eut lieu entre le 29 octobre et le 8 décembre 1945, lors duquel il fut reproché au Général YAMASHITA de ne pas avoir exercé sur ses subordonnés le contrôle effectif requis par les circonstances. Confirmant la condamnation à la peine capitale prononcée par la commission militaire, la Cour suprême répondit positivement à la question de savoir si « *the law*

---

<sup>16</sup> Reichsgericht, *Ludwig Dithmar/John Boldt*, jugement du 16 juillet 1921, publié in : 16 AJIL 708, 1921.

<sup>17</sup> Reichsgericht, *Karl Neumann*, jugement du 4 juin 1921, publié in : 16 AJIL 704, 1921.

*of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified acts which are violations of the law of war* » et à son corollaire de savoir si « *he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result* »<sup>18</sup>.

La décision, critiquée parce qu'accordant trop peu d'importance à la culpabilité personnelle du Général YAMASHITA, au risque de fonder une responsabilité causale, sera suivie par une jurisprudence nourrie et plus conforme au principe de responsabilité individuelle. Dans l'affaire *High Command*<sup>19</sup>, le Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg retient qu'il est nécessaire d'établir que le supérieur avait en sa possession des informations relatives à la commission des crimes qu'on cherche à lui imputer<sup>20</sup>.

Le principe de la responsabilité du supérieur ne figure pas explicitement dans les Conventions de Genève, mais est en revanche codifié aux articles 86 § 2 et 87 de leur Protocole additionnel I, adopté en 1977. L'art. 86 § 2, intitulé « Omission », prévoit que les supérieurs hiérarchiques encourent une responsabilité pénale « s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que [leur] subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ». L'art. 87 postule l'obligation d'agir du supérieur.

Sur ces fondements historiques, rapidement assimilés au droit international coutumier, les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, puis la Cour pénale internationale, ont développé un *corpus* jurisprudentiel particulièrement abondant, non sans contradictions. Le principe de la responsabilité du supérieur y est notamment étendu au-delà du domaine militaire, pour viser le supérieur dans des hiérarchies civiles. Nous nous contentons ici de renvoyer le lecteur aux très nombreux commentaires de cette jurisprudence, tout en y puisant au bénéfice des réflexions proposées *infra*.

## B. Responsabilité par omission

Un point important doit être souligné d'entrée de cause : pour tous ses exégètes, à partir des plus anciens (« *qui nec prohibet* ») jusqu'à ses codificateurs (cf. art. 86 § 2 Protocole additionnel I, art. 264k CP), la responsabilité du supérieur hiérarchique est une responsa-

---

<sup>18</sup> Cour suprême des États-Unis, *In Re Yamashita*, 327 United States Supreme Court Reports 1 (1946), p. 14 ss.

<sup>19</sup> TMN, *Wilhelm von Leeb et al.*, Case no. 72 (*The German High Command Trial*), in LRTWC, vol. XII, p. 1 ss.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 76 s.

bilité pour omission. Le comportement qu'elle cherche à réprimer est le comportement passif – la *patientia* – du supérieur face à des infractions commises par ses subordonnés.

La responsabilité du supérieur hiérarchique se superpose donc en droit interne, du moins partiellement, au principe plus général de la responsabilité pénale pour omission. Celle-ci – le lecteur suisse pensera aux conditions d'application de l'art. 11 CP – requiert néanmoins l'établissement d'un devoir d'agir (issu de la « position de garant ») que le droit pénal international (cf. art. 87 Protocole additionnel I), et l'art. 264k CP, tiennent pour déjà établi du seul fait du rôle de supérieur hiérarchique.

Trois autres aspects méritent quelques remarques supplémentaires, proposées ci-dessous.

*In primis*, la responsabilité du supérieur hiérarchique consacre une responsabilité pénale pour une omission *également réalisable par négligence*, ce que l'art. 264k al. 1 2<sup>ème</sup> phrase CP (dans sa version allemande, « [v]erhindert der Vorgesetzte die Tat fahrlässig nicht » ; les textes français et italien mélangeant action et omission) vient explicitement transposer en droit suisse.

Cependant, à l'instar de l'entreprise à l'aune de l'art. 102 al. 2 CP (cf. *supra*), mais contrairement à ce que retient le Tribunal fédéral pour la responsabilité du chef d'entreprise<sup>21</sup>, le supérieur hiérarchique peut se voir imputer une responsabilité pour négligence pour une infraction sous-jacente *intentionnelle*, comme le sont toutes les infractions de droit pénal international transposées en droit suisse par les art. 264 ss CP.

La forme de responsabilité voulue par l'art. 102 al. 2 CP ressemble donc davantage, sous cet angle, à celle connue du supérieur hiérarchique (art. 264k al. 1 2<sup>ème</sup> phrase CP) qu'à celle que l'on applique, à l'aune de l'art. 11 CP, au chef d'entreprise. La question peut se poser de la congruité d'un tel décalage entre les trois modèles d'imputation, qui voient sur ce point le chef d'entreprise se soustraire plus aisément à l'emprise du droit pénal.

*In secundis*, la question de la *causalité* entre le comportement du supérieur et l'infraction commise par le subordonné doit nécessairement être renvoyée à l'idéale « étude en soi » que n'offre pas ce court survol, tant la jurisprudence et la doctrine internationales ont compliqué le sujet à souhait.

On retiendra que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (ci-après : « TPIY ») n'exigeait pas un lien de causalité entre l'infraction sous-jacente et l'omission du supérieur, voyant même dans une telle exigence la « [mise] en cause [du] fondement de la responsabilité du supérieur hiérarchique »<sup>22</sup>. Le Statut de Rome (sauf dans sa version française) indique quant à lui à son art. 28 que la responsabilité du supérieur hiérarchique est encourue lorsque l'infraction sous-jacente est commise « *as a result* » de son omission.

---

<sup>21</sup> Arrêt du TF, 6B\_139/2010 du 24 septembre 2010, c. 2.1 ; cf. ég. ATF 122 IV 103 (*Von Roll*).

<sup>22</sup> TPIY, *Halilović*, jugement de la Chambre de première instance du 16 novembre 2005, § 78.

Dans l'affaire *Bemba Gombo*, la Cour pénale internationale a retenu qu'un lien de causalité entre l'omission du chef militaire et les crimes commis n'était pas nécessaire et qu'« il suffit de prouver que son inaction a augmenté le risque de commission des crimes »<sup>23</sup>. Ceci, à notre sens, consacre en fait bel et bien l'exigence d'un lien de causalité, mais en subordonne la preuve à un seuil assimilable à la *Risikoerhöhungstheorie*, plus bas que celui de la haute vraisemblance appliqué par le Tribunal fédéral<sup>24</sup>.

La *Risikoerhöhungstheorie*, ou théorie de l'aggravation du risque, requiert non pas la « haute vraisemblance », confinante à la certitude, que le comportement omis aurait empêché la réalisation de l'infraction, mais uniquement la détermination de ce que l'omission a aggravé le risque de survenance du résultat. Une partie de la doctrine suisse préconise l'application de la théorie de l'aggravation du risque à l'art. 11 CP et à l'examen de la causalité hypothétique. Le Tribunal fédéral a par moments laissé ouverte la question d'une application potentiellement conforme au droit fédéral de la théorie de l'aggravation du risque<sup>25</sup> voire en a retenu l'applicabilité, le plus explicitement en cas de violation de règles de l'art dans le domaine médical<sup>26</sup>.

C'est cette forme d'exigence de causalité que la Cour pénale internationale retient en matière de responsabilité du supérieur et qu'il y a dès lors lieu à notre sens de retenir également dans l'application de l'art. 264k CP.

*In tertiis*, la jurisprudence du TPIY retient qu'il n'est pas absolument nécessaire de « désigner nommément les personnes ayant directement pris part aux événements »<sup>27</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *Krnojelac*, l'accusé – responsable de la prison KP Dom de Foča – reprochait à l'accusation de n'avoir pas déterminé si les sévices corporels infligés à des détenus étaient le fait de gardiens de prison (qui lui étaient subordonnés) ou de soldats présents sur les lieux aux côtés du personnel pénitentiaire. Le Tribunal a retenu que cette critique était valable, l'accusé ayant le droit de connaître l'identité des gardiens de prison, des soldats et du personnel pénitentiaire concernés. Mais il a également considéré qu'il aurait suffi de les identifier en précisant la « catégorie » à laquelle ils appartenaient en tant que groupe ou leurs fonctions officielles s'il était impossible de les désigner

<sup>23</sup> CPI, *Bemba Gombo*, décision de la Chambre préliminaire du 15 juin 2009, § 425 ; approuvé dans CPI, *Bemba Gombo*, jugement de la Chambre de première instance du 21 mars 2016, § 211.

<sup>24</sup> ATF 116 IV 185 ; ATF 120 IV 142.

<sup>25</sup> ATF 116 IV 306, JdT 1991 I 724, c. 2b) et 2c) (mais cf. 2a), le test appliqué demeurant celui de savoir si l'acte fautivement omis « aurait, avec une probabilité confinante à la certitude, empêché » le résultat constitutif d'infraction ; plus affirmatif, ATF 135 IV 56, JdT 2010 IV 43, c. 5.1.

<sup>26</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 21 décembre 1999, Repertorio 1999 101, c. 4b).

<sup>27</sup> TPIY, *Krnojelac*, décision relative à l'exception préjudicielle de la défense pour vices de forme de l'acte d'accusation du 24 février 1999, § 46 ; TPIY, *Kvočka et al.*, décision relative aux exceptions préjudicielles de la défense portant sur la forme de l'acte d'accusation du 12 avril 1999, § 22 ; principes confirmés not. par TPIY, *Blaškić*, jugement de la Chambre d'appel du 29 juillet 2004, § 217.

nommément<sup>28</sup>. Ainsi, si l'identité – terme employé *lato sensu* par le TPIY – des auteurs est un élément essentiel de l'acte d'accusation, il est « suffisant que le groupe auquel appartiennent les auteurs du crime soit précisé et que ce groupe soit placé sous le contrôle effectif de l'accusé »<sup>29</sup>.

L'emphase est en effet placée, par la jurisprudence du TPIY, sur le droit de l'accusé à ce que les charges portées contre lui soient suffisamment précises pour lui permettre de préparer sa défense<sup>30</sup>. Un acte d'accusation trop vague sur l'identité des auteurs des infractions sous-jacentes n'offre pas cette garantie, étant rappelé que le lien de subordination avec l'auteur représente bien entendu une condition *sine qua non* de la responsabilité pénale du supérieur.

Bien que la jurisprudence internationale ait progressivement défini les éléments de la responsabilité du supérieur hiérarchique, l'on y cherche en vain des considérations relatives à l'*élément subjectif chez le subordonné auteur de l'infraction sous-jacente*. S'il n'est pas strictement nécessaire d'identifier personnellement les auteurs, il n'est *a fortiori* pas nécessaire – et l'exercice se révélera la plupart du temps impossible, comme le soulignait *mutatis mutandis* Robert ROTH en lien avec l'art. 102 al. 1 CP<sup>31</sup> – de procéder à un examen de l'élément subjectif chez le subordonné.

Ceci s'inscrit dans la logique de la construction d'une responsabilité pénale pour omission. Le subordonné que le supérieur a le devoir de surveiller n'est, du point de vue de la construction de la responsabilité pénale du supérieur, qu'un instrument dans la réalisation objective d'un résultat délictuel. Que la *mens rea* soit présente chez le subordonné, ou chez les divers membres du groupe sur lequel le supérieur a le devoir de veiller, n'a pas d'importance si l'inaction du garant est, quant à elle, coupable. On pourrait évoquer, dans le contexte de crimes internationaux, l'exemple du supérieur qui tolérerait les exactions commises par des enfants soldats incapables de discernement.

---

<sup>28</sup> TPIY, *Krnojelac*, décision relative à l'exception préjudicielle de la défense pour vices de forme de l'acte d'accusation du 24 février 1999, § 46.

<sup>29</sup> TPIY, *Hadžihasanović*, jugement de la Chambre de première instance du 15 mars 2006, § 90, cf. ég. § 268.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 268-269.

<sup>31</sup> ROTH, *Nouvel acteur pénal*, pp. 95-96 : l'auteur soulignait que cette impossibilité constituait un « inconvénient majeur (...) sur le plan de la culpabilité » d'un modèle d'imputation fondé sur la « faute d'entreprise ».

### III. Remarques comparatives

Dans l'arrêt *La Poste Suisse*, le Tribunal fédéral commence par raisonner de façon comparable à la décision *Krnojelac* et au jugement *Hadžihasanović* lorsqu'il critique le manque, dans l'acte d'accusation établi par le Ministère public soleurois, d'indications précises quant aux auteurs de l'infraction sous-jacente.

Il va toutefois bien plus loin lorsqu'il requiert la preuve de l'élément subjectif chez l'auteur sous-jacent. Cette restriction s'accommode difficilement de la qualification de la responsabilité de l'entreprise fondée sur l'art. 102 CP comme *responsabilité par omission*, que retient pourtant le Tribunal fédéral (c. 4.2). La culpabilité du responsable par omission se situe en effet au niveau de l'omission coupable, indépendamment de la volonté d'un éventuel auteur sous-jacent dont le garant aurait omis de prévenir les actions.

De même, il paraît difficile sur le plan conceptuel d'affirmer, d'une part, que l'art. 102 al. 2 CP sanctionne une *négligence* imputable à l'entreprise (sous la forme du défaut d'organisation) même lorsque l'infraction sous-jacente est intentionnelle (ce que mettait en exergue Robert ROTH en 2002<sup>32</sup>, et que paraît confirmer le Tribunal fédéral au c. 4.2 de son arrêt), et de postuler, d'autre part, que la punissabilité de l'entreprise dépend de la réalisation de l'élément subjectif par l'auteur de l'infraction sous-jacente. Il faut, pour tenter de réconcilier ces deux aspects, faire porter la négligence sur le défaut d'organisation et non, comme le voudrait la construction typique d'une répression de la négligence, sur l'infraction elle-même. Pour reprendre la formulation proposée par Robert ROTH en 2003, « [l]a négligence de l'entreprise a permis à l'intention de l'auteur (...) de se former et de se concrétiser »<sup>33</sup>.

Écarter la nécessité de la preuve de la réalisation de l'élément subjectif par l'auteur de l'infraction sous-jacente, dit le Tribunal fédéral, équivaudrait à postuler « *eine reine Kausalhaftung, welche vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewollt war* » (c. 4.1). Or, la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international, voire la responsabilité pour omission au sens de l'art. 11 CP, attribuent à un garant passif une responsabilité pénale dérivant d'actes de tiers par hypothèse non punissables ; cela ne signifie pas pour autant qu'ils consacrent une « responsabilité purement objective ».

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>33</sup> ROTH, *Responsabilité sans culpabilité*, p. 201.

Que la responsabilité fondée sur l'art. 102 al. 2 CP ne soit pas non plus une responsabilité objective découle déjà (i) du caractère fautif du défaut d'organisation, ainsi que (ii) du lien de causalité avec l'infraction effectivement commise au sein de l'entreprise<sup>34</sup>.

En réalité, en imposant l'exigence examinée ici et en refusant de se satisfaire de l'équivalent corporatif d'une *mens rea* au niveau du défaut d'organisation, le Tribunal fédéral nie à l'entreprise le caractère de « nouvel acteur pénal » que Robert ROTH venait saluer, avec réserve, lors de l'adoption de l'art. 102 CP. Il n'y a en fait pas de place, à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour une « culpabilité de l'entreprise », mais uniquement pour une imputation à l'entreprise – simple figurante, malgré son rôle criminogène potentiellement décisif – de la culpabilité de son employé.

Le fait que cette exigence ôte toute portée « nouvelle » à l'art. 102 CP apparaît également si l'on s'attarde sur ses effets sur de potentiels lésés. Si l'entreprise était véritablement un « nouvel acteur pénal », avec une culpabilité pénale propre *engagée également, voire principalement, par négligence*, le lésé d'actes de blanchiment d'argent aurait pu fonder l'illicéité du comportement de l'entreprise sur l'art. 102 CP. L'arrêt *La Poste Suisse* le renvoie au *statu quo ante*, selon lequel le blanchiment d'argent par négligence ne fournit pas de base à des prétentions civiles, l'élément subjectif de l'infraction intentionnelle n'étant pas rempli<sup>35</sup>. Si la preuve est apportée de la culpabilité d'un employé, le fait d'affirmer la responsabilité pénale de l'entreprise sur le fondement de l'art. 102 CP n'ajoute rien à l'application, déjà possible auparavant, des art. 55 et 101 CO.

La responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international permet d'identifier, pour les juges comme pour les victimes, un véritable responsable supplémentaire à part entière, ce qu'échoue à faire la « responsabilité forte » de l'art. 102 al. 2 CP.

## Conclusion

La jurisprudence internationale en matière de responsabilité du supérieur a su reconnaître les spécificités contextuelles des crimes que le droit pénal international cherche à réprimer. Dans ce contexte particulier, une application stricte des exigences de causalité en présence de structures hiérarchiques parfois difficiles à définir avec précision (on pense notamment aux groupes armés dans des conflits non internationaux), ou la détermination

---

<sup>34</sup> Il est dès lors d'autant plus surprenant que ce soit spécifiquement cet élément de l'arrêt qui soit seul mis en exergue dans le registre introduisant la version publiée de l'arrêt.

<sup>35</sup> ATF 133 III 323.



exacte des circonstances de certaines infractions individuelles, ôteraient toute portée pratique à la punissabilité des omissions du supérieur.

Si le juge international a su s'adapter à la fonctionnalité criminogène supérieure du groupe armé que nous évoquions en introduction, le législateur et le juge suisses ne donnent pas l'impression d'en avoir fait autant avec l'autre collectivité abordée ici, l'entreprise.

Il nous paraît souhaitable que les développements de la jurisprudence internationale sur la responsabilité du supérieur, en matière de causalité et de culpabilité, viennent tout au moins dicter une application du nouvel art. 264k CP qui soit conforme au droit international, au risque sinon de consacrer un second « tigre de papier » aux côtés de l'art. 102 al. 2 CP.

La diversité des thèmes et des lieux – du Palais de justice de Nuremberg à un guichet de poste soleurois – convoqués dans cette contribution témoignent de la richesse de la pensée de Robert ROTH, de la diversité de ses intérêts, de l'étendue de son influence. Nous lui sommes redevables du privilège continu d'en bénéficier.

## Bibliographie

- R. ROTH, *L'entreprise, nouvel acteur pénal*, in : CEDIDAC, Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui, Lausanne 2002, p. 77 ss (cité : ROTH, *Nouvel acteur pénal*).
- R. ROTH, *Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la « faute d'organisation » et le droit pénal*, SJ 2003 II 187 (cité : ROTH, *Responsabilité sans culpabilité*).
- R. ROTH, *Responsabilité pénale individuelle pour délits collectifs : droit continental*, in : O. DE FROUVILLE (édit.), Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou coaction ?, Bruxelles 2012, p. 55 ss (cité : ROTH, *Responsabilité pénale individuelle*).