

Collection **CEPRISCA**

Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales

Sous la direction
de Morgane Daury-Fauveau et Mikaël Benillouche
Maîtres de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Collection **CEPRISCA**



Sommaire

Avant-propos

par Morgane Daury-Fauveau, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA.

Allocution introductive

par Patrick Maistre du Chambon, Professeur, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Grenoble

La poursuite des personnes morales

par Mikaël Benillouche, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA.

La disparition du principe de spécialité

par Olivier Sautel, Maître de conférences à l'Université de Montpellier 1

L'exigence variable de l'identification de la personne physique

par Jean-Yves Maréchal, Maître de conférences à l'Université de Lille II, Directeur des recherches de l'Institut de criminologie de Lille

Eléments de droit comparé

par Cristina Mauro, Maître de conférences à l'Université Paris II, Honorary Fellow Monash University

Responsabilité pénale de la personne morale et infractions du droit pénal des affaires

par Haritini Matsopoulou, Professeur à l'Université de Paris-Sud 11

Responsabilité pénale et administrative des personnes morales et infractions boursières

par Anne-Dominique Merville, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise, Directrice du Master droit pénal financier, Centre droit pénal économique

La responsabilité pénale en droit du travail : vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

par Alain Coeuret, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, Directeur du Master de droit social

**Responsabilité pénale de la personne morale et droit
de la concurrence**

par Irène Luc, Chef du service juridique du Conseil de la concurrence,
Magistrat détaché

Rapport de synthèse

par Jacques- Henri Robert, Professeur émérite de l'Université Paris II

Avant-propos

La dépénalisation de la vie des affaires, telle qu'elle est envisagée par le rapport Coulon, remis en janvier 2008 au Garde des Sceaux, concerne essentiellement les chefs d'entreprise, personnes physiques. On pourrait s'interroger longuement sur l'opportunité d'y procéder. Les récentes malversations financières, qui ont conduit à une crise majeure, ne plaident certainement pas - c'est un euphémisme - en faveur d'un reflux de la répression pénale. Toutefois, on peut penser que les acteurs de ces scandales, atteints par cet orgueil démesuré que les grecs appelaient l'*hybris*, ne sont pas représentatifs de l'immense majorité des chefs d'entreprise qui vivent avec anxiété le risque pénal. Mais là n'est pas le propos de cet ouvrage. Il s'agit ici de s'interroger sur le sort de la personne morale dans ce contexte de dépénalisation de la vie des affaires.

Plusieurs signaux indiquent une extension de la responsabilité pénale des personnes morales.

Tout d'abord, la disparition du principe de spécialité devrait logiquement conduire à une mise en cause plus fréquente de la personne morale. Il est vrai qu'actuellement, la plupart des condamnations continue d'être fondée sur l'homicide et les blessures involontaires et les délits de travail illégal, pour lesquels la responsabilité pénale des personnes morales était déjà expressément prévue. Mais l'effet de la disparition du principe de spécialité pourrait être bien réel compte tenu de la création d'infractions nouvelles dont la définition implique qu'elles ont été commises pour le compte de la personne morale¹. En

1 - Par exemple, le délit de pratiques commerciales agressives créé par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs qui est d'ailleurs visé par l'annexe de la circulaire du 13 février 2006, v. *supra*.

outre, la circulaire du Garde des Sceaux du 13 février 2006, relative à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales², incite les parquets à poursuivre les personnes morales pour un certain nombre d'infractions dont la liste figure en annexe³.

Ensuite, la jurisprudence retient la responsabilité de la personne morale sans se livrer au travail parfois délicat d'identifier l'organe ou le représentant, auteur physique de l'infraction, comme lui en fait pourtant obligation l'article 121-2 du code pénal⁴. L'affirmation ne valait hier que pour les infractions non intentionnelles et les infractions de nature technique, pour lesquelles l'intention est présumée. Il semble qu'elle vaille aussi pour les infractions intentionnelles, depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 2008⁵. En outre, l'exigence d'une faute distincte de la part de la personne morale n'est pas requise. Dès lors, les condamnations sont fondées sur la seule constatation de l'élément matériel de l'infraction. Les juges ne font donc plus une application orthodoxe de la théorie de la responsabilité pénale par ricochet, sans pour autant mettre en oeuvre la théorie de la responsabilité pénale autonome. La nature même de la responsabilité pénale des personnes morales s'en trouve affectée : peut-on encore valablement soutenir que celle-ci est une responsabilité du fait personnel alors qu'il n'est plus exigé une infraction commise par un organe ou un représentant censé l'incarner et que la caractérisation d'une faute distincte de la part de la personne morale n'est pas non plus requise ? De surcroît, on est conduit à

2 - Crim-06-3/E8 : circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/101-CRIM-c.pdf

3 - http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/101-CRIM-c-annexe.pdf : Délit de non respect des règles d'hygiène et de sécurité (art. L. 263-2 du code du travail, désormais L. 4741-1 et L. 4741-9) ; harcèlement moral (art. 222-33-1 du code pénal) ; discrimination aggravée (art. 432-7 du code pénal) ; infractions en matière de sociétés (art. L. 241-1 et s. du code de commerce, tout particulièrement les abus de biens sociaux qui peuvent être constatés entre sociétés d'un même groupe, ainsi que le délit de présentation de comptes inexacts) ; délits en matière de démarchage à domicile (art. L. 121-21 et s. et L. 122-28 et L. 122-29 du code de la consommation) ; délits en matière de transports routiers ; délits concernant les médicaments à usage humain (art. L. 5421-1 et s. du code de la santé publique) et délits concernant les médicaments à usage vétérinaire (art. L. 5441-1 et s. du même code) ; délits concernant les substances vénéneuses (art. L. 5432-1 du code de la santé publique), les contraceptifs (art. L. 5434-1 et L. 5434-2 du même code), et les insecticides et acaricides (art. L. 5436-1 et s. du même code) ; délits à la pêche maritime (art. 6, 7, 8 et 10 du décret-loi du 9 janvier 1852) ; pratiques commerciales prohibées (art. L. 121-1 et s. du code de la consommation) ; contraventions aux art. R. 237-1 et s. du code rural, contraventions en matière de transport routier ; non-inscription de salarié sur le registre du personnel (art. R. 632-1 et R. 632-2 du code du travail) ; défaut de marquage ou d'information du consommateur sur le prix et les conditions de vente (art. L. 113-3, L. 141-1 et R. 113-1 du code de la consommation) ; non dépôt des comptes annuels des sociétés commerciales (articles 16, 53 et 293 dernier alinéa du décret n°67-236 du 23 mars 1967).

4 - Article 121-2 du code pénal : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, 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.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

5 - Bull. crim. n°167 ; Rev. sociétés 2008, p. 873 note H. Matsopoulou ; RSC 2009, p. 89, obs. E. Fortis ; Dr. pén. 2008, comm. 140 (2e espèce), note M. Véron ; R. L. Concurrence 2009, n° 18, p. 62 obs. B. Bouloc ; JCP E 2009, 1308, M.-C. Sordino ; JCP E 2008, 2361, C. Ducouloux-Favard.

s'interroger sur ce qui fonde désormais la répression pénale de la personne morale : la culpabilité semble avoir disparu au profit du risque créé.

Finalement n'est-ce pas aujourd'hui sur la seule apparence qu'une infraction a été commise que l'on engage la responsabilité pénale des personnes morales⁶ ? Une telle hypothèse introduirait une brèche immense dans les fondations du droit pénal.

Ces quelques réflexions méritaient d'être approfondies dans les principales disciplines de la vie des affaires. C'était là l'objet du colloque qui s'est tenu à la faculté de droit et de science politique d'Amiens, le 12 février 2009, organisé par le CEPRISCA et le Master 2 Droit des affaires⁷. Cet ouvrage contient le texte des contributions présentées lors de ce colloque. Que leurs auteurs en soient chaleureusement remerciés. Que l'on me permette également de profiter de l'occasion pour remercier tout particulièrement le Professeur Véronique Magnier pour son magistral exposé relatif à la responsabilité personnelle des personnes morales en cas d'opérations de restructuration et dont la contribution n'a pas pu être reproduite pour cause d'engagement éditorial antérieur à cette publication. Mes remerciements vont également aux présidents de séance, le Professeur Jacques-Henri Robert et Maître Hubert Delarue, bâtonnier de l'ordre des avocats d'Amiens. Merci enfin aux étudiants de l'Association de droit des affaires pour l'aide efficace apportée à l'organisation de ce colloque.

Morgane Daury-Fauveau,
Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne,
CEPRISCA.

6 - V. P. Conte, La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal, *in* La personne juridique dans la philosophie pénale, ss. la dir. de J.-H. Robert et S. Tzitzis, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, p. 109, et s. en part. pp. 118 et 119.

7 - En partenariat avec l'Ordre des Avocats d'Amiens, le Conseil régional des notaires de Picardie, le Centre de formation professionnelle des avocats du nord-ouest, la Semaine juridique et la Société générale.

RAPPORT INTRODUCTIF SUR LA DEPENALISATION

Patrick Maistre du Chambon
*Professeur des facultés de droit et Doyen honoraire
de la Faculté de droit de Grenoble*

Permettez-moi de commencer par remercier chaleureusement les organisateurs de ce colloque de m'avoir invité. Ils m'ont ainsi donné la possibilité, par la voix du professeur Jacques-Henri Robert interposé, subrogé dans mes obligations à la suite d'une de ces fragilités de la nature humaine, m'ayant conduit à remettre au lendemain, ce qui aurait dû être fait le jour même, de vous livrer quelques réflexions sur ce thème de la dépenalisation du droit des affaires. Un thème, il faut bien l'avouer, largement labouré mais dont la portée pratique, si évidente, invite à une station supplémentaire, quitte à ne venir rajouter au débat que l'écho assourdi d'une voix aussi inaudible que celles qui l'ont précédée.

De manière préliminaire, il me semble difficile de ne pas relever l'humour des organisateurs de ce colloque qui n'ont pas craint d'embrasser dans une même approche, le thème de la dépenalisation et celui de la responsabilité pénale des personnes morales. En effet, de manière paradoxale, la responsabilité pénale des personnes morales paraît à première vue comme l'exemple type de la pénalisation, de l'utilité de laquelle une partie de la doctrine n'a jamais été convaincue de sa réelle utilité tant une telle responsabilité est éloignée de la structure même de la responsabilité pénale, dont les enjeux dépassent une conception du droit pénal ramené au seul droit de la sanction.

Il est vrai, qu'à bien y regarder, cette pénalisation des personnes morales conduit parfois à une dépenalisation 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 responsabilités, (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. Cette dépenalisation implicite reste cependant fort éloignée de celle que des voix toujours plus nombreuses appellent de leurs vœux justifiant la mise en place d'une commission : la commission présidée par Monsieur Coulon qui a remis un rapport en janvier 2008.

Il n'est donc pas inutile de se pencher une fois encore, sur ce thème de la dépenalisation en la plaçant cependant sous l'éclairage des événements économiques récents qui ont bouleversé l'économie mondiale. Ce changement de perspective n'est pas sans intérêt et pourrait avoir un effet salutaire en incitant à la prudence en matière de dépenalisation de la vie des affaires, tout en relativisant l'intérêt et la portée d'un tel objectif.

La dépenalisation a été présentée comme le moyen idéal de lutter contre un certain nombre de maux qui affecteraient notre système pénal, maux particulièrement criants lorsqu'il s'agit de la vie des affaires. Cette dépenalisation a souvent été présentée comme représentant une attente forte des acteurs économiques.

Nul doute que quelques esprits chagrins, excusables dans la période chaotée traversée par l'économie, pourraient être tentés de s'interroger et de se demander quels sont ces acteurs économiques, le patron du Phocéa, celui du Crédit Lyonnais, d'Elf, de Vivendi ou de monsieur Madoff, pour ne citer dans cette mer agitée que les plus gros poissons.

Par ailleurs, une même interrogation, un même doute envahit l'observateur en charge de mesurer l'importance du phénomène de pénalisation de la vie des affaires. En se limitant, pour la simplicité de la démonstration, au seul droit des sociétés que constate-t-on ? Que, pour quelques 1,2 millions de SARL et quelques 200 000 SA, on comptait avant la dépenalisation du droit des sociétés, 500 à 600 condamnations annuelles dont les 3/4 pour le seul abus de biens sociaux. De là, naît une première ambiguïté sur le sens à donner à la dépenalisation.

Une grande hypocrisie semble régner en ce domaine. Il n'est en effet pas avéré que la dépenalisation doit forcément porter là où certains l'attendent ou plutôt la souhaitent.

En appelant de leurs vœux une dépenalisation de la vie des affaires, rares sont ceux qui pensent à la quarantaine d'infractions sanctionnant des obligations plus ou moins formelles, aujourd'hui largement décriminalisées,

par la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001, celle sur la sécurité financière de 2003 ou encore celle de 2003 sur l'initiative économique, sans oublier l'ordonnance du 25 mars 2004 ou celle relative aux valeurs mobilières du 24 juin de la même année.

Plus nombreux sont, en effet, ceux qui rêvent au titre de la dépenalisation de voir sinon disparaître l'infraction d'abus de biens sociaux, à tout le moins de la voir enfermer dans un régime juridique tel qu'il en atténuerait singulièrement la portée et l'efficacité en sauvant les apparences.

Il faut à cet égard être très clair, il est des circonstances et des situations pour lesquelles la dépenalisation ne saurait être un objectif.

Il semble même que, de manière parfaitement réversible, la pénalisation de certains secteurs devient non seulement légitime dans son principe, mais qu'elle est, en outre, indispensable parce qu'elle se veut défense du plus faible contre le plus fort, n'en déplaise aux partisans d'un libéralisme économique convulsif.

Cette pénalisation a, par le passé, démontré son utilité dans des domaines où l'immixtion du droit pénal fut souvent décriée et présentée comme contreproductive, à savoir la sphère politico-financière.

En cette occurrence, le droit pénal a pleinement rempli sa fonction en imposant une morale minimale à tous ceux qui en étaient, à des degrés divers, dépourvus.

Ce préalable, une fois affirmé fortement, il est cependant possible de se demander si certaines formes de dépenalisation ne seraient pas justifiées. Une réponse positive s'impose d'évidence, sous réserve tout de même que les arguments légitimes avancés en faveur de la dépenalisation ne soient pas détournés pour devenir des faux-semblants ou alibis à la poursuite d'objectifs moins avouables pour ne pas dire malsains.

La dépenalisation prise dans son acception la plus noble devrait permettre :

- d'abord, de remédier à une inflation législative, source d'insécurité juridique (phénomène qui, au passage, ne touche pas que la vie des affaires). Il est, en effet, peu réaliste de nier que la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales avaient été à l'origine d'une frénésie incriminatrice peu pertinente ;

- ensuite, d'éviter la multiplication d'infractions commises en concours ; qu'un même fait puisse faire l'objet de qualifications pénales différentes n'est, en effet, pas de nature à améliorer la lisibilité de notre système juridique et pouvait se révéler contreproductif en terme de sécurité

juridique ; quel pouvait être, par exemple, la légitimité juridique de conserver l'infraction de fausse déclaration dans l'acte de société concernant la répartition des parts sociales, la libération des parts ou le dépôt des fonds, alors que, comme chacun le sait, ce type de comportement tombait sous la qualification de faux ;

- de remédier aux incertitudes jurisprudentielles tenant, tantôt à la définition de certaines infractions, tantôt au régime incertain de leur prescription ;

- enfin, et l'objectif n'est pas des moindres, d'éviter l'instrumentalisation de la justice pénale. Comment ne pas s'étonner devant le constat que, dans la grande majorité des cas, les poursuites en droit pénal des affaires ont été engagées par les victimes (un concurrent, un acquéreur mécontent), bref, par ceux-là mêmes qui plaident pour une dépénalisation de la vie des affaires, mais seulement lorsqu'ils ne sont pas placés du bon côté du plateau de la balance.

Un dernier argument a été avancé en faveur de la dépénalisation et tiendrait au risque que représenterait notre législation pénale pour l'esprit d'entreprise. Ce risque serait dissuasif pour les entreprises et ferait que la France manquerait d'attractivité pour les investisseurs étrangers (des analyses économiques récentes sérieuses ont montré que cet argument était largement erroné).

Mais comme, en 1968 il valait mieux avoir tort avec Jean-Paul Sartre que raison avec Raymond Aron : un mensonge répété finit par devenir une vérité médiatique suffisante pour justifier une réforme.

Les juges d'instruction vont s'en rendre compte à leurs dépens dans peu de temps.

Pour mémoire, n'a-t-on pas vu une école d'économistes américains, tenants de l'analyse économique du droit, développer la thèse de l'infériorité des systèmes de *civil law* en matière de performance économique par rapport aux systèmes de *common law*, thèse reprise par les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale et qui incitent les pays en émergence ou dont le droit est en reconstruction, à choisir le modèle juridique anglo-saxon plutôt que le modèle de *civil law*. Celui-ci serait un facteur d'appauvrissement, de corruption et de régression économique, au point de valoir à la France, pour les auteurs de ce morceau d'anthologie, publié dans des revues juridiques à comité de lecture, un classement peu flatteur du système juridique français en termes de performance économique à la 44^{ème} place juste après le Bostwana, les îles Tonga et la Namibie (on peut se réjouir puisqu'on a quand même échappé à la Somalie ou l'Éthiopie !!!).

Au regard des évènements récents qui ont bouleversé l'économie mondiale et dont les origines sont bien connues et s'appellent déréglementation ou dérégulation, il serait intéressant d'entendre la voix de ces mêmes économistes sur les performances de leur système juridique dans la protection du système financier et boursier ou des acquéreurs immobiliers.

Il faut donc être prudent dans l'affirmation d'objectifs comme celui de la dépenalisation en n'omettant pas de se rappeler que les contraintes imposées par le droit pénal sont une source importante de protection des plus faibles (consommateurs, clients, créanciers, associés, actionnaires minoritaires ou encore emprunteurs ou débiteurs).

Alors, pour en revenir à cet objectif de dépenalisation, il est important de savoir de quoi on parle. Il y a en effet quelque chose de malsain dans l'emploi d'un terme polysémique qui recouvre des réalités si différentes qu'il finit par donner l'impression que ses thuriféraires hésitent entre l'auberge espagnole et la cour des miracles. Comme chacun y apporte ce qu'il veut, le risque est celui d'une certaine cacophonie non dénuée d'arrière-pensées. Il y a bien longtemps que l'on enseigne que l'enfer est pavé de bonnes intentions.

En outre, sur un plan sociologique, le danger de cette promotion désordonnée de la dépenalisation comme concept et comme objectif criminologique, est de finir par donner le sentiment que le droit pénal n'a pas réellement sa place dans la vie des affaires et qu'ainsi les exigences auxquelles serait soumis le commun des mortels devraient être écartées du monde des affaires.

La menace n'a rien d'irréel. C'est en jouant sur de telles ambiguïtés que sont nées des réformes de la pertinence desquelles il est possible de douter. Ainsi en est-il de la célèbre loi Fauchon, du 10 juillet 2000, ayant entraîné la dépenalisation de la faute d'imprudence.

C'est ainsi que les soi-disant risques pénaux auxquels étaient exposés les décideurs publics (traduction en langue vernaculaire parlementaire : les élus locaux) imposaient d'avoir pour eux une conception de la faute d'imprudence particulière, conduisant à cette aberration d'exposer le lampiste (l'employé communal de base) à une responsabilité pénale plus stricte que celle dont jouissent désormais ces mêmes élus.

Lorsque l'on connaît les risques réellement encourus par lesdites personnes au regard du nombre réel de poursuites, on peut être rassuré quant aux craintes de l'effet dissuasif du risque pénal sur les candidats aux élections. Si risque, il y a, il exposerait plutôt à celui d'un trop plein que l'inverse.

Une dépenalisation, par ailleurs, à géométrie variable puisqu'elle a été conçue de manière sélective. Ces pauvres personnes morales (communes et autres départements) n'ont, en effet, pas bénéficié de la même mansuétude dans l'appréciation de leur comportement de la part du législateur, pas plus d'ailleurs que les chefs d'entreprise de la part du juge, ce qui donne à notre système pénal un équilibre proche de celui du funambule sur son fil par grand vent donnant naissance à un fort sentiment d'inégalité bien peu convenable.

Il ne faudrait donc pas oublier que la pénalisation de la vie des affaires, loin d'être une anomalie, est légitime et utile. Utile, elle l'est, non parce que la sanction pénale est efficace et qu'il est donc tentant d'y recourir pour assurer une bonne régulation des marchés sans que l'on puisse y apercevoir un quelconque dévoiement du droit pénal. Mais, cette pénalisation représente une nécessité plus profondément encore, parce qu'il existe une morale des affaires et un ordre public dont le droit pénal est comptable. Pour l'avoir oublié, on se trouve dans une situation économique paradoxale où certains agents économiques (les établissements financiers, par exemple), après avoir revendiqué une privatisation sans nuance (surtout de tous les profits au nom de l'économie de marché), voudraient maintenant, non sans un certain aplomb, voir socialiser leurs pertes. Bref, la collectivité qui n'avait aucun droit de regard sur les bénéficiaires devrait être comptable des pertes.

C'est une manière de voir les choses, mais, le simple bon sens conduit à penser qu'elle n'est pas acceptable pour le contribuable.

Dans un monde où les rapports de force entre les agents économiques sont souvent disproportionnés, il est important de protéger les plus faibles contre les abus de puissance économique des plus forts. Lacordaire n'affirmait-il pas qu'entre le fort et le faible c'est la loi qui libère et la liberté qui asservit. Pour l'avoir oublié dans le domaine économique, le monde se trouve confronté à une crise économique sans précédent. N'a-t-on pas vu il y a quelques années, sur fond de concurrence économique entre laboratoires pharmaceutiques, naître probablement le plus grand scandale médical du siècle consistant à transfuser à des malades des lots de sang contaminé par le virus du SIDA. La leçon ne fut manifestement pas suffisante.

Pour autant, il n'est pas possible d'oublier que le droit pénal est comptable de la préservation de la santé, de la sécurité ou du patrimoine des personnes, comme il est comptable du fonctionnement normal des circuits économiques et de la vie des affaires et qu'il représente l'arme ultime de lutte contre les multiples fraudes, érigées parfois en système.

C'est dire combien il faut être prudent quand on se donne comme objectif criminologique de dépenaliser. Sans avoir les craintes de mon maître à l'égard d'une discipline (la criminologie) dont il prétendait que « si elle avait fait progresser la science, elle n'avait jamais fait reculer le crime », il semble tout de même que la mauvaise presse dont le droit pénal est victime, au point de voir des voix « autorisées » toujours plus nombreuses, lui préférer des sanctions civiles ou administratives, est non seulement injustifiée, mais de surcroît dangereuse.

Il faut, en effet, se méfier des thuriféraires de la dépenalisation de la vie des affaires, en veillant à ne pas la mettre en œuvre de manière systématique et inconsidérée, notamment par des mesures qui priveraient le droit pénal de son efficacité. Les recommandations, nombreuses, concernant l'allongement de la durée légale de la prescription de l'action publique masquent mal la volonté de faciliter l'acquisition de cette même prescription. L'apparence ici comme ailleurs est souvent trompeuse de la réalité. Il ne s'agit ni plus ni moins que de revenir sur la conception extensive de la Chambre criminelle en matière de causes d'interruption et de suspension de cette même prescription de l'action publique.

La dénonciation récurrente et un peu impudique de la jurisprudence en matière de prescription de l'abus de biens sociaux en fournit l'exemple le plus connu. Le même chant des sirènes, fasse que le législateur n'en aime pas la musique...

LA POURSUITE DES PERSONNES MORALES

Mikaël Benillouche

*Maître de conférences à l'Université de Picardie
Jules Verne, CEPRISCA*

Prenant en compte l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales par le nouveau code pénal, l'article 78 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et aux adaptations nécessitées par cette entrée en vigueur, a créé dans le livre IV du code de procédure pénale un titre XVIII consacré aux règles particulières de procédure applicables aux personnes morales comprenant les articles 706-41 à 706-46¹. Par ailleurs, les articles 550 et suivants du code de procédure pénale, relatifs aux citations et aux significations, après avoir fait l'objet de certaines adaptations, sont applicables aux personnes morales.

D'autres dispositions contenues tant dans le code pénal que dans le code de procédure pénale régissent les poursuites à l'encontre des personnes morales.

Ces règles procédurales spécifiques ou adaptées s'appliquent concernant l'action publique, mais aussi l'action civile poursuivie contre la personne morale.

1 - J.-H. Robert, La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales ou le syndrome de Pyrrhon, in Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois, PULIM, 2004, pp. 539-548.

Il convient de constater – à titre liminaire – que ces dispositions ne contiennent que des dispositions générales, souples...il s'agit de droit mou ou *soft law*, laissant une marge d'interprétation relativement large !

L'avantage de n'avoir pas détaillé les différentes règles procédurales est la malléabilité des dispositions. L'inconvénient est d'avoir laissé à la jurisprudence le soin de régler quelques questions épineuses.

Ces dispositions ont d'ailleurs suscité, dès leur adoption, quelques incertitudes², voire même par la suite des critiques³.

Ainsi, aucune disposition n'est consacrée spécifiquement à la procédure criminelle suivie contre les personnes morales. Une première interprétation reviendrait à considérer que dans la mesure où les personnes morales sont responsables des crimes, toutes les dispositions criminelles leur sont applicables, à défaut d'avoir été expressément exclues par le législateur. Or, la contrainte par corps est applicable en matière criminelle. Pourtant celle-ci est, par sa nature même, insusceptible de s'appliquer à une personne morale. Elle ne doit donc pas être prononcée. Pourtant à l'occasion du bilan dressé suite à la condamnation des cent premières personnes morales, il a été constaté que des juridictions avaient prononcé la contrainte par corps à l'encontre des personnes morales condamnées. L'explication de cette erreur réside certainement dans la reprise de formules utilisées dans les procédures suivies contre les personnes physiques.

Autre incertitude née du texte : le sort devant être réservé à une procédure suivie contre une personne morale en cas de dissolution de celle-ci en cours des poursuites. L'action publique est-elle éteinte, comme cela est le cas à l'encontre d'une personne physique décédée ?

Pourtant, malgré ces incertitudes, la circulaire CRIM-98-1/F1 du 26 janvier 1998 qui a analysé les cent premières condamnations relève que « d'une façon générale, l'examen des arrêts ou jugements de condamnation n'a mis en évidence aucune difficulté de nature procédurale ». Néanmoins, la doctrine estime qu'il s'agit peut-être là d'un « optimisme excessif : que nos juges ne se soient guère posé de questions de procédure, qu'ils n'aient pas vu, sur ce terrain, beaucoup de difficultés, certes ; qu'ils n'en aient pas rencontré, on peut en douter. S'ils ne les ont pas vues, c'est peut-être parfois tout simplement qu'ils sont passés à côté... »⁴.

2 - F. Desportes et F. Le Guehec, Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales, Jurisclasseur Procédure pénale, articles 706-41 à 706-46, n° 110 et suivants.

3 - Certains dénoncent d'ailleurs sa rédaction « hâtive », J.-H. Robert, La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales ou le syndrome de Pyrrhon, art. précité, p. 539.

4 - A. Maron et J.-H. Robert, Cent personnes morales pénalement condamnées, JCP n° 12 24 mars 1999, I, 123.

Pourtant, on ne révèle que peu de contentieux en la matière. Est-ce à dire que l'adoption de dispositions générales plutôt que le « pointillisme législatif » des dernières réformes permet de juguler le contentieux ? Une telle interprétation reviendrait à considérer que la méthode pragmatique employée par le législateur lors de la prévision des règles de poursuite des personnes morales devrait inspirer le Parlement à l'heure où l'on parle d'une refonte complète du code de procédure pénale.

Une autre interprétation reviendrait à relever le désintérêt pour la matière, aride et composée de dispositions éparses sans grande cohérence. Ainsi, il convient de relever quelques oublis voire même quelques incohérences dans les textes et dans leur interprétation.

Il n'y a donc guère de contentieux dans cette matière, bien que les règles relatives à la représentation (section I) et à l'exercice des poursuites (section II) sont parfois délicates à déterminer.

Section I – La représentation par une personne physique

Comme dans toute procédure judiciaire, la personne morale doit être représentée par une personne physique.

L'article 706-43 du code de procédure pénale précise les conditions dans lesquelles est assurée la représentation de la personne morale au cours de la procédure. Toutefois, le texte n'est applicable qu'une fois que l'action publique a été engagée et donc non pas lors de l'enquête. Cette représentation peut être assurée en principe par le représentant légal (§1) et, par exceptions, un tiers (§2), à savoir un délégué ou un mandataire de justice.

§1 : Le principe du maintien du représentant légal

Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 706-43, la personne morale poursuivie est en principe représentée à tous les actes de la procédure par son représentant légal à l'époque des poursuites. Il bénéficie d'une sorte d'immunité, s'il n'est pas poursuivi à titre personnel.

A. La détermination du représentant légal

Le représentant légal des personnes morales de droit public est plus aisément déterminé que celui des personnes morales de droit privé.

1) Les personnes morales de droit public

Concernant, les collectivités territoriales, les organes de droit sont :

- pour la commune : le maire et le conseil municipal ;
- pour le département : le président du conseil général et le conseil général ;
- pour la région : le président du conseil régional et le conseil régional ;
- pour un syndicat de commune : le président, le bureau et le comité d'un syndicat de commune ;
- pour un district : le président, le bureau ou le conseil d'un district ;
- pour une communauté urbaine : le président ou le conseil de communauté d'une communauté urbaine.

Plus encore, dans certaines hypothèses prévues par le code général des collectivités territoriales, le représentant de l'Etat nomme une délégation spéciale⁵. Dans ce cas, le représentant légal est le président de la délégation spéciale élu par celle-ci.

2) Les personnes morales de droit privé

Concernant, les personnes morales de droit privé, les organes de droit sont :

- pour les sociétés en nom collectif et les sociétés à responsabilité limitée : le gérant ;
- pour les sociétés anonymes pourvues d'un conseil d'administration : le conseil d'administration, le président du conseil d'administration, les directeurs généraux et l'assemblée des actionnaires ;
- pour les sociétés anonymes à directoire : le directoire, le président du directoire, les directeurs généraux spécialement habilités par le conseil de surveillance à représenter la société, le conseil de surveillance et l'assemblée des actionnaires ;
- pour les groupements d'intérêt économique : l'assemblée des membres et les administrateurs chargés de la gestion ;
- pour les syndicats et les associations : le président, le bureau, le congrès et l'assemblée générale.

Une difficulté particulière est susceptible de se poser en cas de procédure collective, dans l'hypothèse où un mandataire de justice a été désigné par le tribunal de commerce, celui-ci supplante-t-il nécessairement l'habituel représentant légal ?

5 - Ainsi selon l'article 2121-35, CGCT :

« En cas de dissolution d'un conseil municipal ou de démission de tous ses membres en exercice, ou en cas d'annulation devenue définitive de l'élection de tous ses membres, ou lorsqu'un conseil municipal ne peut être constitué, une délégation spéciale en remplit les fonctions. »

Cette difficulté n'est pas traitée par les textes procéduraux, mais elle est susceptible d'être tranchée en faisant appel aux règles de procédure collective.

Ainsi, s'il s'agit d'un redressement judiciaire ce n'est que si le représentant légal est totalement dessaisi au profit de l'administrateur judiciaire⁶ que ce dernier est chargé de représenter la société, y compris devant les juridictions pénales. A défaut, l'administrateur a une mission d'assistance mais ne représente pas la société, rôle qui demeure de la compétence du représentant légal.

S'il s'agit d'une liquidation judiciaire, la représentation appartient alors au mandataire liquidateur⁷ et non au représentant légal.

Par analogie, il en est nécessairement de même si, en l'absence de toute procédure collective, a été désigné un administrateur provisoire.

B. Le représentant légal à l'époque des poursuites

L'article 706-43 du code de procédure pénale précise que c'est le représentant légal en fonction « à l'époque des poursuites », et non celui qui était en fonction au moment de la commission de l'infraction reprochée à la personne morale, qui doit être attiré dans la procédure pour représenter la personne morale.

En cas de changement de représentant légal en cours de procédure, le nouveau représentant doit faire connaître son nom à la juridiction saisie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁸.

Ce moment n'est pas aisé à déterminer. Il n'est pas caractérisé par la mise en mouvement de l'action publique, mais plutôt lors de la notification des poursuites, par l'intermédiaire de son représentant, à la personne morale.

Il n'est pas indispensable qu'une mise en examen soit déjà intervenue puisque le texte ne l'impose pas, mais il suffit donc que la personne morale ait été informée de la mise en mouvement de l'action publique. Pourtant, quel acte est-il constitutif de cette information ? Il s'agit bien évidemment de l'interrogatoire de première comparution⁹, mais

6 - Tel n'est pas le cas durant la période d'observation. En effet, selon l'article L. 622-1, C. com. :

« I. - L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant.

II. - Lorsque le tribunal, en application des dispositions de l'article L. 621-4, désigne un ou plusieurs administrateurs, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. » Par contre, il appartient au tribunal de décider l'étendue de la mission de l'administrateur selon les dispositions de l'article L. 631-12 du code de commerce selon lequel :

« Outre les pouvoirs qui leur sont conférés par le présent titre, la mission du ou des administrateurs est fixée par le tribunal.

Ce dernier les charge ensemble ou séparément d'assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux, ou d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise. »

7 - Voir sur le rôle du liquidateur l'article L. 641-2, C. com.

8 - Article 706-43 alinéa 4, CPP.

9 - Article 116, CPP.

peut-il s'agit également d'une simple convocation en tant que témoin¹⁰ ? Cette question n'est pas tranchée par le texte et la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de le préciser.

C. L'immunité du représentant de la personne morale poursuivie

Le représentant de la personne morale poursuivie bénéficierait de ce que la doctrine qualifie d'« immunité »¹¹.

L'article 706-44 dispose en effet que le représentant de la personne morale poursuivie « ne peut, en cette qualité, faire l'objet d'aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au témoin ».

Or, la seule mesure de coercition pouvant être prise à l'encontre du témoin est, si nécessaire, la contrainte par la force publique de comparaître¹².

Cette immunité doit être relativisée dans la mesure où selon l'article 121-2 du code pénal, la personne morale est responsable des infractions commises pour son compte par ses organes ou représentants. Le plus souvent, le représentant est donc susceptible d'être également inquiété lors de la procédure et donc faire l'objet des mesures coercitives prévues par le code de procédure pénale.

Ce n'est donc quasiment que dans l'hypothèse où le représentant n'est pas impliqué personnellement que cette « immunité » s'applique, c'est-à-dire concrètement, qu'à partir du moment où celui-ci a changé entre la commission de faits et les poursuites.

D. Les effets de la poursuite du représentant légal ou du délégataire

L'article 706-43 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale prévoit dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000 « lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à l'encontre du représentant légal, celui-ci peut saisir par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale. »¹³

10 - Article 397-5, CPP.

11 - F. Desportes et F. Le Gunehec, Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales, Jurisclasseur Procédure pénale, articles 706-41 à 706-46, n° 44.

12 - Articles 109, 326, 439 et 536, CPP.

13 - Cette disposition est également applicable au délégataire (cass. crim. 9 décembre 1997, Bull. n° 420, Dr. pén. 1998, comm. n° 60, JCP 1997, IV, 1817, D. 1998, jurispr. p. 296, note B. Bouloc).

La jurisprudence avait initialement considéré, conformément à la version du texte alors en vigueur qu'en cas de poursuite exercée contre le représentant légal, la désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale au cours des poursuites était obligatoire, selon les modalités prescrites par l'article 706-43 alinéa 5¹⁴ qui prescrit : « En l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale dans les conditions prévues au présent article, le président du tribunal de grande instance désigne, à la requête du ministère public, du juge d'instruction ou de la partie civile, un mandataire de justice pour la représenter. »

Dans cette espèce, alors qu'un mandataire de justice avait été désigné par le président du tribunal de grande instance, le représentant légal de la société avait établi lui-même une délégation de pouvoir au profit d'un tiers. Le délégataire avait interjeté appel d'une décision du juge d'instruction qui plaçait la société sous contrôle judiciaire. L'appel avait été déclaré irrecevable par la chambre d'accusation pour des motifs de forme. Saisie du pourvoi formé contre la décision, la chambre criminelle a approuvé la solution d'irrecevabilité en estimant que la désignation d'un mandataire de justice était obligatoire.

Cette interprétation est conforme à la circulaire du 14 mai 1993 selon laquelle « il est...à craindre que, pour échapper à une condamnation, le représentant légal tente de faire supporter à la personne morale l'entière responsabilité des faits délictueux ». En effet, le conflit d'intérêts entre la défense de la personne morale et celle de son représentant est évident dans cette hypothèse.

Pourtant, certains auteurs considéraient pourtant qu'il n'existait pas une telle obligation¹⁵.

La décision s'explique donc par la probable volonté de la Cour de cassation d'éviter que la personne physique poursuivie désigne ou fasse désigner un délégataire trop dépendant de lui, et fasse peser la responsabilité de l'infraction poursuivie sur la personne morale, pour tenter d'en exonérer le représentant poursuivi ou de la minimiser.

Par ailleurs, par sa généralité, cette jurisprudence semble conduire à se désintéresser du moment où la délégation a été consentie, que ce soit avant ou après la mise en mouvement des poursuites à l'encontre de la personne physique.

14 - Cass. crim. 9 décembre 1997, Bull. n° 420, Dr. pén. 1998, comm. n° 60, JCP 1997, IV, 1817, D. 1998, jurispr. p. 296 note B. Bouloc.

15 - F. Desportes et F. Le Guehec, Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales, J.-Cl. Procédure pénale, Art. 706-41 à 706-46, n° 48 et suivants ; J.-C. Soyer, Droit pénal et procédure pénale, LGDJ, 13e éd., 1997, n° 96.

Cette position a été confirmée par la suite¹⁶. En l'espèce, le représentant légal était également poursuivi et un mandataire de justice avait été désigné par le président du tribunal de grande instance, le 7 avril 1997 pour représenter la société. Or, le 20 mai 1997, l'assemblée générale de la société avait nommé un délégué à cette fin.

Citée en la personne du mandataire de justice en première instance, la société a soutenu devoir être représentée par le délégué.

En première instance, les juges ont décidé que la personne morale avait été régulièrement citée en la personne du mandataire de justice, la désignation du délégué étant « surabondante ».

La cour d'appel a confirmé la décision. Saisie d'un pourvoi, la chambre criminelle a rappelé, dans la même formule que celle employée en 1997 qu'« il résulte de l'article 706-43, alinéa 1er, du Code de procédure pénale que, dès lors qu'à l'occasion de poursuites exercées contre une personne morale, l'action publique est également mise en mouvement, pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, contre le représentant légal de celle-ci, la désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale au cours des poursuites est obligatoire selon les modalités prévues par le dernier alinéa du même article ».

Suite à la modification du texte, la chambre criminelle est revenue sur sa position en considérant que la désignation était facultative et donc laissée à l'initiative du représentant légal¹⁷. En l'occurrence, le représentant d'une société était également impliqué dans la procédure et la chambre de l'instruction avait estimé que la désignation d'un administrateur est à l'initiative du représentant légal de la personne morale poursuivie. Saisie d'un pourvoi, la chambre criminelle a estimé que la chambre de l'instruction avait justifié sa décision et dans un attendu de principe elle a procédé à un revirement de jurisprudence en posant la règle selon laquelle « il résulte de l'article 706-43, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale que, lorsque des poursuites sont exercées contre une personne morale, et que l'action publique est également mise en mouvement, pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, contre le représentant légal de celle-ci, la désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale au cours des poursuites est facultative et laissée à l'initiative de son représentant légal ».

En procédant de la sorte, la chambre criminelle a rendu une décision consistant à rendre autonomes les différents alinéas de l'article 706-41 du code de procédure pénale. Dès avant la décision et depuis l'adoption de la loi du 10 juillet 2000, la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si la désignation d'un mandataire de justice s'imposait désormais

16 - Cass. crim. 12 janvier 2000, Bull. n° 23.

17 - Cass. crim. 15 février 2005, Bull. n° 57, RSC 2005, 862, note Cerf-Hollender.

lorsque le représentant légal de la personne morale faisait lui-même l'objet de poursuites. En effet, le texte semble n'édicter qu'une possibilité en employant le verbe « pouvoir » et non « devoir ». Pourtant, cette formulation indiquant que le représentant légal peut saisir est également susceptible d'être interpréter comme lui permettant d'agir aux fins de désignation au même titre que les personnes mentionnées à l'alinéa 5 de l'article. C'est donc cette seconde interprétation que la jurisprudence pouvait faire prévaloir, la chambre criminelle visant expressément l'article 706-43 alinéa 5 du code.

Plus encore, en confirmant sa jurisprudence malgré l'évolution du texte, la chambre criminelle aurait rendu une décision peu conforme à l'intention du législateur.

Enfin, la solution inverse aurait abouti à l'annulation de la procédure suivie. En inversant le principe qu'elle avait elle-même posée, la Cour de cassation évite le prononcé d'une cassation.

Le risque relevé par la circulaire d'un conflit d'intérêts entre le représentant poursuivi et la personne morale peut donc n'être pas évité selon cette jurisprudence.

Par contre, en sens inverse, la jurisprudence considère que la relaxe définitive du représentant légal n'empêche pas la représentation de la personne morale également poursuivie pour les mêmes faits¹⁸. En effet, dans cette hypothèse, le conflit d'intérêts justifiant la nomination d'un mandataire a disparu.

§2 : Les exceptions permettant la représentation par un tiers

La société peut également être représentée par le délégataire ou un mandataire.

A. L'exception décidée par la société : la représentation par le délégataire

L'article 706-43 alinéa 2 du code de procédure pénale permet à la personne morale d'être représentée par « toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet ». Cette personne doit alors faire connaître son identité à la juridiction saisie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La terminologie empruntée par le texte semble avoir généré quelques difficultés pratiques. Ainsi, à l'occasion du bilan des cent premières condamnations de personnes morales, la Chancellerie a relevé, dans sa

18 - Cass. crim. 30 mai 2000, Bull. n° 206.

circulaire, que dans neuf des vingt-trois affaires dans lesquelles le représentant de la personne morale était poursuivi en même temps que celle-ci, la personne morale a été représentée par une personne bénéficiant d'une délégation de pouvoir.

Or, plus encore, le délégataire était un avocat dans six cas. Toutefois, ne s'agit-il pas là d'une confusion entre la représentation au sens de l'article 706-43 du code de procédure et la représentation en justice par l'avocat telle que prévue notamment par l'article 411 du code de procédure pénale en matière correctionnelle ?

Les difficultés jurisprudentielles concernant le représentant légal trouvent un écho s'agissant du délégataire. Ainsi, si la jurisprudence a étendu à celui-ci la règle de l'article 706-43 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale, elle a considéré dès 1999 qu'en cas de poursuite simultanée du délégataire et de la personne morale, la désignation d'un mandataire n'était pas obligatoire ; la désignation n'étant obligatoire que si c'est le représentant légal qui est également poursuivi¹⁹.

Si cette solution est incohérente, dans la mesure où les raisons ayant présidé au remplacement du représentant légal par un mandataire se retrouvent avec autant de force s'agissant du délégataire qui pourrait privilégier sa propre défense à celle de la personne morale, elle est conforme à la lettre de la loi, l'alinéa 1^{er} de l'article 706-43 ne visant que le représentant légal.

Ici encore, une intervention législative s'impose.

Toutefois, il convient de relever que si l'absence de texte est problématique, elle ne l'est plus tout autant dans la mesure où la jurisprudence estime que la désignation d'un mandataire n'est plus obligatoire si le représentant est lui-même poursuivi.

B. L'exception décidée par le juge : le mandataire

L'article 706-43 alinéa 5 du code de procédure pénale prévoit que la personne morale est obligatoirement représentée par un mandataire de justice désigné par le président du tribunal de grande instance « en l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale ». Il s'agit notamment de l'hypothèse dans laquelle les dirigeants d'une personne morale seraient en fuite ou encore en cas de décès du représentant légal.

Toutefois, selon la circulaire du 14 mai 1993, si une personne susceptible de représenter la personne morale existe mais qu'elle refuse d'assurer la défense de celle-ci, l'article 706-43 alinéa 5 ne permet pas la désignation d'un mandataire de justice. En effet, le représentant peut

19 - Cass. crim. 3 novembre 1999, Bull. n° 242.

être régulièrement cité et son absence lors du procès n'empêche pas un jugement réputé contradictoire.

En outre, dès lors qu'un mandataire de justice a été désigné, ni le représentant légal²⁰, ni le délégataire n'ont qualité pour représenter la personne morale dans la procédure.

Aux fins de désignation, le président du tribunal de grande instance ne peut se saisir d'office, seuls ont qualité pour le saisir par requête, le Ministère public, le juge d'instruction et de la partie civile.

Aucun texte ne précise ni les personnes susceptibles d'être désignées, ni même les modalités d'indemnisation du mandataire judiciaire.

Or, habituellement des textes fournissent quelques indications, à l'instar de l'article R. 131-52 du code pénal qui prévoit :

« Le mandataire de justice prévu par l'article 131-46 [en cas de placement sous surveillance judiciaire] est choisi soit parmi les personnes inscrites sur la liste prévue par l'article L. 811-2 du code de commerce²¹, soit parmi celles inscrites sur l'une des listes prévues par l'article 157 [experts] du code de procédure pénale. Toutefois, à titre exceptionnel, la juridiction peut, par décision motivée, désigner comme mandataire une personne physique ne figurant sur aucune des listes précitées mais ayant une expérience ou une qualification particulière. »

Le texte ne précise pas la nature juridique de la décision de désignation. De sorte que l'on ignore s'il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire ou d'une décision juridictionnelle. L'enjeu est d'importance dans la mesure où une mesure d'administration judiciaire n'est, à la différence d'une décision juridictionnelle, pas susceptible de recours.

Sur le fond, la mission de représentation du mandataire prend fin à l'issue de la procédure judiciaire. Il semble qu'à l'heure actuelle, cela doit également englober le contentieux de l'exécution.

La mission peut également prendre fin si la cause ayant présidé à la nomination du mandataire a disparu et notamment si un autre mandataire de justice est désigné dans le cadre d'une procédure collective. Sur la forme, il semble nécessaire que ce soit le président du tribunal de grande instance, saisi de la même façon, qui mette fin à la mission du mandataire si celle-ci intervient avant la fin de la procédure.

20 - Cass. crim. 5 janvier 2000, Bull. n° 4.

21 - Ce texte fait notamment référence aux membres des professions judiciaires et juridiques en matière civile ou encore à toute personne physique justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire.

L'exposé des règles concernant la représentation en justice laisse apparaître de nombreuses lacunes, comme l'absence de disposition applicable en cas de poursuite simultanée de la personne morale et du délégataire ou encore les personnes susceptibles d'être désignées comme mandataire, et sous l'effet de la jurisprudence, une disposition privée d'efficacité, à savoir l'article 706-43 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale. Qu'en est-il s'agissant des règles relatives à l'exercice des poursuites à l'encontre de la personne morale ?

Section II – L'exercice des poursuites à l'encontre de la personne morale

L'article 706-41 du code de procédure pénale indique que les dispositions du code sont normalement applicables à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par les personnes morales, sous réserve des règles spécifiques prévues par les articles 706-42 à 706-46.

Les principales spécificités procédurales se situent à la fois lors des phases préalables à la mise en mouvement de l'exercice de l'action publique (§1) ainsi que lors de l'exécution de celle-ci (§2).

§1 : Les préalables à la mise en mouvement de l'action publique

Il n'existe que des règles de compétence territoriale particulières, l'enquête étant soumise au droit commun.

A. Etablir la compétence territoriale

Les règles de compétence territoriale particulières sont fixées par l'article 706-42 du code de procédure pénale. Sont ainsi compétents, soit le procureur de la République et les juridictions du lieu de l'infraction, soit le procureur de la République et les juridictions du lieu où la personne morale a son siège.

Toutefois, lorsque des personnes physiques sont également mises en cause simultanément à la personne morale, l'article 706-42 alinéa 1^{er} prévoit que les juridictions saisies des poursuites engagées à l'encontre des personnes physiques sont également compétentes à l'égard de la personne morale. Celle-ci peut donc être poursuivie devant la juridiction du lieu de l'arrestation ou de la résidence de l'une des personnes physiques mises en cause.

Ces règles spécifiques n'empêchent pas l'application des règles particulières de compétence prévues par les articles 705 et 706-17 relatifs

aux infractions économiques et financières et aux actes de terrorisme²². Bien que le texte ne le précise pas, faute d'harmonisation de ces dispositions lors des discussions parlementaires, il en est de même s'agissant de l'application des règles de l'article 706-27 instituant une cour d'assises spéciale pour juger les crimes de trafic de stupéfiants. Plus encore, il en est certainement de même concernant les juridictions spécialisées en matière de criminalité et de délinquance organisées²³.

Le texte mériterait donc d'être complété sur ce point.

B. L'enquête concernant les personnes morales

L'enquête est destinée à mettre le Ministère public à même d'apprécier l'opportunité des poursuites. Or, il n'existe aucune disposition spécifique aux personnes morales relative au déroulement de l'enquête.

La protection dont fait l'objet le représentant légal de la personne morale en application de l'article 706-44 n'interdit pas le placement en garde à vue du représentant au cours de l'enquête. En effet, cette disposition ne s'applique pas lors de cette phase qui est préalable aux poursuites.

Pourtant, depuis la loi du 15 juin 2000, la garde à vue n'est possible qu'à l'égard de « toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. »²⁴.

Le représentant légal ne pourra donc faire l'objet d'une garde à vue que s'il existe contre lui de tels soupçons. A défaut, cette mesure n'est pas envisageable, le représentant légal n'étant alors plus qu'un témoin.

§2 : L'exercice de l'action publique

Des règles particulières existent que ce soit s'agissant des modes de mise en mouvement de l'action publique, de l'instruction et du jugement.

A. Les modes de mise en mouvement de l'action publique

Aucun mode de mise en mouvement de l'action publique n'est expressément exclu à l'encontre des personnes morales. Toutefois, par leur nature, certaines procédures semblent ne pas pouvoir s'appliquer.

22 - Article 706-42 alinéa 2, CPP.

23 - Articles 706-75 et s., CPP.

24 - Articles 63 et 77, CPP.

Les personnes morales peuvent faire l'objet de la procédure de droit commun de citation directe²⁵.

Il en est de même concernant l'avertissement suivi de la comparution volontaire²⁶. Plus encore, la procédure de convocation par officier ou agent de police judiciaire²⁷ est envisageable, mais, en pratique, la complexité des affaires impliquant des personnes morales ne la rend guère concevable.

Enfin, l'ouverture d'une information préalable en cas de poursuites contre des personnes morales est également possible, le code prévoyant des règles particulières concernant certaines mesures susceptibles de s'y dérouler comme la mise en examen ou le contrôle judiciaire.

Le bilan des cent premières condamnations des personnes morales est riche d'enseignements sur les procédures effectivement utilisées²⁸.

On y relève que le plus souvent, la juridiction répressive est saisie sans information préalable, par citation directe (91 cas), par convocation par un officier de police judiciaire (3 cas) ou par comparution volontaire (2 cas).

La saisine de la juridiction après instruction est relativement rare, seules 4 condamnations étant intervenues au terme d'une telle saisine. Il s'agissait essentiellement d'affaires d'homicides involontaires.

Il paraît en revanche évidemment impossible de poursuivre une personne morale par la voie de la comparution immédiate, en raison du caractère coercitif de la mesure.

On peut s'interroger sur l'applicabilité de la procédure de comparution par procès-verbal, dans la mesure où elle suppose, dans sa toute première phase, une contrainte sur la personne poursuivie, puisque celle-ci est déférée devant le procureur de la République à l'issue de sa garde à vue, et qu'elle peut faire l'objet d'un placement sous contrôle judiciaire. De même en raison du renvoi effectué à ces procédures, la procédure de comparution sur reconnaissance de la culpabilité ne semble pas non plus applicable²⁹.

Les textes devraient être plus précis pour éviter d'éventuels litiges quant à la possibilité d'employer telle ou telle procédure.

B. L'instruction

Le juge d'instruction est saisi *in rem* et non *in personam*, il est donc possible d'étendre l'instruction à des personnes qui ne sont pas initialement visées comme, par exemple, les personnes morales.

25 - Articles 392 et s., CPP.

26 - Article 389, CPP.

27 - Article 390-1, CPP.

28 - A. Maron et J.-H. Robert, Cent personnes morales pénalement condamnées, JCP n° 12 24 mars 1999, I, 123.

29 - Articles 495-7 et suivants, CPP.

Les règles particulières concernent la mise en examen, le statut de témoin assisté ainsi que le contrôle judiciaire.

1) Mise en examen et témoin assisté

La mise en examen de la personne morale nécessite l'identification préalable de la personne physique habilitée à la représenter qui fait l'objet de l'interrogatoire de première comparution.

L'article 105 du code de procédure pénale prohibant les mises en examen tardives bénéficie en principe aux personnes morales.

Une personne morale peut bénéficier du statut de témoin assisté.

2) Contrôle judiciaire

La personne morale mise en examen peut être placée sous contrôle judiciaire en application de l'article 706-45 du code de procédure pénale.

S'agissant des conditions de forme, les règles des articles 139 et 140 du code de procédure pénale sont applicables au contrôle judiciaire des personnes morales. Le contrôle doit être décidé ou modifié par ordonnance qui peut être prise en tout état de l'instruction, et la mainlevée de celui-ci peut être également ordonnée à tout moment de la procédure, soit d'office, soit sur réquisitions du parquet, soit sur demande du représentant de la personne morale mise en examen.

Le placement sous contrôle judiciaire doit donc constituer une mesure imposée par les nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, la liberté étant la règle³⁰.

La formulation employée par le texte paraît particulièrement mal adaptée aux personnes morales.

Malgré l'absence de prévision expresse en ce sens, l'article 138 est applicable de sorte que le placement sous contrôle judiciaire n'est possible que pour les délits punis d'emprisonnement.

Quelques précisions minimales seraient là encore utiles.

30 - Ainsi selon l'article 137, CPP :

« La personne mise en examen, présumée innocente, reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire. »

En exécution de ce contrôle judiciaire, la juridiction d'instruction peut soumettre la personne morale à l'une ou plusieurs des obligations suivantes³¹ :

- dépôt d'un cautionnement ;
- constitution de sûretés personnelles ou réelles destinées à garantir les droits de la victime ;
- interdiction d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- interdiction d'exercer certaines activités professionnelles ou sociales lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités ;
- placement sous contrôle d'un mandataire de justice désigné par le juge d'instruction pour une durée de six mois renouvelable, en ce qui concerne l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

Les interdictions d'émettre des chèques ou d'exercer certaines activités ne pourront toutefois être prévues que si elles sont encourues à titre de peine par la personne morale pour l'infraction faisant l'objet des poursuites.

Quant au placement sous contrôle d'un mandataire de justice, il ne peut être prononcé que si le placement sous surveillance judiciaire est susceptible d'être prononcé à l'encontre de la personne morale.

Notons que cette peine n'est applicable ni aux personnes morales de droit public, ni aux partis ou groupements politiques, ni encore aux syndicats professionnels³².

Par ailleurs, certaines obligations ou interdictions ne semblent pas pouvoir être prononcées, en raison de leur nature, à l'encontre de certaines personnes morales, même si la loi ne l'indique pas expressément. Ainsi, comment une collectivité territoriale pourrait-elle être obligée de constituer des sûretés réelles ? Le législateur aurait du envisager une telle impossibilité...

Selon le droit commun, la violation du contrôle judiciaire est sanctionnée par la détention provisoire.

Or la détention provisoire d'une personne morale étant inconcevable, la violation du contrôle judiciaire prononcé à l'encontre d'une personne morale rend applicable les articles 434-43 et 434-47 du code pénal.

31 - Article 706-45, CPP.

32 - Article 131-39 dernier alinéa, CP.

L'article 434-34 du code pénal prévoit que la violation des obligations qui découlent de la peine prononcée par la personne physique est punie de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Quant à l'article 434-47 du code pénal, il fait encourir à la personne morale les peines suivantes :

- l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;
- les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 7° de l'article 131-39 ;
- la confiscation prévue à l'article 131-21 ;
- l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

A l'issue de l'instruction, en matière délictuelle, l'ordonnance de règlement met normalement fin au contrôle judiciaire³³. Toutefois, le juge peut, par ordonnance spécialement motivée, décider de maintenir le contrôle judiciaire³⁴.

En matière criminelle, le contrôle judiciaire continue de produire ses effets³⁵.

En conséquence, si quelques précisions seraient utiles, il n'en demeure pas moins que les textes sont globalement bien rédigés et suffisamment précis en la matière.

C. Le jugement

Les dispositions spécifiques aux personnes morales éparées concernent la citation et la signification ainsi que l'avis aux représentants du personnel.

1) Citation et signification

L'article 550 du code de procédure pénale précise désormais que les citations et significations à une personne morale doivent comporter l'indication de la dénomination et du siège de celle-ci.

En vertu de l'article 555 du code de procédure pénale, la citation ou la signification est réputée faite à personne lorsque l'exploit est délivré au représentant légal, à un fondé de pouvoir de celui-ci ou à toute autre personne habilitée à recevoir l'acte. Toutefois, le législateur a estimé souhaitable de prévoir en outre l'obligation pour l'huissier d'informer la personne morale par lettre simple de la signification effectuée, du nom du requérant ainsi que de l'identité de la personne à laquelle la copie de l'acte a été remise.

33 - Article 179 alinéa 2, CPP.

34 - Article 179 alinéa 3, CPP.

35 - Article 181 alinéa 5, CPP.

En ce qui concerne la signification à domicile, il est prévu que le domicile de la personne doit s'entendre du lieu de son siège³⁶.

De même, les dispositions des articles 558 et 559 relatives à la signification à l'étude de l'huissier de justice et Parquet sont applicables lorsque le destinataire de l'acte est une personne morale. Le législateur s'est borné à préciser qu'il y avait lieu à signification à parquet lorsque le siège de la personne morale était inconnu³⁷.

Enfin, les dispositions de l'article 562 relatives à la signification des actes aux personnes résidant à l'étranger ont été expressément étendues aux personnes morales ayant leur siège à l'étranger³⁸.

2) Avis aux représentants du personnel

L'article 131-49 du code pénal renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les conditions dans lesquelles les représentants du personnel sont avisés de la date d'audience³⁹.

Ces dispositions n'appellent aucun commentaire particulier.

Si l'objet de la présente intervention était de valider l'option choisie par le législateur de ne prévoir que des dispositions générales en la matière en laissant le soin à la pratique de mettre en évidence certaines lacunes, il n'est pas réalisé.

Au contraire, l'état du droit positif permet de faire état de graves lacunes en la matière essentiellement en ce qui concerne la représentation de la personne morale. Sur ce point, l'absence de véritable contentieux atteste du désintérêt envers la matière, mais également permet de faire craindre un risque.

En effet, la trop grande marge de manœuvre existante en matière de représentation permet de « sacrifier » la défense de la personne morale au profit des organes ou représentants dès lors qu'ils sont également poursuivis.

De la sorte, la dépénalisation *de facto* à l'égard des chefs d'entreprise induite par la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales à toutes les infractions risque de se réaliser par le biais de

36 - Article 557 alinéa 3, CPP.

37 - Article 559 alinéa 2, CPP.

38 - Article 562 alinéa 2, CPP.

39 - L'article R. 131-53, CP prévoit, en cas d'existence de représentants du personnel, que ces derniers sont avisés par lettre recommandée adressée dix jours au moins avant la date de l'audience. Lorsque le personnel de la personne morale est régi par les dispositions du code du travail relatives à la représentation des salariés, cet avis est adressé au secrétaire du comité d'entreprise ou, le cas échéant, au secrétaire du comité central d'entreprise et, en l'absence de tels comités, aux délégués du personnel titulaires.

manœuvres concernant la défense des personnes morales.

Les textes devraient donc impérativement être plus précis et la représentation par un mandataire de justice devenir obligatoire dès lors que le représentant est impliqué.

LA DISPARITION DU PRINCIPE DE SPECIALITE

Olivier Sautel

*Maître de conférences à l'Université de Montpellier 1,
Membre du Conseil National du Droit*

Le doyen Carbonnier¹ constatait, dans son manuel de droit civil, que « dans l'univers du droit, il n'y a pas seulement l'homme, l'individu, la personne physique ; pas seulement des intérêts et des buts individuels. Il existe aussi des intérêts collectifs ». Ces personnes morales², ces « âmes collectives », comme l'écrivait Josserand³, ont accédé à la responsabilité pénale en 1994 par le constat qu'elles pouvaient être des personnes immorales⁴ !

L'engagement de leur responsabilité était alors suspendu à l'existence d'une condition de spécialité.

La question qui se pose aujourd'hui est en définitive assez simple - ce qui n'est malheureusement pas le cas de sa réponse !
Est-ce que la disparition de cette condition de spécialité nourrit la dépenalisation du droit des affaires ?

Cette problématique renvoie d'abord au phénomène de dépenalisation⁵. S'inscrivant dans le mouvement de déréglementation, la dépenalisation

1 - J. Carbonnier, *Droit civil, les personnes*, 21^{ème} éd. PUF, Thémis, 2000, n° 207.

2 - O. Sautel, *Etat d'âme sur les âmes collectives*, JCP E 2003, suppl. n° 2, p. 13.

3 - L. Josserand, *Cours de droit positif français*, T. 1, 2^{ème} éd., Sirey, 1932, p. 362, n° 667.

4 - O. Sautel, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie*, D. 2002, p. 1147.

5 - O. Sautel, *Le double mouvement de dépenalisation et de pénalisation dans le nouveau code pénal*, Thèse, Montpellier, 1998.

est très souvent le fantasme du juriste d'affaire. Cette dépenalisation serait salutaire pour l'économie, néfaste en dehors !

Moins de contrainte, moins de sanction ! Tel est le crédo de la dépenalisation. Le rapport Coulon⁶ sur la dépenalisation du droit des affaires s'inscrit dans cette démarche.

Pourtant, la dépenalisation est un phénomène complexe et l'analyse juridique lorsqu'elle se porte sur ce mouvement doit être précise. En effet, la dépenalisation n'est jamais très éloignée de son antonyme : la pénalisation.

Notre problématique renvoie ensuite au phénomène de disparition de la condition de spécialité en matière de responsabilité pénale des personnes morales. C'est, ici, le centre de notre interrogation. Cette condition, imaginée lors de la réforme du code pénal, avait été mise en place pour servir de frein en cas de dérapage judiciaire. Si le législateur de l'époque prônait à l'unanimité l'apparition de la responsabilité pénale des personnes morales⁷, il n'en demeurait pas moins méfiant. Pour éviter que le « monstre » ne lui échappe, il avait emprisonné son application aux seules infractions prévoyant de façon spécifique la responsabilité de la personne morale.

La disparition de cette condition de spécialité a suivi deux étapes : une première judiciaire, et une seconde législative.

L'étape judiciaire se résume dans l'arrêt de la chambre criminelle du 5 février 2003⁸. Cette décision est venue briser la jurisprudence développée depuis 1994 par la Cour de cassation. En effet, depuis l'entrée en vigueur du code pénal, la chambre criminelle refusait d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale, en l'absence de texte spécifique, renvoyant sur cette responsabilité pour l'infraction de la cause⁹. Dans son arrêt du 5 février 2003, la Cour de cassation rend inutile la mention spéciale du renvoi de l'infraction à la responsabilité comme définie par l'article 121-2 du code pénal.

En l'espèce, elle considère que la formule générale de l'article 399 du code des douanes, « ceux qui ont participé d'une manière quelconque à un délit de contrefaçon », englobe le cas des personnes morales et ouvre donc la voie à l'engagement de leur responsabilité. La chambre criminelle fait donc voler en éclat la condition de spécialité prévue à

6 - Rapport J.-M. Coulon, La dépenalisation de la vie des affaires, janvier 2008.

7 - O. Sautel, La responsabilité pénale des personnes morales, Petites aff. 18 juin 2008, n° 122.

8 - Cass. crim. 5 février 2003, D. 2003, p. 2855.

9 - En ce sens, cass. crim. 30 octobre 1995, Bull. n° 336 et cass. crim., 18 avril 2000, Bull. n° 153.

l'article 121-2 du code pénal¹⁰. Potentiellement, suivant l'analyse de cet arrêt, toutes les incriminations génériques, interdisant un comportement détaché de l'action humaine, peuvent supporter l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale !

L'étape législative sera réalisée par la loi du 9 mars 2004 et plus précisément par l'article 54 de cette loi, article issu d'un amendement déposé par le sénateur Fauchon.

Aux termes de ce texte, l'article 121-2 du code pénal est modifié, amputé de la mention selon laquelle la responsabilité pénale des personnes morales est mise en œuvre « dans les cas prévus par la loi ou le règlement ».

La loi du 9 mars 2004 fait ainsi disparaître la condition de spécialité, condition qui imposait l'existence d'un texte spécifique prévoyant l'application de la responsabilité pénale de la personne morale pour l'infraction de la cause.

L'enjeu juridique de la disparition de cette condition de spécialité est tel que le législateur de 2004 va volontairement retarder cette disparition au 1^{er} janvier 2006.

Depuis cette date, l'article 121-2 du code pénal ne prévoit plus de condition de spécialité pour engager la responsabilité pénale des personnes morales.

Relevons toutefois pour être parfaitement exact, que la condition de spécialité n'a pas purement et simplement disparu. La loi du 9 mars 2004 a maintenu deux domaines en dehors de la généralisation de cette responsabilité : les infractions en matière de presse au sens des articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881¹¹ et les infractions sur la communication audiovisuelle au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982¹². Pour ces infractions, qui concernent principalement les délits de provocation, de diffamation ou d'injures publiques réalisées par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, la responsabilité pénale des personnes morale ne peut pas être engagée.

Si on s'étonne de la faveur ainsi faite aux entreprises de presse, il convient de remarquer que la condition de spécialité n'est que relative.

10 - Deux analyses juridiques opposées peuvent être faite à partir de cette décision. La première consiste à affirmer que la décision rend inutile la condition de spécialité (en ce sens, J.-C. Planque, *Elargissement jurisprudentiel du domaine d'application de la responsabilité pénale des personnes morales*, D. 2003, p. 2855). La seconde considère que l'arrêt ne modifie en rien les règles d'application de l'article 121-2 du code pénal. L'arrêt ne serait qu'une application de la jurisprudence développée sous l'empire de l'ancien code et selon laquelle les personnes morales peuvent être responsable pénalement sans texte spécifique dans le domaine des contributions indirectes (en ce sens, J.-H. Robert). Cette dernière analyse ne nous semble pas efficace au regard de la modification opérée en 1994 lors de l'entrée en vigueur du code pénal et de la mise en place de la responsabilité pénale des personnes morales. L'intégration de cette responsabilité a rendu caduque, selon nous, la jurisprudence résiduelle développée sous l'ancien code.

11 - Article 43-1 de la loi.

12 - Article 93-4 de la loi.

Il suffit au législateur de préciser de façon spécifique que telle ou telle infraction ne peut donner lieu à des poursuites sur le fondement de l'article 121-2 du code pénal pour freiner à nouveau le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales.

Mais revenons à notre interrogation : la disparition de la condition de spécialité a-t-elle un impact en termes de dépenalisation dans le domaine du droit des affaires ?

La réponse est complexe, car elle dépend de plusieurs éléments.

A priori, la disparition de cette condition nourrit le phénomène de pénalisation. Pourtant les pressions sont grandes pour considérer l'inverse et affirmer que cette disparition est une dépenalisation.

Pour trancher cette question, pour savoir si la disparition de la condition de spécialité s'intègre dans un mouvement d'atténuation de la réponse pénale, il convient d'observer les éléments qui inscrivent cette disparition dans le mouvement de dépenalisation (section I) et ceux qui l'inscrivent dans le mouvement opposé de pénalisation (section II).

Section I - Disparition de la condition de spécialité et dépenalisation

La disparition de la condition de spécialité favorise la dépenalisation et notamment dans le domaine de la vie des affaires.

L'affirmation peut paraître paradoxale puisque cette disparition provoque la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales et donc l'augmentation potentielle des cas de mise en cause de ces entités.

Pourtant, cette disparition peut avoir un réel impact en termes de dépenalisation si on considère l'inutilité de la condition de spécialité (§1) et le transfert de responsabilité qu'elle peut induire (§2).

§1 : L'inutilité de la condition de spécialité

L'inutilité de la condition de spécialité est tout d'abord un élément qui favorise la dépenalisation ou plus précisément qui ne l'a défavorise pas ! La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales n'impacte pas le degré de pression pénale puisque la condition de spécialité était inutile.

Cette inutilité apparaissait sous deux formes : au travers du développement incohérent des infractions éligibles à l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales et au travers de l'absence de dérapage judiciaire dans l'application de cette responsabilité.

1 - Le développement incohérent des infractions susceptibles d'engager la responsabilité pénale des personnes morales est le premier élément démontrant que la disparition de la condition de spécialité n'altère pas la dépenalisation, notamment dans le domaine des affaires. En effet, si la liste des infractions permettant d'engager cette responsabilité était fortement limitée le 1^{er} mars 1994, les lois qui sont intervenues par la suite n'ont cessé d'augmenter le nombre des infractions concernées par cette responsabilité dans le code pénal et en dehors de ce code¹³: de l'exercice illégal de la pharmacie par la loi du 15 novembre 2001, en passant par les ventes groupées par la loi du 11 décembre 2001, de la tromperie à la falsification, aux menaces, au meurtre ou au viol par la loi du 12 juin 2001 !

L'explosion du nombre des infractions autorisées à engager la responsabilité pénale des personnes morales et l'incohérence de la technique législative - il est d'ailleurs un bel exercice pratique que d'imaginer la mise en cause d'une personne morale pour viol, pour autant que l'on suppose réalisée la condition d'intérêt pour le groupement - cette explosion et cette incohérence ont rendu stérile la condition de spécialité.

Au demeurant, les études rendant compte des cas de condamnations des personnes morales ont rapidement démontré que dans la majorité des situations les infractions en cause étaient toujours les mêmes : travail dissimulé, atteinte à la concurrence, atteinte à l'environnement, fraude fiscale, abus de confiance, contrefaçon et infractions d'imprudence¹⁴.

Dès lors la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales est sans réelle incidence sur la pénalisation puisque seules quelques infractions sont propices à l'engagement de cette responsabilité. Aucune affaire depuis 2001, à notre connaissance, en matière de viol !

A côté de ce premier élément relevant que le développement incohérent du nombre d'infractions pouvant engager cette responsabilité n'a pas forcément eu d'incidence en terme de pénalisation, un second élément supporte indirectement la dépenalisation via la disparition de la condition de spécialité : l'absence de dérapage judiciaire.

2 - L'absence de dérapage judiciaire dans l'application de la responsabilité pénale des personnes morales a, en effet, fait disparaître la méfiance du législateur. C'est cette absence d'abus qui va catalyser la disparition de la condition de spécialité. Les juges, en faisant une application mesurée de

13 - O. Sautel, La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie, art. précité, p. 1147.

14 C. Ducouloux-Favard, Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales, D. 1998, p. 395 ; N. Stolowy, La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales, JCP 2004, I, 138, spéc. n° 17.

cette responsabilité, ont rassuré le législateur. Ce dernier va alors enlever le frein au développement de la responsabilité pénale des personnes morales, frein constitué par la condition de spécialité. Il s'agit là d'un élément important.

D'abord, parce qu'il a supporté la modification législative tournée vers la généralisation de cette responsabilité.

Ensuite parce qu'il donne l'apparence d'une absence de pénalisation - et donc d'une dépenalisation potentielle - du fait du transfert de responsabilité pénale de la personne physique à la personne morale.

§2 : Le transfert de responsabilité induit

Le transfert de responsabilité, de la personne physique vers la personne morale, est donc au centre de l'idée selon laquelle la disparition de la condition de spécialité s'inscrit dans une dépenalisation et cela essentiellement dans le domaine des affaires.

Cette opinion est supportée par trois éléments : la philosophie qui a contribué à imaginer la responsabilité pénale des personnes morales, la considération selon laquelle cette responsabilité ne peut pas s'appliquer à toutes les infractions et enfin la place de la circulaire du 13 février 2006¹⁵.

1 - Premier élément : la philosophie évoquée lors de la mise en place de la responsabilité pénale des personnes morales en 1992. Cette philosophie - qui persiste encore aujourd'hui - réside dans le postulat selon lequel la responsabilité pénale des personnes morales doit servir d'écran à la responsabilité pénale de la personne physique. Sous cette considération, élargir le domaine de la responsabilité de la personne morale revient à atténuer la pression pénale sur les personnes physiques et cela notamment dans le domaine des affaires.

2 - Deuxième élément : la particularité de la responsabilité pénale des personnes morales - responsabilité touchant une personne « invisible » - exclut son application pour certaines infractions, notamment dans le domaine des infractions sexuelles¹⁶. Dès lors, la généralisation de cette responsabilité peut servir de paravent pour les personnes physiques, sans créer de turbulences pour les infractions de droit commun.

15 - BO, Minist. Just., 2006, n° 101.

16 - N. Stolowy, art. précité, spéc. n° 22.

3 - Troisième et dernier élément : la circulaire du 13 février 2006. Cette circulaire ainsi que l'annexe, qui l'a complète, sont de véritables guides de lecture des conséquences de la disparition de la condition de spécialité¹⁷. Deux tendances peuvent être relevées dans ces textes.

La première concerne la circulaire et le cantonnement de la responsabilité pour faute d'imprudence. Aux termes de ce texte, « en cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personnes 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 ».

Autrement dit, dans le domaine des infractions involontaire (homicide, blessure voire délit de pollution), la circulaire tente de provoquer un transfert de responsabilité pénale vers la personne morale. Ce transfert favorise la dépenalisation de la vie des affaires puisque ces infractions étaient déjà aptes à engager la responsabilité pénale des personnes morales avant le 1^{er} janvier 2006. Or, l'affirmation par le texte, d'une poursuite exclusivement dirigée vers les groupements dotés de la personnalité juridique, arme un mouvement de dépenalisation *de facto*¹⁸ en ce qui concerne les personnes physiques.

La seconde tendance concerne, plus précisément, l'annexe de la circulaire, annexe qui donne des exemples d'infractions « présentant un intérêt particulier pour engager la responsabilité pénale des personnes morales ».

Certes, ni la circulaire, ni l'annexe ne précisent que cet « intérêt particulier », à poursuivre les personnes morales pour les infractions visées, permet d'exclure la responsabilité pénale des personnes physiques. Pourtant le sentiment existe d'une proposition de dépenalisation par transfert de responsabilité pénale des personnes physique à la personne morale pour ces infractions. En effet, pourquoi donner une liste d'infractions « présentant un intérêt particulier » pour engager la responsabilité pénale des personnes morales dans une circulaire dont l'objet est de présenter la disparition de la condition de spécialité ? Il y a là un paradoxe : faire disparaître la condition de spécialité et favoriser la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales pour, dans un même temps, imaginer une nouvelle liste limitant le cadre de la responsabilité des groupements dotés de la personnalité juridique !

17 - Pour une analyse juridique, v. J.-C. Planque, Faute de loi ... se contentera-t-on de circulaire ?, D. 2006, p. 1836.

18 - O. Sautel, thèse précitée, spéc. n°41 et s., p.39 et s.

La différence pourrait être subtile, mais là nous ne pouvons que supputer. La liste d'infractions contenue dans l'annexe pourrait être un appel implicite à favoriser la responsabilité pénale des personnes morales au détriment de la responsabilité pénale des personnes physiques dans le domaine des infractions visées. Cela d'autant plus que, si nous prenons le domaine de la vie des affaires, les infractions citées par l'annexe : les infractions en matière de sociétés¹⁹ et les infractions aux droits de la consommation²⁰ - ces infractions font parties, pour l'essentiel, des infractions que le rapport Coulon propose de dépénaliser²¹.

Au regard de la circulaire, il est donc possible d'imaginer que la disparition de la condition de spécialité s'est inscrite dans une volonté d'assurer un mouvement de dépénalisation par un transfert de responsabilité pénale des personnes physiques vers la personne morale.

Aux termes de cette première réflexion, il semble, en effet, que la disparition de la condition de spécialité favoriserait un mouvement de dépénalisation et cela notamment dans le domaine de la vie des affaires. Ce constat est paradoxal puisque, par nature, cette disparition est le signe d'une augmentation de la pression pénale.

Il convient cependant de s'apercevoir que cette considération - d'une faveur faite à la dépénalisation - est relative - voire hypothétique - soumis à des hypothèses aléatoires essentiellement fondées sur une sorte de confiance faites aux juges.

Pour soutenir l'idée d'une dépénalisation, il faut croire que les juges continueront d'appliquer de façon mesurée la responsabilité pénale des personnes morales.

Il est cependant plus rationnel de considérer que la disparition de la condition de spécialité s'inscrit dans le mouvement de pénalisation. La réponse à la question serait alors négative. La disparition de la condition de spécialité ne s'inscrirait pas dans un mouvement de dépénalisation.

Section II – Disparition de la condition de spécialité et pénalisation

L'hypothèse semble plus rationnelle. Elle se justifie par l'effet de pénalisation contenue dans l'idée même de la disparition de la condition de spécialité (§1) et par l'apparition de nouvelles incertitudes avec le phénomène de généralisation (§2).

19 - Articles L. 241-1 et s., C. com.

20 - Articles L21-1 et s., C. conso.

21 - P. 33 et s. et p. 37 et s. du rapport.

§1 : L'effet de pénalisation

L'effet de pénalisation se résume dans l'accentuation de la pression pénale. Or, dans le cadre de la disparition de la condition de spécialité, deux éléments au moins nourrissent cette accentuation : l'application de la règle de cumul de responsabilité et l'application de la loi dans le temps.

1 - En ce qui concerne l'application de la règle de cumul de responsabilité pénale, il convient de relever que le législateur de 2004 n'a pas modifié les termes de l'article 121-2 alinéa 3 du code pénal. En effet, ce texte continue d'affirmer que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserves des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

Par conséquent - et contrairement aux hypothèses de transfert de responsabilité - il semble plus objectif de considérer que la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales n'allégera pas la responsabilité pénale des personnes physiques. La généralisation offre une situation de cumul de responsabilité qui s'inscrit de façon rationnelle dans un mouvement de pénalisation. Aucun effet de faveur n'a été prévu dans le texte pour les personnes physiques.

Le législateur, lors de la loi du 9 mars 2004, en décidant de la disparition de la condition de spécialité aurait peut être pu prévoir un système de transfert effectif de responsabilité. Il ne l'a pas fait !

Certes, un tel transfert prévu par la loi semble difficile à réaliser. Ce qui explique très certainement le contenu de la circulaire et de son annexe. Il n'en demeure pas moins que la conséquence immédiate réside dans le fait que cette généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales s'inscrit efficacement dans le mouvement de pénalisation - et cela même dans le domaine des affaires !

2 - En ce qui concerne, ensuite, l'application de la loi dans le temps de la condition de spécialité, il apparaît qu'elle supporte de la même façon l'idée d'une pénalisation.

En effet, la disparition de la condition de spécialité a potentiellement alourdi la réponse pénale du fait de l'hypothèse de cumul de responsabilité entre les personnes physiques et la personne morale, mais aussi parce que les infractions qui ne pouvaient pas être réalisées par les groupements, le peuvent aujourd'hui depuis le 31 décembre 2005.

De ce fait, la Cour de cassation considère que la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales est, si on adopte la terminologie de l'application de la loi dans le temps - plus sévère que le système antérieur et donc cette généralisation ne s'applique pas de façon

rétroactive²². Elle ne s'applique qu'aux infractions commises à partir du 31 décembre 2005.

Voici un indice objectif permettant de contrarier l'idée d'une dépenalisation opérée par la disparition de la condition de spécialité.

Cela d'autant plus que la Cour de cassation aurait pu user d'un artifice pour contrecarrer cette non rétroactivité. En effet, sa décision du 5 février 2003 aurait pu lui servir de fondement pour considérer que la condition de spécialité même avant le 31 décembre 2005 était très limitée. Si l'arrêt du 5 février 2003 avait fait « jurisprudence », le problème de l'application de la loi dans le temps ne se poserait pas. Au-delà, l'impact de la pénalisation aurait été réduit.

Dès lors, il semble bien que la disparition de la condition de spécialité a favorisé un mouvement de pénalisation. Cela d'autant que cette disparition fait apparaître de nouvelles incertitudes.

§2 : L'apparition de nouvelles incertitudes

L'apparition de nouvelles incertitudes n'est pas, a priori, de nature à impacter une analyse en termes de dépenalisation ou de pénalisation. Pourtant, il convient de remarquer que l'incertitude de la loi favorise de fait le mouvement de pénalisation. Deux remarques au moins peuvent être relevées en ce sens.

1 - La première concerne la peine encourue par les personnes morales. La disparition de la condition de spécialité a modifié l'appréhension de cette peine encourue²³.

Avant la disparition de la condition de spécialité, la sanction encourue était fixée par le texte de renvoi permettant l'application de la responsabilité pénale des personnes morales, qui visait l'article 131-38 et/ou l'article 131-39 du code pénal²⁴.

Depuis la disparition de la condition de spécialité et par un tour de passe/passe on a oublié cette technique de fixation de la peine pour considérer que lorsqu'aucun texte de renvoi n'est présent, c'est l'amende qui est encourue.

Cette analyse est justifiée par la formule de l'article 131-39 visant les autres peines et précisant : « dans les cas prévus par la loi ».

22 - Voir notamment, cass. crim. 4 septembre 2007, n° 06-84674 ; cass. crim. 19 juin 2007, n° 06-85490 et cass. crim. 14 octobre 2008, n° 08-80704.

23 - C. Mascala, L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité, Bulletin Joly Sociétés 2006, n° 1, p. 5.

24 - En ce sens, voir le rapport Coulon, p. 48.

Or, ce n'est pas les termes du droit positif. Ce renvoi à la loi, fait par l'article 131-39, ne s'inscrit pas dans la généralité de la responsabilité pénale des personnes morales, mais dans la volonté législative de limiter l'application de certaines peines autres que l'amende, en fonction de l'infraction en cause.

Au demeurant, même pour l'amende, les textes de renvoi visaient expressément cette sanction²⁵.

Au-delà, que faut-il alors penser de la présence résiduelle des textes de renvoi - textes supportant avant le 31 décembre 2005 la condition de spécialité ? Le législateur aurait dû « nettoyer » le dispositif en supprimant ces articles et en imaginant un nouveau dispositif pour prévoir la pénalité encourue. Dès lors la disparition de la condition de spécialité crée une réelle incertitude en ce qui concerne la peine encourue. Cette incertitude perturbe l'étendue du mouvement de pénalisation, mouvement qui devient ambiguë.

2 - La deuxième remarque fondée sur les incertitudes induites par la disparition de la condition de spécialité, s'inscrit dans une observation des sources du droit en droit pénal.

Un mot sur la loi, un mot sur le juge, un mot sur la circulaire !

La loi : La disparition de la condition de spécialité nous offre l'occasion d'observer le travail législatif en droit pénal.

En 1992, lorsque le législateur a imaginé la responsabilité pénale des personnes morales, il a joué à l'apprenti sorcier. Cette responsabilité a été mal pensée, mal organisée, mal explicitée.

Ces défauts de fabrication ont conduit au développement des textes spéciaux ouvrant la voie à une responsabilité des groupements sans cohérence.

En 2004, le législateur revient sur la condition de spécialité pour la faire disparaître. Il rate l'occasion de rationaliser enfin cette responsabilité.

La suppression de la condition de spécialité s'inscrit alors dans un mouvement de pénalisation dangereux, car aléatoire.

Le juge : Provocatrice dans son arrêt en date du 5 février 2003, alors qu'elle était docile jusqu'alors, la chambre criminelle révèle toute son ambivalence. Tantôt elle applique la loi - tantôt, elle l'a déborde. Les observateurs que nous sommes ne doivent pas être dupes de cette double tendance. La confiance donnée aux juges ne doit pas masquer le réalisme juridique. Le droit ne se résume pas à l'application de la règle mais à la possibilité d'utiliser la règle. Même si le juge applique de façon raisonnée la responsabilité pénale des personnes morales, la disparition de la condition de spécialité lui donne de larges prérogatives.

25 - Par exemple, les articles 221-7 et 222-16-1, C. pén.

La circulaire enfin : Quel est le rôle d'une circulaire, voire de l'annexe d'une circulaire, dans l'application du droit ? Assurément aucun !

Pourtant, c'est elle qui dirige faussement les termes de la disparition de la condition de spécialité vers le mouvement de dépenalisation.

Qui se souviendra de cette circulaire dans quelques mois ? Faut-il ajouter dans nos codes, une partie sur les circulaires pour éviter de les oublier ?

Pour conclure, il nous faut répondre définitivement à la question posée. La disparition de la condition de spécialité a-t-elle nourri un effet de dépenalisation, notamment dans le domaine de la vie des affaires ?

Assurément la réponse est négative. Non, cette disparition n'a pas allégé la pression pénale. Pour cela, il aurait fallu que le législateur reconfigure le cadre même de la responsabilité pénale des personnes morales.

Depuis l'origine, cette responsabilité est pétrie par des imperfections. On peut regretter que le législateur ne s'attache pas à les réparer. Plus grave peut être, ce dernier sous-estime le sentiment judiciaire. Si les juges ont eu une attitude prudente dans l'application de la responsabilité pénale des personnes morales pendant les dix premières années de son application, c'est par méconnaissance du mécanisme et de ses effets. Aujourd'hui, les magistrats maîtrisent pleinement cette responsabilité. Croire qu'ils vont soulager les personnes physiques en « chargeant » les personnes morales est une gageure !

L'EXIGENCE VARIABLE DE L'IDENTIFICATION DE LA PERSONNE PHYSIQUE

Jean-Yves Maréchal

*Maître de conférences à l'Université de Lille II,
Directeur des recherches à l'institut de criminologie de Lille*

Dans quelle mesure est-il nécessaire, pour mettre en œuvre la responsabilité pénale d'une personne morale, qu'une personne physique soit identifiée ? Telle est la question sur laquelle il nous a été demandé d'apporter quelque éclairage dans le cadre de cette journée d'étude. Il convient, à titre préliminaire, de déterminer quelle est la personne physique dont il s'agit et il faut, pour cela, se reporter à l'article 121-2 du code pénal, qui exige que l'infraction dont la personne morale est susceptible d'être rendue responsable, soit commise par un organe ou un représentant. Certes, le terme d'organe peut désigner une entité composée de plusieurs personnes, telle qu'un conseil d'administration ou un conseil municipal, mais l'analyse de la jurisprudence montre que c'est presque toujours une personne physique unique qui est considérée comme l'organe ou le représentant de la personne morale.

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 pénale des êtres moraux. Doit-on concevoir, comme le soutiennent certains auteurs¹, que la responsabilité pénale de la personne morale est indirecte ou « par ricochet », ce qui suppose d'établir que l'infraction imputée à

¹ -F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général, Economica, 12ème éd., 2005, n° 600 ; J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 16ème éd., 2006-2007, n° 534.

cette dernière ait été accomplie en tous ses éléments par la personne physique, organe ou représentant ? Peut-on admettre, au contraire, comme le proposent d'autres auteurs², 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.

La question essentielle nous semble dès lors plus fondamentale que celle de l'identification de la personne physique, difficulté pratique, certes non négligeable, que vont rencontrer l'autorité de poursuite d'abord, les juges du fond ensuite. Qu'il nous soit donc permis de donner à notre sujet toute son ampleur en nous demandant quelle est la portée exacte de la condition, figurant à l'article 121-2 du code pénal, que l'infraction, dont on rend la personne morale responsable, soit commise par un organe ou un représentant.

Formellement, il s'agit là d'une condition légale incontournable. Elle apparaît pourtant fort relativisée par la pratique judiciaire. Ce constat conduit inévitablement à se poser la question de son importance réelle dans le mécanisme de la responsabilité pénale des personnes morales. Après avoir mesuré l'effectivité de cette condition (section I), nous nous demanderons donc s'il ne conviendrait pas de la reconsidérer (section II).

Section I - L'effectivité de la condition légale

Exiger, pour rendre responsable une personne morale, que l'infraction soit commise par une personne physique, semble, de prime abord, inévitable puisque c'est la conséquence logique du caractère désincarné de la personne morale. 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. Il n'est donc pas surprenant que le législateur ait imposé cette condition à l'article 121-2 du code pénal. Pourtant, cette exigence textuelle stricte (§1) a progressivement été neutralisée par la jurisprudence (§2).

2 - J.-Ch. Saint-Pau, La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale, Mélanges dédiés à B. Bouloc, p. 1011 s.

§1 : Une exigence textuelle stricte...

Si l'on peut considérer que l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales fut une innovation majeure du code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, le législateur n'en n'est pas moins resté prudent et il n'a pas entendu bouleverser les données habituelles de la responsabilité pénale au risque de limiter la portée pratique du nouveau dispositif. L'article 121-2 du code pénal reflète donc l'idée classique selon laquelle la responsabilité d'une personne morale ne saurait reposer que sur une intervention humaine, un *substratum* humain, en posant comme condition de cette responsabilité la commission de l'infraction par un organe ou un représentant, qui est le plus souvent une personne physique.

Très rapidement s'est cependant posée la question de savoir quelle devait être la place assignée à la responsabilité pénale des personnes morales au regard de celle des personnes physiques et quel pouvait être son intérêt, puisque le texte semblait signifier que la mise en cause d'une personne physique était toujours absolument nécessaire. La question apparaît d'autant plus importante que l'alinéa 3 de l'article 121-2 prévoit, comme on le sait, que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Parmi ces dernières personnes figurent évidemment les organes ou représentants qui ont réalisé matériellement l'infraction et le texte autorise un cumul des responsabilités de la personne physique et de l'être moral mais ne l'impose pas. L'on se souvient des toutes premières applications du dispositif légal qui montraient les divergences de conception des juges du fond, certains n'hésitant pas à considérer que l'imputation de l'infraction à la personne morale supposait que soit établie la preuve d'une faute, intentionnelle ou non, de cette dernière, la responsabilité de la personne morale ne devant pas être la simple conséquence de celle de l'organe ou du représentant³. D'autres, au contraire, jugeaient que la recherche d'une culpabilité propre de la personne morale était inutile, celle de l'organe ou du représentant suffisant à lui imputer l'infraction⁴.

La Cour de cassation a dissipé cette incertitude par un arrêt du 2 décembre 1997⁵ rendu dans une affaire dans laquelle, une société étant poursuivie pour usage de fausses attestations, la cour d'appel avait

3 - T. corr. Versailles 18 décembre 1995, Juris-Data n° 1995-049320, Dr. pén. 1996, comm. 71 note J.-H. Robert, JCP 1996, II, 22640 note J.-H. Robert ; T. corr. Lyon 9 octobre 1997, Juris-Data n° 1997-044728, Dr. pén. 1997, comm. 154 note J.-H. Robert.

4 - CA Lyon 3 juin 1998, Juris-Data n° 1998-041510, Dr. pén. 1998, comm. 118 note J.-H. Robert.

5 - Bull. n° 408, JCP 1998, II, 10023 rapp. F. Desportes, JCP E 1998, 948 note Salvage, RSC 1998, p. 536 note B. Bouloc.

fondé la condamnation sur le constat que la personne morale ne pouvait ignorer le contenu mensonger des attestations. L'arrêt fut cassé au motif que l'intention devait être recherchée chez l'organe dirigeant de la société et non pas chez cette dernière. Ainsi la chambre criminelle semble avoir, au moins provisoirement, souhaité que l'alinéa premier de l'article 121-2 du code pénal reçoive une application littérale, ce qui a autorisé un cumul presque systématique des condamnations de la personne morale et de son organe ou représentant, dès lors qu'ils étaient tous deux poursuivis. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises, dans des décisions de cassation, la nécessité d'établir la commission de l'infraction par un organe ou un représentant⁶, et récemment encore dans un arrêt du 1^{er} avril 2008⁷. Elle a également indiqué, dans un arrêt du 26 juin 2001⁸, qu'une faute distincte de la personne morale ne devait pas être établie pour la rendre responsable.

Ainsi conçue, il faut bien convenir que la responsabilité pénale des personnes morales se réduit à un simple instrument de renforcement de la répression, entre les mains des procureurs de la République, alors qu'elle devrait être un dispositif favorisant une répartition plus juste des responsabilités entre personne physique et personne morale. Cette vision réductrice de l'institution ne présente guère d'intérêt et l'on peut constater avec satisfaction qu'elle s'est, peu à peu, transformée sous l'impulsion des juges du fond, d'abord, et de la Cour de cassation, ensuite, même si la jurisprudence de cette dernière manque quelque peu de cohérence.

§2 : ...progressivement neutralisée par la jurisprudence

Ce contournement de l'exigence légale imposant le constat préalable de l'implication d'une personne physique, organe ou représentant, s'est réalisé par touches successives, presque imperceptibles initialement, avant de s'affirmer beaucoup plus clairement ces dernières années.

A l'origine de cette évolution, l'on trouve une position fort répandue chez les juges du fond, qui tranche singulièrement avec celle prônée par la Cour de cassation dans les arrêts qui viennent d'être évoqués. Bon nombre de cours d'appel s'affranchissent en effet largement, depuis plusieurs années, de l'exigence textuelle pour raisonner comme si l'infraction était réalisée directement, en tous ses éléments, par l'être moral. Pour ne prendre qu'un exemple parmi de multiples décisions, un arrêt du 7 mars 2008 de la cour de Paris⁹ retient la responsabilité

6 - Cass. crim. 18 janvier 2000, Bull. n° 28.

7 - Pourvoi n° 07-84.839, Juris-Data n° 2008-043861, Dr. pén. 2008, comm. 140 note M. Véron.

8 - Bull. n° 161.

9 - Juris-Data n° 2008-360860.

d'une société du chef d'homicide involontaire aux motifs qu'« en n'accomplissant pas les diligences normales qui lui incombait (...), la société (...) a violé une obligation de sécurité imposée par la loi dont est résultée la chute mortelle » de la victime. A aucun moment dans cette affaire, il n'est fait une quelconque allusion à la commission de l'infraction par un organe ou un représentant, l'infraction étant considérée comme entièrement accomplie par la société elle-même. Il faut souligner qu'il ne s'agit donc pas d'une simple question d'identification d'une personne physique mais bien d'une inapplication de la condition elle-même, les juges retenant directement une faute de la personne morale. Cette position jurisprudentielle s'est naturellement répercutée au niveau de la Cour de cassation.

Ainsi, la chambre criminelle a, d'abord, approuvé des condamnations de personnes morales dans des affaires où les juges du fond n'avaient pas établi que l'infraction avait été commise par un organe ou un représentant. Elle l'a fait, parfois, sans même reprocher aux juges du fond cette omission, comme dans un arrêt du 15 janvier 2008¹⁰, le pourvoi en cassation n'invokant pas l'argument, il est vrai.

Dans un autre arrêt¹¹, elle ne censure pas la condamnation d'une personne morale pour le délit de rappel d'une sanction disciplinaire amnistiée, en retenant que l'infraction a « nécessairement été commise par un organe ou un représentant » alors que le pourvoi reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas fait ce constat¹². Cette formule a été reprise dans un arrêt récent du 28 janvier 2009 condamnant une société pour entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé¹³. Dans d'autres arrêts, la Cour de cassation semble compléter le raisonnement des juges du fond ayant omis de relever la commission de l'infraction par une personne physique. Ainsi, dans une décision du 13 septembre 2005¹⁴, le pourvoi invoquant la violation de l'article 121-2 du code pénal est rejeté par la Cour de cassation qui énonce qu'il résulte des énonciations des juges du fond que « la personne morale, par ses organes ou représentants, n'a pas accompli toutes les diligences qui s'imposaient à elle en matière de sécurité ». L'expression utilisée mérite ici d'être soulignée, la faute prise en compte étant bien celle commise par la personne morale elle-même, au travers de ses organes ou représentants¹⁵.

10 - Bull. n° 6, Juris-Data n° 2008-042715, Dr. pén. 2008, comm. 71 note M. Véron, JCP 2008, II, 10082 note J.-Y. Maréchal.

11 - Cass. crim. 21 mars 2000, Bull. n° 128.

12 - V. égal. cass. crim. 24 mai 2000, Bull. n° 203, RSC 2000, p. 816 obs. B. Bouloc.

13 - Juris-Data n° 2009-047081.

14 - Juris-Data n° 2005-030014.

15 - V. égal. cass. crim. 20 juin 2006, Juris-Data n° 2006-034775 : « la personne morale a, par ses organes ou représentants, commis une faute » ; cass. crim. 12 juin 2007, Juris-Data n° 2007-040033 : « faute de négligence de la personne morale qui, par son organe ou représentant... ».

Ensuite, en une deuxième étape, davantage remarquée par la doctrine, la Cour de cassation a franchi un pas important en adoptant une nouvelle formule dans le double but d'éviter de censurer les décisions qui lui étaient soumises et de ménager, dans une certaine mesure, la lettre de l'article 121-2 du code pénal. Ainsi, dans un arrêt du 20 juin 2006¹⁶, la chambre criminelle, pour rejeter le moyen fondé sur l'absence de constat par les juges du fond de la réalisation d'un homicide involontaire par un organe ou un représentant, a énoncé que « l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants », et l'attendu a été repris dans un arrêt du 26 juin 2007¹⁷ relatif au délit de blessures involontaires. Cette prise de position de la Cour de cassation, tendant à créer une sorte de présomption de commission de l'infraction par un organe ou un représentant, a été diversement commentée, certains auteurs, comme M. le Professeur Mayaud¹⁸ évoquant une dénaturation des conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, d'autres, comme MM. les Professeurs Dreyer¹⁹ et Saint-Pau²⁰ manifestant leur approbation, ce dernier considérant cependant que le domaine d'application de la solution devait être limité aux infractions non-intentionnelles et au droit pénal des affaires.

Cette réserve n'a désormais plus lieu d'être depuis un arrêt du 25 juin 2008²¹, qui marque le troisième temps de l'évolution et qui nous paraît d'une importance considérable. Dans cette affaire fort complexe de facturations fictives entre fournisseurs et distributeurs en grande surface de produits alimentaires, plusieurs sociétés étaient poursuivies pour faux et complicité. Elles ont été condamnées par 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. Cette position est approuvée par la Cour de cassation au motif que « les infractions s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants ». Si l'arrêt nous paraît décisif, c'est, d'une part, parce qu'il étend la présomption de commission de l'infraction par un organe ou un représentant à des infractions intentionnelles, en lui conférant donc un domaine d'application très général, et, d'autre part, et surtout, par l'allusion faite à la « politique commerciale » des sociétés, ce qui revient à admettre

16 - Bull. crim. n° 188, Juris-Data n° 2006-034397, JCP 2007, II, 10199 note E. Dreyer, D. 2007, p. 617 note J.-C. Saint-Pau.

17 - Juris-Data n° 2007-040305.

18 - RSC 2006, p. 825.

19 - Note préc.

20 - Note préc.

21 - Juris-Data n° 2008-044943, Bull. n° 167, Dr. pén. 2008, comm. 140 note M. Véron, JCP E 2008, 2361 note C. Ducouloux-Favard, Rev. pén. 2008, p. 858 note Ph. Bonfils.

sans réserve que ces dernières sont dotées d'une volonté propre susceptible d'être le support d'une faute pénale.

La présomption de responsabilité apparaissant dans ces arrêts nous semble vider très largement la condition d'une commission de l'infraction par une personne physique de sa substance. Elle a pour conséquence de réduire cette exigence légale à un moyen de défense pour la personne morale, à savoir que celle-ci peut s'exonérer si elle démontre que l'infraction n'a pas été commise par un organe ou représentant pour son compte. Cette interprétation réductrice ainsi que le manque de constance de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui continue parfois à exiger le respect strict de la condition, ne nous paraissent pas satisfaisants, tant au regard du principe de la légalité qu'à celui de l'égalité des personnes morales devant la loi pénale. Cette situation pourrait être corrigée par une réécriture du texte à l'aune de la jurisprudence la plus récente.

Section II - La remise en cause de la condition légale

Largement privée d'effectivité par les raisonnements judiciaires qui viennent d'être rappelés, la condition que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant n'est plus qu'une source de difficultés tant théoriques que pratiques et pourrait être supprimée de l'article 121-2 du code pénal. Plusieurs raisons justifieraient cette suppression (§1) qui présenterait bien des avantages (§2).

§1 : Les raisons de la suppression de la condition

Nous n'avons évoqué jusqu'à présent que l'une des conditions textuelles de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, à savoir cette exigence qu'une personne physique réalise l'infraction reprochée à l'être moral. Cependant, l'article 121-2 du code pénal prévoit que l'infraction doit également être commise pour le compte de la personne morale, cette dernière condition ne paraissant pas, contrairement à la première, poser de difficultés particulières d'interprétation et d'application. 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. Pourtant, au regard de l'évolution de la jurisprudence, l'on peut se demander, si, en définitive, ces deux conditions sont réellement dissociables et si elles n'en forment pas plutôt une seule.

En effet, lorsque l'infraction est commise pour le compte de la personne morale, il semble difficile d'imaginer qu'elle soit réalisée par une

personne qui ne dispose pas du pouvoir d'engager juridiquement celle-ci. Ainsi, le simple salarié est inapte à engager la responsabilité pénale de la société qui l'emploie s'il ne dispose pas d'une délégation de pouvoirs dans le domaine dans lequel l'infraction est commise. L'on en trouve une illustration récente dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 29 janvier 2008²², dans laquelle un office du tourisme était poursuivi du chef de discrimination raciale en raison de la rédaction par une salariée de documents comportant une liste d'établissements dans lesquels l'accueil de clients ayant des noms à consonance maghrébine n'était pas souhaité. La relaxe, approuvée par la Cour de cassation, a été fondée sur le fait que la salariée, non titulaire d'une délégation de pouvoirs, avait rédigé ces documents de sa propre initiative, sans en référer à sa hiérarchie. L'infraction n'avait donc été commise ni par un organe ou représentant ni pour le compte de l'office du tourisme. En pareil cas, seule la responsabilité personnelle de la personne physique peut donc être recherchée.

Inversement, la question restant toutefois discutée en doctrine, le gérant de fait peut parfaitement, même s'il n'est pas investi officiellement d'un pouvoir décisionnel au sein du groupement, engager la responsabilité pénale de ce dernier s'il exerce effectivement ces pouvoirs pour le compte de la personne morale. Telle est d'ailleurs la position adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 2003²³, s'agissant du dirigeant de fait d'une société ayant commis une escroquerie pour le compte de celle-ci.

Il résulte de ces observations qu'il conviendrait de promouvoir cette condition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale, au détriment de celle d'une commission par un organe ou un représentant, avec laquelle elle fait double emploi. Le problème reste cependant de savoir ce qu'il faut entendre par « infraction commise pour le compte » de l'être moral. Il semble possible de 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 une telle conception peut être adaptée aux infractions intentionnelles reprochées aux personnes morales. Mais la commission pour le compte de la personne morale peut s'entendre également, plus largement, des infractions qui sont accomplies dans le cadre des structures juridiques de la personne morale ou encore des infractions qui apparaissent comme la conséquence de l'organisation de la personne morale, comme l'ont montré certains auteurs²⁴. N'est-ce pas cette acception qui

22 - Juris-Data n° 2008-042903.

23 - Pourvoi n° 00-87.872.

24 - J.-C. Planque, *La détermination de la personne morale pénalement punissable*, L'Harmattan 2003, pp. 285 et s.

a été retenue dans l'arrêt du 25 juin 2008, cité précédemment, dans lequel la Cour de cassation retient l'existence d'infractions s'inscrivant dans la « politique commerciale » de la société ?

Dans tous les cas, nous pensons que cette seule condition que l'infraction soit commise pour le compte de l'être moral suffit à le rendre responsable si on lui donne un sens précis. Or, 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 alors qu'il serait plus satisfaisant de retenir cette seule condition de commission de l'infraction pour le compte de la personne morale parce que c'est la seule qui justifie pleinement que l'infraction soit imputée à cette dernière.

En effet, s'il est concevable qu'une infraction soit commise par un organe ou un représentant mais pas pour le compte de la personne morale, en revanche, la commission d'une infraction pour le compte de cette dernière implique, selon nous, sa réalisation matérielle par une personne physique susceptible de l'engager juridiquement et cela suffit largement à justifier la condamnation de cette personne morale. Nous rejoignons ici la position du Professeur Dreyer, selon lequel « à partir du moment où une infraction a été commise pour le compte d'une personne morale, la responsabilité de celle-ci peut être directement engagée »²⁵.

La suppression de l'exigence d'une infraction commise par une personne physique, organe ou représentant, qui aurait pour effet de promouvoir la condition de commission pour le compte de la personne morale, présenterait plusieurs avantages importants.

§2 : Les avantages de la suppression de la condition

Il est évident, tout d'abord, qu'une simplification du texte aurait pour effet mécanique de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, ce qui répondrait certainement aux souhaits des autorités de poursuite et des juges du fond qui seraient dispensés d'établir l'implication d'une personne physique, ce que certains font déjà, comme on l'a vu, mais en s'exposant à la critique d'une violation de l'article 121-2 du code pénal.

Plusieurs situations peuvent ici se rencontrer en pratique. Dans le cas général, l'infraction est matériellement accomplie par une personne physique ayant le pouvoir d'engager la personne morale mais tout dépend de la nature exacte de cette infraction. Ainsi, si elle a été réalisée

25 - Note sous cass. crim. 20 juin 2006 préc.

dans le cadre du fonctionnement et des structures d'une société, dans le cadre de sa « politique » commerciale ou économique, il pourra suffire de constater son existence et sa commission pour le compte de la société sans rechercher précisément qui est l'auteur matériel, cette indication devenant négligeable. L'on peut prendre l'exemple des délits de marchandage ou de trafic illicite de main d'œuvre réprimés par le code du travail, qui sont souvent la manifestation d'une pratique habituelle au sein des entreprises en cause. Ces infractions supposent bien une intervention humaine mais peu importe qui est intervenu si c'est bien pour le compte de la personne morale.

Dans certains cas, il est même concevable que l'infraction soit accomplie par la personne morale elle-même, matériellement et intellectuellement. C'est le cas, pensons-nous, des infractions d'imprudences par omission, qui sont les plus fréquentes, en particulier en droit pénal du travail, dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité, où l'on reproche presque toujours à l'employeur des manquements à ses obligations en la matière. La référence à une intervention humaine n'est même plus nécessaire ici car les obligations positives sont mises à la charge de « l'employeur »²⁶ qui est très souvent une personne morale. Si ces obligations ne sont pas respectées, c'est nécessairement en raison d'une défaillance fautive de « l'employeur » et cette omission peut très facilement être imputée à la personne morale elle-même. On notera là encore que c'est le raisonnement souvent fait par les cours d'appel aujourd'hui, dans ce domaine.

Un second avantage résulterait de la suppression de la condition d'une commission de l'infraction par un organe ou un représentant. Cela permettrait de dissocier la responsabilité pénale des personnes morales de celle des personnes physiques auteur des mêmes faits, tout particulièrement dans le cadre de l'application de la loi du 10 juillet 2000, lorsque la personne morale peut, selon les textes, être responsable alors que la personne physique ne le peut pas, en raison de l'absence de faute qualifiée commise par cette dernière. L'on sait qu'il ressort de l'article 121-3, alinéas 3 et 4, du code pénal que la distinction entre causalité directe et indirecte, et donc entre faute ordinaire et faute qualifiée, est inapplicable aux personnes morales, l'objectif recherché par le législateur étant de rendre responsables ces dernières lorsque les personnes physiques ne peuvent plus l'être. La Cour de cassation a appliqué le dispositif à la lettre, à partir d'un arrêt du 24 octobre 2000²⁷, en retenant que

26 - Voir la rédaction uniformisée des textes dans le code du travail 2008 et notamment l'article L. 4741-1.

27 - Bull. n° 308 ; JCP 2001, II, 10535 note M. Daury-Fauveau, D. 2002, p. 514 note J.-C. Planque, RSC 2001, p. 156 obs. Y. Mayaud et p. 371 obs. B. Bouloc.

les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants, constitutive d'homicide ou de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute qualifiée, la responsabilité pénale des personnes physiques ne pourrait être recherchée.

Cette jurisprudence, approuvée par tous les commentateurs sauf un²⁸, s'avère, à la réflexion, gravement incohérente et dépourvue de fondement juridique. En effet, si l'organe ou le représentant n'a pas commis de faute qualifiée, il ne peut être condamné parce que l'article 121-3 alinéa 4 du code pénal exige cet élément moral particulier²⁹ pour constituer l'infraction. L'infraction n'est donc pas réalisée dans son élément moral et, par conséquent, il n'y a aucune infraction commise par la personne physique. Comment peut-on alors affirmer, comme le fait la Cour de cassation, que la personne morale doit être condamnée dans ce cas, en présence d'une faute ordinaire alors que les faits ne sont pas pour la personne physique une infraction ? Il n'y a, en pareille hypothèse, aucune infraction commise par un organe ou un représentant mais seulement des faits et une faute non intentionnelle qui ne constituent pas juridiquement une infraction pénale.

La seule solution permettant de redonner une cohérence au dispositif consiste à supprimer la condition exigeant que l'infraction soit commise par la personne physique et à considérer que c'est la culpabilité propre de la personne morale qu'il faut établir, indépendamment de celle de la personne physique. Or, cela s'avère assez simple s'agissant d'une imprudence, comme cela a été dit précédemment, parce que le reproche est presque toujours celui d'un manquement à des obligations de prudence ou de sécurité, et consiste donc en des omissions imprudentes. La personne morale serait donc condamnée pour sa propre infraction et non pour celle, inexistante, de la personne physique.

L'on ajoutera, enfin, que maintenir seulement, au sein de l'article 121-2 du code pénal, l'exigence que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale permettrait de concevoir sans difficulté, d'une manière plus générale, qu'en cas de poursuite d'une personne physique et d'une personne morale, la première puisse être relaxée alors que la seconde est condamnée, ce qui est également affirmé par la Cour de cassation³⁰.

28 - J.-C. Planque note préc.

29 - Faute caractérisée ou violation délibérée d'une obligation textuelle de prudence ou de sécurité.

30 - Cass. crim. 8 septembre 2004, Juris-Data n° 2004-025158.

L'enjeu est donc de donner à la responsabilité pénale des personnes morales une autonomie qu'elle n'est pas parvenue à acquérir jusqu'à présent. Peut-être le législateur français pourrait-il s'inspirer de l'article 5 du code pénal belge selon lequel « 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 ». La formule manque peut-être de « fluidité » mais présente l'avantage de ne pas faire de l'implication d'une personne physique une condition de la responsabilité de la personne morale.

DEPENALISATION DE LA VIE DES AFFAIRES ET RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES. ELEMENTS DE DROIT COMPARE

Cristina Mauro

*Maître de conférences à l'Université de Paris II Panthéon-Assas,
Honorary Fellow Monash University*

Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales : le thème choisi est d'une grande actualité non seulement en France, mais aussi dans d'autres systèmes juridiques tant la vie économique a mis en cause ces dernières années les choix et la gestion de nombreux dirigeants de grandes entreprises dans tout le monde occidental. Ainsi, comme en France, que ça soit aux Etats-Unis¹ ou, plus près de chez nous, en Italie et en Espagne², il est devenu constant d'insister sur la multiplication, souvent inefficace, des textes d'incrimination qui intéressent directement ou indirectement la vie des affaires. Aussi, depuis quelques affaires retentissantes telles que *Enron* et *Arthur Andersen* ou *Merrill Lynch & Co.* aux Etats-Unis, il est devenu relativement banal de dénoncer les méfaits économiques de la guerre ouverte à la criminalité en col blanc dans les années 80 et de s'interroger sur l'opportunité de sanctionner lourdement les dirigeants et la société elle-même en mettant indirectement en cause la vie des créanciers et des salariés³. D'ailleurs, comme a pu le laisser entendre la chambre criminelle de la Cour de cassation à propos de l'infraction

1 - Task force on Federalization of Criminal Law, American Bar Association Criminal Justice Section, The Federalization of Criminal Law, 1998, spéc. p. 9-10.

2 - En ce sens, à propos du droit pénal espagnol de 1995, cf. G. Quintero Olivares, *Adonde va el derecho penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, spéc. p. 88 et s.

3 - V.S. Khanna, *Corporate Criminal Liability: What Purposes Does It Serve ?*, 109 Harv. L. Rev. (1996) 1477, spéc. p. 1509 ; A. Weissmann, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, *Indiana L.J.*, 82 (2007) ; S. S. Beale, *Is Corporate Criminal Liability Unique ?*, *American Crim. L. Rev.* 44 (2007).

d'abus de bien sociaux⁴, et comme l'a aussi laissé entendre l'affaire *Parmalat* en Italie, la situation de la société peut être, selon les cas, très ambiguë dès lors qu'elle peut à la fois être considérée comme responsable des infractions commises pour son compte et victime des décisions de ses dirigeants qui portent éventuellement atteinte à son crédit et à sa réputation.

Ce thème est également d'une grande actualité en droit comparé tant le débat sur la responsabilité pénale des personnes morales est toujours ouvert dans de nombreux systèmes juridiques⁵. Dans les systèmes traditionnellement hostiles à ce type de responsabilité, et malgré l'influence de quelques textes internationaux relativement récents qui incitent les législateurs nationaux à introduire la responsabilité pénale des personnes morales⁶, nombreux sont les arguments qui sont régulièrement opposés à ce principe. A l'opposé, dans de nombreux systèmes qui connaissent déjà ce type de responsabilité, un mouvement relativement commun se dégage : de plus en plus, doctrine, jurisprudence et législateur s'intéressent tout particulièrement aux fondements de cette responsabilité pour tenter de consacrer un régime pleinement efficace et équitable.

Section I – Systèmes hostiles au principe de la responsabilité pénale des personnes morales

Tout comme en France avant l'adoption du nouveau code pénal, dans divers systèmes juridiques de tradition romano-germanique, seules les personnes physiques peuvent être déclarées responsables pénalement. Si en France le législateur a introduit le principe de la responsabilité pénale des personnes morales et a surtout encouragé les juridictions répressives, grâce à la réforme du 10 juillet 2000, à préférer ce type de responsabilité par rapport à celle des dirigeants personnes physiques⁷, à l'opposé en Espagne, en Allemagne, en Italie, mais aussi, en dehors de l'Europe, à Taiwan, par exemple, le principe est toujours celui selon lequel *societas delinquere non potest*.

Dans ces systèmes, plusieurs arguments s'opposent encore aujourd'hui

4 - Cass. crim. 22 avril 1992, Bull. n° 169, Rev. soc. 1993, 124, note B. Bouloc, D. 1995, 59, note H. Matsopoulou, Dr. pénal 1993, n° 115, note J.-H. Robert.

5 - Pour une présentation comparative, cf. R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative, Litec, 2008, p. 376 et s. ; J. Pradel, Droit pénal comparé, Dalloz, 2008 ; G. Giudicelli-Delage (dir.), Droit pénal des affaires en Europe, PUF, 2006 ; S. Geeroms, La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative, RIDComp. 1996, p. 533 et s. En langue anglaise, cf. C. Wells, International Trade in Models of Corporate Liability, www.bruss.cf.ac.uk/uploads/cocorptoolkitcw0203.pdf

6 - Par exemple, cf. Protocole du 19 juin 1997 à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, Convention des Nations Unies de Palerme contre la criminalité transnationale organisée du 12 décembre 2000 ; décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé et décision-cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains.

7 - Cf. R. Badinter, Projet de Nouveau Code pénal, Dalloz, 1988, spéc. p. 17.

à ce que les personnes morales puissent être déclarées responsables pénalement. Mais la doctrine insiste de plus en plus sur l'existence, même dans ces systèmes, de nombreux mécanismes qui permettent de sanctionner la personne morale.

§1 : Les arguments contre la responsabilité pénale des personnes morales

Les arguments qu'on oppose traditionnellement à l'introduction du principe de la responsabilité pénale des personnes morales dans les systèmes de tradition romano-germanique sont d'ordre théorique et pratique.

A. Les arguments d'ordre théorique

Le premier argument théorique, bien connu par la doctrine française, touche au principe de la personnalité des délits et des peines et revêt, dans la culture allemande, italienne et espagnole, une importance particulière pour deux raisons. D'abord, dans ces systèmes, le principe de la personnalité non seulement a un rang constitutionnel, mais fait aussi partie de ces principes tellement fondamentaux qu'aucune réforme constitutionnelle ne pourrait venir le limiter. Ensuite, dans la jurisprudence des juges constitutionnels la personnalité des délits implique plus ou moins directement le principe de la culpabilité selon lequel il faut toujours, pour que la responsabilité pénale puisse être déclarée, un lien entre le fait de la personne et sa volonté. Pris ensemble donc ces principes interdiraient doublement au législateur d'introduire la responsabilité pénale des personnes morales⁸. 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'autrui⁹. Cet argument, qui repose d'un point de vue formel sur la source constitutionnelle des principes de personnalité et de culpabilité, est d'ailleurs partagé par une partie de la doctrine dans des systèmes qui consacrent depuis longtemps le principe de la responsabilité pénale des personnes morales¹⁰.

8 - F. Bricola, Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario, Riv. it. dir. proc. pen. 1970, p. 951 et s. ; S. Romano, *Societas delinquere non potest*, Riv. it. dir. proc. pen. 1995, 1031 et s. ; C. Gomez-Jara Diez, *Imputabilidad de las personas jurídicas ?*, in A. Jorge Barreiro (dir.), *Libro Homenaje a Gonzalo Rodriguez Mourullo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2005, p. 163 et s.

9 - C. Jäger, *Sanzionabilità penale e amministrativa degli enti in Germania*, in *La responsabilità degli enti da reato nell'Unione Europea e negli Stati Uniti. Una panoramica*, *Diritto penale XXI secolo*, 2/2008, p. 281 et s. ; G. Quintero Olivares, *Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche e sul passaggio della responsabilità dalle persone fisiche in Spagna*, in *La responsabilità degli enti da reato nell'Unione Europea e negli Stati Uniti. Una panoramica*, *Diritto penale XXI secolo*, 2/2008, p. 293 et s.

10 - Dans la doctrine anglaise, cf. J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, Oxford University Press, 2008.

Le deuxième argument théorique, lui aussi bien connu en France, touche plutôt à la triple fonction de la peine de rétribution, de prévention et de réinsertion/rééducation. Tout en consacrant cette triple fonction, issus historiquement de la défaite de régimes totalitaires, ces systèmes mettent l'accent, souvent au niveau constitutionnel, sur la fonction de rééducation/réinsertion de la peine, au point d'ailleurs d'exiger que le législateur assure aux condamnés la possibilité de faire des études, d'effectuer un travail rémunéré et de bénéficier de la sécurité sociale¹¹. Or, si on peut admettre que la fonction rétributive et préventive de la peine, par définition pécuniaire, soient assurées dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales, 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 amendable grâce à l'exécution de la peine. A cet argument lié à la nature purement juridique de la volonté de la personne morale, vient s'ajouter d'ailleurs l'argument lié à la nature purement économique de la peine : attacher un quelconque effet rééducatif à une amende paraît aux yeux de certains auteurs purement illusoire dès lors qu'une amende peut simplement s'inscrire au bilan et être prise en considération dans un pur calcul risque/profit¹².

Des considérations liées à la peine inspirent enfin un troisième argument à la fois théorique et pratique : pour être efficace du point de vue préventif, dans le domaine de la criminalité en col blanc, la peine pécuniaire se doit d'être beaucoup plus importante que le profit escompté de l'infraction¹³. Or, cette exigence risque de se heurter au principe de la personnalité des peines dès lors qu'une peine pécuniaire très lourde va se répercuter indirectement mais nécessairement sur d'autres personnes : les associés, les salariés, les créanciers et dans certains cas, les clients¹⁴. Comme on a pu l'écrire aux Etats-Unis, « quand la société prend un rhume, quelqu'un d'autre éternue »¹⁵.

11 - Constitution espagnole, article 25, 2.

12 - Sur cet argument, cf. les références citées pour la doctrine allemande et italienne *in* D. Pulitano', La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano, *in* Responsabilità degli enti per i reati commessi nei loro interessi, Cassazione penale supp. n° 6/2003, p. 7 et s., spéc. p. 11.

13 - En ce sens, dans la théorie économique du droit, cf. R. Posner, Optimal Sentences for White Collar Criminals, *Am. crim. L. Rev.* 1980. 409 et s.

14 - Cf. en ce sens, pour la doctrine italienne et allemande, les références citées *in* C. Bertel, La responsabilità penale delle persone giuridiche, *Riv. trim. dir. pen. economia* 1998, p. 59 et s.

15 - John Coffee Jr, No Soul to Damn : no Body to Kick : An Unscandalized Inquiry Into the Problem Of Corporate Punishment, 79 *Mich. L. Rev.* 386, (1981), spéc. p. 401 et 402 : when the corporation catches a cold, someone else sneezes.

B. Les arguments d'ordre pratique

A ces arguments, la doctrine d'influence allemande ajoute d'autres arguments de portée plus ou moins pratique qui remettent en cause l'opportunité de l'introduction du principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Dans cette perspective, ce type de responsabilité serait en effet inefficace voire dangereux du point de vue économique.

Cette responsabilité serait d'abord inefficace car elle conduirait à sanctionner la mauvaise personne : l'attention des autorités étant attirée par la personne morale, les personnes physiques qui seraient à l'origine de l'infraction pourraient facilement échapper à toute poursuite. La responsabilité pénale des personnes morales pourrait ainsi aboutir à une déresponsabilisation des personnes physiques qui, comme on l'a vu, seules agissent et décident en pratique. Elle serait ensuite dangereuse d'un point de vue économique car, si, comme on l'a vu, la sanction pécuniaire infligée à la personne morale rejaillit nécessairement sur d'autres personnes, tout un secteur de l'économie ou l'économie de toute une région pourraient en être touchées, surtout dans le cas où le prononcé de la peine pourrait conduire à la liquidation de la société.

Malgré ces arguments, même dans ces systèmes, une partie de la doctrine souligne néanmoins que la responsabilité de la personne morale peut être une arme relativement efficace dans la lutte contre certaines formes de criminalité¹⁶ et ajoute que son utilisation est, de plus, équitable¹⁷. En effet, très souvent, l'infraction est certes matériellement comise par une personne physique mais est liée à l'organisation, aux activités et aux objectifs de la personne morale elle-même¹⁸. 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 compte¹⁹. Efficace aussi parce que, de par leur taille et leurs moyens, les personnes morales présentent un degré de dangerosité

16 - Selon une partie de la doctrine, cette responsabilité serait par exemple très utile dans le domaine de la protection de l'environnement. En ce sens, cf. M. Faure, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruylant, 2007, spéc. p. 255 et s.

17 - Dans la doctrine italienne, cf. F. Bricola, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, Riv. it. dir. proc. pen. 1970, p. 951 et s. ; Luci ed ombre nelle prospettive di una responsabilità penale degli enti, Giur. comm. 1978, p. 647 et s. Cet argument est bien connu de la doctrine anglaise, cf. C. Wells, *The Decline and Rise of Murder : Corporate Crime and Individual Responsibility*, Crim. L. Rev. 788 (1988), spéc. p. 801.

18 - Dans la doctrine espagnole, cf. par exemple, B. J. Feijo Sanchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002, spéc. p. 36 et s. ; dans la doctrine italienne, C. E. Paliero, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, Riv. trim. dir. pen. economia 1996, p. 1173 et s., spéc. p. 1175.

19 - K. Tiedemann, *La criminalisation du comportement collectif*, rapport général, in H. de Doelder et K. Tiedemann (dir.), *La criminalisation du comportement collectif*, Kluwer, La Haye, 1996, p. 11 et s., spéc. p. 14.

bien supérieur à celui des personnes physiques. Efficace, ensuite, mais cette considération est liée à la première, parce que, de par leurs activités elles peuvent causer des dommages bien supérieurs à ceux dont une personne physique pourrait être à l'origine. Enfin, en raison de leur structure les personnes morales peuvent arriver à diluer les responsabilités pour arriver à un système d'irresponsabilité pénale organisée²⁰. Ainsi, en Allemagne, en Espagne et en Italie d'autres mécanismes que la responsabilité strictement pénale existent déjà qui permettent de porter la sanction sur la personne morale elle-même. Ils ont d'ailleurs été considérés suffisants pour satisfaire aux nombreux engagements internationaux qui envisagent l'introduction de la responsabilité des personnes morales.

§2 : Les mécanismes qui permettent de sanctionner les personnes morales

Le premier mécanisme est celui qu'on a appelé en France, à propos du code du travail, la responsabilité pénale indirecte : sans être condamnée pénalement, la société est appelée à supporter la peine prononcée à l'encontre de la personne physique qui seule est condamnée. Le code pénal italien prévoit dans sa partie générale une telle possibilité²¹ : elle a été utilisée tellement fréquemment qu'une partie de la doctrine dénonçait un système où la personne morale est obligée de payer l'amende sans pour autant avoir pu se défendre directement lors du procès²². C'est d'ailleurs sur le fondement de ces considérations qu'en 1993 la *Commission Grosso* avait proposé d'introduire le principe de la responsabilité pénale des personnes morales sur l'exemple français dans son projet de nouveau code pénal²³. Le code pénal espagnol de 1995, qui n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales, bien que le législateur ait pris en considération l'exemple français de 1992, a adopté lui aussi une telle responsabilité solidaire de la société au paiement de l'amende prononcée à l'encontre de ses dirigeants²⁴. Mais, comme en Italie, un projet de réforme du code pénal de 2007 vise à écarter cette responsabilité²⁵.

20 - En ce sens, cf. J. Baucells Lladós, *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, Atelier, Barcelone, 2007, spéc. p. 141 et s. et les références citées par cet auteur.

21 - Article 197 du Codice penale.

22 - G. Marinucci, *Societas puniri potest : uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Societas puniri potest*, Cedam, Padova, 2003, p. 297 et s.

23 - F. Palazzo e M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, spéc. p. 234 et s.

24 - Article 31 du Nuevo Código Penal.

25 - Sur ce projet, cf. G. Quintero Olivares, *Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche e sul passaggio della responsabilità dalle persone fisiche in Spagna*, in *La responsabilità degli enti da reato nell'Unione Europea e negli Stati Uniti. Una panoramica*, *Diritto penale XXI secolo*, 2/2008, p. 293 et s., spéc. p. 316 et s.

Le second mécanisme consiste à choisir le chemin de la sanction administrative : dans ces systèmes, les personnes morales peuvent faire l'objet de sanctions administratives entourées de nombreuses garanties propres à la matière pénale²⁶. Mais là encore, la doctrine a pu souligner que la sanction administrative ne présente pas toujours des garanties procédurales suffisantes pour la personne morale²⁷. C'est d'ailleurs en raison de cette ambiguïté qu'en 2002 le législateur suisse s'est résolu à adopter un principe général de responsabilité pénale des personnes morales²⁸.

C'est aussi ce second mécanisme qui a inspiré l'adoption en 2001²⁹ en Italie d'une responsabilité « quasi pénale » des personnes morales qui vient s'ajouter à la sanction administrative³⁰. Tout en étant à la source d'une sanction administrative, cette nouvelle responsabilité repose nécessairement sur la commission d'une infraction prévue dans une liste qui comprend des infractions intentionnelles telles que la corruption et le blanchiment³¹. Par conséquent, elle ne peut être déclarée que par un juge répressif à l'occasion d'une procédure pénale. Autant dire que la responsabilité pénale des personnes morales a été jugée théoriquement inacceptable mais pratiquement nécessaire dans l'un des systèmes qui lui étaient les plus hostiles.

Il en est allé de même dans d'autres systèmes d'Europe continentale. Au Portugal, par exemple, suivant le modèle français, le législateur a introduit en 2007 le principe de la responsabilité pénale des personnes morales³². Au Luxembourg, en 2008, sous l'influence de l'OCDE, le Conseil de gouvernement a déposé devant le Parlement un projet tendant à introduire le principe de la responsabilité pénale des

26 - H.J. Hirsch, *La Criminalisation du Comportement Collectif - Allemagne*, in H. de Doelder & Klaus Tiedemann (dir.), *La criminalisation du comportement collectif*, Kluwer, La Haye, 1996, p. 31 et s..

27 - Dans la doctrine espagnole, par exemple, cf. L. del C. Zungiga Rodriguez, *Bases para un Modelo de Imputacion de Responsabilidad Penal a las Personas Juridicas*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2000, spéc. p. 208 et s.

28 - R. Roth, *Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion*, *Revue pénale suisse* 1997, pp. 349 et s.

29 - Decreto Legislativo Delegato du 8 juin 2001, n° 231/01 (il s'agit d'un acte assez proche de l'ordonnance française).

30 - Une responsabilité relativement proche a également été consacrée en Allemagne : le § 30 de la loi cadre relative aux sanctions administratives OWIG prévoit la possibilité de prononcer une sanction pécuniaire de nature administrative à l'encontre des personnes morales en cas d'infraction. Le juge compétent est alors le juge répressif.

31 - A l'origine, la liste renvoyait à deux catégories d'infractions, alors qu'en novembre 2008, elle en comportait 12. Parmi les infractions pour lesquelles la responsabilité des personnes morales est prévue on peut citer le trafic d'influence, la corruption, la fausse monnaie, les infractions du droit des sociétés, le terrorisme, la criminalité organisée, l'homicide involontaire, le blanchiment et le recel, les infractions liées à l'informatique.

32 - Loi 59/2007 du 4 septembre 2007 qui a modifié l'article 11 du code pénal.

personnes morales³³. Et même en Espagne, le projet de nouveau code pénal devrait introduire le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Au-delà des lumières qu'il porte sur les arguments qui peuvent être opposés à ce type de responsabilité, le premier enseignement du droit comparé est donc que le principe de la responsabilité pénale des personnes morales ne cesse de gagner du terrain.

Section II – Les systèmes qui consacrent la responsabilité pénale des personnes morales

Malgré ce succès, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales a suscité et suscite encore de nombreuses questions et ceci même dans les systèmes qui le consacrent depuis longtemps. Sans prétendre à l'exhaustivité, à partir des difficultés soulevées par la doctrine et la jurisprudence en droit français, quatre questions peuvent être envisagées en droit comparé : certaines semblent avoir été résolues, d'autres en revanche demeurent ouvertes dans de nombreux systèmes.

§1 : Les questions résolues

Parmi les questions résolues, la première concerne les personnes responsables, la deuxième les infractions concernées.

A. Les personnes responsables

En apparence, sur la question des personnes qui peuvent être déclarées responsables, le droit comparé présente des solutions disparates : à l'étranger, les législateurs ou la jurisprudence permettent souvent de déclarer la responsabilité pénale des entreprises – aux Pays Bas, en Suisse et en Italie par exemple – ou des personnes pouvant être assimilées aux personnes morales – au Portugal et au Canada³⁴ par exemple – ou des personnes morales – en Belgique par exemple³⁵. En réalité, lorsqu'on s'attache à l'application pratique des solutions, le paysage est relativement uniforme : en effet, les législateurs ont bien visé, comme en France, les groupements ayant une organisation reconnue juridiquement. Si le mot entreprise a été souvent préféré à l'expression personne morale c'est pour couvrir largement toute organisation quelle que soit sa personnalité juridique, dans des systèmes qui peuvent connaître des

33 - Projet de loi N°5718 du 4 septembre 2008, introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le code pénal.

34 - Le code criminel canadien a été modifié en 2003, les nouveaux articles 22.1 étend la responsabilité pénale à toute organisation, personne morale quel que soit son but lucratif ou non lucratif et quelle que soit le degré de personnalité juridique, cf. T. Archibald, K. Jull et K. Roach, « The Changed Face of Corporate Criminal Liability », *Crim. L. Quar.* 48 (2004), p. 367 et s.

35 - Loi du 4 mai 1999 qui a instauré la responsabilité pénale des personnes morales et a modifié l'article 5 du code pénal.

personnalités juridiques imparfaites. La doctrine américaine reconnaît d'ailleurs que même si en droit fédéral il est possible de poursuivre de groupements n'ayant pas la personnalité juridique, en pratique, la responsabilité pénale est bel et bien ressentie par les juges comme la contrepartie de la capacité juridique. Dans l'une des premières décisions qui ont admis la responsabilité d'une société aux Etats-Unis, il est d'ailleurs souligné qu'étant dotées d'une volonté et d'activités propres, les sociétés doivent en supporter les risques³⁶.

Tout au plus pourrait-on souligner que l'emploi du mot « entreprise » exclut parfois les personnes morales qui n'ont pas un but lucratif. Il en va ainsi en droit italien et, plus loin de nous, en droit chinois où peuvent être déclarées responsables pénalement les unités de production³⁷ ; il en va de même en droit suisse où seules les entreprises dans leur exercice d'une activité commerciale peuvent être déclarées responsables³⁸ et, de façon plus nuancée, aux Etats-Unis où la responsabilité pénale des associations doit être spécialement prévue par le texte d'incrimination³⁹. C'est que, généralement, à l'étranger, la responsabilité pénale des personnes morales est entendue comme un outil de politique criminelle dans la lutte contre la criminalité en col blanc. Ceci explique d'ailleurs que, très souvent, les systèmes étrangers excluent la responsabilité pénale non seulement de l'Etat mais aussi des collectivités territoriales et des entreprises publiques⁴⁰.

B. Les infractions visées

La deuxième question concerne les infractions pour lesquelles cette responsabilité peut être déclarée⁴¹. A l'étranger, deux approches ont été suivies. Une première approche a consisté à laisser une certaine liberté à l'accusation et au juge qui sont les mieux placés pour apprécier au cas par cas l'opportunité de poursuivre et/ou condamner la personne morale. Ainsi, en droit anglais, pour les infractions de

36 - N.Y. Central RR v. US, 212 US 481 (1909).

37 - M. Gao et B. Zhao, De la réforme du nouveau code pénal chinois, RSC 1998, pp. 479 et s. ; X. Liu, Responsabilité et sanctions pénales des danweig en Chine, RSC 2000, pp. 569 et s.

38 - Article 102 du code pénal suisse issu de la loi du 13 décembre 2002, rentré en vigueur le 1er octobre 2003.

39 - Cette solution est d'ailleurs reprise dans le Model Penal Code Section 2.07.

40 - Cf. par exemple l'article 102 du code pénal suisse qui exclut la responsabilité des collectivités publiques. Les raisons de cette exclusion résident surtout dans le caractère peu adapté de la sanction pécuniaire qui ne constituerait pour les collectivités publiques qu'un simple transfert comptable. En ce sens, cf. S. Jomini, La responsabilité pénale des collectivités publiques et des fonctionnaires, Revue pénale suisse 2002, pp. 58 et s.

41 - Sur les difficultés qu'a soulevé en France l'abandon du principe de spécialité, cf. notamment M.-E. Cartier, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libre propos, *in* Les droit et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, pp. 97 et s. ; 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, Dalloz, 2006, p. 975 et s.

common law, la jurisprudence n'a jamais précisé pour quelles infractions la responsabilité pénale pourrait ou ne pourrait pas être envisagée, tout en semblant l'exclure pour le viol et la bigamie. Pour les infractions prévues par un texte – *statutory offences* – les personnes morales peuvent toujours, du moins théoriquement, être déclarées responsables pénalement, sauf lorsque la seule peine prévue est une peine d'emprisonnement⁴². Récemment intervenus, les législateurs belge et suisse ont adopté cette approche extensive en consacrant un principe général de responsabilité pénale des personnes morales.

A l'opposé, dans d'autres systèmes demeurés longtemps très hostiles à ce principe, les législateurs s'en sont tenus à une approche plus frileuse : la loi portugaise de 2007, par exemple, a limité la responsabilité pénale des personnes morales aux infractions de corruption, trafic d'influence et blanchiment en manifestant ainsi sa volonté de cantonner ce type de responsabilité aux seules hypothèses envisagées par des textes internationaux. L'expérience italienne montre néanmoins que les listes symboliquement courtes, qui consacrent le caractère exceptionnel de cette responsabilité, sont destinées à s'allonger – de deux catégories d'infractions en 2001, elles sont devenues douze en 2008. D'ailleurs, au lendemain de l'introduction de la responsabilité des entreprises en droit italien, une partie de la doctrine dénonçait le caractère inadapté du régime de cette responsabilité par rapport aux infractions prévues dans la liste et prévoyait déjà l'abandon progressif de cette méthode à la faveur d'une généralisation du principe, du moins pour les infractions non intentionnelles⁴³. En effet, l'un des points les plus débattus dans ce domaine, y compris dans des systèmes étrangers, est celui des fondements et donc du régime de la responsabilité pénale des personnes morales.

§2 : Les questions ouvertes

Quel que soit le système juridique en cause, deux questions semblent connaître une évolution sinon terminée, du moins entamée et suscitent beaucoup de débats en ce qu'elles touchent à l'ambiguïté de la notion elle-même de responsabilité pénale des personnes morales. La première question concerne les fondements de la responsabilité pénale des personnes morales. La deuxième question intéresse plutôt les conséquences de la responsabilité pénale des personnes morales.

42 - Depuis l'Interpretation Act de 1889, le mot « personne » renvoie aux personnes physiques et aux personnes morales.

43 - L. Stortoni, I reati per i quali é prevista la responsabilità penale degli enti, Cass. pen. supplemento al n° 6/03, p. 67 et s.

A. Les fondements de la responsabilité pénale des personnes morales en droit comparé

Il convient tout d'abord de répondre au spécialiste français qui s'étonnerait de l'emploi du pluriel par rapport au fondement de la responsabilité pénale des personnes morales car, contrairement à la doctrine et au législateur français, la plupart des systèmes étrangers admettent que ce type de responsabilité puisse reposer sur de multiples théories. Si en France on s'interroge encore sur la question de savoir si la personne morale est responsable par ricochet, par emprunt ou pour une faute personnelle qui lui serait directement imputable, à l'étranger on a admis que cette responsabilité puisse reposer sur différentes théories selon la nature de l'infraction en cause ou selon les circonstances de l'infraction.

Ainsi, dans les systèmes de culture anglo-saxonne, on admet aujourd'hui que la responsabilité pénale des personnes morales puisse reposer à la fois sur un système de responsabilité pour le fait d'autrui et sur un système de responsabilité pour faute personnelle. Dans le cas de la responsabilité pour fait d'autrui, la personne morale peut être déclarée responsable pénalement pour les faits de toute personne agissant dans son intérêt (organe, représentant ou salarié) dans les cas expressément prévus par un texte qui impose à la personne morale une obligation « réglementaire » et conduit à une responsabilité objective.

En revanche, le système fondé sur la faute personnelle a été introduit en *common law* pour les infractions constituées par une faute non intentionnelle d'abord mais a été aussi appliqué à des infractions fondées sur une faute intentionnelle⁴⁴. A l'origine, ce système était fondé sur la théorie de l'identification qui a été clairement expliquée grâce à la métaphore du corps humain dans deux décisions très connues de 1944⁴⁵ et de 1972⁴⁶. Une société peut 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 : les préposés ne sont rien de plus que les mains, alors que les directeurs et les cadres représentent l'intelligence directrice et la volonté de la société. Ainsi, traditionnellement, en *common law*, en raison de la théorie de l'identification, la personne physique qui a commis l'infraction doit être identifiée et doit être suffisamment haut placée dans la hiérarchie interne pour exprimer la volonté de la société

44 - J.-H. Robert, La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais, Dr. pénal 1995, n° 30 ; Ph. Kenel, La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais, Droz, Genève, 1991.

45 - *Leonard's Carrying Company Ltd v. Asiatic Petroleum* (1944) AC 705.

46 - *Tesco Supermarkets Ltd v. Natras* (1972) AC 170.

elle-même. Cette théorie de l'identification a été exportée aux Etats-Unis⁴⁷, au Canada⁴⁸ et en Australie⁴⁹. En Europe, outre le droit français, elle a influencé par exemple l'article 11 du code pénal portugais qui exige que l'infraction ait été commise par les personnes physiques qui exercent un pouvoir de direction et l'ordonnance italienne de 2001 qui établit une présomption simple de faute de la personne morale lorsque l'accusation prouve que l'infraction a été commise par l'un de ses organes ou représentants⁵⁰.

Mais 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 et conduit à deux difficultés principales. D'abord, le nombre restreint des personnes qui, selon la jurisprudence anglaise, s'identifient à la personne morale réduit considérablement les possibilités de déclarer la responsabilité des grandes entités où les centres de décision sont fragmentés et les responsabilités diluées. Ensuite et surtout, 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. Ainsi, dans le système anglais, où on a pu constater que seules 5 petites/moyennes entreprises ont pu être condamnées pour homicide involontaire, le législateur a adopté le *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* de 2007⁵¹. Malgré de nombreuses critiques⁵², ce texte introduit une infraction d'homicide corporatif inspirée d'un troisième fondement déjà appliqué aux Etats-Unis, en Australie et partiellement au Canada.

47 - Ph. I. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law*, Oxford University Press, NY, 1993. L'article 2.07 du Model penal code consacre également la théorie de l'identification en exigeant que l'infraction ait été autorisée, exigée, tolérée ou commise par un membre du conseil d'administration ou un directeur général ou délégué.

48 - Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 662, cité in A.M. Boisvert, *Etudes sur le droit criminel. Document sur la responsabilité pénale des personnes morales*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, août 1999.

49 - C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, Clarendon Press, London, 1993.

50 - L'entreprise peut donc échapper à toute responsabilité si elle prouve qu'elle a adopté et suivi des modèles d'organisation (codes de conduite, audit internes, délégations de pouvoirs) efficaces pour prévenir la commission d'infractions du même type que celle qu'on lui reproche.

51 - *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* de 2007. Ce texte prévoit que l'entreprise est responsable pénalement si son organisation ou la façon dont elle est dirigée cause la mort d'une personne et constitue un manquement délibéré d'une obligation de prudence que l'entreprise avait vis-à-vis de la personne décédée (An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised; (a) causes a person's death, and (b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased).

52 - Sur les raisons qui ont conduit à l'adoption de ce texte et les critiques doctrinales que le projet a soulevé, cf. en langue française J. R. Spencer, *L'homicide involontaire et la responsabilité pénale des personnes morales et de leurs dirigeants : le mouvement pour la réforme en droit anglais*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à J. Pradel, Cujas, 2006, p. 915 et s. En langue anglaise, cf. déjà S. Field et N. Jörg, *Corporate Liability and Manslaughter : Should we be Going Dutch ?*, [1991] *Crim. L.Rev.* 156.

En effet, à partir de la théorie de l'identification et des ses désavantages, la jurisprudence nord américaine d'abord, les législateurs australien et canadien ensuite, ont consacré plus ou moins récemment une troisième approche qui tend à renforcer le caractère personnel de la responsabilité pénale des entreprises. Ainsi, les législateurs tentent de distinguer la responsabilité pénale des personnes morales de celle des personnes physiques en mettant l'accent sur les particularités de la faute imputable aux entreprises qui peuvent être à l'origine d'infractions de par leur organisation, leurs activités et leurs politiques. Cette théorie est fondée sur des études économiques et sociologiques qui montrent que 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'organisation⁵³. Elle est parfois désignée comme théorie des organisations ou approche holistique et consiste à regarder, comme le fait la jurisprudence hollandaise, l'entreprise comme une collectivité, un ensemble d'hommes et de moyens qui a le pouvoir de déterminer directement ou indirectement les décisions de ses employés et le choix de les accepter ou pas dans le cours normal des affaires⁵⁴. Le critère d'imputation fondamental devient alors la circonstance que l'infraction ait été commise pour le compte ou dans l'intérêt de la personne morale. Aussi, la culpabilité est appréciée directement par rapport à la personne morale elle-même.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence s'est lentement éloignée des solutions anglaises pour soumettre la responsabilité pénale des personnes morales à deux conditions : la personne morale est ainsi responsable pour les infractions commises par ses organes ou salariés agissant dans les limites de leur mission effective ou apparente si ceux-ci ont entendu agir dans son intérêt⁵⁵. Cette approche se distingue de la théorie de l'identification pour deux raisons. Tout d'abord, elle permet de fonder la responsabilité sur les fonctions de représentation, même apparentes, exercées par un simple salarié. Ensuite, depuis les années 80, elle a permis de faire abstraction de la nécessité de déterminer quelle personne physique est à l'origine matérielle des faits dès lors que l'infraction, qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle, constitue la mise en oeuvre d'une politique officielle ou officieuse de la société elle-même ou lorsque la personne morale ratifie *a posteriori* l'infraction elle-même

53 - B. Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions*, 56 S. Cal. L. Rev. 19 (1983) 1141 ; G. Moohr, *Of Bad Apples and Bad Trees: Considering Fault-Based Criminal Liability for Complicit Corporations*, Am. Crim. L. Rev. 44 (2007).

54 - J. Vervaele, *La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique*, RSC 2000, p. 737 et s. ; *La responsabilità penale della persona giuridica nei Paesi Bassi. Storia e sviluppi recenti*, in AA VV, *Societas puniri potest*, Cedam, Padova, 2002, p. 135 et s.

55 - *NY Central v. United States*, 212 US 481, 29 S Ct 304, 53 L Ed 613 (1909).

en omettant de réagir⁵⁶. Dans ce cadre, comme l'a dit la juge dans ses instructions au jury dans l'affaire *Arthur Andersen* en 2004, il n'est pas nécessaire d'identifier avec certitude et à l'unanimité la personne physique qui a matériellement commis l'infraction, dès lors que les circonstances montrent qu'il s'agit bien d'un employé de la société⁵⁷. Reste néanmoins que, malgré cette évolution, les solutions du droit fédéral ne sont pas dépourvues de toute ambiguïté : officiellement en effet la théorie de l'identification demeure encore et toujours le fondement formel de la responsabilité pénale des personnes morales. Dans d'autres systèmes en revanche la théorie des organisations a été formellement consacrée comme le fondement ou l'un des fondements de la responsabilité pénale des personnes morales.

En 1995, le nouveau code criminel australien⁵⁸ a consacré la notion « d'intention corporative » qui peut être constituée par une action ou omission de ses organes et représentants mais également par une culture corporative ayant encouragé, toléré ou conduit à l'infraction ou une organisation déficiente n'ayant pas créé de climat incitant au respect de la loi⁵⁹. Sauf le cas où l'infraction a été commise par le conseil d'administration, l'entreprise pourra donc s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve d'avoir adopté des mesures de contrôle ou de surveillance aptes à écarter tout risque d'infraction. La doctrine a immédiatement souligné les nombreux avantages de cette réforme. D'abord, elle respecte le principe de la personnalité en fondant la responsabilité de la personne morale sur sa propre culpabilité, déterminée par rapport à une organisation et à une culture corporative. Ensuite, elle est particulièrement adaptée aux grandes structures où, les responsabilités étant diluées, les infractions sont dues aux pressions organisationnelles et à la mentalité ambiante plutôt qu'à l'intention d'une personne physique ayant le pouvoir d'exprimer la volonté de la société. La toute première conséquence pratique de ces premiers avantages est constituée donc par la possibilité de retenir la responsabilité de la personne morale même dans les cas, très nombreux, où il n'est pas possible de déterminer la personne physique qui a commis l'infraction⁶⁰.

56 - *United States v. Bank of New England*, 821 F 2d 844 (1st Cir. 1987). En doctrine, cf. J. Moore, *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*, *Arizona L. Rev.* (1992) 743, spéc. p. 768 et s.

57 - E. Abramovitz et B. A. Bohrer, *Andersen Jury Instruction : A New Collective Corporate Liability ?*, *NYLJ* 3 (July 2, 2002), article reproduit in J. O'Sullivan, *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, Thomson West, 2003, p. 228 et s.

58 - Article 12.3 du code criminel.

59 - La culture corporative est définie, au paragraphe 6 de l'article 12.3 comme faisant référence aux attitudes, politiques, règles ou pratiques existant généralement au sein de la personne morale ou au sein du secteur d'activités d'où origine la conduite incriminée.

60 - J. G. Hill, *Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique ?*, *Journal of Business Law* 2003, p. 1 et s.

Après de longs débats⁶¹, en 2003, les nouveaux articles 22.1 et 22.2 du code criminel canadien ont aussi consacré cette théorie pour les infractions de *negligence*, fondées sur une faute non intentionnelle, tout en consacrant la théorie de l'identification pour les infractions fondées sur une *mens rea*, une faute intentionnelle. De même, plus près de chez nous, depuis 1999, le nouvel article 5 du code pénal belge permet de déclarer la responsabilité des personnes morales, sans déterminer quelle personne physique a matériellement commis l'infraction, lorsque les faits sont intrinsèquement liés à la réalisation de son objet, à la défense de ses intérêts ou si les circonstances concrètes démontrent que l'infraction a été commise pour son compte⁶². Depuis 2002, le code pénal suisse consacre désormais la possibilité de condamner une entreprise en raison du manque d'organisation ou, pour certaines infractions, s'il lui est reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher l'infraction⁶³. L'ordonnance italienne de 2001 permet également de condamner l'entreprise lorsque l'infraction a été commise par un simple salarié ou par une personne indéterminée si l'accusation prouve une faute de l'organisation elle-même - par exemple absence de programmes d'audit, absence de système de délégation de pouvoirs, non-respect de modèles d'organisation négociés avec l'administration. A partir de ces modèles, le projet espagnol de nouveau code pénal tend à introduire la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions commises par leurs organes ou représentants mais aussi par les salariés dès lors qu'une surveillance suffisante sur leurs actions n'a pas été organisée.⁶⁴

Entendue ainsi, la responsabilité pénale des personnes morales présente un dernier avantage pour les entreprises elle-mêmes et pour le législateur. Pour les entreprises, cette approche entraîne la possibilité d'échapper à la responsabilité pénale à chaque fois qu'il sera possible de prouver que l'organisation s'est dotée d'instruments efficaces et aptes à prévenir la commission d'infractions : la délégation de pouvoir est ainsi conçue comme un mécanisme d'exonération de la responsabilité pénale, alors qu'en droit français, pour les personnes morales, elle fait

61 - R. Grondin, La responsabilité pénale des personnes morales et la théorie des organisations, Rev. gén. droit 1994, pp. 380 et s.

62 - Cf. la loi belge du 4 mai 1999 qui a introduit le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, C. Ducouloux-Favard, La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique, Revue Lamy droit des affaires, 1999, n° 21, p. 15.

63 - Article 102 du code pénal suisse. Sur la coexistence de ces deux cas de responsabilité, cf. R. Roth, Une responsabilité sans culpabilité? L'entreprise, la faute d'organisation et le droit pénal, Semaine Judiciaire 2003, pp. 187 et s.

64 - G. Quintero Olivares, Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche e sul passaggio della responsabilità dalle persone fisiche in Spagna, in La responsabilità degli enti da reato nell'Unione Europea e negli Stati Uniti. Una panoramica, Diritto penale XXI secolo, 2/2008, p. 293 et s., spéc. p. 319.

remonter la responsabilité. Pour le législateur, dans cette approche plus fidèle au principe de la personnalité, la responsabilité pénale des personnes morales devient un instrument efficace de prévention en ce qu'elle incite les entreprises à s'auto discipliner et à coopérer avec la justice⁶⁵. En ce sens, la théorie des organisations n'a pas seulement un impact sur le fondement et les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales, mais aussi sur les conséquences de cette responsabilité.

B. Les conséquences de la responsabilité pénale des personnes morales en droit comparé

S'agissant des conséquences de la responsabilité pénale des personnes morales, deux questions suscitent encore quelques débats en droit pénal comparé : la question du cumul des responsabilités et la question de la sanction.

La réponse à la question du cumul des responsabilités entre personnes physiques et personnes morales dépend étroitement du fondement choisi pour la responsabilité pénale de la personne morale. Dans une approche traditionnelle fondée sur la théorie de l'identification, le cumul est toujours possible puisque la personne physique qui a commis l'infraction doit toujours être identifiée. Mais ce cumul ne peut pas être systématique : il peut être envisagé dès lors qu'en exprimant la volonté de la personne morale la personne physique a également manifesté sa propre volonté et adhéré à l'infraction. C'est pourquoi tous les systèmes qui reposent, de façon plus ou moins ambiguë, sur la théorie de l'identification permettent au juge de condamner à la fois la personne morale et la personne physique qui est auteur ou complice de l'infraction.

La *common law* permet par exemple de condamner les personnes physiques sur le fondement de leur participation personnelle à la commission de l'infraction. Parfois, la loi anglaise prévoit expressément le cumul des responsabilités dans des cas de responsabilité objective⁶⁶. Aux Etats-Unis, depuis la décision *US v. Dotterweich*⁶⁷, la Cour Suprême

65 - Dans la doctrine américaine qui a beaucoup influencé le système italien, cf. B. Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, *South. Cal. L. Rev.* 56 (1983) 1141, spéc. p. 1145 et s. ; dans la doctrine italienne, cf. R. Rordorf, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, *Cass. pen. supplemento al n° 6/03*, p. 79 et s.

66 - R.B. Thompson, *Unpacking Limited Liability : Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise*, (1994) *Vanderbilt L. Rev.* 1, spéc. p. 7 ; H. First, *General Principles Governing the Criminal Liability of Corporations, their Employees and Officers*, in O. Obermaier and R. Morvillo Ed., *White Collar Crime : Business and Regulatory Offenses*, New York, Law Journal Press, 2006.

67 - *US v. Dotterweich*, 320 US 277, 64 S. Ct.134, 88 L. Ed. 48.

a développé la théorie du *responsible corporate officer* qui permet de condamner la personne physique dès lors que la loi lui impose, en raison de son rang dans la hiérarchie interne ou de ses fonctions, et quelle que soit sa qualité selon les statuts, une obligation particulière de vigilance ou de prudence⁶⁸. Quant à la politique de l'action publique à l'encontre des personnes morales, une circulaire de l'*Attorney General* de 2003 précise que l'action à l'encontre de la personne morale ne doit pas être entendue comme un substitut à l'action à l'encontre des personnes physiques qui sont à l'origine matérielle de l'infraction⁶⁹. Le code criminel canadien considère que la responsabilité pénale des personnes morales constitue une forme de participation à l'infraction et permet donc le cumul des responsabilités lorsque la personne physique est identifiée. L'ordonnance italienne de 2001 ne se prononce pas directement sur la question du cumul, mais exige, au niveau procédural, que la procédure à l'encontre de l'entreprise soit jointe à la procédure ouverte à l'encontre de la personne physique qui a commis l'infraction : implicitement donc le cumul est possible dès lors que la personne physique est identifiée. Le code pénal suisse, quant à lui, consacre également la possibilité d'un cumul de responsabilités lorsque, pour certaines infractions, l'entreprise n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction par une personne physique. Fondée sur la théorie de l'identification, cette solution présente un avantage certain du point de vue de la politique criminelle qui est celui de responsabiliser les personnes physiques qui vont devoir, elles aussi, répondre de leurs actes ou de leurs décisions.

Mais l'exemple du code pénal suisse est intéressant parce que tout en consacrant le cumul et ses avantages dans un cas, il en fait une solution exceptionnelle et l'écarte dans le cas où la personne morale serait seule à l'origine de l'infraction en raison de son manque d'organisation. Dans ce cas, en effet, l'infraction trouve directement et exclusivement à son origine la faute personnelle de la personne morale et l'accusation ne doit pas identifier la personne physique qui aurait commis l'infraction. C'est dire que l'application de la théorie des organisations devrait conduire logiquement à écarter le cumul de responsabilités ou en tout état de cause à l'admettre seulement dans des circonstances exceptionnelles. C'est ainsi qu'en Belgique, l'article 5 du code pénal prévoit que, la personne physique ne peut être condamnée en même temps que la personne morale que si elle a commis une faute sciemment et

68 - Sur la mise en œuvre de cette jurisprudence, cf. E. Gerding, United States of America, in H. Anderson Ed., *Directors' Liability for Corporate Fault*, Kluwer, 2008, p. 301 et s., spéc. p. 313 et s.

69 - Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, Memorandum from Deputy Attorney General L. D. Thompson of January 20, 2003, reproduit in J. O'Sullivan, *Federal White Collar Crime. Cases and Materials*, Thomson West, 2003, p. 233 et s.

volontairement, alors qu'en ligne générale, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée.

La deuxième question qui ne fait pas l'objet d'un *consensus* en droit pénal comparé est celle de la sanction et ceci à un triple égard. Tout d'abord, il n'y a pas de choix uniforme quant au type de sanctions qui peuvent être prononcées à l'encontre des personnes morales mais, à partir de considérations fondées sur la théorie économique du droit, généralement, tous les systèmes qui consacrent la responsabilité pénale des personnes morales ont choisi la sanction pécuniaire comme peine de référence et permettent au juge de prononcer des sanctions pécuniaires très importantes. En droit suisse, par exemple, le *maximum* de l'amende est porté à 5 millions de francs lorsque la personne morale est condamnée en raison du manque d'organisation de l'entreprise ; en droit portugais, l'amende peut être portée jusqu'à un maximum de 9,6 millions d'euro en cas de corruption. A ceux qui pourraient craindre les effets indirects sur les tiers de sanctions d'un montant aussi élevé, une partie de la doctrine anglaise répond qu'en pratique le choix de la sanction pécuniaire, même élevée, n'a jamais posé de problème⁷⁰.

Par ailleurs, s'il n'existe pas de *consensus* sur l'ensemble des autres peines, on retrouve souvent dans les différents systèmes des sanctions connues en droit français : la publication de la décision par exemple aux Etats-Unis et la fermeture d'établissement au Portugal et en Italie. En effet, les différents systèmes mettent de plus en plus l'accent sur la fonction et l'efficacité préventive des peines interdictives et des peines stigmatisantes pour des entreprises dont l'efficacité économique est liée à la possibilité d'exercer certaines activités et, de plus en plus, à l'image de la marque et de l'organisation auprès du consommateur⁷¹. En Europe, comme en droit français, les législateurs vont jusqu'à prévoir la dissolution de la personne morale dans les cas les plus graves⁷². Aux Etats-Unis, où la dissolution ne peut qu'être un effet indirect de l'amende, le juge peut obliger, au titre d'une peine accessoire, la personne morale à adopter un modèle d'organisation apte à éviter toute nouvelle infraction de même nature que celle qui a conduit à la condamnation. Cette possibilité a d'ailleurs permis à une partie de la doctrine américaine d'affirmer que la peine retrouve ainsi, même pour les personnes morales, une fonction de rééducation/réinsertion.

70 - J.R. Spencer, La responsabilité pénale dans l'entreprise en Angleterre, RSC 1997, pp. 289 et s.

71 - B. Fisse, Criminal Law : The Attribution of Liability to Corporations : A Statutory Model, Sydney L.Rev. 13 (1991), p. 277 et s. ; B. Fisse « Reconstructing Corporate Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions », South. Cal. L. Rev. 56 (1983) 1141, spéc. p. 1145 et s.

72 - Il en va ainsi en droit belge et en droit portugais. La dissolution n'est en revanche pas prévue en droit suisse.

Ensuite, la fixation de la peine ne répond pas toujours aux mêmes critères. Notamment, 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 et/ou au stade de la fixation de la peine. Ainsi, aux Etats-Unis en droit fédéral, comme souvent dans le droit des Etats fédérés, des *Sentencing Guidelines* suggèrent au juge des calculs relativement compliqués qui permettent d'aboutir au montant de l'amende le plus adapté à chaque espèce⁷³. Dans ces calculs, le juge doit prendre en considération l'existence de *compliance programs*, c'est à dire de modèles d'organisation efficaces permettant d'écartier tout risque d'infraction.

Enfin, et ceci peut sembler à première vue paradoxal, le respect du principe de la personnalité des peines ne revêt pas la même importance dans les différents systèmes. En effet, si la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a exclu toute poursuite des personnes morales issues d'une fusion ou d'une scission lorsque les faits ont été commis pour le compte des personnes morales absorbées ou scindées, l'ordonnance italienne de 2001 prévoit expressément qu'en cas de fusion ou de scission la sanction sera supportée par les sociétés issues de la fusion ou de la scission⁷⁴. Cette solution a pu être acceptée dans un système où, consacré au niveau constitutionnel, le principe de la personnalité des délits et des peines a été l'un des principaux obstacles à l'introduction d'une véritable responsabilité pénale des personnes morales. D'abord, d'un point de vue pratique, on a fait valoir que seule cette solution assure l'efficacité et l'effectivité de la répression. Ensuite, d'un point de vue théorique, on a fait valoir la nature administrative de la responsabilité des entreprises qui permettrait d'échapper à l'emprise du principe de la personnalité. Reste que du point de vue du droit pénal comparé, cet exemple est intéressant car il montre que, quel que soit le fondement de la responsabilité des personnes morales, les différents systèmes ne sont pas dépourvus d'ambiguïtés tant il est difficile de concilier en ce domaine les principes fondateurs de la responsabilité pénale avec la nécessité pratique d'imposer des modèles d'organisation aptes à prévenir la commission d'infractions à l'occasion des activités des personnes morales.

73 - Jusqu'à deux décisions de la Cour Suprême de 2004, les *Sentencing Guidelines* avaient une force obligatoire pour le juge. Aujourd'hui, le juge n'est plus tenu de les suivre que pour les éléments qui ont fait l'objet d'un débat contradictoire devant le jury.

74 - Articles 29 et 30 de l'ordonnance de 2001.

RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES ET INFRACTIONS DU DROIT PENAL DES AFFAIRES

Haritini Matsopoulou

*Professeur de droit privé à la Faculté Jean Monnet
de l'Université Paris-Sud 11*

Depuis la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, celles-ci peuvent engager leur responsabilité pénale pour toute infraction relevant du droit des affaires. Il est vrai qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, une telle responsabilité était expressément prévue en matière de banqueroute (art. L. 654-7, C. com.), alors que les principales infractions du droit commun intéressant la vie des affaires étaient concernées par le principe de spécialité.

Mais la question qui peut se poser est celle de savoir quels domaines précis couvre le droit pénal des affaires. L'étude des différents ouvrages consacrés à cette discipline du droit fait apparaître qu'il s'agit d'une matière assez floue. Toutefois, on pourra faire observer que tous les auteurs y font entrer les infractions du droit commun portant atteinte aux biens. En outre, dans les industries réglementées, peuvent également faire partie de la matière les infractions visées par le code du travail, celles prévues par le code de la consommation, ainsi que les pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, pratiques restrictives).

Bien évidemment, sont au cœur du droit pénal des affaires les délits du droit des sociétés visés par les articles L. 241-1 et suivants du code de

commerce. Aussi bien, la circulaire du garde des Sceaux du 13 février 2006 (Crim-06-3/E8)¹, tendant à apporter des précisions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, incite, dans l'annexe, les magistrats du parquet à poursuivre les personnes morales pour un certain nombre d'infractions, parmi lesquelles figurent les abus de biens sociaux et les délits relatifs aux comptes sociaux. Cela laisse entendre que dès lors qu'il s'agit de l'une des infractions visées, l'engagement des poursuites à l'encontre des personnes morales semblerait préférable. A vrai dire, on ne peut qu'être frappé par l'incohérence de cette circulaire, dans la mesure où, en prenant une position claire sur le cumul de la responsabilité pénale des personnes morales et physiques, elle incite les magistrats du ministère public à poursuivre en cas d'infraction intentionnelle, comme c'est le cas des délits prévus par les articles L. 241-1 et suivants du code de commerce, à la fois la personne physique, auteur ou complice des faits, et la personne morale, si les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants. En revanche, dans l'hypothèse d'une infraction non intentionnelle ou d'une infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la responsabilité pénale de la personne physique ne devra être engagée que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier la condamnation pénale. Il paraît donc étonnant que l'annexe fasse figurer les délits du droit des sociétés, qui sont intentionnels, parmi les infractions pour lesquelles la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales présente un intérêt pratique, alors qu'elle aurait dû plutôt viser des infractions non intentionnelles qui justifient la poursuite en priorité de la personne morale.

Mais en dehors des réserves que suscite la circulaire du 13 février 2006, il est permis de se demander si, malgré la règle de la généralisation, les personnes morales peuvent réellement engager leur responsabilité dans le domaine du droit pénal des sociétés (section I). En outre, il conviendra d'étudier les particularités de certaines solutions jurisprudentielles ayant retenu la responsabilité pénale des personnes morales pour des infractions du droit commun intéressant la vie des affaires (section II).

1 - V. H. Matsopoulou, Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : présentation de la circulaire Crim-06-3 / E8 du 13 février 2006, *Rev. sociétés* 2006, n° 3, p. 483 et s., et spéc. p. 488 ; cf. aussi : J.-H. Robert, Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales, *Mélanges dédiés à B. Bouloc, Les droits et le Droit, Dalloz* 2006, p. 974.

Section I – La responsabilité pénale des personnes morales et les délits du droit des sociétés

Dans le code de commerce, on trouve essentiellement les infractions commises à l'occasion de la gestion, de l'administration ou du contrôle des sociétés commerciales. Aussi bien, les abus de biens sociaux ou les délits relatifs aux comptes sociaux, tels que la présentation ou la publication de comptes infidèles et la distribution de dividendes fictifs, occupent une place importante au sein du droit pénal des sociétés. Et il en est de même des infractions liées à la fin de la vie sociale, telles que le délit de banqueroute et les incriminations connexes. Dès lors, il convient de s'interroger sur le point de savoir si les différents textes définissant les principales incriminations relevant de ce secteur peuvent s'appliquer aux personnes morales.

A. En particulier, s'agissant du délit « phare » du droit des sociétés, l'abus de biens sociaux, qui tend à sanctionner les gérants ou les administrateurs, ayant fait, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, il ne peut, en aucun cas, être imputé à la personne morale qui est victime des agissements délictueux commis par lesdits gérants ou administrateurs, ceux-ci n'étant pas réputés agir « pour le compte » de ladite personne morale au sens de l'article 121-2 du code pénal. En revanche, on peut parfaitement envisager l'hypothèse d'un abus de biens sociaux commis par la société mère sur sa filiale ou par des sociétés d'un même groupe. Est-ce que la responsabilité pénale de la personne morale pourrait être valablement engagée ? A cet égard, certains auteurs ont affirmé que la personne morale dirigeante d'une autre personne morale pourra être poursuivie pour le délit d'abus de biens sociaux, si les éléments constitutifs de cette infraction se trouvent réunis². Certes, dès lors que la loi vise les gérants d'une SARL, ou le président et les directeurs généraux d'une SA, seules ces personnes peuvent avoir la qualité d'auteur du délit d'abus de biens sociaux, et on ne pourra pas faire peser une telle responsabilité sur les personnes morales en méconnaissance du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Sans aucun doute, une personne morale peut être administrateur d'une autre ou membre d'un

2 - V. C. Mascala, L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 1, p. 5 ; E. Dezeuze, Droit pénal des sociétés : l'heure des comptes, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, janvier-février 2006, p. 41 et s., et spéc. p. 49.

conseil de surveillance. Mais, en réalité, comme Monsieur le professeur Bouloc l'a fait pertinemment observer, en pareil cas, la personne morale est tenue de désigner un représentant permanent « qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur (ou membre du conseil) en son nom propre » (art. L. 225-20 et L. 225-76, C. com.)³. On voit donc mal comment une société pourrait être auteur du délit d'abus de biens sociaux.

Aussi bien, le même raisonnement pourrait-il recevoir application, dès lors qu'il s'agit de délits de répartition de dividendes fictifs et de présentation ou de publication de comptes non fidèles. Il en est d'autant mieux ainsi que les comptes sont arrêtés par l'organe d'administration en son entier et que le délit n'existe que s'il y a présentation ou publication de comptes inexacts, ce qui ne peut s'entendre que d'une opération effectuée par une personne physique qui cherche, par l'accomplissement d'un tel acte, à tromper les associés ou actionnaires, voire des tiers, sur la situation financière de la personne morale⁴.

B. Quant au délit de banqueroute, le législateur avait estimé, avec la loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992, nécessaire de prévoir la responsabilité pénale des personnes morales, l'article L. 654-7 du code de commerce ayant consacré expressément une telle responsabilité. On pourra faire observer que ce texte a été légèrement modifié par la récente ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008⁵, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, qui a supprimé, à la suite de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, toute référence expresse à l'engagement d'une telle responsabilité pour le délit de banqueroute. Les nouvelles dispositions de l'article L. 654-7 du code de commerce ne prévoient que les peines susceptibles d'être prononcées à l'encontre des personnes morales faisant l'objet d'une condamnation pour banqueroute. Néanmoins, il est permis de penser qu'en pratique, c'est le président ou le gérant, personne physique, qui peut engager sa propre responsabilité pénale pour cette infraction. En effet, c'est lui qui aura omis de faire tenir régulièrement une comptabilité, aura eu recours à des moyens ruineux de se procurer des fonds ou aura détourné un élément d'actif. En revanche, l'administrateur est plus mal placé pour commettre un tel délit, dès lors qu'il ne fait que partici-

3 - B. Bouloc, Les personnes morales toujours responsables pénalement ?, Lamy Droit des affaires février 2006, p. 10, et spéc. p. 12.

4 - V. en ce sens, H. Matsopoulou, Les délits relatifs aux comptes sociaux, *in* Lamy Droit pénal des affaires, 2009, nos 1957 et s., et spéc. n° 1965 ; contra : E. Dezeuze, Droit pénal des sociétés : l'heure des comptes, JCP E 2006, Cah. dr. entr. n° 1, p. 41, et spéc. p. 49.

5 - V. à propos de cette ordonnance, les observations du professeur J.-H. Robert, Dr. pénal mars 2009, comm. n° 34, pp. 35 à 37.

per à une décision collective et qu'il n'aura pas accès aux comptes bancaires ou ne pourra pas appréhender certains éléments d'actif. A notre sens, seule la personne physique doit être recherchée pénalement, tandis que la personne morale pourrait être poursuivie pour recel ou être garante des réparations civiles⁶. A cet égard, il est utile de faire remarquer que même si le délit de banqueroute était concerné par le principe de spécialité, cela ne semble pas avoir incité les juges répressifs à prononcer des condamnations à l'encontre des personnes morales⁷.

Cependant, certaines infractions, comme les délits de surévaluation d'apports en nature, dont l'auteur peut être «toute personne»⁸ (art. L. 241-3, 1° et L. 242-2, C. com.), le fait de se faire accorder des avantages pour voter dans un certain sens ou ne pas participer au vote (art. L. 242-9, 3°, C. com.), ou les incriminations liées à la liquidation des sociétés (art. L. 247-5 à L. 247-6, C. com.), pourraient être retenues à l'encontre des personnes morales, si les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal sont réunies, savoir un acte accompli par un organe ou représentant agissant pour le compte de ladite personne morale.

Il en résulte donc qu'en matière de droit pénal des sociétés, la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales ne devrait pas, en principe, avoir de conséquence sur les infractions dominantes de ce secteur. Mais, il est vrai qu'on peut toujours craindre des interprétations jurisprudentielles extensives, ce qui serait peu conforme à la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale. Il reste à se demander quelle est la position jurisprudentielle, dès lors qu'il s'agit d'infractions de droit commun portant atteinte aux biens et intéressant la vie des affaires.

Section II – La responsabilité pénale des personnes morales et les délits du droit commun intéressant la vie des affaires

Nombreuses sont les infractions susceptibles d'être commises par des personnes morales et qui concernent la vie des affaires. On retiendra notamment quelques délits portant atteinte aux biens, à propos desquels la jurisprudence a eu l'occasion de poser des nouvelles règles quant à l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales.

6 - H. Matsopoulou, Jurisclasseur Droit pénal des affaires, V° Banqueroute et autres infractions, sept. 2007, et spéc. n° 19.

7 - Il semble que la jurisprudence est inexistante en la matière : v. H. Matsopoulou, Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. et patrimoine 2006, n° 149, p. 48, et spéc. p. 55.

8 - J.-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, PUF, coll. Droit fondamental, 2004, n° 251.

Si on prend en considération la jurisprudence la plus récente, on fera allusion à l'abus de confiance, au faux en écriture et au recel.

En ce qui concerne le délit d'abus de confiance, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée, par un arrêt du 1^{er} avril 2008⁹, en la matière. En l'espèce, un centre de formation des enseignants, qui organisait des stages de sensibilisation à la sécurité routière et de récupération de points de permis de conduire, a fait l'objet d'une condamnation par les juges du fond pour le délit d'abus de confiance. C'est qu'en effet, la société était tenue d'obtenir un agrément préfectoral subordonné à l'emploi d'au moins une personne titulaire d'un diplôme de psychologue. Ayant embauché une telle personne, la société a produit la copie du diplôme de la salariée, non seulement à la préfecture du département où elle devait principalement travailler, mais aussi à celles d'autres départements où ladite société souhaitait être agréée. Mais, la psychologue, se plaignant de cet usage abusif, a fait citer directement la société des chefs d'usurpation de titre ou de diplôme et d'obtention indue d'une autorisation administrative. La cour d'appel de Lyon avait retenu le délit d'abus de confiance par détournement de la destination du diplôme universitaire. Mais, la Cour de cassation a censuré la décision de condamnation, car, d'une part, les juges répressifs ne s'étaient pas suffisamment expliqués sur l'élément intentionnel de l'infraction et, d'autre part, ils n'avaient pas indiqué quels organes ou représentants, agissant pour le compte de la société, avait commis le délit.

Une telle solution, qui confirmait en réalité une jurisprudence antérieure bien établie en matière de délits intentionnels, paraît tout à fait justifiée, car la mauvaise foi des organes ou représentants doit être établie. Cependant, cette règle jurisprudentielle a été bouleversée, par un arrêt récent de la chambre criminelle du 25 juin 2008¹⁰. En l'espèce, les sociétés concernées étaient poursuivies et condamnées pour faux et complicité de faux. Dès lors, il ne s'agissait pas de délits involontaires susceptibles d'être en relation avec des accidents de travail survenus au sein de l'entreprise, mais d'infractions intentionnelles. Or, les juges répressifs auraient dû rechercher si les organes ou représentants de ces sociétés étaient intervenus dans le principe ou la mise en œuvre des opérations illicites. Il faut bien convenir que, dans la présente affaire, aucun élément ne faisait apparaître que le recours à de telles pratiques a été décidé au niveau le plus élevé. Cependant, la juridiction du second degré n'a pas hésité à sanctionner les sociétés intéressées, sans identifier les organes ou représentants qui, agissant pour le compte de celles-ci, ont commis les faits délictueux.

9 - Dr. pénal 2008, comm. n° 140, 1^{re} esp., note M. Véron.

10 - Dr. pénal 2008, comm. n° 140, 2^e esp., note M. Véron, R. L. Concurrence 2009, n° 18, p. 62 obs. B. Bouloc, Rev. sociétés 2008, p. 873 note H. Matsopoulou, Rev. sc. crim. 2009, p. 89, obs. E. Fortis.

On pourra, en outre, faire observer que les juges répressifs n'ont même pas pris soin d'utiliser, dans leur décision de condamnation, une formule permettant de présumer la mauvaise foi desdits organes ou représentants, alors que les infractions reprochées étaient intentionnelles. Pour sa part, la Haute juridiction approuve le raisonnement des juges du fond, en estimant que les infractions retenues s'inscrivaient « dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause » et ne pouvaient, dès lors, « avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants ».

Cette nouvelle interprétation jurisprudentielle de l'article 121-2 du code pénal pénalise gravement les personnes morales, puisque, dès lors qu'il s'agit de faits délictueux, intentionnels ou non, se produisant au sein de l'entreprise, ils sont présumés avoir été commis par les organes ou représentants de la personne morale. Ce faisant, la Cour de cassation heurte le principe de la présomption d'innocence, garanti par l'article 6 paragraphe 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 loi pénale (art. 111-4, C. pén.). Faut-il encore le rappeler ici 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. C'est pour toutes ces raisons qu'il ne nous paraît pas raisonnable de fonder la responsabilité pénale des personnes morales sur une présomption d'imputation, du fait qu'une infraction a été commise dans le cadre de l'activité de l'entreprise et ne pouvait donc que relever, d'une façon vague et abstraite, de la compétence ou du pouvoir d'un organe ou d'un représentant¹¹.

Si le juge répressif doit rechercher le sens exact de la loi pénale, il ne lui appartient pas de méconnaître les termes clairs et précis d'un texte, comme ceux de l'article 121-2 du code pénal, en faisant prévaloir sur la lettre de la loi un critère « utilitaire », dont l'application lui permettrait d'engager la responsabilité pénale des personnes morales en dehors du cadre strictement défini par le législateur. Il ne conviendrait pas non plus de prétendre que si le juge pénal s'était montré moins audacieux, en respectant les limites fixées par l'article 121-2 du code pénal, la

11 - V. en ce sens, J.-C. Saint-Pau, note sous Cass. crim. 20 juin 2006, D. 2007, p. 617, et spéc. p. 620 ; cf. aussi sur la question : J.-H. Robert, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, Mélanges dédiés à B. Bouloc, Les droits et le Droit, Dalloz 2006, p. 974 et s., et spéc. pp. 981 et 982.

responsabilité pénale des personnes morales aurait eu peu d'occasions d'être engagée. A notre connaissance, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale n'a pas encore été abrogé ...

Il faut bien reconnaître que la solution retenue par l'arrêt du 25 juin 2008 ne frappe pas par son originalité, puisque, un mois auparavant, la chambre criminelle avait approuvé la décision des juges du fond ayant déclaré les sociétés France Télévisions, France 2 et France 3 coupables du délit de publicité en faveur du tabac, délit intentionnel, sans prendre soin d'identifier l'« organe » ou le « représentant » ayant permis d'engager une telle responsabilité¹².

Quoi qu'il en soit, cette position jurisprudentielle ne peut que profiter aux dirigeants sociaux, car, en l'absence d'identification de la personne physique, ces derniers ne peuvent pas être poursuivis cumulativement avec la personne morale, comme l'autorise l'article 121-2, al. 3, du code pénal. Peut-être, est-ce un moyen de mettre à néant les prescriptions de ce texte, et de satisfaire partiellement au vœu des rédacteurs de la circulaire du garde des Sceaux Crim-06-3 / E8 du 13 février 2006 précitée¹³.

Quant au délit de recel, la responsabilité pénale des personnes morales est tout à fait concevable en la matière. Il peut en être ainsi pour le recel d'abus de biens sociaux, dès lors que les sommes prélevées dans la caisse sociale constituent un abus, auquel cas la société qui, par l'intermédiaire de son dirigeant, les reçoit, peut se voir reprocher le délit. Il pourrait en être de même, si une société servait d'intermédiaire pour transmettre à une autre les fonds abusivement prélevés.

Pour sa part, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la responsabilité pénale des personnes morales dans ce domaine. On pourra notamment relever un arrêt du 7 mai 2002¹⁴, par lequel la chambre criminelle a cassé la décision des juges du fond ayant condamné un groupement agricole d'exploitation en commun (G.A.E.C.), doté de la personnalité morale, pour recel d'escroquerie, sans rechercher si les faits dénoncés avaient été commis par un organe ou représentant de ce groupement. La juridiction de renvoi a relaxé ce dernier, en estimant que si ledit groupement avait, par ses dirigeants de l'époque, reçu les fonds provenant du délit d'escroquerie en pleine connaissance de leur origine frauduleuse, ce fait n'était devenu pénalement répréhensible à

12 - Cass. crim. 14 mai 2008, Dr. pénal 2008, comm. n° 114 note J.-H. Robert. En outre, la responsabilité pénale d'une société peut être retenue, sans identification de la personne physique ayant la qualité d'organe ou de représentant, dès lors qu'il s'agit d'une contravention : v. en ce sens : Cass. crim. 21 février 2006, Dr. pénal 2006, comm. n° 71 note J.-H. Robert (en l'espèce, une société a été poursuivie et condamnée pour avoir exploité une installation classée, sans se conformer à l'arrêté de mise en demeure de respecter ses conditions de fonctionnement).

13 - V. H. Matsopoulou, Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : présentation de la circulaire Crim-06-3 / E8 du 13 février 2006, Rev. sociétés 2006, n° 3, p. 483 et s., et spéc. p. 488.

14 - Pourvoi n° 01-82.521.

l'encontre du groupement qu'à compter du 1^{er} mars 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau code pénal instituant la responsabilité pénale des personnes morales. Or, à cette date, il n'y avait qu'un seul membre associé du G.A.E.C., qui était aussi le seul représentant ou organe de celui-ci. Cependant, la responsabilité pénale de cette personne ne pouvait plus être mise en cause, puisqu'elle avait été définitivement relaxée. Néanmoins, la Haute juridiction n'a pas hésité à censurer cet arrêt, au motif que, malgré la décision de relaxe, la cour d'appel de renvoi aurait dû rechercher si le seul organe ou représentant du G.A.E.C. n'avait pas, en connaissance de cause, permis à ce groupement de conserver les fonds provenant du délit d'escroquerie¹⁵. Une telle solution peut parfaitement se comprendre, car le recel est un délit continu et se trouve établi, dès lors que l'on conserve les fonds frauduleusement obtenus ou le profit illicite provenant de l'infraction d'origine. Dans ces conditions, il importait peu qu'au moment de la réception des sommes provenant du délit d'escroquerie (en 1990), la responsabilité pénale des personnes morales n'ait pas encore été admise.

Cependant, il est permis de se demander si cette jurisprudence conserve tout son intérêt aujourd'hui, quant à la caractérisation de l'élément moral de l'infraction. C'est qu'en effet, depuis l'arrêt du 25 juin 2008 précité, les juges répressifs seront désormais amenés à présumer à la fois la connaissance, par les organes ou représentants non identifiés de la personne morale, de la provenance illicite des biens et leur volonté de les conserver ou d'en tirer un profit quelconque.

En définitive, trois ans après l'entrée en vigueur de la règle de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, on pourrait penser que celle-ci serait difficilement mise en œuvre, dès lors qu'il s'agit de délits « attitrés », qui ne devraient être imputés qu'aux seules personnes physiques ayant une qualité déterminée¹⁶. Quant aux infractions du droit commun applicables dans la vie des affaires, la jurisprudence répressive pénalise gravement les personnes morales, en établissant une présomption d'imputation à leur encontre¹⁷, du fait qu'une infraction a été commise dans le cadre de l'activité de l'entreprise et ne pouvait donc que relever de la compétence ou du pouvoir d'un organe ou d'un représentant.

15. Cass. crim. 8 septembre 2004, pourvoi n° 03-85.826.

16 - Quelques aspects du droit pénal dans le droit des sociétés, in *D'un Code à l'autre : Le Droit commercial en mouvement*, ouvrage collectif de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), sous la direction du professeur P. Le Cannu, éd. LGDJ, 2008, pp. 325 et s., et spéc. p. 328.

17 - V. aussi à propos du délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur : Crim. 24 mars 2009, Dr. pénal 2009, comm. n° 84, note J.-H. Robert.

Lors de la présentation du nouveau code pénal, M. R. Badinter a pu dire que la responsabilité pénale de la personne morale ferait disparaître la présomption de responsabilité pénale pesant en fait sur des dirigeants à propos d'infractions dont ils ignorent parfois l'existence¹⁸. Or, vingt-un ans après cette belle déclaration, la jurisprudence a totalement renversé cette règle en instituant une présomption d'imputation des infractions commises au sein de l'entreprise à l'encontre des personnes morales. On pourra alors dire que celles-ci sont désormais considérées par le juge pénal comme des présumées coupables !

18 - Présentation du Code pénal, Dalloz, 1988, p. 17.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE ET ADMINISTRATIVE DES PERSONNES MORALES ET INFRACTIONS BOURSIÈRES

Anne-Dominique Merville
*Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise,
Directrice du Master droit pénal financier,
Membre du Centre droit pénal économique*

Kerviel, Madoff ou les *subprimes*... La personne morale peut voir bien évidemment sa responsabilité recherchée...et il n'est pas réellement question de dépénaliser...

L'efficacité des marchés financiers suppose un certain nombre de principes notamment celui selon lequel il est possible de faire confiance au marché et au mécanisme de formation de cours. Le marché ne doit pas être perturbé par de fausses informations ou par des manœuvres illicites. De même, il ne faut pas qu'un bénéficiaire d'informations pertinentes et non connues du public puisse indûment les utiliser. Pour ce faire, le droit français incrimine un certain nombre de comportements, qui peuvent également, le plus souvent, faire l'objet de sanctions de la part de l'Autorité des marchés financiers.

Néanmoins la répression en matière boursière a été tout d'abord exclusivement pénale et ne portait que sur la manipulation de cours, dit délit de spéculation illicite et les atteintes au monopole des agents de change. Le délit de manipulation de cours fut abrogé par erreur par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 réformant le droit de la concurrence puis reformulé à l'article L. 443-2 du code de commerce. Il s'agit de punir le fait d'opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des biens ou de services ou d'effets publics ou privés en diffusant des informations mensongères ou calomnieuses, en jetant sur le marché des offres destinées à troubler les cours en utilisant tout autre moyen frauduleux. Mais sous l'influence de la législation américaine, et

de la création d'une autorité boursière en France et également à la suite du scandale Péchiney-Triangle, plusieurs délits ont été institués dans la législation française comme le délit d'initié¹, le délit d'initié par communication d'informations privilégiées², et le délit de diffusion de fausses informations³. Les délits boursiers sont aujourd'hui l'objet des articles L. 465-1 et L. 465-2 du code monétaire et financier, l'article L. 465-3 du même code étendant la répression aux personnes morales. Cette réglementation a été ensuite unifiée au plan européen par la directive dite abus de marché n° 2003/6/CE du 28 avril 2003.

Ces incriminations figurent également dans le Règlement général de l'AMF qui prévoit un pouvoir de sa sanction propre contre des agissements très voisins de ceux visés par le code monétaire et financier. L'idée est que la gravité des infractions ainsi que leur caractère bicéphale, atteinte aux personnes et atteinte aux marchés, justifient cette double possibilité de sanction⁴.

Ce principe est admis notamment par l'article 14 § 1 de la directive dite abus de marché n° 2003/6/CE du 28 avril 2003, qui prévoit « sans préjudice de leur droit d'imposer des sanctions pénales, les Etats membres veillent à ce que conformément à leur législation nationale, des mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de la présente directive ».

La question qui se pose est de savoir s'il existe concrètement une responsabilité pénale et administrative où finalement cela n'est-il pas deux responsabilités pénales ? En effet, si dans l'incrimination et la procédure la distinction ne fait pas de doute, il est possible de se poser la question dans la sanction. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une conception large de la matière pénale en y englobant tout fait incriminé par une disposition de portée générale, assortie d'une sanction à caractère punitif, ayant un certain degré de gravité, et même si les sanctions sont prononcées par une autorité administrative ou des instances disciplinaires⁵. De même, la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 31 mars 2004 que les sanctions prononcées par l'autorité de régulation boursière sont des sanctions pénales au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶.

1 - Loi n° 70-1203 du 23 décembre 1970.

2 - Loi n° 89-531 du 2 août 1989.

3 - Loi n° 88-70 du 22 janvier 1988.

4 - A. Couret, H. Le Nabasque, M-L. Coquelet, Th. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet, D. Robine, *Droit financier*, Dalloz 2008, n° 1527.

5 - CEDH 8 juin 1976, Engel.

6 - Cass. com 31 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 65, dans le même sens CE 4 février 2005, RFDA 2005, p 1174.

Pour autant il existe bien actuellement un cumul des incriminations et un cumul des poursuites et des sanctions à l'égard de la personne morale dans le cadre des infractions boursières.

Section I - Le cumul administratif et pénal des incriminations en matière boursière à l'égard de la personne morale

La législation pénale prévoit trois délits que sont les opérations d'initiés, la diffusion de fausses informations et la manipulation de cours. Les sanctions pénales que seul le tribunal de grande instance de Paris est compétent pour prononcer sont particulièrement élevées⁷.

§ 1 : L'organisation du cumul administratif et pénal

Sans reprendre en détail toutes ces incriminations, il est à noter que pour 2007, la Commission des sanctions de l'AMF a mené 28 procédures de sanction à terme, sanctionnées 65 personnes physiques et 26 personnes morales, autrement dit l'imputation aux personnes morales est quasi automatique. Cela n'est guère choquant car un dirigeant agissant dans l'exercice de ses fonctions incarne en effet la société au nom et pour le compte de laquelle il s'exprime. La mise en cause de la responsabilité pénale et administrative de la personne physique s'accompagne de la responsabilité pénale et administrative de la personne morale sans qu'il soit nécessaire d'établir une faute propre de la société.

L'actualité est donc riche d'exemple. Pour la Cour de cassation, la responsabilité de la personne morale est engagée de plein droit par l'information inexacte ou trompeuse diffusée en son nom par son dirigeant qui, lorsqu'il agit dans l'exercice de ses fonctions « incarne la société au nom et pour le compte de laquelle il s'exprime »⁸. Cette responsabilité de la personne morale du fait de l'information diffusée en son nom par ses dirigeants contribue à une certaine efficacité de la sanction et peut être de nature à inciter les émetteurs à exercer une vigilance sur l'information qu'elle diffuse. Il est à noter que l'AMF n'opte pas pour une responsabilité automatique de la personne morale. Dans chaque espèce, la commission des sanctions recherche si les autres dirigeants de la société émettrice auraient pu avoir accès aux éléments leur permettant de vérifier l'exactitude de l'information communiquée en son nom par certains de ses anciens représentants. C'est ainsi, que

7 - La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a rehaussé le plafond des sanctions pécuniaires applicables aux prestataires de services d'investissement (banque, société de bourse, etc.) en cas de manquements à leurs obligations professionnelles et à toutes personnes pour abus de marché (délit d'initiés, manipulations de cours, diffusion d'une fausse information) pouvant être prononcées par la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers pour le porter de 1,5 million d'euros à 10 millions d'euros. Ces nouvelles dispositions plus sévères ne s'appliqueront que pour les faits commis à compter du 6 août 2008.

8 - Cass. com 19 décembre 2006, Vivendi Universal, Bull. Joly Bourse 2007, p 175, § 27 note A. Deprez-Graff, RTD Fin n° 1, 2007, p 122 obs. B. Garrigues, Banque et Droit n° 112, mars-avril 2007, p 35 obs. H. de Vauplane, J.J. Daigre, B. de Saint-Marc et J-P. Bornet.

dans l'affaire « Générrix », dès lorsqu'il n'a pas été démontré que le nouveau président ou un autre membre du comité de direction ait été en mesure d'accéder aux informations en cause, c'est au bénéfice du doute que les griefs ne sont pas retenus à l'égard de la personne morale⁹. Parfois, la commission des sanctions n'exonère pas totalement la responsabilité de la personne morale, mais atténue sensiblement la sanction¹⁰.

§ 2 : L'application jurisprudentielle du cumul administratif et pénal

Une dernière affaire en date nous en donne une parfaite illustration.

Dans l'affaire « Marionnaud », l'attention de l'AMF avait été attirée à la suite de l'annonce par la société du report de la publication des résultats du premier semestre 2004, sur la publication par la société d'éléments chiffrés erronés relatifs à ses chiffres d'affaires annuels et semestriels. Initialement prévue au mois d'octobre 2004, la publication des résultats du premier semestre s'était finalement intervenue qu'au mois de décembre, après plusieurs communiqués publics de la société faisant état de corrections d'erreurs passées et de la volonté de présenter des comptes conformes. Par ailleurs les nouveaux commissaires aux comptes ont alors révélé au Procureur de la République l'existence d'irrégularités affectant les comptes. En l'espèce, ayant constaté que, selon les aveux mêmes, le PDG de la société Marionnaud avait procédé lui-même et « *de sa propre main* » aux majorations de taux litigieuses, la Commission des sanctions a énoncé qu'il fallait pour fixer le quantum de la sanction « tenir compte de ce que les manquements commis sont directement liés à la personnalité des anciens dirigeants »¹¹. Ce faisant, la Commission des sanctions a constaté que les nouveaux dirigeants de la société s'étaient séparés des auteurs de l'information trompeuse et avaient pris des mesures pour révéler au public les informations inexacts précédemment diffusées et pour éviter le renouvellement de tels manquements. Si cette attitude ne remettait pas en question la responsabilité de la société, la Commission des sanctions en a tenu compte dans la détermination du quantum de la sanction pécuniaire : 500 000 euros pour la personne morale 1 000 000 euros pour le dirigeant. Cette décision a été confirmée par la suite par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 juin 2008¹². Bien entendu, la répartition des responsabilités de la société et de ses dirigeants trouve un équivalent dans le champ pénal. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris le 2 février 2007¹³

9 - Sanction AMF 6 janvier 2005, Générrix, Rev. Mens AMF n°12 mars 2005, p 63, Banque et Droit mars 2005, n°100, p 25 obs. H. de Vauplane, J.J. Daigre.

10 - Sanction AMF 6 avril 2006, Cofidur, Rev. Mens AMF, n°30, novembre 2006, p 129, Banque et Droit janvier-février 2007, n°111, p 29 obs. H. de Vauplane, J.J. Daigre, B. de Saint-Marc et J-P. Bornet.

11 - Sanction AMF 5 juillet 2007, Bull. Joly Bourse janvier-février 2008, § 5, p 46 note E. Dezeuze et G. Buge.

12 - Bull. Joly Bourse 2008, § 60, p. 484 note J. Lasserre Capdeville.

13 - CA Paris, 9e ch. corr. B, 2 février 2007, n° 06/08079, RTD Com. 2007, p. 413 note N. Rontchevsky, RTDF n° 1/2007 obs. E. Dezeuze.

condamne uniquement la personne morale pour une manipulation de cours. Pour mettre en jeu la responsabilité pénale de la société prestataire de services d'investissement, la cour relève « qu'il résulte des investigations effectuées et notamment d'une communication téléphonique enregistrée le 22 octobre 2002 entre X et J. M., chargé des relations avec la clientèle au sein du bureau lyonnais de la société W, que ce dernier a été clairement informé de la décision de son interlocuteur de faire acquérir 200 000 actions D, par les sociétés D et S ; qu'il a participé activement, sachant que ces deux sociétés étaient liées, à l'évolution à la hausse volontaire souhaitée par X ». La cour ajoute que « comme l'a dit le tribunal par des motifs qui sont adoptés, c'est dans le cadre de ses fonctions et alors qu'il avait reçu pouvoir de la direction de la société W d'exécuter les ordres des clients de celle-ci, que J. M., agissant en conséquence comme représentant, a commis, pour le compte de ladite société, les faits reprochés ; que l'élément intentionnel est caractérisé à l'égard de ce représentant, mais n'a pas à être recherché chez la personne morale, laquelle n'est pas déclarée coupable, mais pénalement responsable de ces faits ; que le jugement déféré sera donc confirmé en ces dispositions relatives à la société W, pénalement responsable de l'infraction de manipulation de cours ». Selon la cour, le salarié de la personne morale, chargé de relations avec la clientèle, avait conscience de participer à des opérations destinées à provoquer une hausse artificielle du cours du titre. Mais la responsabilité pénale de la personne morale pouvait-elle être engagée par des actes de l'un de ses salariés ? L'article L. 121-2, alinéa 1^{er} du code pénal dispose que les personnes morales sont responsables pénalement « des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Or, la société prestataire de services d'investissement faisait valoir que les opérations en cause étaient imputées à l'un de ses salariés, non poursuivi du reste, qui n'était pas titulaire d'un mandat social lui conférant la qualité d'organe de la société, ni d'une délégation de pouvoir, permettant de le qualifier de représentant. La cour a écarté l'argument en considérant que le salarié avait le pouvoir d'exécuter les ordres qui lui étaient transmis par les clients, de sorte qu'il avait le pouvoir de représenter la personne morale. Retenir la responsabilité pénale de la personne morale en raison des actes d'un salarié ayant le pouvoir de l'engager civilement mais ne disposant pas d'une délégation de pouvoir remet en cause cette conception et conduit à une extension considérable de la responsabilité pénale des personnes morales.

Mais la voie pénale est intéressante car la jurisprudence affirme qu'une société peut être victime de la même infraction commise par ses dirigeants, et elle est recevable à se constituer partie civile de ce chef à leur rencontre¹⁴, tout comme elle peut se voir attribuer des dommages-intérêts réparant le préjudice que lui a causé l'infraction¹⁵.

14 - Cass. crim 29 novembre 2000, Bull. Joly Société 2001, § 101, p 407 note J-D. Belot et E. Dezeuze.

15 - CA Paris 14 septembre 2007, RTD Fin 2007, n°4 obs. N. Rontchevsky.

Section II - Les cumuls administratif et pénal des poursuites et des sanctions en matière boursière à l'égard de la personne morale

Indéniablement, ces cumuls ont des avantages. La procédure pénale offre des possibilités importantes d'investigations, et la procédure administrative est rapide¹⁶, et dans les deux cas, les sanctions sont lourdes (§1) mais cette règle subit aujourd'hui de nombreuses critiques (§2).

§1 : L'organisation de ces cumuls de poursuites et de sanctions

Concrètement lorsque l'Autorité des marchés financiers décide de sanctionner une personne pour l'un des manquements envisagés par son règlement, et que ce manquement est susceptible de constituer également un des délits prévus aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du code monétaire et financier, elle doit transmettre le rapport d'enquête ou de contrôle au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris. Il est donc courant qu'une même infraction boursière soit poursuivie par l'AMF et par le juge judiciaire et qu'elle soit sanctionnée pénalement en tant que délit et administrativement en tant que manquement au règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

Pour bien mener sa mission, l'AMF dispose d'un service de surveillance et d'enquête¹⁷. Elle veille à la régularité des opérations effectuées sur des titres faisant l'objet d'appel public à l'épargne et également au respect des obligations professionnelles auxquelles sont astreintes, les entités ou personnes placées sous leur autorité¹⁸.

Pour pouvoir de saisir de faits qu'elle estime suspects et susceptibles d'être contraires au Règlement général, l'AMF doit avoir en premier lieu connaissance de ceux-ci. Le service de surveillance de l'AMF est ainsi à

16 - D. Ohl, Droit des sociétés cotées, Litec, 3ème édition, 2008, n° 595 et s. ; Ch. Arzouze, Réflexions sur les propositions du Rapport Coulon concernant le pouvoir de sanction de l'AMF, Bull. July Bourse 2008, § 28, p 246 ; Y. Paclot, Les propositions du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires visant à supprimer le cumul de sanctions pénales et administratives en matière financière, RD bancaire et fin., n° 2, mars-avril 2008, p 1.

17 - S. Loyrette, Le contentieux abus de marché, Joly Editions, 2007, n°21.

18 - Notamment :

- Les prestataires de services d'investissement agréés ou exerçant leur activité en libre établissement en France ainsi que les personnes morales placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte ; - Les personnes autorisées à exercer l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers
- Les dépositaires centraux et les gestionnaires de système de règlement et de livraison d'instruments financiers
- Les membres des marchés réglementés non prestataires de services d'investissement ;
- Les entreprises de marché ;
- Les chambres de compensation d'instruments financiers ;
- Les organismes de placements collectifs et leurs sociétés de gestion ;
- Les conseillers en investissements financiers ;
- Les dépositaires d'organismes de placement collectif ;
- Les évaluateurs immobiliers.

L'origine de la majorité des enquêtes ayant trait au cours des instruments financiers : manquement d'initié ou manipulation de cours. En effet, par le biais de programmes informatiques, le service de surveillance met en évidence les anomalies parmi les transactions effectuées. En matière d'information financière, la plupart des enquêtes surviennent à la suite d'un événement dans la vie économique, très souvent relayées par les médias ou à la suite d'une dénonciation des commissaires aux comptes ou d'anciens salariés. Les enquêteurs peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations. Il est à noter que le pouvoir de ces enquêteurs est important car ils peuvent effectuer des perquisitions et des saisies, sous le contrôle du juge judiciaire. Dans le cadre de l'enquête sont établis des procès-verbaux, et les résultats des enquêtes et des contrôles font l'objet d'un rapport écrit. Ce rapport indique alors les faits relevés susceptibles de constituer des manquements au Règlement général, des manquements aux autres obligations professionnelles ou une infraction pénale. Si l'un des griefs est susceptible de constituer un délit, le collège transmet ainsi au procureur de la République le rapport d'enquête

Le cumul est admis dans les doubles poursuites, indépendantes l'une de l'autre. La poursuite de la nullité de la procédure devant l'autorité boursière est sans incidence sur les poursuites pénales. Ainsi une enquête administrative qui aurait été effectuée dans des conditions ayant porté atteinte à la présomption d'innocence et donc annulée n'entache pas de nullité les poursuites judiciaires¹⁹. Pourtant, concrètement il faut savoir que l'instruction pénale n'apporte pas fréquemment d'élément supplémentaire par rapport à la procédure suivie devant l'autorité de marché. L'essentiel des éléments est puisé dans le dossier transmis par l'autorité de marché au juge d'instruction et à l'audience correctionnelle le ministère public utilise également ce dossier²⁰.

L'initiative de la prise d'une sanction appartient au collège. Le collège examine le rapport d'enquête ou de contrôle établi par les services de l'Autorité des marchés financiers. S'il décide l'ouverture d'une procédure de sanction, il notifie les griefs aux personnes concernées. Il transmet la notification des griefs à la commission des sanctions, qui désigne un rapporteur parmi ses membres. C'est la Commission des sanctions de l'AMF qui va alors décider ou non de prononcer une sanction. L'AMF peut prononcer à l'encontre des prestataires de services d'investissement des sanctions disciplinaires : avertissement, blâme, interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis. L'AMF peut également, soit à la place, soit en sus, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur, depuis la loi LME du 4 août 2008, à 10 millions d'euros ou au

19 - Cass. crim 2 avril 2008, réf. précitées.

20 - D. Ohl, Droit des sociétés cotées, op.cit., n° 598.

décuple du montant des profits éventuellement réalisés. Le cumul des sanctions est manifeste dans la mesure où les sanctions administratives sont en grande partie analogues aux sanctions pénales du point de vue de leur objet qui est pécuniaire. Pour le délit pénal d'abus de marché, le plafond de l'amende est fixé pour les personnes morales, à 7,5 millions d'euros²¹. Pour éviter la superposition des sanctions, la loi du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière prévoit la faculté pour le juge pénal saisi en second d'imputer le montant de la sanction pécuniaire devenue définitive sur le montant de l'amende pénale²².

§2 : La remise en cause de ces cumuls de poursuites et de sanctions

Mais ce cumul des poursuites et de sanctions soulève des réserves d'une partie de la doctrine²³. Selon le principe *non bis in idem* selon lequel une même personne déjà jugée pour un fait délictueux ne peut être poursuivi à nouveau pour le même fait. Ce principe est exprimé à la fois à l'article 4 du protocole n° 7 additionnel du 22 novembre 1984 à la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou encore à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En droit interne, l'article 6, alinéa 1^{er} du code de procédure pénale dispose que « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par (...) la chose jugée ».

Il est à noter que pour le Conseil constitutionnel cette règle est sans valeur constitutionnelle²⁴. Pour la Cour de cassation, la règle *non bis in idem* consacrée par l'article 4 du protocole numéro 7 à la convention européenne des droits de l'homme ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale. De ce fait en matière d'infractions boursières, la possibilité de ce cumul est admise et régulièrement réaffirmée²⁵.

Tout d'abord la Cour de cassation évite de se référer aux textes autres que l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme qui eux ne comportent aucune réserve. Ensuite le Rapport

21 - Article L. 465-3, CMF et article 131-38, CP.

22 - Article L. 621-16, CMF.

23 - C. Ducouloux-Favard et N. Rontchevsky, Infractions boursières : délits boursiers, manquements administratifs, Edition Joly 1997, n° 174 ; F. Stasiak, Les cumuls de sanctions en droit boursier, Bull. Joly Bourse 1997, p 191 ; S. Guinchard, le Droit a-t-il un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?), in, L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz, 1999, p 761 ; J. Lelieur-Fischer, La règle non bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe de l'unicité de l'action répressive, Thèse Paris I, 2005.

24 - Cons. const. déc n° 89-260 du 28 juillet 1989 et déc n° 97-395 du 30 décembre 1997.

25 - Cass. crim 1^{er} mars 2000, Bull. n° 98, Dr pén. 2000, n° 175 obs J-H. Robert, Bull. Joly Bourse 2000, p 443 note N. Rontchevsky, JCP E 2001, chron. p 30 obs. J.J. Daigre ; cass. crim 2 avril 2008, RTDF 2008, p 98 note E. Dezeuze, Bulletin Joly Bourse juillet-août 2008, § 35, p 301 note J. Lasserre Capdeville.

Coulon remis le 20 février 2008 a avancé plusieurs solutions destinées à éviter un tel cumul²⁶. L'idée n'est pas de supprimer le cumul d'incriminations, non plus le cumul de poursuites mais seulement le cumul de sanction qui est pourtant assez rare²⁷. Il va donc rester deux voies de sanction qui seront alternatives ou successives. En effet, ce rapport suggère l'obligation pour l'AMF de dénoncer au plus vite au parquet les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, sans attendre la notification des griefs. Ensuite, il est proposé une conduite parallèle de l'enquête par l'AMF et de l'enquête judiciaire, avec des échanges d'informations, de pièces, et de demandes d'avis tels qu'ils ont d'ores et déjà pratiqués. Dans l'attente de la décision finale du parquet quant à la suite judiciaire ou administrative, le rapport prévoit que l'AMF serait tenue de surseoir à statuer à l'engagement des sanctions. De même, à l'issue de l'enquête pénale et après avis de l'AMF, le parquet aurait la possibilité de renvoyer la procédure à l'AMF pour une sanction administrative. Enfin, au cas où celle-ci ne serait pas finalement proposée il serait toujours possible pour le parquet de poursuivre. Toutefois, l'article L. 621-20-1 du code monétaire et financier prévoit d'ores et déjà que l'AMF doit avertir au plus vite le Parquet de crimes ou délits dont elle acquiert la connaissance. Autrement dit cette proposition peut permettre au plus de réduire de quelques semaines la procédure AMF²⁸. Par ailleurs, la teneur des informations qui sera transmise sera alors plus fragmentaire²⁹. En outre, cela peut avoir comme conséquence d'allonger singulièrement les procédures. Dans un second temps, le Rapport Coulon préconise de fusionner les enquêtes administratives et pénales en créant des enquêtes communes sous l'autorité du procureur de la République. Dans cette hypothèse, il est probable que le champ d'action de la Commission des sanctions de l'AMF se réduise aux seules infractions n'ayant pas d'équivalent pénal. La réponse sera donné dans quelques semaines par le législateur qui souhaite réorganiser ces poursuites et ces sanctions...

26 - La dépenalisation de la vie des affaires, Rapport du groupe de travail présidé par M. le Premier Président Coulon, La documentation française, janvier 2008.

27 - Ch. Arzouze, Réflexions sur les propositions du Rapport Coulon concernant le pouvoir de sanction de l'AMF, art. cit., n° 8.

28 - Cette procédure dure aujourd'hui entre 6 et 18 mois.

29 - Ch. Arzouze, Réflexions sur les propositions du Rapport Coulon concernant le pouvoir de sanction de l'AMF, art. cit., n° 10.

**LA RESPONSABILITE PENALE EN DROIT
DU TRAVAIL : VERS UN NOUVEL EQUILIBRE
ENTRE PERSONNES PHYSIQUES
ET PERSONNES MORALES ?**

Alain Cœuret

*Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise,
Directeur du Master de droit social*

Puisqu'en écho au rapport Coulon, il nous est offert de réfléchir sur les tendances à la dépenalisation de la vie des affaires, disons d'emblée qu'en droit du travail aucun déclin de la responsabilité pénale ne peut être observée¹.

Tout au contraire, la loi nouvelle reste souvent accompagnée d'une incrimination qui lui est spécialement dédiée, à moins que le législateur opte pour l'extension du champ initialement assigné à de plus anciennes, aux allures de « diva juridique ». Pour illustrer cette dernière hypothèse, il n'est que de songer au fameux délit d'entrave à la mise en place et au fonctionnement des institutions représentatives élues et syndicales, des salariés dans l'entreprise. Créé en 1945/1946 pour garantir le respect des premières formes de représentation institutionnelles, l'infraction sera successivement étendue au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, à la section syndicale et au délégué

¹ - Sur ce point comme sur maintes questions abordées dans cette communication le lecteur pourra se reporter pour de plus amples explications à notre ouvrage, écrit en collaboration avec E. Fortis, Droit pénal du travail, Manuel Litec, 4ème éd., octobre 2008.

du même nom, puis au comité de groupe, puis encore, au comité d'entreprise européen, tandis qu'au plan individuel, l'enrichissement constant de la catégorie de salariés dits « protégés » bénéficiant du fameux statut protecteur contre le licenciement et les mesures assimilées, conduira à rendre toujours plus présent le risque de poursuites fondées sur une telle qualification.

Aussi bien, quel chef d'entreprise, quel directeur des ressources humaines (DRH) n'éprouve-t-il jamais la crainte d'apprendre, à l'issue d'une réunion orageuse de son comité d'entreprise, que celui-ci s'est constitué partie civile, à moins que cette constitution n'émane de l'un des syndicats présents dans l'entreprise qui invoque une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ?

Quel chef d'entreprise, quel DRH n'éprouve-t-il jamais l'angoisse, au détour d'une mise à disposition de personnel, d'entendre qu'il pratique un prêt illicite de main d'œuvre ou du marchandage ?

Quel chef d'entreprise, quel DRH ne redoute-t-il jamais d'être cité devant le tribunal correctionnel, entre une affaire de coups et blessures volontaires et une autre, non moins sordide d'abus sexuels, pour non respect des règles d'hygiène et de sécurité du travail ?

On pourrait prolonger ce *lamento* en évoquant la dernière génération d'infractions ayant pris place (et quelle place !) dans la vie sociale des entreprises. On aura reconnu les différents délits de discrimination, de harcèlement sexuel, moral et autres atteintes à la dignité du travailleur, dont les frontières précises échappent encore parfois à l'interprète ainsi qu'au juge.

Non, à l'évidence, ces décideurs stressés par le droit pénal ne peuvent pas aisément convenir de l'actualité d'une dépénalisation, même modeste, de ce qui forme la trame juridique de leur pratique quotidienne.

De même qu'ils ne peuvent pas aisément convenir d'une moindre application des sanctions pénales existantes qui se seraient aux dires de certains progressivement statufiées en sentinelles immobiles, se bornant à souligner par leur présence symbolique une valeur sociale éminente.

Bien au contraire, le contentieux pénal du travail paraît parfois sur le point de se densifier, notamment sous l'effet d'une évolution de la pratique des principaux acteurs du constat des infractions que sont les inspecteurs et les contrôleurs du travail. Il échappe encore trop souvent à l'observateur que le nombre relativement modeste de poursuites contre les employeurs au regard des inobservations relevées, reste en grande partie conditionné par l'esprit de modération qui demeure,

La responsabilité pénale en droit du travail :
vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

globalement, le trait distinctif de ce corps administratif par ailleurs doté du pouvoir exorbitant en procédure pénale de ne pas dresser immédiatement procès verbal de l'infraction et d'opter pour une solution alternative à la répression².

Mais si, pour toutes ces raisons, il n'y a pas, aux yeux du travailleur, à proprement parler de dépenalisation, son attention est attirée par un autre phénomène qui, d'une certaine façon, pourrait être vécu comme équivalent par les sujets traditionnels de la règle répressive que sont les décideurs, chef d'entreprise et préposés, détenteurs, d'une délégation ou d'une sub-délégation de pouvoirs.

Ce phénomène n'est autre que celui du déplacement de la menace pénale vers une nouvelle catégorie de responsables que sont les personnes morales, étant observé que, dans le secteur étudié, celles-ci assument patrimoniallement la qualité d'employeur, partie au contrat de travail et plus généralement titulaire de différentes attributions de nature institutionnelle dans l'entreprise, ce qui les rend du même coup débitrices des obligations légales et réglementaires qu'engendre la détention d'une telle qualité³.

En droit du travail, la disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales provoquée par la loi Perben II du 9 mars 2004 a achevé le travail de décloisonnement commencé dès l'adoption du nouveau code pénal et qui s'était poursuivi à un rythme assez intense, notamment avec la loi quinquennale sur l'emploi de décembre 1993.

C'est avec cette loi en effet que l'important sous-ensemble formé des infractions dites de travail illégal, est devenu imputable aux personnes morales et il n'est pas indifférent de relever que certaines de ces infractions ont littéralement servi de banc d'essai aux tribunaux pour la mise au point du régime de la responsabilité nouvelle.

En porte témoignage le jugement exemplaire du tribunal correctionnel de Versailles du 18 décembre 1995 imputant à une société employeur le

2 - Faculté qui résulte de la Convention n° 81 de l'Organisation Internationale du Travail ratifiée par la France, dont l'article 17 stipule : « Il est laissé libre à la décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites ». Le Conseil d'Etat a ensuite pris position sur ce point en confirmant une telle liberté d'appréciation et en décidant que le refus de dresser procès-verbal ne pouvait être censuré par le juge administratif qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation (CE 3 octobre 1997, JCP 1997 II, 10020 concl. Chauveaux). Cette solution illustre le principe d'indépendance de l'inspection du travail érigé quelques mois avant en principe général du droit par la Haute juridiction administrative (CE 9 octobre 1996, Rev. Dr. Public 3/97, 894, concl. Mangue, obs. Auby.

3 - La recodification du code du travail intervenue en mai 2008 s'est traduite par une généralisation de la référence à l'employeur dans les textes de portée pénale, ce qui souligne encore plus, s'il en était besoin, la pertinence de l'imputation des infractions correspondantes à la personne morale.

délict de marchandage et qui néglige la responsabilité de l'organe lequel, réunissait pourtant sur sa tête tous les éléments de l'infraction⁴.

Cette condamnation sélective fit dire au commentateur de la décision, aujourd'hui présent parmi nous dans la fonction éminente du rapporteur de synthèse, que « parti à la recherche d'une intention qui aurait dû germer dans l'esprit du dirigeant, le tribunal a découvert une pratique vicieuse de l'entreprise elle-même, qu'on songe si peu à reprocher à son président que le parquet a négligé de le poursuivre »⁵.

Une « pratique vicieuse », une politique « laxiste », « pusillanime », « dangereuse », voilà des expressions qui auraient dû faire flores en jurisprudence, afin de bien marquer, comme l'article 121-2 du code pénal le commande, que l'infraction est commise pour le compte de la personne morale, dans son intérêt, et pas seulement par l'un de ses organes ou représentants dans un but qui reste, à défaut, indéterminé.

Cependant la Cour de cassation en a décidé autrement, refoulant non seulement la théorie de la double faute mais également encore toute exigence de motivation sur les raisons concrètes de l'imputation de l'infraction à la personne morales, ce qui selon nous, est plus discutable non seulement d'un point de vue théorique mais aussi eu égard aux finalités de la sanction pénale dans le contexte de l'entreprise.

Les décideurs personnes physiques doivent-ils se réjouir d'une telle orientation judiciaire ? Rien n'est moins sûr dès lors que, contrairement à la voie esquissée par le jugement de Versailles précité, les tribunaux ont tendance à cumuler les poursuites puis à prononcer une double condamnation pour la même infraction. Il est vrai que nous sommes souvent alors en matière d'infractions intentionnelles, catégorie pour laquelle la circulaire du Garde des Sceaux du 13 février 2006 préconise des poursuites cumulées, alors qu'il en va différemment en matière d'imprudences ou de délits techniques, pour lesquels la même circulaire préconise au contraire de ne poursuivre que la personne morale sauf faute d'une particulière gravité de la personne physique⁶.

Lorsqu'on entend apprécier le nouvel équilibre naissant entre personnes physiques et personnes morales, il est donc plus que jamais indispensable de se servir de cette opposition cardinale, de cette *summa divisio*, entre infractions selon la nature de leur élément moral.

4 - Dr. pén. 1996, comm. n° 71, obs. J.-H. Robert.

5 - Obs. J.-H. Robert précitée.

6 - Sur cette circulaire et son intérêt pour la compréhension des domaines infractionnels considérés comme concernant prioritairement la responsabilité pénale des personnes morales en droit du travail, voir notre ouvrage précité n° 328.

La responsabilité pénale en droit du travail :
vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

Section I – Un nouvel équilibre en matière d'imprudence ?

Exploitant les ressources propres au droit pénal du travail nous rechercherons ce nouvel équilibre à travers l'opposition entre préjudice redouté et préjudice causé, c'est-à-dire, dans le premier cas, les délits constitués par la violation, sans victime, des règles d'hygiène et de sécurité du travail, desquels sera rapproché le délit de risques causé à autrui, et, dans le second cas, les délits et contraventions d'homicide et de blessures involontaires issus du seul code pénal, mais découlant la plupart du temps du non-respect d'une obligation particulière de sécurité du travail⁷.

1 - Comment cependant parvenir au résultat intellectuel souhaité, sans revisiter rapidement le système jurisprudentiel d'imputation de ces infractions tel qu'il a été mis au point il y a maintenant plus de 100 ans ? Trouver un éventuel nouvel équilibre suppose de connaître l'équilibre ancien qui aboutissait à concentrer toute la responsabilité sur la tête de certaines personnes physiques.

Car c'est incontestablement dans ce domaine de l'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie des travailleurs salariés, réalisée ou simplement redoutée, que s'est développée la responsabilité pénale des chefs d'entreprise, responsabilité pénale dite de principe puisque, très vite, les tribunaux ont fait remonter les infractions vers le sommet de l'organisation, vers le décideur occupant la première place et détenant à titre originaire le pouvoir de direction sur les personnes et sur les biens au service de l'entité économique de production ou d'échange dénommée entreprise⁸.

Et ce sera corrélativement, dans ce même domaine que se construira la théorie jurisprudentielle de la délégation de pouvoirs qui permet au premier décideur, devenu délégant, de désigner un autre responsable possible de l'infraction, si certaines conditions sont satisfaites⁹.

7 - Sur l'étude du régime juridique de ces infractions rapportées au domaine des relations de travail dans l'entreprise, voir notre ouvrage précité n° 467 et s.

8 - Le débat doctrinal fut intense sur la question du fondement de cette responsabilité pénale « élargie », parfois qualifiée de responsabilité du fait d'autrui. Nous persistons à penser que la meilleure explication s'appuie sur les notions de pouvoir et d'autorité qui permettent de comprendre que la faute pénale du chef d'entreprise, mais aussi du délégataire, reste purement personnelle mais qu'elle implique une action permanente sur autrui, comme l'illustre une jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation (sur le détail, voir notre ouvrage précité n° 250 et s.).

9 - Mécanisme qui se complexifie sans cesse depuis l'arrêt fondateur du 28 juin 1902 (Bull. n° 237) sous l'influence des évolutions affectant les structures juridiques, économiques et techniques des entreprises, qu'il s'agisse du partage en cascade du pouvoir délégué au moyen de subdélégation, ou de l'élargissement du périmètre de la délégation à l'échelle du groupe de sociétés.

Arrêtons-nous quelques instants sur ce mécanisme d'origine totalement prétorienne et qui, en dépit de son âge, est loin d'avoir livré tous ses secrets notamment quant à la façon dont il marie les contraires. Le responsable substitué qui a pour nom déléataire (ou sub-déléataire) est, observons-le, toujours un préposé, placé dans une position de subordination juridique vis-à-vis de celui qui l'a investi de cette mission de gardien de la légalité, pour tel type de réglementation et telle partie de l'entreprise¹⁰.

Or, cette dépendance juridique ne laisse pas de soulever un certain nombre de problèmes à commencer par celui de l'autonomie fonctionnelle minimale du déléataire par rapport au délégant.

Aujourd'hui encore on s'interroge sur cet aspect du statut du déléataire, espérant que le juge social apportera son concours au juge pénal, lequel ne peut que vérifier au coup par coup cette autonomie ou constater son absence, mais ne peut pas construire une théorie de la subordination atténuée ou de l'autonomie finalisée, parce qu'il n'est pas le juge du contrat de travail et que c'est le contrat de travail qui commande la résolution de cette question¹¹.

2 - Pour la commodité de notre propos nous supposerons que ces difficultés sont réglées et que le couple chef d'entreprise/déléataire fonctionne sans problème dans le contentieux pénal de l'hygiène et de la sécurité du travail¹².

Se pose alors une question nouvelle au sujet de ce *duo*. Fonctionne-t-il toujours en tant que couple de responsables alternatifs de l'infraction ou fonctionne-t-il désormais seulement comme un couple de personnes physiques susceptible d'engager par leur comportement et leurs qualités, la responsabilité pénale de la personne morale, employeur du salarié exposé au risque ou victime de celui-ci ?

10 - Le nouveau code du travail, dans l'approche simplifiée qu'il consacre des personnes responsables en matière d'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité (art. L. 4741-1 remplaçant l'article L. 263-2 de l'ancien code), cite toujours le « préposé » en tant que responsable substitué de l'infraction vocable qui sous entend ici la détention d'une délégation ou d'une subdélégation de pouvoirs mais qui implique aussi que l'intéressé soit un salarié.

11 - Le principal apport demeure aujourd'hui l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 21 novembre 2001 (Dr. Social 2001, p 209) lequel a décidé que lorsque le chef d'entreprise ou un supérieur hiérarchique perturbe ou s'immisce dans l'exécution de la mission du déléataire considérée comme un aspect de sa prestation contractuelle de travail il ne peut ensuite lui reprocher une faute consistant à s'être opposé à lui, ce dont il résulte que le délégant, qui désapprouve l'action du déléataire n'a d'autre choix que de lui retirer sa délégation. Sur ces questions v. notre ouvrage précité n° 292 et s.

12 - On observera au passage que la dissipation du flou dans lequel demeurent certains aspects du régime de la délégation s'impose d'autant plus que le mécanisme est devenu récemment l'une des voies par lesquelles la responsabilité pénale des personnes morales peut être mise en cause.

La responsabilité pénale en droit du travail :
vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

Indubitablement, on ne peut facilement écarter la première branche de l'alternative. Ils forment bien toujours le couple dans lequel s'inscrit le responsable unique si jamais l'entreprise n'a pas la forme d'une personne morale ou que, l'ayant adoptée, l'autorité judiciaire en reste à une démarche classique qui fut longtemps la seule possible ; c'est-à-dire la poursuite puis la condamnation d'une personne physique qui assume en quelque sorte sur sa tête toute la délinquance d'imprudence révélée par l'infraction.

Et, force est de constater qu'aujourd'hui encore le procès pénal pour imprudence dans l'organisation ou la conduite du travail ignore dans un nombre non négligeable d'affaires le groupement employeur, parce que le Parquet n'a pas orienté les poursuites vers la personne morale¹³.

Ce faisant, l'autorité judiciaire qu'elle soit de poursuite ou de jugement ne commet aucune erreur de droit, puisque le code pénal n'impose en rien la recherche d'une telle responsabilité et qu'ils la rend simplement possible, désormais à une large échelle qui inclut toutes les infractions d'imprudence, ce qui n'était pas le cas avant l'entrée en vigueur de la loi Perben II du 9 mars 2004.

On rappellera en effet que le délit d'inobservation des règles de sécurité prévu par le code du travail était resté jusque là imputable aux seules personnes physiques¹⁴.

On pouvait y voir une incohérence expliquant qu'en cas d'accident du travail les tribunaux avaient tendance à lier le sort des délits d'homicide ou de blessures involontaires à celui du délit du code du travail et que l'ensemble soit imputé à la seule personne physique débitrice de l'obligation de sécurité au moment des faits.

Dans le cas contraire en effet cela aurait conduit à pratiquer une dissociation artificielle entre code pénal et code du travail, alors que la cause

13 - Très nette à cet égard, l'affaire soumise à la Cour de cassation le 20 mai 2008 (Dr. Social 2008, p 1133 note F. Duquesne) où la seule personne poursuivie est le directeur général de la société employeur de la victime. La condamnation pour blessures involontaires est tout entière construite sur le constat préalable de la violation d'une obligation particulière de sécurité du travail (R 233-15, C. trav.), cette violation résultant du seul fait que l'intéressé était tenu, et ne pouvait prétendre l'ignorer, de veiller ou de faire veiller par des consignes strictes et précises à la constante application de la réglementation. La part de la vigilance humaine apparaît ici déterminante aux yeux des juges ce qui pourrait aussi expliquer qu'ils en soient restés à la personne physique.

14 - Délit défini par le célèbre article L. 263-2 devenu L. 4741-1 du nouveau code du travail lequel punit d'une amende de 3750€ le fait pour l'employeur ou le préposé de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions qu'il cite.

On rappellera que le terme « préposé » utilisé par le texte remanié revêt ici un sens particulier, différent de celui donné par le droit civil. Il vise en effet exclusivement les salariés titulaires d'une délégation de pouvoirs parce que ceux-ci sont devenus les débiteurs d'une partie des obligations relatives à l'hygiène et la sécurité pesant sur le chef d'entreprise.

du dommage corporel se situe exclusivement dans l'inobservation des règlements de sécurité. Autrement dit, la personne morale aurait répondu ce faisant, d'infractions de droit commun constituées à partir d'un droit spécial d'où elle était exclue.

Mais cette complexité ou cette incohérence n'existent plus, même si le législateur n'a pas pris le temps d'indiquer quelles sont les peines qui, excepté l'amende, s'appliquent à une personne morale ayant commis le délit du code du travail¹⁵.

L'obstacle éliminé, la répression de la délinquance par imprudence dans la direction du travail d'autrui devrait, conformément aux directives de politique criminelle contenues dans la circulaire précitée du 13 février 2006, se déplacer progressivement vers les personnes morales, le couple chef d'entreprise délégataire ne jouant plus alors - sauf exception - qu'un rôle d'intermédiaire dans le raisonnement qui mène vers l'affirmation de la responsabilité de la personne morale¹⁶.

3 - La chambre criminelle de la Cour de cassation ne ménage pas ses efforts pour parvenir à ce résultat. En témoigne d'abord l'assimilation du délégataire et même du sub-délégataire au représentant de la personne morale dans les termes de l'article 121-2 du code pénal¹⁷.

Cette solution fut et reste controversée en doctrine, certains observant que le délégataire représente davantage le chef d'entreprise, qui le choisit et l'adoube, que la personne morale qui les paye¹⁸.

Nous avons personnellement défendu la thèse de l'assimilation, sensible à des considérations d'égalité devant la loi pénale mais aussi pour éviter que la délégation de pouvoirs ne fasse l'objet d'un détournement, certains dirigeants ayant compris très vite tout le parti qu'ils pouvaient tirer de la solution contraire où, en déléguant massivement, on aurait créé une quasi immunité pénale à la fois pour la personne morale et pour son organe¹⁹.

15 - Sur cette lacune et ses inconvénients en droit pénal du travail A. Coeuret, la Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales en droit du travail, RJS 2006, p. 843.

16 - Le lecteur comprendra qu'on ne détaille pas à ce stade les mécanismes par lesquels la personne morale est pénalement mise en cause sauf à revenir sur certains d'entre eux qui dévoileraient un particularisme dans l'imputation des infractions relatives au travail.

17 - Cass. crim. 1^{er} décembre 1998, D. 2000, p. 34, note Houtmann, Bull. n° 325 ; 9 novembre 1999, Bull. n° 252 ; 30 mai 2000, Bull. n° 206. Il en résulte une conception fonctionnelle du représentant du groupement qui désigne tout titulaire secondaire du pouvoir de direction, légitimement investi d'une partie de celui-ci par délégation. En revanche au-delà du cercle des délégués au sens pénal la solution ne paraît pas extensible à de simples préposés au sens du droit civil (sur le sens particulier du terme préposé dans les textes répressifs du code du travail, voir note supra).

18 - Voir à cet égard J.-H. Robert, Les préposés sont-ils représentants de la personne morale ?, in Mélanges Couvrat, 2001, p. 383.

19 - Sur le détail de l'argumentation v. notre ouvrage précité n° 340.

Mais il faut reconnaître que l'assouplissement extrême des conditions de la délégation et surtout de la sub-délégation, finit par faire douter qu'à tout coup le comportement du délégataire ou du sub-délégataire exprime la politique du groupement et soit en cohérence minimale avec ce qui semble autoriser à parler d'une délinquance de la personne morale, présente en filigrane dans les agissements de son représentant.

C'est là sans doute qu'on arrive à la croisée des chemins quant à la conception de cette nouvelle responsabilité et qu'il faut peser de manière rigoureuse les conséquences d'une telle solution sur l'efficacité de la justice pénale.

Pour ce qui est des infractions ressortissant au droit pénal du travail et d'un point de vue très pragmatique, on observera que le rapprochement entre le mouvement d'assimilation du délégataire à un représentant de la personne morale et le progressif effacement de celui-ci en tant que responsable pénal, pourrait conduire à un affaiblissement de ce qu'on appellera le rôle préventif de la délégation de pouvoirs.

Il y a là, pourtant un rôle très précieux dans le contexte des risques d'accidents et de maladies professionnelles. Nul besoin d'être expert en gestion pour comprendre que la prévention des infractions aux règles de sécurité dans l'entreprise atteint son maximum de force lorsqu'on maintient la menace d'une condamnation pénale contre ceux qui sont les plus proches de la situation dans laquelle le risque de dommage peut surgir.

Mais à quoi bon s'astreindre à une vigilance absolue si l'on n'a plus à craindre la sanction parce que c'est la personne morale employeur qui seule l'assume ? Relâchement qui, évidemment, n'aurait pas été aussi systématique si on avait apporté quelque nuance à l'assimilation du délégataire au représentant de la personne morale.

Pour autant, loin de nous l'idée que les personnes morales n'ont pas leur part dans la survenance des risques d'accident ou de maladie professionnelle, y compris lorsque l'infraction se produit dans le périmètre d'une délégation valide.

Certaines affaires fortement médiatisées démontrent le contraire, dans une logique qu'on qualifiera « d'orthodoxe » du point de vue du raisonnement pénaliste.

Ainsi, il n'est que d'évoquer l'arrêt de condamnation pour infraction au code du travail et délit de risques causés à autrui rendu le 6 mars 2008 par la cour de Douai, suite à l'exposition durable de salariés aux poussières d'amiante sur un site industriel en voie d'extinction²⁰.

20 - F. Duquesne et A. Cœuret, Amiante et mise en danger, Rev. Jur. Soc. 2008, chr. p. 591.

Furent condamnées, non seulement la personne physique dirigeant le site, mais également et surtout, eu égard aux circonstances de l'espèce, la société employeur membre d'un puissant groupe industriel et qui, en dépit des informations alarmantes transmises de façon réitérée par les représentants du personnel et par le directeur du site lui-même, était restée totalement passive durant plusieurs années quant aux précautions à prendre pour éviter la survenance ultérieure de graves affections chez les membres de son personnel²¹.

Au cas particulier, s'agissant de la personne morale, la condamnation au maximum prévu par la loi n'est guère discutable. On peut difficilement nier la pertinence de l'imputation de cette infraction de mise en danger à un groupement dont les dirigeants, les organes mais aussi sans doute les actionnaires principaux, étaient parfaitement en mesure de réagir à pareille situation.

En résulte une responsabilité certes indirecte mais nullement du fait d'autrui, parce qu'on voit bien que le représentant déléataire, débiteur des obligations de sécurité sur le site, loin d'avoir commis une négligence isolée, a exprimé par son inertie chronique un choix de gouvernement de la personne morale.

Aussi bien, en raisonnant par extrapolation à partir de cette affaire exemplaire, on conclura que la Cour de cassation a eu globalement raison de faire du déléataire le représentant de la personne morale au sens pénal, sans quoi la solution qu'on vient de résumer n'aurait pu être adoptée. On exprimera juste le regret que la nuance fasse défaut, cette nuance qui permettrait non seulement, comme l'admet la circulaire du 13 février 2006, de cumuler parfois les poursuites, en retenant le décideur dans les liens de la prévention, y compris en matière d'imprudence mais aussi et surtout de mieux scruter le comportement de ce décideur et de s'assurer qu'au cas particulier, bien que subordonné, il exprime la politique, le fonctionnement habituel de la personne morale et qu'en passant par lui on ne favorise pas un effet aveugle dans l'imputation de l'infraction à cette dernière.

4 - Quoi qu'il en soit, l'effort jurisprudentiel tendant à faciliter l'engagement de la responsabilité des personnes morales en matière d'infractions d'imprudence liées au travail salarié s'exprime encore de deux autres manières.

21 - Sur la problématique de la mise en danger liée à l'amiante V.M. Garrigos-Kerjean, *Amiante et droit pénal : à la recherche de la faute qualifiée*, RSC 2006, pp. 577 et s.

La responsabilité pénale en droit du travail :
vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

En effet, dans cet esprit, la chambre criminelle a admis ce qu'on pourrait appeler une « commission présumée » de l'infraction par la personne morale. Ceci résulte de l'arrêt « Sollac » du 20 juin 2006 par lequel, comme on l'a rappelé lors de ce colloque la personne morale ne peut trouver un moyen de défense dans l'imprécision de la procédure quant à l'auteur immédiat des manquements constitutifs du délit, lorsque cette infraction - de par sa nature - n'a pu être commise, pour son compte, que par ses organes ou représentants²².

Ce raccourci probatoire, qu'on a pu également qualifier de preuve par implication²³ « colle » a l'évidence parfaitement à l'esprit du code du travail, dans la mesure où le seul débiteur des obligations de sécurité dans l'entreprise est l'employeur « es qualité », rôle qui, pénalement, se décline ensuite en chef d'entreprise puis déléguataire, mais ne se diffuse jamais au-delà²⁴.

Pendant, outre le fait qu'une telle présomption n'est plus aussi cohérente lorsque c'est la violation d'une obligation générale de sécurité qui fonde les poursuites pénales, parce que le code du travail n'en organise pas la répression à partir d'un rôle d'autorité²⁵, on peut redouter qu'à terme sa mise en œuvre interdise toute nuance d'appréciation entre le déléguataire et l'organe puisque, précisément, le propre de cette « facilité probatoire » est de dispenser d'identifier concrètement celui qui a violé l'obligation légale.

Si bien qu'une nouvelle fois, paraît oublié le « *credo* pénaliste » de la recherche des contours et du degré de nocivité du comportement coupable. En conséquence, il nous paraît expédient de préconiser non seulement la limitation de la présomption aux seules incriminations qui comportent une prédétermination légale de l'auteur de l'infraction mais aussi et plus radicalement sa mise à l'écart dès qu'il peut exister un doute sur le niveau de pouvoir ou se situe la cause du risque ou la cause du dommage.

En d'autres termes, cet abandon de la présomption nous paraît nécessaire, pour permettre au juge de découvrir chez l'organe ou chez le représentant le degré de faute qui justifiera le maintien des poursuites

22 - Bull. n° 188, RSC 2006, p. 825 note Y. Mayaud, Sem. Soc. Lamy 2006, n° 1150 note A. Coeuret.

23 - En ce sens Y. Mayaud note précitée.

24 - Limitation du cercle des responsables personnes physiques encore rappelée par la chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 avril 2008 d'où il ressort que le coordinateur nommé par un maître d'ouvrage ne peut être assimilé à un déléguataire ce qui exclut du même coup qu'on lui impute l'infraction de l'article L. 4741-1 du code du travail (07.80.535).

25 - En droit pénal du travail, l'hypothèse est loin d'être théorique, en dépit du maillage très serré des obligations particulières de sécurité. Voir les exemples cités dans notre ouvrage précité n° 470.

à son encontre, ainsi que pour l'amener à mieux comprendre en quoi l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale ou, à tout le moins, en quoi elle n'a pas été commise contre elle²⁶.

5 - On trouve dans la jurisprudence de la chambre criminelle une dernière manifestation de cette tendance à favoriser, on serait tenté de dire « coûte que coûte » la responsabilité pénale des personnes morales, en la retenant, même lorsque les conditions de la responsabilité des personnes physiques ne sont pas réunies.

Il est désormais bien établi qu'en règle générale les décideurs d'entreprise doivent être réputés auteurs indirects du dommage, conformément à la distinction introduite à l'article 121-3 du code pénal par la loi Fauchon du 10 juillet 2000²⁷. Il en résulte que seule une faute dite qualifiée - faute caractérisée ou violation délibérée - peut engager leur responsabilité.

Dans la mesure où ils sont organes ou représentants de la personne morale au sens du code pénal, la responsabilité de celle-ci devrait être limitée à cette hypothèse de faute.

Autrement dit, la commission d'une faute simple étant insuffisante pour engager la responsabilité en cas de causalité indirecte, il ne devrait pas être possible de retenir une quelconque responsabilité, ni celle de la personne physique ni celle de la personne morale.

Cependant, l'article 121-1 alinéa 2 du code pénal perturbe ce schéma rationnel en disposant que : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions de l'article 121-3 ».

Cette expression, pour le moins sibylline, signifie qu'aux yeux du législateur la responsabilité de la seule personne morale peut être engagée

26 - Préoccupation qu'on voit poindre dès la circulaire générale d'application du nouveau code pénal du 14 mai 1993, dont les auteurs énoncent : « la personne morale ne sera pas responsable des infractions commises par un dirigeant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions si ce dirigeant a agi pour son propre compte ou dans son seul intérêt personnel, parfois même au préjudice de la personne morale elle-même ». Transposée à la matière des infractions d'imprudences, cette mise en garde peut signifier que la personne morale n'est pas faite pour supporter les conséquences pénales d'un laxisme purement individuel.

27 - Classement qui conduit à considérer que la violation d'une obligation technique de sécurité du travail par ses débiteurs légaux pourrait ne pas avoir plus d'efficacité causale vis-à-vis du dommage corporel, que celle d'avoir « contribué à créer » la situation dommageable. Cette solution tranchée ne convainc guère car la contribution à la création de situations à risque et, a fortiori, la création elle-même de telles situations peuvent se rattacher selon les circonstances concrètes, aussi bien à la causalité directe qu'à la causalité indirecte comme l'illustre une affaire récemment examinée par la Cour de cassation (cass. crim. 16 septembre 2008 n° 0880204). P. Conte a fort bien montré les limites d'une telle évolution normative (Le lampiste et la mort, Dr. pén. 2001, chron. n° 2).

La responsabilité pénale en droit du travail :
vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

lorsque le dirigeant a commis une faute simple inscrite dans une causalité indirecte.

C'est ce qu'a rapidement confirmé un arrêt de la chambre criminelle du 24 octobre 2000, dans une affaire où un salarié avait été grièvement blessé et les dirigeants relaxés pour absence de faute qualifiée. Cette relaxe a été approuvée par la Cour de cassation qui a estimé en revanche que la cour d'appel avait prononcé à tort la relaxe de la personne morale employeur. Pour la Haute juridiction, les juges du second degré auraient dû rechercher si le manquement n'était pas dû pour partie à un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou à son délégué et susceptible, nonobstant l'absence de faute mise en danger délibérée ou de faute caractérisée de leur part, d'engager la responsabilité pénale de la société²⁸.

Les tribunaux sont donc désormais tenus de caractériser une faute simple des organes ou représentants à seule fin de retenir la responsabilité de la personne morale. Mais cette caractérisation ne peut entraîner un cumul de responsabilités entre personnes physiques et personnes morales.

Il y a là évidemment une dernière voie par laquelle peut s'opérer le déplacement de la responsabilité pénale des personnes physiques vers les personnes morales, même si le juge ne fait que tirer les conséquences de la loi.

6 - Au total, le sentiment qu'éprouve le juriste travailliste en contemplant l'évolution des règles d'imputation des infractions d'imprudence commises dans l'entreprise est celui d'une répartition effective de la charge du risque pénal conforme aux attentes de la majorité des observateurs éclairés.

Le nouvel équilibre qui est en train de se mettre en place corrige globalement les excès d'un passé où les personnes physiques assumaient tout, y compris les fautes d'imprudence de nature très structurelle et devenaient, comme on l'a dit parfois, les «otages» de la loi pénale²⁹.

Mais, ce premier sentiment, positif, est tempéré par un second qui l'est moins car né de la crainte que, par accumulation des solutions simplificatrices, le balancier de la répression oscille brutalement vers l'autre extrême : celui d'une imputation systématique et surtout aveugle de l'infraction d'imprudence à la personne morale.

28 - Bull. n° 308, JCP 2001, II, 10535 note Daury-Fauveau.

29 - Ceci est du reste conforme à l'intention du législateur comme on l'a rappelé très clairement H. Matsopoulou, La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Dis. Soc. 2004, p. 282.

Il serait plus rassuré si, à l'intérieur de ce mouvement inéluctable et souhaitable dans son principe, il voyait le juge conserver toute latitude pour évaluer les conditions concrètes de survenance du risque non encore réalisé, ou du dommage déjà créé, à travers le comportement des individus de chair et de sang qui incarnent le principe d'unité de direction.

En disant cela il n'exprime pas seulement un attachement peut être suranné aux finalités classiques de la sanction pénale. Il s'inquiète surtout de l'érosion progressive d'une vigilance humaine jusque là stimulée par « l'épée de Damoclès » de la répression. Cette vigilance, elle-même couplée avec la distribution de l'autorité dans l'entreprise, a, jusqu'à présent, contribué à placer l'objectif de sécurité physique à un haut niveau, non seulement dans l'ordre de la gestion patrimoniale de l'entreprise mais aussi dans la définition des comportements quotidiens d'organisation puis d'exécution du travail collectif.

Grâce aux géniales intuitions de quelques magistrats au début d'un siècle qui n'est plus le nôtre, le droit pénal est devenu structurant pour l'entreprise, la bonne gestion trouvant sa récompense jusque dans la manière dont les responsabilités pénales sont réparties entre ceux qui détiennent un rôle, petit ou grand, dans la direction des hommes au travail³⁰. Se pourrait-il qu'à la faveur d'un développement mal maîtrisé de la responsabilité pénale des personnes morales un tel acquis soit remis en cause ? Si tel était le cas, on ne saurait approuver pareille évolution, néfaste à nos yeux non seulement pour la règle pénale elle-même mais aussi pour la règle non répressive dont elle est le bras armé.

Section II – Un nouvel équilibre en matière intentionnelle ?

S'agissant des infractions de nature intentionnelle, on admettra d'emblée que le glissement du « risque pénal » des personnes physiques vers les personnes morales ne peut obéir aux mêmes considérations que pour la catégorie précédente car tout est ici dominé par le constat de la participation personnelle à l'infraction, laquelle peut prendre de multiples formes.

1 - Au vu des décisions rendues en matière de marchandage ou de travail dissimulé par exemple, le cumul des responsabilités paraît s'imposer, ce qui ne change donc rien à la situation des personnes physiques et ne fait qu'ajouter un responsable supplémentaire et, du point de vue des victimes,

30 - Faut-il rappeler en effet que l'approbation du schéma de répartition des rôles d'autorité adopté en amont du procès par le chef d'entreprise conduit le juge à s'interdire d'identifier un autre responsable pénal que celui qui a reçu habilitation valide, la responsabilité dans ce domaine élément alternative et non cumulative entre personnes physiques ?

La responsabilité pénale en droit du travail :
vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?

un garant³¹. Ce cumul est du reste conseillé par la circulaire du 13 février 2006³².

En, affirmant le caractère indirect de la responsabilité pénale de la personne morale à propos d'une infraction appartenant à cette catégorie, la chambre criminelle par son arrêt du 2 décembre 1997 a sans doute de son côté fortement contribué à conforter cette solution du cumul³³.

Car, en obligeant les juges du fond à constater la commission d'une faute intentionnelle de la part de la personne physique avant le déclenchement de la responsabilité de la personne morale, l'arrêt rend, a priori, le non-cumul plus difficile que si un tel détour n'était pas nécessaire.

Cependant, on observera qu'en droit, il n'est pas indispensable que l'infraction, même intentionnelle, commise par une personne physique organe ou représentant, ait donné lieu à la condamnation de celle-ci pour que la responsabilité pénale de la personne morale soit engagée³⁴.

Or, en droit pénal du travail, comme sans doute en maints domaines du droit pénal des affaires, les raisons qui conduisent à préconiser le cumul semblent moins aisées à systématiser qu'en matière d'infractions non intentionnelles.

En particulier, la répression n'a pas forcément ici la même vertu mobilisatrice de la vigilance humaine et les textes d'incrimination ne comportent souvent qu'une imputation implicite au décideur ce qui achève de consacrer la rupture entre les deux catégories d'infractions³⁵. Ceci peut être illustré par deux exemples.

2 - D'abord celui du prêt illicite de main d'œuvre accompli par un préposé délégataire dans le cadre d'un prétendu contrat de sous-traitance³⁶.

31 - V. par exemple, cass. crim. 7 juillet 1998, RJS 1998 p 841 pour le délit de travail dissimulé de l'article L. 8221-1 du code du travail et cass. crim. 3 novembre 1999, Bull. n° 242 pour le délit de marchandage de l'article L. 8231 du même code.

32 - « En cas d'infractions intentionnelles, 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, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentant ».

33 - Cass. crim. 2 décembre 1997 JCP 1998, II, 10023, rapp. F. Deportes. D'où l'on a déduit également que la responsabilité du groupement avait un caractère indirect et qu'il n'y avait pas lieu ensuite d'établir une faute distincte à la charge de la personne morale pour engager la responsabilité de celle-ci (sur cette question : E. Fortis, obs. RSC 2004, p. 339).

34 - Certaines juridictions en ont très vite tiré parti pour condamner la seule personne morale. Ainsi en a-t-il été du tribunal correctionnel de Versailles dans le jugement précité du 18 décembre 1995.

35 - Pourrait s'ajouter à cela la généralisation de l'emploi du terme « employeur » dans les nouvelles dispositions répressives du code du travail, qualité qui oblige à considérer que le débiteur de l'obligation pénalement sanctionnée n'est pas nécessairement une personne physique.

36 - Art. L. 8241-1 alinéa 1^{er}, C. trav. : « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite ».

Il est assez apparent que c'est principalement le groupement au nom duquel ce délégataire effectue l'opération interdite qui y trouve un intérêt. Le code du travail identifie cet intérêt au moyen de la locution « à but lucratif ». Aux termes de la jurisprudence récente, cette action doit être comprise comme un profit, un bénéfice voire la réalisation d'une économie sur le coût d'une main d'œuvre que, par définition, on s'est dispensé d'embaucher.

Si la matérialité des faits caractérisant une telle fraude s'est trouvée accomplie par un organe et surtout par un représentant délégataire, la personne physique fait au total ici plutôt figure de rouage, certes consentant, mais pris dans une stratégie économique qui la dépasse et qui a d'ailleurs pu s'exprimer illicitement avant même qu'elle ne soit en fonction au sein de l'entreprise.

Toujours à propos de ce type d'infraction, le point culminant d'une délinquance propre à la personne morale paraîtra atteint lorsque la société qui fournit la main d'œuvre à une autre, après l'avoir formellement embauchée, aura été spécialement créée pour réaliser ce type de prestations³⁷.

3 - Le second exemple qui peut faire douter de la pertinence d'un cumul systématique des responsabilités sera pris dans la matière des discriminations, qu'il s'agisse du délit de l'article 225-1 et s. du code pénal ou des délits spéciaux de discrimination syndicale et sexistes prévus par le code du travail et imputables aux personnes morale depuis la généralisation de leur responsabilité pénale.

En présence d'un délit de ce type et dès lors que les faits illicites dépassent par leur généralité et leur constance les initiatives d'individus isolés, ne peut-on en effet considérer que c'est la personne morale, et elle seule, qui doit être poursuivie et condamnée ? Dans ce premier schéma l'auteur principal de l'infraction paraît bien être la personne morale elle-même, la personne physique ne jouant au mieux que le rôle d'un complice par aide ou assistance.

A l'inverse, la responsabilité pénale ne mérite-elle pas d'être cantonnée à la seule personne physique, organe ou représentant, si rien dans le

37 - Les affaires qui illustrent de tels montages frauduleux sont antérieures à la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, mais il y a tout lieu de considérer que si elles étaient jugées aujourd'hui elles conduiraient à retenir principalement la responsabilité d'une ou de plusieurs sociétés (v. notamment cass. crim. 12 mai 1998, Bull. n° 160 où sont condamnés les dirigeants de la société mère utilisatrice de la main d'œuvre recrutée par sa filiale suisse). Faut-il pour autant aller jusqu'à faire application de la théorie de la complicité en considérant que la personne morale est l'auteur principal de l'infraction comme l'a décidé le tribunal correctionnel de Strasbourg le 9 février 1996 dans une affaire de travail clandestin ? (Bull. Joly 1996, p. 297 note Barbiéri).

fonctionnement habituel du groupement ne traduit d'options discriminatoires ?

En pareille occurrence, c'est tout simplement l'exigence légale d'une infraction commise pour le compte de la personne morale qui pourrait faire défaut, la discrimination étant le fruit du caprice ou du phantasme individuel, donc accomplie dans l'intérêt exclusif de la personne physique, ce qui, aux termes de la circulaire générale d'application du nouveau code pénal déjà cité, devait conduire au rejet de toute imputation à la personne morale³⁸.

4 - De façon plus générale et pour conclure sur ce deuxième volet de la question traitée, les responsabilités pourront ici être, tantôt alternatives, tantôt cumulatives, selon les données propres à chaque situation infractionnelle. Pour s'en convaincre, revenons à l'exemple par lequel nous avons débuté notre propos, celui du délit d'entrave désormais imputable à une personne morale alors qu'il faisait partie jusqu'en 2004 des infractions du code du travail refoulées par le principe de spécialité sans qu'on puisse comprendre d'ailleurs les raisons d'une telle exclusion.

Face à l'extrême diversité des formes que peut prendre l'élément matériel de cette infraction, il n'est guère possible d'énoncer un critère qui permettrait de discerner a priori des cas où le cumul des responsabilités doit s'imposer alors que dans d'autres il serait systématiquement exclu. Le simple bon sens commande d'en rester à la responsabilité de la seule personne physique, organe ou représentant, lorsque l'entrave paraît n'être que le fruit d'un conflit inter-individuel³⁹.

A l'inverse, on serait plus porté à poursuivre la personne morale lorsque la règle méconnue imposait une dépense à l'employeur⁴⁰ ou l'obligeait à s'expliquer sur un projet de restructuration impactant la structure de son patrimoine et couvert comme tel par le secret des affaires⁴¹.

38 - On objectera peut être qu'il y a là une manière insidieuse de réintroduire l'exigence d'une double faute. Mais afin d'éviter cette objection ne peut-on se contenter d'une appréciation « objective du comportement » de la personne morale, une fois l'intention caractérisée au niveau de la personne physique organe ou représentant ? Ainsi procède le Tribunal correctionnel de Strasbourg dans le jugement précité du 9 février 1996 lorsqu'il relève à propos du délit de travail clandestin que l'organisation déficiente de la personne morale avait permis les infractions et que la société employeur avait « objectivement » recours à de telles pratiques pour éviter d'avoir à payer des pénalités de retard.

39 - Cas du supérieur hiérarchique direct qui refuse au délégué du personnel un bon de délégation par animosité à l'égard de ce dernier. Pour la condamnation d'un chef d'atelier ayant eu un tel comportement : cass. crim. 21 février 1978, Dr. Ouvr. 1978 p. 365.

40 - Hypothèse classique du non versement de la contribution patronale au fonctionnement du Comité d'entreprise ou de celle relative au financement des activités sociales et culturelles, voir par exemple cass. crim. 11 février 2003, Bull. n° 31.

41 Hypothèse qui ne cesse d'alimenter le contentieux tant civil que pénal à raison des enjeux qui s'y attachent en termes de défense des intérêts professionnels des salariés. Sur le détail, voir notre ouvrage précité n° 520 et s.

Mais faudra-t-il alors retenir également la responsabilité du dirigeant qui a contesté les chiffres lors d'une séance du comité d'entreprise qu'il préside ou qui n'a pas fourni aux élus toutes les informations nécessaires à la pleine compréhension du projet ?

Surgit ici une autre donnée apparemment éloignée du présent débat et qui résulte de la jurisprudence postérieure aux arrêts de Plénière du 11 mars 1993 par lesquels la chambre criminelle de la Cour de cassation a posé le principe d'une faculté de libre délégation à des fins pénales, sauf si la loi en dispose autrement⁴².

Faisant application de cette réserve au délit d'entrave, la chambre criminelle énonçait encore récemment que : « même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité d'entreprise, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme s'agissant des normes ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs »⁴³.

S'il y a là un des rares cas d'évasion de l'effet exonératoire de la délégation, ne peut-on également se demander dans quelle mesure le maintien de la responsabilité sur la tête de l'organe ne postule pas l'imputation corrélative de l'entrave à la personne morale elle-même ?

En d'autres termes, le pouvoir propre de direction dont parle la chambre criminelle pour imposer la concentration de la responsabilité pénale au sommet de l'organisation n'oriente-t-il pas vers la personne morale elle-même, pour le compte de laquelle il y a tout lieu de penser qu'en pareille occurrence l'organe a commis les faits illicites ?

42 - Cass. crim. 11 mars 1993, 5 arrêts, Bull. n° 112, Gaz. Pal. 1993, 2, doct. p. 923 rapport Bayet, Bull. Joly 1993, p. 666 note M.-E. Cartier, JCP E 1994, II, 571 note J.-H. Robert.

43 - Cass. crim. 15 mai 2007, Dr. pén. 2007, n° 108 obs. J.-H. Robert, RJS 2007, n° 869. Voir déjà cass. crim. 15 mars 1994, D. 1995, p. 30 note Y. Reinhard et cass. crim. 14 octobre 2003, Bull. n° 190, Dr. Social 2004, p. 222 obs. F. Duquesne, s'agissant d'un défaut de consultation du CHSCT sur un projet de travaux d'aménagement de locaux et de modification de l'outil de travail.

LA RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Irène Luc

Chef du service juridique de l'Autorité de la concurrence¹

Le droit de la concurrence sanctionne les entreprises qui commettent des pratiques anticoncurrentielles, à savoir des ententes ou des abus de position dominante, contraires aux articles L.420-1, L.420-2 du code de commerce, 81 et 82 du traité CE. Si, dans la plupart des cas, cette notion d'« entreprises » se confond avec celle de personnes morales, il n'en est pas toujours ainsi. Le sujet du droit de la concurrence n'a pas toujours la qualité de personne morale.

La notion d'entreprise est, en effet, essentiellement fonctionnelle et économique. La Cour de justice, dans un arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90), la définit ainsi : « (...) toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement ». Or, « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (...) » (CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie C-35/96 § 36) ou encore toute « activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques » (Commission, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE, 20 juillet 1999).

Le statut juridique de l'entité, auteur des pratiques, est donc indifférent. L'entreprise peut ne pas être dotée de personnalité juridique, ainsi que

1 - Cet article ne reflète que l'opinion de son auteur et n'engage nullement l'institution à laquelle il appartient.

l'a récemment rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri A/S* : « (...) la notion d'entreprise au sens des dispositions du traité en matière de concurrence n'exige pas que l'unité économique concernée soit dotée de la personnalité juridique (...) » (§ 113). Il peut s'agir d'un démembrement de l'Etat sans personnalité juridique autonome (Service des monnaies et médailles, Direction de la météorologie nationale en France), d'une société, d'un établissement public, de coopératives, de fondations, d'entreprises artisanales ou de personnes physiques exerçant une activité économique ou encore d'une profession libérale².

Toutefois, si l'auteur des pratiques n'est pas une personne morale, cette notion retrouve son empire pour sanctionner le comportement en cause. C'est en effet la personne morale dont dépend l'entreprise qui est sanctionnée, à la place de l'entreprise. C'est ainsi que dans la décision 08-D-09, le Conseil de la concurrence, auquel a succédé l'Autorité de la concurrence, a imputé les comportements de la régie municipale des pompes funèbres de Lyon, non pas au syndicat intercommunal créé par les villes de Lyon et Villeurbanne aux fins de gérer leurs services funéraires et qui assurait la continuité économique et fonctionnelle de la régie, mais à la ville de Lyon. En effet, la régie municipale était une structure administrative, non dotée de la personnalité morale, de la ville de Lyon et c'était donc cette dernière qui devait se voir imputer les pratiques reprochées, même si l'activité litigieuse était désormais exercée par le syndicat.

Mais dans la plupart des cas, la notion d'entreprise coïncide avec celle de personne morale.

Le droit de la concurrence présente des particularités s'agissant du principe de personnalité des peines (section I). Enfin, les infractions administratives du droit de la concurrence cohabitent avec une infraction pénale (section II).

Section I – Le principe de personnalité des peines

Il se pose quant à la responsabilité des personnes morales en raison des actions de leurs préposés (§1) et dans les cas de changements dans la situation des personnes morales (§2).

² - En 1993, la Commission européenne a, pour la première fois, clairement affirmé l'application du droit de la concurrence aux professions libérales dans une décision du 30 juin 1993 (93/438/CEE), et a exposé que « le fait que l'activité des expéditeurs en douane soit considérée par le droit italien comme une profession libérale ne fait pas obstacle au fait que les expéditeurs en douane sont des entreprises qui exercent une activité économique ».

§1 : Responsabilité de la personne morale et manquements de ses préposés

Comme en matière pénale, la mise en œuvre de la responsabilité d'une entreprise en droit de la concurrence suppose l'intervention d'un ou plusieurs de ses agents.

Comme pour l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, l'implication d'une personne morale dans une infraction administrative d'entente ou d'abus de position dominante suppose l'intervention des personnes physiques qui la représentent. En effet, si personne n'a jamais vu une personne morale commettre une infraction pénale, pas davantage n'a-t-on vu une personne morale assister à une réunion ou signer un contrat à objet anticoncurrentiel.

L'accord de volonté, matérialisé par une transaction entre personnes physiques qui représentent la personne morale, nécessite le support d'une intervention humaine.

Mais les cas dans lesquels l'action de ses agents engage la responsabilité de la personne morale sont plus larges en droit de la concurrence qu'en droit pénal.

En effet, contrairement au droit pénal, il n'est pas exigé que le représentant de la personne morale ait la qualité d'organe ou soit qualifié de représentant de l'entreprise : un employé peut engager la responsabilité de la personne morale.

De même, n'engage pas la responsabilité de la personne morale en droit pénal le représentant qui a agi dans son seul intérêt personnel, voire au préjudice de la personne morale ; en droit de la concurrence, l'agent agissant dans son intérêt personnel engage la responsabilité de l'entreprise, si les actes répréhensibles ont été commis dans le cadre de ses fonctions au sein de l'entreprise, car il appartient à la personne morale de veiller à ce qu'il n'y ait pas de comportements anticoncurrentiels en son sein.

La circonstance que ses agents aient désobéi aux ordres ou aient agi dans une certaine mesure à l'insu de la société ne dégage pas la responsabilité de la société : on est en présence, en droit de la concurrence, d'une présomption quasi irréfragable de responsabilité de l'entreprise pour tous les actes anticoncurrentiels de ses préposés.

Ainsi, comme l'a relevé le Tribunal de première instance des communautés européennes, dans un arrêt du 8 juillet 2008 (BPB, T-53/03, § 431), les arguments selon lesquels les employés de l'entreprise qui ont participé à l'infraction n'engagent pas la responsabilité de l'entreprise,

car ils ont transgressé les instructions du conseil d'administration ne sont pas recevables pour exonérer ladite entreprise. Ils peuvent seulement être invoqués dans les relations entreprises-salariés :

« (...) Une entreprise - c'est-à-dire une unité économique comprenant des éléments personnels, matériels et immatériels (arrêt Mannesmann/Haute Autorité, point 360 supra, p. 705 et 706) - est dirigée par les organes prévus par son statut juridique et toute décision lui infligeant une amende peut être adressée à la direction statutaire de l'entreprise (conseil d'administration, comité directeur, président, gérant, etc.). Les règles de concurrence seraient facilement contournées si l'on exigeait de la Commission, confrontée au comportement infractionnel d'une entreprise, de vérifier et de prouver qui est l'auteur des différents agissements, ce qui pourrait avoir pour effet de l'empêcher de sanctionner l'entreprise qui a bénéficié de l'entente » (§ 430).

« Si BPB prétend avoir été trahie par son ancien P-D.G. qui aurait omis de suivre les instructions explicites de son conseil d'administration, la solution de ce conflit doit être recherchée dans les relations entre M. [D] et BPB, et non au niveau de l'application du droit de la concurrence par la Commission. Ainsi, même si M. [D] avait réellement transgressé les instructions du conseil d'administration de BPB et continué les échanges d'informations à l'insu de celle-ci, la Commission aurait été autorisée à imposer une amende à l'entreprise, tandis que BPB et/ou ses propriétaires auraient été libres d'entamer toute action jugée utile à l'encontre de M. [D] » (§ 431).

La responsabilité de l'entreprise est engagée, même en l'absence de démonstration que ses dirigeants étaient au courant des comportements anticoncurrentiels, ainsi que l'a souligné le Tribunal dans un arrêt T-9/99 HFB Holding and others (§ 275) :

« À cet égard, il n'est pas pertinent d'avancer que, lors de la réunion du 24 mars 1995, les entreprises en cause n'auraient pas été représentées au plus haut niveau mais uniquement par leurs directeurs des ventes. En effet, l'application de l'article 15, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17, autorisant la Commission à infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes lorsque «de propos délibéré ou par négligence» elles ont commis des infractions, ne suppose pas une action ou même une connaissance des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée de cette infraction, mais l'action d'une personne qui est autorisée à agir pour le compte de l'entreprise (arrêt de la Cour du 7 juin 1983, Musique diffusion française e.a./Commission, 100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 97) ».

L'entreprise ne peut pas s'exonérer en démontrant qu'elle a pris des mesures pour prévenir et détecter les manquements au droit de la

concurrence. 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) : « Quant aux mesures que le conseil d'administration d'UCAR a prises dès les vérifications de la Commission afin de faire cesser l'infraction, il suffit de relever que des efforts visant à faire cesser une infraction ne sauraient être automatiquement assimilés à la cessation définitive de celle-ci. Il est de fait qu'UCAR n'a pas contesté la constatation factuelle de la Commission, selon laquelle elle avait participé à l'entente en 1997 et en 1998. Or, le pouvoir de la Commission de sanctionner une entreprise lorsqu'elle a commis une infraction ne suppose que l'action infractionnelle d'une personne qui est généralement autorisée à agir pour le compte de l'entreprise (arrêt Musique diffusion française e.a./Commission, point 144 supra, point 97). L'action du conseil d'administration d'UCAR est donc dénuée de pertinence pour la prise en considération de la durée de l'infraction ».

Il convient de souligner qu'en droit boursier, au contraire, le Conseil d'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 les manquements professionnels de ses agents (CE, 6 juin 2008, Tradition Securities and Futures)³.

§2 : Exceptions au principe de personnalité des peines

A. Transformation de l'entreprise

En cas de transformation de la structure de l'entreprise, entre la commission des pratiques et leur sanction, les règles d'imputation des pratiques ont été définies dans l'arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes, du 17 décembre 1991, Enichem Anic

3 - « (...) les manquements commis non seulement par les dirigeants et représentants de ces sociétés mais aussi par leurs préposés sont de nature à leur être directement imputés en leur qualité de personnes morales, sans que soit méconnu le principe constitutionnel de responsabilité personnelle, dès lors que ces préposés ont agi dans le cadre de leurs fonctions ; qu'en l'absence, toutefois, au regard de ce principe, de toute présomption de caractère irréfragable, les prestataires ont, au cours de la procédure engagée à leur encontre, la faculté de faire valoir en défense, pour s'exonérer de leur responsabilité, qu'ils ont adopté et effectivement mis en œuvre des modes de fonctionnement et d'organisation de nature à prévenir et à détecter les manquements professionnels de leurs préposés, sauf pour ces derniers précisément à s'affranchir du cadre de leurs fonctions, notamment en agissant à des fins étrangères à l'intérêt de leurs commettants ; qu'en revanche, la commission des sanctions n'a pas à établir elle-même que des mesures préventives ou correctrices appropriées n'ont pas été mises en œuvre par les prestataires poursuivis ; que, dans ces conditions, elle n'a pas commis d'erreur de droit en faisant valoir que « les faits commis par les préposés d'un prestataire de services d'investissement, dans le cadre de leurs fonctions et constitutifs de manipulations de cours ou de manquements à leurs obligations professionnelles, sont susceptibles d'être retenus à l'encontre de ce prestataire, sans qu'il doive être établi ni que les organes dirigeants aient eu connaissance de ces manquements, ni qu'ils n'aient pas pris au préalable les dispositions appropriées pour en prévenir la survenance ».

SPA/Commission, selon lequel :

« Lorsque l'existence d'une telle infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise afin qu' elle réponde de celle-ci » (§ 236).

« Toutefois, lorsque, entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter que, en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de la commission de l'infraction, l'entreprise puisse ne pas répondre de celle-ci » (§ 237).

La responsabilité du comportement infractionnel suit donc d'abord la personne morale.

Si la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre les pratiques **subsiste juridiquement**, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne après la période d'infraction⁴. Il en est de même lorsque la société à l'origine de l'infraction a changé de dénomination sociale⁵. Dès lors qu'elle a été acquise par une autre entreprise, mais subsiste sous sa forme juridique, les « infractions aux règles de la concurrence commises par (elle) » « ne peuvent être imputées à la société acquéreuse du simple fait de leur acquisition »⁶.

Si la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment de l'infraction a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise, c'est-à-dire la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques, ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité. « Lorsque l'entreprise en cause cesse d'exister du fait qu'elle a été absorbée par un acquéreur, ce dernier reprend ses actifs et passifs, y compris ses responsabilités pour cause d'infraction au droit communautaire

4 - TPICE 14 mai 1998, SCA Holding Ltd, T-327/94, confirmé par l'arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, SCA Holding/Commission, C-297/98 P ; décision n° 2001/418/CE de la Commission du 7 juin 2001.

5 - CJCE 16 novembre 2000, SCA Holding Ltd, C-297/98.

6 - Voir arrêt du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 83 et suivants.

(conclusions de l'avocat général M. Mischo sous l'arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commission*, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, I-9928, point 75). Dans cette hypothèse, la responsabilité pour l'infraction commise par l'entreprise absorbée peut être imputée à l'acquéreur (voir, par analogie, arrêt *Commission/Anic Partecipazioni*, point 189 supra, point 145) » (TPICE, 14 décembre 2006, affaires jointes T 259/02 à T 264/02 et T 271/02).

Lorsque la personne auteur des pratiques a disparu sans avoir transmis à une autre ses droits et obligations, alors la sanction sera imputée à l'entreprise qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle, s'il en existe une.

B. Présomption de responsabilité de la maison-mère sur les agissements de ses filiales à 100 %

« (...) [L]orsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère »⁷, son comportement peut être imputé à la société mère, « en considération de l'unité du groupe ainsi formé »⁸.

Section II – Cumul de la responsabilité des personnes morales en droit de la concurrence avec l'infraction pénale de l'article L.420-6 du code de commerce

La coexistence des infractions administratives et pénale, juridiquement permise (§1), est aussi opportune, s'agissant en tout cas du cumul de responsabilité de la personne morale en droit de la concurrence et de la personne physique en droit pénal (§2).

§1 : Coexistence des infractions administratives et pénale

L'article L. 420-6 du code de commerce est couramment présenté comme un « délit résiduel à l'encontre des animateurs ou des concepteurs de l'entente prohibée »⁹. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait en effet pour objet de dépénaliser en grande partie le droit de la concurrence et de laisser le soin au Conseil de la concurrence d'assurer la répression administrative des pratiques anticoncurrentielles.

7 - CJCE 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd*, 48-69, § 133.

8 - CJCE 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd*, 48-69, § 135.

9 - B. Bouloc, La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale, *Petites Aff.*, 29 avril 2004.

L'alinéa 1^{er} de l'article L. 420-6 qui définit les éléments constitutifs du délit, dispose :

« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L.420-1 et L.420-2 ».

Les éléments constitutifs de l'infraction pénale reposent donc en grande partie sur les mêmes pratiques que les infractions administratives que réprime l'Autorité de la concurrence, à la suite du Conseil de la concurrence : il faut caractériser les pratiques visées aux articles L.420-1 ou L.420-2 du code de commerce.

Les personnes poursuivies au pénal sont, à la différence des personnes poursuivies par l'Autorité de la concurrence qui sont les personnes morales, les personnes physiques qui ont pris « frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques ».

Cette infraction pénale est distincte des infractions administratives que sanctionne l'Autorité.

Les infractions pénale et administratives sont distinctes, répriment des personnes et des comportements distincts et poursuivent chacune une finalité propre. En conséquence, la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence sur le fondement des articles L. 420-1 (entente) et L. 420-2 (APD) du code de commerce est distincte et indépendante de celle qui se déroule devant le juge correctionnel sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce.

La responsabilité des personnes morales

L'article 54 de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II, a supprimé dans l'article 121-2 du code pénal les mots « *dans les cas spécifiés par la loi* », généralisant ainsi la responsabilité des personnes morales à toutes les infractions pénales, à compter du 1^{er} janvier 2006. Depuis cette date, les personnes morales sont aussi responsables du délit de l'article L.420-6. Or, ces personnes morales sont déjà passibles des sanctions administratives prévues aux articles L.420-1 et L.420-2 du code de commerce.

En droit, ce cumul des sanctions pénale et administrative est admis, dans le respect du principe de proportionnalité¹⁰. En effet, le principe non bis in idem ne s'oppose pas à ce que deux poursuites soient engagées contre le même auteur pour les mêmes faits, à condition que ces deux poursuites

10 - Cons. Const. Déc. 88-248 DC du 14 janvier 1989 relative au CSA.

soient basées sur des fondements différents, ou, ce qui revient au même, aient des causes différentes, ou encore visent des intérêts distincts.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a écarté l'application du principe non bis in idem aux cas de poursuite pénale et administrative à l'encontre de la même personne et pour des faits identiques : « le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait (...) ne reçoit pas application en cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives », sous réserve que « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » (Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC).

La Cour de cassation a aussi considéré que la règle *non bis in idem* n'interdisait pas de prononcer, à raison des mêmes faits, notamment des sanctions pénales et fiscales¹¹ ou de cumuler des sanctions disciplinaires et pénales¹².

De la même façon, le principe non bis in idem n'interdit pas une double répression administrative, sur deux fondements différents. Le Conseil d'Etat écarte ainsi la règle chaque fois qu'un même fait est incriminé par des législations distinctes poursuivant des objectifs différents. Les arrêts soulignent parfois que la seconde mesure repose sur une « cause juridique différente » de celle qui sert de fondement à la première (CE 28 juillet 1952, Thouvard et Société Terray et Compagnie).

§2 : Les raisons du maintien de leur coexistence

Le maintien de l'infraction de l'article L.420-6 est-il opportun ?

A. Contre les personnes physiques

La justification économique

Les économistes pensent que la sanction pénale est efficace¹³ pour lutter contre les cartels, car le calcul de l'« amende optimale » qu'il faudrait infliger aux entreprises pour qu'elle soit pleinement dissuasive excèderait les ressources de l'entreprise (selon une étude citée par Emmanuel Combe¹⁴, sur la base d'un échantillon de 386 grandes firmes poursuivies pour cartel aux Etats-Unis de 1955 à 1993, les auteurs pensent que l'imposition d'une amende optimale conduirait 60 % des entreprises à la faillite).

11 - Cass. crim. 4 juin 1998, Bull. n°186.

12 - Cass. crim. 27 mars 1997, Bull. n°128.

13 - Werden et Simon 1987, Wils 2005; Wouter P.J. Wils, "Does the effective enforcement of articles 81 and 82 require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?"

14 - Quelles sanctions contre les cartels ?, RIDE 2006/1, p 9.

La pénalisation du chef d'entreprise ou du cadre responsable du cartel permet de sanctionner le vrai responsable des comportements et non, une fois ce responsable parti de l'entreprise, les seuls actionnaires. En effet, les managers peuvent avoir intérêt à engager l'entreprise dans des stratégies de court terme d'entente. A long terme, cette stratégie ne crée pas de valeur pour les actionnaires, qui, une fois le cartel détecté, et le *manager* parti, seront finalement sanctionnés.

La pénalisation des employés peut aussi permettre à une entreprise soucieuse d'appliquer le droit de la concurrence de mieux contrôler ses agents.

Les économistes soulignent aussi qu'une courte peine de prison, stigmatisante, est plus efficace qu'une privation de droits. La peine de prison permet de modérer la sanction pécuniaire et donc de minimiser les risques de report de la sanction pécuniaire sur les prix. L'emprisonnement constitue un signal fort à destination des milieux d'affaires. Enfin, il est de nature à renforcer les programmes de clémence, dès lors que ce programme emporte non seulement exonération de sanction pécuniaire pour l'entreprise, mais aussi d'emprisonnement pour le chef d'entreprise.

Signalons que diverses instances économiques préconisent aussi la pénalisation des cartels ; l'OCDE recommande notamment que les Etats prévoient des sanctions pénales contre les personnes physiques en renforcement des procédures administratives. D'éminents membres du service juridique de la Commission, tel Wouter Wils ont envisagé de donner à la Commission des pouvoirs de poursuite pénale contre les personnes physiques impliquées dans les cartels devant le Tribunal de première instance, laissant aux Etats-membres le soin d'exécuter les peines de prison.

B. La complémentarité des répressions pénale et administrative

L'Autorité, à la suite du Conseil, a pu elle-même mesurer l'utilité du droit pénal dans ses propres dossiers.

1) Une interaction forte existe entre les deux procédures

Cette interaction a été voulue par le législateur lui-même :

a) Avis aux juridictions

L'Autorité donne son avis aux juridictions pénales sur les pratiques dont celles-ci sont saisies, en vertu de l'article L. 462-3 du code de commerce. Depuis 1986, le Conseil a traité quarante-cinq demandes d'avis, toutes

juridictions confondues (civiles et pénales). Le cœur de l'infraction pénale étant, comme on l'a vu plus haut, constitué par des pratiques contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2, cette « passerelle » est bien venue, même si l'avis de l'autorité de concurrence ne lie pas la juridiction (en pratique, elle en tient compte).

b) Transmission au parquet

Le deuxième alinéa de l'article L. 462-6 permet à l'Autorité de transmettre un dossier au parquet, en cas de présomption de participation déterminante d'une personne physique dans le comportement anti-concurrentiel de l'entreprise. Cet article fournit à l'Autorité un outil de dissuasion fort ; par la publicité qui en est donnée, cette mesure stigmatise les pratiques les plus graves et permet d'actionner l'action publique (même si le parquet dispose de l'opportunité des poursuites).

c) Communication de pièces

Enfin, l'article L.463-5 dispose : « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'Autorité de la concurrence sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi ». Cette faculté a été utilisée par le Conseil de la concurrence dans plusieurs procédures menées avec succès (voir *infra*).

Cette complémentarité a été reconnue par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation¹⁵.

Statuant sur une affaire de marchés publics où les principaux indices résultaient à la fois de la procédure administrative du Conseil et de la procédure pénale parallèlement ouverte, la cour d'appel a clarifié l'application de l'article L.463-5, en lui conférant une application souple. A sa suite, la Cour de cassation a confirmé que les pièces issues du dossier pénal pouvaient être valablement opposées aux parties, sans que le principe d'égalité des armes soit compromis. Alors que les entreprises faisaient valoir que n'étant pas toutes concernées par la procédure pénale et n'ayant donc pas toutes accès au dossier pénal, elles étaient dans l'incapacité de s'assurer que des pièces éventuellement à décharge n'avaient pas été écartées par le rapporteur, la Cour a estimé que les droits des parties avaient été suffisamment protégés par le fait que les griefs étaient fondés sur des pièces pénales dont il avait été dressé inventaire, qui avaient toutes été citées, versées au dossier et soumises à la consultation et à la contradiction des parties.

15 - CA Paris 30 janvier 2007, S.A Le Foll TP ; Cass. 15 novembre 2008, Colas Ile de France.

2) Le Conseil a, dans plusieurs décisions récentes, pu éprouver l'efficacité de cette interaction entre les deux procédures¹⁶

Le Conseil a fondé plusieurs de ses décisions sur des pièces tirées d'une procédure pénale, soit cumulativement avec une procédure d'enquête administrative (05-D-69 confirmée par cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, voir supra), soit exclusivement (06-D-07 *bis*¹⁷ et 07-D-15¹⁸).

Dans la décision 06-D-07 *bis*, le Conseil a rejeté la critique des parties selon laquelle le rapporteur avait fondé les griefs exclusivement sur les documents et pièces de la procédure pénale transmis par le juge d'instruction, en se bornant à les analyser, sans procéder à aucune vérification indépendante. Les notifications de griefs auraient ainsi été fondées sur une procédure judiciaire, qui ne leur avait été communiquée que partiellement et dont les originaux ne figuraient pas au dossier, et l'impossibilité de connaître les pièces à décharge figurant au dossier pénal, aurait été préjudiciable aux parties. Par ailleurs, leur opposer les éléments d'une procédure pénale, à laquelle elles n'avaient pas eu accès et dont elles n'avaient donc pas pu contester la régularité, aurait constitué une violation des principes d'égalité des armes et du procès équitable.

Le Conseil a estimé que la communication des pièces d'une procédure pénale en cours d'instruction, expressément prévue par l'article L. 463-5 de code de commerce, ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées au Conseil. De la même façon que le rapporteur peut fonder son analyse des griefs sur le rapport d'enquête administrative qui lui est transmis par le ministre chargé de l'économie sans procéder lui-même à des actes d'instruction, il peut procéder à cette analyse à partir des documents et pièces de la procédure pénale qui lui ont été communiqués et qui sont de nature à caractériser les griefs, sans procéder à des actes d'investigation complémentaires, s'il estime les poursuites suffisamment fondées par ces documents et pièces.

Une fois versées au dossier de l'Autorité, les pièces pénales sont opposables aux parties dans les mêmes conditions que les autres pièces rassemblées lors de l'instruction de l'affaire par le rapporteur, ce qui ne remet pas en cause le droit au procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

16 - L'interaction entre les deux procédures ne s'est pas révélée « un nid à contentieux », mais plutôt un facteur favorable aux poursuites devant le Conseil, contrairement aux prévisions alarmistes de L. Vogel (L'intérêt des sanctions civiles et pénales, Gaz. Pal. 26 au 28 janvier 2003).

17 - Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt France Travaux du 24 juin 2008 ; un pourvoi est pendant.

18 - Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt Eiffage Construction du 3 juillet 2008 ; un pourvoi est pendant.

Dans l'arrêt France Travaux du 24 juin 2008, la cour d'appel a jugé que le fait que les notifications de griefs soient fondées exclusivement sur les éléments de preuve recueillis dans le cadre de la procédure pénale n'était pas de nature à en affecter la régularité.

L'efficacité et le caractère coercitif de la procédure pénale (perquisitions, écoutes, garde à vue, détention provisoire...) peuvent donc être mis au service de l'Autorité dans les cas les plus graves (les cartels) où sont identifiées les personnes physiques à l'origine des cartels.

Dans la dernière affaire citée (07-D-15), l'audition des chefs d'entreprise, placés en garde à vue, a permis la détection d'un partage anticoncurrentiel de tous les marchés des lycées d'Ile de France entre les principales entreprises, avec aveux circonstanciés. Il n'est pas certain que cette procédure aurait abouti si seuls les pouvoirs d'enquête administratifs de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et du Conseil avaient été mobilisés.

Conclusion :

L'incrimination des personnes physiques constitue donc le complément indispensable des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence (qui ne peut sanctionner que les personnes morales), si l'on veut lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles.

La dépenalisation de l'article L.420-6 irait à l'encontre de ces objectifs et à l'encontre du mouvement actuel de pénalisation des cartels en Europe. Son affichage constituerait un message très négatif en direction des entreprises et serait interprété comme une attitude d'indulgence envers les pratiques anticoncurrentielles, alors que la politique européenne de concurrence et les politiques des Etats membres ont été considérablement renforcées depuis 2003.

Enfin, la lutte pénale contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles complète parfaitement l'action de l'Autorité contre les entreprises.

Par contre, la responsabilité des personnes morales pourrait être écartée pour ce délit, en raison de la possibilité d'une double incrimination, qui, pour n'être pas illégale ou inconstitutionnelle, n'en est pas moins inopportune.

L'article L. 420-6 pourrait être recentré sur les pratiques les plus graves, à savoir les ententes horizontales sur les prix et de répartition, sans oublier les ententes dans les marchés publics. On constate d'ailleurs que cet article s'est essentiellement appliqué aux marchés publics jusqu'à aujourd'hui.

Enfin, l'article L. 420-6 devrait prévoir que l'octroi d'une mesure de clémence par l'Autorité de la concurrence entraîne la même clémence à l'égard de la personne physique impliquée.

En effet si l'existence de sanctions pénales pour les personnes physiques peut constituer un outil majeur de dissuasion et de répression des infractions les plus graves, comme les ententes injustifiables, celles-ci doivent être conciliées et articulées avec l'action des organes qui, comme l'Autorité de la concurrence, imposent des sanctions administratives aux entreprises.

Or, en droit français, l'introduction d'un programme de clémence n'a pas conduit à une évolution de l'articulation entre les deux catégories d'actions. Ainsi, les exonérations de sanctions que l'Autorité de la concurrence peut accorder aux entreprises au titre du programme de clémence ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal. On observera que dans d'autres systèmes juridiques, comme au Royaume-Uni, les deux voies d'action ont été articulées entre elles et les procédures de clémence peuvent s'appliquer pour les différentes catégories de sanctions et les différentes catégories de personnes, physiques et morales.

Même s'il convient de relativiser les conséquences de cette situation en droit français, aucun cas de personnes poursuivies au pénal après avoir sollicité la clémence devant l'Autorité n'ayant été signalé, pour autant, cette situation n'est pas satisfaisante. Pour en sortir, il faut donc explicitement articuler les deux procédures.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Jacques-Henri Robert

Professeur émérite de l'Université de Paris II Panthéon-Assas

Le thème de la journée est, comme l'a souligné M. le Doyen Maître du Chambon, stimulant parce qu'il constitue un oxymore : il invite à parler de dépenalisation en même temps que de responsabilité des personnes morales. Pour éviter des contorsions insupportables, les orateurs se sont efforcés de prendre de la hauteur et d'embrasser un champ plus vaste que celui du droit pénal, et ils sont même sortis du droit pénal pour entrer dans la théorie du droit.

Section I – Les disciplines clientes du droit pénal

Les pénalistes les plus imaginatifs s'évadent du code pénal et trouvent une source féconde d'inspiration dans d'autres disciplines : le droit des affaires évidemment (H. Matsopoulou), le droit social (A. Coeuret), de bourse et de concurrence (V. Magnier, A.-M. Merville et I. Luc), toutes matières qui ont besoin de sanctions pénales pour assurer leur autorité. Pourtant, ceux qui en sont les spécialistes trouvent que l'intervention de la répression est excessive et réclament une dépenalisation. L'étendue de ce mouvement intéresse à la fois les incriminations à abroger et les personnes à punir.

§1 : Les incriminations

Les amateurs d'abrogations ont été moins nombreux qu'ils ne l'auraient été il y a un an, avant que la crise économique ne révèle les

surprenantes turpitudes des financiers qui expliquent seules le phénomène alors que le monde ne souffre pas de pénurie de biens (P. Maistre du Chambon). H. Matsopoulou a limité ses demandes de suppressions à quelques spectres inconsidérément placés dans la loi du 24 juillet 1966 et qui ont d'ailleurs été l'objet de plusieurs charrettes (lois du 1^{er} août 2003, ordonnances du 25 mars et du 24 juin 2004).

Les autres intervenants n'ont pas réclamé d'abrogation du tout, surtout pas en droit du travail (A. Coeuret), ni en droit de l'environnement, ni en droit boursier (V. Magnier), sauf à éviter les doubles poursuites administrative et pénale (A.-M. Merville).

§2 : Les coupables

Depuis le nouveau code pénal et surtout depuis la loi Fauchon du 10 juillet 2000, une recette merveilleuse est souvent sollicitée : faire supporter la responsabilité pénale par les personnes morales et en débarrasser les personnes physiques. Sur ce point, vous avez été inépuisables : disparition du principe de spécialité (O. Sautel), représentation en justice de la personne morale et choix des peines (M. Benillouche), nécessité de l'identification des organes ou représentants coupables et cumul ou non des poursuites contre personnes physiques ou morales (J.-Y. Maréchal).

Sur tous ces sujets, les orateurs ont montré à l'envi le désordre des solutions du droit positif, leur instabilité, leurs contradictions entre elles et avec la lettre (on n'ose pas dire l'esprit, car il en est dépourvu) de l'article 121-2 du code pénal. La conclusion unanime est que les personnes morales sont, aujourd'hui, présumées responsables de la plupart des infractions dont leur fonctionnement est l'occasion.

L'explication de cette situation navrante est un défaut de vision d'ensemble et pour dire la chose plus crûment, un mépris de la théorie. Or, la manière de remédier à ces maux est l'instrument incomparable qu'est le droit comparé. Et c'est là qu'intervint C. Mauro à qui sa naissance italienne permit un survol mondial de la théorie de la responsabilité des personnes morales.

Section II – La théorie

Les glossateurs officiels du nouveau code pénal n'ont qu'un mot à la plume pour le louer : il est pragmatique.

Or, le pragmatisme n'est pas, comme on le croit vulgairement, le rejet de la théorie, c'est même une doctrine philosophique que le dictionnaire définit ainsi : « Doctrine selon laquelle l'idée que nous avons d'un phénomène ou d'un objet n'est que la somme des idées que nous pouvons avoir au sujet des conséquences pratiques de ce phénomène, des

actions possibles sur cet objet ». Il ne s'agit donc pas d'approximation, ni de paresse d'esprit ni d'aventurisme, mais d'une réflexion sur les justifications de l'action.

C. Mauro a démontré que cette démarche a été entreprise avec beaucoup de méthode par des Etats étrangers, et en particulier par le droit canadien qui a construit la notion « d'intention corporative » auprès de laquelle la « responsabilité par représentation » de notre Cour de cassation fait figure d'institution mérovingienne. La circulaire du directeur des affaires criminelles et des grâces, si elle était suivie d'effet, aboutirait à des solutions pratiques comparables à celles du droit canadien, sans pour autant reposer sur le même substrat théorique.

Mais la Cour de cassation n'en prend pas encore le chemin comme le montre son arrêt du 25 juin 2008 qui, sans s'embarrasser de nuances, établit une présomption de responsabilité contre les personnes morales.

Tout n'est pas perdu : la commission présidée par le Premier président Coulon doit aboutir à un projet de loi de dépénalisation. Il fournira peut-être au législateur l'occasion de parler en sachant ce qu'il dit et d'agir en sachant ce qu'il fait, ce qui, selon Rossi, un autre italien, marque le respect de la théorie.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	
Morgane Daury-Fauveau	5

Allocution introductive	
par Patrick Maistre du Chambon	9

PREMIERE PARTIE : PENALISATION DE LA VIE DES AFFAIRES ET CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

La poursuite des personnes morales	
par Mikaël Benillouche	17

Section I – La représentation par une personne physique ...19

§1 : Le principe du maintien du représentant légal	19
A. La détermination du représentant légal	19
1) Les personnes morales de droit public	19
2) Les personnes morales de droit privé	20
B. Le représentant légal à l'époque des poursuites	21
C. L'immunité du représentant de la personne morale poursuivie	22
D. Les effets de la poursuite du représentant légal ou du délégataire	22
§2 : Les exceptions permettant la représentation par un tiers	25
A. L'exception décidée par la société : la représentation par le délégataire	25
B. L'exception décidée par le juge : le mandataire	26

**Section II – L'exercice des poursuites à l'encontre
de la personne morale28**

**§1 : Les préalables à la mise en mouvement
de l'action publique28**

- A. Etablir la compétence territoriale28
- B. L'enquête concernant les personnes morales29

§2 : L'exercice de l'action publique29

- A. Les modes de mise en mouvement
de l'action publique29
- B. L'instruction30
 - 1) Mise en examen et témoin assisté31
 - 2) Contrôle judiciaire31
- C. Le jugement33
 - 1) Citation et signification33
 - 2) Avis aux représentants du personnel34

**La disparition du principe de spécialité
par Olivier Sautel37**

**Section I - Disparition de la condition de spécialité
et dépenalisation40**

- §1 : L'inutilité de la condition de spécialité40
- §2 : Le transfert de responsabilité induit42

**Section II – Disparition de la condition de spécialité
et pénalisation44**

- §1 : L'effet de pénalisation45
- §2 : L'apparition de nouvelles incertitudes46

**L'exigence variable de l'identification
de la personne physique
par Jean-Yves Maréchal49**

Section I - L'effectivité de la condition légale50

- §1 : Une exigence textuelle stricte...51
- §2 : progressivement neutralisée par la jurisprudence ...52

Section II - La remise en cause de la condition légale55

- §1 : Les raisons de la suppression de la condition55
- §2 : Les avantages de la suppression de la condition57

Eléments de droit comparé
par Cristina Mauro61

**Section I – Systèmes hostiles au principe
de la responsabilité pénale des personnes morales**62

**§1 : Les arguments contre la responsabilité pénale
des personnes morales**63
A. Les arguments d'ordre théorique63
B. Les arguments d'ordre pratique65
**§2 : Les mécanismes qui permettent de sanctionner
les personnes morales**66

**Section II – Les systèmes qui consacrent
la responsabilité pénale des personnes morales**68

§1 : Les questions résolues68
A. Les personnes responsables68
B. Les infractions visées69
§2 : Les questions ouvertes70
A. Les fondements de la responsabilité pénale
des personnes morales en droit comparé71
B. Les conséquences de la responsabilité pénale76

**DEUXIEME PARTIE :
DEPENALISATION DE LA VIE DES AFFAIRES
ET MISE EN CEUVRE DE LA RESPONSABILITE PENALE
DES PERSONNES MORALES**

**Responsabilité pénale de la personne morale
et infractions du droit pénal des affaires**
par Haritini Matsopoulou81

**Section I – La responsabilité pénale des personnes
morales et les délits du droit des sociétés**83

**Section II – La responsabilité pénale des personnes morales et
les délits du droit commun intéressant la vie des affaires** ..85

Responsabilité pénale et administrative des personnes morales et infractions boursières par Anne-Dominique Merville	91
Section I - Le cumul administratif et pénal des incriminations en matière boursière à l'égard de la personne morale	93
§ 1 : L'organisation du cumul administratif et pénal	93
§ 2 : L'application jurisprudentielle du cumul administratif et pénal	94
Section II - Les cumuls administratif et pénal des poursuites et des sanctions en matière boursière à l'égard de la personne morale	96
§1 : L'organisation de ces cumuls de poursuites et de sanctions	96
§2 : La remise en cause de ces cumuls de poursuites et de sanctions	98
La responsabilité pénale en droit du travail : vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ? par Alain Coeuret	101
Section I – Un nouvel équilibre en matière d'imprudence ? ..	105
Section II – Un nouvel équilibre en matière intentionnelle ? ..	114
Responsabilité pénale de la personne morale et droit de la concurrence par Irène Luc	119
Section I – Le principe de personnalité des peines	120
§1 : Responsabilité de la personne morale et manquements de ses préposés	121
§2 : Exceptions aux principes de personnalité des peines ..	123
A. Transformation de l'entreprise	123
B. Présomption de responsabilité de la maison-mère sur les agissements de ses filiales à 100 %	125

Section II – Cumul de la responsabilité des personnes morales en droit de la concurrence avec l’infraction pénale de l’article L.420-6 du code de commerce	125
§1 : Coexistence des infractions administratives et pénale	125
§2 : Les raisons du maintien de leur coexistence	127
A. Contre les personnes physiques	127
B. La complémentarité des répressions pénale et administrative	128
1) Une interaction forte existe entre les deux procédures	128
a) Avis aux juridictions	128
b) Transmission au parquet	129
c) Communication de pièces	129
2) Le Conseil a, dans plusieurs décisions récentes, pu éprouver l’efficacité de cette interaction entre les deux procédures	130
Rapport de synthèse par Jacques- Henri Robert	133
Section I – Les disciplines clientes du droit pénal	133
§1 : Les incriminations	133
§2 : Les coupables	134
Section II – La théorie	134

