



LA RESPONSABILITE PENALE DANS L'ENTREPRISE

E.J. LOKO-BALOSSA
Faculté de Droit
Université Marien NGOUABI
B.P. 69, Brazzaville Congo

RESUME

L'objectif de cette étude est de présenter la délicate répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques dans l'entreprise. Cette étude tend simplement, par une approche pluridisciplinaire, à ouvrir des pistes de réflexion, à recenser les principales difficultés et à apporter un début de réponse aux principales interrogations suscitées par cette responsabilité.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. On voit bien à quelles autres responsabilités, la responsabilité pénale des personnes morales est appelée à s'adjoindre : ces responsabilités concurrentes sont celles qu'assument personnellement ceux qui, dans l'entreprise, l'organisme ou le groupement, ont pouvoir de décision. Plus simplement, il est ici question des relations entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle « du décideur », du chef d'entreprise, autrement dit du patron.

Mots-clés : *Responsabilité pénale ; Entreprise ; Chef d'entreprise ; Personne morale ; Infractions ; Sanctions ; Peines ; Amendes.*

ABSTRACT

The penal liability within the company.

The aim of the current study consists to present the difficult distribution of legal and individual liabilities within the company. The said study just tends, through a multidisciplinary approach, to open reflection leads, to register the main difficulties and to bring about some pilot response towards the main questions raised by that liability.

The penal liability of legal entities does not exclude the liability of the individual entities considered as responsible or accomplices of the same facts. One may quite well see, up to what other liabilities, the penal liability of legal entities is bound: those competitive liabilities are the ones that personally assume people who are decision-makers within the company, the organism or the grouping. In a simple way, it is here a question of relations between the penal liability of the legal entity and that of the "decision-maker", of the company head, in other words of the boss.

Key Words: *Penal Liability; Company; Company Head; Legal Entity; Breach of Duty; Infringement; Punishment; Penalties.*

INTRODUCTION

1 - Les infractions commises lors des différentes activités au sein de l'entreprise sont un symbole de la criminalité d'aujourd'hui qui met le système pénal à l'épreuve¹. L'étude des caractéristiques de l'infraction pénale permet de déterminer quelques grands traits de celle-ci et notamment ceux qui sont relatifs à la personnalité des peines. Cependant, dans certains cas, la question de la responsabilité pénale du fait d'autrui resurgit.

Peut-on croire qu'un dirigeant d'entreprise connaît toute l'activité de son entreprise ou de son groupe dans les moindres détails, qu'il a la capacité de contrôler l'ensemble des activités, techniques, commerciales, financières ou de gestion de son groupe ?

La question a souvent été posée, sans recevoir de réponse toujours satisfaisante. La lecture de l'article 121-2 du nouveau Code pénal français conduit à une interrogation supplémentaire. L'alinéa 3 de cet article dispose : « la responsabilité 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 ». La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, de l'entreprise a été unanimement saluée par la doctrine². De nombreux Etats consacrent la responsabilité pénale des personnes morales³. La reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales, de l'entreprise correspond à la volonté du législateur de mettre un terme à l'immunité des personnes morales, notamment en droit pénal des affaires, immunité "d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à

l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre public économique ou à la législation sociale" et que "de surcroît", la décision qui est à l'origine de l'infraction est prise par les organes sociaux eux-mêmes, qui déterminent la politique industrielle, commerciale ou sociale de l'entreprise. Elle correspond également à la volonté du législateur de faire disparaître " la présomption de responsabilité pénale qui pèse en fait aujourd'hui sur des dirigeants à propos d'infractions dont ils ignorent parfois l'existence " et de faire ainsi en sorte que soit "mieux respecté le principe selon lequel, en droit pénal, nul ne répond que de son propre fait"⁴.

2 - La responsabilité pénale des personnes morales ne fait plus figure en droit positif d'exception, mais de principe⁵. En effet, l'article 121-2 du Code pénal français précise : « 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 ». La loi française englobe donc toutes les personnes morales, à l'exception de l'Etat. De la même façon, une société ne sera soumise à la responsabilité pénale que lors de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui seule donne la personnalité morale à tel groupement.

Cette personnalité juridique est également acquise à compter de l'immatriculation selon l'article 98 de l'Acte

¹ Klaus Tiedmann, Rapport concernant l'harmonisation du droit pénal des affaires dans le cadre de la Communauté européenne (Prix Max-Planck, 1995) RSC 1997, p 259.

² Bertrand de Lamy, Marc Segonds, Responsabilité des personnes morales, Juris Classeur Pénal des affaires, V notions fondamentales, fasc.7, 01 septembre 2010, côte : 01, 2011 p. 3.

³ J. Pradel, Droit pénal composé, Dalloz, 2è éd. 2002, N° 242, p. 357.

⁴ Bertrand de Lamy, Marc Segonds, art. cité, p. 6.

⁵ P. Couvrat, la responsabilité pénale des personnes morales : un principe nouveau, LPA 6 oct. 1993, p.13.

uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'OHADA. En effet, l'article 98 de l'Acte uniforme dispose : « toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement ».

Le législateur ne limite pas la responsabilité pénale aux seules sociétés commerciales, le champ d'application est étendu à toutes les personnes morales de droit privé telles que les associations, les syndicats, les sociétés civiles ou les syndicats de copropriétaires, voire même les comités d'entreprise, les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

3 - Il est important de noter, qu'à l'exception de l'Etat, les personnes morales de droit public, sont comprises dans le champ d'application de la loi, et cette inclusion, si son champ est limité aux « activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de service public », ne tient pas compte des modalités réelles d'exploitation desdits services publics, mais de la simple possibilité de déléguer.

La question du formalisme de la possibilité de déléguer des services publics mérite d'être posée, ne serait-ce que par référence à une jurisprudence déjà ancienne, mais devenue célèbre, celle de l'arrêt Epoux Bertin du 20 avril 1956⁶ qui fait référence à une délégation implicite de service public en conférant au contrat, « sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes », un caractère administratif.

La notion doit donc être prise dans un sens large en y incluant non seulement toutes les formes classiques de gestion déléguée de service public, mais aussi les formes non dénommées.

L'avis du Conseil d'Etat français du 7 octobre 1986 permet de définir les possibilités

de délégation de service public en y incluant seulement certains services administratifs dont la gestion ne peut être faite que par la collectivité (état civil, élections).

4 - Si les fondements classiques de la responsabilité pénale peuvent appeler à certains égards une telle responsabilité pénale des personnes morales, la doctrine, au moins « administrativiste », nourrit le sentiment qu'il a été institué comme par surprise, dans le sillage de l'admission du principe de la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé, qui, lui, avait effectivement été envisagé en doctrine depuis longtemps⁷.

5 - Le regret de la loi s'impose dans les mêmes conditions à toutes les personnes qui jouissent de la capacité juridique. De plus en plus, souvent d'ailleurs, le droit positif tend à supprimer toute différence entre les entreprises et les personnes physiques⁸. Toutefois, comme l'envisage le troisième alinéa de l'article 121-2 du nouveau Code pénal français : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Cette règle peut être exprimée en terme de cumul : les responsabilités pénales de l'entreprise et d'une personne physique peuvent se cumuler. Il s'agit d'exclure, en effet, que la nouvelle responsabilité pénale de la personne morale, précisément de l'entreprise n'exonère de leur propre responsabilité les auteurs de l'infraction commise pour le compte de celle-ci, en masquant le caractère délictueux de leurs agissements personnels⁹. Il convient de noter à quelles autres responsabilités, la responsabilité pénale des personnes morales est appelée à s'adjoindre : ces responsabilités concurrentes sont celles qu'assument personnellement ceux qui, dans l'entreprise, l'organisme ou le

⁶ Cf. MM.Long, Weil et Braibant, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 1978, N° 94, p.440.

⁷ J.- P. Ferrier, une grave lacune de notre démocratie : l'irresponsabilité pénale des personnes administratives, RSC 1983, p. 395.

⁸ Yves Guyon, Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale, Revue des sociétés, 1993, p.235.

⁹ Rapport, Ph. Marchand, Doc. Ass. nat. Française, 1^{ère} session, 1989-1990, N° 896, p. 123.

groupement ont le pouvoir de décision¹⁰. Plus simplement, il est ici question des relations entre la responsabilité pénale de l'entreprise et celle « du décideur »¹¹, du chef d'entreprise, autrement dit du patron.

6 - Cette possibilité de cumul des poursuites contre l'entreprise et ses représentants ou organes, ouvre la voie à une nouvelle approche de la gestion juridique de l'entreprise. La prise de conscience des effets parfois dévastateurs du droit dans l'entreprise a été effectuée en matière de droit de travail par la mise en cause des responsabilités des dirigeants fautifs. Cette prise de conscience doit être élargie à l'ensemble du droit des affaires et conduire à une nouvelle politique de gestion des entreprises, intégrant la donnée juridique dans le processus de prise de décision. L'introduction, sur une grande échelle de la responsabilité pénale, au sens propre du terme, va conduire à une modification importante des modes de gestion et de prise de décision dans les entreprises et permet surtout de procéder à une description des infractions de nature à entraîner la responsabilité pénale dans l'entreprise.

7 - Procéder à une description des infractions de nature à entraîner la responsabilité au sein de l'entreprise, sans préjudice de la responsabilité des personnes physiques, voilà une tâche ingrate ! La tentation est grande d'écrire qu'il suffit de compulsier le Code pénal pour mesurer l'étendue et le domaine de la responsabilité pénale de l'entreprise et des personnes physiques¹². La liste des infractions est pourtant impressionnante. Elle a été dressée par M. Desportes dans son étude¹³. Il convient de noter par exemple que le dernier alinéa de l'article 314-7 du Code pénal français prévoit que c'est le dirigeant de droit ou de fait qui est

punissable ! Il est clair qu'il appartiendra dès lors au juge, dans ces différents cas, de se demander s'il faut envisager de poursuivre la personne physique ou la personne morale, à moins de retenir tout le monde, par commodité ! Pourquoi ne pas faire la distinction selon l'hypothèse en jeu : infraction volontaire, la personne physique ; infraction involontaire, la personne morale. Mais, le législateur n'a pas voulu trancher, il a préféré prendre un profil large.

Est-ce à dire dès lors qu'en dehors de ces cas, l'entreprise serait à l'abri de toute crainte ? Assurément pas, car des textes supplémentaires sont venus compléter la longue énumération qui à chaque fois précise la nature des peines encourues par l'entreprise. Des dispositions extérieures au code retiennent également la responsabilité pénale des personnes physiques ou des personnes morales. Ainsi, l'article 25 de l'annexe V de l'Accord de Bangui relatif aux dessins et modèles industriels précise : « Toute atteinte portée sciemment aux droits garantis par la présente annexe est punie d'une amende de 1.000.000 à 6.000.000 de francs CFA »¹⁴.

8 - Cependant, de nombreuses difficultés peuvent surgir pour l'application des textes. Sans vouloir contester le principe nouveau de l'article 121-1 du Code pénal français, utile dans le domaine des infractions involontaires (imprudence et mise en danger), il faut bien reconnaître que la règle nouvelle est parfois difficile à mettre en œuvre. Sur le plan des principes, comment concilier la responsabilité des personnes morales, avec l'article 121-1 prévoyant la responsabilité de son « propre fait », avec l'article 121-3 du Code pénal français exigeant une intention pour les crimes et délits, à l'exception des infractions d'imprudence ou de mise en danger des personnes ?

Le droit français admet, un champ d'application englobant divers types d'infractions (intentionnelles et non

¹⁰ Gérard Couturier, Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques, *Revue des sociétés*, 1993, p. 307.

¹¹ M. Delmas-Marty, *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité « du fait d'autrui » ou « du décideur »*

J C P 1585, éd. G.I. 3218.

¹² Bernard Bouloc, le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales, *Revue des sociétés*, 1993, p.291.

¹³ Cf. JCP 1993, éd. E.I 219.

¹⁴ Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, signée à Bangui le 24 février 1999, h t t p :/www. oapi. wipo. net

intentionnelles, contre les personnes et contre les biens ...).

Dans une perspective aussi large, la notion d'infraction commise « pour le compte » de la personne morale, de l'entreprise, varie nécessairement selon le type d'infraction considérée, car elle paraît inclure tout à la fois une approche subjective (la faute) et objective (le profit réalisé ou recherché)¹⁵. Selon les cas, les deux approches coïncident (en cas d'infraction intentionnelle contre les biens, par exemple l'escroquerie) ou l'une prédomine sur l'autre : prédominance de l'approche subjective, donc de la faute, en cas d'infraction intentionnelle contre les personnes (comme la discrimination à propos de laquelle la notion de profit, même moral, semble peu pertinente) ; prédominance de l'approche objective, donc du profit, en matière d'infraction non intentionnelle.

9 - Encore faut-il préciser - et c'est sans doute la condition essentielle - quelle est la personne, l'activité, qui peut engager la responsabilité pénale d'une personne morale ?

La recommandation N° R (88) 18 du Conseil de l'Europe sur la responsabilité des entreprises pour infractions résout la difficulté en considérant que l'entreprise devrait être responsable sans qu'il y ait obligation d'identifier « une personne physique ayant commis des faits ou omissions constitutifs de l'infraction » et, « même lorsque l'infraction est étrangère à l'objet de l'entreprise »¹⁶.

Toutefois, le droit comparé montre qu'il faut généralement chercher à identifier une personne physique susceptible d'engager par son comportement la responsabilité pénale de la personne morale. Plusieurs conceptions sont développées. Certains systèmes admettent que l'entreprise puisse être engagée pénalement par le comportement d'un simple employé : c'est la conception retenue, non seulement en droit américain, mais aussi aux Pays-Bas¹⁷, et certains auteurs en préconisent

l'application en Allemagne¹⁸. En revanche, le droit anglais, qui privilégiait la doctrine de l'identification (« personal liability ») sur celle de la délégation (« vicarious liability »), ne prévoit pas en règle générale la mise en cause par un simple employé et exige qu'il s'agisse d'un dirigeant d'un certain niveau (... « être board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of company »)¹⁹. Toutefois, il existe des exceptions pour certains délits définis par la Common law (par ex. les public nuisances) ou par certains « statuts »²⁰. Enfin, il est à noter que l'article 30 du projet de Code pénal (law commission for England and Wales, 1989) distingue selon qu'il s'agit d'une infraction purement matérielle pour laquelle un simple employé peut engager l'entreprise, ou d'une infraction impliquant une véritable faute pour laquelle il convient de se référer aux dirigeants (énumérés au titre de « controlling officers »)²¹.

En France, il n'a jamais été envisagé ouvertement d'étendre aux employés la mise en cause de l'entreprise, réservée d'abord aux organes de celle-ci (avant-projets 1978, 1983) puis aux « organes ou représentants ». Une conception plus large paraît donc exclue, sauf à transposer aux entreprises la jurisprudence sur la responsabilité du « décideur ». Ce qui impliquerait une scission entre l'élément moral de l'infraction (la faute), commise par l'organe ou représentant et imputée comme telle à la personne morale, et l'élément matériel (l'acte au sens large), accompli par un employé, pour le compte de celle-ci. Si cette transposition était retenue, la responsabilité pénale de la personne morale, de l'entreprise, pourrait se trouver engagée par le comportement matériel d'un simple employé, mais à condition que la faute relève d'un organe ou d'un représentant, notion qui reste à préciser.

pragmatisme et dogmatisme juridique, RSC, 1997, p. 325.

¹⁸ Klaus Tiedemann, la responsabilité pénale dite du fait d'autrui, RSC, 1997, p. 265.

¹⁹ House of lords, Tesco super-markets Ltd v. Nattras, 1972, A.C. 153.

²⁰ Ph. Kenel, la responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais, Faculté de droit de Lausanne, 1991.

²¹ Corporations and criminal responsibility, Oxford press, 1992, p.114 et s.

¹⁵ Mireille Delmas-Marty, les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale, Revue des sociétés, 1993, p. 303.

¹⁶ Mireille Delmas-Marty, art cité, p. 304.

¹⁷ J.A.E. Vervaele, La responsabilité pénale au sein de la personne morale au Pays-Bas. Mariage entre

Observons d'emblée que les deux termes se confondent parfois car les organes de gestion sont aussi des organes de représentation, et plus précisément des représentants légaux qui engagent la société quand même ils agissent en dehors de l'objet social (cf. L. 24 juillet 1966, art. 49 pour les SARL, art. 98 et 113 pour le Conseil d'administration des sociétés en commandité par actions ...). Toutefois, il faut considérer qu'il existe d'autres organes, permanents comme les organes d'actionnaires ou de porteurs de parts qui pourront, à ce titre, engager aussi la personne morale.

10 - A l'inverse, il existe des « représentants » qui ne sont pas nécessairement les « organes » de la personne morale. Outre le cas particulier de l'entreprise gérée par un administrateur provisoire, il convient d'envisager le cas dans lequel l'entreprise donne mandat à une personne physique, ou à une autre personne morale, d'agir à sa place dans la vie juridique. Dans une telle situation de représentation « spéciale », le représentant peut avoir l'occasion de commettre « pour le compte » de la personne morale une infraction qui pourra donc être imputée à celle-ci²².

La question se pose alors de savoir, en l'absence de disposition expresse, si ces organes ou représentants autres que les organes de gestion peuvent aussi engager la personne morale lorsque leur décision a été prise en dehors des limites de leur compétence. La doctrine ne paraît pas faire de distinction à cet égard entre les diverses catégories concernées, estimant que « limiter la capacité délictuelle de la personne morale au domaine restreint des applications fonctionnelles de l'organe, qui a agi, risquerait de créer une large zone d'irresponsabilité pénale injustifiée »²³.

Est également posée la question de savoir si les dirigeants « de fait » pourront engager la responsabilité pénale de l'entreprise, comme ils engagent déjà leur propre responsabilité lorsque l'infraction est

commise pour leur compte personnel²⁴. Certains auteurs, notamment Merle et Vitu excluent une telle solution dès lors qu'en pareil cas, la personne morale « fait plutôt figure de victime coupable »²⁵. Il faut cependant à l'évidence combiner les deux conditions et retenir la responsabilité de l'entreprise que si les dirigeants du fait ont agi pour le compte de celle-ci et non pour leur compte personnel. Dans ce cas, ne risquerait-on pas de créer une inégalité devant la loi pénale s'il suffisait à une entreprise de placer à sa tête de simple prête-noms pour échapper au risque de poursuites pénales en cas d'infractions commises pour son compte ?

C'est d'ailleurs en faveur de la conception assimilant les dirigeants de fait aux dirigeants de droit que s'était prononcée la jurisprudence²⁶. En outre, s'agissant de l'auteur de l'infraction, l'article 121-1 du nouveau Code pénal français indique que l'auteur de l'infraction commet personnellement les actes incriminés. Ensuite, l'article 121-4 se contente d'énoncer dans son premier paragraphe, est auteur de l'infraction, la personne qui commet les faits incriminés, le paragraphe 2 étant consacré quant à lui, au cas particulier de la tentative, et l'article 2 du Code pénal de la République du Congo-Brazzaville dispose : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même ». En outre, l'article 3 du même Code précise : « les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi »²⁷.

Toutefois, il convient de rappeler de façon cursive que l'auteur moral ou intellectuel en droit pénal français ou congolais est celui qui fait accomplir certains actes illicites par un tiers, par opposition à l'auteur matériel qui commet lui-même l'acte incriminé. Cela signifie sans aucun doute que le juge reste

²² Alain Coeuret, La responsabilité en droit pénal du travail, RSC, 1992. 475.

²³ Merle et Vitu, Traité de droit criminel, Cujas, 1988, t. 1, n° 601.

²⁴ M. Delmas-Marty, Droit pénal des affaires, PUF, 1990, t. 1, p 52.

²⁵ Merle et Vitu, op. cit., n° 605.

²⁶ Mireille Delmas-Marty, art. cité, p.305.

²⁷ Codes d'audience, éd. Giraf, 2001, p.175.

attaché à des facilités de preuve²⁸, et les multiples incriminations relatives à la responsabilité pénale au sein de l'entreprise, qui figurent dans ou hors du Code pénal, sont éclairées par l'œuvre des tribunaux. Ainsi, pour mieux cerner cette étude relative à la responsabilité pénale dans l'entreprise, il convient de déterminer les personnes susceptibles d'encourir la responsabilité pénale dans l'entreprise (I), ensuite d'examiner les sanctions applicables aux personnes susceptibles d'encourir la responsabilité pénale dans l'entreprise (II).

I. - LES PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ENCOURIR LA RESPONSABILITE PENALE DANS L'ENTREPRISE

11 - Aux termes de l'article 121-1 du nouveau Code pénal français : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». En outre, l'article 121-2 dudit Code précise : « 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 ». Dans cette perspective, la question fort délicate de la répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques au sein de l'entreprise demeure. Il convient donc de procéder à la répartition de la responsabilité entre certaines personnes physiques, c'est-à-dire les "décideurs" qui assurent des responsabilités au sein de l'entreprise (A) et la personne morale, c'est-à-dire l'entreprise (B).

A) La responsabilité pénale des personnes physiques au sein de l'entreprise

12 - Il résulte de l'article 121-2 alinéa 3 du nouveau Code pénal français que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Dans le cadre de la gestion de l'entreprise, des infractions sont parfois commises par le chef d'entreprise (1) ou par les délégués (2).

1. La responsabilité pénale du chef d'entreprise

13 - La responsabilité pénale des personnes physiques peut se manifester, soit à propos d'un fait personnel, soit à propos du fait d'autrui²⁹. La responsabilité pénale du chef d'entreprise qui est qualifiée aujourd'hui de responsabilité des "décideurs", parce que pour une même entreprise, elle reste de moins en moins concentrée sur la tête d'un seul. Celui-ci, serait-il placé au centre ou au sommet de la structure ?

14 - Au sein de l'entreprise, il est plutôt rare qu'un délinquant commette tout seul un délit. La fréquente participation de plusieurs personnes, à la commission de l'infraction peut se faire, soit dans un sens horizontal, donc à travers la coordination de divers participants plus ou moins indépendants les uns des autres, soit dans un sens vertical, hiérarchique, par l'action de personnes à différents échelons d'une même entreprise. Dans les deux cas, la constatation des faits et l'éventuelle sanction à l'encontre des responsables posent des problèmes considérables qui sont souvent des difficultés de preuve, souvent aussi des difficultés de l'application juridique de la loi pénale ou administrative³⁰.

Dans le cas le plus simple de la participation de plusieurs personnes à la commission d'une infraction, se pose la vieille question de savoir s'il faut sanctionner toutes les personnes de la même manière ou s'il faut établir la distinction selon la nature et l'importance de leur contribution. Quand il

²⁸ Alain Coeuret, les propositions « Espace judiciaire européen » confrontées à la situation en France, RSC 1997, p 300.

²⁹ Cf. Guide juridique Dalloz 1995, 448-1.

³⁰ Klaus Tiedemann, art. cité, p. 259.

s'agit au contraire de personnes faisant partie d'une hiérarchie d'entreprise, « où les réseaux du pouvoir et de l'autorité se diversifient et s'enchevêtrent toujours davantage », il convient de se demander si le chef, ou le décideur, est toujours responsable.

15 - La principale originalité de cette éventuelle responsabilité est, de déclarer le dirigeant pénalement responsable en raison du comportement d'un subordonné qui accomplit l'infraction dans sa matérialité et qui met ainsi en évidence l'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire pesant sur le responsable médiateur. A partir d'un tel schéma d'imputation, on parle parfois, non sans risque, de « la responsabilité pour le fait d'autrui », expression annonciatrice de beaucoup de réticence en ce qu'elle dévoilerait la présence de la responsabilité objective et purement automatique en contradiction avec les principes traditionnels de notre droit pénal et désormais, pour ce qui est de la France ou du Congo-Brazzaville, en contradiction avec l'article 121-1 du nouveau Code pénal aux termes duquel : « Nul n'est pénalement responsable que de son propre fait ». Mais, en vérité, ce fait propre du décideur existe bel et bien, même si la plupart du temps, il correspond à une pure abstention, alors que celui de l'auteur matériel, du préposé est plutôt un fait de commission³¹. La faute personnelle du dirigeant peut être évoquée, expression du reste fréquemment utilisée en jurisprudence, notamment dans le contentieux pénal des accidents du travail qui est l'un des terrains de prédilection de cette responsabilité.

Ce sur quoi il convient d'insister, c'est sur la mise au jour de soubassement de cette faute, de son fondement nécessaire, à défaut duquel la répression perdait beaucoup en légitimité, selon nous.

Or, ce fondement est très clairement mis en relief par le pouvoir détenu par la personne physique ainsi mise en cause. Pas de responsabilité « du fait d'autrui » sans pouvoir d'agir sur celui qui a matériellement commis

l'infraction, ce qui immédiatement signifie deux choses.

D'abord, la qualité de chef d'entreprise responsable en droit pénal ne peut jamais résulter de critères purement formels.

Ce sont les prérogatives réellement détenues qui comptent, d'où peut-être une certaine relativité dans l'attribution de cette qualité par rapport à ce que dicte la loi civile ou commerciale³². Ensuite, dès lors que le pouvoir s'est déplacé du sommet vers la base ou du centre vers la périphérie, il n'y a plus de raison pour que la responsabilité ne suive pas le même cheminement. Le problème qui se pose est alors plutôt celui des conditions d'admission de ce transfert. Aussi bien, c'est possible de dire que si les infractions sont d'abord imputées au chef d'entreprise, si elles « remontent » vers lui, c'est parce qu'il supporte une présomption d'autorité qui tombera par exemple devant la preuve d'une délégation de pouvoir³³.

Mais, que signifie exactement le terme « pouvoir » dans le raisonnement que nous tenons ? Nous ne pensons pas être dans l'erreur en répondant que la jurisprudence française opine en faveur d'une aptitude à la décision emportant contrainte juridique pour autrui et pas seulement en faveur de l'exercice d'un contrôle ou d'une surveillance, termes qui ne font pas, dans la langue française, ressortir la même capacité d'influence sur les sujets du pouvoir. Dès lors que ces derniers termes sont présentés par la proposition comme synonymes du premier, peut-être y a-t-il là un point sur lequel il conviendrait de pousser plus loin l'explication pour savoir s'il masque ou non une divergence profonde.

Quoiqu'il en soit, notre perplexité est plus grande lorsque le décideur, chef ou contrôleur, a donné des ordres, laissé commettre le délit ou omis d'exercer le contrôle en connaissance de cause.

³¹ Doctrine désormais majoritaire. V. par ex. Stefani, Levasseur et Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 15^e éd., N° 336, qui parlent à cet égard « d'exception apparentée » au principe de la nécessité d'une faute personnelle.

³² Alain Coeuret, Juris-classeur travail, fascicules 82-10 et 82-20, 1996 ; M. Delmas-marty, Droit pénal des affaires, t. I, p. 52 et s.

³³ Cass. crim., 20 sept. 1980, Bull. Crim., N° 237, Crim., 14 oct. 1987, Bull. Crim., N° 288.

Il semble bien que cette exigence d'ordre psychologique est justifiée par la nature intentionnelle de certaines infractions, car il serait anormal de reprocher au chef d'entreprise une infraction intentionnelle commise par un préposé sans vérifier que l'intention correspondante existe chez le chef d'entreprise. Cependant, il convient de dire que cette exigence ne correspond pas aux conditions habituelles de fonctionnement de responsabilité dans le contentieux pénal français. Cette responsabilité, parce qu'elle est majoritairement couplée avec des infractions non intentionnelles : délit d'imprudence, infractions matérielles, désormais les contraventions, ne nécessite ordinairement, ni la démonstration, ni même la supposition d'un tel élément psychologique qui correspond, finalement, à ce que les juristes français appellent le dol général, voire le dol éventuel.

16 - Cette responsabilité pénale du chef d'entreprise, ou encore responsabilité du décideur, est une responsabilité pénale du fait d'autrui. C'est une responsabilité verticale selon la distinction de M. Tiedmann³⁴. La jurisprudence luxembourgeoise a également dégagée progressivement la règle selon laquelle, sous certaines conditions, la responsabilité pénale des faits commis par autrui peut être envisagée. Le fondement de cette responsabilité pénale est, selon les précisions de M. Jaeger³⁵, à rechercher dans le devoir de surveillance que le chef d'entreprise exerce sur ses salariés. En effet, selon une jurisprudence constante, « le chef d'entreprise répond pénalement des infractions qui se commettent dans son entreprise à raison de l'autorité qu'il exerce sur les hommes et sur les choses ainsi rassemblées qui constituent son industrie »³⁶. Le chef d'entreprise est celui qui, à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier. Le chef d'entreprise est tenu d'assurer, dans l'exploitation de son entreprise, l'observation de la réglementation imposée dans un intérêt public et, est pénalement responsable de l'acte délictueux commis par un préposé. Le principe de la responsabilité du

chef d'entreprise exige de sa part de veiller personnellement et à tout moment à la constante application des dispositions du Code du travail et des règlements pris pour son application et sans lui permettre de faire valoir, ni son éloignement, ni la faute d'un préposé, ni la faute d'un tiers³⁷.

Ainsi, le chef d'entreprise est donc personnellement responsable sur le plan pénal de sa faute consistant dans un défaut de surveillance des faits commis par autrui. Même si cette jurisprudence est intervenue dans le domaine de la législation sur l'environnement ou sur la sécurité du lieu du travail, il semble qu'elle soit applicable également aux infractions générales du Code pénal pour lesquelles le chef d'entreprise peut être considéré comme auteur du moins indirect et, tel en matière de faux bilan par exemple.

17 - Responsable en première ligne, comme le pense M. Alain Coeuret³⁸, le chef d'entreprise va répondre non seulement des infractions qu'il a lui-même commises dans tous leurs éléments, mais également, et surtout de celles qui auront été révélées par le comportement d'un tiers, auteur matériel, qui est habituellement l'un de ses salariés, mais qui peut exceptionnellement, par exemple en cas de travail en commun, être celui d'une autre entreprise.

C'est évidemment cette responsabilité, dite du fait d'autrui, qui constitue le trait le plus remarquable, en même temps que le plus controversé d'une jurisprudence bien assise, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française décidant de façon constante qu'en matière d'industries ou d'entreprises réglementées la responsabilité remonte au principal dirigeant, parce que c'est à lui qu'il appartient de veiller au rapport des textes³⁹. Or,

³⁷ V. par ex. CA 14 févr. 1995, N. 86/95 V et, 12 juin 1995, N.260/95 VI

³⁸ Alain Coeuret, La responsabilité en droit pénal du Travail : continuité et rupture RSC, 1992, p. 476.

³⁹ M. Delmas-Marty, Le droit pénal, l'individu et l'entreprise. Culpabilité du « fait d'autrui » ou du « décideur », JCP 1985 éd. GI 3218 ; J.-H. Robert, Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise, JCP 1975, éd. CI. 11716.

³⁴ Tiedmann, art. cité p. 259.

³⁵ Marc Jaeger, Les propositions « espace judiciaire européen » confrontées à la situation au Luxembourg, RSC 1987, p. 348.

³⁶ V. CA 3 avr. 1985, N 157/35 VI.

le droit du travail envisagé comme une réglementation au sens large du terme fait incontestablement partie de ce domaine, il en est même le noyau historique.

18 - Cette responsabilité, qui remonte au principal dirigeant de l'entreprise, est-elle une responsabilité objective fondée sur le risque ou une responsabilité subjective fidèle à l'idée de faute ?

Le droit pénal moderne est également irrigué par un phénomène de subjectivisation⁴⁰ qui se traduit notamment par l'attention toute particulière que porte le législateur à l'élément moral ou la « force morale »⁴¹ de l'infraction pénale. Le droit pénal actuel se préoccupe davantage de la faute que du dommage, la survenance et la gravité de ce dernier étant souvent aléatoires⁴². La théorie de l'élément moral demeure encore à l'heure actuelle des plus obscures⁴³. Pendant longtemps, le législateur français n'a pas semblé vouloir prendre part à son élaboration, et bien que souvent sollicité par la doctrine en ce sens⁴⁴, il s'est contenté, sous l'empire de l'ancien Code pénal, de l'aborder en droit pénal spécial au sein des diverses incriminations. Ce n'est que récemment que le législateur français a franchi le pas en intégrant un article 121-3, consacrant la théorie générale de la culpabilité⁴⁵.

L'élément moral varie entre un minimum, l'imprudence, et un maximum, l'intention. D'aucuns considèrent d'ailleurs souvent qu'il y a entre les deux plus une

différence de degré que de nature⁴⁶. La réforme du Code pénal français a également été l'occasion de présenter la gradation des fautes pénales⁴⁷. Le législateur français a ainsi créé la faute de mise en danger délibérée⁴⁸, ou faute délibérée, relevant de la catégorie des fautes non intentionnelles et ayant pour particularité d'être plus grave que la faute simple⁴⁹, mais moins grave que la faute intentionnelle, ayant également des incidences sur la responsabilité pénale de l'employeur dans l'entreprise.

Depuis 1994, l'article 121-3 du Code pénal français a été modifié à deux reprises : la loi N° 96-393 du 13 mai 1996 a introduit l'appréciation *in concreto* de la faute d'imprudence⁵⁰ ; plus récemment, la loi N° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, abondamment commentée et parfois âprement décriée⁵¹, a remanié la formulation de l'article 121-3 du Code pénal, en y apportant de nombreux changements de

⁴⁰ R. Legros, L'élément moral dans les infractions, Paris, Sirey, 1952, p. 1 et 2.

⁴¹ F. Carrara, Programme du cours de droit criminel, Paris, Marescq Aimé, 1896, §59.

⁴² A. Chavanne, Le problème des délits involontaires, RSC, 1962, spéc. P. 248, Y. Mayaud, Responsables et responsabilité, Dr. Soc., 2000, spéc. P. 949.

⁴³ Anne Ponselle, la faute caractérisée en droit pénal, RSC, 2003, p. 79.

⁴⁴ J.- Cl. Berreville, quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction, RSC, 1973, p. 835 ; J. Pinatel, La théorie pénale de l'intention, *in* l'évolution du droit criminel contemporain, Mélanges Lebreton, Paris, PUF, 1968.

⁴⁵ Y. Mayaud, De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle, D. 1997, I, chron. p. 37 et s.

⁴⁶ R. Legros, Considérations sur les délits d'imprudence, RD pén. crim. 1958-1959, p. 119 ; G. Levasseur, Etude de l'élément moral de l'infraction, Ann. Fac. Toulouse, 1969, t. XVII, p. 86.

⁴⁷ A. d'Hauteville, La gradation des fautes pénales en matière d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique, p. 31 et s. *in* réflexion sur le nouveau Code pénal, sous la direction de Ch. Lazerges, Paris, Pedone, 1995, 169p ; notons que l'idée de hiérarchie des fautes est depuis longtemps connue du droit civil ; A. Lalou, La gamme des fautes, D. 1940 chron. V, p. 17 et s.

⁴⁸ R. Castelnaud, « Loi du 10 juillet 2000 et pénalisation de la gestion publique. Trompe l'œil ou réelle avancée? », Dr. adm. 2000, chron. N° 17, p. 18 ; Y. Mayaud, Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal..., D. 2000 I, chron. p. 604 ; Ph. Salvage, note sous CA Poitiers, 2 févr. 2001, JCP éd. G., 10534, p. 1056.

⁴⁹ Ch. Paulier, Droit pénal général, Paris, Litec, coll. objectif droit, 2000, 2^e éd., N° 119 et s. ; J. Pradel, Droit pénal général, Paris, Cujas, 2000, N° 430.

⁵⁰ C. Ruet, Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pour faits d'imprudence ou de négligence, RSC, 1998, p. 23 et s.

⁵¹ Ph. Conte, « le lampiste et la mort », Dr. pén., 2001, chron. N° 2 ; P. Morvan, l'impuissance du législateur à indiquer la responsabilité pénale en matière d'infractions involontaires, Dr. Soc., 2000, p. 1075 et s.

forme et de fond. Désormais, dans une rédaction qui a pu être jugée « quelque peu labyrinthique »⁵², cet article dispose : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. (L. N° 96-393 du 13 mars 1996). "Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui".

(L. N° 2000-647 du 10 juillet 2000)
 « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

19 - Une seule de ces modifications issues de la loi de 2000 retiendra plus particulièrement notre attention : le législateur crée une nouvelle faute non intentionnelle qu'il nomme « faute caractérisée » et qu'il vise à l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal précisant qu'il s'agit d'une faute exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que son auteur ne pouvait ignorer. S'inspirant des travaux des parlementaires français, certaines juridictions du fond se sont aventurées à préciser la teneur de cette nouvelle faute. Ainsi, la faute caractérisée qui est parfois imputée au chef d'entreprise, désignerait « une faute dont tous les éléments

sont bien marqués et d'une certaine gravité, ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une particulière évidence. Elle consiste à exposer autrui en toute connaissance de cause, que ce soit par un acte positif ou une abstention grave, à un danger »⁵³.

20 - Compte tenu de sa présentation légale, la faute caractérisée n'est pas sans rappeler la déjà très ancienne faute inexcusable⁵⁴. Cette dernière est apparue avec la loi française du 9 avril 1898, insérée dans l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, et définie par la Cour de cassation et par les juridictions du fond, de manière constante, comme « une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait avoir eu son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant, par le défaut d'un élément intentionnel, de la faute intentionnelle »⁵⁵.

Toutefois, la notion de faute inexcusable a considérablement évolué avec les arrêts de la Chambre sociale du 28 février 2002, faisant disparaître plusieurs des conditions autrefois exigées pour sa reconnaissance⁵⁶. Faute caractérisée et faute inexcusable au sein de l'entreprise ont pour points communs d'être des fautes graves et de nécessiter la conscience du danger créé. Il semble cependant qu'elles se distinguent quant aux modalités de leur appréciation, la première s'appréciant *in concreto*⁵⁷ et la seconde *in*

⁵² J.- Cl. Soyer, Droit pénal et procédure pénale, Paris LGDJ, 2000, 15^e éd., N° 177.

⁵³ T. corr. La Rochelle, 7 sept. 2000, D. 2000, I R p. 250 ; CA Poitiers, 2 fév. 2001, JCP, éd. G. 2001. II. 10534, note Ph. Salvage.

⁵⁴ G. Vachet, L'incidence de la loi du 10 juillet 2000 relative aux délits non intentionnels sur la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, Dr. soc. 2001, p.47 et s.

⁵⁵ Ch. réun., 15 juill. 1941, JCP, éd. G. 1941. II. 1701, note J. Mihura ; Cass. Ass. plein, 10 nov. 1995, JCP, éd. G. 1996. II. 22564, note G. Viney ; CA Toulouse, 2 nov. 2000, JCP, éd. G. 2001 IV. N° 2067.

⁵⁶ Soc. 28 févr. 2002, Bull. Civ., V, N° 81 ; D. 2002. II. Jurisp, p. 2696 et s, note X. Prétot ; Soc., 31 oct. 2002. D. 2002, IR, p. 3121.

⁵⁷ Ph. Salvage, La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale, JCP, éd. G. 2000. I. 281, N° 16 ; Crim., 26 juin 2001, Dr. pén., 2001, N° 124, com. M. Véron ; Crim. 18 juin 2002, JCP, éd. G. 2022, V, N° 2411.

abstracto. Si certains auteurs considèrent que ces deux fautes ne sont pas identiques⁵⁸, la plupart sont d'avis qu'elles seront assimilées⁵⁹ ou donneront lieu à une « querelle sémantique »⁶⁰ en jurisprudence. Au regard de l'article 4-1 du Code pénal français issu de la loi du 10 juillet 2000, elles semblent devoir être distinguées car, si la responsabilité pénale de l'auteur indirect ou médiate ne peut être retenue, l'existence d'une faute inexcusable pourra néanmoins et éventuellement être rétablie⁶¹.

21 - Une question paraît devoir pourtant être privilégiée : quelle place occupe la nouvelle faute caractérisée au sein des fautes pénales déjà connues que sont la faute simple, définie à l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal français, et la faute délibérée, visée aux alinéas 2 et 4 du même article au sein de l'entreprise ? La réponse à cette question n'est pas uniforme : si la faute caractérisée participe à un enrichissement de la catégorie des fautes pénales, elle conduit en même temps à un cryptage de la gradation des fautes pénales.

La faute caractérisée, qui a également des incidences sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise au sein de son unité de production ou de distribution, semble être un facteur d'enrichissement de la catégorie des fautes pénales parce qu'elle est complémentaire à la fois de la faute délibérée et de la faute simple. Cette complémentarité ressort moins des points communs que des différences existant entre ces deux types de fautes.

22 - Un rapprochement peut, d'une part, être effectué entre la faute caractérisée et

la faute délibérée. D'autre part, aux termes de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français, ces deux fautes sont présentées comme définissant à elles seules la catégorie dénommée « faute qualifiée »⁶² qui est une émanation doctrinale contemporaine de l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000⁶³.

Au sein de l'entreprise, ces fautes pénales permettent d'engager la responsabilité pénale de l'auteur indirect ou médiate⁶⁴, personne physique, du dommage, c'est-à-dire, respectivement, celui qui a « créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » et celui qui n'a « pas pris des mesures permettant de l'éviter », étant entendu que, dans les deux cas, il n'a pas lui-même accompli l'acte occasionnant le dommage⁶⁵. Ensuite, les fautes caractérisée et délibérée impliquent toutes les deux une mise en danger d'autrui⁶⁶. En effet, l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal français parle de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » et l'alinéa 4 précise que la faute caractérisée expose « autrui à un risque ». De plus, elles doivent présenter un caractère évident. Celui-ci résulte de l'adjectif « caractérisée » pour la faute caractérisée et de l'adverbe « manifestement » pour la faute délibérée. Le terme « manifestement » est apparu dans le nouveau Code pénal français à l'article 223-1 avant d'être également intégré, par le truchement de la loi du 10 juillet 2000, à l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal et dans les dispositions du droit pénal spécial incriminant l'homicide et les blessures involontaires (art. 221-6 alinéa 2, 222-13 alinéa 2, 222-20 C. pén.). Il est d'ailleurs de plus en plus usité au sein de la législation tant

⁵⁸ R. Castelnau, La loi du 10 juillet 2001 et pénalisation de la gestion publique. Trompe l'œil ou réelle avancée ? Dr. adm. 2000, chron., N° 17 p, 20 ; F. Desportes, F. Le Guehec, Le nouveau droit pénal, Paris, Economica, t., 1, 2000, 7 éd., N°498-7.

⁵⁹ A. Blanchot, Délits non intentionnels : La responsabilité de l'auteur indirect, D. 2001, interview, p. 560 ; Y. Mayaud, Retour vers la culpabilité non intentionnelle en droit pénal, D. 2001. I. Chron., p. 606.

⁶⁰ S. Petit, note sous CA Paris 4 déc. 2000, Gaz. Pal., 14-15 févr. 2001, jur. p. 22.

⁶¹ V. Soc., 12 juil. 2001 D. p. 3390, note Y. Saint-Jours ; D. 2002, comm. p. 1311 et s, obs. P. Jourdain.

⁶² J.-Y. Chevallier, note sous Crim., 5 sept. 2000, JCP éd. G. 2001, II.10507 ; A. Maron, J.-H. Robert, M. Véron Droit pénal et procédure pénale, JCP, éd. G, 2001. I. 289 p. 128 ; J.-H. Robert, La responsabilité pénale des décideurs publics, A JDA, p. 925.

⁶³ Y. Mayaud, Violences involontaires et responsabilité pénale, Paris, Dalloz, 2003, p. 139.
⁶⁴ Y. Mayaud op. cit., p. 140.

⁶⁵ J. Guigne, note sous crim., 5 sept. 2000, Gaz. Pal., 21-22 mars 2001, jurisp. p. 30.

⁶⁶ CA Pau, 26 juin 2001, JCP, éd. G, 2002 IV, N° 1613. ; Crim., 18 juin 2002, D. 2002, IR p. 2585

pénale que non pénale⁶⁷. Si la doctrine s'accorde pour considérer que cette précision n'a aucun effet juridique véritable⁶⁸, elle revêt pourtant, selon nous, une importance à plus d'un égard. Elle a au moins deux fonctions apparentes : elle précise d'une part, le caractère délibéré de la violation. Ce qui est manifeste, c'est ce qui est d'une totale évidence, clairement perceptible par la conscience. Il s'agit d'une « réalité univoque »⁶⁹. La violation délibérée « ne fait aucun doute »⁷⁰, au regard des circonstances de l'espèce. Elle réduit, d'autre part, la possibilité pour le juge de retenir trop systématiquement la faute délibérée comme élément moral constitutif du délit de risques causés à autrui au sein de l'entreprise ou comme circonstance aggravante des infractions d'homicide et de blessures involontaires en l'obligeant à démontrer avec soin que la violation est incontestablement délibérée, du moins en théorie car le juge outrepassé souvent cette obligation et le lecteur doit lui-même déduire le caractère « manifestement délibéré » de la répétition de la violation d'une même obligation ou de la violation d'une multitude d'obligations différentes⁷¹. Quant à l'emploi de l'adjectif « caractérisée », c'est la même idée qui semble prévaloir.

L'examen des travaux préparatoires de la loi française du 10 juillet 2000 renseigne sur la signification de ce terme nouveau intégré dans le droit pénal positif⁷². Est « caractérisée », la faute qui est particulièrement marquée, qui représente une particulière évidence, une particulière

intensité⁷³. Il s'agit d'une faute particulièrement grossière⁷⁴. Si certains auteurs considèrent que l'adjectif « caractérisée » ne renseigne pas sur la gravité, mais seulement sur l'idée d'adéquation⁷⁵, d'autres pensent qu'il vise la gravité de la faute⁷⁶.

Le tribunal correctionnel de la Rochelle a considéré dans un jugement du 7 septembre 2000, que « la faute caractérisée désigne une faute dont les éléments sont bien marqués et d'une certaine gravité, ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une particulière évidence »⁷⁷. Plus tard, la cour d'appel de Lyon l'a définie plus précisément comme « l'accumulation d'imprudences et de négligences successives témoignant d'une impéritie prolongée »⁷⁸. Enfin, tant pour la faute caractérisée que pour la faute délibérée, le risque auquel est exposé autrui au sein de l'entreprise doit être d'une « particulière gravité ». Mais cette gravité peut se définir, soit au regard du résultat dommageable, soit au regard de la possibilité d'une transformation en dommage⁷⁹. Cependant, il semble que pour la faute caractérisée et pour la faute délibérée, du moins quand cette dernière constitue une circonstance aggravante, la première acceptation soit erronée. Si elle devait être retenue, il faudrait considérer que ni la faute délibérée, ni la faute caractérisée ne pourraient qualifier les contraventions involontaires d'atteintes à l'intégrité corporelle des personnes. Or, depuis l'entrée en vigueur du

⁶⁷ M.-Ch. Sordino, A. Ponceille, note sous crim., 9 mars 1989, D. 2000, II, jurisp. p. 83.

⁶⁸ G. Defrance, La mise en danger d'autrui, Juris-Auto, 1994, p. 443 ; J. Dumont, Risques causés à autrui, J.-Cl. Pén., 1998, N° 71.

⁶⁹ Charpentier, Quelle est la place de l'article 223-1 en droit pénal contemporain ? Gaz. éco, 19 sept 1995, p. 4.

⁷⁰ Circulaire du 14 mai 1993.

⁷¹ CA. Douai, 11 janv. 1995, Juris-Data, N° 600130 ; Crim., 12 mars 1937, Bull. crim., N° 102 ; J.-P. Doucet, note sous crim., 10 nov. 1998, Gaz. Pal., chron. de droit criminel, p. 36

⁷² J.-D. Nuttens, la loi Fauchon du 10 juill. 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile de la faute pénale d'imprudence, Gaz Pal., 4-5 oct. 2000, doct., p. 7 et 10.

⁷³ Y. Mayaud, Les violences non intentionnelles après la loi du 10 juil. 2000, RSC, 2001, chron. de jurisp., p. 161.

⁷⁴ F.-J. Pansier, C. Charbonneau, commentaire de la loi sur la responsabilité pénale des élus, Petites affiches, 2000, N° 138, p. 7.

⁷⁵ C. Ruet, la responsabilité pour faute d'imprudence, Dr. Pén. 2001, chron., N° 1, p.4.

⁷⁶ F. Desportes, F. Le Guehec, le nouveau droit pénal, Paris, Economica, t.1, 2000, 7^e éd., N° 498-7.

⁷⁷ D. 2000, IR p. 250, Dr. adm. 2000, N°200, Gaz. Pal., 10-11 nov 2000, jurisp. p. 2369 et s. ; E. Vital-Durand, La nouvelle définition des délits non intentionnels s'appliquant aux dirigeants publics : deux premières décisions, Petites affiches, 2000, N° 234, p. 11 et s.

⁷⁸ CA Lyon, 28 juin 2001, D. 2001, IR p. 2562.

⁷⁹ H.W. Renout, Droit pénal général, Paris, CPU, 2001, p. 164.

Code pénal français, la faute délibérée peut qualifier de tels actes (art. R. 625-3 C. pén.). En ce qui concerne la faute caractérisée, avant même la parution du décret N° 2001-883 du 20 septembre 2001 modifiant les dispositions réglementaires de la partie spéciale du Code pénal, la jurisprudence avait étendu les modifications apportées par la loi du 10 juillet 2000 aux contraventions d'imprudences⁸⁰.

D'autre part, la faute caractérisée et la faute délibérée, qui sont commises par le chef d'entreprise au sein de son unité de production, se distinguent sur deux points notamment, ce qui concourt à l'enrichissement de la catégorie des fautes pénales. Premièrement, alors que la faute délibérée, pour être constituée, suppose la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une telle exigence n'est pas requise pour la faute caractérisée⁸¹. L'idée de complémentarité entre faute caractérisée et faute délibérée joue dans la mesure où, en l'absence de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement⁸², une faute caractérisée de l'employeur peut éventuellement être retenue à condition que soit constatée la connaissance du risque d'une particulière gravité⁸³. Plusieurs raisons peuvent, en effet, empêcher de retenir une faute délibérée. Ainsi, en est-il quand l'obligation imposée par la loi ou le règlement existe, mais qu'elle est générale⁸⁴ ; de même, l'obligation particulière peut exister, mais ne figurer que dans un règlement interne ; en outre, il se peut qu'aucune obligation particulière n'existe⁸⁵. Tel est le cas si aucun texte ne la prévoit : le fait de jouer à proximité d'un bidon d'essence avec des allumettes n'est

pas expressément interdit⁸⁶. Tel est également le cas lorsque l'obligation particulière n'existe plus par l'effet de l'abrogation de la loi ou de l'illégalité du règlement qui la prévoyait ou quand le texte qui la vise n'est pas encore entré en vigueur⁸⁷. La faute caractérisée du chef d'entreprise pourrait donc être recherchée à titre subsidiaire⁸⁸.

Toutefois, les juges ne semblent pas clairement tenir compte de cet aspect de leur complémentarité puisqu'en présence des manquements, sans doute manifestement délibérés, à des obligations particulières de sécurité ou de prudence prévues par la loi ou le règlement, ils retiennent parfois une faute caractérisée⁸⁹. Peut être font-ils alors prévaloir une autre différence qui existe entre ces deux fautes ?

23 - Cette différence, qui peut être qualifiée de fondamentale, découle d'une seconde remarque. Alors que la faute délibérée implique, pour être retenue, que soit démontré le caractère manifestement délibéré de la violation sans qu'il soit nécessaire de prouver la connaissance ou la conscience du risque et *a fortiori* la volonté de mettre en danger, la faute caractérisée nécessite la preuve de la connaissance ou du moins de la conscience du risque d'une particulière gravité. Cette distinction n'est cependant pas si évidente car, en ce qui concerne la faute délibérée, la question de la connaissance ou de la conscience du risque a été vivement discutée. Elle procède d'un décalage qui, probablement, existe entre la faute délibérée telle qu'elle est définie par l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal français et telle qu'elle est transposée en droit pénal spécial français aux articles 221-6 alinéa 2, 222-19 alinéa 2, 220-20, R 625-3 et 223-1 du Code pénal. Le terme « délibérée » qui renvoie à l'idée d'intention ou plus exactement à celle de volonté semble être rattaché à des objets différents : en droit pénal général, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal, c'est la mise en

⁸⁰ Crim. 12 déc. 2000, Petites affiches, 2001, N° 4, p. 13 et s., note M.-F. Steinlé-Feuerbach, Gaz. Pal., 22-23 déc. 2000, jurisp. p. 42 et s., note S. Petit.

⁸¹ P. Fauchon, La nouvelle définition du délit non intentionnel, Risques, 2000, N° 43, p. 118.

⁸² J. Guigne, note sous Crim., 5 sept. 2000, Gaz. Pal. 21-22 mars 2001, doct., p. 2 et s.

⁸³ C. Ruet, la responsabilité pour faute d'imprudences après la loi N° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, art. cité, p. 6.

⁸⁴ P. Morvan, Droit pénal de l'accident du travail, Dr. Soc., 2001, p. 655.

⁸⁵ CA, Nancy, 26 mars 1998, Petites affiches, 2000, N° 137, p. 26, note Y. Streiff.

⁸⁶ Exemple donné par J.-H. Robert, la responsabilité pénale des décideurs publics, AJDA 2000, p. 925.

⁸⁷ Crim., 15 oct. 2002, Bull. crim., N° 186.

⁸⁸ CA Paris, 22 déc. 2000 RSC, 2001, chron. jurisp. p. 381, obs. Y. Mayaud.

⁸⁹ J. Guigne, note sous Crim., 5 sept. 2000, Gaz. Pal., 21-22 mars 2001, doct., p. 2 et s.

danger qui est délibérée ; en droit pénal spécial, c'est la violation de l'obligation qui l'est. Ceci a une incidence sur l'étendue de la preuve que le juge est contraint de rapporter. Suffit-il de démontrer que l'obligation a été violée de façon « intentionnelle » à la lumière des circonstances de fait ou faut-il en outre démontrer la conscience ou plus encore la volonté de mettre en danger autrui au sein de l'entreprise ?

Les juges adoptent des positions différentes notamment à propos de l'article 223-1 du Code pénal français portant incrimination des risques causés à autrui. Certains juges du fond considèrent que la démonstration du caractère délibéré de la violation de l'obligation suffit pour qualifier l'élément moral de cette infraction. D'autres, influencés sans doute par la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal, estiment que c'est la conscience du risque qui est requise⁹⁰. Une telle solution conduirait inexorablement à une relaxe quasi systématique du chef d'entreprise quand elle n'est pas démontrée⁹¹ et à la condamnation dans le cas contraire⁹². Une cour d'appel l'a d'ailleurs clairement affirmé en précisant que « l'intention est celle de mettre en danger et non celle d'enfreindre la réglementation »⁹³ et d'autres juridictions l'admettent plus implicitement puisqu'elle semblent distinguer entre la violation délibérée de l'obligation et la conscience du danger en exigeant la réunion des deux au titre de la constitution de l'élément moral de l'infraction⁹⁴. Une partie de la doctrine adhère à cette conception⁹⁵. Cependant, d'autres auteurs estiment qu'une telle exigence dépasse de loin ce que le texte

impose⁹⁶. Nous sommes du même avis en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale rappelé à l'article 111-4 du Code pénal français⁹⁷.

La position de la Cour de cassation française n'est pas claire sur ce point : dans un arrêt du 11 février 1998⁹⁸, elle retient la culpabilité du prévenu aux motifs qu'il « percevait nécessairement les risques ». Une année plus tard, elle a indiqué que « la Cour d'appel n'est pas tenue de constater que l'auteur avait eu connaissance de la nature du risque (créé) »⁹⁹. De cette précision, il n'est pas permis de déduire que la Haute juridiction française affirme que la connaissance du risque n'est pas requise, mais n'est-ce pas déjà un premier pas fait dans cette direction ? Au contraire, en ce qui concerne la faute caractérisée, tout semble beaucoup plus clair. L'expression « risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer » contenue à l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal constitue un élément déterminant de cette faute. Selon l'appréciation qu'en feront les juges, la responsabilité pénale sera plus ou moins facilement engagée¹⁰⁰. Cet élément constitue donc une sorte de verrou. Une telle précision signifie que le prévenu ne pouvait ignorer les conséquences possibles de sa faute¹⁰¹, que le risque doit avoir été consciemment accepté par l'agent¹⁰². Le danger était donc prévisible. Il semble donc qu'il y avait faute caractérisée à la condition que l'agent ait conscience du risque d'une particulière gravité¹⁰³, sans pour autant que soit exigée la volonté de mettre en danger. Il ne

⁹⁰ T. corr. Perrone, 4 juill. 1995, Gaz. Pal., chron. de droit criminel, p. 96, note J.-P. Doucet ; T. corr. Evry, 13 janv. 1999, Dr. ouvrier, 1999, p. 505.

⁹¹ CA Grenoble, 19 fév. 1999, D. 1999. II. Jurisp p. 480 et s.

⁹² CA Rennes, 26 sept. 1996, Rev. Penit. 1997, p. 178, note J.-Y. Chevallier.

⁹³ CA Grenoble, 19 fév. 1999, préc.

⁹⁴ CA Versailles, 22 mars 1996, Juris-Data, N° 044 25.

⁹⁵ Ch. Russo, Le risque dans le délit de mise en danger délibérée d'autrui, Petites affiches 2000, N° 165, p. 11-12 ; G. Defrance, La mise en danger de la vie d'autrui sur la route, Juris-Auto. 1999, p. 394.

⁹⁶ N. Alvarez-Pujina, la responsabilité pénale pour homicide ou blessures involontaires en cas d'accident du travail. Dr. ouvr. 1995, p. 198 ; Y. Mayaud, obs. sous crim., 16 fév. 1999, D. 2000, somm, p. 35.

⁹⁷ M.- Ch. Sordino, A. Ponselle, note sous Crim. 3 mars 1993, D. 2000, jurisp. p. 83.

⁹⁸ JCP, éd. G 1998. II. 10084, note A. Coche.

⁹⁹ Crim., 16 fév. 1999, Bull. crim., N° 24 et D. 2000, II. jurisp., p.9 et s., note A. Cerf.

¹⁰⁰ J.-H. Robert, La responsabilité pénale des décideurs publics, art. cité, p. 925.

¹⁰¹ F. le Gunehec, La loi 2000- 647 du 10 juillet tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, art. cité, N° 13.

¹⁰² H.W. Renout, Droit pénal général, op.cit., p. 164.

¹⁰³ Crim., 18 juin 2002, Bull. crim., N° 139.

saurait s'agir, ni d'un risque qu'on devait connaître, ni d'un risque que l'on connaissait effectivement¹⁰⁴. Cependant, le jugement du tribunal correctionnel de la Rochelle précité énonce seulement que la faute caractérisée « consiste à exposer autrui, en toute connaissance de cause, (...) à un danger ». A l'examen des premières décisions ayant retenu l'existence de la faute caractérisée émanant parfois du chef d'entreprise, il semble que les juges s'attachent à démontrer la connaissance ou tout au moins la conscience du risque grave encouru¹⁰⁵ en s'appuyant le plus souvent sur la multiplicité et la répétition des manquements¹⁰⁶, ou encore l'existence d'accidents antérieurs survenus¹⁰⁷. Une faute caractérisée ne peut donc être retenue à défaut de conscience du risque par le prévenu¹⁰⁸, la cour d'appel de Lyon ayant indiqué que, pour retenir la faute caractérisée, il fallait que la personne n'ait « pu ignorer la particulière gravité du risque auquel elle exposait autrui et dont elle avait personnellement conscience »¹⁰⁹.

24 - En raison des différences exposées, faute caractérisée et faute délibérée qui sont parfois imputables à l'employeur au sein de l'entreprise, elles se complètent. Il en va de même entre la faute caractérisée et la faute simple.

Il est possible d'opérer un parallèle entre les diverses expressions de la faute simple et la faute caractérisée, respectivement visées, aux alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal français. A la faute simple consistant en un « manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement », correspond la faute délibérée qui se traduit par la « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement ». Par déduction, la

faute simple d'imprudence ou de négligence correspondrait à la faute caractérisée¹¹⁰. D'ailleurs, les juridictions du fond définissent la faute caractérisée comme une faute d'imprudence ou de négligence d'une gravité et d'une évidence certaines¹¹¹. Un tel rapprochement permet de constater que, pour retenir une faute caractérisée, il convient de démontrer que les diligences ne sont pas normales au sens de l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal et qu'elles ne sont pas adaptées aux risques prévisibles¹¹². La faute caractérisée est également retenue dans le cadre de la délégation de pouvoir au sein de l'entreprise.

2. La responsabilité pénale du délégataire au sein de l'entreprise

25 - Responsable en première ligne, le chef d'entreprise ne le demeure pas pour autant à titre définitif¹¹³. La possibilité existe de poursuivre d'autres personnes physiques ; elle repose sur cette fameuse délégation de pouvoirs, c'est-à-dire sur quelque chose qui est d'abord un procédé de gestion des entreprises et des administrations, avant de constituer un mécanisme juridique et à propos de laquelle la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a été assez sagace pour deviner les virtualités qu'elle recelait, en termes d'efficacité à la répression. Car, ce n'est pas tant à son effet exonérateur qu'il faut s'attacher, si l'on veut saisir le rôle profond que joue la délégation, mais moins banalement, à l'identification qu'elle autorise d'un nouveau responsable par l'hypothèse plus proche de la situation où peut se réaliser l'infraction et par conséquent plus apte à la prévenir¹¹⁴.

26 - La délégation est également un instrument au service de prévention, mais c'est à supposer, bien sûr que son titulaire soit devenu le débiteur des obligations qui sont assorties de sanctions pénales.

¹⁰⁴ J.-D. Nuttens, art. cité p. 10.

¹⁰⁵ Crim., 5 déc. 2000, Bull. crim., N° 263 ; Crim., 10 janv. 2001, D. 2001, IR p. 983 ; JCP, éd. G. 2001 IV. 1612.

¹⁰⁶ Crim., 5 déc. 2000, Bull. crim., N° 363 ; Crim. 10 janv. 2001, D. 2001, IR p. 2 ; JCP, éd. G. 2001. IV. 1838.

¹⁰⁷ CA Toulouse, 6 sept. 2001, D. 2001, IR. 3399.

¹⁰⁸ T. corr. La Rochelle, 7 sept. 2000, préc.

¹⁰⁹ CA Lyon, 28 juin 2001, D. 2001, IR p. 2562.

¹¹⁰ F. Le Guenec, op. cit., N° 13 ; T. corr. La Rochelle, 7 sept 2000, préc.

¹¹¹ T. corr. La Rochelle, 7 sept. 2000, ibid ; Crim., 9 oct. 2001, Bull. crim., N° 204.

¹¹² Crim., 18 juin 2002, JCP éd., G. 2002, IV, N° 2411.

¹¹³ Alain Coeuret la responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture, art. cité, p. 477.

¹¹⁴ Crim., 17 oct. 1979, D. 1980. IR. 296.

C'est ici que nous voyons apparaître cet ensemble de conditions dégagées au fil des espèces jurisprudentielles et dont la fonction est précisément de garantir ; que celui qui est mis en cause comme responsable substitué est effectivement en mesure de respecter et de faire respecter les prescriptions légales ou réglementaires applicables dans la partie de l'entreprise laissée à sa surveillance.

Parmi ces conditions, certaines paraissent secondaires parce que d'application circonstancielle, d'autres occupent le premier plan, comme la compétence du délégataire et surtout l'autorité qu'il doit détenir sur ses subordonnés et qui émane en principe du délégant ou, exceptionnellement, en cas de subdélégation, d'un primo-délégataire. Elles sont d'elles-mêmes de multiples facettes selon l'angle de vue adopté par les juges du fond lorsqu'ils apprécient l'existence sur la base des preuves fournies par le chef d'entreprise et à supposer que celui-ci n'ait pas invoqué tardivement ce moyen de défense. Telles sont, dans leurs grandes lignes, les règles mises au point par la jurisprudence lorsque l'infraction est imputable à la personne physique.

27 - Mais peut-être faut-il rappeler que ces règles ne concernent que les infractions non intentionnelles. En revanche, s'agissant des infractions intentionnelles, par exemple comme le délit d'entrave aux institutions représentatives ou le délit de discrimination syndicale, on ne saurait admettre que la responsabilité remonte au chef d'entreprise, à supposer qu'il ne soit pas lui-même l'auteur matériel de l'infraction. Lui imputer cette infraction simplement parce qu'il n'a pas pu empêcher ses subordonnés de la commettre reviendrait à punir de sa part un délit de commission par omission et à transformer à son niveau le dol en faute d'imprudence.

Par conséquent, la responsabilité du chef d'entreprise suppose pour toute infraction intentionnelle une participation personnelle matérialisée par un comportement volontaire actif ou plus rarement d'abstention¹¹⁵.

Quant au rôle de la délégation par rapport à ce régime d'imputation qui demeure

tributaire du droit commun, on ne saurait dire qu'il est inexistant. Mais une confusion doit, malgré tout, être évitée. Il existe par exemple des affaires de délit d'entrave où il a été jugé que l'infraction pouvant être commise par un préposé investi par délégation d'une fraction de l'autorité patronale et, à l'inverse, dans la relaxe de certains intermédiaires hiérarchiques poursuivis, pour le même délit, le constat de ce qu'ils ne disposaient d'aucune délégation et agissaient seulement en exécution des instructions de l'employeur a été déterminant.

La répression du délit d'entrave ne semble donc pas indifférente au partage du pouvoir dans l'entreprise. Toutefois, il faut bien comprendre que la délégation est l'un des moyens par lesquels le fait personnel peut-être commis. La culpabilité du préposé ne résulte pas du fait d'autrui, raison pour laquelle il n'y a pas lieu de subordonner les poursuites aux conditions particulières qui régissent la délégation en matière d'infractions non intentionnelles.

28 - La délégation de pouvoirs permet en outre d'organiser l'entreprise en confiant à différents agents certaines prérogatives de chef d'entreprise. Dans la mesure où l'entreprise est une collectivité hiérarchisée, ne suffit-il pas qu'un agent ait accepté des fonctions d'autorité pour qu'il soit investi des pouvoirs correspondants ?

L'article L. 263-2 du Code du travail français dans son alinéa premier, énumère les personnes qui sont susceptibles d'être reconnues pénalement responsables lorsque les règlements relatifs à l'hygiène et à la sécurité du travail ne sont pas respectés. Pour ces personnes, l'autorité est la condition nécessaire de l'exercice des fonctions. L'exercice des fonctions d'autorité s'accompagne nécessairement et implicitement d'une délégation de pouvoirs qui, à certains niveaux, peut même présenter un caractère général. Le délégataire qui remplace le chef d'entreprise n'est que l'émanation de l'autorité de celui-ci.

29 - Qu'un texte l'ait dit ou pas, la délégation de pouvoirs est, en effet, un acte juridique qui relève sans doute de la catégorie

¹¹⁵ Alain Coeuret, art. cité, p. 478.

du mandat¹¹⁶. Le préposé qui reçoit une délégation de pouvoirs est pénalement responsable des infractions commises dans la sphère soumise à son autorité. La responsabilité est alors la même que celle qui pèse sur le chef d'entreprise en l'absence de délégation. Il répond non seulement des infractions qu'il peut matériellement commettre, mais aussi de celles qui sont matériellement commises par des agents qu'il doit contrôler¹¹⁷. Le débat sur la responsabilité des peines est simplement déplacé du chef d'entreprise au délégataire, ce qui relance la controverse sur le bien fondé des délégations consenties en faveur des cadres intermédiaires. Néanmoins, la responsabilité encourue tant par le chef d'entreprise, en l'absence de délégation que par le délégataire, est une responsabilité par faute personnelle, car il leur est reproché d'avoir « laissé apparaître une situation contraire aux dispositions de la loi », ou de « n'avoir pas su se faire obéir »¹¹⁸.

30 - Lorsque l'acte délictueux ne relève pas des attributions du délégataire, la responsabilité pénale de celui-ci n'est pas encourue. Il en est ainsi, semble-t-il même si le délégataire, agissant hors des limites de la délégation qui lui est consentie, se comporte comme un travailleur ordinaire et méconnaît la réglementation. Depuis plus d'un siècle, il était admis, cependant, que la responsabilité du chef d'entreprise pouvait coexister avec celle d'un subordonné qui a commis une faute¹¹⁹. Il en est encore ainsi, du reste, lorsque la réglementation s'impose tant au chef d'entreprise qu'aux ouvriers et employés¹²⁰ ; Il est sans inconvénient à cet égard de reprocher généralement au salarié une action positive et au chef d'entreprise une simple abstention ; la violation du règlement peut être une source

¹¹⁶ Brigitte Theoval, La responsabilité pénale des employeurs et des directeurs en cas d'accident du travail. Rev. prat. droit soc. 1976, N° 369 ; N. Catala, De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail, JCP éd. G. 1976, I, 12010, N°s 21-22.

¹¹⁷ Alain Coeuret, Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Droit social, 1975 à 396.

¹¹⁸ Cass. crim., 2 févr. 1954, JCP 1954- II- 8318, 20 nov. 1974, Bull. crim. N° 274, p. 872.

¹¹⁹ Cass. crim., 28 juin 1917. S. 1920. I, 329 (2^e esp.) ; Responsabilité pénale du chef d'entreprise, Mélanges, Berthe de la Gressaye, p. 432.

¹²⁰ J.-H. Robert, note sous JCP, 76. II 18333.

commune de responsabilité si les intéressés sont tenus de deux obligations distinctes.

Depuis un arrêt du 23 janvier 1975, ce cumul n'est plus, semble-t-il, possible en matière d'infraction au Code du travail¹²¹. S'il n'y a pas de délégation, aucun préposé ne peut être recherché pour l'infraction de l'article L. 263-2 du Code du travail, ce qui est le cas du délégataire qui agit hors des limites de la délégation qui lui est consentie.

31 - Les tribunaux sanctionnent en la personne du délégataire celui qui est le plus proche de la situation dans laquelle s'est matérialisée l'infraction, dans le but de favoriser la prévention des accidents. Cependant, il convient de se demander si dans son souci de tempérer l'excessive rigueur de la responsabilité qu'elle fait peser sur le chef d'entreprise, la jurisprudence ne risque pas de tomber dans l'excès inverse et frapper trop sévèrement le délégataire ?

La question mérite d'abord d'être posée en matière purement civile. En principe la faute pénale de l'agent, qui est essentiellement contraventionnelle, ne devrait pas avoir une influence considérable sur la situation matérielle de l'intéressé. Au moins, c'est ce qui semble résulter de l'article. 263-5 du Code du travail, qui dispose que « les condamnations prononcées en application de l'article L. 263-4 ne peuvent ... entraîner ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés concernés ». L'article L. 263-4 prévoit les peines applicables en cas de récidive, pour les infractions auxquelles se réfère l'article L. 263-2. Le texte fournit la preuve explicite, que le salarié délégataire est prisonnier de structures sur lesquelles il n'a guère de prise : il paraît normal qu'il ne fasse pas seul les frais d'une organisation insuffisante de la sécurité de l'entreprise.

Cependant, la jurisprudence sociale se montre sévère pour le salarié qui viole les consignes de sécurité ; elle estime qu'il

¹²¹ Cass. crim., 23 juin 1975 D. 1976, 356, note Savatier.

commet une faute grave privative de l'indemnité de préavis¹²².

Il est vrai que, bien souvent l'inobservation des règlements n'est qu'un élément d'une infraction d'imprudence, qui, au niveau de l'autorité chargée de la surveillance, procède souvent d'une imprévoyance grave¹²³. Lorsqu'elle est constitutive d'une faute inexcusable au sens des accidents de travail, on voit mal pourquoi la violation du règlement reprochée au délégataire ne caractériserait pas une faute disciplinaire, pouvant donner lieu à révocation de la délégation. Il conviendrait d'analyser les conséquences de cette révocation qui peut se présenter comme une rétrogradation puisqu'elle opère une réduction de certains pouvoirs.

En revanche au plan strictement pénal, les limites de la délégation comme mesure préventive apparaissent plus évidentes. Lorsque la loi prévoit une peine d'emprisonnement, ce qui est le cas s'il y a récidive en matière d'infractions à l'article L. 263-2 du Code de travail, le délégataire encourt seul cette sanction ; l'employeur, et c'est légitime puisque tel est le résultat de la délégation y échappe. Cependant, les peines d'amende qui constituent tout de même, statistiquement l'essentiel des condamnations prononcées, dans la pratique sont prises en charge par l'entreprise et le législateur français permet désormais au juge d'en mettre le paiement, totalement ou partiellement à la charge de l'employeur (art. L. 263-2-1 nouveau du code du travail). Il est difficile d'imaginer alors que la responsabilité pénale encourue par le délégataire ait une influence quelconque sur la prévention des infractions !

C'est toujours l'entreprise qui supporte le poids des sanctions pécuniaires, qu'il y ait ou non, délégation de pouvoirs. La fonction dissuasive de cette mesure est donc limitée, et la construction jurisprudentielle donne la désagréable impression de faire de la délégation de pouvoirs un moyen pour le chef d'entreprise de se libérer de la responsabilité pénale dans sa conséquence la plus désagréable : la peine privative de liberté !

32 - L'exonération du délégant est admise depuis un arrêt du 28 juin 1902¹²⁴. En fait, il ne s'agit pas à proprement parler d'une exonération de responsabilité au sens que les juristes donnent généralement à ce terme. La délégation ayant par exemple pour objet le transfert des pouvoirs relatifs à la sécurité du travail, et l'obligation de sécurité pesant sur le titulaire de ces pouvoirs, le chef d'entreprise qui a transféré son autorité n'assume plus l'obligation correspondante. Il ne s'agit pas d'une exonération véritable, mais d'une exclusion pure et simple de responsabilité, puisque le chef d'entreprise n'est pas incriminé. Mais, compte tenu de ce qu'il est présumé détenir l'autorité, c'est à lui de prouver la délégation de pouvoirs.

Il convient de relever que cette exclusion n'empêche pas qu'il subsiste une responsabilité pénale du fait de l'entreprise dont l'auteur est identifié par la délégation de pouvoirs¹²⁵.

33 - Lorsqu'elle est possible, l'exonération du délégant est totale. Aucune infraction relevant des fonctions déléguées ne peut être reprochée au chef d'entreprise. La même infraction réglementaire n'est pas susceptible d'être retenue à la fois contre le délégataire et le délégant. La responsabilité fonctionnelle est alternative et non cumulative. Il est difficile d'imaginer, en pareille hypothèse, que la violation du règlement puisse procéder d'obligations pesant distinctement sur le chef d'entreprise et sur son substitut.

34 - Bien qu'elle soit totale lorsqu'elle est permise, sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. En effet, dans l'affaire Willy Matchelings contre Société Disna, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française précise : « Que, pour sa défense,

¹²² Soc. 6 mars 1975, Bull. civ. V, N° 121, p. 109.

¹²³ Level, La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale, JCP 1960- I. 1559.

¹²⁴ D. 1903. I. 585, note Roux.

¹²⁵ Berrand Boubli, La délégation de pouvoirs depuis la loi du 6 décembre 1976, Droit social N° 1977, N° 3 spécial, p. 91.

Willy Matchelings s'est notamment prévalu de la délégation de pouvoirs, consentie par le conseil d'administration au directeur général de la société ;

Qu'après avoir caractérisé le délit, les juges d'appel pour l'imputer au président du conseil d'administration et relaxer le directeur général, énoncent que la délégation de pouvoirs invoquée, qui porte sur la politique d'achat, d'importation, de commercialisation, de distribution et de gestion du personnel, ne peut avoir de valeur exonératoire pour Willy Matchelings dès lors qu'elle opère un transfert de tous ses pouvoirs de direction ; mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que le Conseil d'administration détermine l'étendue des pouvoirs délégués au directeur général, mandataire social qui peut être investi des mêmes pouvoirs que le président, la cour d'appel a méconnu le principe ci-dessus rappelé »¹²⁶.

En l'espèce, un magasin de disques, exploité par une société anonyme, avait mis en vente des disques consistant en des enregistrements clandestins de concerts donnés par certains groupes. Des musiciens de ces groupes ont fait citer directement devant le tribunal correctionnel le président de la société et le directeur général, pour avoir mis à la disposition du public un phonogramme réalisé sans l'autorisation de l'artiste interprète, délit prévu par l'article L. 335-4 du Code français de la propriété intellectuelle.

Les premiers juges avaient relaxé le président, car celui-ci avait délégué au directeur général tout pouvoir pour s'occuper de l'achat, de l'importation, de la commercialisation et de la distribution. Sur appel, la cour de Douai avait relaxé le directeur général, mais retenu la responsabilité pénale du président, car la délégation de pouvoirs consentie transférait tous les pouvoirs de direction et donc était trop large.

Le président formait donc un pourvoi en cassation en faisant valoir que la délégation était consentie en faveur d'une personne disposant de la compétence, de l'autorité et des

moyens nécessaires, de sorte qu'elle devait être prise en compte.

Par cet arrêt, la Chambre criminelle accueille le pourvoi présenté sur ce moyen, après avoir écarté celui pris de ce que la mention portée sur l'arrêt pouvait donner à penser que le greffier aurait participé au délibéré, ce qui provenait d'une rédaction équivoque.

Le président faisait valoir que, « hors le cas où la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve d'une délégation de pouvoirs ».

La Chambre criminelle fait sienne cette thèse. En l'absence de participation personnelle à l'exécution de l'infraction, le dirigeant peut s'exonérer par une délégation consentie à une personne ayant compétence, autorité et moyens suffisants. Or, dans le cas présent, il existait une délégation de pouvoirs consentie par le conseil d'administration au directeur général. Sans doute, cette délégation pouvait-elle paraître large, mais le législateur laisse au conseil d'administration, en accord avec le président, le soin de fixer l'étendue des pouvoirs délégués, dans les rapports internes, non opposables aux tiers. Aussi bien, c'était à tort que la cour d'appel de Douai avait déclaré que la délégation de pouvoirs n'était pas exonératoire. Pleinement fondée en droit, la solution ne peut qu'être approuvée.

35 - Parfois la délégation est tout simplement inopérante : il en est ainsi lorsque l'incrimination exclut toute possibilité de délégation en visant limitativement le chef d'entreprise. Mais ces cas sont limités et ne concernent plus les infractions à la réglementation sur l'hygiène et la sécurité du travail¹²⁷.

La délégation peut être également suspendue. Il en est ainsi lorsque le chef d'entreprise est lui-même auteur matériel de l'infraction : non seulement la délégation de

¹²⁶ Cass. crim., 29 avril 1998, *Revue des sociétés*, 1998, N° 4, p. 804, note Bernard Bouloc.

¹²⁷ Cass. crim., 2 févr. 1954, JCP-1954. II. 8318, note P.M.

pouvoir est alors sans influence, mais le fait de l'employeur doit normalement exclure la responsabilité personnelle du délégataire. La jurisprudence va même plus loin. La délégation ne produit aucun effet lorsque l'infraction présente un caractère de fréquence telle que l'employeur ne peut ignorer les insuffisances de son substitut¹²⁸. Le chef d'entreprise qui a connaissance de l'infraction et la laisse se poursuivre reprend le contrôle de l'atelier ou du chantier concerné : le préposé n'est alors qu'un simple exécutant¹²⁹.

Enfin, c'est une application encore plus topique de la survie du pouvoir hiérarchique de l'employeur lorsque l'infraction résulte du fonctionnement défectueux de l'entreprise. Aucune exonération n'est possible lorsque le fait délictueux trouve son origine dans un acte ou une omission réalisé(e) au niveau le plus élevé, c'est-à-dire là où se définit la marche générale de l'entreprise. La difficulté est de savoir quand le fonctionnement général de l'entreprise est défectueux. Un arrêt a retenu la responsabilité du gérant d'une société et non de son directeur, en relevant qu'il avait seul autorité et compétence pour fixer, prescrire et contrôler l'organisation des travaux¹³⁰. Mais la décision est relative à un accident du travail. Il est d'ailleurs vraisemblable que les limites ainsi apportées aux effets de la délégation peuvent mieux s'expliquer dans le cadre de la responsabilité pénale de droit commun. Celle-ci postule en effet, l'existence d'un élément causal qui permet parfois de retenir la responsabilité de l'employeur malgré la délégation qu'il a consentie.

36 - La délégation de pouvoirs ne devrait pas produire d'effet sur la responsabilité pénale de droit commun. L'incrimination du Code pénal est abstraite et ne vise que celui auquel l'infraction est personnellement imputable. La personne poursuivie peut être indifféremment le chef d'entreprise, son délégataire ou un salarié subalterne. Il suffit que les conditions de l'infraction soient réunies en la personne

poursuivie pour que celle-ci en réponde pénalement.

Lorsque l'infraction au Code pénal trouve son origine dans l'inobservation des règlements concernant l'hygiène et la sécurité du travail, la délégation produit cependant un effet non négligeable. La violation du règlement étant imputable au délégataire, c'est lui qui doit répondre des blessures ou de l'homicide qui en résulte.

Cependant, la délégation de pouvoirs n'a pas, en effet, pour conséquence nécessaire d'attribuer de plein droit au délégataire la responsabilité des infractions au Code pénal : son domaine est limité aux infractions fonctionnelles. Corrélativement, elle ne fait pas échapper le chef d'entreprise à toute responsabilité pénale. Il appartient à l'autorité chargée de la poursuite d'établir la réunion des éléments constitutifs de l'infraction et l'imputabilité de celle-ci au prévenu. Toutefois, dans certaines circonstances, la responsabilité de l'entreprise peut toujours être recherchée.

B) La responsabilité pénale de l'entreprise

37 - Le nouveau Code pénal français a consacré pour certaines infractions la responsabilité pénale des personnes morales (C. pén., art. 121-2, mod. L. 10 juill.2000). Le Code dispose que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits : il faudra, en effet, veiller à ce que la responsabilité de la personne morale n'occulte pas celle des dirigeants qui seraient alors ainsi, sans cela, « déresponsabilisés »¹³¹. Des juridictions condamnant des entreprises ont aussi condamné des personnes physiques¹³², d'autres n'ont condamné que l'entreprise¹³³. Mais la loi française du 10 juillet 2000, s'agissant des infractions d'imprudence, a voulu favoriser les cas où la responsabilité pénale de l'entreprise pourra être engagée, à l'exclusion de celle des

¹²⁸ Brigitte Théoval, loc. cit, p. 16.

¹²⁹ Cass. crim. 23 février 1956. JCP 1956. II 9304, note de lestang.

¹³⁰ Cass crim., 18 déc. 1963 D. 1964. 169.

¹³¹ Jean Larguier, Philippe Conte, Droit pénal des affaires, Armand Colin, 10^e éd. 2001, N° 39, p. 41.

¹³² Trib. corr. Verdun, 12 juill. 1995, JCP 1996. II. 22639, note Guery et Acomando.

¹³³ Trit. Corr. Versailles, 18 déc. 1995, JCP. 1996. II. 22640, note Robert.

personnes physiques qui en sont les organes ou les représentants¹³⁴.

38 - Les infractions pour lesquelles les entreprises peuvent être déclarées responsables pénalement sont nombreuses : pour le Code pénal, il convient de citer notamment l'homicide et atteinte à l'intégrité de la personne par imprudence (par exemple dans la sécurité du travail), la mise en danger (exemple, la pollution), le trafic de stupéfiants, les discriminations, les conditions de travail contraires à la dignité, le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie, l'abus de confiance, le recel, le blanchiment des capitaux, les fraudes informatiques, la corruption, le trafic d'influence, le faux.

Des textes autres que le Code pénal français prévoient également, désormais, cette responsabilité : par exemple, pour le délit d'initié (C. com. et fin. art. L. 465-1) ; pour les délits bancaires (C. mon. et fin. Art. L. 571-1) ; pour la banqueroute (C. com., art. L. 626—7) ; pour certaines infractions économiques (C. com. art. L. 441-5) ; pour certaines infractions en matière de service d'investissement (C. mon. et fin. art. L. 573-7) ; pour le travail clandestin (C. trav. art. L. 362-6) ; pour le travail irrégulier d'étrangers (C. trav. art. L. 364-10) ; pour la vente aux enchères publiques de meubles dans des conditions irrégulières (C. com., art. L. 321-15 III) ; pour la vente au déballage et les soldes (C. com., art. L. 310-6).

Les infractions pour lesquelles les entreprises peuvent être déclarées responsables pénalement sont donc nombreuses¹³⁵. Pour les autres, la personne morale n'est pas responsable¹³⁶.

39 - La responsabilité pénale suppose que l'infraction a été commise pour le compte de l'entreprise par ses organes (assemblée générale, conseil d'administration), ou ses représentants (par exemple le gérant) : donc pas par un employé, préposé (la personne morale peut alors être civilement responsable, comme commettant) (1). Toutefois, est

représentant de l'entreprise, le préposé qui a reçu une délégation de pouvoirs¹³⁷. Le dirigeant de fait peut également commettre des infractions pour le compte de l'entreprise (2).

1. La responsabilité des infractions commises pour le compte de l'entreprise par les organes ou représentants

40 - Aux termes de l'article 121-2 alinéa 1 du nouveau Code pénal français : « 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 ».

Comment définir la notion d'infraction commise pour le compte de la personne morale, pour le compte de l'entreprise ? Il est évident que cette formule exclut l'infraction commise pour le compte personnel d'une quelconque personne physique, dirigeant d'entreprise ou simple salarié.

La définition d'une infraction commise pour le compte de la personne morale est particulièrement imprécise, faut-il entendre que la personne morale doit simplement avoir bénéficié de l'infraction ou que l'entreprise doit avoir participé à la prise de décision, au travers de ses organes ?

La réponse dépendra évidemment de la nature de l'infraction commise, infraction volontaire ou infraction involontaire, conduisant suivant les cas à une approche objective, classification suivant l'acte commis, ou à une approche subjective, classification suivant l'intention¹³⁸.

41 - Toutefois, en application de l'article 121-2 du Code pénal français, la Cour de cassation française juge régulièrement, tant pour les infractions intentionnelles que pour les infractions d'imprudence, que la responsabilité pénale des entreprises suppose la commission de l'élément matériel et de l'élément moral de l'incrimination par les organes ou

¹³⁴ Jean Larguier, op. cit., N° 33, p. 41.

¹³⁵ Crim. 18 janv. D. 2000, 6366, note Saint Pau ; JCP 2000, 10395, note De bove.

¹³⁶ Crim., 18 avr. 2000, B. 153.

¹³⁷ Cf. Infra.

¹³⁸ Yves Guyon, art. cité, p. 235.

représentants¹³⁹. Encourent ainsi la censure les arrêts qui, sans caractériser la participation d'un organe ou représentant, condamnent une société pour usage de faux, homicide involontaire ou recel d'escroquerie sur le fondement d'une faute imputable à la structure ou à l'organisation de l'entreprise¹⁴⁰.

Dans l'affaire X... Jean-Paul, X... Marianne, X... Estelle contre A..., Z... et la société T..., la Chambre criminelle de la Cour de cassation française précise : « Attendu qu'il résulte des articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal, tant dans leur rédaction antérieure à la loi N° 2000-647 du 10 juillet 2000 que celle issue de cette loi, que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée »¹⁴¹. En l'espèce, dans une usine de la société T..., un contremaître constate qu'une tôle de la poste d'un four est pliée. Il ordonne à un ouvrier d'utiliser une échelle afin de redresser la tôle à l'aide d'une masse plutôt que d'utiliser la nacelle élévatrice dont dispose l'entreprise. Lors de cette opération, l'ouvrier fait une chute qui lui occasionne de graves blessures. La cour d'appel relaxe le responsable du service entretien ainsi que le directeur de l'usine au motif que le contremaître a pris seul l'initiative de l'intervention à l'origine des blessures de la victime sans en référer à ses supérieurs. Seul le contremaître est reconnu coupable du délit de blessures involontaires. Ce dernier n'étant pas titulaire d'une délégation de pouvoirs, la cour

d'appel en déduit l'impossibilité de condamner la société T...¹⁴².

La Chambre criminelle de la Cour de cassation française fait une application immédiate de la loi du 10 juillet 2000¹⁴³ et maintient la relaxe du responsable de l'entretien et du directeur de l'usine. Mais elle casse l'arrêt de la cour d'appel en ce qui celle-ci a relaxé la société sans avoir recherché, alors qu'elle avait relevé des manquements à des prescriptions réglementaires, si ces derniers n'étaient pas dus à un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou à son délégué.

Même si la Chambre criminelle, par le libellé du grief fait à la cour d'appel, tente de masquer la difficulté, cet arrêt est révélateur de la discordance entre les nouvelles dispositions en matière d'infractions non intentionnelles et le principe de la responsabilité posé par l'article 121-2 du Code pénal. En effet, la loi, du 10 juillet 2000 a une influence qui mérite assurément réflexion, à la fois sur l'interprétation du principe de la responsabilité pénale des personnes morales, c'est-à-dire sur la conception de cette responsabilité, et sur le texte même d'édiction de celle-ci, c'est-à-dire sur la formulation légale de cette responsabilité.

42 - Avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000, la jurisprudence avait admis que la responsabilité de l'entreprise était indirecte et agissait par reflet de celle des organes ou représentants. L'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000 entraîne, en dépénalisant, pour les personnes physiques, certains comportements involontaires, une nécessaire évolution du principe même de responsabilité pénale de l'entreprise.

¹³⁹ Infraction intentionnelle, Cass. crim., 2 déc. 1997, Bull. crim., N° 408, Dalloz affaires 1998, p. 432, obs. M.B. et D. 1993, somm. p. 152, obs. Roujou de Boubée ; JCP 1998, II, N° 10023, rapp. F. Desportes ; 21 mars 2000, Bull. crim., N° 128 ; 7 mai 2002, pourvoi N° 01-82.52.1- infraction non intentionnelle, Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, jur. p. 34, note M.-A. Houtman, 18 janv. 2000, jur. p. 636, note J.-Ch. Saint Pau.

¹⁴⁰ Respectivement, Cass. crim., 2 déc. 1997, préc ; 18 janv. 2000, préc, 7 mai 2002, préc.

¹⁴¹ Cass. crim., 24 oct. 2000, le Dalloz, 2002, N° 6, jurisp. p. 514, note Jean Claude Planque.

¹⁴² En effet, la Chambre criminelle a admis que le titulaire d'une délégation est un représentant de la personne morale susceptible d'engager sa responsabilité pénale : Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, Bull. crim., N° 325 ; D. 2000, juris. p. 34 note M.-A. Houtmann, 30 mai 2000, Bull. crim., N° 206.

¹⁴³ Cass. Crim., 5 sept. 2000, JCP 2000, IV, N° 2897 ; JCP 2001, II, N° 10507, note J.-Y. Chevalier ; 20 mars 2001, Bull. crim., N° 71 et 75 ; 29 mai 2001, juris-Data, N° 010628.

43 - Pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise, deux théories radicalement opposées étaient présentées. La première s'appuyant sur la réalité de la nature de l'entreprise, soutenait que la responsabilité nouvelle est une responsabilité au sens propre, et donc la condamnation de l'être moral suppose que celui-ci réunisse personnellement l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction reprochée. La seconde théorie se fondait sur la part de fiction des personnes morales pour affirmer qu'un être moral ne peut être responsable de ladite infraction que si une personne physique peut l'être¹⁴⁴.

Les premières décisions émanant des juridictions du fond étaient favorables à une véritable responsabilité pénale et relevaient l'existence de l'ensemble des éléments constitutifs à l'endroit de l'être moral pour lui imputer l'infraction. Ainsi, le tribunal correctionnel de Lyon décidait pour que l'infraction soit imputable à l'entreprise, il faut que soit « établi à son encontre l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction poursuivie, l'élément matériel, d'une part, l'élément intentionnel, d'autre part (...) »¹⁴⁵.

Dès qu'elle en eut la possibilité, la Cour de cassation française marqua nettement son désaccord avec cette position des juges du fond¹⁴⁶. Elle affirma qu'il ne peut y avoir responsabilité pénale d'une entreprise que s'il est possible de relever chez une personne physique¹⁴⁷, l'existence à la fois de l'élément matériel et de l'élément moral de l'infraction. La Chambre criminelle a réaffirmé cette solution en approuvant la condamnation prononcée contre une entreprise au motif que la cour d'appel avait caractérisé l'élément intentionnel de l'infraction en relevant que le

directeur général de la société ne pouvait pas ignorer le recours au travail clandestin¹⁴⁸.

Cette position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française n'est pas exempte de critiques. La première est que cette possibilité nouvelle de répression des entreprises ne s'avère pas ainsi une véritable responsabilité au sens plein du terme, c'est-à-dire conforme aux exigences du droit pénal, mais une simple technique d'amélioration de l'indemnisation des victimes. De plus, en pratique, cette jurisprudence ne permet pas de répondre à toutes les hypothèses puisque, par exemple, en cas de décision prise par un organe collégial, il pourra être impossible d'identifier une personne physique réunissant l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction ; faudrait-il alors en déduire l'impossibilité de condamner l'entreprise ? Enfin, il est parfois impossible, notamment en cas d'infraction non intentionnelle, d'identifier précisément la personne physique qui pourrait être à l'origine de la responsabilité pénale de l'entreprise.

C'est à cause de ces difficultés que la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a dû laisser apparaître quelques brèches¹⁴⁹ dans le principe de responsabilité par ricochet en admettant qu'il importe peu qu'une personne physique puisse être nommément désignée dès lors que les faits en question ont bien été commis par un organe ou un représentant¹⁵⁰ et même que « certaines infractions ne peuvent pas ne pas avoir pour responsable primaire un organe ou un représentant¹⁵¹. Malgré ces brèches et ces difficultés, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française est attachée au principe de responsabilité par ricochet. La loi du 10 juillet 2000 complique singulièrement les choses puisque le législateur dépénalise certains comportements non intentionnels pour les personnes physiques tout en maintenant la

¹⁴⁴ Jean-Claude Planque, art. cité, p. 515.

¹⁴⁵ T. corr. Lyon, 9 oct. 1997, Dr. pénal 1997, comm., N° 154.

¹⁴⁶ Cass. crim., 2 déc. 1997, Bull. crim., N° 408, Dr et patrimoine 1998, p. 2011, note J.-F. Renucci- J. Pradel et A. Varinard, les grands arrêts de droit pénal général, 5^e éd. 2001, p. 457.

¹⁴⁷ Cass. Crim., 18 janv. 2000, Bull., crim., N° 28 D. 2000, jur. p. 636, note J.-C. Saint-Pau.

¹⁴⁸ Cass. crim., 7 juil. 1998, Bull. crim., N° 216 ; RSC 1999, p. 317, obs. B. Bouloc.

¹⁴⁹ J.-H. Robert, chron. dr. pénal. JCP 2000, I, N° 289, N° 5.

¹⁵⁰ C. Ducouloux-Favard, Les notions d'organe et représentant dans la responsabilité pénale des entités personnifiées, Petites affiches, 26 oct. 2000, p. 18.

¹⁵¹ Cass. crim., 21 juin 2000, Bull. crim., N° 128.

responsabilité pénale des personnes morales. Il semble donc que la Cour de cassation française soit obligée de réviser sa conception de cette responsabilité. L'arrêt du 24 octobre 2000 fait donc prendre conscience de l'évolution conceptuelle rendue nécessaire par ce texte.

44 - Sans revenir dans le détail sur l'interprétation du nouveau texte, il convient de dire que les personnes physiques n'encourent plus de responsabilité pénale en cas de comportement imprudent qui n'a eu qu'un lien indirect avec le dommage causé, sauf en cas de « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité » ou de « faute caractérisée ». Hormis ces deux cas, il y a dépenalisation du comportement imprudent lorsque celui-ci n'a fait que permettre la réalisation du dommage sans l'avoir causé directement. Cette « sorte de dépenalisation »¹⁵² ne profite qu'aux personnes physiques et les personnes morales restent pénalement responsables de leurs moindres fautes d'imprudence.

Comment expliquer cette différence de régime ? Il aurait pu s'agir d'une immunité qui ne profiterait qu'aux seules personnes physiques. Mais cela ne correspond pas à la volonté du législateur français¹⁵³, ni à l'idée que les immunités sont des permissions de commettre des infractions accordées en vue de la protection d'un intérêt¹⁵⁴. Il ne reste dès lors que deux explications possibles. Soit le législateur français a institué une nouvelle cause de non imputabilité réservée aux personnes physiques, soit que les personnes morales peuvent désormais être pénalement responsables pour des faits non incriminés par la loi pénale en ce qui concerne les personnes physiques. Peu importe le choix entre ces deux possibilités, le maintien de la thèse de la responsabilité indirecte semble de plus en plus difficile à soutenir, d'autant que l'argument principal en sa faveur, selon lequel il ne peut s'agir que d'une responsabilité indirecte car il n'existe pas d'infraction susceptible d'être

commise par les entreprises sans pouvoir l'être par les personnes physiques, ne tient plus.

Par la décision du 24 octobre 2000, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française avait également l'occasion de se prononcer sur la relaxe des dirigeants. En l'espèce, la relaxe des dirigeants personnes physiques est approuvée au motif qu'il n'y a qu'un lien indirect entre leur comportement et le dommage causé et qu'il est impossible de relever une faute qualifiée à leur rencontre. Mais l'arrêt de la cour d'appel est cassé en ce qu'il prononce également la relaxe de la personne morale, au motif que les juges du fond avaient relevé un manquement à un règlement sans rechercher si « ce manquement n'était pas dû pour partie à un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement [...] et susceptible, nonobstant l'absence de faute délibérée ou caractérisée d'engager la responsabilité pénale de la société ».

L'exigence de la recherche de ce « défaut de surveillance ou d'organisation » imputable au dirigeant pourrait faire penser que, par cette décision du 24 octobre 2000, la Chambre criminelle tient à réaffirmer son attachement au caractère indirect de la responsabilité pénale de l'entreprise, au risque même de l'affaiblir encore davantage¹⁵⁵.

45 - Pourtant, une analyse plus poussée montre qu'il n'en est rien. En effet, quand bien même les juges du fond relèveraient l'existence d'un « défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement », il ne s'agit pas d'un comportement pénalement réprimé puisque l'objet même de la nouvelle est de le soustraire au droit pénal. L'application de la responsabilité par ricochet amènerait donc à déduire que l'entreprise n'encourt aucune responsabilité pénale puisqu'aucune infraction ne peut être imputée à un organe ou à un représentant. Ce qui conduirait alors à soumettre l'entreprise au même régime que les personnes physiques, ce qui est en totale

¹⁵² J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 3^e éd., 2001, p.457.

¹⁵³ V. par ex., J. Larché, *JO Sénat*, 28 janv. 2000, p. 404.

¹⁵⁴ F. Desportes et F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, 7^e éd. 2000, N° 706.

¹⁵⁵ Cass. crim., 24 oct. 2000, *JCP* 2001, II, N° 10535, note M. Daury-Fauveau ; *RSC*, 2001, p. 371, obs. Boulloc, et p. 402, obs. A. Cerf Hollender.

contradiction avec la volonté du législateur¹⁵⁶ qu'avec la lettre du nouveau texte.

Soutenir le maintien de la responsabilité par ricochet reviendrait à dire que la Chambre criminelle considère le « défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement », qui n'est autre qu'une sorte de faute civile d'imprudance visée par l'article 1383 du Code civil, comme constituant une infraction commise par un organe ou un représentant pour le compte de la société. Ce qui est impossible, puisque par définition, une infraction est une « action ou omission, définie par la loi pénale et punie de certaines peines également fixées strictement par celle-ci »¹⁵⁷.

Dès lors, comment doit s'interpréter le reproche fait par la Chambre criminelle à la cour d'appel de Lyon ? Il est raisonnable de penser que la Haute juridiction française blâme, en fait les juges d'appel de ne pas avoir recherché si, au sein de l'entreprise, il n'y a pas un « climat » ou des « habitudes de fonctionnement » propices à la survenance d'accidents tels qu'en l'espèce. Mais, pour éviter de sombrer dans l'anthropomorphisme, la Cour de cassation française rattache ce qui constitue l'élément moral de l'infraction, identifié chez l'être moral, à la nécessité d'une intervention humaine pour le fonctionnement d'une personne morale, c'est-à-dire à l'élément matériel de l'infraction. Elle critique le fait de ne pas avoir recherché un comportement imprudent de la personne morale révélé par les agissements non punissables des organes ou représentants. Cela revient à dire que l'entreprise, pour être condamnée, doit réunir l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction, étant entendu que l'élément matériel ne peut être que le fait d'une personne physique qui doit être un organe ou un représentant agissant « pour le compte » de l'être moral.

Si la Cour de cassation a adopté ce libellé en trompe-l'oeil, pouvant faire croire à un maintien complet de la responsabilité par ricochet, c'est sans nul doute pour éviter de mettre à jour de façon flagrante les importantes

conséquences de la loi nouvelle sur le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales posé à l'article 121-2 du Code pénal. En effet, le législateur français, sans doute trop pressé d'atteindre son objectif, a rédigé la loi du 10 juillet 2000 sans porter attention au fait que celle-ci obligerait à revoir complètement le texte de base instituant la responsabilité pénale des personnes morales.

46 - La nouvelle rédaction de l'article 121-3 du Code pénal français remet en question la formulation même du principe de responsabilité pénale des personnes morales qui a été conçu avec l'idée qu'il n'existait pas d'infraction imputable aux personnes morales et qui ne puisse être imputée à une personne physique¹⁵⁸. L'abandon de ce postulat provoque un tel bouleversement qu'une simple relecture de l'article 121-2 du Code pénal se révèle insuffisante, rendant, dès lors, nécessaire une réécriture du texte posant le principe de la responsabilité pénale des êtres moraux.

47 - La difficulté majeure vient du fait que l'alinéa 1^{er} de l'article 121-2 du Code pénal français précise que les personnes morales peuvent être pénalement responsables des « infractions » commises pour leur compte par les organes ou les représentants. Depuis l'adoption de la loi du 10 juillet 2000, il faut, si l'on veut respecter l'esprit et la lettre de la loi, qui veulent que seules les personnes physiques échappent à la répression en cas de lien de causalité indirect et d'absence de faute qualifiée, revoir le sens à donner au mot « infractions » dans l'article 121-2 du Code pénal. En effet, dans les cas qui retiennent notre attention, l'entreprise ne peut plus être condamnée pour une infraction, entendue au sens classique, commise par un de ses dirigeants puisque la loi empêche dorénavant de mettre la responsabilité pénale des personnes physiques en jeu. L'entreprise sera plutôt condamnée en raison d'« actes » commis par des personnes physiques dans le cadre du fonctionnement ou de l'organisation habituel de l'être moral¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Guigou, JOAN, 6 avr. 2000, p. 3123.

¹⁵⁷ R. Guillien et J. Vincent, Lexique de termes juridiques, 13^e éd., Dalloz, 2001.

¹⁵⁸ F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., N° 600.

¹⁵⁹ Ces actes pouvant d'ailleurs constituer la faute civile d'imprudance visée par l'article 1383 du Code civil et entraîner la condamnation de la

48 - On pourrait alors soutenir qu'il faut entendre le mot « infractions » dans le sens de l'expression « mêmes faits » employée à l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal en ce qui concerne la possibilité de cumul des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques. Il faudrait alors lire l'article 121-2 du Code pénal français comme signifiant que, dans les cas prévus à l'article 121-3 alinéa 4, l'entreprise est pénalement responsable pour des faits commis par ses organes ou représentants personnes physiques, dès lors que ces actes révèlent l'existence de l'élément moral de l'infraction chez celle-ci.

49 - Cette nouvelle lecture de l'article 121-2, si elle semble commode, ne peut pas être adoptée pour trois raisons principales. La première est qu'il n'est pas raisonnable de vouloir interpréter l'alinéa 1^{er} de l'article 121-2 à la lumière de son alinéa 3 lorsque cette interprétation aboutit à nier le sens des mots employés au début du texte¹⁶⁰. La deuxième raison est que cette analyse jette un trop grand trouble sur le principe de responsabilité pénale des personnes morales en amenant à se demander si celui-ci doit être remis en question de façon générale et pour toutes les infractions ou seulement en ce qui concerne certaines d'entre-elles. Il semble qu'il faille penser que seules les infractions non intentionnelles, peut-être même seulement certaines d'entre-elles, sont visées. De cette dernière idée découle la troisième raison qui rend impossible la nouvelle lecture de l'article 121-2 du Code pénal français. En effet, on imagine mal qu'il soit possible de donner au mot « infractions » un sens différent selon la nature de l'infraction ou même selon les circonstances de fait entourant le dommage alors que le législateur ne fait aucune distinction dans le texte entre les infractions intentionnelles et non intentionnelles, « les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants ».

50 - Ceci posé, il convient de revenir encore à l'article de 121-2 du Code pénal pour y lire que les personnes morales : « sont

personne physique à des dommages et intérêts puisque la loi du 10 juillet 2000 a mis fin à l'unité des fautes civiles et pénales d'imprudence.

¹⁶⁰ M. Dauray-fauveau, note préc.

responsables pénalement ... des infractions réalisées pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Font ainsi leur apparition, des conditions spécifiques qui visent à préciser tant l'imputabilité matérielle que l'imputabilité morale de l'infraction au groupement.

L'imputabilité matérielle passe par l'exigence que l'infraction ait été commise par les organes ou représentants de l'entreprise. L'usage des termes organes et représentants n'est certainement pas de l'ordre du double emploi. Même s'il est acquis que l'organe représente en principe le groupement, la personne morale, il est des représentants qui ne sont pas à proprement parler des organes. Outre la situation particulière de l'entreprise gérée par un administrateur provisoire, il est loisible d'envisager des cas dans lesquels l'entreprise aura donné mandat à une personne physique, voire à une autre personne morale pour agir à sa place dans la vie juridique. A partir de là, le représentant peut se trouver en situation de commettre l'une des infractions imputables ensuite à la personne morale¹⁶¹.

Il reste que, dans le texte, c'est certainement la référence aux organes qui revêt le plus d'intérêt dans la mesure où cette notion correspond au fonctionnement normal de la personne morale et renvoie à la structure de gestion dont elle est dotée en vertu de ses statuts ou de par la loi. L'énumération étant la figure la plus ingrate de la rhétorique, il convient de ne pas dresser la liste des organes, catégories par catégories, de personnes morales connues du droit. Tout au plus, fera t-on remarquer que pour maints groupements, le pluriel est effectivement de rigueur, ce qui laisse entrevoir différents cas de figure à partir desquels la responsabilité pénale de l'entreprise pourrait être recherchée. Peut-être convient-il également d'esquisser une distinction, en présence de groupements dotés d'une structure très élaborée comme les sociétés de capitaux, entre les organes de gestion et les organes de contrôle, les premiers, de par les pouvoirs qui leur sont reconnus, étant « a priori » plus exposés que les seconds à commettre l'infraction, qu'elle soit de commission ou d'omission.

¹⁶¹ Alain Coeuret, La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture RSC, 1992, p. 489.

Mais dans l'optique qui est la nôtre, il y a des problèmes plus immédiats en ce sens que le degré d'implication de l'entreprise en droit pénal du travail en dépend. Tel paraît bien être celui du rapport à établir entre la notion d'organe et celle de décideur, pour la raison que les infractions commises au préjudice des salariés et dont la loi autorisera l'imputation aux personnes morales, comme par exemple l'homicide et les blessures involontaires ou la mise en danger, parce qu'elles reposeront très souvent sur la violation d'une obligation liée au pouvoir hiérarchique, ne pourront être réalisées que par une personne physique ayant qualité, soit de chef d'entreprise soit de délégué.

Pour que, cumulativement à celle de cette personne physique, la responsabilité pénale de la personne morale puisse être engagée, il faut alors que le décideur soit également un organe du groupement ou à défaut son représentant, sans quoi le passage de l'une à l'autre ne se fera pas.

Encourt donc la cassation, une cour d'appel qui déclare une association coupable d'avoir procédé à des ventes au déballage sans autorisation préfectorale, sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité de la personne morale. Dans l'affaire de l'association des commerçants du centre commercial de la Thalie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française précise : « Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité pénale de la personne morale et alors que le délit de vente au déballage sans autorisation n'est imputable, à titre d'auteur principal, qu'à la personne qui procède à la vente, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; d'où il suit que la cassation est encourue »¹⁶². Cette décision s'inscrit dans cette ligne jurisprudentielle à propos de la vente au déballage sans autorisation préfectorale incriminée par les articles L. 310-2 et 310-5 du Code de commerce français, infraction dont l'imputation à une personne morale est envisagée, conformément au principe de spécialité, à l'article L. 310-6. Des juges du

fond, en première et seconde instances, estimaient pouvoir imputer directement cette infraction à une association de commerçants d'une galerie marchande bailleuse des emplacements occupés par les vendeurs au déballage au motif, d'une part, que la personne morale connaissait la réglementation applicable et, d'autre part, qu'elle avait perçu 234 jours de location au cours de l'année visée par les poursuites. Etaient ainsi caractérisés un comportement matériel et un état d'esprit coupable en la personne morale, indépendamment des organes ou représentants. Cet arrêt est cassé pour deux motifs distincts, l'un de droit pénal général, l'autre de droit pénal spécial. Il est d'abord reproché aux juges du fond de ne pas avoir précisé quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité de la personne morale. Très curieusement cependant, cette règle, qui aurait pu suffire à fonder la cassation, n'est pas confortée par le visa de l'article 121-2 du Code pénal auquel est au contraire substitué celui des articles 593 du Code français de procédure pénale et L. 310-2 du Code de commerce. Cette rédaction donne ainsi l'impression que l'essentiel de la cassation repose non dans les principes de la responsabilité pénale des personnes morales, mais dans ceux du droit de la consommation, impression confirmée par le motif final de cassation qui précise que « le délit de vente au déballage sans autorisation n'est imputable, à titre d'auteur principal, qu'à la personne qui procède à la vente ».

51 - Effectivement, sous cet angle, la solution ne souffre d'aucune discussion. L'article L. 310-5 du Code de commerce français incrimine en effet « le fait de procéder à une vente au déballage sans l'autorisation prévue à l'article L. 310-2 », c'est-à-dire sans autorisation préfectorale, ou en méconnaissance de cette autorisation. L'infraction ne vise donc, à titre d'auteur principal, que le vendeur. Ce n'est pas le cas d'une association qui se contente de louer des emplacements et dont le comportement ne peut être appréhendé qu'au titre de la complicité par fourniture de moyens. Or, si une personne morale, si une entreprise peut se rendre coupable de ce mode de participation criminelle, encore faut-il que les conditions de l'article 121-2 du Code pénal français soient réunies.

¹⁶² Crim., 29 avr. 2003, Recueil Dalloz, 2004, N° 3, p. 167, note Jean-Christophe Saint-Pau.

52 - Aux termes de ce texte, les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. Cette règle comme le pense M. Jean-Christophe Saint-Pau¹⁶³, que la responsabilité pénale de l'entreprise est une responsabilité du fait d'autrui car les organes ou représentants, à l'inverse des personnes physiques qui les composent, ne sont pas des êtres juridiques autonomes : ils sont la personne morale ! Faisant suite au principe de responsabilité du fait personnel posé à l'article 121-1 du Code pénal, l'article 121-2 propose seulement son adaptation à la fiction des personnes morales qui, de prime abord, ne peuvent agir que par représentation : la responsabilité pénale de l'entreprise est donc une responsabilité du fait personnel par représentation¹⁶⁴.

Comme le fait de l'organe ou du représentant est le fait personnel de l'entreprise, la Cour de cassation française juge naturellement que « la faute pénale de l'organe ou représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale »¹⁶⁵. S'il n'est donc pas nécessaire de constater une faute distincte, comprise comme une faute supplémentaire, est-il cependant concevable d'engager directement la responsabilité de la personne morale pour une faute diffuse, c'est-à-dire qu'elle ait été commise par un organe ou un représentant identifié ? En d'autres termes, la responsabilité de l'entreprise est-elle nécessairement une responsabilité du fait personnel par représentation, ou peut-on envisager également une responsabilité du fait personnel sans représentation ?

¹⁶³ Jean-Christophe Saint-Pau, note préc..

¹⁶⁴ Pour le développement de cette analyse, V.J.-Ch. Saint Pau, La responsabilité pénale des personnes morales ; réalité et fiction *in* le risque pénal dans l'entreprise, Litec, Carré droit 2003-comp. F. Desportes, J.-Cl. pénal code, fasc. 121-2.

¹⁶⁵ Cass. crim., 26 juin 2001, Bull. crim., N° 161 ; D. 2002, somm. p. 1802, obs. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2002, comm. N° 8 obs. J.-H. Robert.

Appliquant rigoureusement l'article 121-2 du Code pénal qu'elle ne vise pourtant pas, la Cour de cassation française rejette à nouveau cette thèse de la faute diffuse dans l'affaire de l'association des commerçants du centre commercial de la Thalie puisqu'il est reproché aux juges du fond de ne pas avoir précisé « quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité pénale de la personne morale ». Sans être nouvelle, cette solution n'en reste pas moins critiquable car elle atrophie l'institution répressive en l'empêchant d'appréhender la criminalité diffuse d'une entreprise. Est-il réellement de bonne politique pénale que de considérer qu'une association qui perçoit des loyers d'une vente illicite au déballage n'est responsable au seul motif d'une opacité de la prise de décision et de l'impossibilité concrète de rattacher l'acte illicite à un organe ou un représentant ?

C'est fort douteux. On objectera sans doute que la solution s'impose au regard de la lettre de l'article 121-2 qui envisage seulement la responsabilité d'une infraction commise pour son compte par les organes ou représentants de la personne morale. Mais ce serait oublier que la responsabilité des personnes morales, de l'entreprise, est d'abord conçue comme une responsabilité du fait personnel. La technique d'imputation par représentation d'une infraction à l'entreprise ne se justifie qu'à défaut d'activité personnelle délictuelle tangible. Le recours à la fiction de la représentation devrait céder lorsqu'une réalité délictueuse du groupement ou de la structure est patente. Dans ce cas, pourquoi ne pas fonder une responsabilité directe de l'entreprise sur l'article 121-1 du Code pénal ? De deux choses l'une alors : ou bien une infraction est caractérisée en tous ses éléments par un organe ou un représentant et c'est la responsabilité par représentation de l'article 121-2 qui est applicable ; ou bien une infraction est directement imputable à une personne morale à raison de sa structure ou de son organisation défectueuse et ce serait l'article 121-1 qui serait applicable.

Si cette interprétation très audacieuse est jugée excessive au regard du principe de légalité de la responsabilité pénale, une autre voie serait envisageable sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal français. Si ce texte impose en effet la commission par un

organe ou un représentant de l'infraction reprochée à la personne morale, il n'interdit pas aux juges du fond de poser une présomption d'imputation de l'infraction lorsque les circonstances permettent de déterminer que les faits incriminés n'ont pu être commis que par des organes ou représentants ; cette présomption d'imputation se doublerait d'ailleurs d'une présomption d'élément moral en cas d'infraction intentionnelle imposant alors à la personne de démontrer sa bonne foi¹⁶⁶. Ainsi, au lieu de juger qu'un défaut de sécurité mortel n'est pas imputable à la SNCF dès lors qu'il n'est pas constaté que les négligences, imprudences et manquements étaient le fait des organes ou représentants¹⁶⁷, pourquoi ne pas décider que l'obligation de sécurité qui pèse sur l'entreprise est nécessairement assurée par ses organes ou représentants en sorte que la constatation d'une violation de cette obligation leur est nécessairement imputable¹⁶⁸. De la même manière, au lieu de juger qu'un groupement qui perçoit la somme de 5.000.000 F sans s'interroger sur la provenance éventuellement illicite des fonds n'est pas responsable au motif que cet acte n'a pas été commis par un organe ou un représentant, pourquoi ne pas décider qu'une écriture comptable de cette envergure doit nécessairement être vérifiée par les dirigeants de l'entreprise en sorte que la perception des fonds marque *ipso facto*, soit une abstention coupable, soit un acte de recel punissable et directement imputable aux organes, et ainsi, à la personne morale. N'est-il pas paradoxal que l'opacité de la prise de décision, la défectuosité de l'organisation et de la structure d'une entreprise soient ainsi le gage d'une irresponsabilité pénale du groupement qui profite économiquement de cette criminalité diffuse ?

53 - Quoi qu'il en soit, même si le principe d'une responsabilité par représentation est fermement maintenue par la Cour de cassation française, l'exigence d'un fait illicite de l'organe ou de son représentant n'impose pas l'identification des personnes

physiques qui le composent et, ainsi, la démonstration de leur culpabilité¹⁶⁹. Logique au regard de l'article 121-3 qui distingue la culpabilité de l'entreprise à travers ses organes et la culpabilité des personnes physiques qui les composent, cette solution permet pratiquement une imputation abstraite de l'infraction qui est proche d'une présomption d'imputation. Ainsi, lorsqu'il est jugé au visa de l'article 121-2 qu'une lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par un organe ou un représentant non identifié, la Cour de cassation pose en réalité une présomption d'imputation de cet acte au regard de sa nature et des compétences des organes ou représentants à l'accomplir¹⁷⁰. Il y a là pratiquement responsabilité directe, et aussi exclusive (en raison de l'anonymat), de l'être moral.

54 - Au-delà de ce tempérament, la Cour de cassation française entend s'émanciper de toute référence aux organes ou représentants, spécialement lorsqu'il s'agit d'une infraction dont le texte incriminateur vise une qualité ou un titre particulier - par exemple, l'employeur - qui n'est reconnu qu'à la seule personne morale. S'agissant donc du chef d'entreprise, responsable de principe dans le système jurisprudentiel actuel, la coïncidence des deux qualités ne semble pas faire des difficultés, puisque, c'est justement en examinant la structure de gouvernement de l'entreprise que le juge identifie déjà aujourd'hui ce personnage. La seule hésitation concerne l'hypothèse dans laquelle où il existe, à côté du dirigeant de droit, un dirigeant de fait qui exerce la réalité du pouvoir. La jurisprudence criminelle a pris depuis longtemps le parti du réalisme et répute chef d'entreprise responsable le dirigeant de fait¹⁷¹. Il serait regrettable que son attitude se modifie lorsqu'il s'agira d'engager la responsabilité de l'entreprise. Cela risquerait de nuire à l'efficacité de la répression et pourrait inciter certaines personnes à organiser par ce biais

¹⁶⁶ Cf, Jean-Christophe Saint-Pau, art. préc

¹⁶⁷ Cass. crim., 18 janv. 2000, D. 2000 jur. p. 636, note, J.-Ch. Saint-Pau.

¹⁶⁸ J.-Ch. Saint Pau, note sous crim., 29 avr. 2003, préc

¹⁶⁹ Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, D. 2000, jur. p. 34, note M-A. Houtmann.

¹⁷⁰ Cass. crim., 21 mars 2000, Bull. crim., N° 128.

¹⁷¹ Cass. crim., 11 janv. 1972, Bull. crim., N° 4 ; Paris, 20^e ch. corr. 1^{er} juillet 1988 Juris-Data N° 024973 ; Paris, 20^e ch. corr. 16 nov. 1989, Juris-Data N° 0274 56.

l'immunité pénale de l'entreprise¹⁷². Cependant MM. Merle et Vitu expriment des réserves sur cette immunité.

2. La responsabilité des infractions commises pour le compte de l'entreprise par le dirigeant de fait

55 - Les infractions commises par le dirigeant de fait pour le compte de l'entreprise peuvent-elles engager la responsabilité pénale de la personne morale ?

Il est fréquent que des individus se placent, volontairement ou non, en dehors de la norme juridique et tentent de profiter de cette situation tout en échappant aux contraintes qui résulteraient normalement des règles juridiques applicables. Ainsi, les époux séparés de fait n'entretiennent plus de vie commune comme les époux séparés de corps ou divorcés, de même, deux ou plusieurs personnes qui n'ont pas expressément manifesté la volonté de former une société se traitent entre-elles et agissent à l'égard des tiers comme de véritables associés, pareillement, un individu, qui n'a pas été investi des fonctions qu'il exerce, assume effectivement la direction d'une société comme un véritable dirigeant social¹⁷³.

Qu'il s'agisse de la séparation de fait, de la société créée de fait ou de la direction de fait d'une société, la situation de fait peut être définie, selon le professeur Roger Houin, comme « une sorte d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi. A cette situation de fait, il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit »¹⁷⁴. En d'autres termes, la situation de fait à la fois se rapproche d'une situation juridique précise et s'en écarte pour ne pas avoir satisfait

certaines des conditions légales qui y sont attachées¹⁷⁵.

Ainsi, le dirigeant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter. Au regard de cette définition, le dirigeant de fait se distingue essentiellement du dirigeant de droit en ce que ce dernier a été expressément désigné par les statuts ou régulièrement nommé par les organes de la société habilités à le faire.

L'identification des dirigeants de droit, appelés également dirigeants en titre, ne pose donc normalement pas de difficultés et la preuve de leur qualité n'est pas contrariée par la variété de leurs statuts et de leurs dénominations. Sont par exemple dirigeants de droit, dans la mesure où ils ont été régulièrement nommés, les gérants de sociétés à responsabilité limitée, le président du conseil d'administration, les directeurs généraux et les administrateurs dans les sociétés anonymes de type classique et les membres du directoire dans les sociétés ayant adopté le système dualiste d'administration¹⁷⁶.

La conséquence de cette situation est que le dirigeant de fait échappe ainsi aux sujétions qui pèsent sur le dirigeant de droit. Or, l'évolution du droit des sociétés en la matière se caractérise par un renforcement de la responsabilité qui incombe aux dirigeants. A défaut d'une définition légale, la définition de la direction de fait et l'identification du dirigeant de fait passe par une analyse de l'activité déployée par la personne susceptible d'être qualifiée de dirigeant de fait. Il s'agit en pratique d'établir le rôle de dirigeant qu'elle a joué en fait au sein de la société. Force est de reconnaître que cette preuve est malaisée à rapporter. En effet, de nombreux individus peuvent participer à la gestion commerciale et financière d'une entreprise, détenir une

¹⁷² V. cependant, les réserves exprimées par MM. Merle et Vitu dans leur traité de droit criminel, 1988, N° 605.

¹⁷³ Nathalie Dedessus-Le Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Revue des sociétés, 1997, p. 498.

¹⁷⁴ Rapport général sur la situation de fait, travaux de l'association Henri Capitant, t. XI, 1957, p. 322.

¹⁷⁵ L. Leveneur, Situations de fait en droit privé, LGDJ, 1990, N° 3, p. 3.

¹⁷⁶ M. Cozian et A. Viandier, Droit des sociétés, Litec 1996, 9^e éd. N° 351, p. 129 et s. En revanche, les membres du conseil de surveillance n'ont pas la qualité de dirigeant de droit : V.M. Jeantin, Droit des sociétés, Montchrestien, 1994, 3^e éd., N° 531, p. 277.

certaine autorité et exercer ces fonctions avec indépendance plus ou moins grande. A partir de quel degré d'importance des actes passés par la personne concernée, d'autonomie et d'autorité peut-on retenir la qualification de dirigeant de fait ?

A cette interrogation se superpose une discussion sur les effets attachés à la direction de fait dans l'entreprise. Le droit en général fait preuve de pragmatisme en la matière et tant le législateur que le juge s'efforcent de faire produire des effets juridiques aux situations de fait.

La reconnaissance de la direction de fait suppose l'accomplissement d'une activité qui vise la direction, l'administration ou la gestion de l'entreprise, selon la formule de l'article 478 de la loi du 24 juillet 1966. Ces termes n'apparaissent pas traduire une réalité très différente et permettent surtout de faire état de la diversité de l'organisation des différentes sociétés. La jurisprudence fournit des indications plus explicites sur la nature du dirigeant de fait.

La formule utilisée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 11 juin 1987, résume les éléments nécessaires pour caractériser la direction de fait ; elle a retenu « l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause »¹⁷⁷. Cette définition met particulièrement l'accent sur l'importance des actes accomplis quant à la conduite de la vie économique et financière de l'entreprise et au sort de celle-ci, mais également sur le caractère durable et régulier de cette intervention.

Il importe d'insister sur le fait que le dirigeant de fait doit être en mesure de décider du sort commercial et financier de l'entreprise, d'imposer ses choix et de peser de façon déterminante sur sa gestion. Autrement dit, il doit disposer d'un véritable pouvoir de décision¹⁷⁸. A partir de ces « signes extérieurs du pouvoir », la question, qui subsiste est celle

de savoir si la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée à partir des infractions commises par le dirigeant de fait pour le compte de l'entreprise ?

Il a été soutenu par certains auteurs que, dans ce cas, l'entreprise fait plus figure de victime que de coupable, mais il faut considérer que le dirigeant de fait de la personne morale doit avoir agi dans l'intérêt de celle-ci et donc pour son compte dans le sens déjà évoqué¹⁷⁹.

Si l'on ne retenait la responsabilité de l'entreprise que dans le cas d'infraction commise par un représentant ou un organe légal, il y aurait création d'impunité ou dans le cas notamment de constitution de prête-nom. Il convient également de noter que l'ordonnance du 5 mai 1945 sur les entreprises de presse (abrogée) assimilait les dirigeants de fait aux dirigeants de droit. Pour mettre un terme à certaines difficultés qui étaient apparues afin de sanctionner les animateurs de fait de certaines sociétés, le législateur français a tenu à mettre sur un pied d'égalité le dirigeant légal et le dirigeant de fait tant dans le droit pénal applicable aux sociétés (V. art. 431, 463, 464, 464-4, 478 L. 24 juill. 1966 ; art. 196, 203 L. 25 janv. 1985) que dans le droit sanctionneur des procédures collectives (art. 180, 182, 185 L. 25 janv. 1985 ; ch. III et IV, dispositions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire de la loi N° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, Cf. JO. N° 173 du 27 juillet 2005, p. 12 187, texte N° 5). L'article 180 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif assimile également le dirigeant de droit au dirigeant de fait. En effet, l'article 180 précise : « les dispositions du présent chapitre sont applicables, en cas de cessation de paiements d'une personne morale, aux dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des

¹⁷⁷ Bull. Joly 1987. 719.

¹⁷⁸ Cass. com., 20 juil. 1973, Bull. civ., N° 260, p. 233 ; Cass. Crim., 13 déc. 1988, Rev. sociétés, 1989, 257, note B. Bouloc.

¹⁷⁹ G. Zaquin, La gérance de fait de la SARL en droit fiscaal, JCP éd, CI, II. 12074 ; J. Turot, Gérance majoritaire véritables gérants de fait et faux gérants minoritaires, RJF 2/90, p. 71.

personnes morales dirigeantes »¹⁸⁰. Souvent la loi fait état de la direction de fait, mais elle est parfois plus précise lorsqu'elle indique que la personne devra, directement ou par personne interposée, avoir exercé en fait la gestion, ou la direction, l'administration ou la gestion d'une société. Il reste alors à déterminer quand il sera possible d'affirmer qu'une personne a exercé en fait la gestion d'une société¹⁸¹.

De manière générale, on considère que l'intéressé doit se comporter à l'égard des tiers comme gérant, c'est-à-dire disposer de la signature sociale, conclure les contrats les plus importants, embaucher le personnel¹⁸². En revanche, ne caractérise pas une situation de dirigeant de fait la constatation que l'intéressé, en raison des services rendus à la société, recevait de celle-ci la mise à disposition d'importants moyens matériels¹⁸³. Aussi bien, les juges du fait doivent-ils décrire avec précision en quoi le prévenu se comportait en dirigeant de fait¹⁸⁴, étant indiqué que la décision prise sur ce point par le juge pénal a autorité au civil ou au commercial¹⁸⁵.

56 - Le droit européen ne prend pas en compte, dans les infractions au droit de la concurrence, notamment le caractère de droit ou de fait du dirigeant commettant une infraction pour le compte de l'entreprise. Cette interprétation ne va pas à l'encontre de la théorie du mandat apparent en droit civil et commercial par laquelle toute personne morale est engagée vis-à-vis des tiers par une personne

physique qui a les apparences d'un mandataire¹⁸⁶.

57 - Dans la pratique, pour que la responsabilité pénale de la personne morale puisse être engagée, il faut alors que le décideur soit également un organe du groupement ou à défaut son représentant, sans quoi le passage de l'une à l'autre ne se fera pas.

S'agissant du chef d'entreprise, responsable de principe dans le système jurisprudentiel actuel, la coïncidence des deux qualités ne semble pas faire difficulté, puisque, c'est justement en examinant la structure de gouvernement de la personne morale employeur que le juge identifie aujourd'hui ce personnage. La seule hésitation que l'on pourrait avoir concerne l'hypothèse dans laquelle il existe à côté du dirigeant de droit un dirigeant de fait¹⁸⁷. Il serait regrettable que son attitude se modifie lorsqu'il s'agira d'engager la responsabilité du groupement. Cela risquerait de nuire à l'efficacité de la répression et pourrait inciter certaines personnes à organiser par ce biais l'immunité pénale de la personne morale. Cependant MM. Merle et Vitu expriment des réserves sur cette immunité¹⁸⁸.

58 - Si une assimilation est faite du dirigeant de droit au dirigeant de fait par la doctrine¹⁸⁹, l'assimilation dans la répression des dirigeants de fait aux dirigeants de droit tend à se généraliser à l'initiative de la jurisprudence. Cette assimilation a des incidences sur la responsabilité pénale de l'entreprise. La Chambre criminelle de la Cour de cassation française précise : « les gérants de droit ou de fait d'une même société peuvent être déclarés coupables d'homicide involontaire par un manquement à la réglementation concernant la sécurité des travailleurs, car « en l'absence de délégation de

¹⁸⁰ J.O. OHADA N° 7, 01/07/98 ; OHADA, Traité et actes uniformes communémentaires et annotés, éd., Juriscope 2002, p. 932, communautaires, Filiga Michel Sawadogo.

¹⁸¹ Cass. crim., 12 oct. 1995, Revue des sociétés 1996, p. 321, note Bouloc.

¹⁸² Cass. crim., 5 juin 1979, Bull. crim., N° 191 ; Rev. sociétés 1980, p. 106, note B. Bouloc ; 6 oct. et 8 déc. 1980, Rev. Sociétés, 1981, p. 351, note B. Bouloc.

¹⁸³ Cass. crim., 24 févr. 1980. D. 1981, p. 33, note Cosson.

¹⁸⁴ Cass. crim., 24 févr. 1992, RJDA 7/1992.

¹⁸⁵ Cass. com., 2 mai 1977, Rev sociétés, 1977, p. 376, not A. Honorat ; 13 déc. 1982, D. 1983, IR 264, obs. Honorat.

¹⁸⁶ J.Turrot, art. cité, p. 71.

¹⁸⁷ Cass. crim., 11 janv. 1977, Bull. crim., N° 4 ; Paris 20^e ch. corr. 1^{er} juill. 1998, Juris-Data N° 024 973 ; Paris 20^e ch. corr. 16 nov. 1989, juris-Data N° 027 456.

¹⁸⁸ Merle et Vitu, traité de droit criminel, 1989, N° 605.

¹⁸⁹ Nathalie Dedessus-le-moustier, art. cité, N° 25, p. 513.

pouvoirs, chaque co-gérant à le devoir d'assurer le respect de la réglementation »¹⁹⁰. En l'espèce, employé à poser des tuyaux dans une tranchée, un ouvrier a été victime d'un éboulement et est décédé. Il faut dire que cette tranchée n'était pas étayée ou blindée et qu'elle était profonde de 3,50 m. Or, le décret du 8 janvier 1965 prescrit le blindage. Une faute, consistant dans le non-respect de la réglementation, avait donc été commise. La cour d'appel du Riom avait retenu la responsabilité du chef d'entreprise, ainsi que celle de son père, ancien gérant, mais encore directeur technique.

Le pourvoi critiquait sa décision, car une seule personne pouvait être responsable. La Chambre criminelle écarte ce grief. Elle relève que l'ancien gérant disposait de l'autorité et des moyens nécessaires pour embaucher et affecter les salariés et pour assurer la sécurité des chantiers. De ce fait, il était, en quelque sorte co-gérant. Aussi bien, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait pu retenir dans les liens de la responsabilité pénale, car en tant que gérant de fait, il avait commis une « faute délibérée », au sens de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000.

Ces affirmations appellent plusieurs observations. En premier lieu, il y a eu faute, est-ce si sûr qu'elle soit « délibérée », c'est-à-dire voulue, après que l'on ait mesuré les risques ou chances ? Ce n'est pas certain, et la Haute juridiction aurait pu annuler l'arrêt pour permettre à des juges du fait de se prononcer.

En deuxième lieu, si plusieurs personnes peuvent se voir reprocher une imprudence, encore faut-il qu'elles aient toutes eu une obligation quant au respect de la réglementation. S'il y a un gérant de droit, et un gérant de fait, seul le premier est responsable, à moins qu'il ne soit quasiment inexistant. Tout au plus, pourrait-on admettre leur responsabilité cumulative, quand des fautes de nature différente peuvent leur être reprochées ?

En troisième lieu, l'ancien gérant peut-il être qualifié de gérant de fait, alors qu'il n'aurait eu d'autres missions que d'embaucher et affecter les salariés.

D'autres traits sont habituellement nécessaires pour qu'il y ait gestion de fait et ont des incidences sur les infractions commises pour le compte de l'entreprise.

59 - Au terme de cette première partie relative aux personnes susceptibles d'encourir la responsabilité pénale dans l'entreprise, il convient de constater que la consécration par le législateur de la responsabilité pénale des personnes morales a pour but essentiel de pallier certaines carences de la répression au sein de l'entreprise. Cette consécration est également inspirée par la volonté du législateur d'adapter le régime des peines aux infractions commises dans le cadre et pour le compte d'un groupe organisé.

Cependant, la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales permet-elle une répression plus juste ?

Il est certain que l'une des ambitions du législateur est de mieux situer les responsabilités en les répartissant plus équitablement entre l'entreprise et l'individu qui a agi pour son compte.

II. - LES SANCTIONS APPLICABLES AUX PERSONNES SUSCEPTIBLES D'ENCOURIR LA RESPONSABILITE PENALE DANS L'ENTREPRISE

60 - La condamnation contenant le prononcé d'une sanction pénale est l'affirmation officielle de l'existence de l'infraction constituée par des faits¹⁹¹. En effet, l'affirmation de la responsabilité pénale des personnes morales dans l'esprit des rédacteurs du nouveau Code pénal français a pour but essentiel de pallier certaines carences de la répression. Elle est également inspirée par la volonté d'adapter le régime des peines aux infractions commises dans le cadre et pour le compte d'un groupe organisé. A vrai dire, comme déjà l'indiquait Donnedieu de Vabres

¹⁹⁰ Crim. 12 sept. 2000, Bull. crim., N° 68 ; RTD com. 2001, obs. B. Bouloc

¹⁹¹ Joëlle Pralus-Dupuy, La répression disciplinaire de l'infraction pénale, RSC, 1992, p.248.

dans son étude de 1950¹⁹², en matière de personne morale, on ne peut envisager que des sanctions frappant le patrimoine, restreignant la jouissance des droits, ou frappant le groupement. De ce fait, les sanctions se différencient par leur objet et leur but : elles ne peuvent avoir un but d'amendement, alors qu'elles tendent à l'intimidation collective.

Ainsi, au moment où pour les personnes physiques on s'oriente vers le traitement social de la délinquance, pour les entreprises on assiste au retour ou à la réhabilitation de la sanction pure et dure.

61 - Dès lors que l'infraction a été commise dans le cadre de l'activité de l'entreprise, son irresponsabilité pénale est, en effet, un obstacle à l'efficacité de la répression. Celle-ci risque, en effet, soit d'échouer complètement, faute de responsable, soit d'emprunter des voies détournées en atteignant des personnes physiques auxquelles ne pourront être imputés que certains aspects de l'activité délictueuse.

Les dispositions du nouveau Code pénal français pallient-elles ces carences ?

A priori, il le semble, car la formule de l'article 121-2 paraît large. Et pourtant son efficacité dépend de plusieurs inconnues. En outre, elle révèle déjà une lacune importante. Le législateur français a lui-même posé des limites assez strictes à la responsabilité pénale des personnes morales en ne l'admettant que lorsque l'infraction est commise par un organe ou un représentant pour le compte de l'entreprise.

Ce faisant, il a clairement écarté, en effet, la responsabilité pénale de l'entreprise pour le fait de leurs employés : un décalage considérable a ainsi été maintenu entre le domaine de la responsabilité civile des personnes morales - qui est, dans l'immense majorité des cas, une responsabilité du fait des préposés - et celui de la responsabilité pénale.

C'est également une différence entre le système français et bien de systèmes étrangers

puisque, semble-t-il, aussi bien le droit américain que le droit néerlandais admettent la responsabilité des personnes morales du fait de leurs employés¹⁹³.

D'ailleurs, cette exclusion n'est pas sans conséquence sur la définition même des « organes » et « représentants » susceptibles d'engager la responsabilité de l'entreprise : il existe, en effet, à la tête des entreprises - ou tout près de la tête - des personnes physiques qui, tout en assumant des fonctions de direction, ont le statut des salariés.

Il existe également, en dehors de la hiérarchie officielle, des dirigeants de fait.

Pour toutes ces personnes, la question se posera de nouveau de savoir si elles engagent, par leur fait, la responsabilité de la personne morale.

Quant à l'exigence que l'infraction soit commise « pour le compte » de l'entreprise, elle n'a pour seul effet d'écarter la responsabilité lorsqu'elle l'est pour le compte personnel de l'organe du représentant.

Elle pose également la question de l'exigence d'une « faute lucrative » : faut-il ou non que l'infraction profite, ou soit destinée à profiter - au moins moralement - à l'entreprise ? Et que décider en cas de dépassement ou de détournement des fonctions confiées au représentant ou à l'organe ?

Sur tous ces points, on peut donc s'attendre à de beaux débats judiciaires au cours desquels l'argument d'efficacité de la répression se heurtera aux grands principes de la légalité et de l'interprétation étroite des textes autorisant la répression.

D'ailleurs, pour que la répression soit efficace, il ne suffit pas qu'elle puisse s'exercer chaque fois qu'une infraction est constatée. Encore faut-il qu'elle se traduise par l'application des peines les plus fortes à dissuader les éventuels délinquants.

¹⁹² Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, RIDP 1950, p. 342.

¹⁹³ Geneviève Viney, citée par Joëlle Pralus-Dupuy, art. cité, p. 248.

Or, précisément l'une des caractéristiques du dispositif mis en place par le nouveau Code pénal français, c'est le soin qui a été apporté à l'aménagement du régime des peines encourues par les personnes morales.

Le législateur français ne s'est pas contenté, en effet, d'édicter des peines spécifiques. Il a, en outre, précisé les modalités d'application en consacrant des dispositions spéciales à la récidive (articles 131-12 à 132-15), au sursis (art. 132-33 et 34), à la réhabilitation et au casier judiciaire.

Autrement dit, les auteurs du nouveau Code pénal français se sont efforcés de mettre en œuvre une véritable personnalisation, en cherchant à atteindre concrètement les intérêts de l'entreprise délinquante.

Parmi ces peines, celles qui touchent au patrimoine de l'entreprise - confiscation, amendes - ne sont pas différentes, dans leur nature, de celles qui frappent les personnes physiques. Du moins, pour les amendes, seront-elles plus fortes, ce qui s'explique évidemment par le fait que les entreprises disposent souvent de moyens qui sont sans commune mesure avec ceux de la plupart des personnes physiques.

Mais ce qui est surtout manifeste, c'est que la plupart des peines prévues tendent à restreindre la liberté d'action de l'entreprise :

- l'une d'elles - l'affichage ou la diffusion grâce aux médias, la condamnation - n'a rien d'original. Mais elle réalise déjà une sorte de mise à l'index ;
- quant à la plupart des autres peines énumérées par l'article 131-9 du Code pénal français, elles s'en prennent à la capacité de l'entreprise qui pourra se trouver plus ou moins réduite.

Parfois, en effet, l'activité sera maintenue, mais soumise à un contrôle judiciaire ; c'est le « placement sous surveillance judiciaire » qui peut être comparé au « contrôle judiciaire », ainsi qu'aux régimes d'incapacité civile applicables aux personnes physiques.

Parfois, cette activité sera également maintenue avec des moyens réduits : c'est l'interdiction d'appel public à l'épargne ou d'émission des chèques ou d'utilisation des cartes de paiement, ainsi que l'exclusion des marchés publics.

Dans certaines circonstances, l'activité sera même interdite temporairement : c'est l'interdiction de l'activité professionnelle ou la fermeture de certains établissements. Si ces mesures d'interdiction ou de fermeture sont définitives et portent sur toutes les activités et sur tous les établissements, elles équivaldront alors pratiquement à l'élimination de l'entreprise.

- C'est précisément l'élimination que réalise la peine maximale - c'est-à-dire la dissolution - qui est réservée aux cas les plus graves et qui ne pourra d'ailleurs jamais être prononcée contre certaines personnes (notamment les personnes morales de droit public) dont l'existence est garantie par la constitution.

Ainsi, la recherche d'une répression efficace, apparaît-elle bien comme l'une des raisons majeures qui ont motivé l'adoption du principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais les rédacteurs du nouveau Code pénal français n'ignoraient pas que, pour assurer une répression efficace, il ne suffit pas de frapper fort. Encore faut-il frapper juste. C'est pour mieux cerner les sanctions applicables aux personnes susceptibles d'encourir la responsabilité pénale dans l'entreprise, qu'il convient tout d'abord d'examiner, respectivement, les sanctions applicables aux personnes physiques de l'entreprise (A) et les sanctions encourues par l'entreprise (B).

A) Les sanctions applicables aux personnes physiques de l'entreprise

62 - Le législateur français distingue les peines criminelles, les peines correctionnelles et les peines contraventionnelles. Mais cette présentation est trompeuse, car elle peut supposer que seules sont énumérées, dans chaque division, les peines appartenant spécifiquement à la

catégorie considérée, ce qui est inexact. En réalité, le législateur a voulu présenter l'ensemble des peines, spécifiques ou non, susceptibles d'être prévues par la loi pour sanctionner les crimes, les délits, les contraventions¹⁹⁴.

Il paraît donc plus juste d'utiliser ici l'expression de « peines encourues » en matière criminelle, correctionnelle et contraventionnelle.

Les peines encourues en matière criminelle sont prévues par les articles 131-1 et 131-2 du Code pénal. Il résulte de l'article 131-2 du Code pénal que l'amende et les peines complémentaires de l'article 131-10 peuvent également être encourues en matière criminelle. Mais ces peines ne présentent, ni par leur nature, ni par leur contenu ou leur durée, la moindre spécificité en matière criminelle. Le législateur peut simplement les prévoir, en même temps qu'une peine de réclusion ou de détention criminelle, pour sanctionner un crime. L'amende se rapproche donc, en matière criminelle, d'une simple peine complémentaire sans en avoir le nom¹⁹⁵.

63 - Il est certain que l'une des ambitions du législateur français a été de mieux situer les responsabilités en les répartissant plus équitablement entre l'entreprise et l'individu qui a agi éventuellement pour son compte. Aussi bien, le législateur a-t-il eu raison de préciser que « la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits » ; distinction qui vise toutes les personnes physiques, quel que soit leur rang dans la hiérarchie au sein de l'entreprise. Les personnes physiques peuvent donc encourir des peines criminelles, ou correctionnelles (1), le nouveau Code pénal prévoit parfois des amendes (2).

1. Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes physiques au sein de l'entreprise

64 - Les articles 131-1 et suivants du Code pénal français fixent la nature des peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes physiques. Cependant, la lecture de l'article 121-2 conduit à une interrogation supplémentaire. L'alinéa 3 dispose : « la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». L'exposé des motifs de la loi tente d'éclairer cette disposition : « La responsabilité pénale d'un dirigeant d'entreprise pourra également être retenue en même temps que celle de la personne morale s'il est prouvé que ce dirigeant est personnellement intervenu dans la décision ou dans la réalisation de l'infraction, ou si la loi prévoit qu'il répond personnellement de certaines infractions : réglementation du travail ou de la sécurité sociale, matières économique, fiscale... »¹⁹⁶.

Le cumul de responsabilités peut donc être rencontré et sanctionné : la responsabilité pénale des personnes morales ne saurait constituer un « écran utilisé pour masquer des responsabilités personnelles ». Ainsi, sera retenue « la responsabilité du dirigeant d'entreprise dans l'hypothèse où il est personnellement intervenu dans la décision, dans la commission de l'infraction ou si la loi prévoit qu'il répond personnellement de certaines infractions », tandis que « disparaîtra la présomption de responsabilité pénale qui pèse en fait aujourd'hui » (avant l'application du nouveau Code pénal) « sur les dirigeants à propos d'infractions dont ils ignorent parfois l'existence » (exposé des motifs du projet de réforme de 1986)¹⁹⁷.

65 - La responsabilité pénale du chef d'entreprise (ou, à défaut, celle de son préposé délégué) peut être engagée en cas d'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité prescrites par le Code du travail. En outre, parallèlement à ces infractions, l'employeur peut être poursuivi, en cas d'accident du travail

¹⁹⁴ Frédéric Desportes, Francis le Guehec, *Droit pénal général*, Corpus droit privé, dirigé par Nicolas Molfessis, 2003, 10^e éd., N° 763, p. 707.

¹⁹⁵ Frédéric Desportes, Francis le Guehec, *op. cit.*, N° 774, p. 715.

¹⁹⁶ Cf. V. aussi circ. (RIM N° 2000-09 F1 du 11 oct. 2000 relative à la présentation des dispositions de la loi N° 2000- 647 du 10 juill. 2000 tendant à préciser les délits non intentionnels (BOM) 2000, N° 80, p. 81 et s.

¹⁹⁷ G. Levasseur, A. Chavane, J. Montreuil, B. Boulloc, *Droit pénal général et procédure pénale*, 12^e éd., Sirey, 1996, N° 297, p. 124.

ou de risque d'accident, sur le fondement des textes du Code pénal réprimant les infractions d'homicide, de blessures involontaires ou de mise en danger de la personne¹⁹⁸.

En ce qui concerne les infractions au Code du travail, les infractions aux règles d'hygiène et de sécurité, commises au sein de l'entreprise, engagent en principe la seule responsabilité du chef d'entreprise ou de l'établissement (sous réserve d'une délégation de pouvoirs) et le rendent passible de peines correctionnelles. Pierre angulaire de la responsabilité pénale, l'infraction, selon l'analyse classique qui en est faite par MM. Roger Merle et A. Vitu, est la manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit et sanctionnée par la loi au moyen d'une peine¹⁹⁹. L'infraction constatée doit résulter d'une faute personnelle du chef d'établissement, du directeur, du gérant ou du préposé (2009 art. L. 263-2 du Code du travail français).

66 - En revanche, la faute de la victime d'un accident du travail ne peut exonérer l'employeur de sa responsabilité pénale, à moins qu'elle n'ait été la cause exclusive de l'accident. Il ne peut, en outre, se prévaloir, de l'absence de mise en demeure de l'inspecteur du travail au cours d'une visite ayant précédé un accident occasionné par une machine dépourvue de dispositif de protection²⁰⁰.

67 - La Chambre criminelle de la Cour de cassation française veille aussi au respect des dispositions du Code du travail protectrices des intérêts des salariés, fût-ce au prix d'une extension contestable de la notion d'accident du travail... tout au moins au regard des conceptions particulières du droit pénal, lorsqu'il s'agit des « violences involontaires », de la détermination de la « faute personnelle » du chef d'entreprise ou de son délégataire, et

¹⁹⁸ E.J. Loko-Balossa, les conditions de travail dans l'entreprise, Annales de l'Université Marien Ngouabi, vol.9, N° 3, Sciences juridiques et politiques, 2008, N° 78, p. 146 ; Francis lefebvre, Hygiène et sécurité (responsabilité pénale), N° 5046, p. 609.

¹⁹⁹ Roger Merle et André Vitu, traité de droit criminel, Cujas, N° 268, cités par Jean-Marie Combette, Les nouvelles pénalités applicables en cas d'infractions au droit du travail, Dr soc., 1973, N° 4, p. 235.

²⁰⁰ Cass. crim., 5-2- 1985, N° 84-91 143.

de la prise en considération de la « faute de la victime ». Dans l'affaire de De Ponnat et a., la Chambre criminelle de la Cour de cassation française retient la responsabilité pénale du prévenu, délégataire de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, pour violation de l'article R. 233-3 ancien du Code du travail. La Chambre criminelle de la Cour de cassation française précise en effet : « Attendu que pour retenir la culpabilité du prévenu, la cour d'appel énonce que la tronçonneuse mise en service "avant 1981", qui entrait dans la catégorie "des machines outils à instruments tranchants tournant à grande vitesse" visées par l'article précité du Code du travail, ne comportait pas les dispositifs de protection exigés par ce texte ; que les juges relèvent que la partie non travaillante de la meule de découpe n'était pas complètement protégée et qu'aucun dispositif n'avait été mis en place pour empêcher que les ouvriers ne puissent toucher involontairement la partie travaillante, un carter n'ayant été installé à cet effet qu'après l'accident ; qu'ils en déduisent qu'en laissant à la disposition des salariés une machine dangereuse insuffisamment protégée, Bernard de Ponnat a commis une faute personnelle caractérisant une infraction aux règles de sécurité en relation directe avec l'accident ; que les juges précisent que la circonstance que le salarié n'ait pas fait usage de la machine, conforme à sa destination, n'est pas de nature à exonérer le prévenu de sa responsabilité dès lors que cette faute n'a pas été exclusive du dommage »²⁰¹.

Les faits de l'espèce sont d'une banale simplicité et ne présentent pas, fort heureusement pour la victime, une trop grande gravité. Il s'agit de l'employé d'une entreprise qui a le pouce sectionné par le disque d'une tronçonneuse sur laquelle il usinait une pièce de métal. Le titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au sein de la société est poursuivi et condamné pour blessures involontaires en infraction de l'article R.233-3 ancien du Code du travail français.

En présence d'une situation de fait qui aurait pu inciter à une certaine indulgence, les

²⁰¹ Cass. crim., 30 juin 1988, De Ponnat et a., arrêt N° 4077, JCP éd, G. N° 14, 1999, II, 10067, p. 691, note Jean-Yves Chevalier.

Hauts magistrats de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation confirme leur tendance à la sécurité envers les chefs d'entreprise ou leurs délégués soumis à l'obligation de respecter de rigoureuses règles de sécurité en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise et de garantir une protection efficace des salariés. Ils confirment, en effet, dans cet arrêt du 30 juin 1998²⁰² un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 2 juillet 1997²⁰³ qui condamne le titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au sein de la société qui l'emploie, pour blessures involontaires et « infraction à la réglementation relative à la sécurité des travailleurs » et ceci, nonobstant la faute de la victime qui, en l'espèce, s'est sectionnée un doigt en utilisant une tronçonneuse pour un usage personnel non conforme à sa destination, au motif que cette faute n'est pas la faute exclusive du dommage. Cette référence en matière répressive des analyses du droit civil pour une application du droit du travail est la parfaite illustration d'une évolution de la Haute juridiction dont la Chambre criminelle se montre une fois encore plus sociale que la Chambre sociale elle-même²⁰⁴.

68 - En revanche, la responsabilité pénale du chef d'entreprise ou de son délégué peut être engagée, en cas d'accident du travail, sur le fondement des textes du Code pénal réprimant les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique des personnes et, en cas de risque d'accident, sur celui des dispositions de ce Code réprimant le délit des risques causés à autrui.

Le délit peut également être constitué en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements, sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Les juridictions répressives ont l'obligation de se prononcer sur la réalité de la faute compte tenu des diligences normales qui auraient dû être accomplies. En matière d'hygiène et de sécurité, l'employeur

est en fait présumé disposer de la compétence, des pouvoirs et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission. En outre, lorsqu'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité est à l'origine d'un accident du travail, la responsabilité pénale du chef d'entreprise ou de son délégué peut être retenue sur deux fondements à la fois : infraction aux règles d'hygiène et de sécurité prescrites par le Code du travail et infraction aux dispositions du Code pénal réprimant les homicides ou blessures involontaires. L'article L.263-2 du Code du travail français autorise, conformément à l'article 132-3 du Code pénal fixant le régime du concours d'infractions en cas de poursuite unique, le cumul des peines fixées par le Code du travail avec les peines de même nature encourues pour les infractions d'homicide ou de blessures involontaires visées aux articles 221-6, 222-13, et 222-20 du Code pénal sans que ce cumul puisse dépasser le « maximum » légal de la peine de même nature la plus élevée.

En revanche, les mêmes faits peuvent tomber sous le coup de deux qualifications pénales. Si l'action est indivisible, le juge ne retient en principe qu'une seule qualification : celle correspondant à l'infraction la plus sévèrement punie ou celle la mieux adaptée à l'espèce lorsque les deux qualifications sont de même gravité. S'il s'agit d'infractions distinctes, commises simultanément et faisant l'objet des mêmes poursuites, le juge retient les deux qualifications, et applique, pour le calcul de la peine, les règles prévues en cas de concours d'infractions.

En pratique, la distinction entre action indivisible et infractions distinctes résultant d'un même fait, ou des faits commis simultanément n'est pas facile à opérer. A titre d'exemple, il convient de se référer aux solutions rendues en cas d'emploi, dans les hypothèses où les salariés travaillent le dimanche en violation de plusieurs dispositions : repos dominical et arrêté préfectoral de fermeture, ou repos dominical et repos hebdomadaire. En revanche, commet deux infractions distinctes, l'employeur qui, à l'occasion d'une même procédure, licencie un salarié délégué du personnel et délégué syndical, en raison de son appartenance syndicale et sans avoir sollicité l'avis de son appartenance syndicale et sans avoir sollicité

²⁰² Gaz. Pal, 8-10 nov 1988, p. 14, obs. J-P. Dorcet.

²⁰³ Cf. Jean Yves Chevallier, note préc. P. 691.

²⁰⁴ Cf. E.J. Loko-Balossa, art. cité, p. 148.

l'avis préalable de l'inspecteur du travail, voire de la Commission de litiges comme l'exige l'article 34 du Code du travail de la République du Congo-Brazzaville : « tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé par l'employeur doit être soumis à la Commission de litiges prévue à l'article 39 du code du travail, et obéir à la procédure édictée à l'article 176 dudit Code ». Deux infractions distinctes peuvent également être retenues en cas d'accident du travail résultant de la violation d'une règle d'hygiène et de sécurité.

L'employeur est également responsable des infractions à la législation sociale commises dans l'entreprise par lui-même ou par ses salariés. Parfois prévue par le texte d'incrimination, cette responsabilité de principe du chef d'entreprise est de manière générale admise par une jurisprudence ancienne et constante. Elle ne vaut toutefois que pour les infractions matérielles (contraventions) et pour les délits non intentionnels. Sauf cas particulier, l'employeur ne doit pas répondre des délits intentionnels commis par ses salariés et auxquels il n'a pas personnellement participé²⁰⁵.

69 - Les infractions intentionnelles engagent la responsabilité pénale du chef d'entreprise lorsqu'il en est effectivement l'auteur. La responsabilité pénale est en principe encourue par la personne qui assume au plus haut niveau la gestion et la direction de l'entreprise. Cependant, la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable en application de l'article L.452-1 du Code de sécurité sociale. En effet, dans l'affaire Gérard Lledo contre la société Manutrans, la Cour de cassation française précise : « Attendu que la Société Manutrans fait grief à l'arrêt attaqué (Pau, 28 juin 1999) d'avoir décidé que l'accident était dû à sa faute inexcusable constituée par l'absence de formation du personnel à la sécurité et un manquement à l'obligation générale de prudence, alors, selon le moyen, qu'en retenant que la société Manutrans avait commis une faute inexcusable à l'occasion du décès de Gérard Lledo, quand son gérant avait été relaxé après la mort de Gérard Lledo du chef "d'homicide par

imprudence dans le cadre du travail", décision qui s'imposait à la juridiction civile avec une autorité absolue, l'arrêt attaqué a violé l'article 1351 du Code civil ; - mais attendu que la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable en application de l'article L.452-1 du Code de la sécurité sociale, que la cour d'appel a donc pu, sans méconnaître l'autorité de la chose précédemment jugée, décider que la Société Manutrans avait commis une faute inexcusable à l'origine du décès de son employé, que par ce motif de pur droit, la décision se trouve légalement justifiée ; par ces motifs, rejette (...) »²⁰⁶.

Il est de jurisprudence constante, comme dans le cas d'espèce, que la relaxe au pénal du substitué des chefs d'homicide involontaire et d'infractions aux règles d'hygiène et de sécurité ne puisse point faire obstacle à la recherche d'une faute inexcusable de l'employeur. L'arrêt Manutrans amorce sans ambiguïté le rejet de l'autorité absolue de la relaxe de l'employeur en présence d'une faute inexcusable qui lui est imputable. En effet, le dispositif de cet arrêt se rattache au principe de l'autorité relative à la chose jugée au pénal en matière de faute inexcusable, désormais commun à la condamnation et à la relaxe de l'employeur.

70 - La responsabilité pénale de l'employeur au sein de l'entreprise suppose qu'il ait commis une faute personnelle. L'évolution récente du droit des affaires conduit, en outre, à une pénalisation de plus en plus grande de celui-ci, les infractions pénales liées à la vie de l'entreprise se sont multipliées. La gestion de l'entreprise doit donc intégrer la dimension juridique et notamment la dimension pénale. Les infractions en droit des sociétés relèvent essentiellement de deux grands axes, d'une part les infractions commises lors de la vie de la société, et d'autre part les infractions liées à la déconfiture d'une société.

71 - Au cours de la vie de la société, l'une des infractions les plus médiatisées récemment sur le transfert des sportifs par les

²⁰⁵ E.J. Loko-Balossa, art. cité, p. 150.

²⁰⁶ Cass. soc., 12 juill. 2001, Le Dalloz 2001, p. 3390, note Y. saint-Jours.

sociétés sportives concerne l'abus de biens sociaux. Aux termes de l'article L. 242-6-3° du Code de commerce français, « est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 37.5000 euros, le fait pour : le président, les administrateurs, les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ». Recruter les meilleurs sportifs est fondamental pour toute société sportive. Cette opération demeure cependant risquée par elle, spécialement lorsqu'elle inscrit le transfert dans le cadre juridique discutable²⁰⁷. Dans ces conditions, à partir de quand doit-on considérer que cette opération est contraire à l'intérêt social, élément central du délit d'abus de biens sociaux ?

Si, par malheur, le sportif ne répond pas aux attentes du club et que l'investissement s'avère finalement non productif, voire même contre-productif, doit-on considérer que l'opération a mis en péril l'intérêt de la société, et ouvrir ainsi la possibilité d'une répression du dirigeant sur le terrain de l'abus de biens sociaux ?

Pour répondre à ces questions, il convient de procéder respectivement à une étude de l'incrimination de l'abus de biens sociaux à travers ses éléments constitutifs et son régime.

Trois éléments sont nécessaires pour que l'abus de biens sociaux soit constitué. D'une part, l'auteur de l'infraction ne peut être une personne autre que celle définie par la loi, et d'autre part, il faut qu'elle ait fait des biens de la société un usage contraire à son intérêt, et enfin, il faut qu'elle ait agi de mauvaise foi pour s'avantager personnellement, directement ou indirectement.

La loi désigne les seules personnes susceptibles de commettre un abus de biens sociaux à travers les fonctions qu'elles doivent occuper. C'est pourquoi, par exemple, le

dirigeant d'une société étrangère ne peut être poursuivi pour abus de biens de sa société étrangère, même si les biens sont situés en France car il n'est pas connu, dans sa fonction, par le droit français²⁰⁸. Sans entrer dans le détail, il convient de noter que les principales personnes susceptibles d'être poursuivies pour abus de biens sociaux sont les gérants des SARL (art. L. 241-3, 4 et 5 C. com), le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme (art. L. 242-6, 3 et 4, C. com), le président et les dirigeants d'une SAS, les gérants des sociétés en commandite par actions. Les dirigeants de fait de ces diverses sociétés, entendus comme les personnes qui, directement ou par personne interposée, ont, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de ces sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux (art. L. 246-2 C. com.), sont également susceptibles d'être poursuivis pour abus de biens sociaux. En revanche, les dirigeants d'association ou encore de sociétés en non collectif ne peuvent être poursuivis pour abus de biens sociaux. Leur responsabilité pénale peut cependant être engagée sur le terrain de l'abus de confiance, de la complicité d'abus de biens sociaux, ou encore, éventuellement du recel d'abus de biens sociaux.

72 - Il ne peut y avoir abus de biens sociaux si le dirigeant n'utilise pas les biens ou le crédit de la société, contrairement à l'intérêt social. Le principal problème est donc de savoir ce qu'il faut entendre par la violation de l'intérêt social. La jurisprudence définit très largement la notion. Bien évidemment l'acte du dirigeant qui porte atteinte au patrimoine social est contraire à l'intérêt social. Tel est par exemple le cas de l'entrepreneur qui utilise sa société pour employer fictivement des sportifs jouant dans le club dont cette personne est propriétaire²⁰⁹. Le juge peut également estimer que l'acte qui ne porte pas directement atteinte au patrimoine social peut encore être contraire à l'intérêt social dès lors qu'il expose l'actif social, et semble-t-il plus largement,

²⁰⁷ Didier Porrachia, Abus de biens sociaux et transferts des sportifs, Recueil Dalloz, 2006, N° 4, p.304.

²⁰⁸ Cass. crim., 3 juin 2004, D. 2004 jur. p. 3213, note D. Caramalli., Rev. Sociétés 2004, p. 912, note B. Bouloc.

²⁰⁹ Cass. crim., 27 juin 2001, Bull. crim., N° 164 ; Rev. sociétés 2001, p.873, note B. Bouloc.

l'entreprise, à « un risque auquel elle (il) ne devait pas être exposé(e) »²¹⁰.

Il s'agit donc d'évaluer le risque normal de l'acte du dirigeant. A cet égard, nous rejoignons l'étude d'un auteur²¹¹ selon lequel pour analyser correctement l'acte accompli par le dirigeant social, les tribunaux doivent le replacer dans son contexte industriel et commercial, et ici sportif, et l'examiner tant au regard du préjudice qu'il risquerait de faire supporter à la société que des avantages que celle-ci pouvait en attendre²¹². Le simple fait que les événements imprévus, postérieurs à sa conclusion, déjouent les pronostics des chefs d'entreprise et rendent désastreuse une opération considérée comme rentable à la suite d'études minutieuses, ne doit donc pas influencer l'analyse. Autrement dit, « il convient de rechercher quel intérêt pouvait avoir l'acte au moment même de sa conclusion, peu important qu'ultérieurement les prévisions raisonnables des parties aient été déjouées pour des raisons économiques »²¹³.

Il reste que l'appréciation du caractère anormal de l'acte n'est pas limitée à l'analyse de l'incidence de l'acte sur la société et son patrimoine. Certains actes sont aujourd'hui considérés par les juges comme intrinsèquement anormaux. Pour les juges, ces actes font supporter à la société des risques, par définition, anormaux. Ces risques seraient des risques pénaux et fiscaux. Pour les juges, l'atteinte à l'intérêt social pourrait même résulter de l'exposition du seul dirigeant au risque anormal des sanctions pénales, car cela porterait atteinte au crédit et à la réputation de la société²¹⁴.

Revenons un instant sur cette construction jurisprudentielle. La Chambre criminelle de la Cour de cassation française a

tout d'abord affirmé, dans une affaire où des entrepreneurs avaient tenté d'obtenir un marché en sensibilisant un membre d'une commission à leur problème par la remise d'une somme d'argent, que « l'usage des biens d'une société était nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite »²¹⁵. La formulation de la Cour de cassation, qui a été critiquée par une grande partie de la doctrine, semblait donc lier la commission d'un acte illicite, de quelque nature qu'il soit, à la prise, d'un risque anormal. Plus encore, cette jurisprudence conduisait à estimer que l'acte illicite commis par le dirigeant était non seulement contraire à l'intérêt social, mais également fait sciemment dans un but personnel²¹⁶.

73 - la Chambre criminelle a précisé sa position dans la célèbre affaire Carignon²¹⁷. En l'espèce, afin de s'attirer les faveurs du maire de Grenoble et pour emporter la concession du service des eaux de la ville, les dirigeants de deux sociétés avaient offert au maire des biens d'une valeur considérable (appartenant à Paris ...) et pris en charge le renflouement d'un groupe de presse diffusant des publications favorables à sa réélection. Condamnés pour abus de biens sociaux par la cour d'appel de Lyon, les prévenus forment un pourvoi en cassation en arguant du fait que les actes de corruption n'étaient pas contraires à l'intérêt de la société puisqu'ils avaient permis l'obtention de marchés. La Chambre criminelle n'admet pas cette argumentation et rejetant le pourvoi, elle estime que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales et fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ». Par conséquent, pour la Haute juridiction, l'exposition au risque de

²¹⁰ Cass. crim., 16 déc 1975, Bull. crim., N° 279 ; JCP 1976, II, 18476, note M. Delmas-Marty.

²¹¹ Wilfrid Jeandidier, J-Cl. Pénal des affaires, V° sociétés fasc. 50, N° 73.

²¹² T. corr. Seine, 14 nov, 1958, JCP 1959 II, 11240, note p. Bouzat ; D. 1959, jur, p. 568, note P. Bonassies.

²¹³ B. Bouloc, Le dévoiement de l'abus de biens sociaux, RJ com. 1995 p. 301 spéc. p. 309.

²¹⁴ Cass. crim., 22 sept. 2004, Rev. sociétés 2005, p. 205, note B. Bouloc ; Dr. pén. 2004, comm. 178, obs. J.- H. Robert.

²¹⁵ Cass. crim., 22 avr. 1992, Rev sociétés, 1993, p. 124, note B. Bouloc.

²¹⁶ Cf. Sur une synthèse de critiques, V.W. Jeandidier, préc. N° 53.

²¹⁷ Cass. crim., 27 oct. 1997, Bull. crim., N° 352 ; Rev. sociétés, 1997, p. 869, note B. Bouloc ; Dalloz affaires, 1997, p. 1429, note M. Boizard.

sanction pénale est toujours anormal²¹⁸, que ce risque soit pris par la société ou par son dirigeant²¹⁹, car il met automatiquement en cause le crédit et la réputation de la société et porte ainsi nécessairement atteinte à son intérêt social.

74 - En réalité, le délit d'abus de biens sociaux est un délit intentionnel qui suppose que le dirigeant a agi avec volonté de s'avantager. Plus précisément, il faut établir que le dirigeant a agi de mauvaise foi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. Par conséquent, il faut en principe établir une action ou inaction volontaire²²⁰ du dirigeant, action qui doit être tournée, au moins partiellement²²¹, vers son propre intérêt. Aussi, encourt la censure de la Cour de cassation toute décision des juges du fond qui se contentent, pour sanctionner un dirigeant, de relever qu'il a agi sciemment, contrairement à l'intérêt social, sans établir qu'il a agi dans le but de s'avantager.

Ces observations pourraient conduire à croire que le juge doit scruter l'esprit du dirigeant, pour savoir s'il a ou non recherché son profit personnel à l'occasion de l'acte contraire à l'intérêt de la société. Malheureusement pour les dirigeants, cette option n'est pas retenue par la Cour de cassation qui, d'une part, adopte une vision large de l'intérêt du dirigeant, intérêt qui peut être matériel ou simplement moral, et qui accepte que le juge du fond lie l'existence de cet intérêt à l'acte commis volontairement par le dirigeant contrairement à l'intérêt de la société.

75 - Pour être sanctionné, il faut, en outre, que les dirigeants visés par l'incrimination aient personnellement participé aux faits poursuivis. Lorsque le dirigeant laisse, en toute connaissance de cause, son

déléataire (ou un autre dirigeant) agir contrairement à l'intérêt social en réalisant un acte dont il bénéficiera, certains juges n'hésitent pas à considérer que cette attitude constitue l'infraction d'abus de biens sociaux²²², ou au moins établit la complicité du dirigeant²²³ à la commission de l'infraction commise par le déléataire. Par conséquent, dans notre domaine, si le président ou le directeur général de la société sportive donne une délégation de pouvoir à son directeur sportif pour réaliser toutes les opérations de transfert, mais qu'il sait qu'à l'occasion de ces opérations le directeur sportif abuse des biens de la société et n'agit pas pour faire cesser ce comportement, le dirigeant pourra engager sa responsabilité comme auteur d'un abus de biens sociaux ou encore comme complice de l'infraction commise par le directeur sportif. Encore faut-il bien sûr que ce dernier ait abusé des biens de la société. Dans certaines circonstances, le complice peut-il être sanctionné à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ?

76 - Sur le fondement de l'article 121-6 du Code pénal, sont applicables au complice, les circonstances aggravantes liées à la qualité de l'auteur principal. En outre, l'article 121-2 du Code pénal français dispose : « La responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation française précise également : « Attendu que, pour confirmer cette ordonnance, et constater la prescription de l'action publique, la Chambre d'instruction, après avoir requalifié les faits retenus à l'encontre de Gilbert X ... en complicité des faux et usages commis par Gérard Y..., énonce que les causes d'aggravation ou d'atténuation de la peine procédant de la personne de l'auteur de l'infraction sont sans effet sur le complice, et que la prescription de l'action publique se trouvait acquise à l'égard de Gilbert X... lors du dépôt de la plainte.

²¹⁸ A. Dekeuwer, Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption, JCP E 1998, 310.

²¹⁹ Cass. crim., 22 sept 2004, préc.

²²⁰ Cass. com., 20 mai 2003, D. 2003, jur. p. 2623, note B. Dondero.

²²¹ Cass. crim., 1^{er} mars 2000, JCP E 2001, p. 947, obs. Y. Muller.

²²² Cass. crim., 10 avr. 2002, Rev. sociétés 2002 p. 549, note B. Bouloc.

²²³ Cass. crim., 28 mai 1980, D. 1981, IR p. 137, obs. Roujou de Boubée.

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'article 441-4 du Code pénal punit de la réclusion criminelle le faux en écritures publiques ou authentiques commis par une personne chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de sa mission, et que les faits, ayant été commis le 10 novembre 1992, la prescription de l'action publique n'était pas acquise à l'égard du complice lors du dépôt de la plainte, la Chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée du texte susvisé ; d'où, il suit que la cassation est encourue de ce chef »²²⁴.

En l'espèce, Gilbert X..., gérant de la SCI Fondation première, avait sollicité pour celle-ci un prêt au comptoir des entreprises. L'acte fut rédigé en la forme authentique par maître Gérard Y... qui annexa deux types de documents. Fut tout d'abord joint, un procès-verbal par lequel l'assemblée générale extraordinaire de la SCI autorisait son gérant à souscrire ce prêt. L'assemblée ne s'étant jamais tenue, le notaire qui établit ce document commit un premier faux. Furent jointes également, des procurations aux fins de caution, apparemment signées par les associés. En réalité, il s'agissait de documents, signés en blanc, adressés par Gilbert X... à son notaire qui les a remplis en commettant un second faux.

Cinq ans plus tard, le pot aux roses fut découvert lorsque le comptoir des entrepreneurs voulut actionner les cautions, notamment Georges X..., frère de Gilbert, qui a contesté s'être engagé en connaissance de cause. Le notaire fut mis en examen du chef de faux et usage. Mais, le juge d'instruction dut rendre une ordonnance constatant l'extinction de l'action publique à l'égard du notaire, décédé au cours de l'information (art. 6 C. pr. pén.), et à l'égard de Gilbert X..., compte tenu de la prescription applicable en matière correctionnelle. Cette ordonnance est confirmée en appel au terme d'une motivation néanmoins différente. La Chambre d'instruction a constaté en effet qu'aucune infraction ne pouvait être directement reproché à Gilbert X... qui s'est tout au plus « associé » au deuxième faux commis par son notaire. Cette juridiction fut alors confrontée à une

belle difficulté : comment poursuivre une personne en tant que complice à raison d'une infraction qu'elle n'a pas qualité pour commettre à titre principal ? Le fait que Gilbert X... n'ait pas été dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public, au sens du troisième alinéa de l'article 441-4, ne l'a pas arrêtée. Elle lui a reproché, à tout le moins, l'infraction qu'il aurait pu commettre en tant que particulier. Raisonement original, mais tenu en pure perte dès lors que le retour à une qualification correctionnelle l'a contraint, elle aussi, de constater la prescription de l'action publique !

77 - Si la complicité est un comportement dépendant, il relève à part entière du droit pénal et présente tous les caractères d'une infraction : matériellement, il suppose aide ou assistance, instructions ou provocation ; moralement, il suppose l'intention²²⁵. L'article 121-7 le dit expressément en exigeant que les moyens aient été fournis « sciemment » ou que l'infraction ait été directement recherchée. Le complice doit avoir voulu s'associer à la commission d'une infraction déterminée²²⁶, sans qu'il soit besoin de distinguer le degré d'intention requis.

A l'instar de la tentative, la complicité doit faire l'objet d'une analyse subjective. Le comportement du compte n'est coloré pénalement qu'à raison de l'infraction sur laquelle il se greffe. A l'instar d'un commencement d'exécution qui, objectivement, peut s'avérer très incertain, l'acte du complice doit être éclairé par son intention coupable si l'on veut justifier sa répression.

Dans cette logique, il convient de se demander s'il est bien légitime que les circonstances aggravantes dites personnelles, concernant l'auteur principal, ne se « communiquent » pas au complice : aider un récidiviste à commettre une infraction, ce n'est pas la même chose qu'aider un délinquant primaire. Dès lors que le passé pénal de

²²⁴ Cass. crim., 7 sept 2005, Recueil Dalloz, 2006, N° 12, p. 835, note Emmanuel Dreyer.

²²⁵ X. Pin, Le consentement en matière pénale, t. 36, LGDJ, coll. Bibl. sc. crim., N° 2002, N° 314, p. 277.

²²⁶ Cass. crim., 19 juin 2001, Dr. pén. 2001, N° 111, obs. M. Véron.

l'auteur principal est connu du complice, ce dernier mérite d'être puni comme s'il avait lui-même été dans cette situation.

La présomption d'ignorance sur laquelle repose la solution contraire évite une délicate question de preuve, mais n'est guère justifiée au fond. Une analyse subjective permettrait également d'expliquer la communication de la plupart des circonstances prétendument mixtes. Comment expliquer par exemple que la préméditation se communique au complice ? la théorie objective ne répond pas à cette question : si l'on peut retenir contre le complice la qualification de l'infraction ainsi aggravée, c'est parce que le complice, sollicité avant l'action, était parfaitement conscient du dessein qu'avait l'auteur principal de commettre un crime ou un délit déterminé²²⁷. Il a donc adhéré à un acte prémédité.

Inversement, toutes les circonstances prétendument réelles ne devraient pas systématiquement être appliquées au complice : si l'on comprend bien que le complice qui fournit au voleur l'arme devant servir à un braquage soit puni comme l'auteur d'un vol à main armée, et que le complice qui fournit à un cambrioleur les plans de la maison à dévaliser soit puni comme l'auteur d'un vol avec violence parce que le voleur a fini par porter des coups à une victime qu'il ne parvenait pas à dépouiller assez vite. En effet, sauf à considérer que la violence est consubstantielle au vol, cette circonstance n'a pas été acceptée à l'avance par le complice !

78 - En l'occurrence, Gilbert X... savait nécessairement que le faux accompli par son notaire ne serait pas un faux ordinaire, mais un faux commis par une personne chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de sa mission. Lui ayant fourni en parfaite connaissance de cause les moyens de commettre cette infraction, à laquelle il était directement intéressé, il n'a pu être surpris par la qualification criminelle appliquée au fait auquel lui est reproché de s'être associé.

Cela étant, le problème reste entier. Car, si l'on sait maintenant comment

²²⁷ Cass. crim., 12 mai 1970, D. 1970, jur. p. 515,

rapport F. Chapat.

appréhender les faits auxquels un complice s'est associé, il convient également dans certaines circonstances de prendre en considération les amendes qui sont prononcées à l'encontre des personnes physiques au sein de l'entreprise.

2. Les amendes pénales encourues par les personnes physiques au sein de l'entreprise

79 - Selon l'article 131-12 du Code pénal français, les peines contraventionnelles sont l'amende et les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-14 ainsi que les peines complémentaires prévues aux articles 131-16 et 131-17.

80 - En matière de délit, le taux minimum de l'amende en France est fixé à 3750 euros (art. 329 de la loi du 16 décembre 1992 dite loi d'adaptation). Il convient de constater, il n'y a pas continuité entre le maximum contraventionnel, fixé à 3000 euros et le minimum correctionnel. Le Code pénal français ne fixe pas le maximum général. Mais en pratique, le législateur fait preuve d'une grande sévérité, les taux maxima étant souvent bien plus élevés que par le passé : 75000 euros en cas d'homicide involontaire avec circonstance aggravante consistant dans le manquement délibéré à une obligation de sécurité (art. 221-6) ; 100 000 euros en cas d'entrave volontaire à l'arrivée de secours s'il y a péril imminent (art. 223-5) ; 375 000 en cas de recel (art. 321-6) ; 75 000 euros en cas d'escroquerie ou de recel avec circonstances aggravantes (art. 313-2 et 321-2) ; 75 000 000 euros en cas de trafic de stupéfiants (art. 292-37).

81 - En matière de crime, le nouveau Code pénal français prévoit parfois l'amende. C'est là une nouveauté liée à la criminalisation de certains délits de profit comme certaines formes de trafic de stupéfiant (art. 222-34 et 222-35). Selon l'article 131-2, « les peines de réclusion criminelle ou de détention criminelle ne sont pas exclusives d'une peine d'amende »... Mais cet article ne fixe pas le plafond en sorte qu'il faut consulter le texte d'incrimination appliqué pour savoir si l'amende est prévue et, dans l'affirmative, pour en connaître le taux. Par exemple, le fait de

diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la fabrication ou la commercialisation de stupéfiants - la forme la plus grave du trafic de drogue - est puni non seulement de la réclusion à perpétuité, mais aussi d'une amende de 7 500 000 euros.

Il résulte donc de l'article 131-2 du Code pénal que l'amende et les peines complémentaires de l'article 131-10 peuvent également être encourues en matière criminelle. Mais ces peines, ne présentent, ni par leur nature, ni par leur contenu ou leur durée, la moindre spécificité en matière criminelle²²⁸. Le législateur peut simplement les prévoir, en même temps qu'une peine de réclusion ou de détention criminelle, pour sanctionner un crime. L'amende se rapproche donc en matière criminelle d'une simple peine complémentaire sans en avoir le nom²²⁹.

82 - Peine aussi ancienne que la privation de liberté, l'amende est l'obligation pour le condamné de payer à l'Etat, à titre de sanction pénale, une somme d'argent. Nettement distincte des dommages-intérêts qui sont alloués à la victime en réparation de son préjudice, l'amende pénale s'oppose aussi à l'amende fiscale, qui sanctionne surtout des infractions préjudiciables au fisc (fraudes fiscales), se rapproche à la fois de l'amende pénale et des dommages-intérêts.

Quelle est la valeur de l'amende pénale ? Elle présente évidemment sur l'emprisonnement les avantages de n'être pas corruptrice, de conserver une valeur intimidante malgré la récidive, de rapporter à l'Etat au lieu de lui coûter, enfin d'être facilement réparable en cas d'erreur judiciaire. On peut cependant lui faire deux griefs principaux. Tout d'abord, elle ne permet pas l'amendement du condamné puisqu'elle ne s'attaque pas aux causes de la délinquance. L'amende pénale est ensuite contraire au principe de la personnalité des peines puisqu'elle rejait sur la famille du condamné et à celui de l'égalité puisque indifférente à l'indigent et au riche, elle ne frappe vraiment que celui dont la fortune est moyenne ; le

caractère inégal de l'amende peut d'ailleurs être corrigé par l'adoption du système des « jours amendes », le taux de l'amende étant proportionnel aux revenus quotidiens et aux charges du condamné²³⁰.

83 - En matière d'hygiène et de sécurité au sein de l'entreprise, la détermination de la personne pénalement responsable en cas d'infractions aux règles sociales est source de complexité en droit pénal du travail. Il ressort de l'ensemble des solutions légales et jurisprudentielles que le chef d'entreprise est responsable en premier lieu des amendes à payer. Toutefois, celui-ci peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il a délégué une partie de son pouvoir à l'un de ses préposés.

Depuis un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 23 novembre 1950²³¹, la responsabilité pénale du chef d'entreprise doit être retenue, notamment en matière d'hygiène et de sécurité. Mais une telle responsabilité peut être étendue à d'autres domaines de la réglementation sociale. La responsabilité pénale des dirigeants et cadres d'entreprise en matière sociale est liée au développement et à la complexité de la législation du travail. En effet, le droit pénal du travail ne comporte pas moins de 150 infractions.

Certes, si les contraventions sont plus nombreuses que les délits pouvant entraîner des peines d'emprisonnement, des poursuites sont aujourd'hui davantage engagées en ce domaine, donnant lieu à davantage de condamnations prononcées par les tribunaux répressifs. L'initiative des poursuites appartient en principe au procureur de la République qui, conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale, en apprécie la légalité et l'opportunité à partir du procès-verbal dressé par l'inspecteur du travail à partir des personnes victimes de l'infraction. Lorsqu'il décide de poursuivre, le ministère public saisit la juridiction de jugement compétente ou, pour les affaires correctionnelles les plus graves, désigne un

²²⁸ Jean Pradel, *Manuel de droit pénal général*, Cujas, 2002, N° 601, p. 547.

²²⁹ Frédéric Desportes, Francis le Gunehec, *op. cit.*, N° 774, p. 714.

²³⁰ J. Strahl, *les jours-amendes dans les pays nordiques*, RSC 1951, pp. 59 et s.

²³¹ Bull. crim., N° 267.

juge d'instruction chargé d'examiner le bien fondé des faits allégués ainsi que les conséquences pénales.

Mais l'action publique peut également être déclenchée par les personnes qui ont subi un préjudice du fait de l'infraction, à la condition qu'elles portent leur action devant la juridiction compétente (constitution de partie civile auprès du juge d'instruction ou citation directe devant le tribunal répressif).

84 - Lorsqu'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité du Code du travail, ayant provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal français, a été commise par un préposé, le juge peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées à des frais de justice sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur. Chaque infraction aux prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité, visées par l'article L. 263-2 du Code du travail, est passible d'une amende. L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a des salariés concernés par l'infraction constatée dans le procès-verbal de l'inspecteur du travail²³². En outre, pour certaines infractions, la décision de justice fixe le délai (10 mois maximum) dans lequel les travaux de sécurité et de salubrité imposés par les textes doivent être exécutés.

En cas de récidive, le tribunal peut prononcer une amende ou un emprisonnement d'un an au plus. Il peut également prononcer la fermeture partielle ou totale, temporaire ou définitive de l'établissement dans lequel n'auraient pas été faits les travaux prescrits, lorsque la récidive fait suite à une condamnation en vertu de l'article L. 263-3-1 du Code du travail.

85 - Il ressort des registres dépouillés (constitués par un avocat général à partir des feuilles d'audiences) que des sanctions présentées dans les tableaux I, II et III (voir annexe) (cf. supra N° 89) ont été prononcées par la cour d'appel de Nîmes et le tribunal

correctionnel de Montpellier en 1991 en droit pénal du travail²³³.

Les 4/5 des peines prononcées sont des peines d'amende pures et simples ou assorties d'un affichage de la condamnation à la porte de l'entreprise et une publication dans la presse. Le parquet de la cour d'appel de Nîmes précise que les condamnations à l'affichage de la décision et à sa publication sont exécutées.

86 - En outre, il convient de noter que les infractions relatives à la médecine du travail sont passibles de l'amende prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe et, en cas de récidive dans le délai de 3 ans d'une amende de 25 000 F et d'un emprisonnement de 4 mois au plus ; le tribunal ordonne également l'affichage du jugement aux portes de l'établissement et sa publication dans la presse, le tout aux frais du délinquant²³⁴.

87 - A côté des sanctions encourues par le chef d'entreprise, en application de l'article 121-2 du Code pénal, la Cour de cassation française juge régulièrement, tant pour les infractions intentionnelles, que pour les infractions d'imprudence, que la responsabilité pénale des personnes morales suppose la commission de l'élément matériel et de l'élément moral de l'incrimination par les organes ou représentants²³⁵. Cependant, pour certains délits, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française rejette la thèse de la faute diffuse de la personne morale. Ainsi, le délit de vente au déballage sans autorisation n'est imputable, à titre d'auteur principal, qu'à la personne qui procède à la vente ; encourt la cassation, une cour d'appel qui déclare une association d'avoir procédé à des ventes au déballage sans autorisation préfectorale, sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité pénale de cette personne morale. Dans l'affaire du centre commercial de La Thalie précitée, la Chambre

²³² Cass. crim., 21-10-1975 N° 90-92 427-75.

²³³ Christine Lazerges, La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail, RSC 1992, p. 495.

²³⁴ Cf. Hygiène et sécurité (médecine du travail) éd. Francis Lefebvre, N° 5135, p. 630.

²³⁵ Cass. crim., 21 mars 2000, Bull. crim., N° 128 ; 18 janv. 2000, D. 2000, jur. p. 636, note J.-Ch. Saint-Pau.

criminelle de la Cour de cassation française fait en outre ressortir : « La cour : sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 310-2, L. 310-5 et L. 310-6 du nouveau Code de commerce, de l'article L. 121-2 du nouveau Code de commerce, des articles 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

“ en ce que l'association des commerçants du centre commercial de la Thalie a été déclarée coupable de vente au déballage et condamnée à une amende de 7 500 euros ainsi qu'à la publication de la décision de condamnation...

2) alors, en toute hypothèse, pour la cour d'appel que le délit a été commis par l'un des organes ou représentant de l'association des commerçants du centre commercial de la Thalie...

Mais attendu qu'en déterminant ainsi, sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité pénale de la personne morale alors que le délit de vente au déballage sans autorisation n'est imputable, à titre d'auteur principal, qu'à la personne qui procède à la vente, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; d'où il suit que la cassation est encourue²³⁶ ».

88 - Appliquant rigoureusement l'article 121-2 du Code pénal qu'elle ne vise pourtant pas, la Cour de cassation rejette à nouveau cette thèse de la faute diffuse, puisqu'il est reproché aux juges du fond de ne pas avoir précisé « quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité de la personne morale ». Sans être nouvelle, cette solution n'en reste pas moins critiquable car elle atrophie l'institution répressive en l'empêchant d'appréhender la criminalité diffuse d'une entreprise. Est-il réellement de bonne politique pénale que de considérer qu'une association qui perçoit les loyers d'une vente illicite au déballage n'est pas responsable au seul motif d'une opacité de la prise de décision et de l'impossibilité concrète de rattacher l'acte illicite à un organe ou un représentant ?

²³⁶ Cass. crim., 29 avr. 2003, Le Dalloz 2004, N° 3, p. 167, note Jean-Christophe saint Pau.

C'est fort douteux. On objectera sans doute que la solution s'impose au regard de la lettre de l'article 121-2 qui envisage seulement la responsabilité d'une infraction commise pour son compte par les organes ou représentants de la personne morale. Mais ce serait oublier que la responsabilité des personnes morales est d'abord conçue comme une responsabilité du fait personnel qui implique la condamnation de l'entreprise.

89 - Les sanctions pénales, comme les autres sanctions - les sanctions patrimoniales et extrapatrimoniales - et même plus qu'elles, produisent deux effets principaux selon les professeurs Filiga Michel Sawadogo²³⁷, Paul-Gérard Pougoué, Yvette Kalieu²³⁸ :

- d'une part, un effet dissuasif : la menace de sanctions pénales amène les débiteurs et dirigeants à éviter la commission des actes incriminés ;
- d'autre part, un effet distributif et surtout « éradicatif » : il faut, si les conditions sont réunies, appliquer les peines prévues et empêcher pour l'avenir la commission des actes incriminés ; il y a par exemple élimination du monde des affaires et des entreprises du débiteur ou du dirigeant fautif en relation avec la faillite personnelle ; en effet, toute condamnation à la banqueroute par exemple entraîne les effets de la faillite personnelle. En effet, l'article L. 654-6 de la loi française N° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises dispose : « La juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L. 654-1 coupable de banqueroute peut, en outre, prononcer, soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive »²³⁹.

²³⁷ Filiga Michel Sawadogo, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, juriscopes, 6è éd. Bruylant Bruxelles, 2002, N° 369, p. 347.

²³⁸ Paul-Gérard Pougoué, Yvette Kalieu, L'organisation des procédures collectives d'appurement du passif OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, 1999, p. 109.

²³⁹ J.O. N° 173 du 27 juill. 2005 p. 12187, texte N° 5.

90 - Classiquement, des sanctions pénales sévères ont de tout temps été prévues contre les commerçants personnes physiques auxquelles il convient d'assimiler les associés ou membres des personnes morales tenus indéfiniment et solidairement du passif. Pour les dirigeants, ce n'est que depuis 1935 qu'ils ont commencé à être concernés par ces sanctions par voie d'assimilation aux commerçants personnes physiques. Cet élément d'ordre historique explique, peut-être que le titre V relatif à la banqueroute et autres infractions de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA) ait consacré la distinction entre les infractions de banqueroute proprement dites, qui sont applicables aux débiteurs personnes physiques, et les infractions assimilées aux banqueroute, qui s'adressent aux dirigeants de personnes morales.

Les infractions assimilées aux banqueroutes peuvent être appréhendées à travers leur domaine « in personam » et les faits incriminés. S'agissant du premier aspect, l'article 230 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif concerne, d'une part les personnes physiques dirigeants de personnes morales assujetties aux procédures collectives, et d'autre part les personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales assujetties aux procédures collectives. Il s'agit comme le précise l'article 230, des dirigeants de droit ou de fait et, d'une manière générale, de toute personne ayant, directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux.

Les infractions assimilées à la banqueroute simple concernent les dirigeants sociaux qui ont, en cette qualité de mauvaise foi, posé des actes considérés comme des fautes graves que cite l'article 231. Pour une grande partie, cet article reprend des faits incriminés à l'article 228 (231, 2°, 4°, 5° et 6°) ou à l'article 229 (231, 3°) avec la particularité que ces fautes sont commises au détriment de la personne morale : par exemple, les achats pour revendre au-dessous du cours ou les moyens ruineux visent à retarder la cessation des paiements de la personne morale.

En matière de banqueroute frauduleuse, comme pour la banqueroute simple, l'article 229 de l'Acte uniforme reprend en substance des incriminations relatives aux cas de banqueroute proprement dite en les adaptant à la situation des dirigeants de la société. Ainsi, la soustraction de livres, le détournement ou la dissimulation d'actif. La banqueroute simple ou frauduleuse ne peut être prononcée que conformément à la procédure prévue par l'Acte uniforme.

91 - Il convient de remarquer que pour les peines applicables, l'article 226 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif renvoie aux dispositions du droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie. L'objectif est probablement d'éviter que les peines, en particulier les amendes, si elles étaient traitées par l'Acte uniforme, soient considérées dans certains Etats comme excessives et dans d'autres comme dérisoires. La politique pénale, si intimement liée à la souveraineté étatique, demeure réservée aux Etats. Cette disposition est conforme à l'article 5, alinéa 2, du Traité selon lequel « Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale » et, dans ce cas « Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». A titre d'exemple, le Code pénal Burkinabé (loi N° 45-96 ADP du 13 novembre 1996, articles 494 à 505) prévoit que la banqueroute simple est punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et la banqueroute frauduleuse d'un emprisonnement d'un à cinq ans²⁴⁰.

92 - La vie des sociétés est donc parsemée de règles dont les transgressions constituent autant d'infractions pénales qui peuvent être mise à la charge de leurs dirigeants. La loi française de 16 décembre 1992 portant adaptation de diverses mesures pénales au nouveau Code pénal prévoit que les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement de banqueroute ou de complicité de banqueroute. L'amende est alors d'un maximum de 2 500 000F, les personnes morales s'exposent également aux diverses

²⁴⁰ Filiga Michel Sawadogo, op. cit., N° 370, p. 348.

sanctions prévues par l'article 131-39 du nouveau Code pénal.

B) Les sanctions encourues par l'entreprise

93 - La section 2 du titre III du nouveau Code pénal français traite « des peines applicables aux personnes morales ». Aux termes de l'article 131-37 du Code pénal français : « Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont :

- 1) l'amende ;
- 2) dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39 ». En outre, en ce qui concerne les peines contraventionnelles, l'article 131-40 du Code pénal français précise : « les peines contraventionnelles encourues par les personnes morales sont :

- 1) l'amende ;
- 2) les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-42.

Ces peines ne sont pas exclusives d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-43 ».

Les peines encourues par l'entreprise ne pouvant pas faire *in extenso* l'objet d'une analyse, il convient d'examiner, l'amende, peine principale applicable à l'entreprise (1), ensuite les sanctions de l'article 131-39 du Code pénal français affectant également le patrimoine de l'entreprise (2).

1. Les amendes pénales encourues par l'entreprise

94 - Les amendes encourues par l'entreprise portent une atteinte directe au patrimoine de l'entreprise, condamnée pénalement. La diminution de l'actif des sociétés à capitaux privés ou publics se traduit

par un enrichissement de l'Etat, le produit des amendes étant perçu par le trésor public²⁴¹.

Les juges français trouveront en l'amende une sanction aisément applicable parmi la panoplie des peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal. Toute infraction commise par une entreprise est passible d'une amende quelle que soit sa nature criminelle ou correctionnelle (art. 131-37-1°). Il en est de même en matière contraventionnelle (art. 131-40-1°). Pour celles-ci, la loi prévoit des peines de substitution et des peines complémentaires. Ainsi, notamment pour les contraventions de cinquième classe, l'amende peut être remplacée, d'une part, par l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement (art. 131-42-1°), et d'autre part par la confiscation, soit de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, soit de la chose qui en était le produit (art. 131-42-2°).

Ces peines, qui se substituent à la peine d'amende, portent en elles des germes anti-économiques et ne seront, à coup sur, prononcées qu'avec parcimonie. Enfin, selon l'article 131-43, le règlement qui réprime une contravention peut assortir l'amende d'une peine complémentaire, la confiscation et pour les contraventions de cinquième classe, l'interdiction d'émettre des chèques pour une durée de trois ans au plus (art. 131-43 et 131-17). Pour une entreprise, l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des moyens de paiement, à titre de peine de substitution ou de peine complémentaire, constitue une restriction de liberté économique et sociale²⁴².

Peut-on imaginer une entreprise qui serait dans l'incapacité de payer un fournisseur autrement que par un chèque de banque ? Le législateur a heureusement fait de l'amende une sanction systématiquement applicable.

92- La loi française prévoit un taux plafond très élevé pour les personnes morales.

²⁴¹ Merle et Vitu, Traité de droit criminel, éd. Cujas, p. 916.

²⁴² Martine Boizard, Amende, confiscation, affichage ou communication de la décision, Revue des sociétés, 1993, p. 331.

Toutefois, celles-ci bénéficient des modalités d'individualisation et de personnalisation de la peine. Sont-elles transposables à une personne morale ?

La loi se borne à fixer le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales (art. 131-38 et 131-41). Il s'agit dans tous les cas d'un multiple, le quintuple du maximum prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. Il est donc utile de préciser le taux de l'amende dans les dispositions spéciales édictant les peines applicables aux personnes morales. La technique retenue a l'inconvénient d'exclure la possibilité d'appliquer une peine d'amende à une entreprise dès lors que cette peine n'est pas prévue à l'encontre des personnes physiques pour sanctionner l'infraction considérée. En pratique, toutefois les crimes et les délits passibles uniquement d'une peine privative de liberté sont rares, du moins dans le Code pénal, et ne sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale des personnes morales (atteintes volontaires à la vie, tortures, violences criminelles, notamment)²⁴³.

95 - Au-delà de la technique juridique, selon madame Martine Boizard, on a reproché au procédé d'être d'une excessive rigueur²⁴⁴. Il est vrai que, les amendes encourues par les personnes physiques étant très élevées, celles applicables aux entreprises peuvent atteindre des montants parfois faramineux. Ainsi, l'amende encourue par une entreprise en France s'élève à 225.000 euros pour un vol simple, soit le quintuple de l'amende de 45.000 euros encourue par les personnes physiques en application de l'article 311-1 du Code pénal et à 375.000.000 euros en matière de trafic de stupéfiants, soit le quintuple de l'amende prévue par les articles 222-34 et suivants du Code pénal.

Mais cette rigueur est relative. D'une part, il appartient bien entendu au juge de moduler le montant de l'amende en fonction des capacités financières de la personne morale concernée. D'autre part, l'application du taux maximum peut être justifiée, soit pour

sanctionner des entreprises qui, en raison de leurs moyens financiers, seraient totalement insensibles à des amendes plus modestes, soit pour briser purement et simplement une société d'origine mafieuse. Dans ce second cas, l'amende peut être un complément utile de la dissolution car elle évite que les associés ne se partagent le boni de liquidation. Quoi qu'il en soit, les taux retenus n'apparaissent pas plus choquants que, toutes proportions gardées, ceux applicables aux personnes physiques depuis parfois fort longtemps pour certaines infractions comme l'escroquerie, passible d'une amende de 375.000 euros.

96 - Le choix délibéré du législateur pour des amendes élevées est sans rapport avec la forme juridique de la société. Il n'existe pas une disproportion entre le capital « légal » des sociétés et le montant maximum des amendes. Ainsi, les fondateurs qui envisagent constituer une SARL, au capital de 50.000 F, doivent-ils penser aux risques d'accident dû à un manquement involontaire à une obligation de prudence tarifé à 100.000 F et qui peut se produire, à tout moment, dès le début de l'activité sociale ?

L'amende est décuplée en cas de récidive, ce qui revient à doubler les taux plafonds (art. 132-12 à 132-15). En cas de concours d'infractions, la loi de 1992 innove en posant le principe du cumul des peines encourues (art. 132-3) assorti toutefois de nombreuses exceptions (art. 182-3 à 132-7). Mais, il faut retenir que les peines d'amende pour contravention se cumulent entre elles et avec celles encourues pour des crimes ou des délits en concours (art. 132-7).

97 - La liste des peines applicables aux entreprises en matière contraventionnelle figure à l'article 131-40 du Code pénal, qui cite l'amende et les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-42, en précisant que ces peines ne sont pas exclusives d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-43. Le législateur français a conservé en matière contraventionnelle la distinction entre les peines principales, alternatives et complémentaires, sans doute pour informer le pouvoir réglementaire dans des limites plus étroites. L'amende peut donc ici être qualifiée

²⁴³ Frédéric Desportes, Francis Le Gunehec, op. cit., N° 855, p. 780.

²⁴⁴ Martine Boizard, art cité, p. 332.

de peine principale dans ses rapports avec les autres peines²⁴⁵ !

98 - Etant l'unique peine principale en matière contraventionnelle, l'amende est toujours encourue en cette matière par l'entreprise. Son taux est fixé par l'article 131-41 du Code pénal français au quintuple de l'amende encourue par les personnes physiques. Le mode de calcul est donc le même qu'en matière criminelle et correctionnelle.

Le maximum de l'amende contraventionnelle encourue par les entreprises étant fixé pour chaque classe de contraventions par l'article 131-13 du Code pénal, il est aisé d'en déduire le montant maximum des amendes applicables aux personnes morales qui est de :

- 1) 190 euros pour les contraventions de 1^{ère} classe (ex. dégradation légère : art. R. 631-1 du C. pén.) ;
- 2) 750 euros pour celles de la 2^{ème} classe (ex. manquement à une obligation de sécurité ou de prudence n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail : art. 622-1 du C. pén.) ;
- 3) 2.250 euros pour celles de la 3^{ème} classe (ex. usurpation de signes réservés à l'autorité publique : art. R. 643-1 du C. pén.) ;
- 4) 3.750 euros pour celles de la 4^{ème} classe (ex. injure ou diffamation non publique à caractère raciste ou discriminatoire : art. R. 624-6 du C. pén.) ;
- 5) 7.500 euros pour celles de la 5^{ème} classe et 15 000 euros en récidive (ex. atteintes involontaires à l'intégrité de la personne : art. R. 625-5 du C. pén.).

99 - En clair, le tarif des amendes est haut. Certes, pour que l'amende ait une valeur d'intimidation et de dissuasion encore faut-il qu'elle soit élevée. Le contentieux de la concurrence ne révèle-t-il pas parfois des stratégies d'entreprises optant pour des activités anti-concurrentielles dont les profits vont

couvrir largement les amendes ou les confiscations ? ... Le juge détient à l'évidence les clefs essentielles pour adapter la sanction à la gravité des faits en tenant compte des enjeux économiques, sociaux, également liés à l'environnement.

C'est ainsi que dans l'affaire de l'Erika, pour la première fois, le juge pénal français se prononce sur un délit de pollution à la suite d'un naufrage, mais encore, il reconnaît explicitement le préjudice pour atteinte à l'environnement. Consciencieusement, il remonte un à un les maillons de la chaîne du transport maritime pour identifier ceux dont la défaillance a conduit à la catastrophe. Reconnus pénalement responsables, le propriétaire de l'Erika, son gestionnaire, la Société de classification Rina et la Société Total sont finalement condamnés à verser *in solidum* aux victimes 192 millions d'euros à titre de dommages et intérêts. Ils devront aussi s'acquitter de l'amende maximale, respectivement, de 375.000 euros s'agissant des personnes morales et de 75.000 euros s'agissant des personnes physiques²⁴⁶.

En l'espèce, le raisonnement, qui conduit à retenir la responsabilité du groupe pétrolier, est plus « subtil ». En canalisant la responsabilité sur le propriétaire du navire, la convention CLC (Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 29 nov. 1969, modifiée par prot. Londres, 27 nov. 1992) s'oppose à ce que l'affrètement soit recherché es qualités. Le tribunal relaxe, par conséquent, la filiale chargée de l'affrètement pour retenir celle de la maison mère dont dépend le service « vetting ». Ces inspections externes du navire réalisées par les groupes pétroliers viennent se superposer aux contrôles effectués par les sociétés de classification sans prétendre les remplacer.

²⁴⁵ Frédéric Desportes, Francis la Guenehec, op. cit, N° 860, p. 783.

²⁴⁶ TGI Paris, 11^o ch. corr., 16 janvier 2008 ; Juris-Data N° 2008-351025 ; JCP/La semaine juridique, éd. G. N° 6, 6 février 2008, p.3, note Karine le Couviour ; Karine Le Couviour, Après l'Erika : réformer d'urgence le régime international de responsabilité et d'indemnisation des dommages de pollution par hydrocarbures, JCP/La semaine juridique, éd. G. N° 12, 19 mars 2008, p. 13.

Cette pratique, qu'aucun texte n'impose, a été initiée par la Shell à la suite du naufrage de l'Amoco-Cadiz dont elle était l'affréteur. Le tribunal considère que par son initiative, la compagnie pétrolière a acquis, de fait, un pouvoir de direction et de contrôle sur la gestion et la marche de l'Erika que le droit ne peut ignorer. Ce faisant, il fonde sa condamnation sur une figure particulièrement emblématique de la réorganisation des groupes pétroliers qui, pour se prémunir contre tout risque de propriété, se sont délestés de leur flotte, tout en conservant un droit de regard sur celle qu'ils affrètent. En choisissant de condamner pénalement la société Total SA, le tribunal rétablit donc un ordre de responsabilité qui tient compte du jeu de déplacement de pouvoirs qui s'est opéré.

100 - Le procès pénal vise à sanctionner les responsables. Mais faculté est aussi offerte aux victimes de saisir les juridictions répressives appelées à statuer sur l'action publique pour obtenir réparation de tout dommage causé par une infraction²⁴⁷. Cette procédure d'indemnisation par voie de constitution de partie civile devant le juge pénal, se présente donc comme une alternative pour tous ceux que le dispositif CLC/FIPOL déçoit. Son intérêt a, sans conteste, été reconnu un peu plus encore renforcé par le jugement du 16 janvier.

Dès lors, dans le seul but d'améliorer l'indemnisation des victimes, le juge pénal ne pourrait-il pas être tenté de retenir la responsabilité de ceux dont la solvabilité est notoire au risque de s'affranchir du principe de la légalité des délits et des peines ?

L'infraction de pollution est la seule que retienne le tribunal correctionnel de Paris pour fonder sa condamnation, alors que deux autres inculpations avaient été retenues à l'issue de l'instruction : le délit de mise en danger de la vie d'autrui et celui d'abstention volontaire de prendre des mesures permettant de combattre un sinistre. L'infraction de pollution est définie par la loi du 5 juillet

1983²⁴⁸ dont l'objet premier a été d'introduire dans le droit français les sanctions pénales s'appliquant aux infractions commises à l'encontre de la Convention internationale pour la prévention de la pollution des navires²⁴⁹.

Ce faisant, le législateur français reconnaît deux types de fautes qui peuvent être à l'origine d'une pollution, celle due à une erreur de navigation ou faute nautique, mais encore celle résultant d'une incurie et consistant par négligence ou souci d'économie à faire naviguer un navire mal entretenu. Les responsables potentiels sont donc nombreux puisque la formule légale paraît englober, non seulement l'armateur, le gérant technique, mais également l'affréteur s'il est investi de la gestion nautique²⁵⁰.

La condamnation du chef de pollution, des seuls propriétaires de l'Erika G. Savarèse, de son gestionnaire nautique A. Pollara et de la Société de classification Rina à verser aux victimes 192 millions d'euros à titre de dommages et intérêts et de s'acquitter aussi de l'amende maximale, respectivement, de 375 000 euros s'agissant des personnes morales et de 75 000 euros s'agissant des personnes physiques, semble indiscutable.

101 - Si le juge détient à l'évidence les clefs essentielles pour adapter la sanction à la gravité des faits en tenant compte des enjeux économiques et sociaux, en revanche, il n'existe plus aucun obstacle à la diminution des peines maximales d'amendes, le législateur français ayant consacré la suppression des peines minimales, en ces termes : « lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue » (art. 132-20). Toute latitude est reconnue au juge affranchi désormais du principe des circonstances atténuantes.

²⁴⁸ Loi N° 83-583, 5 juill. 1983 ; JO, 6 juill. 1983, p. 2066 ; M. Rémond-Gouilloud, Anatomie d'un monstre marin : la loi du 5 juillet 1983 réprimant la pollution des mers : DMF 1983, p. 703-C. env., art. L. 218-10 à L. 218-3.

²⁴⁹ Conv. dite MARPOL 73/78, 2 nov. 1973, mod. Prot. 17 fév. 1978.

²⁵⁰ M. Rémond-Gouilloud, art. cité, p. 712.

²⁴⁷ G. Stéphani, G. Levasseur et B. Bouloc, Procédure pénale, Précis Dalloz, 21^e éd. 2006, N° 161.

102 - Le nouvel article 132-24 reprenant l'article 41 du Code pénal pose les principes d'individualisation et de personnalisation des peines en indiquant aux juges : « lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction (outre les circonstances de l'infraction et la personnalisation de l'auteur) » (art. 132-24 du nouv. C. pén.). A l'évidence, l'entreprise bénéficie de ce régime en vertu du principe d'égalité devant la loi pénale. Mais la transposition de cette disposition aux personnes morales plonge le commercialiste dans un abîme de perplexité.

En effet, les termes ressources et charges, qui se conçoivent à l'égard d'une personne physique, ne sont pas transposables pour les personnes morales. S'agit-il de déterminer l'amende en fonction du bilan de la société (actif et passif), du compte de résultat, des annexes, du chiffre d'affaires ? Ainsi, une société exsangue en trésorerie n'est pas nécessairement déficitaire, des pertes d'exploitation ne traduisent pas toujours une insolvabilité de la société. Le manque de précision d'un texte inéluctablement applicable aux personnes morales astreintes à des règles comptables peut faire l'objet de vives critiques.

A titre de comparaison, il convient de constater que les sanctions pécuniaires administratives prononcées par le Conseil de la concurrence sont le plus souvent proportionnées au chiffre d'affaires (art. 13, ord. 1^{er} déc. 1986) et déterminées sur la base d'un chiffre d'affaires consolidé dans le cadre d'un groupe. De même, les juges communautaires, saisis de recours en annulation des amendes fixées par la Commission, exercent leur pouvoir réducteur en appréciant la pertinence du chiffre d'affaires, outre la durée de l'infraction, la gravité, le rôle du requérant²⁵¹.

103 - La modération de l'amende impliquera à l'évidence pour le juge l'analyse d'un bilan comptable, économique et social,

²⁵¹ M.C. Bergères, le contrôle par les juridictions communautaires du montant de l'amende fixée par la commission en matière de concurrence, Petites affiches, fév. 1993, N° 19.

faute de quoi l'application des taux plafonds contiendrait les germes de la dissolution, du chômage, de la rupture de relations contractuelles commerciales. Le principe de personnalisation de la peine doit être acclimaté au nouveau délinquant qui est la personne morale.

A l'instar des personnes physiques, les personnes morales bénéficient du sursis simple (art. 132-29). Mais, le nouveau Code pénal français pose des conditions spécifiques pour l'octroi de la révocation du sursis qui peuvent être ainsi résumées.

En matière criminelle et correctionnelle, deux conditions sont exigées par l'article 132-30 alinéa 2. D'une part, le passé pénal pris en considération est celui réalisé dans le délai de cinq ans. D'autre part, la personne morale ne doit pas avoir été condamnée à une amende d'un montant supérieur à 400.000 F pour un crime ou délit de droit commun. La période « probatoire » est de cinq ans. A l'expiration de ce délai, la condamnation est réputée non avenue.

A l'inverse, une nouvelle condamnation pour crime ou délit de droit commun dans le délai de cinq ans emporte révocation du sursis (art. 132-35 et 132-36, al. 2). En matière contraventionnelle, pour les contraventions de cinquième classe (art. 132-34 al. 2), le sursis simple peut être octroyé à une personne morale qui n'a pas été condamnée dans le délai de cinq ans pour crime ou délit de droit commun, à une amende d'un montant supérieur à 100.000 F (art. 132-33, al. 2). Ici, le délai ou la période probatoire est de deux ans. En effet, la condamnation est réputée non avenue si la personne condamnée, qui en bénéficie, n'a pas commis pendant le délai de deux ans un délit de droit commun ou une contravention de 5^e classe suivie d'une nouvelle condamnation sans sursis important de révocation (art. 132-37).

104 - Quels sont les effets d'une condamnation avec sursis sur l'entreprise ? Juridiquement, la condamnation avec sursis est une condamnation assortie d'une condition. Si ce n'est résolutoire, à tout le moins comporte-t-elle une « cause conditionnelle de

caducité »²⁵². Quelles peuvent être alors les conséquences comptables et juridiques liées à une condamnation qui entraîne des conséquences patrimoniales virtuellement caduques ? L'entreprise ne paraît pas astreinte à traduire comptablement une amende avec sursis par la passation d'une provision, laquelle est obligatoire lorsque la condamnation étant exécutoire, l'amende est recouvrable. Mais, alors, la détermination du prix dans les cessions, acquisitions, fusions, une des questions les plus délicates du droit des sociétés, deviendra encore plus incertaine avec la condamnation avec sursis. La vigilance des praticiens s'avère indispensable car, pour un acquéreur de titres sociaux, le règlement conventionnel par le biais d'une garantie de passif demeure la solution pour déjouer les pièges financiers résultant du sursis. En pratique, le risque financier variera en fonction de la période à laquelle intervient la révocation du sursis, le juge devrait-il ainsi adapter l'amende si la nouvelle infraction se produisait enfin de sursis.

105 - En ce qui concerne l'entreprise récidiviste, la peine est décuplée dans les conditions posées par les articles 132-12 à 132-15 du nouveau Code pénal français. La récidive suppose, on le sait, une première condamnation (premier terme de la récidive) et une infraction postérieure (second terme de la récidive). Les cas de récidive peuvent être ainsi schématisés :

- 1) le premier terme est un crime ou un délit punissable par la loi d'une amende de 700.000 F pour les personnes physiques, donc de 3.500.000 F pour les personnes morales. La loi envisage trois possibilités. D'une part, la seconde infraction est un crime, la récidive est générale et perpétuelle : il faut remarquer l'originalité du nouveau Code pénal français, la récidive est punissable de délit à crime. D'autre part, la seconde infraction est un délit, la récidive est générale et temporaire : le délai dit de « rechute » est de dix ans à compter de l'expiration de la précédente peine. Enfin, la

seconde infraction expose l'entreprise à une peine d'amende supérieure à 500.000 F, la récidive est générale et temporaire, le délai de rechute est toutefois limité à cinq ans ;

- 2) le premier terme est un délit, le second est le même délit, ou un délit assimilé²⁵³. La récidive est spéciale et temporaire. Le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine ;
- 3) le premier terme est une contravention de cinquième classe, le second terme est la même contravention, la récidive est spéciale et temporaire. Le délai est d'un an.

106 - Pendant les délais de la récidive, 10 ans, 5 ans, 1 an, la société peut se transformer, fusionner, modifier son objet social. La société, qui a commis le premier terme de l'infraction, est-elle la même personne que celle qui commet le second terme ? La sanction de la récidive suppose un problème d'identité de la personne morale.

La cession de contrôle, fût-elle de la totalité des droits sociaux n'a pas en principe de conséquence juridique ou fiscale sur la personne morale, le capital social change de mains. Les acquéreurs, cessionnaires, prennent alors le risque que la société subisse une amende décuplée si les conditions de la récidive sont réunies. Il en sera de même dans tous les cas où la formation ne fait pas perdre à la société sa personnalité morale (art. 1844-3 C. civ, art. 5, L. 24 juill. 1966). Ce qui sera la solution prédominante ; reste toutefois le cas d'un GIE qui se transforme en société anonyme (art.12, al. 2, ord. du 23 sept. 1967)²⁵⁴, celle-ci étant une personne morale nouvelle ne court pas le risque de récidive. Il en serait de même en cas de fusion. Si la société pénalement condamnée à une amende

²⁵³ Selon l'art. 136-16, vol, extorsion, chantage, escroquerie, abus de confiance sont assimilables. L'escroquerie est-elle assimilable à un abus de biens sociaux. L'interprétation restrictive de la loi pénale emporte une réponse négative bien que les deux délits soient proches.

²⁵⁴ Ou une association. .

²⁵² Merle et Vitu, op. cit., N° 821.

est abordée, elle disparaît donc de l'extrait K bis, la nouvelle société ou l'absorbante (fusion-absorption) n'est pas la même société malgré la transmission universelle du patrimoine. La récidive ne peut alors être invoquée, les personnes morales n'étant pas identiques ; sous réserve de cas de fraude, c'est-à-dire d'une modification de la personne morale pour éviter la récidive.

107 - Quant au paiement des amendes, aucun obstacle ne paraît empêcher l'application de l'article 132-28 du nouveau Code pénal français aux entreprises. Selon ce texte : « En matière correctionnelle ou contraventionnelle, la juridiction peut, pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social, décider que la peine d'amende sera, pendant une période n'excédant pas trois ans, exécutée par fraction ». Le fractionnement de l'amende pourrait être ainsi demandé par une personne morale qui exerce une activité saisonnière (ex. fabrication, vente de jouets). Le terme familial est-il adaptable au groupe de sociétés²⁵⁵ ? là encore on peut voir poindre des difficultés de transposition de ce texte à la responsabilité des personnes morales.

Le nouveau Code français de procédure pénale ne modifie pas les règles relatives au recouvrement des amendes et condamnations pécuniaires²⁵⁶ ainsi que les garanties prises par le trésor pour le recouvrement des amendes. Selon l'article 133-1, « il peut être procédé au recouvrement de l'amende ... après la dissolution de la personne morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation ». Cette règle pénale d'interprétation stricte marque un net retrait par rapport à la jurisprudence commerciale²⁵⁷. Le nouveau Code de procédure pénale pose toutefois un régime spécifique de solidarité. L'article 55 alinéa 2 du Code pénal (transféré aux art. 375-2, al. 2 et 480-1, al 2 CPP par la loi du 16 déc. 1992) dispose qu'« en outre, le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, ordonner que le prévenu qui s'est entouré de

coauteurs ou de complices insolvable sera tenu solidairement des amendes ». Ainsi, la personne morale auteur de l'infraction pourra être poursuivie et condamnée avec d'autres à condition de rapporter la preuve de l'intention frauduleuse de celui « qui s'est entouré » de personnes insolvable.

108 - Toutefois, le législateur français a également envisagé la réhabilitation des personnes morales. La réhabilitation des entreprises s'obtient de deux façons qui marquent une volonté du législateur d'établir un régime plus souple que pour les personnes physiques²⁵⁸. Elle est acquise de plein droit après un délai de cinq ans à compter du jour du paiement de l'amende ou de la prescription accomplie (art. 133-14, 1°). Elle efface la condamnation. Sans attendre le délai de cinq ans, une demande de réhabilitation pourra être formée par le représentant légal de la société et adressée au procureur de la République après un délai de deux ans à compter de l'expiration de la sanction subie (art. 781- C. proc. pén., réduct. art. 134 L. d'adaptation). Le passé pénal de l'entreprise ne doit pas perdurer trop longtemps²⁵⁹. L'intention est définitive, mais réhabilitation ou pas, il semble que la condamnation à une amende pèsera sur la vie sociale. Il en est de même de la confiscation qui est une sanction patrimoniale tout aussi lourde de conséquences

2. Les sanctions spéciales de l'article 131-39 du Code pénal français affectant le patrimoine de l'entreprise

109 - L'article 131-39 du Code pénal énumère les sanctions applicables aux personnes morales. En effet l'article 131-39 dispose : « Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines suivantes :

- 1) la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques

²⁵⁵ Cozian et Viandier, Droit des sociétés commerciales, Litec, 1992 qui souligne cet aspect familial dans les sociétés.

²⁵⁶ G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, Le droit pénal général, N°s 479 et s.

²⁵⁷ Martine Boizard, art. cité, N° 20, p. 336.

²⁵⁸ F. Desportes, « le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales », JCP, éd. E. 1993, 76, N° 49.

²⁵⁹ La réhabilitation entraîne la suppression de la condamnation du B 2 et du B 1.

- d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;
- 2) l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;
 - 3) le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
 - 4) la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
 - 5) l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
 - 6) l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;
 - 7) l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
 - 8) la confiscation de la chose qui a servi ou était destiné à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
 - 9) l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci, soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle.

Les peines définies aux numéros 1 et 3 ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques, ni aux syndicats professionnels. La peine définie au numéro 1 n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel ». En définitive, selon MM. Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, seules trois peines sont véritablement spécifiques aux personnes morales : la dissolution, le placement sous surveillance judiciaire et l'interdiction de faire appel public à l'épargne. Ces peines sont

exclusivement applicables en matière criminelle et correctionnelle²⁶⁰.

110 - La dissolution, souvent présentée un peu dramatiquement comme la peine de mort appliquée aux entreprises, est prévue par le 1° de l'article 131-39 du Code pénal français. Sa gravité explique son domaine d'application limitée et ses conditions d'applications rigoureuses. Ses modalités d'exécution ne présentent guère en revanche de particularités.

Rappelons toutefois que la dissolution d'une personne morale peut également être ordonnée par une juridiction civile sur le fondement de l'article 6 du Code civil qui interdit de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, ou de l'article 1833 du même Code qui exige que les sociétés aient un objet licite, ou encore sur le fondement de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901 déclarant nul les associations fondées sur une cause ou en vue d'un objet illicite. L'innovation que représente l'institution de la dissolution à titre de sanction pénale doit donc être grandement relativisée. La « peine de mort » à l'encontre des entreprises n'a pas été créée par le nouveau Code pénal. Celui-ci a simplement donné au juge pénal la possibilité de la prononcer.

111 - La dissolution n'a été prévue que « pour les infractions d'une très grande gravité ou qui présentent une dangerosité particulière lorsqu'elles sont commises par une personne morale » (circ. p. 67). Parmi les infractions prévues par le nouveau Code pénal, la dissolution est applicable aux infractions suivantes : crimes contre l'humanité (art. 213-3), atteintes volontaires à la vie (art. 221-5-1), tortures et acte de barbarie (art. 226-6-1), violences volontaires (art. 222-16-1), agressions sexuelles (art. 222-33-1), fausse monnaie (art. 442-14). La liste est longue !

Cependant, le dernier alinéa de l'article 131-9 du Code pénal interdit de prononcer la peine de dissolution à l'encontre de certaines catégories de personnes morales : les personnes morales de droit public, les partis ou

²⁶⁰ F. Desportes et F. Le Gunehec, op cit, N° 866, p. 785.

groupements politiques, les syndicats, les institutions représentatives du personnel.

L'exclusion des personnes morales de droit public est effectivement justifiée par le principe de la séparation des pouvoirs et, surtout, par celui de la permanence de l'Etat et de ses démembrements. Il est en particulier totalement inconcevable et absurde qu'une juridiction pénale puisse ordonner la dissolution... d'une collectivité territoriale !

112 - Il ne suffit pas que la dissolution soit encourue pour pouvoir être prononcée²⁶¹. La loi limite en effet le pouvoir du juge. Selon le 1° de l'article 131-39 du Code pénal français, « la dissolution ne peut être prononcée que dans l'hypothèse où la personne morale aurait été créée ou - s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement - détournée de son objet pour commettre l'infraction ». Ce seuil de trois ans d'emprisonnement applicable en matière correctionnelle résulte de la loi du 12 juin 2001 relative aux mouvements sectaires. La rédaction initiale de l'article 131-39 fixait un seuil de cinq ans, que le législateur a estimé devoir abaisser afin de refuser la répression²⁶².

113 - Pour les délits les moins graves, passibles d'une peine d'emprisonnement inférieure à trois ans, la dissolution n'est donc possible que s'il est établi par l'accusation que l'objet même de la personne morale était, au moment de sa création, de commettre un tel délit. Tel est le cas par exemple d'une société constituée en vue d'employer une personne en la soumettant à des conditions de travail et d'hébergement contraires à sa dignité (art. 225-14 du C. pén.), ou encore d'une association ayant pour objet de favoriser le rapprochement « de mères porteuses » et de « parents adoptifs » (provocation à l'abandon d'enfants, art. 227-12 du C. pén.). La preuve de l'existence d'un objectif délictueux lors de la création de l'entreprise sera, sauf dans les cas extrêmes, souvent difficile à rapporter.

La jurisprudence dira qu'il suffit que le dessein délictueux ait été l'un des objectifs recherchés ou si, comme le pense M. Paul Le Cannu, il est nécessaire qu'il ait été le dessein principal²⁶³. Elle dira également que si ce dessein doit ou non, avoir été partagé par l'ensemble des fondateurs.²⁶⁴

114 - Si l'infraction est un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, la dissolution est possible dès lors que l'entreprise a été « détournée de son objet » pour commettre l'infraction.

La banque qui blanchit l'argent du trafic de stupéfiants peut donc être dissoute sans qu'il soit nécessaire d'établir que le blanchiment était la raison d'être cachée de sa création. En réalité, la condition posée par le législateur paraît sans grande portée si l'on considère que, par définition, toutes les fois qu'une entreprise commet une infraction, elle est détournée de son objet social. Il n'est pas impossible toutefois que la jurisprudence retienne une interprétation plus restrictive en exigeant que soit rapportée la preuve que l'essentiel de l'activité de l'entreprise se soit orientée vers le crime, excluant par là même que la commission occasionnelle d'une infraction, même grave, puisse justifier la dissolution. La notion de détournement d'objet peut en effet suggérer une modification profonde et durable de l'objet réel de la personne morale au cours de son existence.

L'exigence que la personne doit avoir été créée ou détournée de son objet pour commettre des faits incriminés semble en tout cas exclure, « a priori », que la dissolution puisse être prononcée pour des infractions involontaires, bien que certaines soient théoriquement passibles de cette peine, comme, par exemple, la divulgation involontaire d'un secret de la défense nationale (art. 413-10, al. 3). Le dessein frauduleux qui est à l'origine de la création ou de détournement est, en effet, incompatible avec la notion d'infractions involontaires. Une entreprise ne peut avoir été créée pour commettre des imprudences...

²⁶¹ Paul Le Cannu, Dissolution, fermeture d'établissement et interdiction d'activités (Code pénal, art. 137-39 ; 1, 2° 4°), *Revue des sociétés* 1993, p. 340.

²⁶² F. Desportes, F. Le Guehec, *op cit.*, N° 870, p. 788.

²⁶³ Paul Le Cannu, *art. cité*, p. 342.

²⁶⁴ J. Pradel, « Le nouveau Code pénal » *ALD*, 1993, com. p. 204.

115 - Toutefois, en ce qui concerne les modalités d'exécution de certaines peines relatives au renvoi devant le tribunal compétent et le sort du boni de liquidation, l'article 131-45 du Code pénal français précise que la décision prononçant la dissolution de la personne morale comporte le renvoi de celle-ci devant le tribunal compétent pour procéder à la liquidation : tribunal de grande instance ou tribunal de commerce selon la nature civile ou commerciale de la personne morale.

A l'issue des opérations de liquidation, l'actif net doit normalement être partagé entre les membres de l'entreprise. Mais une telle conséquence est très choquante s'il est établi que le patrimoine social a été constitué grâce à des activités frauduleuses. Une forte amende et, dans les cas où elle est autorisée, la confiscation générale des biens de l'entreprise, peuvent permettre d'éviter un tel résultat en réduisant à néant le boni de liquidation. Si les membres de l'entreprise sont eux-mêmes impliqués dans l'affaire, ces peines pécuniaires peuvent également leur être infligées de manière que la liquidation ne leur procure aucun avantage financier.

116 - Parmi les peines spécifiques applicables aux entreprises, l'alinéa 3° de l'article 131-39 du Code pénal français prévoit « le placement pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ». Selon M. Philippe Delebecque²⁶⁵, la mesure est nouvelle et originale. Propre aux personnes morales, elle entretient certains liens de parenté avec des institutions plus connues, comme le contrôle judiciaire qui peut être décidé pendant la phase d'instruction. Au demeurant, l'entreprise elle-même peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, contrôle organisé aujourd'hui par l'article 706-45 du nouveau Code français de procédure pénale. La mesure nouvelle se rapproche également de sursis avec mise à l'épreuve que le juge peut accorder à une personne physique (art. 132-40). Elle n'est pas à rappeler, non plus, les mesures de placement que le juge (civil cette fois) peut prononcer en faveur des mineurs dont l'éducation est compromise à raison de comportement de leurs parents (C. civ., art. 375).

²⁶⁵ Philippe Delebecque, Les sanctions de l'article 131-39, 3°, 5°, 6° et 7°, Revue des sociétés 1993, p. 350.

Applicable dans de très nombreuses hypothèses²⁶⁶, quoique ne concernant pas les personnes morales de droit public, les partis ou les groupements politiques et les syndicats professionnels (art. 131-39 in fine), la mesure en question est nécessairement temporaire. Définitive, elle mettrait la personne morale dans un état d'incapacité permanent : mieux vaudrait prononcer sa dissolution. Temporaire, elle permet donc à l'entreprise de se racheter, comme le prévoit le texte complémentaire de l'article 131-46.

Cette dernière disposition est importante, car elle fixe les modalités de surveillance judiciaire. La surveillance se fait forcément sous le contrôle d'un tiers, qui est en l'occurrence un mandataire que le tribunal peut désigner lorsqu'il décide de la peine. L'article 131-46 ajoute que « la juridiction (saisie) précise la mission » de mandataire, mais observe en même temps que « la mission de surveillance et les pouvoirs d'investigation du mandataire sont déterminés par la loi qu'institue et réprime l'infraction ». Il convient ainsi de se demander qui de la loi ou du juge fixe les pouvoirs du mandataire. La contradiction est, toutefois, formelle, car aucun des textes qui réprime une infraction justiciable d'une telle peine n'a pris le soin de définir les pouvoirs du mandataire. Il n'est donc pas interdit de penser qu'il appartient bien à la juridiction saisie de délimiter les pouvoirs du mandataire. Celui-ci doit remplir sa mission en se tenant aux prescriptions qui lui ont été données. Il doit aussi, comme tout mandataire rendre compte et, plus précisément, rendre compte « tous les mois au moins » au juge de l'application des peines de l'accomplissement de sa mission. Ainsi informé, au besoin par les « investigations » du mandataire, ce juge, s'il estime que l'entreprise s'est repentie, peut saisir la juridiction auteur de la condamnation et celle-ci peut alors, soit prononcer une « nouvelle peine », c'est-à-dire semble-t-il une peine moins sévère, soit relever l'entreprise de la mesure de placement.

On connaissait l'administration judiciaire en cas de dissension entre associés. On connaissait également l'administration

²⁶⁶ Cf. infractions contre les personnes : 222-21 ; 222-42 ; 222-2 ; 225-4 ; 225-12 ; infractions contre les biens : 312-15 ; 313-9 ; 321-12 ; 323-6.

judiciaire en cas de procédure collective. On connaîtra désormais l'administration judiciaire pour cause d'infraction pénale. Celle-ci est originale, mais peut s'autoriser de ses aînés, ce qui ne sera pas inutile lorsqu'il s'agira de dénombrer les obligations de l'administrateur ou d'apprécier sa responsabilité²⁶⁷. La transposition des solutions se heurte cependant à une objection, car le terme de surveillance, dont se sert le Code pénal français, est précis et ne recouvre pas celui d'assistance ou encore de représentation. La surveillance apparaît comme la mesure d'administration la plus simple et la plus basse dans l'échelle des décisions susceptibles d'être précises.

Une autre difficulté peut se présenter qui est celle de combiner la surveillance judiciaire avec d'autres hypothèses d'administration judiciaire. Il est vrai que si l'entreprise fait déjà l'objet d'une procédure collective, il est peu probable qu'elle vienne à commettre une infraction, si bien que la question du cumul d'administrations ne se posera pas.

En revanche, elle n'est pas à exclure, dans l'hypothèse inverse où une société placée sous surveillance judiciaire est amenée, pour une raison ou une autre, à déposer son bilan (mauvaise conjoncture, mauvaise gestion...). Pourrait-on concilier les pouvoirs du premier administrateur avec ceux du second ? Si l'on ose dire : « un administrateur, ça va, deux administrateurs, bonjour les embarras » ! Aux tribunaux de rester pragmatiques pour dégager la solution la plus cohérente²⁶⁸.

On remarquera pour terminer avec cette mesure que les techniques de gestion des entreprises ne cessent de s'enrichir. Il est des sociétés contrôlées : les filiales par les sociétés mères. Il est des sociétés assistées, notamment en cas de redressement judiciaire. Il est enfin des sociétés surveillées, et surveillées, soit par contrat, soit dans le cadre d'une administration judiciaire. Dans la première situation, la société ne s'enrichit ou ne s'appauvrit pas. Dans la seconde, il est à craindre qu'elle ne perde tout crédit. Placée sous surveillance judiciaire, l'entreprise aura grand mal pour

obtenir un quelconque financement. Suspectée, elle aura les pires difficultés pour se remettre sur le droit chemin. Elle pourra seulement se consoler en constatant que sa voisine exclue des marchés publics, est dans une condition bien pire encore.

117 - Contrairement aux mesures précédentes, l'interdiction de faire appel public à l'épargne prévue par l'alinéa 6° de l'article 131-39 du Code pénal français a un champ d'application très limitée. Certes, elle est applicable dans de nombreuses hypothèses²⁶⁹ et peut être prononcée à titre définitif, mais elle ne concerne qu'un nombre restreint de personnes morales : celles qui font ou sont appelées à faire appel public à l'épargne. Il s'agit des sociétés par actions (cf. loi 24 juillet 1966, art. 72 pour les sociétés anonymes) et les sociétés civiles de placement immobilier (loi N° 93-6 du 4 janv. 1993, art. 1^{er})²⁷⁰. Avec cette nouvelle mesure, le statut des personnes faisant appel public à l'épargne se renforce²⁷¹. Ces personnes soumises déjà à des règles particulières pour leur constitution, et justiciables d'infractions spécifiques (L. 1966, art. 467), connaîtront désormais des peines originales (V. égal L. 1966, art. 432).

La disposition de l'article 131-39- 6° est intéressante et de nature, elle aussi, à moraliser certaines pratiques. Reste à la mettre en œuvre. Si la société envisage de faire appel public à l'épargne, elle ne pourra le faire et lui sera, notamment, impossible de procéder à une augmentation de capital de cette manière. Le public sera ainsi bien protégé et n'aura pas à redouter des malversations de l'entreprise délinquante. La protection est d'autant mieux assurée que l'article 131-47 précise : « L'interdiction de faire appel public à l'épargne emporte prohibition, pour le placement de titres, quels qu'ils soient, d'avoir recours tant à des établissements de crédits, établissements financiers ou sociétés de

²⁶⁷ F. Desportes et F. Le Guehec, op cit, N° 877, p. 791.

²⁶⁸ Philippe Delebecque, art. cité, N° 9, p. 352..

²⁶⁹ Cf. infractions contre les personnes : 222-42 ; 225-12 ; 225-16 ; 226-24 ; infractions contre les biens : 312-15 ; 319-9 ; 314-12 ; 321-12 ; 323-6.

²⁷⁰ Sur la notion d'appel public à l'épargne, Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, N° 219 et 282.

²⁷¹ V. Garnier, « La notion d'appel public à l'épargne », Rev. sociétés, 1992, 687.

bourse, qu'à des procédés quelconques de publicité ». Autrement dit, les actes concrets par lesquels on peut s'adresser au public sont eux-mêmes rendus illicites. Tout est en quelque sorte « verrouillé ». On aura noté l'utilisation du verbe « recourir à » qui est à même de couvrir toutes les combinaisons imaginées par la pratique.

Si la société fait déjà appel à l'épargne, il ne semble pas que l'interdiction qui est prononcée contre elle la conduise à renoncer à son statut. Les actes passés ne sauraient être remis en cause. Seuls les actes futurs pourraient servir de support à un appel public à l'épargne sont frappés à l'interdiction ; illicites, ils seraient nuls, la nullité étant d'ordre absolu. La sanction est des plus gênantes pour l'entreprise, mais elle ne devrait pas l'empêcher de fonctionner. La société n'est pas dissoute ; elle voit simplement sa capacité restreinte pour le profit bien compris du public.

118 - En définitive, il convient de constater dans cette deuxième partie relative aux sanctions applicables aux personnes susceptibles d'encourir la responsabilité pénale dans l'entreprise que pour assurer une répression efficace, il ne suffit pas de frapper fort. Encore faut-il frapper juste.

Il est certain que l'une des ambitions du législateur a été de mieux situer les responsabilités en les répartissant plus équitablement entre l'entreprise et l'individu qui a agi pour son compte. Aussi bien, le législateur a-t-il eu raison de préciser que « la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits ». Cette répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques permet également d'éviter l'injustice des poursuites dirigées contre les personnes physiques uniquement en raison de l'impossibilité d'atteindre l'entreprise. A cet égard, l'affirmation de la responsabilité paraît effectivement aller dans le sens de l'équité.

119 - Pour que la répression soit efficace, il ne suffit pas qu'elle puisse s'exercer chaque fois qu'une infraction est constatée. Encore faut-il qu'elle se traduise par l'application des peines les plus propres à dissuader les éventuels délinquants.

Or, précisément, l'une des caractéristiques du dispositif mis en place par le nouveau Code pénal français, c'est le soin qui a été apporté à l'aménagement du régime des peines encourues par l'entreprise.

Le législateur ne s'est pas contenté en effet d'édicter des peines spécifiques. Il en a, en outre, précisé les modalités d'application en consacrant les dispositions spécifiques à la récidive (articles 132-12 à 132-15), au sursis (art. 132-33 et 34), à la réhabilitation et au casier judiciaire.

Autrement dit, comme l'a fort bien souligné M. Bernard Bouloc, les auteurs du nouveau Code pénal français se sont efforcés de mettre en œuvre une véritable personnalisation, en cherchant à atteindre concrètement les intérêts de la personne morale délinquante²⁷².

Parmi ces peines, celles qui touchent au patrimoine de l'entreprise - confiscation, amendes - ne sont pas différentes, dans leur nature, de celles qui frappent les personnes physiques. Du moins, pour les amendes, seront-elles plus fortes, ce qui s'explique évidemment par le fait que les entreprises disposent souvent des moyens qui sont sans commune mesure avec ceux de la plupart des personnes physiques.

Mais ce qui est surtout manifeste, c'est que la plupart des peines prévues tendent à restreindre la liberté d'action de l'entreprise.

CONCLUSION

120 - Au terme de cette étude sur la responsabilité pénale dans l'entreprise, il convient de constater que la responsabilité pénale des entreprises ne fait plus figure en droit positif d'exception, mais de principe²⁷³. La responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.

²⁷² Bernard Bouloc, Généralités sur les sanctions applicables aux personnes morales, Revue des sociétés 1993, p. 327.

²⁷³ P. Couvrat, La responsabilité des personnes morales : un principe nouveau, LPA 6 oct. 1983, p. 13.

121 - Nombreux sont désormais les Etats qui consacrent le principe de la responsabilité pénale des entreprises pour des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants²⁷⁴. Cette consécration est en harmonie avec "l'enseignement" du droit communautaire européen selon lequel les personnes morales peuvent être tenues pour responsable des infractions commises « pour leur compte par toute personne physique agissant, soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes :

- 1) un pouvoir de représentation de la personne morale ;
- 2) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ;
- 3) une autorité pour exercer un contrôle interne²⁷⁵.

122 – Cependant, il convient de remarquer le fait que l'infraction commise par un organe ou un représentant suscite davantage d'interrogations.

La jurisprudence est ici particulièrement évolutive ; après bien d'incertitudes, les juges français semblent s'être affranchis finalement de la lettre de l'article 121-2 du Code pénal pour faciliter autant que possible la poursuite de l'entreprise²⁷⁶. Mais la Cour de cassation française censure les décisions dans lesquelles les juges du fond se sont abstenus de rechercher si les manquements imputés à la personne morale avaient été commis par un organe ou un représentant²⁷⁷.

²⁷⁴ J. Pradel, *Droit pénal comparé* ; Dalloz, 2^e éd. 2002, N° 242, p. 357.

²⁷⁵ Décision-cadre 2003/568/278/JAI du Conseil 22 juil. 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, art. 5-1 ; Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil, 28 nov. 2008, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, art.5-1.

²⁷⁶ Bertrand Lamy, Marc Segonds, *op. cit.*, N° 39, p. 25.

²⁷⁷ Cass. crim., 2 nov. 2005, N° 05-80.085 : *juris-Data* N° 2005-031101.

123 - L'admission de ce système de responsabilité doit-elle conduire à considérer qu'une cause de non responsabilité applicable à une personne physique, organe ou représentant, doit spécialement bénéficier à l'entreprise ? La réponse semble être affirmative lorsqu'il s'agit d'un fait justificatif faisant disparaître la coloration pénale de l'agissement, quelle que soit la personne à laquelle on voudrait l'imputer ; quant aux causes de non imputabilité profitant à une personne physique, il n'est pas certain qu'elles fassent obstacle à la condamnation de la personne morale²⁷⁸.

Cependant, il convient de bien interpréter l'article 121-2 du Code pénal français en ce qu'il indique que l'infraction doit avoir été commise par un organe ou un représentant, sans exiger que celui-ci soit condamné. Dès lors, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française commence par assouplir sa position ; une entreprise peut être condamnée alors même qu'une personne physique, représentante ou membre d'un organe, n'est pas identifiée à condition que les circonstances de l'infraction démontrent que les faits ont été accomplis par telle personne²⁷⁹.

124 - Parfois, il a été mis en exergue, que la responsabilité pénale d'un dirigeant pourra également être retenue en même temps que celle de l'entreprise, s'il est prouvé que ce dirigeant est personnellement intervenu dans la décision ou dans la réalisation de l'infraction. Conformément à la volonté du législateur, il convient de considérer que la responsabilité pénale du dirigeant personne physique doit obéir de manière stricte au principe de la personnalité²⁸⁰.

125 - Cette interprétation est désormais reprise par la chancellerie française, celle-ci estimant notamment : « en cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter,

²⁷⁸ J.- H. Robert, *Droit pénal général* : PUF, coll. *Thémis*, 6^e éd. 2005, p. 383.

²⁷⁹ Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, D. 2000, *jurisp.* p. 34, M.-A. Houtmann.

²⁸⁰ G. Roujou de Boubée, B. Bouloc, J. Francillon et J. Mayaud, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 23.

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 personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son

encontre pour justifier notamment une condamnation pénale »²⁸¹. L'entreprise, être incorporel, ne saurait à l'évidence être soumise à des peines privatives de liberté. En revanche,

les peines pécuniaires, restrictives de liberté ou réelles sont parfaitement concevables (articles 131-37 à 131-44).

²⁸¹ ~~Circ. Min. 19 fév. 2006, NOR : JUSDO 630016C ; Rapp. Cass. crim., 6 oct. 2009, N° 08-87.757 ; Juris-Data N° 2009-050171 ; Dr. pén. 2009, comm. 153, obs. J.-H. Robert.~~

ANNEXE

Tableau I : Type de décisions

Type de décisions	Condamnations	Relaxes	Total
Décisions rendues sur appels des jugements correctionnels	1202	68	1270
Décisions rendues sur appels des jugements de police	210	19	229

Source : Christine Lazerges, *La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail*, RSC 1992, p. 495.

Tableau II : Types d'infractions

Types d'infractions	Nombre	%
I. Infractions liées à la réglementation du travail sans précision	22	36,0
II. Infractions liées à la réglementation du travail : hygiène et sécurité avec ou sans homicide ou blessures involontaires	12	20,0
III. Infractions liées au travail clandestin	6	9,8
IV. Délits d'entrave	5	8,0
V. Infractions à la réglementation du travail : repos hebdomadaire	16	26,2

Source : Christine Lazerges, *La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail*, RSC 1992, p. 495.

Tableau III : Sanctions

Sanctions	Types d'infractions						
	I	II	III	IV	V	Total	%
Amende	15	5	3	2	11	36	60,0
Amende avec : - Affichage - Publication de jugement	7	6			1	14	23,3
Prison avec sursis ou sans amende			1	2		3	5,0
Prison ferme							
Relaxe		1	1	1	4	7	11,7
Total	22	12	5	5	16	60	
%	36,0	20,0	9,8	8,0	26,2		100