



Droit des affaires

Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS

Par Christine LEBEL

Créances non déclarées et droits de la caution

Par Jean-Luc VALLENS

Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 et ses décrets d'application

Par Isabelle RIASSETTO

Ventes liées, ventes avec prime, loteries commerciales : le protectionnisme français à l'épreuve du libéralisme communautaire

Par Thierry TITONE et Matthieu DARY

Forfait-jours : sanction du non-respect par l'employeur des stipulations de la convention collective

Par Florence CINI

ÉTUDES

Le juge du lieu de livraison

Par Christoph Martin RADTKE

La force du secret professionnel face aux perquisitions chez l'avocat

Par Vincent NIORÉ

DOSSIER SPÉCIAL

Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles

Par Emilie DAILLY, Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Julien CHEVAL, Emmanuel DAUD, Marie DESPLANQUES, Catherine GAMBETTE, César GIRENASSIA, Julie FERRARI et l'équipe d'APCO Worldwide Paris ; Nicolas BOUVIER, Elvire KORMANN-ESMEL et Anne KUENTZ-LAFOURCADE

Collection
LAMY
DROIT DES
AFFAIRES

LE RISQUE PÉNAL DE L'ENTREPRISE : APPROCHE PRATIQUE DES ÉVOLUTIONS ACTUELLES

INTRODUCTION

*Emmanuel DAUD, Avocat à la Cour,
VIGO Cabinet d'avocats*

LE CHARME DISCRET DE LA GARDE À VUE : ERREMENTS ET AMBIGÜITÉS DE LA LOI DU 14 AVRIL 2011

*César GHRÉNASSIA, Avocat à la Cour,
VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire
de la Conférence*

INFORMATIONS ET OUTILS PRATIQUES RELATIFS AUX DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

*Julie FERRARI, Avocat associé,
VIGO Cabinet d'avocats*

LA DÉGÉNÉRESCENCE DE L'ARTICLE 121-2 DU CODE PÉNAL

*Emmanuel MERCIER, Avocat associé,
VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire
de la Conférence*

LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS : PRINCIPES ET ACTUALITÉS

*Marlo DESPLANQUES, Avocat à la Cour,
VIGO Cabinet d'avocats*

HARCÈLEMENT MORAL ET JUGE PÉNAL : UN JUGE DE PLUS EN PLUS COURTISÉ

*Catherine GAMDETTE, Avocat,
VIGO Cabinet d'avocats*

LES RISQUES LIÉS À LA CORRUPTION

*Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION,
Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats*

L'ENTREPRISE FACE AUX RISQUES INFORMATIQUES : LES RÉPONSES DU DROIT PÉNAL

*Émilie BAILLY, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet
d'avocats*

RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ : UN REGRETTABLE STATU QUO

*Julien CHEVAL, Avocat Associé, VIGO Cabinet
d'avocats*

RESPONSABILITÉ PÉNALE EN ENTREPRISE ET DOMMAGE DE RÉPUTATION

*Par l'équipe d'APCO Worldwide Paris, Cabinet
de conseil en affaires publiques et communication
stratégique : Nicolas BOUVIER, Directeur général,
Anne-Elvire KORMANN-ESMEL, Directrice Conseil,
Anne KUENTZ-LAFOURCADE, Consultante*

Par Emmanuel
MERCINIER
Avocat associé
VICO Cabinet d'avocats
Ancien secrétaire de la
Conférence

La dégénérescence de l'article 121-2 du Code pénal

Alors que dans un premier temps jurisprudentiel, la condition relative à la qualité de « représentant » de l'auteur de la faute a été appliquée avec rigueur et clarté, désormais la jurisprudence (incohérente au surplus) est contraire au texte de l'article 121-2 du Code pénal au point que celui-ci est vidé de son essence même, puisque la responsabilité de la personne morale peut en pratique être fondée sur la faute d'une personne qui n'est pas représentant, sans même que la question ne soit posée par les juges.

Sous l'Ancien Régime, la responsabilité des personnes morales était admise dans quelques rares hypothèses, notamment à l'encontre des villes n'ayant pas su empêcher les rébellions. La Révolution a ensuite posé le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales, puis des textes marginaux établirent quelques tempéraments à ce principe ; par exemple l'ordonnance du 5 mai 1945 réprimant les entreprises de presse coupables de

collaboration avec l'ennemi. Aussi, l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales fut le point marquant de la réforme du Code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994.

Jusqu'alors, l'impossibilité de poursuivre les personnes morales conduisait les tribunaux à se tourner exclusivement vers les dirigeants. Dans le domaine du droit du travail particulièrement, la nécessité de respecter strictement la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité au sein des entreprises contribuait à alourdir encore la responsabilité pénale des dirigeants en faisant peser sur eux une quasi-présomption de responsabilité, puis seulement de faute.

Aussi l'objectif du législateur du 22 juillet 1992 a-t-il été, entre autres, de mettre un terme à cette responsabilisation croissante des dirigeants, quasiment systématique et donc parfois injuste. D'autres motifs furent avancés par le Gouvernement, lorsqu'il présenta en 1986 son

projet de code au Parlement : l'exemple de certains droits étrangers (Belgique, Pays-Bas, Royaume-Uni, USA), la gravité des dommages causés par les personnes morales, leurs facultés contributives particulièrement importantes en cas de condamnation pécuniaire, et le fait que leurs décisions sont prises par les organes sociaux eux-mêmes. Pour autant, l'objectif du législateur, contrairement à ce que semblait souhaiter le Sénat, n'a pas été de substituer la responsabilité des personnes morales à celle de leurs dirigeants, mais seulement de soulager cette dernière.

Après l'entrée en vigueur de cette réforme, dans un premier temps la jurisprudence en a fait une application relativement claire et rigoureuse, permettant aux praticiens (donc aux justiciables) d'en appréhender les arcanes à mesure que ceux-ci étaient révélés (I).

Mais dans un second temps, la jurisprudence a inversé le mouvement et, l'opportunité semblant primer le droit, a rendu des décisions, non seulement contraires aux précédentes, mais même contraires à la loi et incohérentes entre elles (II).

I. -- LE PREMIER TEMPS JURISPRUDENTIEL : UNE APPLICATION RELATIVEMENT CLAIRE ET RIGOUREUSE DES CONDITIONS LÉGALES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES

Le régime légal de la responsabilité pénale des personnes morales est défini aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, qui dispose que ces dernières sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Dans un premier temps, c'est de façon relativement sereine que les praticiens ont pu appréhender ces deux conditions cumulatives selon lesquelles l'infraction doit avoir été commise, d'une part pour le compte de la personne morale (A), d'autre part par un organe ou un représentant de celle-ci (B). De la même façon, les mécanismes d'articulation entre

la responsabilité pénale du dirigeant et celle de la personne morale ne posaient pas de difficultés (C).

A. -- Infraction commise pour le compte de la personne morale

Cette condition exclut l'activité délictueuse conduite par un organe ou un représentant pour son propre compte, fût-ce dans l'exercice de ses fonctions et *a fortiori* en dehors de celui-ci. Autrement dit, l'infraction commise dans l'intérêt personnel de l'organe ou du représentant est insusceptible d'engager la responsabilité pénale de la personne morale.

À l'évidence en revanche, sont en premier lieu visées les infractions commises au profit de la personne morale : contrefaçons, marchandage, publicité mensongère, travail dissimulé, etc.

Cependant, il faut se garder de comprendre l'expression « pour le compte » comme impliquant nécessairement la réalisation d'un profit. En effet, alors même qu'elle n'en retirerait aucun profit direct, la personne morale est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée du chef, par exemple, de discrimina-

tion à l'embauche, de provocation à la haine raciale, de port d'insignes prohibés, voire de meurtre. Et l'exclusion du profit comme condition de la responsabilité pénale de la personne morale se comprend aussi bien lorsqu'on envisage les délits non intentionnels : infractions d'imprudence ou de négligence telles que l'homicide ou les blessures involontaires par exemple. À l'évidence en effet, nul ne saurait commettre involontairement une infraction dans le dessein de réaliser un profit. Si la faute d'imprudence peut être induite par la recherche d'un profit, en revanche le résultat de cette faute (le dommage) ne constitue par définition pas un profit. Les infractions d'omission sont pourtant le siège privilégié de la responsabilité pénale des personnes morales. Dès lors, l'expression « pour le compte » ne saurait être comprise comme impliquant un profit.

Cette expression ne doit pas davantage être confondue avec l'intérêt social. En

effet, la commission d'une infraction pour le compte d'une personne morale est nécessairement contraire à l'intérêt de celle-ci dès lors qu'elle l'expose à un risque pénal.

En conclusion, il est possible de retenir que la faute sera vue comme ayant été commise pour le compte de la personne morale lorsque l'acte fautif avait pour objet d'assurer le fonctionnement de cette dernière.

En pratique, dans un premier temps la notion d'infraction commise pour le compte de la personne morale ne semblait pas poser de difficulté majeure, car bien souvent la distinction tombe sous le sens : le dirigeant qui gifle un employé ou qui harcèle sexuellement celui-ci n'agit à l'évidence par pour le compte de l'entreprise, tandis qu'à l'inverse, le dirigeant qui recourt au travail dissimulé ou à la publicité trompeuse agit par définition pour le compte de cette dernière.

Du reste, sur le principe la chambre criminelle de la Cour de cassation reste vigilante : encourt la cassation l'arrêt qui retient la culpabilité de la personne morale sans qu'il n'ait été vérifié que l'infraction a été commise « pour le compte » de celle-ci (Cass. crim., 1^{er} avr. 2008, n° 07-84.839).

B.- Infraction commise par un organe ou un représentant

La notion d'organe, bien que non définie par le Code pénal, ne cause pas de difficultés. Un organe peut en effet être défini comme toute personne détenant le pouvoir de direction ou d'organisation de la personne morale ; ce pouvoir pouvant être collectif ou individuel, et conféré par la loi, le juge ou les statuts. Ainsi les organes sont-ils notamment, pour les sociétés : le gérant, le président du conseil d'administration ou du directeur, le conseil d'administration ou le directoire, les directeurs généraux, les assemblées générales ordinaires ou extraordinaires ; pour les collectivités territoriales : le maire, le conseil municipal, le président du conseil général/régional, le conseil général/régional, le bureau et le comité d'un syndicat de commune ; pour les GIE : l'assemblée des membres et les administrateurs chargés de la gestion ; pour les associations et les syndicats : le président, le bureau, le congrès et l'assemblée générale.

Une controverse doctrinale portait sur le point de savoir si les dirigeants de fait doivent être également considérés comme des organes au sens de l'article 121-2 du Code pénal, malgré le principe général d'interprétation stricte de la loi pénale. La chambre criminelle paraît avoir clos

le débat (Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-86.429) : le gérant de fait est considéré comme un représentant (et non organe, certes, mais le résultat est identique) de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal. Au demeurant, en pratique, l'enjeu de la question est limité car le dirigeant de droit pourra toujours être vu comme complice de l'infraction commise par le dirigeant de fait et, par là même, susceptible d'engager la responsabilité pénale de la personne morale.

La notion de représentant, plus confuse, se confond en partie avec celle d'organe, dans la mesure où la plupart des organes d'une personne morale sont en même temps représentants légaux de celle-ci. On se gardera toutefois de réduire la notion de représentant à celle de représentant légal, dès lors que les dispositions de l'article 121-2 du Code pénal prennent soin de distinguer les représentants et les organes. Aussi cette notion couvre-t-elle également l'administrateur provisoire, le liquidateur ou mandataire spécial chargé de représenter la personne morale, et la personne titulaire d'une délégation de

La faute sera vue comme ayant été commise pour le compte de la personne morale lorsque l'acte fautif avait pour objet d'assurer le fonctionnement de cette dernière.

pouvoirs. *A priori*, la définition paraissait claire : est représentant celui qui a le pouvoir, général ou spécial, de représenter la société auprès des tiers. Partant, si une faute est commise dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, la responsabilité pénale de la personne morale est susceptible d'être engagée.

Dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour de cassation a été claire : à défaut de voir identifiée la personne ayant commis l'infraction et de voir qualifiée celle-ci de représentant, la responsabilité pénale de la personne morale ne pouvait être engagée. En ce temps là, conformément à la lettre de l'article 121-2, l'infraction commise par une personne non identifiée n'engageait pas la responsabilité pénale de la personne morale : « Il faut donc saluer la chambre criminelle de la Cour de cassation d'avoir par le passé honoré cette obligation en désavouant les juges du fond qui, en matière de faux, d'homicide involontaire, de recel d'es-croquerie ou de vente au déballage ou aux enchères, avaient, sans connaître

l'identité de l'auteur, de but en blanc imputé lesdites infractions à la société dont ils cherchaient à engager la responsabilité pénale » (Saenko L., De l'imputation par amputation ou le mode allégé de la responsabilité pénale des personnes morales, Dr. pén. 2009, étude 14, visant respectivement les décisions suivantes : Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484, Bull. crim., n° 420 ; Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.316, Bull. crim., n° 28 ; Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-82.521 ; Cass. crim., 29 avr. 2003, n° 02-85.353, Bull. crim., n° 91 ; Cass. crim., 16 janv. 2007, n° 06-82.381, auxquels ont peut ajouter Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846). Et l'infraction commise par une personne identifiée n'ayant pas la qualité de représentant n'engageait pas davantage la responsabilité pénale de la personne morale (Cass. crim., 18 janv. 2000, préc.). À cet égard, les choses semblaient claires.

Par ailleurs, la jurisprudence a précisément répondu à la question qui portait sur le point de savoir si la personne titulaire d'une délégation de pouvoir doit être vue comme un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 et, partant, susceptible d'engager la responsabilité pénale de celle-ci. En effet, après l'avoir implicitement admis (Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, n° 97-80.560, Bull. crim., n° 325), la Cour de cassation a expressément assimilé le délégataire au représentant (Cass. crim., 30 mai 2000, n° 99-84.212, Bull. crim., n° 206). Les personnes au profit desquelles une délégation de pouvoir a été consentie par un organe sont considérées comme des représentants (Cass. crim., 7 févr. 2005, n° 05-80.083 ; Cass. crim., 23 nov. 2010, n° 09-85-115).

Une réponse positive a également été apportée s'agissant d'un subdélégataire (Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, Bull. crim., n° 161). Dans les faits de l'espèce, la chaîne des délégués était très longue : le directeur général de la société mère avait consenti une délégation au profit d'un directeur général régional de ladite société, lequel avait donné « une procuration » à un « représentant » d'une filiale... lequel avait lui-même consenti une délégation de pouvoir au profit du directeur salarié du magasin envisagé. Condamnée par les juges du fond, la société mère a formé un pourvoi, reprochant à ces derniers de ne pas avoir recherché « si un organe ou représentant de cette société avait personnellement connaissance du caractère délictueux des faits poursuivis ». Ainsi la demanderesse au pourvoi contestait-elle au subdélégué la qualité de représentant au sens de l'article 121-2. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi par un arrêt dont les termes ne souffrent aucune exégèse : « Qu'en effet, ont la qualité de représentants, au sens de ce texte, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires,

ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs d'une personne ainsi déléguée ; » Ainsi, le titulaire d'une subdélégation est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal, susceptible par là même d'engager la responsabilité pénale de celle-ci.

A contrario, la personne morale doit être relaxée si le salarié fautive n'est pas délégataire (Cass. crim., 29 janv. 2003, n° 07-50.261) ; s'agissant d'un office de tourisme poursuivi du chef de discrimination raciale en raison de la rédaction par un salarié de documents comportant une liste d'établissements dans lesquels étaient proscrits les clients dont le nom avait une consonance maghrébine).

Mais la chambre criminelle a pu avoir une acception pour le moins extensive de la notion de délégataire. Par un arrêt du 9 novembre 1999 (Cass. crim., 9 nov. 1999, n° 98-81.746, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 418) la responsabilité pénale d'une personne morale a été retenue au regard d'une faute commise par une personne physique que les juges ont considérée comme délégataire, et partant représentant, alors qu'aucune délégation de pouvoir ne lui avait été formellement consentie. La Cour a jugé que le directeur des pistes et le chef de secteur, salariés d'une société exploitant une station de sports d'hiver, avaient pris la décision fautive d'ouverture d'une piste sans avoir, au préalable, déclenché des avalanches prévisibles en l'état des données météorologiques : « (...) en prenant d'un commun accord la décision fautive d'ouverture de la piste, C. et R. ont, à l'égard du public, exercé le pouvoir

de décision de la SATA, dans le cadre du contrat de remontées mécaniques et de son obligation accessoire de sécurité, et avaient donc la qualité de représentants de la société, au sens de l'article 121-2 du Code pénal ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il se déduit que ces prévenus, pourvus de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, avaient reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale, la cour d'appel, qui a répondu sans insuffisance aux conclusions dont elle était saisie, a justifié sa décision ; ». En définitive, la jurisprudence paraissait claire : conformément à la lettre du texte, retenir la culpabilité de la personne morale impliquait d'identifier l'auteur de l'infraction, de qualifier celui-ci de représentant, notamment en le qualifiant de délégataire, ce qui était possible même en l'absence de délégation formelle si les conditions d'une délégation de pouvoir étaient caractérisées.

C. - L'autonomie réciproque et non exclusive de la responsabilité pénale de la personne morale et de celle du dirigeant

En premier lieu, il a été acquis que « la faute pénale de l'organe ou du représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale » (Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, Bull. crim., n° 161). Incontestablement, il n'est pas nécessaire de caractériser à l'encontre de la personne morale une faute distincte de celle commise par le dirigeant, quand bien même celui-ci serait également responsable. Bien plus : il est exclu de retenir la responsabilité pénale d'une personne morale en relevant directement à l'encontre de celle-ci les éléments constitutifs de l'infraction. Par un arrêt du 2 décembre 1997, la Cour de cassation avait déjà censuré un arrêt de la Cour d'appel de Limoges aux termes duquel celle-ci avait affirmé que « La société ne pouvait ignorer, lorsqu'elle les a produites en justice, que les attestations comportaient certaines affirmations inexactes » (Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85-484, Bull. crim., n° 420). Ces énonciations illustrent les dangers d'une vision anthropomorphiste de la personne morale, laquelle consiste à lui prêter les caractères d'une personne physique. Conformément aux dispositions de l'article 121-2 du Code pénal, ce n'est pas la volonté de la personne morale qu'il faut caractériser, mais bien celle de son organe ou représentant, en l'espèce le directeur général l'ayant représentée au cours de l'instance prud'homale.

En deuxième lieu, il est constant que le cumul de la responsabilité pénale du dirigeant et de la personne morale est facultatif : la responsabilité pénale du dirigeant n'est pas une condition nécessaire à la mise en œuvre de celle de la personne morale. Cette règle est parfaitement conciliable avec la précédente dès lors que l'on se garde de confondre la faute du dirigeant avec la responsabilité pénale de celui-ci. En effet, la faute de l'organe ou du représentant est nécessaire et suffisante pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, mais cela ne signifie nullement que la responsabilité pénale de l'organe ou du représentant envisagé soit nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale. La circulaire générale du 14 mai 1993 le rappelait expressément : « dans certaines hypothèses, et tout particulièrement s'il s'agit d'infractions d'omission, de négligences ou matérielles, qui sont

constituées en l'absence soit d'intention délictueuse soit d'un acte matériel de commission, la responsabilité pénale d'une personne morale pourra être engagée alors même que n'aura pas été établie la responsabilité pénale d'une personne physique ». Naturellement, la Cour de cassation a fait application de ce principe (Cass. crim., 24 oct. 2000, n° 00-80.378, Bull. crim., n° 308). Dans cette espèce, un salarié avait été grièvement blessé dans un accident survenu au sein de l'entreprise, les deux représentants poursuivis du chef de blessures involontaires avait été relaxés par les juges du fond, lesquels en avaient déduit l'absence de responsabilité pénale de la personne morale. La Cour de cassation a censuré cette décision, rappelant que la personne morale peut être pénalement responsable au regard d'une faute commise par un organe ou un représentant alors même que cette faute n'est pas susceptible d'engager la responsabilité personnelle de celui-ci (en application du 4^e alinéa de l'article 121-3 du Code pénal qui, en cas de causalité indirecte, exige une faute aggravée à l'encontre des personnes physiques). Cette solution a été plusieurs fois réaffirmée (par exemple, Cass. crim., 8 sept. 2004, n° 03-85.826 ; Cass. crim., 14 sept. 2004, n° 03-86.159). Ainsi fut consacrée l'autonomie de la responsabilité pénale de la personne morale : celle-ci n'est pas subordonnée à la responsabilité pénale de ses organes ou représentants.

La responsabilité pénale de l'organe ou du représentant ne devant pas être confondue avec la faute de ces derniers, reste que les juges avaient l'obligation de caractériser la faute commise par ceux-ci, autrement dit de rechercher quelle est « la main », organe ou représentant, qui a accompli l'acte pour le compte de la personne morale (Cass. crim., 29 avr. 2003, n° 02-85.353, Bull. crim., n° 91).

En troisième lieu, la jurisprudence a confirmé que le cumul de la responsabilité pénale du dirigeant et de la personne morale est toujours possible, ainsi que le prévoit expressément le troisième alinéa de l'article 121-2, et ce, que les faits délictueux revêtent la même qualification ou deux qualifications différentes (Cass. crim., 3 déc. 1997 et Cass. crim., 26 juin 2001, préc. ; Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-82.352, Bull. crim., n° 65 ; Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 07-82.901 ; Cass. crim., 29 mars 2011, n° 11-50.007).

II. - LE SECOND TEMPS JURISPRUDENTIEL : UNE APPLICATION CONTRA LEGEM, AMBIGUË, VOIRE INCOHÉRENTE

Sur le point de savoir si une infraction a été commise pour le compte de la personne morale, certaines décisions de

Juges du fond apparaissent surprenantes mais, à notre connaissance, les questions soulevées n'ont pas encore été soumises à la Cour de cassation ; elles n'en révèlent pas moins des lacunes existantes au sein du droit positif (A).

S'agissant de la notion de représentant en revanche, de récentes décisions de la Cour de cassation constituent incontestablement un revirement au regard des arrêts précités ; au demeurant, elles aboutissent à une situation d'insécurité juridique en ce qu'elles forment un ensemble ambigu voire incohérent (B).

A.- L'étonnante distribution par les juges du fond du statut de victime, coupable ou civilement responsable à la personne morale

Il est constant que certaines infractions sont, par nature, susceptibles d'être commises au préjudice de la personne morale dans le cadre de l'activité de laquelle elles ont été réalisées ; autrement dit, des infractions pour lesquelles cette dernière est recevable à se constituer partie civile. Ainsi en est-il du délit de présentation ou publication de comptes infidèles d'une société, qui cause par nature un préjudice direct à ladite société (Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 99-80.324), comme des délits de diffusion d'informations trompeuses (TGI Paris, 11^e ch., 12 sept. 2006, affaire *Sidel*, confirmé par CA Paris 9^e ch., 31 oct. 2008, n° 06/09036) ou de manipulation de cours (TGI Paris, 11^e ch., 21 janv. 2011, n° 020696031, affaire *Vivendi*). Du reste, il est constant que lorsque la commission d'une infraction intentionnelle expose la personne morale à un risque de sanctions pénales, celle-ci constitue également un abus de biens sociaux dans la mesure où ce risque incarne la violation de l'intérêt social (Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698, Bull. crim., n° 352, affaire *Carignon*).

Pour autant, certaines parties civiles considèrent que ces délits sont commis pour le compte de la personne morale ; par exemple le délit de diffusion de fausses informations ou de manipulation de cours, notamment lorsque parallèlement le dirigeant fautive n'intervient pas sur le marché à titre personnel. C'est au demeurant la position constante de la Commission des opérations de bourse (COB) devenue l'Autorité des marchés financiers (AMF), qui poursuit sans ambiguës la personne morale (ainsi que le dirigeant certes) pour des manquements de cette nature.

L'on se trouve donc face à deux inclinations jurisprudentielles fondées en soi mais antagonistes cependant : pour une même infraction, la personne morale peut être vue comme coupable dans la mesure où le délit a été commis pour son

compte, mais également victime au vu de la nature de ce délit. Et les motifs pour lesquels la personne morale sera jugée victime dans un cas et coupable dans un autre paraissent échapper à une systématisation. Du reste, dans certaines affaires, pour les mêmes faits la juridiction pénale a considéré l'entreprise comme une victime tandis que l'autorité administrative l'avait jugée coupable. Cette ambiguïté se retrouve au sein de l'affaire *Sidel*, où pour des faits de diffusion de fausses informations, la personne morale a été jugée recevable en sa constitution de partie civile (étant observé par le tribunal qu'elle était alors « contrôlée par un groupe différent de celui qui contrôlait à la date des faits ») en dépit de ce que les juges ont souligné que « la société *Sidel*, personne morale, a pu bénéficier du produit des infractions ainsi commises ». Au surplus dans cette affaire, le tribunal a fait application des dispositions de l'article 1384 du Code civil aux termes desquelles le commettant est responsable

Apparaît une ambiguïté troublante au regard du statut de la personne morale dans le cadre de certaines infractions, notamment s'agissant des abus de marché : victime, coupable ou victime mais responsable ?

des dommages causés par son préposé et a en définitive déclaré la personne morale responsable solidairement du paiement des dommages-intérêts mis à la charge des dirigeants, en ce compris la dette à laquelle ceux-ci étaient tenus envers cette dernière. Autrement dit, le tribunal a déclaré la personne morale responsable notamment du paiement de sa propre créance !

En définitive, apparaît une ambiguïté troublante au regard du statut de la personne morale dans le cadre de certaines infractions, notamment s'agissant des abus de marché : victime ? coupable ? victime mais responsable ? Ambiguïté induite par le caractère imparfait du critère selon lequel l'infraction est commise « pour le compte » de la personne morale. Ambiguïté nourrissant au demeurant une insécurité juridique d'autant plus inquiétante que, par nature, les abus de marché impliquent des enjeux considé-

rables et occupent une place chaque jour croissante dans le débat non seulement juridique mais économique et politique, tant au niveau national qu'au niveau européen et mondial.

B.- Une notion de représentant désormais ambiguë, incohérente voire insignifiante

La jurisprudence récente fait montre de trois tendances parallèles dans la mise en œuvre de la notion de représentant : d'une part, la notion a été singulièrement étendue (1°) ; d'autre part, une présomption a été instituée (2°) ; enfin, celle-ci a été écartée au profit d'un anthropomorphisme *contra legem* (3°).

1° L'extension de la notion de représentant

La jurisprudence n'a eu de cesse d'étendre la notion de représentant. *A priori*, on l'a vu, il semblait légitime de considérer qu'un représentant était celui qui avait le pouvoir de représenter la personne morale, étant précisé que la jurisprudence a rapidement considéré qu'un (sub)délégué avait par définition cette qualité et qu'elle n'a pas hésité à qualifier de délégué des personnes qui n'avaient pas formellement reçu de délégation de pouvoir au motif qu'elles en avaient *de facto* les caractéristiques (voir *supra*, I, B). Mais au cours de ces dernières années, la chambre criminelle a qualifié de représentant des personnes qui n'en avaient à l'évidence pas les caractéristiques.

Sans exhaustivité, on notera par exemple que par un arrêt du 23 juin 2009 (Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-83.109) ; la chambre criminelle a jugé qu'une « responsable d'animation » et qu'une personne « qui occupait un poste élevé et se trouvait chargée de l'organisation et du déroulement d'une opération ayant constitué 7 % du chiffre d'affaire de la société » étaient des représentants au sens de l'article 121-2 ; le 9 mars 2010 (Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-82.523), elle a jugé qu'un directeur commercial était un représentant au sens de l'article 121-2 ; par un arrêt du même jour (Cass. crim., 9 mars 2010 n° 09-80.543), elle a jugé de la même façon le chef de service d'un hôpital ; par un arrêt du 23 février 2010 (Cass. crim., 23 févr. 2010, n° 09-81.819), elle a qualifié de représentant un agent commercial qui n'était même pas salarié de la personne morale mais simplement lié par un mandat, s'agissant d'un document publicitaire constituant une publicité trompeuse : « un tel document a été établi par la société et son représentant, quel que soit son statut, salarié ou mandataire, a nécessairement toute latitude pour en

exploiter les données et les faire valoir auprès des candidats à l'acquisition ». Ainsi en définitive, il apparaît à la lumière de cette jurisprudence récente que des personnes, salariées ou non, intervenant pour le compte d'une personne morale, peuvent être vues comme représentants au sens de l'article 121-2 en fonction de l'étendue de leur pouvoir, laquelle se mesure parfois à l'aune du chiffre d'affaires que représente l'opération dont ils ont la charge... au demeurant, force est de constater que toute tentative de systématisation de la notion de représentant serait vouée à l'échec.

2° La création d'une présomption

Parallèlement et pour les besoins de la cause, la jurisprudence n'a pas hésité à s'affranchir de l'obligation sanctionnée en son temps par la chambre criminelle (cf. Cass. crim., 18 janv. 2000, préc.) d'identifier l'auteur de l'infraction ayant la qualité de représentant.

Aux termes d'une jurisprudence récente mais déjà fournie, la Cour de cassation valide fréquemment des condamnations de personnes morales nonobstant le fait que l'auteur de l'infraction n'a pas été identifié, au motif que cette infraction a « nécessairement » été commise par une personne ayant cette qualité.

Par un arrêt du 20 juin 2006 (Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255), la chambre criminelle jugeait en matière d'homicide involontaire : « l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants » ; appliquant cette même idée en matière d'infractions intentionnelles (faux en écritures), elle statuait en des termes identiques par

un arrêt du 25 juin 2008 (Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261) : « les infractions s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte de la société, que par leurs organes ou représentants » ; dans un arrêt rendu le 28 janvier 2009 (Cass. crim., 28 janv. 2009, n° 07-81.674) elle jugeait que « l'infraction a nécessairement été commise par un organe ou un représentant » ; elle statuait encore de la même façon indistinctement en matière de délits intentionnels et non intentionnels notamment par arrêts du 28 janvier 2009 (Cass. crim., 28 janv. 2009, n° 07-81.674), du 24 mars 2009 (Cass. crim., 24 mars 2009, n° 08-86.530), du 1^{er} décembre 2009 (Cass. crim., 1^{er} déc. 2009, n° 09-82.140), du 16 décembre 2009 (Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 07-86.584), du 18 janvier 2011 (Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 09-87.834), du 1^{er} février 2011 (Cass. crim., 1^{er} févr. 2011, n° 10-82.761) ; enfin, la chambre criminelle a rendu un arrêt le 15 février 2011 (Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-

85.324) aux termes duquel elle a validé la condamnation de la SNCF du chef de blessures involontaires considérant que l'infraction avait « nécessairement » été commise par un organe ou un représentant de cette dernière.

Cette jurisprudence a suscité des commentaires divergents (cf., notamment, Gallois A., Responsabilité pénale des personnes morales, une responsabilité à repenser, Bulletin d'actualité Lamy droit pénal des affaires 2011, C, p. 1). Reste que, par expérience, il est légitime pour un praticien de la défense pénale de se méfier d'une présomption prétorienne, ainsi du reste que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle il est impératif qu'une présomption ne dépasse pas « les limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (CEDH, 7 oct. 1988, aff. n° 105119/83, *Salabiaku c/ France*, § 28). D'autant qu'en l'occurrence : « En appliquant la

Cette vision anthropomorphiste est contraire à la lettre de l'article 121-2 : elle est donc éminemment regrettable. Au surplus, elle n'est pas cohérente.

présomption d'imputation à une infraction intentionnelle, on présume la qualité de l'auteur de l'infraction mais aussi l'élément intentionnel de l'infraction. Il y a en réalité une double présomption » (Gallois A., *ibidem*).

En toute hypothèse, ainsi qu'il va être immédiatement montré, cette jurisprudence n'est pas conciliable avec d'autres décisions rendues très récemment par la même Cour. Dans ces conditions, il est impossible de l'approuver.

3° La notion de représentant écartée au profit d'un anthropomorphisme *contra legem*

En son temps, on l'a vu (voir, *supra*, I, C), la chambre criminelle avait clairement censuré l'anthropomorphisme auquel avaient pu se laisser aller des juges du fond (Cass. crim., 2 déc. 1997, préc.) : c'est naturellement (et conformément à la lettre du texte) la faute d'un organe ou un représentant qui engage la responsabilité pénale de la personne morale et non la faute de celle-ci puisque, aussi bien, en tant que personne morale celle-ci ne peut par nature accomplir aucun acte autrement que par le truchement d'une personne physique.

Du moins le croyait-on. Car outre certaines décisions rendues postérieurement par des juges du fond (cf., par exemple, CA Paris, 7 mars 2008, n° 07/00204, qui a jugé coupable une personne morale du chef d'homicide involontaire au motif que « en n'accomplissant pas les diligences normales qui lui incombent, la société a violé une obligation de sécurité imposée par la loi dont est résultée la chute mortelle »), la chambre criminelle elle-même a paru se laisser aller à une dérive anthropomorphiste en jugeant à propos d'un délit de blessures involontaires : « la société n'a pas fourni un matériel disposant des équipements de sécurité exigés et [il s'] en déduit un manquement délibéré aux obligations de sécurité » (Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-80.480). On notera d'autant plus la gravité de la confusion opérée ici entre la personne morale et ses représentants, que la Cour fonde la culpabilité de la personne morale, non seulement sur une faute prétendument commise par celle-ci et non par une personne physique, mais encore sur une faute caractérisée (manquement délibéré à une obligation de sécurité) qui n'est exigée que pour la responsabilité des personnes physiques (C. pén., art. 121-3) et non pour celle des personnes morales. La chambre criminelle a récidivé par une décision du 9 mars 2010 aux termes de laquelle elle a validé la condamnation d'un CHU en raison d'une défaillance manifeste du service d'accueil des urgences sans référence à un organe ou un représentant (Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-80.543). En dernier lieu, dans un arrêt du 22 février 2011 (Cass. crim., 22 févr. 2011, n° 10-87.676) la chambre criminelle a censuré un arrêt par lequel une chambre de l'instruction avait annulé une mise en examen pour défaut d'indices graves et concordants, au motif que cette dernière avait relevé « des manquements réglementaires de sécurité et de prudence » sans faire aucune référence au fait que ces manquements avaient été commis (sût-ce nécessairement) par un organe ou un représentant de la personne morale mise en examen, ce que n'a pas manqué de relever la doctrine : « l'absence de référence à la faute d'un organe ou d'un représentant de la personne morale (...) est symptomatique d'un raisonnement qui envisage une responsabilité directe et qui se détache de l'article 121-2 du code pénal » (Gallois A., *ibidem*).

Cette vision anthropomorphiste est contraire à la lettre de l'article 121-2 : elle est donc éminemment regrettable. Au surplus, elle n'est pas cohérente avec la jurisprudence parallèle susvisée (*supra* 3°), rendue parfois à quelques jours d'écart (15 juin et 22 juin 2011) : tantôt la qualité de représentant est présumée, tantôt elle est occultée au

profit d'un anthropomorphisme *contra legem*.

Au surplus, cette jurisprudence n'est pas « *assumée* » par la Cour de cassation elle-même. En effet, par deux décisions rendues les 29 mars et 27 avril 2011, la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui dénonçait cette jurisprudence, au motif que « *la responsabilité pénale des personnes morales (...) ne peut être engagée que du seul fait d'infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants* » (Cass. com., 29 mars 2011, n° 11-50.007 ; Cass. com., 27 avr. 2011, n° 11-50.013) ; ainsi la Cour de cassation occulte-t-elle allégrement ses propres décisions par lesquelles elle a escamoté cette condition.

Cela est d'autant plus étonnant que d'ordinaire, la Cour de cassation ne s'embarrasse pas à se justifier lorsque c'est sa jurisprudence qui fait l'objet d'une QPC : elle refuse la transmission de celle-ci au motif que seule la loi et non son interprétation peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (Cass., 11 juin 2011, n° 09-87.884 QPC), et ce en

contradiction totale avec la position du Conseil constitutionnel (Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-127 QPC).

C'est à tort, nous semble-t-il, que l'on entendrait sonner le glas de cette jurisprudence *contra legem* et incohérente à la lecture du dernier arrêt en date rendu en la matière (Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87 212), par lequel la Cour de cassation a censuré la cour d'appel ayant approuvé les premiers juges qui avaient retenu que l'infraction n'avait « *pu être commise que par ses organes ou ses représentants* ». Car, en réalité dans cette espèce, et malgré l'emploi de cette formule désormais sacramentelle, les personnes physiques auteurs de la faute étaient identifiées. Or les juges du fond les avaient qualifiées de représentants péremptoirement, sans caractériser cette qualité. Si comme on l'a vu (Cass. crim., 23 juin 2009, 23 févr. 2010, 9 mars 2010, préc.), la Cour de cassation approuve que des personnes physiques soient étonnamment qualifiées de dirigeants, reste que cette qualification n'est toutefois pas péremptoire et repose sur des éléments de faits, certes contestables,

mais au moins existants. Or, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 11 octobre 2011, les juges du fond n'avaient même plus pris la peine d'indiquer en quoi les personnes physiques identifiées auraient été des représentants. Cette hypothèse, où l'auteur de la faute est identifié et où il s'agit de savoir s'il s'agit d'un représentant, ne doit pas être confondue avec celle où l'auteur n'est pas identifié mais où les juges retiennent qu'il ne peut que s'agir d'un représentant.

En définitive, la situation actuelle est pour le moins singulière : pour retenir une personne morale dans les liens de la culpabilité, la Cour de cassation, tantôt présume l'existence d'une des deux conditions exigées par la loi, tantôt escamote purement et simplement celle-ci, nourrissant ainsi une jurisprudence contraire au texte et incohérente.

Et quand la constitutionnalité de cette pratique jurisprudentielle est remise en cause par un justiciable, la Cour nie l'existence de cette pratique pour refuser de saisir le juge constitutionnel. Dès lors, une réforme s'impose. ♦