

Document 1 de 1

JURISCLASSEUR

JurisClasseur Pénal Code > Art. 121-2

Cote : 03,2010

Date de fraîcheur : 15 Décembre 2009

Fasc. 20 : RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES

Jean-Yves Maréchal

Maître de conférences à la faculté de droit de l'université de Lille II

Directeur adjoint du Centre de recherches "Droit, éthique et liberté"

Points-clés

1. - La responsabilité pénale des personnes morales a été admise tardivement en droit pénal français et repose sur des **fondements théoriques incertains** (V. n° 4 à 7, n° 116 à 117).
2. - Si l'**État** bénéficie d'une **irresponsabilité pénale**, les **collectivités territoriales** demeurent responsables à certaines conditions (V. n° 15 à 30).
3. - La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé suppose qu'elles soient dotées de la **personnalité juridique** (V. n° 31 à 50).
4. - Les êtres moraux sont responsables pour **toutes les infractions**, à l'exclusion de celles relevant de la **loi sur la presse**, mais à condition que le texte d'incrimination permette de leur imputer les faits (V. n° 64 à 73).
5. - Si l'infraction doit avoir été commise par un **organe ou un représentant**, la jurisprudence n'exige pas toujours que celui-ci soit identifié (V. n° 76 à 98).
6. - La personne morale est responsable uniquement des infractions commises **pour son compte**, cette condition s'avérant déterminante (V. n° 99 à 103).
7. - L'être moral peut être responsable comme **auteur** de l'infraction **consommée ou tentée** ou comme **complice** d'une personne physique ou morale (V. n° 109 à 114).
8. - Le Code pénal prévoit que la responsabilité pénale des personnes morales, bien que liée à celle des personnes physiques, présente une **autonomie** que la jurisprudence récente tend à favoriser (V. n° 115 à 137).

Sommaire analytique

Introduction

I. - Domaine d'application de la responsabilité pénale des personnes morales

A. - Détermination des personnes morales

1° Personnes morales de droit public

- a) Irresponsabilité pénale de l'État**
- b) Responsabilité pénale limitée des collectivités territoriales**

2° Personnes morales de droit privé

- a) Personnes morales reconnues par la loi**
- b) Personnes morales reconnues par le juge**

3° Personnes morales étrangères

B. - Détermination des infractions

1° Évolution législative

2° Droit positif

- a) Infractions expressément exclues**
- b) Infractions implicitement exclues**

II. - Mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales

A. - Conditions de la mise en oeuvre

1° Commission d'une infraction par un organe ou un représentant

- a) Notion d'organe ou de représentant**
- b) Identification de l'organe ou du représentant**
- c) Commission de l'infraction par l'organe ou le représentant**

2° Commission pour le compte de la personne morale

3° Absence de causes d'irresponsabilité pénale

B. - Effets de la mise en oeuvre

1° Responsabilité en qualité d'auteur ou de complice

2° Responsabilité autonome

- a) Principe de l'autonomie**

b) Étendue de l'autonomie

c) Incidence de la loi du 10 juillet 2000 relatif aux délits non intentionnels

Bibliographie

Introduction

1. - Avant-propos - La précédente édition de ce fascicule était l'oeuvre de M. F. Desportes et certains développements de la présente étude en constituent la reprise partielle.

2. - Notion de personne morale - Si tous les êtres humains sont des personnes, l'inverse n'est pas vrai, la notion de personnalité s'étendant à des êtres dépourvus d'enveloppe charnelle auxquels est accordée une existence juridique dont découlent droits et obligations. La notion de personne morale, qui n'est pas légalement définie, est présente tant en droit public qu'en droit privé et il a été souligné que l'émergence du concept n'est pas étrangère à la recherche d'une responsabilité civile qui ne soit pas seulement celle de personnes physiques (V., pour l'État lui-même, *E. Picard, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application : Rev. sociétés 1993, p. 261. - T. confl., 8 févr. 1873, Blanco : Rec. CE 1873, p. 61*). Il est évident que l'un des intérêts majeurs de l'octroi de la personnalité juridique réside dans l'existence d'un patrimoine propre à la personne considérée de nature à permettre une indemnisation des victimes de dommages souvent bien meilleure que si elle reposait seulement sur les capacités d'une personne physique.

La notion de personne morale, fruit de multiples réflexions doctrinales, est malaisée à définir mais peut être décrite comme désignant une entité, consistant généralement en un groupement, à laquelle le droit accorde un statut juridique similaire à celui de la personne physique (*V. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, ss dir. de G. Cornu : PUF, 8e éd. 2007*).

3. - Reconnaissance de la personnalité juridique - L'octroi de la personnalité civile aux êtres moraux ne présente pas l'automaticité qui se rencontre pour les êtres humains et les auteurs se sont divisés sur les critères permettant de justifier l'attribution de cette personnalité. L'on sait que deux théories se sont opposées, celle de la fiction, d'abord, selon laquelle la personne morale était une création purement intellectuelle et constituait donc une technique juridique entre les mains du seul législateur ; celle de la réalité, ensuite, qui considère que certains groupements, suffisamment organisés pour la défense d'intérêts collectifs, méritent pour cette seule raison d'être traités comme des personnes nouvelles différentes des personnes physiques qui la composent, sans qu'il soit nécessaire que le législateur prévoie expressément qu'elles sont dotées de la personnalité civile (*V. G. Cornu, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens : Montchrestien, 12e éd. 2005, n° 468 à 774. - N. Rontchevsky et M. Comporti, La notion d'entité personnifiée : Rev. sociétés 1993, p. 7*). La jurisprudence de la Cour de cassation s'est fixée en faveur de la seconde théorie, notamment par un arrêt célèbre de la chambre civile du 28 janvier 1954, reconnaissant la personnalité morale des comités d'établissement, dans lequel elle a jugé que "la personnalité civile n'est pas une création de la loi" mais "appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement protégés" (*Cass. 2e civ., 28 janv. 1954 : D. 1954, jur., p. 217 note G. Levasseur ; JCP G 1954, II, 7978 concl. P. Lemoine*). Même si cette prise de position a perdu de son intérêt en raison des interventions du législateur qui donne ou non aux groupements la personnalité juridique, elle a été confirmée à plusieurs reprises (V., pour les comités de groupe, *Cass. soc., 23 janv. 1990 : Bull. civ. V, 1990, n° 20 ; JCP G 1991, II, 21529 note M. Nénot. - Pour les comités d'hygiène et de sécurité, Cass. soc., 17 avr. 1991 : Bull. civ. V 1991, n° 206 ; JCP E 1991, p. 229, note H. Blaise*).

Contrairement aux apparences, le problème n'est pas propre au droit civil et la question se pose de savoir si le juge répressif peut également appliquer cette théorie de la réalité pour condamner des groupements n'ayant pas, aux termes de la loi, la personnalité civile (*V. infra, n° 47 à 50*).

4. - Personne morale et responsabilité pénale : données historiques - S'il n'a jamais été contesté que les personnes

morales pouvaient être civilement responsables, l'admission d'une responsabilité pénale s'est heurtée à beaucoup de réticences, tardivement vaincues. Certes, l'Ancien droit admettait sans grande difficulté cette responsabilité, tout comme celle des défunts d'ailleurs, et l'ordonnance d'août 1670 avait déterminé, en son titre XXI "*la manière de faire le procès aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies*". Pourtant, la Révolution française balaya cette conception en supprimant les corporations et le Code pénal de 1810 n'admit que la responsabilité des êtres humains. Pour sa part, la chambre criminelle de la Cour de cassation retenait logiquement que l'être moral ne pouvait se voir infliger une peine, n'étant responsable que civilement et non pénalement (V., *par ex.*, *Cass. crim.*, 27 févr. 1968 : *Bull. crim.* 1968, n° 69). Cependant, de manière exceptionnelle, elle admettait la condamnation de la personne morale soit pour des infractions dites matérielles, c'est-à-dire pour lesquelles aucune intention ni faute d'imprudence ou de négligence n'était exigée, soit lorsque les textes d'incrimination désignent l'auteur par une qualité pouvant être attribuée à un être moral (V., en dernier lieu, *Cass. crim.*, 5 févr. 2003, n° 02-82.187 : *JurisData* n° 2003-017916 ; *Bull. crim.* 2003, n° 24 ; *D.* 2003, p. 2855, note J.-C. Planque ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 554, obs. B. Bouloc).

On notera également qu'une ordonnance du 5 mai 1945 visant à réprimer les agissements des entreprises de presse, d'édition, d'information et de publicité coupables de collaboration avec l'ennemi a organisé, dans ce domaine très particulier, une responsabilité pénale des personnes morales (V. H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3e éd. 1947, n° 264). Cette législation de circonstance et temporaire n'a pas été généralisée et, si le projet de réforme du Code pénal de 1934 prévoyait déjà l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales, il faudra encore près d'un demi-siècle pour la voir consacrée.

5. - Personne morale et responsabilité pénale : arguments défavorables - L'admission de la responsabilité pénale des personnes morales fut précédée d'une controverse doctrinale importante au cours de laquelle plusieurs arguments furent opposés au principe de cette responsabilité (V. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général : Économica* 16e éd. 2009, n° 572 et 573).

En premier lieu, a été invoquée la nature même de la personne morale, fiction juridique désincarnée et donc incapable de manifester une volonté susceptible de servir de support à une infraction pénale, seuls les membres ou les dirigeants du groupement pouvant avoir cette volonté délictuelle. Cette objection ne pouvait résister à la conception jurisprudentielle précédemment rappelée, faisant de l'être moral une réalité reposant précisément sur une possibilité d'expression collective, donc une volonté propre (V. *supra* n° 3).

En deuxième lieu, il a été soutenu qu'en commettant une infraction, une personne morale se place nécessairement en dehors de son objet statutaire, qui ne peut consister en une activité illicite, ce qui aurait pour conséquence l'impossibilité pour l'être moral de répondre de l'infraction. L'argument manque beaucoup de pertinence dès lors que l'un des intérêts d'admettre la responsabilité des êtres moraux est évidemment de réprimer les actes pénalement punissables accomplis dans le cadre d'une activité qui, elle, est légale. L'objectif n'est pas de réprimer les groupements constitués pour commettre des infractions, ce qui peut être obtenu par l'application de qualifications telles que l'association de malfaiteurs, mais de punir des infractions commises à l'occasion des activités régulières de personnes morales.

En troisième lieu, certains ont considéré qu'infliger une peine à une personne morale serait inconcevable en raison des objectifs de la sanction pénale et se heurterait, en outre, aux principes de la personnalité des peines et de la responsabilité pénale personnelle. Sur le premier point, il suffit de constater que le législateur est à même d'adapter le régime des sanctions pénales afin de les rendre applicables aux êtres moraux et que certains des buts de la peine sont sans doute transposables à ces derniers. Sur le second point, l'argument relatif à la personnalité des peines paraît plus important car faire reposer la sanction sur la personne morale provoque des effets pouvant être néfastes aux membres qui la composent ou aux salariés. Cependant, outre que le principe de la personnalité des peines connaît des exceptions (V. notamment, *C. trav.*, art. L. 4741-2, qui permet au juge de décider que les amendes, prononcées contre un préposé déclaré coupable du délit de manquement aux règles d'hygiène ou de sécurité au travail, peuvent être mises à la charge de l'employeur), le raisonnement est également applicable aux personnes physiques puisque la condamnation à un emprisonnement ou à une lourde amende entraîne pareillement des conséquences sur les proches ou la famille du condamné. De plus, si l'on rejette la responsabilité des personnes morales pour cette raison, l'on est conduit à imputer

l'infraction aux dirigeants des groupements, lesquels peuvent n'avoir joué qu'un rôle minime dans sa commission, fruit, par exemple, d'une décision prise avant même qu'ils soient entrés en fonction. Le principe de personnalité des peines peut alors apparaître tout autant méconnu (*V. M.-L. Rassat, Droit pénal général : Ellipses, 2e éd. 2006, n° 407*).

Quant au principe de responsabilité personnelle, affirmé par l'article 121-1 du Code pénal, en vertu duquel "*nul n'est responsable que de son propre fait*", la question est celle de savoir si la personne morale est responsable de sa propre infraction ou de celle d'autrui, personne physique susceptible d'engager juridiquement l'être moral. Ce problème est intimement lié au fondement et aux conditions de mise en oeuvre de la responsabilité et les évolutions récentes de la jurisprudence lui ont redonné une particulière acuité (*V. infra n° 75 à 107*).

6. - Personne morale et responsabilité pénale : arguments favorables - En faveur de la responsabilité pénale des personnes morales ont été avancées trois idées essentielles. D'une part, les groupements possèdent souvent des moyens importants et donc des capacités de nuisance à l'ordre public qui ne sont qu'imparfaitement appréhendées par le mécanisme de la responsabilité pénale des personnes physiques (*V. les motifs du projet de Code pénal de 1986, cités par F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 576. - V. également J.-H. Robert, La responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2000, hors-série n° 3, p. 20*). D'autre part, consacrer la responsabilité pénale des êtres moraux permettrait de limiter le mécanisme de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, consistant à faire remonter la responsabilité de toute infraction commise au sein de celle-ci à son dirigeant (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 577*). Enfin, le droit comparé révèle que la responsabilité pénale des personnes morales est admise dans beaucoup de pays étrangers tels que les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, le Canada, les Pays-Bas, la Belgique, la Suisse, la Roumanie etc. (*V. notamment, C. Mauro, Éléments de droit comparé in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales : PUF 2009, p. 61. - J.A.E. Vervaele, La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas, mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique : Rev. sc. crim. 1997, p. 325. - F. Streteanu, La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumain : Rev. pénit. 2007, p. 331. - E. Desnoix, Plaidoyer (français) pour la consécration de l'infraction de corporate killing en Angleterre : Rev. pénit. 2007, p. 131*).

En réalité, aucun de ces arguments n'était décisif mais la nécessité d'introduire en droit français la responsabilité pénale des personnes morales semble s'être imposée avec évidence au législateur, sans qu'une véritable réflexion juridique approfondie n'ait été menée au préalable sur le mécanisme lui-même ni sur ces incidences. La doctrine la plus consensuelle a fait état du pragmatisme et du souci d'équité des parlementaires (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 576 et 577*), d'autres auteurs dénonçant l'insouciance et la désinvolture du législateur (*J.-H. Robert, art. préc. p. 20 et 21 - V. également, pour une opinion très critique, P. Conte, La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal in La personne juridique dans la philosophie du droit pénal, éd. Panthéon Assas 2001 p. 109 à 120*), ce qui a eu pour conséquence de laisser à la jurisprudence le soin de construire véritablement la théorie de cette responsabilité pénale.

7. - Consécration de la responsabilité pénale des personnes morales - Dès 1978, l'avant-projet de Code pénal prévoyait l'introduction de la responsabilité pénale des groupements de nature commerciale, industrielle ou financière pour les délits commis par la volonté délibérée de leurs organes, au nom du groupement et dans l'intérêt collectif (*V. D. Guérin, L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales : LPA 11 déc. 1996, n° 149, p. 4*). Les projets suivants ont élargi le domaine des personnes visées tout en introduisant un principe de spécialité s'agissant des infractions qui leur étaient imputables. Les débats parlementaires portèrent essentiellement sur le bien-fondé de la mise en cause de la responsabilité de certaines personnes morales (État, collectivités territoriales, partis politiques ou syndicats) et sur les conditions de l'imputation des infractions à l'être moral (*V. D. Guérin, art. préc.*).

En définitive, le texte de l'article 121-2 du Code pénal, tout en affirmant cette forme de responsabilité pénale, ne l'a pas détachée de celle des personnes physiques, l'intervention de ces dernières restant *a priori* indispensable, d'une part, et la responsabilité d'une personne physique pouvant s'ajouter à celle de la personne morale, d'autre part. L'on notera encore que le nouveau dispositif a logiquement été jugé applicable seulement aux faits commis après le 1er mars 1994,

s'agissant d'une loi pénale plus sévère rendant responsables des personnes qui ne l'étaient pas auparavant (*T. corr. Versailles, 18 déc. 1995 : Dr. pén. 1996, comm. 71, note J.-H. Robert ; JCP G 1996, II, 22640 note J.-H. Robert - V.* également, s'agissant d'une loi entrée en vigueur avant le Code pénal mais prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales, que la chambre criminelle a jugée applicable seulement à compter du 1er mars 1994, *Cass. crim., 18 mai 1999 : JurisData n° 1999-002208 ; Bull. crim. 1999, n° 99 ; Dr. pén. 1999, comm. 114, note J.-H. Robert ; Rev. sc. crim. 2000, p. 193, obs. B. Bouloc*).

8. - Modifications ultérieures - Le législateur a modifié le texte à deux reprises depuis l'entrée en vigueur du Code pénal. En premier lieu, la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 "*tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*" a opéré, à l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal, un renvoi vers l'alinéa 4 de l'article 121-3, qui a pour conséquence que la personne morale peut être pénalement responsable d'une infraction non intentionnelle en présence d'une faute ordinaire commise par son organe ou représentant, laquelle ne suffit pas à permettre la condamnation de ce dernier (*V. infra n° 129 à 137*). En second lieu, le domaine d'application du mécanisme s'est accru sensiblement à compter du 31 décembre 2005, l'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 "*portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*" ayant modifié l'alinéa premier de l'article 121-2 afin de supprimer le principe dit de spécialité (*V. infra n° 64 à 73*).

9. - Constitutionnalité du dispositif légal - Le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé qu'indirectement sur le mécanisme instauré à l'article 121-2 du Code pénal, les lois réformant le Code pénal n'ayant pas été soumises à son contrôle. Ainsi, bien avant l'introduction du dispositif au sein du Code pénal, il a jugé, dans une décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (*Journal Officiel 31 Juillet 1982*), qu'il n'existe aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale, ce qui revient, de manière générale, à admettre le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales alors que les auteurs de la saisine invoquaient un "principe de droit pénal d'après lequel, seules les personnes physiques seraient passibles de sanctions pénales". Le Conseil constitutionnel a été un peu plus explicite, dans une décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 (*Journal Officiel 12 Mai 1998*), dans laquelle il a énoncé qu'"il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée, du séjour et de la circulation des étrangers, et qui peuvent notamment justifier un régime de sanctions pénales applicables tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits qu'il crée, ainsi que les peines qui leur sont applicables".

10. - Application - D'un point de vue pratique, la question se pose du volume des poursuites et condamnations de personnes morales. Une étude statistique menée en avril 2008 par le ministère de la Justice sur les condamnations de personnes morales révèle qu'entre 2002 et 2006, 6 169 personnes morales ont été poursuivies et 4 470 condamnées. La progression d'une année sur l'autre est constante et sensible, passant de 669 condamnations en 2002 à 1 274 en 2006. Les infractions poursuivies relèvent principalement du domaine du travail illégal et des blessures ou homicides involontaires ainsi que de la réglementation de la concurrence et des prix. Il ressort de ces chiffres que le dispositif, s'il monte en puissance, reste utilisé avec modération par les parquets et que la crainte de voir la responsabilité pénale des personnes morales supplanter celle des personnes physiques, et en particulier celle du chef d'entreprise, ne paraît pas fondée, ce d'autant plus que les statistiques évoquées ont pour objet les seules personnes morales sans préciser si des personnes physiques étaient poursuivies corrélativement, ce qui était probablement le cas dans un certain nombre d'hypothèses.

11. - Plan - L'article 121-2 du Code pénal pose un principe de responsabilité pénale des personnes morales dont il convient de déterminer le domaine d'application (I) avant d'en analyser la mise en oeuvre (II).

I. - Domaine d'application de la responsabilité pénale des personnes morales

12. - Le législateur n'a pas prévu la possibilité d'engager la responsabilité pénale de toute personne morale pour n'importe quelle infraction. Il faut donc déterminer quelles personnes sont visées (A) avant de se demander quelles infractions pourront leur être reprochées (B).

A. - Détermination des personnes morales

13. - L'article 121-2, alinéas 1 et 2, du Code pénal prévoit un régime dérogatoire pour l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements. La nature de la personne morale influe donc sur sa responsabilité pénale et il est nécessaire de distinguer le cas des personnes morales de droit public (1°) de celui des personnes morales de droit privé (2°).

1° Personnes morales de droit public

14. - Si, aux termes de l'article 121-2, alinéa 1, du Code pénal, "*les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement...*", l'alinéa 2 du texte se contente de restreindre la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements aux faits commis dans certaines situations juridiques. Il convient donc d'analyser l'irresponsabilité pénale de l'État puis la responsabilité pénale limitée des collectivités territoriales.

a) Irresponsabilité pénale de l'État

15. - Fondements avancés - L'exclusion de la responsabilité pénale de l'État a été justifiée par plusieurs raisons d'inégale valeur.

C'est d'abord la souveraineté de l'État qui a été avancée par les parlementaires comme fondement de son irresponsabilité et la doctrine n'a pas manqué de souligner la faiblesse de l'argument (*V. E. Picard, art. préc., supra n° 2. - J.-C. Planque, La détermination de la personne morale pénalement responsable : L'Harmattan, 2003, n° 128 à 130*). D'une part, la souveraineté de l'État n'empêche pas de le rendre civilement responsable et, d'autre part, cette justification supposerait d'analyser les activités de l'État afin de circonscrire celles qui relèvent réellement de la souveraineté. Or, il est évident que l'État, de la même manière que les collectivités territoriales, exerce des activités qui ne constituent nullement des émanations de sa souveraineté, telles que le service de restauration organisé pour les employés d'un ministère ou d'une préfecture par exemple.

C'est ensuite l'idée que l'État détient le monopole de la répression qui a été présentée comme une justification meilleure que la première. Elle se résume dans le fait que la poursuite et la condamnation des auteurs d'infractions pénales sont faites au nom et par l'État qui ne pourrait donc en faire lui-même l'objet. Sur le plan des sanctions, la condamnation de l'État à une peine n'aurait pas de sens ou serait même ridicule dès lors qu'il s'auto-punirait, en se réglant à lui-même le montant d'une amende par exemple (*V. F. Gartner, L'extension de la répression pénale aux personnes publiques : RFD adm. 1994, p. 126*). Pour d'autres auteurs, c'est moins l'État en tant que personne qui se trouve exclu de la responsabilité que la puissance publique qui n'est pas personnalisable comme le montre le fait que les collectivités territoriales n'encourent pas de responsabilité pénale pour les infractions commises dans le cadre de leurs activités "*susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public*" (*E. Picard, art. préc. supra n° 2*).

16. - Solution imparfaite - La comparaison de la situation de l'État et des collectivités territoriales montre aisément que l'exclusion pure et simple de l'État de toute responsabilité pénale n'est pas pleinement satisfaisante parce qu'elle conduit à une inégalité de traitement entre personnes publiques (*V. J. Moreau, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français : LPA 11 déc. 1996, p. 41*). Il n'apparaît pas justifié qu'un accident du travail entraînant la mort ou des blessures pour un employé puisse faire l'objet de poursuites s'il survient dans l'atelier d'un établissement public alors que ce ne sera pas le cas s'il se produit dans l'atelier d'une préfecture (*V. sur ce point, J.-C. Planque, op. cit., n° 125 et 126. - F. Meyer, Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles : RFD adm. 1999, p. 920*). L'obstacle lié au rôle de l'État dans la justice pénale ne semble pas insurmontable parce que l'argument repose sur l'idée que la notion d'État est monolithique alors qu'en réalité l'État apparaît plutôt constitué de différentes entités plus ou moins distinctes les unes des autres dont l'agrégation est désignée de manière générique comme formant "l'État". D'un point de vue pratique, il n'est nullement inconcevable qu'une infraction

pénale, notamment d'imprudence, puisse être commise dans le cadre du fonctionnement d'un ministère ou d'une préfecture, comme on l'a vu, et l'impunité que garantit l'article 121-2 du Code pénal en l'occurrence peut sembler critiquable. On peut d'ailleurs noter que le rapport du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics de 1999 avait proposé la modification du texte pour supprimer l'irresponsabilité pénale de l'État (*Groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics, Rapport, Doc. française, 16 déc. 1999, p. 43*).

17. - Il aurait donc été souhaitable que le législateur, plutôt que d'exclure purement et simplement la responsabilité pénale de l'État, procède à une distinction selon la nature de l'activité exercée et à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, en permettant la mise en jeu de la responsabilité de l'État en dehors des activités relevant de prérogatives de puissance publique (V. en ce sens, *F. Meyer, art. préc. - J.-C. Planque, op. cit., n° 152*). Cependant, la question de l'inadaptation des sanctions demeure et une éventuelle extension de la responsabilité pénale des personnes morales à l'État aurait supposé une réflexion sur les peines applicables à ce dernier (V. sur ce point, *J.-C. Planque, op. cit., n° 153 à 160*). En définitive, le sort privilégié réservé à l'État apparaît révélateur du caractère quelque peu improvisé de l'introduction dans le Code pénal de la responsabilité pénale des personnes morales.

b) Responsabilité pénale limitée des collectivités territoriales

18. - Article 121-2, alinéa 2, du Code pénal - Selon ce texte "*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*". Le législateur a donc souhaité restreindre la responsabilité pénale de ces personnes publiques aux infractions commises dans le cadre d'activités déléguables, c'est-à-dire pouvant être exercées par des personnes privées. Ceci a permis de tenir compte, en partie, de l'hostilité manifestée par le Conseil d'État qui avait, au moment de la réforme du Code pénal, émis un avis selon lequel les personnes morales de droit public sont par nature et quelle que soit leur activité, dépositaires d'une part de la puissance publique et disposent des prérogatives qui y sont attachées, ce qui devait avoir pour conséquence d'interdire de les placer sous le contrôle des juridictions répressives en raison du principe de la séparation des pouvoirs (V. *F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 584-1*).

19. - Domaine quant aux personnes - Le législateur n'a entendu limiter la responsabilité que des collectivités territoriales et de leurs groupements. Il s'agit donc, d'une part, des communes, départements, régions, collectivités à statut particulier et collectivités d'outre-mer (*Const. 4 oct. 1958, art. 72*) et, d'autre part, des syndicats intercommunaux, communautés urbaines, d'agglomérations ou de communes, notamment (V. *P.-O. Caille, Responsabilité pénale des personnes morales de droit public, JCl. Administratif, fasc. 803, n° 21 et 22*). Par conséquent, toute autre personne morale de droit public, qu'il s'agisse des établissements administratifs, des groupements d'intérêt public, des établissements publics industriels et commerciaux ou des entreprises nationalisées, encourt la même responsabilité pénale que les personnes privées. Tel est le cas de la SNCF (V. *Cass. crim., 18 janv. 2000 : JurisData n° 2000-000995 ; Bull. crim. 2000, n° 28 ; Dr. pén. 2000, comm. 72, note M. Véron ; D. 2000, p. 636 note J.-C. Saint-Pau ; JCP G 2000, II, 10395, note F. Debove ; JCP E 2001, p. 278, note Marmoz ; Rev. sc. crim. 2000, p. 816, obs. B. Bouloc*), d'EDF, de La Poste, des musées nationaux, des universités, des chambres de commerce ou d'agriculture ou encore des établissements publics de santé (V. sur ce point, *J. Jorda, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence : Gaz. Pal. 13 févr. 2001, p. 4. - J.-H. Robert, Droit pénal général : PUF 6e éd. 2005, p. 377*). En revanche, les sociétés d'économie mixte doivent être considérées comme des personnes privées (*T. confl., 8 nov. 1982 : Rec. CE 1982, p. 461. - V. P.-O. Caille, art. préc., n° 27. - contra, F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 585*).

Il convient cependant d'observer que si la responsabilité pénale de ces personnes peut être engagée sans restriction, certaines peines ne peuvent, en raison de la séparation des autorités administratives et judiciaires, leur être infligées. L'article 131-39, alinéa 2, du Code pénal dispose ainsi que les peines de dissolution et de placement sous surveillance judiciaire ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée.

20. - Position du problème - S'agissant des collectivités territoriales et de leurs groupements, la question qui se pose au juge est donc celle de savoir si l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise était de celles qu'une personne privée aurait pu exercer par voie de délégation, l'objectif étant de traiter de manière égale toutes les personnes morales, la collectivité territoriale ne devant pas échapper à sa responsabilité pénale pour la seule raison qu'elle exerce directement l'activité alors que, si elle l'avait déléguée, la personne l'exerçant pour elle aurait pu être mise en cause. Le juge répressif doit donc adopter la démarche inverse du juge administratif puisque, si ce dernier se demande s'il existe une délégation de service public, le juge pénal doit s'interroger sur le point de savoir si l'activité non déléguée aurait pu l'être. Cependant, la difficulté essentielle est de savoir ce qu'il faut entendre par "*activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public*".

21. - Notion de convention de délégation de service public - Les collectivités territoriales peuvent gérer directement, c'est-à-dire en régie, les services publics mais elles ont aussi la faculté de déléguer, par contrat, cette gestion à d'autres personnes publiques ou privées. Si le phénomène de la délégation de service public est assez ancien, la notion n'a été introduite par le législateur que de manière assez récente, en premier lieu dans une loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*Journal Officiel 8 Février 1992*), puis, plus précisément, dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*Journal Officiel 30 Janvier 1993*), dont le chapitre IV du titre II est consacré aux "délégations de service public".

Cependant, la notion n'a été définie que par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite MURCEF (*Journal Officiel 12 Décembre 2001*). Selon l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales modifié par ce texte, "*une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service*". Les principales conventions de délégation de service public sont la concession et l'affermage (*V. E. Gintrand, JCl. Administratif, Fasc. 126, Services publics locaux, n° 241 à 250*). On notera encore que la délégation de service public doit être distinguée du marché public, dont l'objet est également de confier à un tiers la gestion d'un service public, mais qui présente une différence majeure concernant la rémunération du cocontractant qui n'est pas substantiellement liée à l'exploitation du service (*V. E. Gintrand, art. préc., n° 251*).

La définition donnée par le législateur de la délégation de service public consacre les critères jusqu'alors retenus par le Conseil d'État et spécialement celui tiré du mode de rémunération du cocontractant de la collectivité territoriale (*CE, 15 avr. 1996, Préfet des Bouches du Rhône : Rec. CE 1996, p. 137 ; RFD adm, 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Terneyre ; Dr. adm. 1996, comm. 355, note J.-B. Auby*). Cependant, il n'est pas certain qu'elle constitue un apport décisif pour le juge pénal parce qu'elle ne fournit pas de moyens sûrs pour déterminer quelles sont les activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation, le problème trouvant son origine dans le fait que, par hypothèse, la personne morale de droit public n'aura pas délégué son activité et n'aura donc pas prévu comment est rémunéré le délégataire.

22. - Caractère déléguable de l'activité - La jurisprudence relative à l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal s'avère fort pauvre, très peu de collectivités territoriales faisant l'objet de poursuites pénales. Il faut noter également que si le juge pénal était en mesure d'adopter sa propre conception de la notion de délégation de service public, tel n'a pas été le cas puisque la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 avril 2002 (*JurisData n° 2002-014066 ; Bull. crim. 2002, n° 77 ; D. 2003, somm. p. 243 obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2002, comm. 95, note M. Véron ; LPA 2 août 2002, p. 10 note M.-J. Coffy de Boisdeffre ; Rev. sc. crim. 2002, p. 810 obs. B. Boulouc et p. 838 obs. G. Giudicelli-Delage ; Rev. sc. crim. 2004, p. 341, obs. E. Fortis*), a jugé qu'est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public "toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation", ce qui constitue la reprise de la définition légale

figurant à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (*V. également Cass. crim., 6 avr. 2004 : Bull. crim. 2004, n° 89 ; AJP 2004, p. 240, obs. C. Girault ; Gaz. Pal. 9 déc. 2004, p. 11, note Y. Monnet*). On peut d'ailleurs relever que cet arrêt a écarté l'argument consistant à soutenir que la notion d'activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public n'était pas définie et n'était donc pas conforme au principe de la légalité, la chambre criminelle ayant estimé que les dispositions de l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal "satisfont aux exigences de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme".

23. - Activités non déléguables - La formule, tant légale que jurisprudentielle, laisse une grande marge d'appréciation aux juges du fond quant au caractère déléguable ou non d'une activité liée à un service public. Selon un auteur, "les activités de service public insusceptibles d'être déléguées sont celles dans lesquelles l'autorité territoriale intervient en tant qu'autorité déconcentrée et agit à ce titre au nom et pour le compte de l'État" (*A. Lévy, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 : Dr. adm. 2004, étude 12*), ce qui est le cas de la tenue des registres de l'état civil, des élections, du recensement militaire ou des pouvoirs de police. Ainsi, la cour d'appel d'Amiens a jugé que la responsabilité pénale d'une commune ne pouvait être recherchée dans le cadre de l'exercice par le maire d'une mission de police administrative, laquelle ne peut faire l'objet d'une convention de délégation de service public (*CA Amiens, 9 mai 2000 : JurisData n° 2000-120566 ; Gaz. Pal. 9 juill. 2000, p. 32, note S. Petit*). Il semble cependant que la plupart des activités des collectivités territoriales soient susceptibles de faire l'objet d'une délégation comme la distribution d'énergie, d'eau, de gaz et d'électricité, l'assainissement, les pompes funèbres, la collecte et le traitement des résidus urbains etc. (*F. Meyer, art. préc. supra n° 16. - V. également M.-F. Steinlé-Feuerbach, Infractions non intentionnelles et responsabilité pénale des collectivités territoriales, entre singularité et pragmatisme : JCP G 2007, I, 173, n° 5*).

24. - Service public de l'enseignement - Se prononçant au cas par cas, les juridictions répressives ont décidé que les activités scolaires ne pouvaient faire l'objet d'une convention de délégation de service public et donc ne permettaient pas la recherche de la responsabilité d'une collectivité territoriale. La Cour de cassation a ainsi censuré l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble qui, dans l'affaire dite "du Drac", avait estimé que les faits d'homicide involontaire reprochés à une commune avaient été commis à l'occasion de l'exercice, par celle-ci, d'activités "à la périphérie du service public de l'enseignement", auxquelles les personnes privées peuvent participer, qui ne relèvent pas d'une prérogative de puissance publique et qui peuvent, dès lors, être déléguées (*CA Grenoble, 12 juin 1998 : Gaz. Pal. 1998, 2, p. 460, note S. Petit ; D. 1999, somm. p. 151, obs. G. Roujou de Boubée*). Selon la chambre criminelle, "l'exécution même du service public communal d'animation des classes de découverte suivies par les enfants des écoles publiques et privées pendant le temps scolaire, qui participe du service de l'enseignement public, n'est pas, par nature, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public" (*Cass. crim., 12 déc. 2000 : JurisData n° 2000-007695 ; Bull. crim. 2000, n° 371 ; Dr. pén. 2001, comm. 43, note M. Véron ; Rev. sc. crim. 2001, p. 372, obs. B. Bouloc ; Gaz. Pal., 23 déc. 2000, p. 42, note S. Petit ; Bull. inf. C. cass. 2001, n° 529, p. 3, rapp. Ferrari, concl. D.-N. Commaret*).

25. - Cette solution a été réaffirmée dans un arrêt du 11 décembre 2001 (*JurisData n° 2001-012318 ; Bull. crim. 2001, n° 265 ; Dr. pén. 2002, comm. 40, note M. Véron ; Gaz. Pal. 4 juill. 2002, p. 19, note S. Petit ; Rev. sc. crim. 2002, p. 321, obs. B. Bouloc*) dans une affaire où la responsabilité pénale d'une région a été recherchée pour blessures involontaires après qu'un accident est survenu à un élève d'un lycée technique qui utilisait une machine-outil sur laquelle un dispositif de protection faisait défaut. La cour d'appel avait condamné la collectivité territoriale au motif que, n'impliquant pas l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mise en conformité de la machine, qui incombait à la région, pouvait faire l'objet d'une convention de délégation de service public. Ce raisonnement est censuré par la chambre criminelle qui retient que "l'obligation incombant à la région de mettre les machines affectées à l'enseignement en conformité avec les prescriptions légales et réglementaires relatives à la sécurité des équipements de travail, participe du service de l'enseignement public, et n'est pas, dès lors, en raison de sa nature même, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public".

La solution, apparemment similaire à celle affirmée dans l'arrêt du 12 décembre 2000, peut ne pas convaincre dès

lors que l'activité dont il était question dans cette affaire était moins celle de l'enseignement, dont on admet volontiers qu'elle ne puisse pas faire l'objet d'une délégation, que celle de l'entretien ou de la mise aux normes des machines utilisées dans le cadre de l'enseignement, activité qui, elle, pouvait être déléguée à un prestataire privé (V., *en ce sens*, M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 416). Dans tous les cas, cette décision montre le caractère malléable du critère fixé par l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal pour circonscrire la responsabilité pénale des collectivités territoriales.

26. - Transports scolaires - Dans une autre affaire, la Cour de cassation a d'ailleurs procédé à la distinction entre l'organisation et l'exploitation du service des transports scolaires (*Cass. crim.*, 6 avr. 2004, *cité supra* n° 22). Elle a cassé la décision de condamnation d'un département pour homicides involontaires aux motifs que "si l'exploitation du service des transports scolaires est susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, il n'en va pas de même de son organisation, qui est confiée au département en application de l'article 29 de la loi du 22 juillet 1983, devenu l'article L. 213-11 du Code de l'éducation, et qui comprend notamment la détermination des itinéraires à suivre et des points d'arrêt à desservir". L'exploitation du service public était donc déléguable et avait d'ailleurs été déléguée mais l'organisation de celui-ci ne l'était pas et c'était bien dans le cadre de cette organisation que se situait la faute constitutive de l'infraction pouvant être reprochée à la collectivité.

27. - Activités déléguables - La jurisprudence pénale a eu l'occasion de qualifier certaines activités des collectivités territoriales pour leur reconnaître un caractère déléguable. Les juges du fond, d'une part, ont jugé que la responsabilité de la personne publique pouvait être engagée dans le cas de la réalisation d'un parcours de santé (*T. corr. Saint-Étienne*, 6 mai 1996 : *RFD adm.* 1999, p. 932), l'entretien du réseau électrique d'un office HLM (*T. corr. Narbonne*, 12 mars 1999 : *Gaz. Pal.* 1999, 1, *jurispr.* p. 405, *note S. Petit*) ou celui d'une piscine municipale (*CA Amiens*, 3 mars 2004 : *JurisData* n° 2004-256151), l'organisation d'une manifestation culturelle (*TGI Strasbourg*, 27 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-331762) ou l'exploitation d'une station de traitement de résidus urbains (*CA Montpellier*, 22 oct. 2002 : *JurisData* n° 2002-207614). La Cour de cassation, d'autre part, a considéré qu'étaient déléguables la gestion d'un abattoir par un syndicat intercommunal (*Cass. crim.*, 23 mai 2000, n° 99-80.008 : *Bull. crim.* 2000, n° 200) et celle d'un théâtre municipal (*Cass. crim.*, 3 avr. 2002, *cité supra* n° 22).

28. - Il faut observer que, dans certaines situations, deux activités peuvent se superposer dont l'une seulement sera déléguable, ce qui laissera donc une possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale de la collectivité territoriale. Tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt du 14 mars 2000 (*Bull. crim.* 2000, n° 114 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 816, *obs. B. Bouloc*). Une commune, qui exploitait son domaine skiable en régie, a été poursuivie des chefs d'homicide et blessures involontaires pour n'avoir pas fermé une piste malgré un risque d'avalanche. La cour d'appel l'a relaxée en relevant que la fermeture de la piste de ski relevait du pouvoir de police qui ne pouvait faire l'objet de la part du maire d'une convention de délégation de service public mais la chambre criminelle a censuré l'arrêt au motif que le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches, prévu par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, n'exclut pas, en cas de méconnaissance des obligations de sécurité fixées, la responsabilité de l'exploitant à l'égard de l'utilisateur (V. également, pour l'exploitation du domaine skiable d'une commune par une société d'économie mixte, agissant dans le cadre d'une délégation de service public, *Cass. crim.*, 9 nov. 1999 : *JurisData* n° 1999-004756 ; *Bull. crim.* 1999, n° 252 ; *Dr. pén.* 2000, *comm.* 56, *note M. Véron*). En d'autres termes, l'activité à prendre en compte n'était pas celle liée à l'exercice de la police administrative mais celle découlant de l'exploitation de la station de ski en régie, activité susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public.

29. - Pertinence du critère de la délégation de service public - Il est permis de s'interroger sur le choix opéré par le législateur pour restreindre la responsabilité pénale des collectivités territoriales. La jurisprudence montre que la notion d'activité pouvant faire l'objet d'une convention de délégation de service public reste fort imprécise et ne peut que laisser place à une marge d'appréciation au juge, *a posteriori*, qui n'est pas nécessairement satisfaisante au regard de la sécurité juridique. En outre, l'application du critère légal peut aboutir à des conséquences inverses de celles qui étaient souhaitées initialement par le législateur. En effet, sa justification tient au fait qu'il faut traiter les collectivités territoriales de la même manière que les personnes privées lorsque les premières mènent des actions

que les secondes peuvent semblablement accomplir. Or, des auteurs (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 584-8*) font remarquer que, dans le domaine de l'enseignement, qui, selon la Cour de cassation, relève dans sa totalité d'activités de service public non déléguables, l'article L. 551-1 du Code de l'éducation prévoit que des activités périscolaires prolongeant le service public de l'éducation peuvent être organisées avec le concours notamment des associations. La conséquence, au plan pénal, consiste dans le fait qu'une association qui assure une telle activité périscolaire, en matière sportive par exemple, peut voir sa responsabilité pénale engagée alors que si cette activité est organisée par une collectivité territoriale, cette dernière sera toujours pénalement irresponsable.

30. - Appréciation critique - En définitive, la limitation apportée par l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal à la responsabilité pénale des collectivités territoriales peut être contestée en raison du critère utilisé voire dans son principe même.

Une partie de la doctrine (*M.-L. Rassat, op. cit., n° 416*) estime que la seule raison valable d'exclure la responsabilité pénale des personnes publiques réside dans le fait qu'elles exercent, dans certaines de leurs activités, des prérogatives de puissance publique et que c'est donc ce critère qui devrait être retenu plutôt que celui de la délégation de service public, les deux ne se confondant pas (V., sur ce dernier point, *J.-C. Planque, op. cit., n° 289*). Il faut noter que certaines décisions montrent que les juges du fond utilisent parfois ce raisonnement pour dire de l'activité qu'elle est déléguable ou non (V. notamment *Cass. crim., 11 déc. 2001, cité supra n° 23. - TGI Strasbourg, 27 mars 2007, cité supra n° 27*). D'autres auteurs estiment qu'il aurait été préférable que le législateur prévoit simplement que la responsabilité pénale des personnes publiques est encourue lorsque leur comportement est identique à celui d'une personne privée, ce qui correspondrait exactement au but recherché, à savoir traiter également personnes privées et publiques, et présenterait l'avantage d'éviter de raisonner sur la notion d'activité pouvant faire l'objet d'une convention de délégation de service public, trop complexe et imprécise (V. *J.-C. Planque, op. cit., n° 315*).

Plus fondamentalement encore, on peut s'interroger sur le bien-fondé de l'exclusion de la responsabilité des collectivités territoriales pour certaines de leurs activités dès lors que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'interdit pas de poursuivre la personne physique qui dirige la collectivité, tel le maire, alors que la mise en cause de cette collectivité elle-même n'est pas toujours possible (V. *F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 584-8*). Il faut d'ailleurs remarquer que la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, qui a abouti à l'adoption de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, prévoyait, en même temps qu'une dépenalisation partielle des actes d'imprudence, la suppression de l'alinéa 2 de l'article 121-2 du Code pénal, afin d'inciter à mettre en jeu la responsabilité des collectivités territoriales plutôt que celle des personnes physiques se trouvant à leur tête. Le droit positif apparaît donc finalement très protecteur tant des personnes publiques elles-mêmes que de leurs dirigeants pour des raisons qui ne sont pas pleinement convaincantes.

2° Personnes morales de droit privé

31. - Il se déduit de la généralité des termes utilisés par le législateur qu'aucune personne morale de droit privé n'échappe à la responsabilité pénale. Cependant, si le texte a vocation à s'appliquer aux groupements auxquels la loi octroie la personnalité morale, la question se pose de savoir s'il est concevable de mettre en jeu la responsabilité pénale des personnes morales reconnues seulement par le juge.

a) Personnes morales reconnues par la loi

32. - Diversité - Les personnes morales de droit privé, reconnues comme telles par le législateur, sont très nombreuses et de nature variée, certaines possédant un objet lucratif et d'autres non. Il s'agit notamment :

- des sociétés civiles ou commerciales ;
- des associations ;
- des congrégations religieuses ;

- des fondations reconnues d'utilité publique et des fondations d'entreprise ;
- des groupements d'intérêt économique ;
- des syndicats ;
- des partis politiques.

Il faut ajouter que certains groupements qui sont dotés de la personnalité morale par la loi doivent être créés dans certains cadres juridiques. Tel est le cas des comités d'entreprise et plus généralement des institutions représentatives du personnel ainsi que du syndicat de copropriétaires.

33. - Exclusion de certaines peines - Tout comme pour les personnes publiques dont la responsabilité pénale peut être engagée, l'article 131-39, alinéa 2, du Code pénal interdit au juge de prononcer les peines de dissolution et de placement sous surveillance judiciaire à l'encontre des partis ou groupements politiques et des syndicats professionnels. La peine de dissolution n'est pas davantage applicable aux institutions représentatives du personnel. Ces limitations s'expliquent, d'une part, par la nécessité de ne pas porter atteinte à la liberté d'opinion et à la liberté syndicale et, d'autre part, par le fait que les institutions représentatives constituent des groupements dont la loi impose l'existence.

34. - L'imputation d'une infraction pénale à une personne morale suppose de fixer précisément les frontières temporelles de la personnalité juridique en distinguant la naissance de la disparition de cette dernière.

1) Naissance de la personnalité juridique

35. - Période de formation - L'octroi de la personnalité juridique est généralement conditionné par l'accomplissement d'une ou plusieurs formalités, plus ou moins lourdes : déclaration en préfecture suivie d'une publication au Journal officiel pour les associations ou immatriculation au registre du commerce pour les sociétés, qui constitue l'aboutissement d'un processus ayant une certaine durée. *A priori*, la personnalité morale existant seulement à compter du moment déterminé par la loi, la responsabilité pénale de l'entité créée ne peut être recherchée que pour des faits accomplis à partir de ce moment et d'éventuelles infractions commises antérieurement, pendant la période de formation de la personne morale, ne pourraient être imputées qu'aux personnes physiques qui en seraient les auteurs matériels. Cette solution découle du principe de la responsabilité pénale personnelle, inscrit à l'article 121-1 du Code pénal, qui prohibe la responsabilité pénale du fait d'autrui.

36. - Reprise des actes - Le législateur prévoit cependant, pour certaines personnes morales (sociétés et groupements d'intérêts économiques), une règle de reprise par l'être nouvellement créé des actes et engagements réalisés par les fondateurs pendant la période de formation (*C. civ., art. 1843 ; C. com., art. L. 210-6 et art. L. 251-4*). On peut se demander si cette règle est susceptible d'avoir un effet en matière pénale lorsque l'infraction commise par la personne physique est directement en rapport avec la personne morale pour avoir été accomplie dans l'intérêt ou pour le compte de cette dernière. Il semble que la règle légale ne puisse, en elle-même, avoir pour conséquence de rendre la personne morale responsable pour des faits commis à une époque où elle n'existait pas, quel que soit l'objectif recherché par l'auteur des actes (*V. I. Urbain-Parléani, Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 239. - contra : J.-C. Saint-Pau, La responsabilité des personnes morales, réalité et fiction in Le risque pénal dans l'entreprise, Litec 2003, n° 120*).

37. - En revanche, on souligne que l'être moral pourrait se voir imputer une infraction qui serait commise au moment de la reprise des actes ou engagements. Plusieurs situations peuvent d'ailleurs être distinguées :

- soit l'infraction commise par le fondateur est un délit instantané, comme un vol de fichier clients, et la personne morale pourrait être poursuivie du chef de recel de cette infraction dont elle va profiter (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 48. - F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 589. - I. Urbain-Parléani, art. préc., n° 5*). Il convient d'ailleurs de préciser que la solution peut être

retenue même si c'est la même personne physique qui, pendant la période de formation, commet le vol, puis devient l'organe ou le représentant de la personne morale qui commet matériellement le recel pour le compte de cette dernière. Il n'y a pas en effet ici d'incompatibilité entre les délits de vol et de recel dès lors que ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont poursuivies (V. *J.-C. Saint-Pau, art. préc., n° 118*) ;

- soit l'infraction commise par le fondateur présente la nature d'un délit continu, dont la consommation se prolonge dans le temps par la réitération constante de la volonté coupable, auquel cas l'infraction sera susceptible d'être imputée également à la personne morale. Tel est le cas, par exemple, de l'emploi de travailleurs dans des conditions contraires à la dignité si les salariés sont recrutés par le fondateur au nom d'une société ultérieurement immatriculée (V. *I. Urbain-Parléani, art. préc., n° 5*. - *J.-C. Planque, op. cit., n° 49*. - *F. Desportes et F. Le Gunehec, op. et loc. cit.*) ;
- soit, enfin, il s'agit d'une infraction complexe, telle que l'escroquerie et le fait qu'un des actes matériels constitutifs soit réalisé après l'obtention de la personnalité juridique, comme la remise du bien, suffit à rendre l'être moral pour le compte duquel l'infraction est commise responsable pénalement dès lors que le délit n'est consommé que lorsque tous les actes sont accomplis (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. et loc. cit.*).

2) Fin de la personnalité juridique

38. - Une autre difficulté naît de la disparition de la personnalité de l'entité à laquelle une infraction est imputée. Cette disparition peut-être consécutive à la dissolution suivie, sauf exceptions (V. *C. civ., art. 1844-8, al. 1*), de la liquidation de la personne morale mais aussi à son absorption par une autre personne morale, qui s'opère sans liquidation. Ces deux situations doivent être distinguées car les solutions applicables diffèrent.

39. - Dissolution - L'article 6 du Code de procédure pénale ne fait pas de la dissolution de la personne morale une cause d'extinction de l'action publique. En revanche, on peut relever que l'article L. 480-6 du Code de l'urbanisme évoque "*l'extinction de l'action publique résultant du décès du prévenu, de la dissolution de la personne morale mise en cause ou de l'amnistie*". En réalité, la difficulté provient du fait que plusieurs textes législatifs prévoient que la dissolution d'une personne morale n'entraîne pas immédiatement la disparition de la personnalité, qui survit pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci. Il s'agit de l'article 1844-8, alinéa 3, du Code civil pour les sociétés en général, de l'article L. 237-2, alinéa 2, du Code de commerce pour les sociétés commerciales, de l'article L. 251-21 du Code de commerce pour les groupements d'intérêt économique et, selon la jurisprudence, de l'article 9 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations (V. *C. Laronde-Clérac, JCl. Civil Annexes, V° Associations, Fasc. 25, n° 50*). Cette survie de la personnalité jusqu'à la fin des opérations de liquidation fait naître plusieurs interrogations.

40. - Infractions commises avant la dissolution - En premier lieu, quel est le sort des poursuites engagées pour des infractions commises avant la dissolution lorsque celle-ci survient en cours de procédure ? Cet événement ne constituant pas une cause d'extinction des poursuites, seule la publication de la clôture de la liquidation marque la fin de la personnalité juridique (à moins d'admettre, comme le fait la jurisprudence relative à cette question, que celle-ci se poursuit même au-delà tant que la liquidation n'est pas effectivement achevée, V. *sur ce point, J.-C. Planque, op. cit., n° 55 et 56*). Il s'en déduit que les poursuites peuvent aller jusqu'à leur terme et donc conduire à une éventuelle condamnation de la personne morale dès lors que celle-ci intervient avant cette publication (V. *J.-C. Saint-Pau, art. préc., n° 122*. - *CA Nîmes, 20 avr. 2001 : JurisData n° 2001-150204*. - *CA Douai, 11 juin 2009 : JurisData n° 2009-010086*).

En second lieu, il est possible que la dissolution survienne, non pas pendant la procédure de jugement, mais après la condamnation définitive de la personne morale. Ce cas est réglé par l'article 133-1 du Code pénal qui dispose que la dissolution de la personne morale empêche ou arrête l'exécution de la peine. Il s'agit donc d'une cause d'extinction de la peine mais le texte réserve le cas de l'amende et des frais de justice ainsi que celui de la

confiscation, qui peuvent être mis à exécution après la dissolution jusqu'à la clôture des opérations de liquidation (*V. M. Segonds, Frauder l'article 121-2 du Code pénal : Dr. pén. 2009, étude 18, n° 10*).

41. - Infractions commises après la dissolution - Un autre cas de figure se présente si une infraction, imputable à la personne morale, est commise pendant la période de liquidation mais avant la clôture de celle-ci. La doctrine admet que, la personnalité juridique subsistant, la mise en jeu de la responsabilité de l'être moral peut être envisagée (*V. I. Urbain-Parléani, art. préc., n° 14 et 15 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 590*). Cependant, l'on fait remarquer que la personnalité morale est maintenue après la dissolution afin de permettre de réaliser la liquidation, ce qui devrait limiter la responsabilité de l'être moral pendant cette période aux seules infractions en rapport avec la liquidation (*J.-C. Planque, op. cit., n° 63*, qui donne l'exemple d'une société dont l'objet serait la fabrication de produits chimiques et qui, après sa dissolution, se débarrasserait de manière illicite de déchets provenant de la cessation de la production). Dans tous les cas, l'éventuelle condamnation de la personne morale devrait nécessairement intervenir avant la clôture des opérations de liquidation, événement ayant pour effet d'éteindre l'action publique en raison de la disparition de son sujet. Par conséquent, dans ce cas, mais également dans ceux précédemment évoqués, l'issue de l'action publique dépend de la célérité avec laquelle les opérations de liquidation seront menées. En outre, il convient d'observer que les organes ou représentants de la personne morale en cours de liquidation ne sont plus les mêmes que ceux existant avant la dissolution et que seul le liquidateur semble à même d'engager la responsabilité pénale de l'être moral (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 66*).

42. - Effet d'une fusion-absorption - En droit des sociétés, la fusion comporte deux éléments indispensables qui sont la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle du patrimoine de celle-ci à la société absorbante (*V. A. Bonnasse, JCl. Sociétés Traité, Fasc. 161-10, Fusions-scissions, principes généraux, n° 6*). La question qui se pose, en droit pénal, est de savoir quel est l'effet d'une telle opération sur la responsabilité pénale et, plus précisément, s'il est possible de reprocher à la société absorbante une infraction qui aurait été commise, pour le compte de la société absorbée, par ses organes ou représentants. La réponse a été apportée par la Cour de cassation, au visa de l'article 121-1 du Code pénal fixant le principe de la responsabilité pénale du fait personnel, qui a jugé que, l'absorption faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, la responsabilité pénale de la société absorbante ne peut être recherchée pour les infractions imputables à la société dissoute (*Cass. crim., 20 juin 2000 : JurisData n° 2000-002990 ; Bull. crim. 2000, n° 237 ; D. 2001, p. 853, note H. Matsopoulou et p. 1608, note E. Fortis et A. Reygrobellet ; D. 2002, p. 1802, obs. G. Roujou de Boubée ; Rev. sc. crim. 2001, p. 153, obs. B. Bouloc ; Rev. sociétés 2001, p. 851, note I. Urbain-Parléani ; RTD com. 2000, p. 1024, note B. Bouloc ; LPA 13 mars 2001, p. 19, note M.-J. Coffy de Boisdeffre. - Cass. crim., 14 oct. 2003 : JurisData n° 2003-020659 ; Bull. crim. 2003, n° 189 ; D. 2004, somm. p. 319, obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2004, comm. 20, obs. M. Véron ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 265, note J.-F. Barbiéri*). La fusion-absorption réalisée avant la condamnation définitive de la société absorbée constitue donc une cause d'extinction de l'action publique dirigée contre elle (*Cass. crim., 9 sept. 2009 : JurisData n° 2009-049715 ; Dr. sociétés 2009, comm. 213, note R. Salomon. - CA Agen, 26 janv. 2009 : JurisData n° 2009-003347*).

43. - Moment de la fusion - Il convient de préciser que l'article L. 236-4 du Code de commerce dispose que la fusion prend effet :

- soit à la date d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, en cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles ;
- soit à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date.

Par conséquent, une condamnation définitive pourrait intervenir avant l'une de ces dates et, s'il s'agit d'une peine patrimoniale comme l'amende, celle-ci constituera une dette qui se transmet avec le patrimoine de la société absorbée (*V. Y. Müller, note ss Cass. crim., 14 oct. 2003 : JCP E 2004, I, 1151 - H. Matsopoulou, note ss Cass. crim., 20 juin 2000 : D. 2001, p. 853. - I. Urbain-Parléani, note ss Cass. crim., 20 juin 2000 : Rev. sociétés 2001, p. 851*). En revanche, en l'absence d'une condamnation définitive, la responsabilité pénale de la société absorbante

ne peut être recherchée pour l'infraction de la société absorbée, à moins qu'elle ait elle-même commis une nouvelle infraction. Ainsi, il est concevable qu'elle se voie imputer le recel de l'infraction qui était initialement reprochée à la société absorbée (*V. I. Urbain-Parléani, art. préc.*).

44. - Difficultés - En premier lieu, l'on peut se demander quel est le sort de l'action civile exercée à l'encontre de la société absorbée et s'il faut considérer que l'extinction de l'action publique consécutive à la fusion entraîne également l'extinction de l'action civile. Dans l'arrêt du 20 juin 2000, la chambre criminelle a cassé la décision des juges du fond sur les intérêts civils également et sans renvoi. Cette solution paraît contestable dès lors que l'infraction reprochée à la société dissoute a fait naître une dette de réparation au sein de son patrimoine, lequel est transmis, activement et passivement, à la société absorbante (*V. H. Matsopoulou, note préc.*). Plus généralement, il est admis, pour les personnes physiques, que leur décès ne fait pas obstacle à ce que l'action civile née de l'infraction soit exercée contre leurs héritiers, la seule réserve tenant au fait que la juridiction pénale n'est compétente que si un jugement au fond a été rendu par une juridiction pénale avant le décès (*V. B. Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 21e éd. 2008, n° 269*). Cette solution devrait être transposée aux sociétés absorbées, la société absorbante étant le successeur de celle qui était poursuivie. Or, dans l'affaire donnant lieu à l'arrêt du 20 juin 2000, une décision de condamnation au fond avait, semble-t-il, été prononcée avant la fusion-absorption.

45. - Hypothèse de la fraude - En second lieu, la doctrine a souligné que la solution jurisprudentielle interdisant de mettre en cause pénalement la société absorbante pour des infractions reprochées à la société absorbée, pour incontestable qu'elle soit au regard des principes juridiques, produit une fâcheuse conséquence en ce qu'elle permet à une société poursuivie d'échapper à sa responsabilité pénale par l'effet d'une absorption frauduleuse par une autre société (*V. notamment D. Vich-y-Llado, La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion : JCP E 2001, p. 838 ; M. Segonds, art. préc., n° 11*).

Il est intéressant, à ce titre, de constater que le Conseil d'État a adopté un point de vue différent dans un arrêt du 22 novembre 2000 (*JurisData n° 2000-142475 ; D. 2001, p. 237, note M. Boizard et p. 1609, note A. Reygrobellet ; AJDA 2000, p. 997, note M. Guyomar et P. Collin*) dans lequel il a admis que l'ancien Conseil des marchés financiers puisse prononcer une sanction pécuniaire contre une société absorbante pour des manquements commis par la société absorbée, cette solution ne heurtant ni l'article 121-1 du Code pénal, ni le principe de la personnalité des peines. Cette jurisprudence a cependant été infléchie par un arrêt du 17 décembre 2008 dans lequel le Conseil d'État, tout en maintenant la solution antérieure s'agissant de la sanction pécuniaire, décide néanmoins que "le principe de responsabilité personnelle fait obstacle, au regard de la portée punitive et du caractère de sanction complémentaire que revêt également la publication, à ce que l'autorité disciplinaire ordonne la publication de la sanction pécuniaire infligée à une société en raison des manquements commis par une autre société qu'elle a entre temps absorbée" (*CE, 17 déc. 2008 : JurisData n° 2008-074658 ; Rev. sociétés 2009, p. 397, note C. Arsouze*).

La question qui demeure est celle de savoir s'il ne serait pas souhaitable que la chambre criminelle exclue la solution de l'extinction de l'action publique en cas de fusion-absorption dans le cas où cette opération a été réalisée dans le seul but d'échapper aux poursuites pénales (*en ce sens, J. Pradel, la responsabilité pénale des personnes morales en droit français, quelques questions : Rev. pénit. 1998, p. 166-167*). Elle pourrait s'inspirer d'une décision de la chambre commerciale du 15 juin 1999 (*Bull. civ. IV 1999, n° 127 ; Bull. Joly Bourse 1999, p. 579, note N. Rontchevsky*) qui a approuvé l'annulation de sanctions prononcées par l'ancienne Commission des opérations de bourse à l'encontre de plusieurs sociétés issues de la scission de celle qui était auteur des manquements. Les juges ont ici retenu que le principe de la personnalité des sanctions s'oppose à ce qu'en l'absence de dispositions dérogatoires expresses, des personnes physiques ou morales autres que l'auteur du manquement en cause, puissent se le voir imputer et faire l'objet de sanctions à caractère pénal, la preuve n'étant pas rapportée que la scission avait été faite dans le but d'éluder toute poursuite. Il reste que c'est précisément la preuve d'une opération frauduleuse qui pourrait faire difficulté. Certains auteurs suggèrent alors une autre solution consistant à permettre à l'autorité judiciaire d'empêcher toute absorption ou dissolution de la personne morale dès lors que celle-ci fait l'objet d'une poursuite pénale (*V. L. Gamet, Le principe de personnalité des peines à*

*l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés : JCP G 2001, I, 345, n° 27. - M. Segonds, art. préc. n° 16) mais l'on souligne également que la participation d'une personne morale à une fusion frauduleuse pourrait constituer, pour la personne morale absorbante, le délit de blanchiment ou de recel d'organisation frauduleuse d'insolvabilité (M. Segonds, *ibid.*).*

b) Personnes morales reconnues par le juge

46. - Groupements concernés - Le droit prévoit parfois expressément ou implicitement que certains groupements, pourtant munis d'une organisation proche de celle d'entités dotées de la personnalité morale, sont néanmoins dépourvus de cette dernière. Tel est le cas de la société en participation (*C. civ., art. 1871*) à laquelle est assimilée la société créée de fait (*C. civ., art. 1873*), de l'association non déclarée (*L. 1er juill. 1901, relative au contrat d'association, art. 5*) ou du groupe de sociétés. L'article 121-2 du Code pénal s'appliquant seulement aux "personnes morales" ne permet pas d'engager la responsabilité pénale de ces entités de fait (V. notamment *F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 588. - Y. Guyon, Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? Rev. sociétés 1993, p. 235, n° 4*). Ainsi, dans une affaire où plusieurs sociétés avaient constitué une société en participation et désigné un salarié de l'une d'elles comme délégué en matière d'hygiène et de sécurité, un accident du travail a donné lieu à la condamnation de la société employeur de la victime, la cour d'appel ayant retenu que le délégué, même s'il n'était pas le salarié de la société condamnée, avait engagé la responsabilité de celle-ci en qualité de représentant. Les juges ont rejeté l'argumentation faisant valoir que ce délégué n'était représentant que de la société en participation, laquelle, étant dépourvue de personnalité juridique, ne pouvait être condamnée (*Cass. crim., 14 déc. 1999 : JurisData n° 1999-004838 ; Bull. crim. 1999, n° 306 ; Dr. pén. 2000, comm. 56, note M. Véron ; Rev. sc. crim. 2000, p. 600, obs. B. Bouloc et p. 851, obs. G. Guidicelli-Delage*).

Au mieux, dans le cas du groupe de sociétés, pourra-t-on considérer que les différentes sociétés le composant sont coauteurs ou que certaines d'entre elles sont complices d'une ou de plusieurs autres (*V. F. Desportes et F. Le Guehec, op. et loc. cit.*).

47. - Théorie de la réalité - Cette impunité des groupements non dotés de la personnalité juridique conduit nécessairement à se demander si la théorie de la réalité de la personne morale (*V. supra n° 3*) est susceptible d'être transposée en matière pénale, pour les besoins de la répression. La doctrine est divisée sur cette question et l'on avance plusieurs raisons pour rejeter cette perspective, qui ne résistent pas à l'analyse.

48. - Arguments défavorables - L'on soutient que l'admission de cette jurisprudence heurterait le principe de la légalité et que son fondement réside dans le fait que le groupement en question doit défendre des intérêts licites, ce qui serait impossible à caractériser en présence de la commission d'une infraction pénale (*F. Desportes et F. Le Guehec, op. et loc. cit.*). Ces arguments ne sont nullement convaincants. En effet, il ne serait possible d'invoquer le principe de la légalité que si l'article 121-2 du Code pénal visait expressément les personnes morales auxquelles la loi attribue la capacité juridique, ce qui n'est pas le cas. Faute de préciser la source de la personnalité, le texte, si l'on en fait une interprétation qui ne soit pas restrictive, n'exclut pas les personnes morales reconnues par le juge.

S'agissant ensuite du but nécessairement licite du groupement, le raisonnement n'a qu'une apparence de logique car, poussé à son terme, il devrait conduire à exclure purement et simplement toute forme de responsabilité pénale des personnes morales dès lors que celles qui sont reconnues par la loi doivent impérativement avoir un objet licite, à peine de nullité. Ce dernier n'empêche nullement de concevoir qu'elles puissent se rendre responsables d'infractions pénales. En d'autres termes, un groupement, reconnu par la loi ou non, peut parfaitement poursuivre un but licite et néanmoins commettre des infractions pénales (*V. J.-C. Saint-Pau, La responsabilité pénale des personnes morales, art. préc., n° 116 ; M. Segonds, art. préc., n° 14*). En outre, le législateur lui-même prévoit l'application de la peine de dissolution de la personne morale à celle qui a été créée ou a été détournée de son objet pour commettre une infraction (*C. pén., art. 131-39, al. 1, 1°*), donc à un groupement dont l'objet est ou est devenu illicite (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 241*). Par conséquent, il suffit que le groupement, même reconnu par la loi, possède une

apparence de licéité pour se voir appliquer le dispositif légal.

49. - Il est également avancé, contre la transposition en droit pénal de la théorie de la réalité, des raisons d'ordre technique tenant essentiellement à l'impossibilité d'infliger une amende à une personne morale de fait dépourvu de patrimoine, ce qui priverait de tout intérêt le mécanisme de responsabilité (*V. M.-L. Rassat, op. cit., n° 417. - F. Desportes et F. Le Gunehec, op. et loc. cit.*). L'argument est plus sérieux, ce d'autant plus que, par l'effet de la suppression du principe dit de spécialité, beaucoup d'infractions imputables aux personnes morales ne sont punies que d'une peine d'amende. Pourtant, l'obstacle n'est pas insurmontable parce qu'il existe d'autres peines que celles touchant au patrimoine du groupement, dont certaines peuvent avoir une portée à l'égard d'une personne morale qui serait reconnue seulement par le juge, comme l'interdiction d'une activité professionnelle ou sociale, le placement sous surveillance judiciaire ou l'affichage de la décision de condamnation (*C. pén., art. 131-39, al. 1, 2°, 3°, 9°*). Il faut rappeler, en outre, que même la dissolution d'un groupement de fait est envisageable, étant expressément prévue par l'article 1er de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées (*V. N. Rontchevsky et M. Comporti, La notion d'entité personnifiée : LPA 11 déc. 1996, p. 7*). Quant à la détermination des organes ou représentants du groupement, il ne pose pas plus de difficultés en droit pénal qu'en droit civil (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 253*).

Reste alors le spectre de l'insécurité juridique que ferait naître le pouvoir du juge de reconnaître à un groupement de fait une personnalité juridique afin de le condamner pénalement (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. et loc. cit.*). La menace doit être ramenée à de justes proportions car tout groupement de fait ne pourrait pas se voir reconnaître la capacité juridique par le juge, un minimum d'organisation et de durée apparaissant nécessaire (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 251 à 265*).

50. - Arguments favorables - Une partie de la doctrine appelle de ses vœux l'application en matière pénale de la théorie de la réalité en faisant remarquer notamment qu'il serait paradoxal de limiter la répression aux seuls groupements qui auront pris soin de faire les démarches nécessaires pour obtenir la personnalité juridique (*V. J.-H. Robert, Droit pénal général, p. 376, PUF, 6e éd. 2005. - N. Rontchevsky et M. Comporti, art. préc. - C. Lombois, Rapport de synthèse sur la responsabilité pénale des personnes morales : LPA 6 oct. 1993, p. 50 et 51*). En outre, la capacité de troubler l'ordre public des groupements de fait ne fait guère de doute, qu'il s'agisse des mouvements sectaires ou des groupes de sociétés (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 221 et 222*). En définitive, il n'existe pas de réel obstacle à la reconnaissance par le juge répressif de la personne morale à un groupement de fait mais il est également évident que le dispositif légal n'a pas été conçu pour s'appliquer efficacement à de tels groupements. Quoi qu'il en soit, il n'existe aucune jurisprudence sur ce point et l'on peut penser que la question restera encore longtemps au stade du débat doctrinal.

3° Personnes morales étrangères

51. - Difficultés - Le droit pénal s'appliquant indifféremment aux personnes physiques, quelle que soit leur nationalité, il doit en être de même pour les personnes morales dont la responsabilité pénale est recherchée pour des infractions commises sur le territoire français, l'article 121-2 du Code pénal ne faisant aucune distinction selon la nationalité de la personne. Cependant, l'application du mécanisme légal peut faire naître plusieurs problèmes.

52. - Attribution de la personnalité - L'existence même de la personnalité morale doit-elle être déterminée par rapport au droit français ou par rapport au droit national de la personne concernée ? Pour certains auteurs, le juge répressif devrait se référer aux critères du droit français (existence d'un patrimoine propre, capacité d'ester en justice...) pour savoir si l'entité considérée présente effectivement la nature d'une personne morale (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 587*). Cette solution, qui a le mérite de la simplicité et de l'efficacité répressive, aurait cependant pour conséquence qu'un groupement pourrait être condamné en France en qualité de personne morale alors qu'il n'en serait pas une dans son propre pays et elle revient, en définitive, à admettre la transposition de la théorie de la réalité. D'autres auteurs considèrent que la question de la nature du groupement doit être examinée au regard des règles juridiques de l'État dont dépend ce dernier (*M.-L. Rassat, op. cit., n° 417. - M. Delmas-Marty,*

Personnes morales étrangères et françaises, questions de droit pénal international : Rev. sociétés 1993, p. 255), ce qui peut aboutir à la difficulté inverse, à savoir condamner un groupement ayant la personnalité juridique dans son pays mais pas en France. Il semble que le problème n'ait pas encore été tranché en jurisprudence.

53. - Réciprocité d'incrimination - Une autre difficulté se présente lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 113-6 du Code pénal prévoyant l'application de la loi pénale française aux infractions commises par un Français à l'étranger dès lors que le texte prévoit, s'il s'agit d'un délit, qu'il doit également être puni par le droit du pays de commission. La question se pose de savoir s'il est nécessaire de constater que le droit étranger prévoit la responsabilité pénale des personnes morales. De nouveau, les auteurs sont partagés, la plupart considérant cependant que cette réciprocité de prévision s'impose (*en ce sens, M.-L. Rassat, op. cit., n° 417. - B. Bouloc, Droit pénal général : Dalloz 21e éd. 2009, n° 311. - contra, M. Delmas-Marty, op. et loc. cit.*).

54. - Personnes morales de droit public - On s'est également demandé si l'exclusion ou la limitation de la responsabilité pénale des personnes publiques concernaient seulement l'État français et les collectivités territoriales françaises. S'agissant des États étrangers, la Cour de cassation a rappelé récemment que la coutume internationale s'oppose à leur poursuite devant les juridictions pénales d'un autre État et elle a ajouté que cette règle s'étendait "aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui (...) relèvent de la souveraineté de l'État concerné" (*Cass. crim., 23 nov. 2004 : JurisData n° 2004-026042 ; Bull. crim. 2004, n° 292*). Il semble qu'on puisse déduire de cette formule que les collectivités territoriales et certaines autres personnes morales de droit public étrangères échappent à une responsabilité pénale devant les juridictions françaises, du moins pour leurs activités ne relevant pas de prérogatives de puissance publique (*V. P.-O. Caille, art. préc., n° 28*).

55. - Effectivité des sanctions - L'ultime problème réside dans l'application des sanctions infligées à une personne morale étrangère jugée responsable pénalement pour des faits commis en France si elle ne possède aucun établissement sur le territoire français. Si certaines sanctions, telles que l'exclusion des marchés publics ou l'interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers, peuvent s'appliquer même dans ce cas, d'autres, comme la dissolution ou la fermeture d'établissement, ne peuvent s'exécuter que sur le territoire étranger et il semble que seules des conventions internationales sont susceptibles d'en assurer la mise en application (*V. F. Desportes et F. Le Guehec, op. et loc. cit.*).

B. - Détermination des infractions

56. - Dans un premier temps, le législateur a souhaité limiter la responsabilité pénale des personnes morales à certaines infractions mais, le mécanisme prévu ne donnant pas satisfaction a été supprimé. Il convient de retracer cette évolution législative (1°) avant d'analyser le droit positif (2°).

1° Évolution législative

57. - Signification - L'article 121-2 du Code pénal disposait, lors de l'entrée en vigueur du Code pénal, que la responsabilité pénale des personnes morales pouvait être engagée "*dans les cas prévus par la loi ou le règlement*". Les rédacteurs du Code pénal souhaitaient de la sorte garder une certaine maîtrise sur le mécanisme institué en permettant sa mise en oeuvre seulement lorsqu'un texte le prévoyait. Ainsi, pour chaque infraction, le législateur s'imposait d'énoncer ou non que les personnes morales pouvaient être poursuivies et sanctionnées par certaines des peines prévues pour elles. Faute de précision, une personne morale ne pouvait voir sa responsabilité pénale mise en cause pour l'infraction considérée, comme la Cour de cassation eut l'occasion de le rappeler pour la tromperie et la publicité de nature à induire en erreur (*Cass. crim., 30 oct. 1995 : JurisData n° 1995-003678 ; Bull. crim. 1995, n° 336 ; Dr. pén. 1996, comm. 62, note J.-H. Robert. - Cass. crim., 19 juin 2007 : JurisData n° 2007-039956 ; Bull. crim. 2007, n° 169*), pour la diffamation publique (*Cass. crim., 1er sept. 2005 : JurisData n° 2005-030002*) ou pour le délit de manquement aux règles d'hygiène et de sécurité au travail (*Cass. crim., 14 oct. 2003 : JurisData n° 2003-021170. - Cass. crim., 13 sept. 2005 : JurisData n° 2005-030014*).

58. - Cas particuliers - La question se posait cependant de savoir si certaines infractions n'étaient pas imputables aux personnes morales malgré l'absence de disposition spéciale, en raison de la rédaction des textes, généralement antérieurs à 1994, qui ne désignaient pas expressément l'auteur des faits comme devant être une personne physique. Sur ce point, la jurisprudence a pris des positions quelque peu contradictoires selon les infractions en cause. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que l'article R. 362-1-1 ancien du Code du travail, qui punissait "*toute personne*" ayant contrevenu aux dispositions de l'article L. 321-1-1, était inapplicable aux personnes morales, faute de disposition expresse prévoyant la responsabilité pénale de ces dernières (*Cass. crim.*, 18 avr. 2000 : *JurisData* n° 2000-001999 ; *Bull. crim.* 2000, n° 153 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 817, obs. B. Bouloc). En revanche, elle a considéré que l'article 399 du Code des douanes, aux termes duquel "*ceux qui ont participé comme intéressés d'une manière quelconque*" à un délit douanier, sont passibles des mêmes peines que les auteurs de l'infraction, était applicable tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales (*Cass. crim.*, 26 sept. 2001 : *JurisData* n° 2001-011430 ; *Bull. crim.* 2001, n° 191. - *Cass. crim.*, 5 févr. 2003 : *JurisData* n° 2003-017916 ; *Bull. crim.* 2003, n° 24 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 554, obs. B. Bouloc ; *D.* 2003, p. 2855, note J.-Cl. Planque. - *Cass. crim.*, 4 nov. 2009 : *JurisData* n° 2009-050482). De la même manière, en matière de contributions indirectes, il est admis depuis longtemps que les personnes morales peuvent être condamnées à des amendes fiscales et l'entrée en vigueur du Code pénal n'a pas conduit la Cour de cassation à modifier cette position alors que les textes du Code général des impôts ne prévoyaient pourtant pas spécialement la responsabilité pénale des êtres moraux (*Cass. crim.*, 22 mars 2006 : *JurisData* n° 2006-033124 ; *Bull. crim.* 2006, n° 85 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 87, note J.-H. Robert).

59. - Fondement - Les raisons avancées pour justifier le principe de spécialité tenaient, d'une part, à la vraisemblance et d'autre part, à l'utilité. En premier lieu, il était souligné que certaines infractions, comme le viol ou l'exhibition sexuelle, ne pouvaient être imputées à des personnes morales parce que cela était absurde (*V. M.-L. Rassat, op. cit.* n° 411). C'est oublier que, selon l'article 121-2 du Code pénal, la personne morale est responsable des infractions commises, pour son compte, par ses organes ou représentants et qu'il n'est pas question de se demander si la personne morale peut elle-même commettre les faits. En outre, à défaut d'être auteur, la personne morale peut être complice (*V. les exemples cités par F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit.*, n° 594). Au demeurant, le législateur a, par la suite, prévu spécialement la responsabilité pénale des personnes morales pour des infractions comme le meurtre ou l'empoisonnement (*C. pén.*, art. 221-5-2, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001) et pour les infractions sexuelles (*C. pén.*, art. 222-33-1, dans sa rédaction issue de la même loi).

En second lieu, il pouvait sembler préférable que le législateur ne rende les personnes morales responsables que lorsque cela présentait un intérêt répressif, ce qui supposait de déterminer les domaines dans lesquels un tel intérêt pouvait exister. Ce critère présentait nécessairement un caractère arbitraire et supposait un vaste travail législatif portant sur le droit pénal figurant hors du Code pénal, travail réalisé de manière très parcellaire au 1er mars 1994 par la loi n° 92-1336 dite d'adaptation du 16 décembre 1992 (*Journal Officiel* 23 Décembre 1992).

En définitive, le principe de spécialité ne semblait reposer que sur la crainte des parlementaires de perdre la maîtrise de la répression pénale des personnes morales et il a fait l'objet de vives critiques.

60. - Contestation - La doctrine a rapidement mis en lumière les inconvénients majeurs du principe, tenant aux lacunes et aux incohérences qu'il générerait (*V. notamment J.-C. Planque, Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : LPA* 7 janv. 2004, p. 3, n° 4 à 10. - *S. Stology, La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales : JCP G* 2004, I, 138, n° 13 à 17. - *M.-E. Cartier, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales, libres propos : Mélanges Bouloc*, p. 97). À titre d'exemples, au sein du Code du travail, très peu d'infractions étaient susceptibles d'être reprochées aux personnes morales et il en allait de même, initialement, pour des infractions telles que la publicité de nature à induire en erreur ou la tromperie pour lesquelles il paraissait opportun de rendre une personne morale responsable. En outre, de multiples incohérences étaient soulignées telles que le fait que la discrimination fondée sur le sexe était imputable à une personne morale selon le Code pénal (*C. pén.*, art. 225-4) mais pas selon le Code du travail, qui prévoit un délit spécial réprimant cette forme de discrimination (*C. trav.*, art.

L. 152-1-1 ancien, devenu art. L. 1146-1. - V. F Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 596).

61. - Extension des infractions imputables aux personnes morales - Dans un premier temps, le législateur a tenté de combler les lacunes, au fil des textes, en ajoutant des dispositions spéciales permettant d'engager la responsabilité pénale des personnes morales. Ce fut le cas, notamment, avant l'entrée en vigueur du Code pénal, de la loi du 16 décembre 1992, en matière de banqueroute, de pollution atmosphérique ou de réglementation concernant les installations classées. Par la suite, une extension très importante du domaine des infractions imputables aux êtres moraux a été réalisée par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires (*Journal Officiel 13 Juin 2001*), le texte rendant possible la mise en jeu de la responsabilité des personnes morales pour de nombreuses infractions contre les personnes (meurtre, assassinat, empoisonnement, viols, agressions sexuelles etc.) mais aussi pour les fraudes et falsifications (*C. consom., art. L. 213-6*). On peut citer encore la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière (*Journal Officiel 2 Aout 2003*) dont l'article 54 introduit la responsabilité pénale des personnes morales pour le démarchage bancaire et financier (*C. monét. et fin., art. L. 353-4*).

62. - Abrogation du principe - C'est finalement à l'occasion du vote de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (*Journal Officiel 10 Mars 2004*) qu'a été proposée la suppression, à l'alinéa 1er de l'article 121-2 du Code pénal, du membre de phrase "*et dans les cas prévus par la loi et le règlement*". Cette modification substantielle a été adoptée sans obstacle, certaines dispositions complémentaires étant cependant ajoutées concernant notamment les peines (*L. 9 mars 2004, art. 54 et 55*).

Le législateur s'est donc contenté de modifier le texte général sans toucher à tous les textes particuliers énonçant, au cas par cas, que la responsabilité pénale des personnes morales était encourue. Ceci a pour conséquence que ces textes présentaient une défectuosité puisqu'ils continuaient de prévoir que les personnes morales pouvaient être déclarées responsables pénalement pour les infractions considérées, ce qui, par l'effet de la suppression du principe de spécialité, devenait superflu. En revanche, leur utilité restait considérable en ce que ces textes prévoient quelles sont les peines applicables aux personnes morales condamnées.

Le législateur a estimé nécessaire de procéder à un toilettage de ces textes afin de supprimer cette anomalie, sans réelle portée juridique pourtant, ce qui a été fait par les articles 124 et 125 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (*Journal Officiel 13 Mai 2009*). Désormais, les textes n'évoquent plus la possibilité d'engager la responsabilité pénale de la personne morale mais énoncent que "*les personnes morales déclarées responsables pénalement*" encourent certaines peines. L'on reste perplexe sur l'intérêt d'un tel travail de réécriture, qui n'a aucune conséquence sur la règle de droit, alors que le législateur n'a pas cru bon de revenir sur le problème, beaucoup plus sérieux, des peines applicables aux personnes morales déclarées responsables d'infractions pour lesquelles leur responsabilité n'était pas prévue spécialement avant la disparition du principe de spécialité (*V. J.-C. Planque, art. préc. n° 11 à 15*).

63. - Entrée en vigueur - L'article 207, IV de la loi du 9 mars 2004 a prévu que l'article 54 relatif à l'abrogation du principe de spécialité ne s'appliquerait qu'à compter du 31 décembre 2005, ce report étant justifié par la nécessité de procéder à des modifications concernant notamment les peines applicables. En réalité, ces modifications ne sont jamais intervenues, une simple circulaire du 13 février 2006 ayant fourni quelques indications aux magistrats devant mettre en oeuvre le nouveau dispositif (*Circ. Crim-06-3/E8, 13 févr. 2006 : D. 2006, p. 714. - W. Roumier, Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2006, alerte 20*).

En tout état de cause, la suppression du principe de spécialité, ayant pour conséquence d'étendre les incriminations à une nouvelle catégorie de prévenus, constitue nécessairement une disposition pénale plus sévère, applicable seulement aux faits commis à compter du 31 décembre 2005, ainsi que l'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation (*Cass. crim., 19 juin 2007 : JurisData n° 2007-039956 ; Bull. crim. 2007, n° 169. - Cass. crim., 4 sept. 2007 : JurisData n° 2007-040676. - Cass. crim., 20 oct. 2009 : JurisData n° 2009-050161*).

Il convient de noter également que la disparition du principe de spécialité ne signifie pas que les lois ultérieures ne font plus aucune référence à la responsabilité pénale des personnes morales dès lors que des textes spéciaux continuent de déterminer quelles sont les peines qui leur sont applicables. À titre d'exemple, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (*Journal Officiel 14 Novembre 2007*) a introduit un article 435-15 au sein du Code pénal, énumérant les peines pouvant être infligées aux personnes morales condamnées pour plusieurs infractions de corruption ou de trafic d'influence créées par cette loi.

2° Droit positif

64. - L'élargissement du domaine de la responsabilité pénale des personnes morales par l'abrogation du principe de la spécialité ne signifie pas que toute infraction est imputable à une personne morale. D'une part, certaines ont été exclues par la volonté expresse du législateur mais, d'autre part, certaines le sont également, implicitement mais nécessairement.

a) Infractions expressément exclues

65. - **Délits de presse** - L'article 55 de la loi du 9 mars 2004 a créé un article 43-1 au sein de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en vertu duquel l'article 121-2 du Code pénal modifié n'est pas applicable aux infractions de presse pour lesquelles un système particulier d'imputation, dit "en cascade", est prévu. En vertu de ce dispositif, les auteurs principaux des infractions sont réputés être les directeurs de publications ou éditeurs ou, à défaut, les auteurs des textes ou propos, ou, à défaut, les imprimeurs, ou, à défaut, les vendeurs, distributeurs et afficheurs (*L. 29 juill. 1881, art. 42*). Lorsque les directeurs de publications ou éditeurs sont poursuivis, les auteurs des écrits ou propos sont considérés comme complices (*L. 29 juill. 1881, art. 43*). Le législateur a donc jugé qu'il n'était pas opportun de cumuler cette responsabilité des personnes physiques avec celle des entreprises de presse elles-mêmes.

La loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle a été modifiée de la même manière par l'introduction d'un article 93-4 excluant l'application de l'article 121-2 du Code pénal aux infractions pour lesquelles l'article 93-3 est applicable. Ce dernier texte consacre la même responsabilité "en cascade" de personnes physiques lorsque les infractions prévues par le chapitre IV de la loi sur la presse sont commises par un moyen de communication au public par voie électronique.

66. - **Loi du 29 juillet 1881** - Les infractions concernées sont donc :

- les délits de provocation à un crime ou un délit (*L. 29 juill. 1881, art. 23 et 24*) ;
- l'offense au président de la République (*L. 29 juill. 1881, art. 26*) ;
- la diffusion de fausses nouvelles troublant ou susceptible de troubler la paix publique (*L. 29 juill. 1881, art. 27*) ;
- la diffamation et l'injure publiques (*L. 29 juill. 1881, art. 29 à 33*) ;
- la diffusion de l'image d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale, menottée, entravée ou placée en détention provisoire et la réalisation ou la publication d'un sondage d'opinion portant sur la culpabilité d'une personne (*L. 29 juill. 1881, art. 35 ter*) ;
- la diffusion de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, portant gravement atteinte à la dignité d'une victime (*L. 29 juill. 1881, art. 35 quater*) ;
- l'outrage public envers les agents diplomatiques étrangers (*L. 29 juill. 1881, art. 37*) ;
- la publication des actes de procédure criminelle ou correctionnelle (*L. 29 juill. 1881, art. 38*) ;
- l'emploi d'appareils d'enregistrement lors des audiences des juridictions judiciaires et administratives (*L. 29 juill. 1881, art. 38 ter*) ;
- le compte-rendu de certains procès (*L. 29 juill. 1881, art. 39*) ;
- la diffusion d'informations relatives à l'identité d'un mineur dans certaines circonstances (*L. 29 juill. 1881, art. 39 bis*) ;

- la publication d'une information relative à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière (*L. 29 juill. 1881, art. 39 quater*) ;
- la diffusion de renseignements relatifs à l'identité d'une victime d'agression ou d'atteinte sexuelles (*L. 29 juill. 1881, art. 39 quinquies*) ;
- la révélation, dans certaines circonstances, de l'identité de fonctionnaires de la police nationale, de militaires ou personnels civils du ministère de la Défense ou d'agents des douanes (*L. 29 juill. 1881, art. 39 sexies*) ;
- l'ouverture ou l'annonce publique de souscriptions destinées à indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations criminelles ou correctionnelles (*L. 29 juill. 1881, art. 40*).

67. - Infractions du Code pénal - À cette liste, il faut ajouter un certain nombre de délits et contraventions prévus par le Code pénal pour lesquels la détermination des personnes responsables doit se faire en application de la loi de 1881 lorsque les faits sont commis par voie de presse écrite ou audiovisuelle. Il s'agit de :

- la provocation au suicide et de la publicité en faveur de moyens de se suicider (*C. pén., art. 223-15*) ;
- la diffusion d'enregistrement ou document obtenu par une atteinte à l'intimité de la vie privée (*C. pén., art. 226-2, al. 2*) ;
- la diffusion d'un montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement (*C. pén., art. 226-8, al. 2*) ;
- la diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine (*C. pén., art. 227-24, al. 2*) ;
- les délits de provocation de mineur prévus par les articles 227-18 à 227-21 et la diffusion d'images de mineurs à caractère pornographique de l'article 227-23 du Code pénal (*C. pén., art. 227-28*) ;
- la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population (*C. pén., art. 412-8, al. 3*) ;
- la provocation à la désobéissance des militaires (*C. pén., art. 413-3, al. 2*) ;
- la participation à une entreprise de démoralisation de l'armée (*C. pén., art. 413-4, al. 2*) ;
- la provocation directe à la rébellion (*C. pén., art. 433-10, al. 2*) ;
- la publication, avant l'intervention d'une décision juridictionnelle définitive, de commentaires en vue d'influencer les déclarations des témoins ou la décision (*C. pén., art. 434-16, al. 2*) ;
- le discrédit jeté sur une décision juridictionnelle (*C. pén., art. 434-25, al. 3*).

68. - Appréciation - La justification de l'exclusion de la responsabilité pénale des personnes morales pour toutes ces infractions tient dans la volonté d'éviter une répression trop lourde des infractions commises par voie de presse (*V. Circ. Crim-06-3/E8, 13 févr. 2006, citée supra n° 63*). L'argument ne peut convaincre dès lors qu'il est transposable, de manière générale, à toute infraction susceptible d'être imputée à une personne morale puisque l'article 121-2 du Code pénal autorise le cumul entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique (*V. infra n° 116 à 123*). La raison doit plutôt être trouvée dans l'objectif de la loi de 1881 qui est de responsabiliser tout particulièrement les personnes physiques en leur imposant un contrôle des publications (*V. M.-E. Cartier, art. citée supra n° 60, p. 115*). L'instauration en la matière d'une possibilité de condamner l'entreprise de presse présenterait alors un risque de déresponsabilisation de ses dirigeants. Cependant, on a fait remarquer que "dans ces matières où le directeur de la publication est censé effectuer un contrôle qu'il ne peut matériellement pas accomplir, la responsabilité pénale de la personne morale aurait été plus nécessaire que celle de la personne physique" (*B. Bouloc, Les personnes morales toujours responsables pénalement : Rev. Lamy dr. aff. févr. 2006, p. 13*). Peut-être eut-il alors été plus judicieux de modifier l'ordre des responsables, tel qu'il est déterminé par les articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881, pour y introduire l'entreprise de presse elle-même.

b) Infractions implicitement exclus

69. - Position du problème - En dehors des infractions que le législateur a spécialement écartées du mécanisme de l'article 121-2 du Code pénal, d'autres semblent ne pas pouvoir être reprochées à une personne morale, pour des raisons liées à la rédaction des textes d'incrimination. Cette difficulté est généralement ignorée par la doctrine qui affirme souvent que la suppression du principe de spécialité permet, depuis le 31 décembre 2005, d'imputer n'importe quelle infraction à un être moral (V., par ex., J. Pradel, *Droit pénal général* : Cujas, 17e éd., 2008/2009, n° 538. - C. Mascala, *L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité* : Bull. Joly Sociétés 2006, n° 1, p. 5. - M.-C. Sordino, *La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales* : Gaz. Pal. 11 sept. 2004, p. 13). Pourtant, quelques auteurs ont fait remarquer que certaines infractions qui, *a priori*, semblent pouvoir être reprochées à une personne morale requièrent, parmi leurs conditions légales, que l'auteur présente une qualité particulière que seule une personne physique peut posséder ou, du moins, qu'une personne morale ne peut posséder que dans certaines circonstances. Cette réflexion a été faite notamment à propos de l'abus de biens sociaux dans les sociétés anonymes (V. B. Bouloc, art. préc. supra n° 68. - H. Matsopoulou, *Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales* : Rev. sociétés 2006, p. 483, n° 5), délit qui suppose, selon l'article L. 242-6 du Code de commerce, que l'auteur soit le président, l'administrateur ou le directeur général de la société. Or, le président de la société anonyme et le directeur général ne peuvent être que des personnes physiques (C. com., art. L. 225-47 et art. L. 225-51-1) et seul l'administrateur pourrait être une personne morale mais, dans ce cas, celle-ci doit désigner un représentant permanent qui encourt la même responsabilité pénale que s'il était administrateur en son nom propre (C. com., art. L. 225-20). Il paraît donc difficile d'imputer un abus de biens sociaux à une société sauf si elle est l'administrateur d'une autre.

70. - Ampleur du problème - En réalité, le problème ne se limite pas à l'abus de biens sociaux ni même aux délits du droit pénal des affaires car la difficulté se présente chaque fois que le législateur exige que l'auteur des faits présente une certaine qualité. Or, soit cette qualité peut se trouver chez une personne morale, comme celle d'employeur, par exemple, et il n'y a pas de difficulté à retenir la responsabilité pénale d'une personne morale, à condition que celle-ci ait bien, dans les faits de l'espèce, cette qualité (V., par ex., en droit pénal des sociétés, lorsque le législateur prévoit que les auteurs doivent être "associés", "fondateurs" ou "administrateurs" : C. com., art. L. 241-1, L. 242-1, L. 242-3, L. 242-17. - en ce sens, P. Conte, JCl. Pénal des affaires, V° Sociétés, Fasc. 10, n° 8 et 23 ; V° Sociétés, Fasc. 20, n° 12). Soit la qualité en question ne peut appartenir qu'à une personne physique et, dans ce cas, il est impossible de rendre responsable la personne morale comme auteur de l'infraction sans violer le principe de la légalité car cela reviendrait à une application extensive des incriminations à des personnes autres que celles qui sont visées par le législateur (en ce sens : J.-C. Planque, *Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? À propos de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales* : D. 2006, p. 1836. - notre note ss Cass. crim., 15 janv. 2008 : JCP G 2008, II, 10082. - V. également P. Conte, op. et loc. cit.). Or, le problème se pose plus souvent qu'on ne pourrait l'imaginer. À titre d'exemple, les infractions telles que la privation de soins ou d'aliments (C. pén., art. 227-15), l'abandon moral de famille (C. pén., art. 227-17) ou le non-respect de l'obligation scolaire (C. pén., art. 227-17-1) ne peuvent être commises que par un ascendant ou les parents, termes qui désignent, de tout évidence, exclusivement des personnes physiques et le fait que le législateur ait cru devoir déterminer les peines applicables aux personnes morales déclarées responsables de ces délits ne change rien à cette situation (C. pén., art. 227-17-2). De la même manière, les délits dont l'auteur doit être une personne dépositaire de l'autorité publique, tels que ceux incriminés par les articles 432-1 et suivants du Code pénal, et notamment, la concussion (C. pén. art. 432-10), la corruption passive (C. pén., art. 432-1) ou encore la prise illégale d'intérêts (C. pén. art. 432-12) ne peuvent être reprochées à une personne morale. On peut encore citer la participation à une pratique anticoncurrentielle dès lors que l'article L. 420-6 du Code de commerce désigne l'auteur comme "toute personne physique", ce qui exclut clairement les personnes morales (C. com., art. L. 420-6).

71. - Solution - Le respect des principes de la légalité criminelle et de l'interprétation stricte de la loi pénale imposent donc de considérer que certaines infractions, même après la suppression du principe de spécialité, ne sont

toujours pas imputables à une personne morale parce que cette dernière ne peut en aucun cas présenter la qualité requise par le texte. Il convient de préciser que le problème ne doit pas être confondu avec la question de savoir si certaines infractions, sexuelles notamment, sont réalisables ou non par une personne morale. En effet, cette dernière question n'a pas vraiment de sens car, en dehors d'hypothèses particulières où l'infraction ne suppose pas une activité physique, comme c'est le cas des délits d'omission, il est inconcevable qu'une infraction soit, à proprement parler, "commise" par une personne morale. C'est pourquoi il n'existe pas d'obstacle juridique à reprocher un viol à un être moral, l'argument selon lequel la personne morale est asexuée par principe étant inopérant car le texte réprimant le viol ne prévoit nullement que ce dernier ne peut être commis que par certaines personnes ayant une qualité particulière, ce qui conduit d'ailleurs la jurisprudence à le retenir aussi bien lorsque l'auteur est un homme ou une femme (*contra* : H. Matsopoulou, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales* : *Rev. sociétés* 2004, p. 283, n° 7). Le problème posé ici est donc exclusivement lié à la manière dont les textes sont rédigés et à la volonté exprimée par le législateur de ne réprimer les faits que lorsqu'ils sont commis par certaines personnes déterminées précisément.

72. - Complicité - À défaut de pouvoir retenir la responsabilité pénale de la personne morale en tant qu'auteur, il reste possible de considérer cette dernière comme complice dès lors que la jurisprudence admet sans difficulté que l'on peut être complice d'une infraction dont on ne peut être l'auteur (*V. Cass. crim.*, 7 sept. 2005 : *JurisData* n° 2005-029900 ; *Bull. crim.* 2005, n° 219 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 167, note M. Véron). Cependant, il sera nécessaire, en premier lieu, de pouvoir relever des faits correspondant aux actes de complicité incriminés par l'article 121-7 du Code pénal, à savoir soit une aide ou une assistance, soit une provocation ou des instructions. En deuxième lieu, la solution n'est applicable que si l'infraction est intentionnelle car il paraît difficile de retenir la complicité, nécessairement intentionnelle, d'un délit qui ne l'est pas (*V.*, P. Salvage, *JCl. Pénal Code, Art. 121-6 et 121-7*, n° 97). Il faut également rappeler qu'en matière de contraventions, la complicité par aide ou assistance ne peut être retenue que si le législateur le prévoit expressément (*C. pén.*, art. 121-7), ce qui peut donc constituer un obstacle important. Enfin, un autre problème surgit si la personne morale est poursuivie en tant que complice d'une personne physique qui est son organe ou son représentant car, dans ce cas, il faut établir que ce dernier a eu deux états d'esprit différents, l'un correspondant à l'infraction qui lui est reprochée comme auteur, l'autre correspondant à la complicité de la personne morale dont il est l'organe ou le représentant (*V. infra* n° 112), ce qui semble pour le moins malaisé.

73. - Jurisprudence - Il existe peu de décisions connues ayant mis en oeuvre l'article 121-2 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004. La cour d'appel de Rouen, dans un arrêt en date du 12 avril 2007 (*JurisData* n° 2007-343544), a condamné une société pour une contravention prévue par l'article 20 du décret n° 91-409 du 26 avril 1991 fixant les prescriptions en matière d'hygiène concernant les denrées, produits ou boissons destinés à l'alimentation humaine. Or, ce texte vise "les chefs d'entreprise ou leurs délégués", termes désignant des personnes physiques, ce qui aurait dû faire obstacle à l'imputation de l'infraction à la société. Une autre cour d'appel a rendu une société responsable du chef d'entrave à la désignation des délégués du personnel, ce qui ne pose pas de problème dès lors que le texte (*C. trav.*, ancien art. L. 482-1 devenu art. L. 2316-1) n'exige aucune qualité particulière de l'auteur (*CA Paris*, 17 nov. 2008 : *JurisData* n° 2008-004120).

En revanche, la Cour de cassation a rendu une décision qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant condamné une société du chef de manquement aux règles d'hygiène et de sécurité de l'ancien article L. 263-2 du Code du travail, alors qu'à l'époque des faits ce texte rendait responsables le "chef d'établissement", "directeur" ou "gérant", ce que n'était manifestement pas la personne morale poursuivie (*Cass. crim.*, 28 avr. 2009 : *JurisData* n° 2009-048213 ; *Bull. crim.* 2009, n° 80 ; *JCP G* 2009, n° 45, 402, *notre note*). Si l'imputation du délit à une société ne fait plus de difficultés depuis le 1er mai 2008, puisque l'article L. 4741-1 du Code du travail a remplacé les termes en question par celui d'"employeur", il n'en allait pas de même dans l'espèce. Cette décision ne peut donc être approuvée car elle entérine une inquiétante violation du principe de la légalité.

Plus généralement, il est évident que ni le législateur, ni les juges n'ont, pour l'instant, mesuré les conséquences véritables de l'abrogation du principe de spécialité puisque la circulaire du 13 février 2006 (*cité supra* n° 63) donne,

en annexe, des exemples d'infractions pour lesquelles il faudrait poursuivre les personnes morales alors que ces infractions ne peuvent pas être imputées à ces dernières (délit de l'ancien article L. 263-2 du Code du travail, contravention de l'article R. 237-3 du Code rural désignant les "*chefs, directeurs ou gérants des établissements ou entreprises*" etc.).

II. - Mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales

74. - Plan - Aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte par un organe ou un représentant. Le législateur a donc pris acte du fait qu'un être moral étant désincarné ne peut, *a priori*, commettre par ses propres moyens des faits constitutifs d'une infraction, lesquels doivent donc être réalisés, en son nom, par un être humain. L'intervention d'une personne physique apparaît donc nécessaire pour que l'être moral soit rendu responsable pénalement. Il convient dès lors d'analyser les conditions particulières prévues par le texte auxquelles il faut ajouter les conditions générales de l'imputabilité, à savoir l'absence d'une cause d'irresponsabilité pénale (A). Lorsque ces conditions sont remplies, la personne morale peut être condamnée en tant qu'auteur ou complice, ce qui, selon l'article 121-2, alinéa 3, n'exclut pas la responsabilité pénale des personnes physiques ayant commis les mêmes faits (B).

A. - Conditions de la mise en oeuvre

75. - La responsabilité pénale d'une personne morale ne peut être engagée que par l'intermédiaire d'un organe ou d'un représentant (1°) qui commet l'infraction pour le compte du groupement (2°).

1° Commission d'une infraction par un organe ou un représentant

76. - Après avoir précisé les notions d'organe et de représentant, il faudra se demander si leur identification est indispensable pour condamner la personne morale puis mesurer la portée de la condition selon laquelle l'infraction doit être commise par cet organe ou représentant.

a) Notion d'organe ou de représentant

1) Organe

77. - Organe de droit - La détermination des organes de droit des personnes morales semble aisée car elle résulte le plus souvent des textes qui prévoient comment est organisé le groupement. Ainsi est-il possible de distinguer les organes individuels, ne comprenant qu'une personne physique, tel que le président d'une association ou d'un conseil d'administration de société, des organes collectifs, composés de plusieurs personnes, tels que l'assemblée générale d'une association ou d'une société ou le conseil municipal, général ou régional. On notera cependant que, selon certains auteurs, le terme "organe" désignerait seulement des entités comportant plusieurs personnes comme le conseil d'administration ou le directoire alors que le "représentant" serait nécessairement une personne physique (*V. J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 17^e éd. 2008/2009, n° 540. - B. Bouloc, Droit pénal général, préc. n° 312*). Il est également possible de distinguer les organes délibérants, nécessairement collectifs, et les organes exécutifs, soit collectifs, tels que le conseil d'administration d'une société ou d'une association, soit individuels tels que le maire ou le gérant d'une société. Le législateur détermine parfois de manière précise ces organes de droit, pour les sociétés ou les personnes morales de droit public par exemple, ou, au contraire, laisse aux membres du groupement le soin de les déterminer eux-mêmes, comme dans le cas des associations. Dans tous les cas, il est indispensable que cet organe soit investi du pouvoir de direction ou de gestion de la personne morale ou encore du pouvoir de l'engager juridiquement. En effet, dès lors que l'article 121-2 du Code pénal prévoit que l'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale, il semble difficile d'imaginer que des organes de surveillance ou de contrôle, à l'image du conseil de surveillance de la société anonyme (*V. C. com., art. L. 225-68*) ou des commissaires aux comptes des sociétés, puissent engager la responsabilité pénale de la personne morale, même s'il s'agit bien d'organes au sens du texte du Code pénal (*V. en ce sens : J.-C. Saint-Pau,*

art. cité supra n° 36, n° 154). Dans tous les cas, il appartient aux juges du fond de déterminer quels sont les organes susceptibles de commettre les infractions imputables à la personne morale.

78. - Organe de fait - La question se pose de savoir si le terme "organe" peut s'appliquer également aux dirigeants de fait des personnes morales. La doctrine est divisée sur ce point, certains auteurs considérant que les actes d'un organe de fait ne doivent pas engager la responsabilité pénale de la personne morale car celle-ci en est la première victime (*J. Pradel, op. cit., n° 541*) alors que d'autres estiment que, dès lors que l'organe agit "pour le compte de" la personne morale, il n'y a pas de raison de ne pas rendre le groupement responsable car décider le contraire reviendrait à créer une inégalité devant la loi pénale puisqu'il suffirait de placer à la tête de l'être moral un prête-nom pour échapper à toute responsabilité (*M. Delmas-Marty, Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 301. - J.-C. Planque, op. cit., n° 353*). Une position intermédiaire consiste à proposer de distinguer les hypothèses et d'admettre la capacité du dirigeant de fait à engager la responsabilité pénale de l'être moral à condition que les organes de droit lui aient abandonné délibérément leurs pouvoirs de direction ou de gestion alors que celui qui s'immiscerait ponctuellement dans la gestion de l'être moral, à son insu, ne pourrait pas le rendre responsable des infractions qu'il commettrait (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 606. - M.-L. Rassat, op. cit., n° 422*).

79. - Jurisprudence : représentant de fait - En définitive, il semble réaliste de considérer que le dirigeant de fait puisse rendre la personne morale responsable des infractions qu'il commet si c'est pour le compte de cette dernière mais que, dans ce cas, il constitue davantage un représentant qu'un organe, au sens de l'article 121-2 du Code pénal. Telle est la position de la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 décembre 2003, dans lequel elle approuve la condamnation pour escroquerie d'une société, fondée sur le fait que l'auteur des faits intervenait en tant que dirigeant de fait de la société et la représentait, notamment, dans ses relations avec une autre société, le pourvoi soutenant que l'intéressé était un simple salarié non pourvu d'une délégation de pouvoirs étant rejeté (*Cass. crim., 17 déc. 2003, n° 00-87.872. - V. également CA Douai, 26 févr. 2003 : JurisData n° 2003-214506*). Il est donc acquis que le dirigeant de fait puisse engager la responsabilité pénale de la personne morale dès lors qu'il agit en son nom et pour son compte à l'égard des tiers (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 356*).

2) Représentant

80. - Notion - Il importe de distinguer les organes des représentants, même si la frontière n'apparaît pas clairement, parce que les organes d'une personne morale ont généralement pour première fonction de représenter celle-ci. Ainsi, en droit des sociétés, les organes statutaires de celles-ci en sont les représentants légaux et il en va de même, en droit public, du maire ou du président du conseil général. Cependant, si les organes sont des représentants, l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, dans certaines situations, des personnes physiques peuvent recevoir une mission de représentation de la personne morale sans en devenir un organe. Tel est le cas, notamment, des mandataires judiciaires, administrateur ou liquidateur dans le cadre d'une procédure collective (*V. CA Nîmes, 20 avr. 2001 : JurisData n° 2001-150204*) ou administrateur provisoire. En définitive, le terme représentant "peut aussi bien désigner les personnes qui, en vertu des statuts, ont la possibilité d'agir au nom de la personne morale que celles à qui des textes spéciaux confient le soin d'agir pour le compte de ladite personne morale, le plus souvent suite à une désignation par l'autorité judiciaire" (*H. Matsopoulou, Rép. soc. Dalloz, V° Responsabilité pénale des personnes morales, n° 41*). Cependant, Le problème se pose également en présence d'une personne physique qui serait mandatée par la personne morale elle-même aux fins de la représenter. Tel pourrait être le cas d'un simple salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs.

81. - Préposé pourvu d'une délégation de pouvoirs : discussion - Ici encore, la doctrine est partagée sur le point de savoir si un salarié peut engager la responsabilité pénale d'une société en vertu d'une délégation de pouvoirs que lui aurait consentie le chef d'entreprise. Certains auteurs y sont hostiles en invoquant le fait que le législateur a implicitement exclu qu'un simple salarié puisse engager la responsabilité pénale de la personne morale, le fait qu'il soit pourvu d'une délégation de pouvoirs ne changeant pas son statut, qui le prive de tout pouvoir de représentation (*B. Bouloc, op. cit., n° 312*). L'on ajoute que la délégation de pouvoirs est un

mécanisme permettant au chef d'entreprise, personne physique, de transférer une partie de ses pouvoirs à un subordonné, ce qui a pour effet de l'exonérer de sa responsabilité pénale dans ce domaine mais qu'elle ne permet pas au chef d'entreprise de transférer des pouvoirs attribués à l'organe d'une personne morale. Ainsi, le salarié titulaire de la délégation "n'est que le représentant du dirigeant, personne physique, et non celui de la personne morale" (*H. Matsopoulou, La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés, 2004, p. 283, n° 23. - V. également J.-H. Robert, Les préposés sont-ils les représentants de la personne morale ? in Mélanges P. Couvrat, p. 383*). D'autres auteurs estiment, au contraire, que la délégation de pouvoirs a pour effet de transférer la faculté de représenter la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal, ce qui permet donc au salarié investi de la délégation d'engager la responsabilité pénale de celle-ci (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 608. - J.-C. Saint-Pau, art. cité supra n° 36, n° 158*).

82. - Préposé pourvu d'une délégation de pouvoirs : solutions jurisprudentielles - La Cour de cassation a rapidement pris position en faveur de la qualité de représentant du salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs. Par un arrêt du 1er décembre 1998 (*JurisData n° 1998-005111 ; Bull. crim. 1998, n° 328 ; Rev. sc. crim. 1998, p. 337, obs. G. Guidicelli-Delage*), elle retenait, pour approuver la condamnation d'une société, que son président "ou son délégué en matière de sécurité" avait commis une faute (*V. également Cass. crim., 9 nov. 1999, cité supra n° 28*). Par la suite, elle a affirmé, sous forme d'un attendu général, que "le délégué de pouvoirs représente la personne morale, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, en matière d'hygiène et de sécurité" (*Cass. crim., 14 déc. 1999, cité supra n° 46. - V. également Cass. crim., 30 mai 2000 : JurisData n° 2000-002816 ; Bull. crim. 2000, n° 206 ; JCP E 2001, p. 950, note S. Ferries ; D. 2001, p. 2350, obs. G. Roujou de Boubée ; Rev. sc. crim. 2000, p. 816, obs. B. Bouloc et p. 851, obs. G. Guidicelli-Delage*). Poursuivant sur cette voie, la chambre criminelle a considéré que le salarié titulaire d'une subdélégation de pouvoirs était également un représentant de la personne morale (*Cass. crim., 26 juin 2001 : JurisData n° 2001-013945 ; Bull. crim. 2001, n° 161 ; D. 2002, p. 1802, obs. G. Roujou de Boubée ; Rev. sc. crim. 2002, p. 99, obs. B. Bouloc*).

L'on peut noter également que si, dans un premier temps, les décisions faisaient référence à la délégation en matière d'hygiène et de sécurité, sans doute la plus fréquente en pratique, la solution a été étendue à toute délégation, quel que soit son objet. Ainsi, le directeur salarié d'un magasin engage la responsabilité pénale d'une société pour l'infraction de vente au déballage sans autorisation dès lors qu'il est pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour assumer la délégation de pouvoirs quant à l'application de la législation commerciale et économique dont il est titulaire (*Cass. crim., 26 juin 2001, préc.*).

83. - Conception extensive de la notion de représentant - L'analyse approfondie révèle que les juges adoptent une conception de plus en plus large de la qualité de représentant d'une personne morale.

S'agissant d'abord de la personne titulaire d'une délégation de pouvoirs, la Cour de cassation a approuvé la condamnation d'une société dans une hypothèse où l'employé ayant reçu la délégation, qualifié de représentant, n'était pas le salarié de ladite société. En l'espèce plusieurs entreprises avaient constitué une société en participation pour les besoins d'un chantier et chacune avait désigné un seul délégué en la personne d'un directeur de travaux, salarié de l'une d'elles. Un accident du travail étant survenu, la société employeur de la victime a été condamnée pour blessures involontaires aux motifs que le délégué en matière d'hygiène et de sécurité avait commis des fautes en lien de causalité avec le dommage. Le pourvoi en cassation a été rejeté par la chambre criminelle qui énonce que "la délégation de pouvoirs en matière de sécurité a été consentie, par le représentant légal de chacune des entreprises intervenant sur le chantier, à un préposé de l'une d'entre elles qui disposait effectivement des pouvoirs, de la compétence et des moyens nécessaires à l'exécution de sa mission" (*Cass. crim., 14 déc. 1999, préc.*). Il ressort de cette décision que le représentant de la personne morale peut être un tiers sans aucun lien contractuel avec elle, sauf à admettre que, dans cette affaire, le salarié titulaire de la délégation était devenu, temporairement, un préposé de chacune des sociétés constituant la société en participation (*V. A. Coeuret et E. Fortis, Droit pénal du travail : Litec 4e éd. 2008, n° 287*).

84. - Cependant, la Cour de cassation est allée plus loin, dans un arrêt du 13 octobre 2009 (*JurisData* n° 2009-049884 ; *Dr. pén.* 2009, *comm.* 154, *note M. Véron* ; en cours de publication au bulletin criminel), dans lequel elle affirme, sous forme d'attendu général, qu'"en cas d'accident du travail, les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire de pouvoirs désigné par chacune des sociétés constituant un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché engageant la responsabilité pénale de la seule personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime". Dans cette affaire, proche de la précédente, plusieurs sociétés avaient constitué un "groupement d'entreprises" pour l'exécution d'un marché de travaux et leurs dirigeants avaient délégué leurs pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au salarié de l'une d'elles. Après un accident du travail, c'est la société employeur du délégataire, et non de la victime, qui a été condamnée, et cette décision est cassée. L'attendu précité vise donc à rétablir la justesse du raisonnement puisque la solution de la cour d'appel aboutissait à faire peser sur un employeur des obligations de sécurité envers les salariés d'un autre, ce qui n'est possible qu'à certaines conditions non remplies en l'espèce (*V. sur ce point, A. Coeuret et E. Fortis, op. cit., n° 242 à 244*). Cependant, s'agissant de la notion de représentant de la personne morale, la décision élargit celle de 1999 dès lors que les sociétés ne formaient entre elles qu'un groupement de pur fait. Il apparaît donc difficile, ici, de considérer que le délégataire pouvait être considéré comme le préposé de la société pénalement responsable. Dans tous les cas, il est désormais acquis que la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée par un tiers non salarié, s'il dispose de la capacité d'effectuer des actes matériels en son nom et pour son compte.

85. - Préposé dépourvu de délégation - Dans certaines circonstances, la jurisprudence admet qu'une personne physique n'ayant aucune délégation est un représentant engageant la responsabilité pénale d'une personne morale. En l'occurrence, un établissement public a été condamné, sur l'action civile, pour rappel d'une sanction disciplinaire amnistiée après que celle-ci a été rappelée dans un rapport signé par deux des supérieurs hiérarchiques de l'agent concerné et que ce rapport a été versé au dossier soumis à la commission administrative paritaire chargée de donner un avis sur l'avancement de celui-ci. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi en retenant que les "supérieurs hiérarchiques, qui participaient ainsi aux pouvoirs de l'employeur, représentaient l'établissement public et agissaient pour son compte" (*Cass. crim., 6 avr. 2004 : JurisData n° 2004-023485 ; Bull. crim. 2004, n° 84 ; Dr. pén. 2004, comm. 108, note J.-H. Robert*). Cette décision atteste de la conception extensive de la notion de représentant, le critère retenu, la participation aux pouvoirs de l'employeur, paraissant fort vague et laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

b) Identification de l'organe ou du représentant

86. - Délimitation du problème - Le texte de l'article 121-2 du Code pénal impose de constater qu'une infraction a été commise par un organe ou un représentant, le plus souvent une personne physique, afin de rendre responsable la personne morale pour le compte de laquelle les faits ont été réalisés. L'implication d'une personne physique semble donc indispensable mais la question s'est posée de savoir s'il est toujours nécessaire de déterminer avec précision l'identité de cette personne dès lors que cette dernière n'est pas nécessairement elle-même l'objet d'une poursuite, le cumul entre les responsabilités pénales de la personne morale et de la personne physique auteur des mêmes faits n'étant pas automatique (*C. pén., art. 121-2, al. 3. - V. infra n° 116 à 123*).

87. - Jurisprudence initiale : identification impérative - Dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que l'imputation d'une infraction à une personne morale supposait d'établir qu'elle avait été réalisée par un organe ou un représentant chez lequel devait être constaté l'élément moral (*Cass. crim., 2 déc. 1997 : JurisData n° 1997-005349 ; Bull. crim. 1997, n° 408 ; JCP G 1998, IV, 1820 ; JCP G 1998, II, 10023, rapp. F. Desportes ; JCP E 1998, p. 948, note P. Salvage ; Rev. sc. crim. 1998, p. 536, note B. Bouloc*). Cette décision semblait imposer une stricte identification de l'organe ou du représentant et d'autres arrêts ont confirmé cette tendance en adoptant une formule négative selon laquelle "les personnes morales ne peuvent être déclarées responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants" (*Cass. crim., 18 janv. 2000, cité supra n° 19. - Cass. crim., 22 janv. 2002 : JurisData n° 2002-013184. - Cass. crim., 7 mai 2002 : JurisData n° 2002-015302. - Cass. crim., 2 nov. 2005 : JurisData n° 2005-031101. - Cass. crim., 23 mai 2006 : JurisData*

n° 2006-034341. - V. égal. Cass. crim., 1er avr. 2008 : *JurisData* n° 2008-043861 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 140, note M. Véron).

88. - Évolution : exigence atténuée par les juges du fond - Cependant, dans le même temps, s'est développée une jurisprudence, d'abord des juges du fond, qui s'est peu à peu affranchie de l'exigence stricte de l'identification de l'organe ou du représentant de l'être moral pour raisonner en termes de commission de l'infraction par la personne morale elle-même. Ainsi, par exemple, une cour d'appel a condamné deux sociétés du chef de blessures involontaires à la suite d'un accident du travail sans rechercher quel était l'organe ou le représentant ayant commis les faits (*CA Paris*, 3 déc. 2004 : *JurisData* n° 2004-275613. - V. également *CA Paris*, 26 févr. 2001 : *JurisData* n° 2001-141577. - *CA Nancy*, 14 déc. 2005 : *JurisData* n° 2005-308978. - *CA Bordeaux*, 9 mai 2006 : *JurisData* n° 2006-320895. - *CA Angers*, 26 oct. 2006 : *JurisData* n° 2006-322627. - *CA Paris*, 25 mai 2007 : *JurisData* n° 2007-338701. - *CA Pau*, 26 janv. 2006 : *JurisData* n° 2006-296424. - *CA Paris*, 28 févr. 2008 : *JurisData* n° 2008-360864). Mais les cours d'appel n'ont pas hésité à raisonner à l'identique pour des infractions intentionnelles, résistant de la sorte ouvertement à l'arrêt de la Cour de cassation de 1997. Tel a été le cas, notamment, pour l'exploitation sans autorisation d'une installation classée (*CA Montpellier*, 22 oct. 2002, *cité supra* n° 27), le travail dissimulé (*CA Paris*, 21 oct. 2003 : *JurisData* n° 2003-234331), la discrimination raciale (*CA Nîmes*, 23 mars 2006 : *JurisData* n° 2006-305391) ou encore la contrefaçon de dessin ou modèle (*CA Paris*, 22 mars 2002 : *JurisData* n° 2002-180665). On peut encore citer un arrêt de la cour d'appel de Douai (*CA Douai*, 12 janv. 2006 : *JurisData* n° 2006-301141) retenant la responsabilité pénale d'une société pour revente à perte, qui énonce que les faits ont été commis sciemment par la personne morale, cette décision étant d'autant plus intéressante que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui la frappait, sans critiquer l'absence d'identification d'un organe ou représentant (*Cass. crim.*, 6 déc. 2006 : *JurisData* n° 2006-036849 ; *Bull. crim.* 2006, n° 307).

89. - Évolution : exigence atténuée par la Cour de cassation - L'analyse de la jurisprudence de la chambre criminelle révèle que certaines décisions se sont rapidement montrées moins exigeantes quant à l'identification de l'organe ou du représentant. Ainsi, dans un arrêt du 1er décembre 1998 (*cité supra* n° 82), la Cour de cassation a approuvé la condamnation d'une société pour homicide involontaire dans un affaire où la cour d'appel avait raisonné comme si c'était la prévenue elle-même qui avait commis les faits et donc sans désigner ni organe ni représentant. La chambre criminelle s'est contentée de rectifier la motivation en considérant que "le président de la société ou son délégataire en matière de sécurité" a commis la faute non intentionnelle (V. également *Cass. crim.*, 13 sept. 2005 : *JurisData* n° 2005-030014). Mais il arrive que ne soit même pas relevé le fait qu'aucune personne physique n'ait été désignée comme auteur matériel du délit (*Cass. crim.*, 15 janv. 2008, *cité supra* n° 70). De même, la chambre criminelle a jugé bien fondée une décision de condamnation d'une société pour rappel d'une sanction disciplinaire amnistiée "dès lors que la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant de cette société devant le conseil de prud'hommes et qu'une telle production, effectuée en connaissance de cause, caractérisait l'infraction en tous ses éléments en la personne de ce représentant" (*Cass. crim.*, 21 mars 2000 : *JurisData* n° 2000-001821 ; *Bull. crim.* 2000, n° 128 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 131, note J.-H. Robert. - V. également pour le délit d'usage de fausses attestations, *Cass. crim.*, 24 mai 2000, n° 99-84.414 : *Bull. crim.* 2000, n° 203 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 816, obs. B. Bouloc).

90. - Présomption de commission de l'infraction par un organe ou représentant - Un palier semble avoir été franchi par la Cour de cassation par un arrêt remarqué du 20 juin 2006 dans lequel elle affirme de manière très claire que la société poursuivie a été condamnée à bon droit pour homicide involontaire même si les juges du fond n'ont pas précisé l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit "dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants" (*Cass. crim.*, 20 juin 2006 : *JurisData* n° 2006-034397 ; *Bull. crim.* 2006, n° 188 ; *D.* 2007, p. 617, note J.-C. Saint-Pau ; *JCP G* 2006, II, 10199, note E. Dreyer ; *Dr. pén.* 2006, comm. 128, note M. Véron ; *D.* 2007, p. 1624, obs. C. Mascala ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 825, obs. Y. Mayaud ; *Rev. sociétés* 2006, p. 895, obs. B. Bouloc), la solution ayant été réaffirmée pour le délit de blessures involontaires en 2007 (*Cass. crim.*, 26 juin 2007 : *JurisData* n° 2007-040305 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 135, note M. Véron ; *D.* 2008, p. 1573, obs. C. Mascala). Pour certains auteurs favorables à cette jurisprudence, la

chambre criminelle a ainsi instauré une présomption d'imputation de l'infraction aux organes ou représentants, bienvenue en matière d'infractions non intentionnelles (*V. J.-C. Saint-Pau, note préc. - E. Dreyer, note préc.*) alors que, pour d'autres, elle est critiquable car elle dénature les conditions fixées par l'article 121-2 du Code pénal (*Y. Mayaud, obs. préc. - C. Mascala, obs. préc. sous Cass. crim., 20 juin 2006 et 26 juin 2007*). En outre, on a souligné que la jurisprudence manquait singulièrement de cohérence car certains arrêts continuaient d'exiger que les juges constatent expressément que les faits ont été commis par un organe ou un représentant (*Cass. crim., 23 mai 2006 : JurisData n° 2006-034341 ; Dr. pén. 2006, comm. 128, note M. Véron*).

91. - Arrêt du 25 juin 2008 - La question qui restait posée après les arrêts de 2006 et 2007 était de savoir si cette jurisprudence, tendant à faciliter le travail des juges du fond, était applicable aux seules infractions non intentionnelles. Elle a reçu une réponse par un arrêt du 25 juin 2008, approuvant la condamnation de sociétés pour faux et complicité de faux en écritures privées dans une affaire de "marges arrières" impliquant des distributeurs et des fournisseurs, dans lequel la chambre criminelle a affirmé que ces infractions "s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants" (*Cass. crim., 25 juin 2008 : JurisData n° 2008-044943 ; Bull. crim. 2008, n° 167 ; Dr. pén. 2008, comm. 140, note M. Véron ; Rev. sociétés 2008, p. 873, note H. Matsopoulou ; Rev. sc. crim. 2009, p. 89, obs. E. Fortis ; JCP E 2009, p. 1308, note M.-C. Sordino*). La motivation a été ici renforcée par la référence à la "politique commerciale" des sociétés, notion aux contours relativement incertains, mais qui tend à établir que ce sont bien ces dernières qui étaient à l'initiative des infractions et que, par conséquent, elles étaient dotées d'une volonté propre qui dépasse celle des organes ou représentants, simples exécutants des décisions de la personne morale, et qui est susceptible de perdurer même en cas de changement dans la direction de celle-ci.

92. - Synthèse - Dans l'état actuel de la jurisprudence, il semble que l'identification des organes ou représentants auteurs matériels des faits ne soit plus une véritable condition pour rendre la personne morale responsable, l'arrêt de 2008 s'avérant beaucoup moins exigeant que celui de 1997, alors que les deux espèces concernaient des délits de faux en écritures. Toute infraction, intentionnelle ou non, paraît donc imputable à l'être moral, sans qu'il soit nécessaire de désigner une personne physique auteur matériel des faits, dès lors que les circonstances de la commission de ces derniers impliquent leur réalisation par une personne ayant le pouvoir d'engager juridiquement la personne morale. Dans certains domaines comme celui de la santé et de la sécurité au travail, cette imputation de l'infraction par implication paraît particulièrement aisée parce que la réglementation fait peser les obligations en la matière sur l'employeur et que leur non-respect est presque toujours le fait de ce dernier, qui est le plus souvent la personne morale. Mais les formules utilisées par la Cour de cassation permettent d'adopter le même raisonnement pour d'autres types de contentieux, comme l'ont confirmé des arrêts postérieurs à celui du 25 juin 2008. Tel est le cas du marchandage (*Cass. crim., 1er sept. 2009, n° 08-88.309*) ou de l'entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé (*Cass. crim., 28 janv. 2009 : JurisData n° 2009-047081*). On signalera encore un arrêt rendu en matière de publicité de nature à induire en erreur, par lequel la chambre criminelle approuve les juges du fond d'avoir jugé que les faits procédaient d'une "volonté délibérée, dans le cadre d'une stratégie commerciale destinée à capter la clientèle la plus large possible" et qu'il importait peu que l'infraction ne puisse être imputée à un représentant déterminé de la société "dès lors qu'il est établi qu'elle a été commise dans tous ses éléments matériels par l'un ou plusieurs d'entre eux" (*Cass. crim., 24 mars 2009 : JurisData n° 2009-047947*).

c) Commission de l'infraction par l'organe ou le représentant

93. - Position du problème - En exigeant que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant, l'article 121-2 du Code pénal semble contredire l'article 121-1 du Code pénal selon lequel "*nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*". En effet, *a priori*, le premier texte laisse entendre que la personne morale est rendue responsable non de son infraction mais de celle de son organe ou représentant. Pourtant, la Cour de cassation a elle-même fait application de l'article 121-1 aux personnes morales pour régler la question de l'absorption de la société poursuivie (*V. supra, n° 42*). Pour résoudre cette difficulté, certains auteurs ont fait appel à la notion de responsabilité indirecte ou "par ricochet" mais néanmoins personnelle (*V. F. Desportes et F. Le*

Gunehec, op. cit., n° 600 à 603), qui signifie que l'article 121-2 du Code pénal constitue seulement un mécanisme d'imputation de l'infraction d'une personne physique à une personne morale parce que l'idée selon laquelle la personne morale commettrait elle-même l'infraction procéderait d'un "anthropomorphisme absurde" (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 600*). Il faudrait donc en déduire que les éléments constitutifs de l'infraction ne doivent pas être recherchés chez l'être moral lui-même mais chez la personne physique qui est son organe ou représentant.

D'autres auteurs expliquent que les deux textes du Code pénal ne sont nullement contradictoires et que la personne morale est responsable de son propre fait et non de celui de son organe ou représentant parce que ce dernier incarne ou "est" l'être moral. Il faudrait donc parler de responsabilité du fait personnel par représentation ou par identification, ce qui n'empêche pas de devoir caractériser l'infraction chez l'organe ou le représentant parce que la personne morale semble inapte à accomplir elle-même des faits constitutifs d'une infraction (*V. J.-C. Saint-Pau, La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale in Mélanges B. Bouloc, Dalloz 2007, p. 1011*).

94. - Jurisprudence initiale - De nouveau, il faut observer une évolution notable de la jurisprudence sur ce point, parallèle à celle relative à l'identification de l'organe ou du représentant. Dans un premier temps, marqué par l'arrêt précité du 2 décembre 1997 (*supra n° 87*), la Cour de cassation a manifesté sa préférence pour la première thèse, en cassant un arrêt qui avait condamné une société pour usage de fausses attestations au motif que la prévenue ne pouvait ignorer les affirmations inexactes contenues dans les documents produits en justice. La chambre criminelle a jugé que la cour d'appel aurait dû constater l'élément moral de l'infraction chez l'organe ou le représentant et non chez la personne morale. Elle a confirmé cette position, ultérieurement, en affirmant 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 : JurisData n° 2001-013945 ; Bull. crim. 2001, n° 161 ; D. 2002, p. 1802, obs. G. Roujou de Boubée ; JCP E 2002, p. 375, note D. Ohl ; Dr. pén. 2002, comm. 8, note J.-H. Robert ; Rev. sc. crim. 2002, p. 99, obs. B. Bouloc*). Il est vrai que cette faute de la personne morale, différente de celle de l'organe ou du représentant, n'est pas une exigence de l'article 121-2 du Code pénal et qu'elle serait généralement assez difficile à caractériser (*V. F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 603*).

95. - Il résultait donc de l'arrêt de 1997 la nécessité d'établir d'abord la responsabilité pénale d'une personne physique, organe ou représentant, avant de pouvoir imputer l'infraction à l'être moral, par voie de conséquence. Pour respectueuse qu'elle soit de la lettre de l'article 121-2 du Code pénal, cette interprétation apparaît fort réductrice car elle ne reconnaît aucune "capacité pénale" autonome à l'être moral, ce qui n'est guère réaliste, et qu'elle fait sienne une conception totalement fictive de la personnalité morale. En outre, le mécanisme légal ainsi compris se limite à un instrument purement répressif ayant essentiellement pour but d'augmenter le nombre des responsables pouvant être condamnés alors que l'intérêt de prévoir la responsabilité pénale des personnes morales réside davantage dans la possibilité qu'elle offre de toucher le véritable responsable, celui pour le compte duquel l'infraction est commise. Il est alors satisfaisant de constater que la Cour de cassation a fait évoluer cette première conception restrictive.

96. - Évolution - Comme on l'a vu, les juges du fond se sont assez rapidement écartés de la jurisprudence fixée en 1997 pour raisonner en termes de responsabilité propre de la personne morale. Non seulement, il est fréquent qu'ils ne recherchent pas quel est l'organe ou le représentant qui a accompli les faits poursuivis, mais encore, ils établissent souvent directement la responsabilité de l'être moral en recherchant l'élément moral de l'infraction uniquement chez celui-ci (*V. les arrêts cités supra n° 88. - V. également CA Paris, 12 janv. 2009 : JurisData n° 2009-000216. - CA Douai, 29 janv. 2009 : JurisData n° 2009-004433. - CA Dijon, 15 avr. 2009 : JurisData n° 2009-004072. - CA Paris, 29 mai 2009 : JurisData n° 2009-005246. - CA Paris, 19 oct. 2009 : JurisData n° 2009-014746*). Cette manière de faire a parfois été censurée par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 29 avril 2003 qui reproche à la cour d'appel d'avoir condamné une association pour le délit de vente au déballage sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé la responsabilité pénale de la personne morale (*Cass. crim.,*

29 avr. 2003 : *JurisData* n° 2003-019166 ; *Bull. crim.* 2003, n° 91 ; *Dr. pén.* 2003, *comm.* 86, *note J.-H. Robert* ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 339 *obs. E. Fortis* ; *D.* 2004, p. 167, *note J.-C. Saint-Pau et p. 318, obs. G. Roujou de Boubée*. - *V. également Cass. crim., 1er avr. 2008, cité supra n° 87*).

97. - Mais dans d'autres arrêts, plus nombreux, on constate, au contraire, une adhésion de la chambre criminelle à ce mode de raisonnement. Est significative, à cet égard, une décision cassant un arrêt de relaxe prononcé du chef d'homicide involontaire qui retient qu'"il résulte des motifs de l'arrêt qu'en laissant effectuer le nettoyage du silo dans les conditions ci-dessus décrites, **la personne morale, par ses organes ou représentants, a commis une faute** en relation avec le décès" (*Cass. crim., 20 juin 2006 : JurisData n° 2006-034775*). Cette formule, qui figure dans d'autres arrêts (*Cass. crim., 25 avr. 2006 : JurisData n° 2006-033669*. - *Cass. crim., 12 juin 2007 : JurisData n° 2007-040033*), contredit la thèse de la responsabilité indirecte pour adhérer à celle selon laquelle les organes ou représentants ne sont que l'incarnation de la personne morale. En d'autres termes, le mécanisme de l'article 121-2 du Code pénal ne consiste pas à imputer à l'être moral l'infraction d'une personne physique mais à caractériser chez celui-ci une infraction qui lui est propre et qui est, en principe, matériellement accomplie par l'organe ou le représentant. La Cour de cassation paraît aller encore plus loin dans des arrêts récents dans lesquels elle ne prend même plus la peine de préciser que la faute de la personne morale a été commise par les organes ou représentants. Tel est le cas, en matière de travail dissimulé, la chambre criminelle relevant simplement que "la société poursuivie n'a pas satisfait aux obligations légales qui lui incombait" (*Cass. crim., 29 sept. 2009 : JurisData n° 2009-049707*) ou en matière de publicité de nature à induire en erreur, l'arrêt énonçant que "la prévenue n'a pas veillé à la véracité du message publicitaire" (*Cass. crim., 24 mars 2009 : JurisData n° 2009-047943 ; Dr. pén.* 2009, *comm.* 84, *note J.-H. Robert*). Enfin, l'arrêt précité du 25 juin 2008 (*V. supra n° 91*), en se référant à la "politique commerciale" des sociétés poursuivies, s'inscrit indéniablement dans cette évolution.

98. - Conséquences - Il semble que, dans le dernier état de la jurisprudence, la Cour de cassation fasse une interprétation extensive de l'article 121-2 du Code pénal, éloignée de la lettre et de la conception initiale exprimée dans l'arrêt de 1997. On peut d'ailleurs se demander si cette jurisprudence contredit la décision qui avait exclu la recherche d'une faute propre de la personne morale (*Cass. crim., 26 juin 2001, cité supra n° 94*). Cela ne paraît pas être le cas dès lors que, dans cette affaire, les juges avaient déjà caractérisé la faute de l'organe ou du représentant, ce qui rendait effectivement inutile la recherche d'une autre faute, celle qui était relevée étant celle de la personne morale. En revanche, il est désormais possible pour les juges, d'une part, de ne plus identifier précisément quel organe ou représentant a commis matériellement l'infraction dès lors que les circonstances permettent d'établir qu'elle a nécessairement été réalisée par l'un d'eux, et, d'autre part et par voie de conséquence, de ne plus rechercher la faute chez cette personne, par hypothèse non identifiée, pour se concentrer sur celle de la seule personne morale, ce qui pourra également se déduire des faits. Il s'agit donc d'une lecture renouvelée du mécanisme légal mais qui apparaît tributaire des circonstances de l'espèce qui doivent autoriser à raisonner en ces termes, ce qui n'est sans doute pas systématique mais se conçoit en des domaines comme le droit pénal du travail ou de la consommation notamment (*V. J.-C. Saint-Pau, art. cité supra n° 36, n° 150 à 152*).

Ainsi que l'a exprimé un éminent auteur, le droit positif semble pouvoir être décrit en énonçant que "les personnes morales sont responsables des infractions qu'elles commettent au moyen de leurs organes et représentants" alors que l'article 121-2 du Code pénal présente le groupement comme responsable des infractions commises pour son compte, non pas par lui, mais par ses organes ou représentants (*J.-H. Robert, note ss Cass. crim., 24 mai 2005 : Dr. pén.* 2005, *comm.* 151. - *V. également M.-L. Rassat, op. cit., n° 421*).

2° Commission pour le compte de la personne morale

99. - Signification négative - La doctrine s'est beaucoup interrogée sur le sens à donner à la condition selon laquelle l'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale et l'on a observé qu'il était plus facile de donner une définition négative que positive (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 610*). En revanche, il est frappant d'observer la presque inexistence de la jurisprudence sur ce point, ce constat méritant réflexion (*V. infra n° 102*).

L'on enseigne habituellement que la responsabilité pénale de l'être moral ne pourra être engagée si son organe ou représentant a agi exclusivement dans son propre intérêt et non pas dans celui de la personne morale, comme ce sera le cas du dirigeant de société auteur d'abus de biens sociaux ou de banqueroute, la société apparaissant même ici comme la victime des agissements. Cependant, le fait que le dirigeant d'une personne morale agisse dans son intérêt n'exclut pas nécessairement qu'il le fasse également pour le compte du groupement puisque l'article 121-2, alinéa 3, du Code pénal prévoit que la responsabilité pénale de la personne morale et celle de son organe ou représentant peuvent se cumuler pour les mêmes faits.

100. - Signification positive - Si l'on recherche un sens positif à l'expression "*pour le compte*" de la personne morale, plusieurs conceptions sont possibles, plus ou moins étroites.

Ainsi, s'agissant de délits tels que l'escroquerie, la publicité mensongère ou le marchandage, il est possible de considérer qu'ils sont commis pour le compte de la personne morale si cette dernière y trouve un intérêt, généralement d'ordre pécuniaire (*J. Pradel, op. cit., n° 545. - F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 612. - J.-C. Saint-Pau, art. préc., n° 146*), ce qui est relativement aisé à établir. En revanche, la question est plus complexe lorsqu'il s'agit notamment d'infractions non intentionnelles car il est difficile de soutenir qu'un homicide involontaire survenu dans un accident du travail est commis dans l'intérêt de la société employeur de la victime. Aussi la doctrine adopte une conception plus large de la formule en considérant que "l'intérêt de la personne morale s'entend de l'intérêt dans l'activité à l'occasion de laquelle est commise l'infraction et non de l'intérêt dans l'infraction" (*J.-C. Saint-Pau, art. préc., n° 147*). En d'autres termes, "pour le compte" signifie "dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs du groupement doté de la personnalité morale, et ce, même si la personne morale n'y a trouvé aucun intérêt, même s'il n'en est résulté pour elle aucun profit" (*F. Desportes et F. Le Guehec, op. et loc. cit. - V. également J.-C. Planque, op. cit., n° 418 à 425*).

101. - Abus de fonction - Une personne morale doit-elle voir sa responsabilité pénale engagée lorsque son organe ou représentant agit en dehors de ses fonctions ? Certains auteurs affirment qu'une solution positive s'impose pour des raisons d'efficacité, le risque étant de créer "une zone d'irresponsabilité pénale injustifiée" (*R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général : Cujas, 7e éd. 1997, n° 647*). On ajoute que l'article 131-39 du Code pénal prévoit la peine de dissolution de la personne morale notamment pour le cas où cette dernière a été détournée de son objet pour commettre une infraction, ce qui confirme que le législateur veut autoriser la répression lorsque le dirigeant a commis un abus dans ses fonctions en utilisant la personne morale à une fin étrangère à son objet (*F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 609*).

D'autres contestent ce point en vue en estimant qu'en cas de dépassement de pouvoirs ou d'abus de fonctions, l'organe ou le représentant n'agissant plus dans l'exercice de ses fonctions, ne peut donc engager la responsabilité pénale de la personne morale (*H. Matsopoulou, Rép. soc. Dalloz, V° Responsabilité pénale des personnes morales, n° 36*). Une solution intermédiaire semble concevable, qui s'inspire de la responsabilité administrative distinguant faute personnelle et faute de service. Ainsi, les infractions commises par l'organe ou le représentant rattachables à ses fonctions engageraient la responsabilité pénale de la personne morale alors que les "fautes personnelles" n'entraîneraient que la responsabilité pénale de la personne physique (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 358 à 370*). Le problème ne semble pas avoir été posé aux juges.

102. - Importance de la condition - Dans l'acception large retenue en doctrine, l'exigence d'une commission de l'infraction pour le compte de la personne morale apparaît comme la condition fondamentale de la responsabilité pénale de cette dernière car c'est elle seule qui justifie sa mise en cause. En outre, elle apparaît intimement liée à la qualité de l'auteur matériel des faits, c'est-à-dire un organe ou un représentant, au point qu'on peut se demander si les deux conditions sont réellement distinctes. En effet, si l'infraction est commise pour le compte de la personne morale, il semble difficile d'imaginer qu'elle soit réalisée par une personne qui ne dispose pas du pouvoir d'engager juridiquement celle-ci, faute d'être un organe ou un représentant. Ainsi, le simple salarié ne peut, sauf exception, engager la responsabilité pénale de la société qui l'emploie s'il ne dispose pas d'une délégation de pouvoirs dans le domaine dans lequel l'infraction est commise, comme on l'a vu.

103. - Rapport avec la commission des faits par un organe ou un représentant - Il est remarquable que la doctrine comme la jurisprudence se soient focalisées sur la question de la commission de l'infraction par un organe ou un représentant en délaissant largement la condition de commission pour le compte. L'on ne trouve aucun arrêt de la Cour de cassation portant exclusivement sur ce dernier point mais seulement quelques décisions qui montrent le rapport étroit existant entre les deux conditions légales. Ainsi, un office du tourisme a été poursuivi du chef de discrimination raciale après qu'une salariée a rédigé des documents comportant une liste d'établissements dans lesquels l'accueil de clients ayant des noms à consonance maghrébine n'était pas souhaité. La décision de relaxe de la personne morale était fondée sur le fait que la salariée, non titulaire d'une délégation de pouvoirs, avait rédigé ces documents de sa propre initiative, sans en référer à sa hiérarchie. Le pourvoi a été rejeté aux motifs que "l'infraction n'a pas été commise pour le compte de l'office municipal de tourisme, par l'organe ou un représentant de celui-ci" (*Cass. crim., 29 janv. 2008 : JurisData n° 2008-042903*). Cet arrêt illustre le fait que, faute d'être commise par un organe ou un représentant, l'infraction ne peut être réalisée pour le compte de la personne morale. Plus précisément, **si l'infraction est commise pour le compte de l'être moral, c'est nécessairement par un organe ou un représentant alors que les faits peuvent être commis par une personne qui a la qualité d'organe ou représentant sans que ce soit pour le compte de la personne morale mais seulement dans l'intérêt personnel de ce dernier** (*en ce sens : E. Dreyer, note ss Cass. crim., 20 juin 2006, cité supra n° 90*). Toute l'évolution récente de la jurisprudence, dispensant les juges de constater précisément quel organe ou représentant a commis les faits, dès lors que ceux-ci apparaissent réalisés pour le compte de la personne morale, peut s'expliquer par la volonté de la chambre criminelle de mettre en lumière cette dernière condition légale et de lui donner sa portée réelle, si importante qu'elle estompe la condition d'une commission du délit par un organe ou un représentant (V. sur ce point, notre étude, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales : JCP G 2009, n° 38, 249*).

3° Absence de causes d'irresponsabilité pénale

104. - Difficultés - Même si l'article 121-2 du Code pénal n'en dit rien, les personnes morales sont susceptibles de bénéficier d'une cause d'irresponsabilité pénale prévue, par le Code pénal, pour toute personne sans distinction de nature. Pourtant, il est évident que les auteurs du Code pénal n'ont nullement envisagé la question et que les textes relatifs aux causes d'irresponsabilité ont été rédigés en considération des seules personnes physiques. S'agissant des personnes morales, la question se pose de savoir s'il faut raisonner directement à leur égard ou par rapport à l'organe ou au représentant en se demandant, dans un second temps, si l'irresponsabilité peut bénéficier à la personne morale. La plupart des auteurs qui traitent de la question adoptent le second mode de raisonnement (V. F. Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.*, n° 641 et 691. - J.-H. Robert, *Droit pénal général*, p. 382-383. - V. cependant, J.-C. Planque, *op. cit.*, n° 609 à 692, envisageant une application directe aux personnes morales) et considèrent que le problème ne se résout pas de la même manière selon qu'il s'agit d'une cause d'irresponsabilité objective ou subjective.

105. - Causes objectives d'irresponsabilité - Lorsque l'organe ou le représentant bénéficie d'une cause d'irresponsabilité telle que la légitime défense, l'autorisation de la loi ou l'état de nécessité, il semble logique de considérer que la relaxe doit s'étendre à la personne morale poursuivie parce que l'admission de l'irresponsabilité se fonde sur la conformité au droit des actes accomplis, ce qui bénéficie nécessairement à tous les responsables (V. J.-H. Robert, *op. cit.*, p. 383. - J.-C. Saint-Pau, *art. préc. n° 171*. - F. Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.*, n° 750 au sujet de l'état de nécessité).

106. - Causes subjectives d'irresponsabilité - En revanche, faut-il admettre que le trouble psychique ou neuropsychique ou la contrainte, admis au profit de l'organe ou du représentant, produise les mêmes conséquences pour la personne morale ?

Si certains estiment que la responsabilité pénale d'une personne morale ne pourrait pas être retenue si l'organe ou le représentant était déclaré irresponsable du fait de la contrainte (F. Desportes et F. Le Gunehec, *op. cit.*, n° 672), d'autres pensent le contraire en prenant l'exemple du dirigeant d'une société, contraint de commettre un délit de pollution en raison de la vétusté de l'équipement de son établissement, la personne morale ne devant pas bénéficier de l'irresponsabilité ici (J.-H. Robert, *op. et loc. cit.* - J.-C. Saint-Pau, *art. préc. n° 170*). On peut cependant se

demander si la contrainte serait admise même pour le dirigeant de la société car, en pareille hypothèse, on peut douter que l'évènement soit jugé imprévisible, ce qui est une condition jurisprudentielle de la contrainte, dès lors que le dirigeant serait sans doute considéré comme ayant nécessairement conscience du défaut d'équipement de son usine et donc des risques de pollution.

De la même manière, la question se pose concernant le trouble mental puisqu'on peut estimer que l'irresponsabilité dont peut bénéficier le dirigeant ne doit pas forcément se communiquer à la personne morale, le fait de nommer un dirigeant atteint de problèmes psychiatriques étant le signe d'un dysfonctionnement des organes de l'être moral (*en ce sens, J.-H. Robert, op. et loc. cit. - V. égal. J.-C. Saint-Pau, op. et loc. cit.*). Mais ce raisonnement revient à rechercher chez la personne morale une faute qui ne serait pas celle correspondant à l'infraction, ce qui semble contestable. L'on soutient parfois, en s'inspirant des solutions en matière de complicité, que le trouble mental ne faisant pas disparaître l'infraction, celle-ci resterait imputable à la personne morale (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 641*). À vrai dire, il n'existe aucun argument déterminant ni en faveur, ni contre l'admission de cette cause d'irresponsabilité pénale pour les personnes morales.

En revanche, s'agissant de l'erreur sur le droit, en particulier si on la conçoit comme une cause de non-culpabilité, c'est-à-dire comme ayant pour effet de faire obstacle à la constitution de l'élément moral de l'infraction, il semble que son admission en faveur de l'organe ou du représentant doive avoir nécessairement pour effet d'entraîner l'impunité de la personne morale (*en ce sens, J.-C. Planque, op. cit., n° 655. - F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 691*).

107. - Jurisprudence - Il n'existe, pour l'heure, qu'une seule décision connue de cour d'appel ayant fait application d'une cause d'irresponsabilité en faveur d'une association (*CA Paris, 28 mai 2009 : JurisData n° 2009-004993 ; JCP G 2009, n° 36, 186, nos obs.*). Il s'agissait d'une poursuite pour embarras sans nécessité de la voie publique faisant suite à une manifestation de sans-logis, organisée par une association et ayant consisté à implanter des tentes sur les trottoirs de certaines rues de Paris. La décision est intéressante, d'abord, parce qu'elle constitue une mise en oeuvre de l'abrogation du principe de spécialité, la contravention de l'article R. 644-2 du Code pénal n'étant pas imputable aux personnes morales en vertu d'une disposition spéciale. Elle l'est, ensuite, parce que les juges ont retenu la nécessité de commettre les faits pour relaxer l'association, seule poursuivie. Selon la cour d'appel, les personnes ayant occupé les trottoirs faisaient face à un danger actuel dès lors qu'elles n'étaient pas logées ou l'étaient dans des conditions les mettant en danger et le simple fait de ne pouvoir vivre dans un logement ayant une surface normale représentait une menace. En outre, le campement avait permis d'attirer l'attention de personnalités sur cette situation et d'obtenir des mesures de l'État. Au-delà de l'appréciation des circonstances permettant de caractériser un état de nécessité, l'arrêt montre la difficulté de l'application des causes d'irresponsabilité aux personnes morales. En effet, l'existence du péril comme la nécessité de commettre la contravention ont été constatées chez les personnes dépourvues de logement elles-mêmes, qui n'étaient pourtant pas poursuivies, alors que les juges n'ont établi les conditions de la cause d'irresponsabilité ni à l'égard de l'association, seule en cause, ni à l'égard de son organe ou représentant. Or, il n'est pas certain que ce dernier ou l'association était personnellement dans une situation de danger, ce qui rend la décision contestable.

B. - Effets de la mise en oeuvre

108. - Lorsque les conditions fixées à l'article 121-2 du Code pénal sont réunies, la personne morale peut être déclarée responsable en qualité d'auteur ou de complice (A). Cependant, cette responsabilité ne se substitue pas à celle des personnes physiques mais peut, au contraire, se cumuler avec elle. Ce cumul n'étant pas automatique, la responsabilité pénale des personnes morales présente une autonomie qu'il convient de mesurer (B).

1° Responsabilité en qualité d'auteur ou de complice

109. - Renvoi au droit commun - Le législateur énonce que les personnes morales sont responsables pénalement "*selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7*", c'est-à-dire soit en tant qu'auteur d'une infraction consommée ou tentée, soit en tant que complice d'une infraction. Il faut en déduire que les règles de la tentative et de la complicité

s'appliquent aux personnes morales de la même manière qu'aux personnes physiques. Ce renvoi législatif peut s'expliquer, d'une part, par la volonté du législateur de ne pas traiter différemment personnes morales et personnes physiques et, d'autre part, par le fait que le mécanisme consistant à rendre responsable l'être moral pour les infractions commises par son organe ou son représentant permet de concevoir sans difficulté que la responsabilité de la personne morale dépendra de la qualification donnée aux actes commis par celui-ci. Autrement dit, si l'organe ou le représentant consomme l'infraction, l'être moral peut voir sa responsabilité engagée pour cette infraction consommée et il en va de même si l'organe a tenté l'infraction. Dans ce dernier cas, il faut donc établir que c'est une personne physique, organe ou représentant qui a commencé à exécuter l'infraction et qui a été interrompue ou qui a échoué à consommer celle-ci. Il semble, pour l'heure, que les personnes morales soient toujours poursuivies en qualité d'auteur d'infractions consommées, aucun exemple de tentative n'étant connu.

110. - Complicité - La question de la complicité pose davantage de questions car on peut se demander comment celle-ci doit être caractérisée chez une personne morale. Selon certains auteurs, qui se fondent sur l'intention du législateur, pour que la personne morale soit complice, il faut établir que son organe ou son représentant s'est lui-même rendu complice de l'infraction principale (*F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 615*). C'est donc la personne physique, organe ou représentant, qui doit avoir intentionnellement, soit aidé ou assisté ce dernier dans la préparation ou la consommation de l'infraction, soit fourni des instructions ou provoqué à commettre cette dernière (*V. C. pén., art. 121-7*).

111. - Rédaction ambiguë - Il faut observer, en premier lieu, que cette présentation ne découle pas, à proprement parler, de la rédaction de l'article 121-2 du Code pénal. En effet, le texte énonce que "*les personnes morales sont responsables, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 (c'est-à-dire notamment en qualité de complice), des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants*". La complicité étant un mode de participation à l'infraction, elle n'est pas elle-même une "infraction" commise par l'organe ou le représentant. La rédaction du texte paraît donc déficiente sur ce point car elle laisse entendre que la personne morale ne pourrait être complice que de l'infraction de l'organe ou du représentant. Tel n'est sans doute pas le but recherché mais il aurait été préférable que le texte vise spécialement la responsabilité de la personne morale en qualité de complice en expliquant les conditions auxquelles elle peut être retenue.

112. - Problème de la complicité de l'infraction commise par l'organe - Si l'on admet que la personne morale s'incarne dans son organe ou représentant (*V. supra n° 93*), il faut en déduire qu'elle sera complice dans la mesure où celui-ci l'est lui-même. Mais si cette position semble logique, elle pose une difficulté lorsqu'on se demande si la personne morale peut être complice de son organe ou représentant. Cette situation n'est pas prévue spécialement par le législateur alors que la situation inverse, c'est-à-dire, celle où l'organe ou le représentant serait complice de la personne morale, est envisagée par le dernier alinéa de l'article 121-2 (*V. infra n° 128*). D'un point de vue pratique, l'hypothèse est envisageable car la personne morale peut fournir des moyens à son organe pour qu'il commette une infraction supposant une certaine infrastructure ou des moyens financiers par exemple. Ainsi pourrait-on prendre l'exemple d'une société ayant une activité commerciale qui mettrait à la disposition de son dirigeant un local pour que ce dernier puisse se livrer à l'exercice illégal de la profession d'expert-comptable, totalement étranger à l'objet de la société. Dans ce cas, cette dernière ne pourrait être auteur de l'infraction parce que le délit ne serait pas commis pour son compte mais seulement pour celui de son organe. L'on pourrait être tenté de dire que la société est davantage une victime qu'un participant à l'infraction mais ce ne sera pas le cas si, par exemple, l'organe paie un loyer à la société, ce qui exclut tout préjudice faisant d'elle une victime. De même, l'abus de biens sociaux n'est pas nécessairement constitué, l'acte du dirigeant n'étant pas *a priori* contraire à l'intérêt social.

113. - L'on perçoit qu'en pareille hypothèse, l'organe de la personne morale revêt deux qualités simultanément et doit être animé de deux intentions différentes, celle de commettre le délit principal et celle, en tant qu'organe de la société, d'être complice de ce délit principal, c'est-à-dire, dans une certaine mesure, de lui-même, ce qui pose une difficulté originale (*V. également supra n° 72*). Malgré les apparences, elle n'est pas insoluble dès lors que les faits ne sont pas forcément commis en même temps, la complicité, dans cet exemple, précédant la réalisation du délit principal, ce qui peut permettre de caractériser deux intentions distinctes. Au demeurant, même si les faits peuvent

être difficiles à dissocier, il faut se rappeler que la Cour de cassation n'hésite pas à retenir, à certaines conditions, qu'un seul acte puisse constituer deux infractions différentes précisément parce qu'il reflète deux fautes intentionnelles (*V. sur cette question, J. Pradel, op. cit., n° 305*).

On notera enfin que la complicité des infractions d'imprudence, si elle n'est pas formellement exclue par l'article 121-7 du Code pénal, est assez difficile à concevoir dès lors que le complice doit avoir l'intention de participer à une infraction qui n'est pas, elle-même, voulue par l'auteur, ce qui explique que la jurisprudence préfère généralement se placer sur le terrain de la coaction (*V. J. Pradel, op. cit., n° 450*).

114. - Jurisprudence - L'on trouve quelques condamnations de personnes morales pour complicité confirmant que la Cour de cassation adhère à l'analyse selon laquelle l'être moral est complice à condition que son organe ou représentant le soit. Ainsi, dans un arrêt du 23 mai 2000 (*Bull. crim. 2000, n° 200*), la chambre criminelle a approuvé la condamnation d'un syndicat intercommunal propriétaire d'un abattoir pour exploitation non autorisée d'une installation classée en retenant "que les faits souverainement constatés caractérisent, en tous ses éléments, la complicité de cette infraction commise, pour le compte du syndicat intercommunal, par ses organes ou représentants". Même si la formulation est empreinte d'une certaine ambiguïté, il faut comprendre que c'est la complicité qui doit être "commise" par les organes ou représentants (*V. également Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 04-87.840*, pour une complicité de marchandage).

Il convient de noter encore que la jurisprudence précédemment évoquée qui tend à négliger le rôle exact de l'organe ou du représentant pour s'intéresser directement à la responsabilité de la personne morale s'applique aussi en matière de complicité. En effet, l'arrêt précité du 25 juin 2008 approuve la condamnation de sociétés pour faux en écritures et complicité de ce délit au motif que les infractions s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés (*V. supra n° 91. - V. également CA Aix-en-Provence, 2 juin 2004 : JurisData n° 2004-254504*).

2° Responsabilité autonome

115. - Du dispositif de l'article 121-2 du Code pénal peut être déduite une autonomie de la responsabilité pénale des personnes morales mais il convient d'en mesurer l'étendue.

a) Principe de l'autonomie

116. - Ambiguïté de l'article 121-2 du Code pénal - Une fois encore, le législateur n'a pas fait preuve de clarté quant à la question de la place exacte assignée à la responsabilité pénale des personnes morales au regard de celle des personnes physiques. En effet, en prévoyant à l'alinéa 1er de l'article 121-2 du Code pénal que l'infraction doit être commise par un organe ou un représentant de l'être moral, il semble imposer que ce dernier, s'il est une personne physique, soit lui-même pénalement responsable pour les faits accomplis. Il y aurait donc, en principe, cumul des responsabilités de la personne morale et de son organe ou représentant, ce d'autant plus que l'alinéa 3 du texte dispose que "*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*". Or, il est évident que les personnes physiques concernées sont d'abord les organes ou représentants de l'être moral. Cependant, cette dernière règle légale n'impose pas la recherche d'une responsabilité pénale cumulée de la personne morale et de la personne physique, auteur ou complice des mêmes faits, mais se contente d'énoncer qu'elle est possible sans pour autant indiquer les critères permettant de choisir ou d'exclure un tel cumul.

117. - Problème du fondement de la responsabilité des personnes morales - La première cause du défaut de clarté du texte tient au fondement même de la responsabilité pénale des personnes morales, telle que l'a prévue le législateur. En effet, ce fondement n'ayant jamais été clairement déterminé, le législateur a souhaité faire reposer cette responsabilité sur l'intervention matérielle d'une personne physique. Cette condition peut paraître s'imposer naturellement en raison de l'incapacité pour un être désincarné de commettre des infractions. Pourtant, cette incapacité n'est pas nécessairement totale. En effet, certaines infractions, d'omissions notamment, peuvent être

commises par une personne morale sans qu'il soit besoin de passer par la médiation d'une personne physique dès lors qu'elles ne supposent pas une intervention humaine positive. Ce constat explique sans doute pour partie que bon nombre de juridictions de fond, approuvées par la Cour de cassation, n'appliquent plus aujourd'hui l'article 121-2 à la lettre, en ce qu'il exige que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant (*V. supra n° 88 et 96*). Ainsi, en présence de l'omission de respecter une règle en matière d'hygiène ou de sécurité pesant sur l'employeur, qui cause un homicide ou des blessures involontaires, il paraît plus simple de raisonner directement sur la responsabilité pénale de la personne morale parce que c'est elle qui, en qualité d'employeur, est chargée de faire respecter lesdites règles.

En outre, si, en dehors de ces hypothèses, il reste nécessaire que l'infraction soit matériellement réalisée par une personne physique, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit indispensable que le législateur fasse de l'intervention d'une personne physique une condition de la responsabilité pénale des personnes morales parce que l'analyse révèle que c'est la condition que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale qui justifie, de manière nécessaire mais suffisante, que la responsabilité pénale de cette dernière soit retenue (*V. supra n° 102 et 103*). Le droit comparé montre que dans certains pays consacrant la responsabilité pénale des personnes morales, les textes n'imposent nullement que l'infraction soit commise par une personne physique, organe ou représentant (*V. C. Mauro, Éléments de droit comparé in Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, PUF 2009, p. 61. - F. Streteanu, La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumain : Rev. pénit. 2007, p. 331*) et l'on peut citer, à ce titre, l'article 5 du Code pénal belge aux termes duquel "Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte". En définitive, le choix fait par le législateur d'imposer aux juges de constater qu'une infraction a été commise par un organe ou un représentant, s'il pouvait se comprendre au moment de la réforme du Code pénal, est devenu source de multiples inconvénients et ne permet pas de concevoir aisément l'autonomie de la responsabilité pénale de la personne morale (*V. notre étude citée supra n° 103*).

118. - Crainte d'une déresponsabilisation des personnes physiques - Si l'article 121-2 du Code pénal manque de clarté, c'est également en raison du reproche qui aurait pu être adressé au mécanisme légal d'engendrer une déresponsabilisation des personnes physiques. Le législateur n'ayant pas voulu que la responsabilité pénale des êtres moraux apparaisse comme se substituant à celle des personnes physiques, il a prévu que cette responsabilité ne devait pas exclure celle des individus auteurs ou complices des mêmes faits (*V. G. Couturier, Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques : Rev. sociétés 1993, p. 307*). Pourtant, ce risque n'était pas réel dès lors que, le texte exigeant que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant, donc, en général, par une personne physique, cette condition implique que cette dernière puisse être personnellement mise en cause. En outre, la question restait posée, faute que des critères soient fixés, de savoir dans quels cas et pour quelles raisons la personne morale et la personne physique devaient voir leurs responsabilités engagées de manière cumulative. C'est donc aux juridictions qu'est revenue, de nouveau, la charge de clarifier, du moins en partie, le dispositif légal.

119. - Premières applications - Les juridictions de fond saisies des premières poursuites contre des personnes morales ont hésité sur la lecture qu'il convenait de faire du dispositif légal, notamment lorsqu'une personne physique était également poursuivie. Ainsi, dans une même affaire de liquidation commerciale non autorisée, deux positions opposées ont été soutenues successivement. Le tribunal correctionnel, après avoir caractérisé le délit à l'encontre du dirigeant de la société, a énoncé, pour relaxer celle-ci, que la mise en oeuvre de sa responsabilité pénale supposait que soit établie à son encontre les éléments constitutifs de l'infraction mais au travers d'agissements des organes ou représentants distincts de ceux imputables à la personne physique, cette solution s'imposant pour éviter d'ériger "une responsabilité pénale de plein droit des personnes morales du fait de leurs dirigeants agissant pour leur compte" (*T. corr. Lyon, 9 oct. 1997 : JurisData n° 1997-044728 ; Dr. pén. 1997, comm. 154, note J.-H. Robert*). En d'autres termes, les juges, prenant acte de l'autonomie affirmée par l'article 121-2 du Code pénal, cherchaient, au travers d'une faute distincte de la société, un critère justifiant sa condamnation

pénale. Ce raisonnement fut contredit par la cour d'appel qui, pour condamner la société, retint que "sa responsabilité pénale, s'analysant comme une responsabilité du fait personnel par représentation, et non de substitution, est engagée dès lors que ses organes ou représentants, qui expriment sur le plan juridique la volonté même de celle-ci, ont commis pour son compte, en tant qu'auteurs, l'élément matériel et l'élément moral d'une infraction" (CA Lyon, 3 juin 1998 : *JurisData n° 1998-041510* ; *Dr. pén. 1998, comm. 118, note J.-H. Robert*. - *V. également CA Lyon, 5 mai 1999 : JurisData n° 1999-041677 ; Dr. pén. 1999, comm. 119, note J.-H. Robert*). Il s'en déduit donc que la responsabilité pénale des personnes morales présente un caractère automatique dès lors que la responsabilité pénale d'une personne physique, organe ou représentant, est établie.

120. - Position initiale de la Cour de cassation - La chambre criminelle a fait sienne cette dernière analyse. En effet, dans un arrêt du 2 décembre 1997 (*cité supra n° 87*), elle a affirmé, s'agissant de l'usage de fausses attestations, que la cour d'appel aurait dû rechercher si un organe de la personne morale avait accompli le délit en tous ces éléments, notamment intentionnel. Ainsi, alors même qu'aucun organe ou représentant n'est poursuivi, comme c'était le cas dans cette affaire, l'infraction doit être caractérisée chez ce dernier pour pouvoir être imputé à la personne morale. Par conséquent, la responsabilité de l'organe ou du représentant, si elle est établie, a pour conséquence inéluctable celle de la personne morale, lorsque les deux sont poursuivis. En revanche, une mise en oeuvre autonome de la responsabilité pénale de la personne morale est possible mais la décision relève exclusivement du pouvoir du parquet qui, dans le cadre de l'opportunité des poursuites, peut choisir de ne poursuivre que la personne morale. Or, sur ce point, la Cour de cassation n'a fourni aucune indication de nature à guider le ministère public quant au choix d'une poursuite unique de la personne morale ou d'une poursuite cumulative de cette dernière et de son organe ou représentant.

121. - Conséquences de l'évolution de la jurisprudence - L'on a vu que la chambre criminelle n'impose plus aux juges d'identifier précisément un organe ou un représentant auteur matériel des faits (*V. supra n° 89 à 92*) et qu'elle tend à admettre que la faute peut être constatée chez l'être moral lui-même (*V. supra n° 97*). Cette remise en cause, au moins partielle, de la jurisprudence de 1997, si elle se confirme, est de nature à favoriser l'autonomie de la responsabilité pénale des personnes morales puisqu'elle permet de ne plus s'attarder sur le rôle de l'organe ou du représentant, contrairement aux prévisions expresses de l'article 121-2 du Code pénal (*V., en ce sens, E. Fortis, obs. ss Cass. crim., 25 juin 2008 : Rev. sc. crim. 2009, p. 89*). D'une part, il en résulte que, lorsque l'infraction résulte d'une "politique" de la personne morale (*V. Cass. crim., 25 juin 2008, cité supra n° 91*), seule cette dernière devrait être poursuivie car les organes ou représentants n'apparaissent alors que comme ceux qui mettent en oeuvre cette politique sans forcément l'avoir décidée. D'autre part, si l'enquête sur les faits ne permet pas d'identifier quel organe ou représentant a commis l'infraction, les poursuites contre la personne morale peuvent néanmoins être diligentées sans que cela constitue un obstacle à la condamnation de cette dernière (*V. infra n° 123*).

122. - Questions non résolues - Le dispositif de l'article 121-2 du Code pénal n'apparaît pas pleinement satisfaisant parce qu'il laisse l'autorité de poursuite décider seule de la manière dont la responsabilité pénale des personnes morales doit être mise en oeuvre, sans fournir de critère susceptible d'orienter le choix d'une poursuite de l'être moral seul ou de ce dernier et de son organe ou représentant, hormis le cas des infractions non intentionnelles, dans certaines hypothèses, depuis la loi du 10 juillet 2000 (*V. infra n° 129 à 137*). Plusieurs circulaires ont tenté de combler quelque peu cette lacune (*V. F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 622*) mais il faut relever, notamment, que celle du 13 février 2006, consécutive à l'abrogation du principe de spécialité, incite à poursuivre les personnes morales dans des cas où cela s'avère impossible (*V. supra n° 73*), ce qui convainc de sa faible portée juridique (*V. également, critiquant les incohérences de ce texte, H. Matsopoulou, Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, présentation de la circulaire Crim-06-3/E8 du 13 février 2006 : Rev. sociétés 2006, p. 483*).

Dans le domaine particulier des pratiques commerciales trompeuses, réformé de manière importante par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 (*V. JCl. Pénal des affaires, V° Pratiques commerciales trompeuses, fasc. 10*), le législateur semble encourager la poursuite des personnes morales puisque l'article L. 121-5 du Code de la consommation prévoit que "la personne pour le compte de laquelle la pratique commerciale trompeuse est mise en

oeuvre est responsable, à titre principal, de l'infraction commise". Pourtant, la Cour de cassation a jugé récemment et fort à propos qu'il ne s'agissait pas d'une responsabilité exclusive de la personne morale, le texte n'interdisant pas de retenir la responsabilité pénale du dirigeant de celle-ci, à raison de sa participation personnelle à la réalisation de l'infraction (*Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757 : JurisData n° 2009-050171 ; Dr. pén. 2009, comm. 153, note J.-H. Robert*).

123. - Recherche de critères - Il semble que, dans certaines situations, seule la personne morale peut être poursuivie. Tel est le cas lorsque l'organe est une entité collective, comme un conseil municipal ou un conseil d'administration, car la poursuite d'une personne physique se révèle alors impossible (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 592 à 595*). La Cour de cassation a eu l'occasion, à ce titre, de juger que la délibération d'un conseil municipal, prenant une décision constitutive d'une discrimination raciale, ne pouvait être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable (*Cass. crim., 11 mai 1999 : JurisData n° 1999-002093 ; Bull. crim. 1999, n° 93*), ce qui justifiait donc la relaxe du maire et de certains conseillers municipaux. La poursuite de la commune elle-même aurait été, en revanche, concevable si les faits n'étaient pas antérieurs à 1994 (*V. F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 623*).

La doctrine suggère également de poursuivre uniquement la personne morale lorsque l'infraction apparaît comme la conséquence de sa mauvaise organisation, c'est-à-dire lorsque l'infraction est due à une suite de décisions collectives pour lesquelles il est impossible d'identifier précisément un décideur, ce qui a pour conséquence l'instauration d'une habitude de comportement (*V. J.-C. Planque, op. cit., n° 589. - V. également F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit., n° 622*, parlant de "dilution de la faute au sein de la personne morale"). Ce raisonnement se conçoit particulièrement bien dans le cas des infractions non intentionnelles et semble avoir été adopté par de nombreuses juridictions qui ne cherchent plus, comme le prévoit l'article 121-2 du Code pénal, à identifier une personne physique organe ou représentant pour déclarer des personnes morales responsables d'homicides ou de blessures involontaires (*V. supra n° 88*). Mais il a été également repris pour des infractions intentionnelles, notamment dans l'arrêt précité du 25 juin 2008, évoquant la "politique commerciale" des sociétés poursuivies (*V. supra n° 91*). L'on peut ajouter que, dans cette dernière hypothèse, l'engagement de la responsabilité pénale de la seule personne morale paraît d'autant plus justifié que l'infraction est commise "pour le compte" c'est-à-dire, ici, dans l'intérêt de la personne morale plus que dans celui de l'auteur matériel des faits.

Ces quelques critères demeurent cependant d'une portée limitée et il faut donc s'en remettre à la clairvoyance des autorités de poursuite dans la mise en oeuvre du mécanisme légal. L'on peut se satisfaire de cette situation en estimant que le parquet est le mieux placé pour décider, dans chaque affaire, qui doit être poursuivi. Mais on peut aussi craindre une inégalité de traitement en fonction du lieu de commission des infractions, les procureurs disposant, malgré l'existence de quelques circulaires peu contraignantes, de beaucoup de liberté pour adopter des critères pouvant être différents selon les ressorts et selon le type de contentieux notamment.

b) Étendue de l'autonomie

124. - Lien entre les poursuites de la personne morale et d'une personne physique - La première hypothèse qui peut se présenter en pratique est celle où les faits font l'objet de poursuites contre la personne morale et une personne physique. Si cette dernière n'est pas un organe ou un représentant de l'être moral, les procédures restent totalement indépendantes l'une de l'autre. La question est plus complexe si la personne physique est l'organe ou le représentant qui a accompli l'infraction car on peut se demander quel est l'effet de la mise hors de cause de la personne physique par un non-lieu ou une relaxe. Il semble nécessaire de distinguer selon le fondement de la décision rendue à l'égard de la personne physique. En effet, si une relaxe intervient au motif que l'infraction n'est pas constituée, par exemple faute d'intention, elle constitue un obstacle à une condamnation de la personne morale (*V., en cas d'absence d'intention, Cass. crim., 8 juin 1999 : JurisData n° 1999-003171*).

125. - Indépendance des poursuites - Cependant, cette solution n'est pas automatique. Ainsi, la chambre criminelle a jugé que la relaxe prononcée en faveur des organes ou représentants de la personne morale n'exclut pas

nécessairement la responsabilité de cette dernière (*Cass. crim.*, 8 sept. 2004 : *JurisData* n° 2004-025158 ; *Dr. pén.* 2005, *comm. 11*, note M. Véron ; *D.* 2005, p. 1527, obs. G. Roujou de Boubée). Dans cette affaire, un GAEC, poursuivi du chef de recel d'escroquerie, a été condamné alors que son seul associé a été relaxé, l'infraction n'étant pas constituée à son encontre. Cette décision a été cassée, à l'égard du groupement, au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché si les faits avaient été commis par un organe ou un représentant du GAEC. La cour d'appel de renvoi a relaxé ce dernier en retenant que la personne physique relaxée était le seul organe ou représentant du groupement et que sa relaxe était définitive. L'arrêt fut de nouveau cassé aux motifs que les juges devaient rechercher, nonobstant la décision de relaxe rendue au bénéfice de la personne physique, si cette dernière n'avait pas, en connaissance de cause, permis au GAEC de conserver les fonds provenant du délit. Cet arrêt, au-delà de l'affirmation générale selon laquelle la relaxe de l'organe ou du représentant n'entraîne pas toujours celle de la personne morale, reste difficile à interpréter. Il semble fondé essentiellement sur l'absence d'autorité de la chose jugée concernant la personne physique à l'égard de l'instance relative à la personne morale. En effet, s'agissant de deux personnes différentes, la relaxe prononcée en faveur de l'une n'a pas d'autorité à l'égard de l'autre, ce qui autorise donc les juges à faire un nouvel examen des faits commis par la personne physique et, le cas échéant, à juger que le recel a bien été commis. Ce raisonnement s'apparente à celui fait couramment lorsque, après une relaxe définitive en raison de l'absence d'appel du ministère public, les juges, saisis de la seule action civile, conservent la possibilité de dire que l'infraction est constituée afin de condamner civilement le prévenu. En d'autres termes, les considérations procédurales jouent ici un rôle non négligeable, qui n'apparaît pas à la lecture de l'attendu essentiel de l'arrêt, lequel présente la question uniquement comme un problème de fond.

126. - Dans un autre arrêt, une société a été condamnée pour blessures involontaires causées dans un accident du travail et, pour rejeter le pourvoi en cassation, la chambre criminelle énonce qu'"est inopérante la circonstance que le délégataire du chef d'entreprise ait été renvoyé des fins de la poursuite" (*Cass. crim.*, 14 sept. 2004 : *JurisData* n° 2004-025163 ; *Dr. pén.* 2005, *comm. 11*, note M. Véron ; *D.* 2005, p. 1527, obs. G. Roujou de Boubée). Ici, l'explication s'avère beaucoup plus simple mais également liée à l'espèce car la relaxe du titulaire de la délégation reposait principalement sur l'absence de validité de cet acte. Ainsi, c'est bien le dirigeant de la société qui aurait dû être poursuivi en tant que personne physique ayant réalisé l'infraction et l'on comprend dès lors aisément que cette dernière ait bien été commise par ce dirigeant, organe de la société, la relaxe du préposé titulaire de la délégation ne pouvant avoir aucun effet car, en définitive, il n'était pas réellement le représentant de la personne morale.

127. - Relaxe de la personne morale - L'hypothèse inverse peut également se présenter, à savoir celle où la personne morale et son organe ou représentant étant conjointement poursuivis, la première est relaxée alors que la personne physique est condamnée. Cette solution est admise par la Cour de cassation qui estime que les juges ne sont pas liés par la relaxe définitive prononcée à l'égard de la personne morale et peuvent caractériser chez la seule personne physique les éléments constitutifs de l'infraction (*Cass. crim.*, 26 oct. 2004, n° 03-86.970 : *Bull. crim.* 2004, n° 254). L'on ignore, dans cette espèce, la raison pour laquelle la personne morale a été relaxée mais le pourvoi, invoquant l'autorité de la chose jugée de cette relaxe sur l'instance concernant le dirigeant, est logiquement rejeté, cette autorité ne pouvant exister faute d'identité de personnes.

128. - Personne physique complice de la personne morale - L'article 121-2, alinéa 3, envisage également le cas où une personne physique serait poursuivie en qualité de complice d'une personne morale. De nouveau, il faut distinguer selon que la personne physique est ou non l'organe ou le représentant de la personne morale.

Si la personne physique ne présente pas cette qualité, il n'y a pas de difficulté particulière et l'on peut aisément concevoir qu'un individu fournisse une aide ou une assistance voire des instructions à une personne morale, ou plus exactement à l'organe ou au représentant de celle-ci, en vue de la commission de l'infraction.

Il est évident que la difficulté est tout autre si celui qui, par exemple, fournit aide ou assistance est, simultanément l'organe ou le représentant de la personne morale puisqu'il se rend complice de la personne morale dont il est lui-même l'incarnation. Cependant, l'hypothèse n'est nullement invraisemblable puisque l'on peut imaginer que la personne physique aide à la préparation de l'infraction qui sera celle de la personne morale, par exemple en faisant

l'acquisition d'entrepôts dans lesquels seront stockées des marchandises détournées par la personne morale, dans le cadre d'un abus de confiance. Dans cette hypothèse, il faut dissocier les deux attitudes psychologiques de la personne physique, l'intention d'être complice ainsi que l'intention de commettre l'infraction pour le compte de la personne morale, mais cela ne crée pas de problème insoluble, du moins dans la mesure où les faits se succèdent dans le temps (*V. également supra n° 113* pour le cas inverse où la personne morale est complice de son organe ou représentant).

Il ne semble pas qu'il y ait, pour l'heure, de décision connue relative à cette hypothèse d'une personne physique se rendant complice d'une personne morale.

c) Incidence de la loi du 10 juillet 2000 relatif aux délits non intentionnels

129. - Rappel du dispositif - La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a eu pour objectif de dépenaliser certains faits commis par les personnes physiques et constitutifs de délits non intentionnels tels que l'homicide et les blessures involontaires. Elle a essentiellement modifié l'article 121-3 du Code pénal en procédant à une double distinction fondée tant sur le lien de causalité que sur la faute. Ainsi, l'alinéa 4 du texte vise l'hypothèse où les personnes physiques n'ont pas directement causé le dommage et prévoit qu'elles sont pénalement responsables s'il est établi qu'elles ont commis soit une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. En revanche, si la personne poursuivie est l'auteur direct du dommage, c'est l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal, en ce qu'il requiert une faute d'imprudence ou de négligence ordinaire, qui trouve à s'appliquer. La lecture du texte permet de constater que la double distinction n'a vocation à s'appliquer qu'aux seules personnes physiques et non aux personnes morales. Ceci est confirmé par l'article 121-2, alinéa 2, du Code pénal, également modifié par le législateur, aux termes duquel 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*".

130. - Il faut donc en déduire, d'une part, qu'en présence d'un dommage causé indirectement, si l'auteur personne physique doit avoir commis une faute qualifiée ou aggravée pour pouvoir être déclaré responsable, il n'en va pas de même lorsque l'auteur est une personne morale, une faute ordinaire étant toujours suffisante. Mais, d'autre part, cela signifie que, l'infraction reprochée à la personne morale devant avoir été commise par un organe ou un représentant, si ce dernier est poursuivi conjointement avec la personne morale, il sera relaxé s'il n'est pas démontré qu'il a commis une faute qualifiée alors que la personne morale pourra être condamnée. En d'autres termes, alors qu'en principe, lorsque l'organe ou le représentant est poursuivi avec la personne morale en qualité de coauteur, les deux personnes peuvent être condamnées, par exception, le législateur exclut ce cumul pour les infractions non intentionnelles quand le dommage est causé indirectement par une faute ordinaire.

Cette disposition légale s'explique par le souhait du législateur, soucieux de dépenaliser partiellement les faits non intentionnels, en particulier des décideurs publics ou privés, que les poursuites soient orientées plutôt vers les personnes morales que vers leurs organes ou représentants (*V. J.-H. Robert, Droit pénal général, p. 384*).

131. - Jurisprudence - La Cour de cassation a rapidement été confrontée au problème d'une société poursuivie pour blessures involontaires en même temps qu'un de ses organes qui a été relaxé en raison de l'absence de commission d'une faute délibérée ou caractérisée. L'arrêt relaxant également la personne morale a été cassé et la chambre criminelle, au visa des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal, a énoncé, sous la forme d'un attendu de principe que "les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée". En l'espèce, s'agissant d'un accident du travail, elle a reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si un défaut de surveillance ou

d'organisation du travail n'était pas imputable au chef d'établissement ou à son délégataire en matière de sécurité, ce manquement étant susceptible, nonobstant l'absence de faute délibérée ou caractérisée, d'engager la responsabilité pénale de la société (*Cass. crim.*, 24 oct. 2000 : *JurisData* n° 2000-007078 ; *Bull. crim.* 2000, n° 308 ; *JCP G* 2001, II, 10535, note M. Dauray-Fauveau ; *Dr. pén.* 2001, comm. 29, note M. Véron ; *D.* 2002, p. 514, note J.-C. Planque ; *Rev. sc. crim.* 2001, p. 156, obs. Y. Mayaud, p. 371, obs. B. Bouloc, p. 399, obs. A. Cerf-Hollender et p. 824, obs. G. Giudicelli-Delage). La solution a été réaffirmée dans les mêmes termes par plusieurs arrêts de la Cour de cassation (*Cass. crim.*, 4 déc. 2007 : *JurisData* n° 2007-042285. - *Cass. crim.*, 28 avr. 2009 : *JurisData* n° 2009-049213 ; *Bull. crim.* 2009, n° 80 ; *JCP G* 2009, n° 45, 402, notre note) et reprise par les juges du fond (*V. not. CA Rouen*, 8 févr. 2006 : *JurisData* n° 2006-303939. - *CA Douai*, 29 janv. 2009 : *JurisData* n° 2009-004433).

132. - Appréciation critique - Si certains auteurs ont jugé le dispositif légal "extrêmement habile" (*V. F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit.*, n° 625-1), beaucoup d'autres ont critiqué le législateur comme la jurisprudence (*V. notamment Y. Mayaud, obs. préc.*, parlant d'incohérence. - *V. également G. Roujou de Boubée, La responsabilité pénale des personnes morales, essai d'un bilan in Mélanges A. Decocq, p. 535. - P. Conte, Droit pénal spécial, Litec 2e éd. 2005, n° 76 ; La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal, cité supra n° 6, p. 117 à 120*). La Cour de cassation procède en effet à une lecture de l'article 121-2 du Code pénal qui, une fois encore, n'est pas conforme à la lettre en affirmant que "*les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants (...)*" car le texte dispose que les personnes morales sont responsables des "infractions" commises par les organes ou représentants, et non pas seulement des "fautes". Mais cette réécriture jurisprudentielle du texte n'est pas fortuite dès lors que la chambre criminelle ne pouvait pas aboutir à la solution consistant à rendre responsable la personne morale malgré la relaxe de l'organe ou du représentant tout en maintenant que l'infraction était commise par celui-ci car, en réalité, seule une faute est bien relevée chez la personne physique. En effet, si cette dernière est relaxée du chef d'homicide ou de blessures involontaires, c'est parce qu'elle n'a pas commis de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal. Mais, dans ce cas, il faut se rendre à l'évidence de l'inexistence d'une infraction pénale car cette dernière suppose la conjugaison d'un élément matériel et d'un élément moral. Si ce dernier fait défaut, comme c'est le cas pour l'auteur indirect, personne physique, qui n'a commis qu'une faute ordinaire, aucune infraction n'est consommée par celle-ci et, dans ce cas, ce n'est pas une infraction, mais bien seulement une faute, qui est imputée à la personne morale. Ainsi, la Cour de cassation ne se limite pas à une simple interprétation audacieuse de l'article 121-2 du Code pénal puisqu'en cherchant à respecter l'intention du législateur, qui est de maintenir la responsabilité de l'être moral malgré la relaxe de l'organe ou du représentant, elle montre et entérine l'incohérence des textes. En l'absence de faute qualifiée commise par la personne physique auteur indirect, la personne morale est rendue responsable de faits associés à une faute dont la combinaison ne constitue pas une infraction pénale.

133. - Essais de justification - Des auteurs ont tenté de fonder juridiquement une telle analyse. Certains considèrent que l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, qui vise l'hypothèse de la causalité indirecte, instituerait une cause d'irresponsabilité pénale en faveur des personnes physiques ne commettant pas de faute qualifiée, ce qui aurait pour effet de ne pas supprimer l'infraction qui resterait donc imputable à la personne morale (*V. F. Desportes et F. Le Gunehec, op. cit.*, n° 604-4). L'argument consiste à souligner que si l'article 121-3, alinéa 3, concerne bien "l'infraction" non intentionnelle ("*Il y a également délit...*"), l'alinéa 4 se contente de renvoyer à cet alinéa 3 ("*Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède...*"), ce qu'il faudrait interpréter comme signifiant que l'absence de faute qualifiée joue le rôle d'une cause de non-imputabilité pour les personnes physiques, le délit subsistant à l'égard des personnes morales. Pour habile qu'il soit, le raisonnement ne saurait convaincre. Outre qu'il s'agirait d'une cause d'irresponsabilité ne bénéficiant qu'aux personnes physiques, il faut relever que l'article 121-3 du Code pénal concerne l'élément moral de l'infraction et non pas les causes d'irresponsabilité pénale. Admettre cette explication revient donc à confondre culpabilité et imputabilité dès lors que si un événement tel qu'une force contraignante ou un trouble psychique peut avoir une influence sur la faute et supprimer la responsabilité, l'on ne voit ici rien de tel, la prétendue irresponsabilité ne reposant que sur la faute elle-même, insuffisamment grave pour condamner la personne physique mais encore assez consistante pour justifier la condamnation de la personne morale. La

justification apparaît donc fort artificielle.

134. - On a également soutenu que la solution pouvait être fondée en recourant à l'idée d'immunité instituée en faveur des personnes physiques (V. C. Ruet, *La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels : Dr. pén. 2001, chron. n° 1*). L'explication a l'avantage de déplacer la question du fond vers la procédure mais elle ne paraît pas plus satisfaisante car les immunités sont habituellement accordées à certaines personnes en raison de leur fonction ou de leur statut (V. F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale : Économica, 2009, n° 105 à 108*). Or ici, cette immunité posséderait un domaine d'application considérable en ce qu'elle concernerait toute personne physique sans aucune distinction. En outre, l'immunité a pour effet d'empêcher d'examiner les faits eux-mêmes, ce qui n'est pas le cas en matière de délits non intentionnels (V. J.-C. Saint-Pau, *art. préc., n° 176*).

135. - Nécessaire réécriture du texte - Il faut se rendre à l'évidence qu'il est impossible de justifier la solution voulue par le législateur en l'état actuel des textes et que la jurisprudence de la Cour de cassation, peu respectueuse du principe de la légalité, masque mal les graves défauts du dispositif. Seule une retouche législative de l'article 121-2 du Code pénal est susceptible de permettre d'atteindre l'objectif souhaité sans méconnaître, comme c'est actuellement le cas, les principes fondamentaux du droit pénal. Il faut d'ailleurs souligner que cet objectif, qui consiste, en définitive, à mieux répartir les responsabilités pénales en matière d'infractions non intentionnelles entre personnes physiques et personnes morales n'est pas, en soi, contestable. Le ministère public peut, en la matière, rechercher avantagement la responsabilité pénale de la seule personne morale dès lors qu'il lui suffira d'établir une faute ordinaire alors que la mise en cause d'une personne physique, si les juges du fond estiment qu'elle est un auteur indirect, pourra se heurter à la difficulté de la preuve d'une faute qualifiée. Ainsi, à l'éventuelle déresponsabilisation des personnes physiques répond une responsabilisation maintenue des personnes morales.

Le texte pourrait être modifié plus ou moins profondément. Il a ainsi été proposé d'opérer, au sein de l'article 121-2, une distinction entre infractions intentionnelles, pour lesquelles serait conservé le principe selon lequel l'infraction est imputable à la personne morale si elle est commise par un organe ou un représentant, et infractions non intentionnelles, pour lesquelles le texte ne ferait plus allusion à l'exigence de l'intervention de cet organe ou représentant (V. J.-C. Planque, *note préc. ss Cass. crim., 24 oct. 2000*).

136. - L'on pourrait aussi concevoir une modification plus fondamentale qui consisterait à effacer de l'alinéa 1er de l'article 121-2 toute référence à la réalisation matérielle des faits par un organe ou un représentant, la seule condition restant exigée étant celle que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale (V. *notre article cité supra n° 103*). Cette simplification du texte serait particulièrement bienvenue car elle permettrait de résoudre beaucoup de difficultés que la jurisprudence a mises en lumière et notamment celle de l'identification de l'organe ou du représentant (V. *supra n° 86 à 92*). Il faut préciser qu'il ne s'agirait pas de bouleverser totalement le mécanisme actuel dès lors qu'il reste indéniable que, dans la majorité des cas, l'infraction pénale imputée à la personne morale doit effectivement être matériellement réalisée par une personne physique mais, comme cela a déjà été dit, cette réalité ne doit pas avoir pour conséquence d'imposer comme condition de la responsabilité des personnes morales l'intervention systématique d'une personne physique (V. *supra n° 117*). Ce qui importe, c'est que les faits soient commis pour le compte de la personne morale, condition nécessaire et suffisante parce qu'elle intègre celle de la commission de l'infraction par une personne physique (V. *supra n° 103*). Supprimer cette dernière exigence permettrait donc de faire coïncider le texte avec la jurisprudence la plus récente, dont on a vu qu'elle avait pris beaucoup de liberté avec la lettre de l'article 121-2 du Code pénal.

137. - Cela aurait également comme conséquence positive de régler l'incohérence actuelle entre les articles 121-2 et 121-3 du Code pénal concernant les infractions non intentionnelles. En effet, toute la difficulté provient précisément de l'impossibilité de considérer, en présence d'une faute ordinaire commise par l'auteur indirect du délit non intentionnel, qu'une infraction est commise par ce dernier, ce qui devrait donc interdire de rendre responsable la personne morale. Dès lors que l'on n'exige plus, pour condamner cette dernière, que le délit soit commis par un organe ou un représentant, l'imputation de l'infraction à la personne morale ne rencontre plus d'obstacle parce que la

faute ordinaire de la personne physique sera la faute de la personne morale nécessaire à la constitution de l'infraction. En d'autres termes, si, dans ces hypothèses, il n'y a pas d'infraction commise par une personne physique, il y a bien une infraction commise par la personne morale, la faute étant celle de l'organe ou du représentant qui incarne cette dernière voire, au vu de certains arrêts de la Cour de cassation, la faute de la personne morale elle-même (*V. supra n° 97*). Ce schéma est d'autant plus aisé à concevoir en matière d'infractions non intentionnelles que les fautes reprochées dans ce domaine se rattachent fréquemment à de simples manquements ou omissions, aisément imputables directement à une personne morale.

138. - Conclusion - L'heure paraît donc venue pour le législateur de repenser la responsabilité pénale des personnes morales, "improvisée plus que construite" (*J.-H. Robert, Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales in Mélanges Bouloc, p. 975*). Les évolutions jurisprudentielles récentes ont remodelé la conception initiale dans un sens qui nous paraît positif parce que susceptible de donner sa véritable place au mécanisme en conférant une pleine autonomie à la responsabilité pénale des êtres moraux. Elles sont cependant critiquables parce qu'elles s'éloignent de plus en plus du texte de l'article 121-2 du Code pénal. L'on peut alors considérer qu'elles constituent un appel au législateur pour qu'il reconsidère l'ensemble de la question afin qu'il donne enfin l'assise théorique solide qui fait cruellement défaut à un dispositif dont l'intérêt semble aujourd'hui ne plus pouvoir être nié.

Bibliographie

Ouvrages généraux et spéciaux

M.-A. Afchain

La responsabilité de la société (administrative, civile et pénale) : Thèse, Tours 2006

B. Bouloc

Droit pénal général : Précis Dalloz, 21e éd. 2009

B. Bouloc et H. Matsopoulou

Droit pénal général et procédure pénale : Sirey, 17e éd. 2009

P. Conte et P. Maistre Du Chambon

Droit pénal général, A. Colin : 7e éd. 2004

M. Daurry-Fauveau et M. Benillouche

Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales : PUF, Collection CEPRISCA, 2009

E. Desnoix

L'entreprise face à la justice pénale (étude comparée droit français/droits anglo-saxons) : Thèse, Tours 2005

F. Desportes et F. Le Gunehec

Droit pénal général : Économica, 16e éd. 2009

I.-N. Dia

Réflexions sur l'applicabilité aux personnes morales des causes d'exonération de responsabilité pénale : Thèse, Poitiers

2006

E. Dreyer

Droit pénal général : Flammarion 2006

J. Larguier , P. Conte et P. Maistre Du Chambon

Droit pénal général : Mémento Dalloz, 21e éd. 2008

J. Leroy

Droit pénal général : LGDJ 2e éd. 2007

N. Lhasbellaoui-Serra

Influence de la responsabilité pénale de la personne morale sur celle du chef d'entreprise en cas d'accident du travail :
Thèse, Paris XIII 2002

Y. Mayaud

Droit pénal général : PUF, 2e éd. 2007

R. Merle et A. Vitu

Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général : Cujas, 7e éd. 1997

X. Pin

Droit pénal général : Cours Dalloz, 3e éd. 2009

J.-C. Planque

La détermination de la personne morale pénalement responsable : L'Harmattan 2003

J. Pradel

Droit pénal général : Cujas, 17e éd. 2008/2009

J. Pradel et A. Varinard

Les grands arrêts du droit pénal général : Dalloz, 7e éd. 2009

M.-L. Rassat

Droit pénal général : Ellipses, 2e éd. 2006

J.-H. Robert

Droit pénal général : PUF, 6e éd. 2005

J.-C. Soyer

Droit pénal et procédure pénale : LGDJ, 20e éd. 2008

Articles de doctrine

J. Amar

Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2001, chron. 37
Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations du travail : Dr. pén. 2005, étude 13

P. Beliveau

La responsabilité pénale des corporations en droit canadien : Rev. sc. crim. 1999, p. 1

C. Benoît-Renaudin

Recodification du Code du travail et infractions aux règles de santé et de sécurité, une nouvelle donne en matière de responsabilité des chefs d'entreprise ? : Rev. sc. crim. 2009, p. 331

B. Bouloc

Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 291
Les personnes morales toujours pénalement responsables ? : Rev. Lamy dr. aff., févr. 2006, p. 10

P.-O. Caille

Responsabilité pénale des personnes morales de droit public : JCl. Administratif, Fasc. 803

M.-E. Cartier

Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français : LPA 11 déc. 1996, p. 18
De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales, libres propos in Mélanges B. Bouloc : Dalloz 2007, p. 97

M.-J. Coffy De Boisdeffre

L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation quant à la détermination des personnes responsables dans l'entreprise : LPA 9 nov. 1999, p. 8

G. Couturier

Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques : Rev. sociétés 1993, p. 307

P.-J. Delage

Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2005, étude 2

B. De Lamy et M. Segonds

Responsabilité pénale des personnes morales : JCl. Pénal des affaires, Notions fondamentales, fasc. 7

M. Delmas-Marty

Personnes morales étrangères et françaises : Rev. sociétés 1993, p. 255
Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 301

E. Desnoix

Plaidoyer (français) pour la consécration de l'infraction de "corporate killing" en Angleterre : Rev. pénit. 2007, p. 131

F. Desportes

Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales : JCP E 1993, I, 219

J. Devèze

Responsabilité de l'entreprise et / ou de son chef : arrêts sur images : RJ com. 2005, p. 3

F. Gartner

L'extension de la responsabilité pénale aux personnes publiques : RFD adm. 1994, p. 126

Y. Guyon

Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? : Rev. sociétés 1993, p. 235

J. Hermann

Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ? : D. 1998, p. 195

W. Jeandidier

La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales : Cah. dr. entr. 2006, n° 1 p. 24

J. Jorda

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence : Gaz. Pal. 13 févr. 2001, p. 4

R. Legeais

Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 371

A. Lévy

L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 : Dr. adm. 2004, étude 12 et étude 14

J.-Y. Maréchal

Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales : JCP G 2009, n° 38, 249

A. Maron et J.-H. Robert

Cent personnes morales pénalement condamnées : Dr. pén. 1998, chron. 22

C. Mascala

L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales, la fin du principe de spécialité : Bull. Joly sociétés 2006, n° 1, p. 5

H. Matsopoulou

Responsabilité pénale des personnes morales : Rép. soc. Dalloz

La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 2004, p. 283
Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : Dr. et patrimoine 2006, n° 149, p. 48
Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, présentation de la circulaire crim-06-3/e8 du 13 février 2006 : Rev. sociétés 2006, p. 483

F. Meyer

Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles : RFD adm. 1999, p. 920

J. Moreau

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français : LPA 11 déc. 1996, p. 41

C. Mouloungui

L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales : RTD com. 1994, p. 441
La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France : RD pén. crim. 1995, p. 143

A. Outin-Adam

La responsabilité pénale de la personne morale et le cumul avec la responsabilité individuelle : Gaz. Pal. 26 mars 1999, p. 18

F.-J. Pansier

La responsabilité pénale des personnes morales : Gaz. Pal. 1996, 1, doct. p 249

M. Pariente

Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 247

D. Père

Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales : les précisions apportées par la circulaire du 13 février 2006 : LPA 12 juin 2006, p. 20

E. Picard

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : Rev. sociétés 1993, p. 261

E. Pire

Responsabilité pénale des personnes morales : difficultés de droit transitoire : D. 2004, p. 1650

J.-C. Planque

Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : LPA 7 janvier 2004, p. 3
Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire : D. 2006, p. 1836
Réflexions en matière de responsabilité pénale des personnes morales (à partir des propositions du rapport Coulon) : Gaz. Pal. 6 janv. 2009, p. 11

J. Pradel

La responsabilité pénale des personnes morales en droit français, quelques questions : Rev. pénit. 1998, p. 153

F. Prunet

Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales : un effet inattendu de la loi Perben II : Gaz. Pal. 17 nov. 2005, p. 2

P. Rimbault

La discrète généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : AJDA 2004, p. 2427

J.-H. Robert

La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais : Dr. pén. 1995, chron. 30

La responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2000, Hors-série, n° 3, p. 20

Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? in *Mélanges P. Couvrat* : PUF 2001, p. 383

Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales in *Mélanges B. Bouloc* : Dalloz 2007, p. 975

N. Rontchevsky et M. Comporti

La notion d'entité personnalisée : LPA 11 déc.1996, p. 7

G. Roujou De Boubée

La responsabilité pénale des personnes morales, essai d'un bilan in *Mélanges offerts à André Decocq* : Litec 2004, p. 535

L. Saenko

De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2009, étude 14

J.-C. Saint-Pau

L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise : Gaz. Pal. 9 févr. 2005, p. 7

La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction in *Le risque pénal dans l'entreprise* : Litec coll. Carré droit, 2003

La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale in *Mélanges B. Bouloc* : Dalloz 2007, p. 1011

O. Sautel

La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, entre litanie et liturgie : D. 2002, p. 1147

La responsabilité pénale des personnes morales, LPA 18 juin 2008, p. 7

M. Segonds

Frauder l'article 121-2 du Code pénal : Dr. pén. 2009, étude 18

M.-C. Sordino

La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : une fin espérée... adoptée

dans la plus grande discrétion : Gaz. Pal. 11 sept. 2004, p. 13

F. Stasiak

Fusion et responsabilité pénale des personnes morales en droit boursier in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc : Dalloz 2007, p. 1091

M.-F. Steinle-Feuerbach

Infractions non intentionnelles et responsabilité pénale des collectivités territoriales : entre singularité et pragmatisme : JCP G 2007, I, 173

N. Stolowy

La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II : JCP G 2004, I, 138

F. Streteanu

La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumain : Rev. pénit. 2007, p. 331

I. Urbain-Parleani

Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 239

M. Véron

Responsabilité pénale des personnes morales. Où en est-on ? À propos de L. n° 2009-526, 12 mai 2009 : Dr. pén. 2009, comm. 92

J.A.E. Vervaele

La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique : Rev. sc. crim. 1997, p. 325