



HAL
open science

Responsabilité pénale du dirigeant : regard critique

Gérard Hervé Vilon Guezo

► **To cite this version:**

Gérard Hervé Vilon Guezo. Responsabilité pénale du dirigeant : regard critique. Droit. Université d'Orléans, 2016. Français. NNT : 2016ORLE2091 . tel-01874557

HAL Id: tel-01874557

<https://theses.hal.science/tel-01874557v1>

Submitted on 14 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

CENTRE DE RECHERCHE JURIDIQUE POTHIER

THÈSE présentée par :
Gérard Hervé VILON GUEZO

soutenue le : **14 décembre 2016**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**
Droit privé/ Sciences criminelles

Responsabilité pénale du dirigeant : regard critique

THÈSE dirigée par :
Jacques LEROY Professeur à l'Université d'Orléans

RAPPORTEURS :
François FOURMENT Professeur à l'Université François Rabelais- Tours
Jérôme BOSSAN Maître de conférences à l'Université de Poitiers

JURY

François FOURMENT Professeur à l'Université François Rabelais- Tours
Jérôme BOSSAN Maître de conférences à l'Université de Poitiers

À ma famille

À toutes ces personnes qui ont toujours cru en moi et m'ont soutenu

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements à Monsieur le Professeur Jacques LEROY qui a accepté de diriger ces recherches et dont les conseils ont été très précieux.

Je remercie également le personnel du laboratoire, notamment le secrétariat, pour sa grande disponibilité et son soutien.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

Al. : Alinéa

AMF : Autorité des marchés financiers

Ann. Fac. dr. : Annales de la Faculté de droit

APD : Archives de philosophie du droit

Art. : Article

Banque et droit : Revue Banque et droit

BJB : Bulletin Joly Bourse

BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. COB : Bulletin de la Commission des opérations de bourse

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

Bull. soc. : Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation

C. : Code

CA : Cour d'appel

Cah. dr. aff. : Cahier droit des affaires du Recueil Dalloz

Cah. dr. entr : cahier de droit de l'entreprise

CCIP : chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

CE : Conseil d'État

CEDH : Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

Chron. : Chronique

Civ. : Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation

CNPF : Conseil National du Patronat Français

COB : Commission des opérations de bourse

Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Comm. : Commentaire

Concl. : Conclusions

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Contra : Solution inverse

C. pén. : Code pénal

Crim. : Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation

D. : Recueil Dalloz

D. Affaires : Dalloz affaires

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DGCCRF : Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

Doctr. : Doctrine

Dr. pénal : Droit pénal

Dr. social : Droit social

Dr. sociétés : Droit des sociétés

Éd. : Édition

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibid. : *Ibidem* (même endroit)

J. Cl. : Jurisclasseur

JCP : Jurisclasseur périodique
(semaine juridique)

JCP éd. E : Jurisclasseur périodique,
édition entreprise

J.O. : Journal officiel

JOAN : Journal officiel de
l'Assemblée nationale

JO Sénat : Journal officiel du Sénat

Jurisc. : Jurisclasseur

Justices : Revues justices

L. : Loi

LPF : Livre des procédures fiscales

MEDEF : Mouvement des Entreprises de France

n° : Numéro

NCPC : Nouveau Code de procédure civile

NRE : Loi relative aux nouvelles
régulations économiques

Obs. : Observations

Op. cit. : *opere citato* (ouvrage précité)

Ord. : ordonnance

p. : page

LPA : Les Petites Affiches

Panor. : Panorama

Pouvoirs : Revue Pouvoirs

Préf. : Préface

PUAM : Presses universitaires
d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

RD bancaire : Revue de droit bancaire
et de la bourse

Rép. pén. : Répertoire de droit pénal

Rép. sociétés : Répertoire des sociétés

RSC : Revue de science criminelle
et de droit comparé

Rev. sociétés : Revue des sociétés

RID. comp. : Revue internationale
de droit comparé

RID. éco : Revue internationale de
droit économique

RIDP : Revue internationale de
droit pénal

RJ com. : Revue de jurisprudence
commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit
des affaires

RJS : Revue de jurisprudence sociale

RRJ : Revue de la recherche juridique

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : revue trimestrielle de
droit commercial

s. : Et suivants

Somm. : Sommaire

Spéc. : Spécialement

t. ou T. : Tome

TGI : Tribunal de grande instance

Trib. : Tribunal

Trib. com. : Tribunal de commerce

Trib. corr. : Tribunal correctionnel

V. : Voir

Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PARTIE I : ANALYSE CRITIQUE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT.....	31
TITRE I : LES DÉFICIENCES DE L'INCRIMINATION.....	33
Chapitre I : Les déficiences substantielles de l'incrimination.....	36
Chapitre II : Les déficiences fonctionnelles de l'incrimination.....	62
Chapitre III : Les déficiences formelles de l'incrimination.....	76
Conclusion Titre I.....	108
TITRE II : LES DÉFICIENCES DE LA RÉPRESSION PÉNALE.....	109
Chapitre I : La prééminence de la répression.....	111
Chapitre II : Une impunité réduite.....	194
Conclusion du Titre II.....	228
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	229
PARTIE II : ANALYSE CONSTRUCTIVE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT.....	230
TITRE I : LA REDÉFINITION DES CRITÈRES DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DIRIGEANT.....	232
Chapitre I : Le critère de la gravité en droit pénal général.....	234
Chapitre II : Les critères propres au droit pénal des affaires.....	253
Conclusion Titre I.....	345
TITRE II : L'EFFICIENCE DES SANCTIONS CIVILES.....	346
Chapitre I : L'efficacité des sanctions civiles spécifiques.....	348
Chapitre II : L'efficacité des sanctions civiles classiques.....	362
Conclusion du Titre II.....	414
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	415
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	417
ANNEXES	
BIBLIOGRAPHIE.....	420
TABLE DES MATIÈRES.....	484

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1- Si « la responsabilité est la rançon du pouvoir¹ », l'imputation au dirigeant risque d'être pure formalité². Fondé sur une logique fonctionnaliste³, le mécanisme d'imputation au dirigeant présente la caractéristique de s'éloigner des formes de participations criminelles traditionnelles, qu'il s'agisse de l'action ou encore de la complicité. Cette thèse fonctionnaliste est bien pratique tant qu'elle permet d'identifier un fait personnel, même lointain, du dirigeant. Elle fait apparaître, au besoin par présomption, un rapport de causalité entre l'infraction et l'activité du dirigeant. Cette thèse commande cependant une redéfinition de la participation criminelle, puisque le cheminement conduisant à l'imputation de la responsabilité au dirigeant s'opère par déduction : au regard de ses pouvoirs fonctionnels, le dirigeant « n'a pu que » participer à l'infraction. Les fonctions du dirigeant permettent ainsi d'établir une activité personnelle du dirigeant et un lien de causalité entre cette activité et l'infraction. Cette causalité fonctionnelle s'éloigne de la causalité objective au risque de n'être que virtuelle⁴ et abandonne ainsi le fondement véritable de l'imputation aux fonctions du dirigeant. Dans ces conditions, l'établissement de l'implication du dirigeant dans la commission de l'infraction nécessite un certain nombre de contorsions qui finissent par faire douter de l'effectivité de son incidence. Du point de vue de la qualification, on note un bouleversement des différentes participations criminelles. Ainsi, l'auteur matériel est parfois qualifié de complice⁵ et l'auteur désigné par l'élément légal pourrait ne pas avoir personnellement commis les éléments constitutifs du délit. Et, puisqu'il vaut mieux désigner les coupables que les chercher, la transgression d'une réglementation relative à l'hygiène ou à la sécurité invitera naturellement à rechercher la responsabilité du côté du dirigeant.

2- À l'origine de la responsabilité pénale. En France, la réforme de 1788 prévoyait que seul le criminel serait sanctionné. Sur ce point, les cahiers de doléances approuvent les ultimes efforts de la monarchie avant la Révolution et insistent sur le respect par l'institution judiciaire du principe de la personnalité des peines. Mais l'individualisme va reculer. Et sous l'influence de certaines philosophies modernes qui prônent la solidarité humaine, et du fait d'une structuration économique de la société mettant davantage l'accent sur le groupe que sur l'individu, l'idée d'une responsabilité du fait d'autrui va germer. L'activité économique et l'évolution des structures industrielles, ainsi que leur mode d'exploitation seront à l'origine de la responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise. Ainsi, par le biais de son activité économique, l'entreprise peut générer des

1- G. RIPERT, « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », LGDJ, 1951, 2e éd., n°81.

2- M. BÉNÉJAT, « *La responsabilité pénale professionnelle* », Thèse Bordeaux IV, Ed. Dalloz, 2012, p. 233.

3- M. DELMAS-MARTY, « *Droit pénal des affaires* », t.1, P.U.F., 3ème éd., 1990.

4- P.-A. BON, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal ». La notion de « faute virtuelle » est connue du droit de la responsabilité civile. Elle désigne le fait de déduire la faute de la survenance du dommage. V. sur ce point, CH. RADÉ, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », D. 2003, 2247, spéc. N°5, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999. 312, spéc. N°10. La faute virtuelle est particulièrement utilisée en matière médicale. V. Y. DAGORNE-LABBÉ, « La nature de l'obligation du médecin à l'égard de ses patients », D. 1990. 413;

5- Art. 42 et s de la loi du 29 juillet 1881.

blâmables portant atteinte à l'ordre public économique. Cette situation explique qu'elle fasse aujourd'hui l'objet d'un foisonnement de textes qui sont destinés à protéger les acteurs économiques en relation avec elle. Mais la prolifération des textes répressifs a atteint un tel paroxysme que la doctrine pénaliste a fini par dénoncer une « *inflation législative* ⁶ » critiquable ⁷ ayant pour conséquence un « *effet polluant* ⁸ » du droit commercial et une altération du droit pénal. Intrinsèquement complexe, le droit pénal des affaires est considéré comme une matière dérogatoire au droit pénal commun. En droit pénal général, l'identification de l'auteur matériel permet l'attribution de la responsabilité pénale, alors qu'en droit pénal des affaires, l'identification certaine de l'auteur matériel de l'infraction se révèle plus complexe en raison d'une implication des différents niveaux de la hiérarchie. Et, la prise en compte de la qualité professionnelle des agents de l'infraction ne vise qu'à atténuer le rôle de l'élément matériel de l'infraction. ⁹ Dès lors, la tentation est forte d'y voir une quasi systématisation de la responsabilité pénale du dirigeant. Parfois, cette responsabilité est expressément énoncée par la loi comme en matière de publicité où l'article L. 121 du Code de consommation prévoit la responsabilité pénale de l'annonceur pour le compte duquel est diffusée une publicité trompeuse. Et dans l'hypothèse où le contrevenant est une personne morale, la responsabilité remonte à ses dirigeants. Or, si l'on prend en considération la formule utilisée par la jurisprudence - « *Nul n'est pénalement responsable que de son fait personnel* » ¹⁰, seul devrait être pénalement sanctionné l'agent ayant matériellement et psychologiquement commis le délit.

3- Néanmoins, en matière d'infractions involontaires, l'élément moral réside dans la faute, une notion dont les contours, jusqu'en 2000, n'avaient pas été définis et pouvaient être appréciés de façon hétérogène. ¹¹ Pour cette catégorie d'infractions, il ne peut y avoir de responsabilité pénale sans faute. Et la constatation d'un agissement préjudiciable aux valeurs essentielles de la société ne saurait être poursuivie en dehors de l'existence d'une faute. L'élément moral apparaît ainsi comme une pièce indispensable dans l'imputation, car représentant le jugement moral porté sur les comportements incriminés. « *L'analyse de la mise en pratique de ce précepte n'est pas chose aisée en raison de la nature immatérielle de l'élément moral qui supporte mal la rigueur juridique. En effet, cet élément recouvre plusieurs composantes représentatives des différents degrés de la faute pénale, en fonction d'états psychologiques subjectifs distincts* ¹². » Or, bien souvent, les manquements reprochés au dirigeant ne requièrent comme élément moral qu'une faute d'imprudence ou de négligence dans l'organisation de son entreprise. Pour Hegel ¹³, de tels faits ne constituent pas des infractions à proprement parler. Et tout au long de son oeuvre, Hegel plaidera pour une normativité accessible à l'entendement.

4- Conception philosophique de la responsabilité pénale. « Action et imputation chez Hegel » ¹⁴. L'examen de la moralité, chez Hegel, est hanté par cette forme d'injustice qui consiste à innocenter le coupable ou à condamner l'innocent. Ainsi, dans la deuxième partie des « *Principes de la philosophie du droit* », Hegel fait apparaître l'inadéquation du fait et du droit comme une menace

6- M. DELMAS-MARTY, « L'inflation pénale », VI^{ème} congrès de l'Association française de droit pénal, Montpellier, novembre 1983.

7- Selon Monsieur le Pr. J. LEROY, cette inflation des incriminations fut un mal pour un bien en ce qu'elle suscita des réactions positives telles qu'une tendance à la dépenalisation et la redéfinition des infractions involontaires in « *Droit pénal général* », 5e éd., LGDJ, 2014, p. 99-100.

8- A. VIANDIER, obs. sous Trib. corr. Paris, 19 septembre 1989, JCP 1990, éd. E, II, 15677, n° 15, p. 56 et s.

9- B.H. DUMORTIER, « *L'attribution de la responsabilité en droit pénal des affaires* », Thèse Lille II, 1977, p. 71.

10- Cass. crim., 16 décembre 1948, Bull. crim., n°291; Cass. crim., 21 décembre 1971, Bull. crim., n°366, Gaz. Pal. 1972, somm. P 18.

11- H. MATSOPOULOU, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », in « Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires? », Colloque 2001, Association Droit et Commerce, Paris, Revue de jurisprudence commerciale, 2001, n°11, p 45-46.

12- S. GEHAD, « *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise* », Thèse Paris I, 2004.

13- G. MARMASSE, « *Hegel, penseur du droit* », CNRS PHILOSOPHIE, CNRS Editions, p 113.

14- Il s'agit d'un emprunt de l'intégralité de la réflexion de G. MARMASSE sur l'action et l'imputation à l'aune de la pensée philosophique hégélienne in « *Hegel, penseur du droit* », CNRS PHILOSOPHIE, CNRS Editions, p 113.

multiforme.

Mais comment entendre la notion d'action? Sans doute, est-ce la question de l'imputation qui en constitue la clé, puisque l'action véritable, selon Hegel, requiert que son sujet puisse la reconnaître comme sienne. Dès lors, pour que l'agent puisse se voir reconnaître la qualité d'auteur, il doit y avoir eu une intériorisation de la décision et une prise en charge par l'agent de sa responsabilité.

5- L'analyse de l'action chez Hegel. L'action ici prise en compte par la moralité est celle déterminée par l'agent indépendamment de toute instance normative extérieure. La moralité a pour cadre le refus, par l'agent, de toute autorité extérieure, un refus qui s'opère au profit du libre choix du but et des moyens propres à la réalisation de celui-ci¹⁵. Dans la moralité, l'individu ne trouve qu'en lui-même la règle de son action. Fondamentalement, l'action morale possède une dignité réelle aux yeux de Hegel, même si celle-ci reste relative. C'est pourquoi la moralité joue un rôle fondamental dans l'économie générale de la philosophie du droit et apparaît comme un développement de la subjectivité agissante. L'action subjective pourrait donc s'analyser selon deux dimensions : d'une part, une forme subjective comme essence, et d'autre part, une forme objective comme effectuation. Le but de Hegel est de montrer l'unité de ces deux dimensions et de critiquer les doctrines qui prônent leur caractère dissocié. Sa théorie rejette donc d'emblée l'idée, pour une même infraction, d'un auteur moral distinct d'un auteur matériel comme dans le cas du dirigeant d'entreprise.

6- Les conditions de l'imputation. Comme Kant, Hegel considère que la notion d'imputation n'a de sens que pour une volonté douée de libre arbitre et que la responsabilité morale à proprement parler contient l'action pour autant qu'elle a résidé dans la volonté. Selon le philosophe, pour que l'effet de l'action soit imputable à l'agent, il faut que ce dernier connaisse et veuille celui-ci pour sa signification objective et ses implications. Autrement dit, la théorie hégélienne plaide pour le droit de ne se voir imputer que ce que l'on a voulu.

7- L'imputation morale. Pour être coupable, selon Hegel, le sujet ou l'agent doit avoir décidé l'action pour sa signification morale objective; une affirmation conforme à un principe général du droit pénal. En effet, aux termes de l'article 121-3 du Code pénal, les crimes et délits pour être considérés comme tels requièrent l'intention de violer le droit. Pourtant de nombreuses sanctions prévues par la loi dérogent à ce principe. Ce qui révèle par contraste le relatif libéralisme des principes de la philosophie du droit. C'est le cas des délits d'imprudence et de négligence qui sont pourtant considérés comme des fautes non intentionnelles. Pour Hegel, de tels faits ne constituent pas des fautes à proprement parler. Et selon lui, une norme même juste, dès lors qu'elle est, par nature, incompréhensible, est inconcevable. Le philosophe revendique le droit à l'homme de ne rien reconnaître de ce qu'il ne discerne pas comme étant rationnel. Mais il réfute en même temps tout subjectivisme moral où l'individu déterminerait arbitrairement ce qui est moralement valide. Plus généralement, Hegel met en avant, dans le processus de l'imputation, la reconnaissance par l'agent comme étant sien de ce qui a été voulu et fait. Le critère de l'imputation réside donc avant tout dans le rapport subjectif de l'individu à son action. La responsabilité suppose alors l'identité d'un individu et d'une action. Outre la dénonciation des sophismes qui exonèrent abusivement l'homme de sa responsabilité, le texte de la moralité apparaît comme une véritable plaidoirie constamment reprise en faveur de l'homme qui pourrait être injustement condamné. Certes, Hegel vise probablement l'institution judiciaire souvent expéditive dans l'affirmation de la culpabilité du prévenu. Mais, plus fondamentalement, il s'en prend à toutes les doctrines qui, postulant l'indignité métaphysique de l'Homme, se donne un argument trop facile pour le condamner moralement.» Cette conception philosophique de la responsabilité pénale s'appréhende davantage à la lumière de l'analyse sociologique de cette dernière, telle que proposée par Paul FAUCONNET.

15- R. LEGROS, « Dictionnaire d'éthique et de morale », Paris, 1995, p 687.

8- Conception sociologique de la responsabilité pénale chez FAUCONNET : « l'impératif de la répression¹⁶ ». Cette approche permet d'appréhender le fait criminel de manière empirique et de le placer dans un contexte social. Ainsi, P. FAUCONNET retient dans son analyse de la responsabilité pénale deux moments fondamentaux. La première phase est celle où « *la conscience collective* », ou plus simplement « *la société* » serait troublée par un acte moralement répréhensible. Pour se protéger de ce type d'acte, P. FAUCONNET considère, dans le sillage d'Émile DURKHEIM, que la société aurait conçu une responsabilité « *flottante* », une sorte d'épée de Damoclès qui planerait sur l'ensemble des agents sociaux, dans un souci de préservation ou de retour à l'ordre public.

La seconde phase est celle où cette responsabilité flottante va se fixer en particulier sur un sujet, et va être transformée en « *culpabilité* ». Cette imputation qui n'est que la conséquence d'une responsabilité préexistante, mais juste flottante, marque l'attachement de cette responsabilité avant tout à l'acte répréhensible et pas à l'individu. En réalité, analyse P. FAUCONNET, c'est faute de pouvoir détruire l'acte répréhensible en lui-même que la conscience collective recherche sa conjuration par l'intermédiaire d'un bouc émissaire. Il a d'ailleurs, en s'intéressant à cette deuxième phase, relevé que, par le passé, de nombreuses sociétés tiraient au sort la personne qui serait châtiée. P. FAUCONNET relève dans les sociétés où se sont institutionnalisées des procédures d'imputation – comme la nôtre – pas loin d'une dizaine de procédures qui ont certes pour objectif commun d'identifier un responsable, mais conduisent bien souvent à établir des liens de responsabilité très différents entre la personne présumée responsable et l'infraction qu'on lui reproche.

S'inscrivant dans le courant durkheimien, il observe aussi que la détermination de la personne responsable revêt beaucoup plus d'importance que l'administration des preuves de sa culpabilité, soulignant ainsi le caractère objectivement accessoire de la fonction expiatoire de la peine. Le destinataire de la répression serait, non pas l'auteur de l'infraction, mais plutôt le trouble de l'ordre public généré par cette dernière. L'auteur de l'infraction ne serait en quelque sorte que la « *victime expiatoire* » de la société. P. FAUCONNET conclura alors à « *l'impasse* » dans laquelle se sont emmurées ces sociétés¹⁷. Et ce serait donc pour s'extirper de cette impasse que ces dernières vont se lancer à la recherche d'une victime expiatoire vers laquelle serait opéré le transfert de l'infraction, à défaut de pouvoir éradiquer l'infraction elle-même¹⁸.

Par cette démonstration, P. FAUCONNET vise à objectiver la vocation répressive de la responsabilité, en concluant que la seule fonction qu'on puisse attribuer à la responsabilité est de « *rendre possible la réalisation de la peine en lui fournissant un point d'application et, par suite, permettre à la peine de jouer son rôle utile (...) La peine est utile, il faut pour la peine un patient; le jugement de responsabilité fournit ce patient, sorte de **bouc émissaire**¹⁹ sacrifié à l'égoïsme collectif (...) Il n'y a ni innocent ni coupable au sens profond que la conscience donne à ces mots, mais seulement des individus qu'il est expédient de punir²⁰.* » Les personnes condamnées en tant que responsables sont donc des composantes sociales que la société juge utile de sanctionner pour espérer un retour à l'ordre établi. Mais le mode de désignation de ces destinataires de la peine est évolutif en fonction des types de sociétés, des mœurs et des époques. Ainsi, comme nous

¹⁶ Notre analyse s'inspire majoritairement de celle de Philippe COMBESSIE, in « Paul FAUCONNET et l'imputation pénale de la responsabilité : une analyse méconnue mais aujourd'hui pertinente pour peu qu'on la situe dans le contexte adéquat », *Anamnèse.*, no 3, pp. 221-246, Numéro intitulé : « *Trois figures de l'école durkheimienne: Célestin BOUGLÉ, Georges DAVY, Paul FAUCONNET* », Ed. L'Harmattan, 2007.

¹⁷ P. FAUCONNET, « *La responsabilité. Étude de sociologie* », Paris : Félix Alcan, 1928; Collection : Bibliothèque de philosophie contemporaine; 2e édition, p. 228-233 : « *C'est au crime même que s'appliquerait la peine, si elle pouvait le saisir pour l'annihiler (...) Les sociétés sont acculées à la nécessité de détruire quelque chose qui, logiquement parlant, est indestructible.* »

¹⁸ Ibidem, p. 233-234 : « *Les sociétés produisent un transfert (...) Elles sont acculées à la nécessité de détruire quelque chose (...) Pour se donner bonne conscience, il suffit que la société soit capable de susciter un symbole, c'est-à-dire un être dont elle puisse faire, de bonne foi, le substitut du crime passé. La destruction d'un symbole remplacera la destruction du crime qui, en lui-même, ne peut pas être détruit. Ce sont les êtres jugés aptes à servir de substituts d'un crime et à supporter comme tels la peine de ce crime qui deviennent **responsables**. La peine se dirige vers le crime. C'est seulement parce qu'elle ne peut l'atteindre en lui-même qu'elle rebondit sur un substitut du crime.* »

¹⁹ Le mot est ainsi souligné par FAUCONNET.

²⁰ P. FAUCONNET, ibidem, p.300.

l'indiquions plus loin, ces personnes ont parfois été désignées au sort. Parlant des sociétés modernes où les notions de bouc émissaire et de sacrifice ont disparu, R. GIRARD observait déjà en 1972 que le sacrifice « *dépérit là où s'installe un système judiciaire (...) et sa raison d'être disparaît*²¹. »

Quant à DURKHEIM, il considérait déjà que la modernisation des sociétés devait conduire à substituer au droit répressif un droit restitutif²² recourant plutôt à des sanctions civiles et administratives. En effet, l'intervention du droit pénal ne se justifie que si l'acte infractionnel engendre une forte réprobation. Dans les sociétés où s'observe une importante répartition du travail, cette répartition s'accompagne d'une diversification et d'une spécialisation des infractions qui, de ce fait, ont un impact limité sur la conscience collective. Dans ces conditions, les sanctions de restitution doivent être privilégiées à celles de réprobation.

Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir si la fonction sacrificielle ne s'est pas aujourd'hui perpétuée en s'institutionnalisant à travers le système judiciaire répressif. C'est la thèse soutenue par C. ROBERT quand il évoque l'impératif sacrificiel de la justice pénale²³. Cette analyse sociologique de la responsabilité pénale nous paraît restituer assez fidèlement les incohérences et les contradictions affectant le statut pénal du dirigeant d'entreprise qui, à notre sens, pourrait, bien souvent, intégrer le rôle de la victime expiatoire ou du bouc émissaire développé par FAUCONNET. En effet, le dirigeant est pris en étau entre l'idéologie juridique de la réparation – en cas de préjudice causé à autrui par l'un de ses subordonnés – et la volonté politique de satisfaire bien souvent une opinion publique enflammée, dénonçant, sans cesse, en dépit de la présomption d'innocence et du secret de l'instruction, l'impunité dont jouirait une certaine élite sociale. Dès lors, la tentation est très forte de voir dans le régime pénal du dirigeant une quasi systématisation de sa responsabilité, surtout par la jurisprudence. Loin d'être un plaidoyer en faveur de l'irresponsabilité pénale du dirigeant, notre réflexion poursuit la modeste ambition d'identifier les difficultés à l'origine de la difficile cohabitation entre efficacité pénale et efficacité économique en rappelant la double nécessité d'une répression pénale justifiée et d'une répression pénale mesurée.

9- Notion de peine. Du latin *poena*, le mot peine fait référence à une punition, à une souffrance morale ou physique. Du grec *poînè*, ce mot signifie littéralement *poids* et renvoie à l'idée du contrepoids de l'infraction; ce qui traduit l'idée de *compensation, composition pécuniaire*²⁴. Ce n'est que par la suite que l'acception du mot *poena* a évolué vers le sens de punition et de souffrance. Sur le plan juridique, la peine est « *un châtement infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi.*²⁵ » Elle renvoie donc à la fois à l'idée de châtement et de compensation, ou plus précisément à la compensation par le châtement. La peine revêt une dimension d'échange, le prix à payer pour compenser le trouble occasionné à l'ordre public, puisque la réaction sociale prend originellement la forme d'une peine²⁶. C'est notamment le sens de la loi du Talion²⁷ ou de l'idée de rédemption²⁸. Le mot est également employé par certains philosophes. ARISTOTELE l'emploie pour donner sa définition de la justice comme étant une égalité géométrique²⁹. Quant à NIETZSCHE, il y fait référence pour théoriser une relation d'obligation entre créancier et débiteur³⁰. Cependant, à travers ces acceptions philosophiques, l'on touche déjà à la finalité de la peine qui est une notion essentielle pour appréhender la nécessité de punir.

²¹- R. GIRARD, « *La violence et le sacré* », Paris, Grasset, p.33 et p. 35.

²²- E. DURKHEIM, « *De la division du travail social* », coll. Les grands textes, éd. PUF, 2004.

²³- C.N. ROBERT, « *L'impératif sacrificiel. Justice pénale : au delà de l'innocence et de la culpabilité* », Lausanne, Éd. D'EN BAS, 1986.

²⁴- J-M. CARBASSE, « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », PUF, 2000, n°1, p. 12

²⁵- G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », Association H. CAPITANT, 8e éd., PUF, 2000, voir *Sanction*.

²⁶- J. LEROY, *op. cit.*, p. 9.

²⁷- Dans le Lévitique, XXIV, 19-20(Bible) : « (...) *oeil pour oeil, dent pour dent.* »

²⁸- Du latin *redimere*, qui signifie *racheter*, le mot Rédempteur est attribué dans le Christianisme au Christ pour le désigner comme celui qui a « *racheté* » le genre humain de ses péchés par sa mort.

²⁹- « *Éthique de Nicomaque* », Livre V, Chapitre III.

³⁰- « *Généalogie de la morale* », Folio 1992, p. 67.

10- La fonction de la peine. Deux courants s'affrontent pour déterminer la fonction de la peine. L'un, *utilitariste*, assigne à la peine une fonction utilitariste³¹, dans le but de prévenir certains comportements. Les sanctions pénales visent donc à assurer un rôle intimidateur. S'inscrivant dans ce courant, MONTESQUIEU et BECCARIA prônent la nécessité d'une répression systématique qui serait déterminante pour préserver cette fonction intimidatrice. Nul doute que la loi du 24 juillet 1966 s'est inspirée de cette logique répressive au regard du nombre d'infractions créées, de la fréquence des infractions obstacles, et de l'importance des sanctions encourues, parfois pour des comportements véniels. A contrario, l'ineffectivité des poursuites conduirait à l'anéantissement de l'effet dissuasif recherché. L'autre courant, lui, *rétributif*³², a inspiré l'ancien droit pénal français et prône une fonction distributive de la peine³³. Émanant de l'idée de compensation, d'expiation par la souffrance, ce courant est d'inspiration chrétienne et chargé d'une forte connotation morale. Il est axé sur l'intention et défend la nécessaire proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute. Ces finalités utilitariste et rétributive sont en principe censées orienter le choix du législateur dans le recours à la sanction pénale, ainsi que dans la détermination des modalités de la répression. C'est donc dans un but utilitaire de prévention générale qu'avait été incriminé l'oubli de mentions formelles sur les documents sociaux³⁴. Dans une conception rétributive, cette négligence vénielle aurait échappé à la répression pénale³⁵.

11- La nécessaire présence de la morale en droit pénal des affaires. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure la morale est intégrable dans l'économie ou l'économie dans la morale. Cette morale se résume en un ensemble de règles de conduite et de valeurs articulées pour l'essentiel autour de la bonne foi, la loyauté et la confiance, et considérées comme indispensables à la préservation de l'ordre public économique. La nécessité d'une telle morale remonte dans le temps³⁶ et s'est longtemps organisée sans l'intervention de la loi pénale, ou alors une intervention cantonnée aux infractions les plus graves. Par la suite, le droit pénal a pris le relai de cette morale et l'a ensuite surpassée. Cette évolution se perçoit en droit des sociétés. Plus les prescriptions et les sanctions s'y sont développées, plus elles ont semblé incarner l'affirmation de la morale. Le droit pénal y apparaît comme « *un régulateur de la moralité commerciale*.³⁷ » Seulement, cette régulation est devenue envahissante et la morale a perdu son autonomie dans cette invasion pénale. La recrudescence des infractions artificielles a généré une confusion sur la fonction de la peine. La combinaison de cet aspect avec la large inefficacité du droit pénal des affaires³⁸ permet de douter de la capacité du droit pénal à préserver la morale dans les relations d'affaires. C'est pour cette raison qu'il n'est pas étonnant de constater l'exigence croissante de règles éthiques ces dernières années³⁹, avec en parallèle une aspiration à la dépénalisation. Ce relatif recul de la sanction pénale s'opère en faveur de la morale⁴⁰, rebaptisée éthique⁴¹. D'ailleurs, dans la pratique judiciaire, il apparaît que, seules, les infractions frauduleuses du droit des affaires, c'est-à-dire moralement connotées, sont véritablement sanctionnées. Il en ressort donc une forte corrélation entre l'intervention du droit pénal dans les affaires et la dimension morale du comportement sanctionné. En définitive, même si le droit et la morale entretiennent des rapports difficiles, il n'y a pas

31- Au sujet du courant utilitariste, voir J. LEROY, *op. cit.*, p. 21.

32- M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1985, p. 271 et s.

33- Au sujet du courant rétributif, voir J. LEROY, *op. cit.*, p. 20; ou encore M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 244 et s.

34- Ancien article L. 242-15 du Code de commerce.

35- D'ailleurs plusieurs de ces infractions ont été abandonnées par la loi initiative économique du 1er août 2003.

36- B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », *Mélanges offerts à A. COLOMER, LITEC*, 1993, P. 321.

37- P. SPITÉRI, « Le droit pénal régulateur de la morale commerciale », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, 1972, p. 180 et s.

38- Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, 1990, p. 41.

39- J-F. BARBIERI, « Morale et droit des sociétés », in « *La morale et le droit des affaires* », Colloque de l'Université de droit de Toulouse du 12 mai 1995, MONTCHRÉTIEN 1996, p. 101.

40- B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 327.

41- *Ibid*, p. 320. De même, selon M. CANTO-SPERBER, « *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* », il n'y a pas de différence fondamentale entre la morale et l'éthique. La valeur en cause est la même, le bien.

d'opposition entre les deux ensembles, mais bien une continuité. Seulement, comme l'avait relevé B. OPPETIT, le droit ne faisait pas face à ses devoirs, et l'éthique – ou encore la morale – était une sorte de substitut à ce besoin de régularité et de norme qui habite toute société. L'éthique était finalement de la même espèce que le droit, mais d'un autre genre⁴². Cependant, avec le temps, le paysage a quelque peu évolué, et l'éthique semble avoir été récupérée par le droit.

En définitive, l'on peut alors affirmer qu'il existe une forte imbrication entre la valeur morale et la valeur économique. L'histoire du droit pénal économique en est l'illustration.

12- Au commencement n'était pas le droit pénal des affaires... Le droit pénal des affaires a vu le jour à une époque récente sous l'influence d'une double nécessité. D'une part, une étroitesse dans la définition des incriminations visant à protéger les biens – notamment l'abus de confiance et l'escroquerie – qui ne permettait pas de poursuivre les acteurs économiques dont le comportement était moralement répréhensible et socialement dangereux. D'autre part, les sanctions civiles traditionnelles s'avéraient inadaptées. Et, plutôt que de rendre ces sanctions adéquates, le législateur a opté pour la réponse pénale qui lui paraissait la plus dissuasive et la plus pratique, notamment grâce au recours à une instruction pénale qui confère au magistrat des pouvoirs d'investigation considérables. Cette orientation pénale va doter le droit pénal des affaires d'une influence sans précédent. À partir de 1935⁴³, alors que le droit pénal des affaires se cantonnait au délit de banqueroute, on observe une prolifération des infractions spécifiques dans les domaines les plus divers. Et pendant longtemps, rien n'a paru pouvoir maîtriser cette « *incontinence* » législative, explicable en période de guerre et de pénurie, mais qui contrastait de plus en plus avec le renouveau du libéralisme et l'amorce d'une dérèglementation qui avaient accompagné le retour à la prospérité. L'équilibre n'avait pu être trouvé entre l'impunité à l'égard des acteurs économiques indécents et la suspicion systématique qui faisait de tout dirigeant un délinquant potentiel. Le développement du droit pénal des affaires s'est effectué concomitamment avec l'essor de la création des sociétés commerciales qui ont constitué un terreau favorable à l'explosion d'une délinquance spécifique : fraudes et falsification, présentation de faux bilans, abus de biens sociaux, distribution de dividendes fictifs. Dès lors, le droit des affaires, et plus globalement le droit économique va connaître une pénalisation inédite notamment avec la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales. La juxtaposition de ces différentes infractions donnera naissance au droit pénal des affaires qui va connaître sa consécration dans les années 1970. Depuis cette époque, on observera un durcissement du droit pénal des affaires pour deux raisons. D'une part, on notera une propension du législateur à recourir aux sanctions pénales pour garantir l'efficacité des dispositions nouvelles du droit économique dont la multiplication entraînait mécaniquement celle des infractions pénales. De même, l'éclosion de nouvelles législations techniques systématiquement encadrées par des dispositions répressives a renforcé le sentiment d'un droit pénal des affaires excessif et freinant l'initiative économique.

Cette *surpénalisation* légale s'accompagne bien souvent d'une pénalisation prétorienne, lorsque la jurisprudence, mue par des raisons d'opportunité, altère le régime juridique de certaines infractions telles que l'abus de biens sociaux, ou encore crée, de toute pièce, une responsabilité pénale dont le dirigeant aura le plus grand à s'exonérer. D'autre part, il sera observé une mutation de la criminalité d'affaires passant par une *professionnalisation* de la délinquance d'affaires qui va conduire à l'élaboration d'incriminations spécifiques comme le blanchiment de capitaux, et à la mise en place d'une procédure pénale spécifique, avec de nouvelles juridictions spécialisées, affichant parfois des difficultés de coordination.

L'accaparement du droit des affaires par le droit pénal, la recrudescence des sources des incriminations, le rôle primordial de la jurisprudence, la conception atypique de l'élément psychologique, font du droit pénal des affaires un droit dérogoire aux canons de la matière pénale.

42- B. OPPETIT, *op. cit.* p. 327.

43- Y. GUYON, « *Droit des affaires* », tome I, ECONOMICA, 5e éd. n°2, 1988.

13- Particularisme du droit pénal des affaires. Au regard de la logique sociale à laquelle il prétend répondre et de la difficulté à identifier précisément son objet juridique, le droit pénal des affaires occupe une place exceptionnelle. S'inscrivant en contrepoint d'un droit pénal économique dont il est parfois difficile de le dissocier, le droit pénal des affaires s'illustre par la technique juridique tenant au particularisme de ses règles de fond comme à son régime processuel. Il fait apparaître un périmètre brouillé et des singularités relatives, même s'il semble moins controversable du point de vue de la sociologie criminelle. Il vise essentiellement une catégorie d'agents dont les activités les exposent à des risques pénaux particuliers au coeur desquels se retrouvent emmêlées des infractions de droit commun et des infractions spéciales.

14- Périmètre d'influence du droit pénal des affaires. L'expression « droit pénal des affaires » relève davantage de la commodité du langage que d'un véritable concept.⁴⁴ Cette expression désigne une constellation hétérogène d'infractions tenant à la polymorphie et à l'imprécision du terme « affaires ». Il n'existe aucune définition du droit pénal des affaires. Cette situation n'est que le reflet du flou qui entoure le concept même de ce droit, discipline dont l'existence précède l'essence et dont les limites sont mal tracées⁴⁵. Néanmoins, le droit pénal des affaires semble se définir davantage par les comportements qu'il incrimine que par les personnes dont il permet d'obtenir la condamnation. Des acteurs économiques commettent parfois des infractions de droit commun à l'occasion et pour le développement de leurs activités. Ainsi, le trafic de stupéfiants ou encore le proxénétisme ou encore sont des entreprises fructueuses qui donnent lieu à des crimes de sang, et qui ne sont pourtant pas considérées comme faisant partie du droit pénal des affaires. À l'inverse, l'émission de chèques sans provision par de simples particuliers ou encore la transgression d'une réglementation financière relèvent du droit pénal des affaires. Ses contours fluctuent d'un auteur à un autre, sans que l'on puisse critiquer une conception au profit d'une autre⁴⁶. Fidèle miroir des relations au sein d'une société, ce droit reflète la complexité des rapports sociaux et la difficulté à trouver une ligne de démarcation entre les différentes activités humaines. S'adressant aux acteurs de la vie économique, il se présente comme un droit de synthèse⁴⁷ subsumant des incriminations relevant du droit pénal économique ou du droit pénal financier ou fiscal, du droit pénal commercial, du droit pénal de l'informatique, du droit pénal de l'environnement, de la bourse, du travail et de la consommation. Cette imprécision dans la délimitation du droit pénal des affaires donne le sentiment d'une construction artificielle dont le champ d'intervention repose sur des critères mal identifiés⁴⁸. L'extension de son objet justifie en partie le sentiment si souvent exprimé par le monde des affaires d'une « surpénalisation » de l'activité économique présentée comme contre-productive eu égard aux contraintes qu'elle exerce sur la liberté d'entreprendre, sans compter que ce droit présente d'importantes difficultés à satisfaire aux principes cardinaux du droit pénal fondamental.

15- Sur l'efficacité du droit pénal des affaires. À la différence des infractions politiques, les infractions d'affaires ne donnent lieu à aucune sanction spécifique. Elles sont sanctionnées par des peines de droit commun. Il n'existe aucune incidence juridique sur la qualification d'« infraction d'affaires. » Dans ces conditions, le droit pénal des affaires apparaît davantage comme une théorie universitaire qu'un critère de différenciation judiciaire. La véritable préoccupation est de savoir si le droit pénal des affaires remplit effectivement la fonction qui lui a été dévolue, à savoir endiguer la criminalité d'affaires en moralisant la vie économique. Or, la réponse est plus qu'incertaine. La réponse pénale n'est pas toujours la plus efficace contre les abus. Sa brutalité rend son usage difficile. Le droit pénal se révèle toujours, soit insuffisant, soit trop vétilleux. Dans le premier cas, il

44 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », Dalloz, 6e éd., 2006.

45- Y. GUYON, « *Droit des affaires* », op. cit.

46- A. VITU, « La définition et le contenu du droit pénal économique », Mélanges Hamel, Paris, 1961, p.71.

47- A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, « *Droit pénal des affaires* », 3e éd., LexisNexis, 2013.

48- M. VÉRON, « *Droit pénal des affaires* », DALLOZ, coll. « Cours », 8e éd., 2009, n°1. - F. STASIAK pour qui « *le droit pénal des affaires est une chimère* », « *Droit pénal des affaires* », LGDJ, 2e éd. 2009, p.1.

laisse dans l'impunité certains comportements socialement répréhensibles. Dans le second, le dirigeant se sachant toujours menacé par la sanction pénale, n'opèrera plus de distinction entre ce qui est foncièrement malhonnête et ce qui relève de la simple imprudence ou légèreté. L'inadaptation du droit pénal fondamental à la criminalité d'affaires est sans doute le résultat d'une simple transposition, sans aucun ajustement, des règles de droit commun dans ce domaine particulier. Or, il eût été préférable d'innover pour différencier la répression des atteintes contre les biens de celles contre l'ordre public économique. Cette inadaptation s'illustre de plusieurs façons.

D'une part, on observe une différence de plus en plus importante entre les infractions d'affaires et celles de droit commun. Certes, à l'origine, les infractions d'affaires les plus fréquentes étaient principalement l'escroquerie, l'abus de confiance, ou des infractions voisines telles que l'abus de biens sociaux ou la publication de faux bilans. Mais on notera une prolifération des incriminations spécifiques, de plus en plus artificielles, et de plus en plus imprécises et ce, au mépris du principe de la légalité criminelle. Leur commission n'entraîne souvent aucun sentiment de culpabilité de la part de leur auteur, et ne suscite généralement pas la réprobation de l'opinion publique. La tendance fut particulièrement marquée avec la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui consacre 66 articles à la définition de 130 délits sanctionnés de peines sans commune mesure avec la gravité de la faute commise⁴⁹, peu important qu'ait été ou non établie l'intention frauduleuse⁵⁰. Ainsi, l'interprétation extensive du délit d'entrave a renvoyé devant la juridiction correctionnelle nombre de dirigeants qui n'avaient nullement eu conscience de faire obstacle à l'exercice de représentation de leurs salariés⁵¹. D'autre part, ces infractions spécifiques sont souvent complexes, notamment en matière de délit boursier. Ainsi, la répression des délits d'initiés, c'est-à-dire des opérations spéculatives effectuées par des personnes qui détiennent des informations privilégiées sur la situation d'une société cotée, commande habituellement de remonter des filières opaques mettant en relation des sociétés d'un même groupe et de démonter des montages financiers alambiqués. Ces infractions ont souvent des ramifications internationales qui compliquent le système probatoire⁵². De même, les délinquants trouvent parfois un soutien inespéré dans le droit communautaire et qui leur permet d'échapper à une répression jugée discriminatoire ou répressive à l'établissement d'un marché unique⁵³.

L'on observe une persistance de ce sentiment d'incohérence en passant de l'analyse des incriminations à celle des personnes mises en cause. Dans un cas, le droit pénal des affaires permet la répression de la personne qui n'est pas le véritable auteur de l'infraction, en méconnaissance du principe de la personnalité de la peine. En effet, prolifiques sont les espèces dans lesquelles l'on recherche la responsabilité pénale du dirigeant pour des délits auxquels il n'était pas en mesure de faire obstacle, et dont quelquefois il n'a même pas été informé, parce qu'étant survenus dans des établissements éloignés⁵⁴. Et même s'il est vrai que le dirigeant peut transférer son pouvoir à un subordonné doté de l'aptitude, de l'autorité et des moyens nécessaires pour faire respecter l'application de la loi⁵⁵, ce transfert n'est pas pénalement efficace dans les domaines relevant organiquement de la direction générale, telle que le respect des règles prescrites par le droit des sociétés,⁵⁶ ou encore de la législation économique⁵⁷. Dans l'autre, le droit pénal ne permet pas de confondre le véritable auteur, soit parce que ce dernier a observé toute la prudence nécessaire pour

49- M. DELMAS-MARTY, « Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales », D. 1978, n°87. - A. VITU, « Regards sur le droit pénal des sociétés », Études ROBLOT, n°247, Paris, 1984.

50- Crim. 11 mai 1981, D. 1982, n°653, note BOULOC; Rev. soc. 1982, n°162, note SIBON.

51- G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, « *Droit du travail* », 14e éd., n°649, Dalloz, 1988.

52- M. DELMAS-MARTY, « La criminalité, le droit pénal, et les multinationales », JCP, 1979, I, 2935. - A. TUNC, « La lutte contre les opérations d'initiés, neuf ans d'expérience », Études Rodière, Paris, 1982, p.335.

53- R. GASSIN, « Infractions pénales et marché commun », Mélanges Jauffret, Aix, 1974, p.321. - Crim. 16 juin 1983, JCP, 1983, II, 20044, note DECOCQ.

54- M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité du fait d'autrui ou du décideur », JCP, 1985, I, 3218.

55- Crim. 11 mars 1993, JCP, éd. E, 1994, p.99, note J.-H. ROBERT.

56- Crim. 15 mai 1974, Rev. soc. 1974, 752, note B. BOULOC

57- Crim. 25 juin 1979, JCP, 1980, II. 19476, note J.-H. ROBERT.

demeurer dans l'anonymat, soit parce qu'il a agi en dehors du territoire. Or, ne prenant pour cible que les dirigeants et non les associés – fussent-ils majoritaires – le droit répressif poursuit essentiellement l'auteur juridique de l'agissement infractionnel sans qu'il ne soit possible de déterminer le véritable centre de décision. Et parfois, lorsqu'intervient la sanction, son anachronisme est tel qu'elle est privée de ses fonctions dissuasive et éthique. C'est le cas d'un délit d'entente prohibée qui ne sera examiné par la juridiction répressive qu'une dizaine d'années plus tard. On peut alors s'interroger sur la pédagogie pénale d'une condamnation prononcée à l'encontre de dirigeants sans doute hors activité pour des faits probablement sortis de la conscience collective. Le projet de codification de la responsabilité pénale des personnes morales va engendrer l'illusion que ces différentes contradictions pourraient être résorbées⁵⁸. Mais très rapidement, cette réforme, qui constitue pourtant la principale innovation du nouveau Code pénal, se révélera passablement novatrice, sans compter que la répression de la personne morale pourrait emporter des conséquences préjudiciables aux associés qui n'auraient pas adhéré à la commission du délit. Une situation qui objectiverait une méconnaissance implicite du principe de personnalité de la responsabilité pénale. La méconnaissance de ce principe s'observe également lorsque la répression du dirigeant engendre des conséquences à l'égard de son entourage proche.

Mais l'inadaptation du droit pénal à la criminalité d'affaires s'observe également dans le domaine procédural.

L'inadéquation entre la délinquance d'affaires et la procédure pénale, ainsi que la sanction qui résulte de cette dernière, constituent une source de difficultés supplémentaires pour la matière. En effet, si les parquets ont traditionnellement vocation à poursuivre les infracteurs, force est d'observer qu'ils sont bien souvent outrepassés par la complexité de certaines infractions d'affaires, même s'il est vrai que les grands parquets s'équipent de sections financières de plus en plus spécialisées. L'on relève une prolifération des infractions d'affaires, non seulement dans les secteurs traditionnels – tels que le droit boursier et le droit de la concurrence – mais également dans des domaines émergents tels que l'environnement, les télécommunications ou encore l'informatique. Les infractions commises dans ces domaines ne peuvent être décelées que par des structures expertes comme ce fut le cas en matière fiscale et douanière. En de telles circonstances, l'action du parquet est bien souvent réduite à une simple saisine du tribunal, et dénuée de réelles compétences d'investigations. De plus, les infractions d'affaires ayant pour une bonne partie un caractère formel, les auteurs de ces infractions conçoivent difficilement l'idée d'être juridictionnellement assimilés à des délinquants de droit commun. D'ailleurs, en dépit de la lourdeur des sanctions encourues par les dirigeants indéclicats, les juridictions répressives recourent majoritairement à des condamnations de principe, les peines privatives de liberté n'étant souvent prononcées que dans certains cas⁵⁹. Cette mauvaise imbrication entre l'infraction et la répression qui semble davantage déterminée en fonction de la gravité de la faute que de l'ampleur du dommage conduit parfois à des condamnations objectivement symboliques mais juridiquement justifiées. La sévérité des peines prévues est parfois telle que les juridictions répressives, redoutant de commettre des excès, s'abstiennent de sanctionner. Cette situation prive d'effectivité⁶⁰ le droit pénal des affaires. Dans ces conditions, c'est peu dire que le droit pénal fondamental abandonne sa fonction organique de gardien de l'ordre éthique et moral.

16- Technique légistique et droit pénal des affaires. L'activité du législateur encourt ici une double critique. D'une part, ce dernier recourt souvent au droit pénal moins pour ses vertus moralisatrices que pour sa capacité régulatrice des comportements. La conséquence qui en résulte est la création d'infractions inutiles dont la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, aujourd'hui codifiée dans le Code du

58- M. RUDLOFF (sénateur) Rapport Sénat 1988-1989, n°271, T. I, p.61.

59- L. LEVY, « Le droit pénal des affaires, du droit complexe au droit immergé », JCP, 1989, I, 3369; V. aussi B. BOULOC, « La liberté et le droit pénal », Rev. soc. 1989, n°377.

60- M. HASCHKE-DOURNAUX, « *Réflexion critique sur la répression en droit pénal des affaires* », éd. LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit privé, 2005.

commerce, porte encore les stigmates : plus de quatre vingt dix infractions pour cette seule loi⁶¹. D'autre part, le législateur donne parfois le sentiment, en incriminant des comportements moralement répréhensibles et économiquement indélicats, de vouloir transposer en droit pénal la souplesse du droit commercial. Ce qui engendre une regrettable confusion dans la définition des incriminations. L'emblématique délit d'abus de biens sociaux en est l'illustration accomplie. La définition de la notion d'« intérêt social » est particulièrement nébuleuse. Le droit pénal primaire y subit des contorsions aussi bien au niveau de l'élément matériel de l'infraction que de son élément psychologique. La complicité par abstention, exclue par le Code pénal, y prospère opportunément au détriment du dirigeant. La computation des délais de prescription s'effectue souvent en déphasage avec la nature réelle de l'infraction⁶². Ces apories sont renforcées par le fait que des pans entiers du droit pénal des affaires sont confiés à des juridictions spécialisées et qu'il se trouve en concurrence avec des autorités de régulation⁶³ dotées de prérogatives étendues souvent en dissonance avec les canons de la matière pénale. Dans ces conditions, le droit pénal fondamental abandonne sa fonction moralisatrice et s'érige en un droit opportuniste, alimentant le risque pénal et faisant constamment planer sur le dirigeant le spectre de la sanction pénale.

17- La responsabilité pénale du dirigeant : une responsabilité essentiellement jurisprudentielle.

Alors que le texte incriminateur reste silencieux, c'est surtout la jurisprudence qui retient le dirigeant dans les liens de la responsabilité pénale, en énonçant que « *certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné* » et que « *la responsabilité remonte essentiellement au chef d'entreprise à qui sont imposés personnellement les conditions et les modes d'exploitation de leur industrie.*⁶⁴ » Ainsi, la nécessité de désigner un responsable, sous tendue par des motivations d'opportunité⁶⁵, conduit bien souvent à des situations profondément injustes et totalement ubuesques. C'est le cas du dirigeant condamné comme auteur d'une infraction matériellement commise par son préposé dans la décision du 28 février 1956 – citée supra – où la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la responsabilité pénale du dirigeant d'une papeterie pour pollution d'eaux poissonneuses, alors que le déversement d'eaux usées à l'origine de la pollution avait été effectué par un préposé, en l'absence et à l'insu du dirigeant. Nonobstant, la culpabilité de ce dernier sera retenue sur le seul fondement de ses fonctions. C'est également le cas d'une entreprise accusée d'avoir pollué une pente maritime par déversement de fluorures dans l'estuaire de la Seine⁶⁶. Poursuivi et condamné en appel du chef d'infraction à la réglementation relative à la protection des eaux de la mer, de la faune et de la flore sous-marines sur le seul fondement de sa fonction, le dirigeant de l'entreprise s'est pourvu en cassation. Son pourvoi s'articulait autour de deux moyens. Mais seul le premier moyen qui, dans le cadre de la présente étude, présente peu d'intérêt, sera examiné par la Cour de cassation qui invalidera sa condamnation. Or, c'est le deuxième moyen non analysé par la Haute Juridiction qui présentait le plus d'intérêt. En effet, il ressort de ce dernier que c'est en sa qualité de directeur que le dirigeant avait été condamné en appel. Seulement, les griefs retenus à son encontre préexistaient à son entrée en fonction. Il est regrettable que la chambre criminelle ne se soit pas saisie de la problématique de la responsabilité pénale « rétroactive » soulevée par ce moyen. Dans un autre arrêt de la chambre criminelle⁶⁷, la société propriétaire d'un immeuble est mise en demeure, par arrêté préfectoral, de procéder à des travaux d'étanchéité sur un conduit de fumée. Elle fait appel à un professionnel indépendant. Les travaux n'étant pas conformes aux normes administratives, le

61- A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, « *Droit pénal des affaires* », op. cit.

62- P. BONFILS, « *Droit pénal des affaires* », MONCHRESTIEN, coll. Cours, 2009.

63- Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers, Autorité de contrôle prudentiel.

64- Cass. crim., 28 février 1956, JCP 1956. II note R. De LESTANG; Cass. crim., 16 décembre 1948. Bull. crim. n° 291; S. GEHAD, « *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise* », Thèse Paris I, 2004, p 675.

65- L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », Mélanges DRAI, Dalloz, 1999 ; Voir également D. MAZEAUD, Recueil Dalloz 2001, p 332; ou encore J. FRANCILLON, « *La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal* », Thèse Grenoble, 1971, p 537.

66- Cass. crim., 13 février 1986, Bull. crim. n°59.

67- Cass. crim., 11 juin 1970, Bull. crim. n°201.

dirigeant de la société est pénalement poursuivi. Relaxé par la Cour d'appel qui accueille favorablement son argumentation fondée sur son absence de compétence en matière de fumisterie, le dirigeant sera néanmoins condamné par la chambre criminelle au motif qu'il ne s'est pas « *conformé aux mesures impératives qui lui avaient été légalement prescrites.* » Mais comment le dirigeant pouvait-il efficacement évaluer les travaux d'un professionnel alors qu'il n'avait pas la moindre compétence en la matière? Il semble difficile de ne pas y détecter une sorte de présomption irréfragable pesant sur le dirigeant, même en l'absence de tout manquement à ses obligations de surveillance et de contrôle, et même la contrainte ne sera pas exonératoire⁶⁸. Le dirigeant est donc mis en situation de répondre systématiquement même des infractions qu'il ne pouvait prévoir, ni empêcher, dès lors qu'une infraction est commise au sein de son établissement ou que celle-ci n'est pas totalement étrangère à l'activité de l'entreprise.

Cependant, en dépit des frilosités doctrinales, la jurisprudence va multiplier les hypothèses d'incrimination du chef d'entreprise en les étendant même à des cas où l'infraction a été intentionnellement commise par son préposé⁶⁹. Cette extension ne pouvait évidemment que susciter des réticences, car déresponsabilisant, in extenso, le préposé agissant à dessein, et retenant à l'encontre du dirigeant une infraction à laquelle il n'a nullement adhéré ni en qualité d'auteur ni en qualité de complice⁷⁰. Ce dévoiement jurisprudentiel conforte alors l'idée d'une présomption irréfragable de responsabilité pénale pesant sur le dirigeant. Cette présomption montre une forte résilience même en l'absence de faute de contrôle ou de surveillance⁷¹ imputable au dirigeant. Or, l'irréfragabilité de cette présomption était déjà dénoncée par la doctrine qui considérait que le régime répressif appliqué au dirigeant outrepassait les limites du droit pénal commun⁷².

En 1976, le législateur tentera d'assouplir cette présomption en matière d'hygiène et de sécurité du travail en la rendant simple, avec dorénavant, l'exigence de la caractérisation préalable d'une faute personnelle du dirigeant⁷³. Nonobstant cet assouplissement, la jurisprudence va se cantonner à sa position traditionnelle, jugeant que la seule inobservation de l'obligation générale de sécurité suffisait à caractériser la faute personnelle du dirigeant et à justifier la répression.

Avec la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, la situation évoluera dans un sens favorable au dirigeant, car dorénavant, en cas de causalité directe, une faute d'imprudence ou de négligence doit être caractérisée à l'encontre du dirigeant : soit qu'il n'aura pas satisfait à une obligation de prudence ou de sécurité, d'origine légale ou réglementaire, soit qu'il n'aura pas accompli les diligences normales compte tenu de la nature de ses missions, de ses fonctions, de ses compétences, ou encore du pouvoir et des moyens dont il disposait⁷⁴; et en cas de causalité indirecte, le dirigeant doit avoir commis une imprudence aggravée, soit en se soustrayant délibérément à une obligation de prudence ou de sécurité légale ou réglementaire, soit en commettant une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer⁷⁵. Une partie de la doctrine tentera d'apporter un fondement à la responsabilité pénale pesant sur le dirigeant. Ainsi, certains auteurs récuse toute idée d'une responsabilité pénale du fait d'autrui, estimant que cette responsabilité prend sa source dans une faute personnelle du dirigeant qui, soit aurait violé son devoir de contrôle ou de surveillance à l'égard de son préposé, auteur matériel de l'infraction, soit serait l'auteur indirect ou

68- Cass. crim., 4 novembre 1964.

69- En matière de tromperies sur les qualités substantielles de l'objet vendu : Cass. crim., 21 novembre 1963, Bull. crim. n°330, RSC. 1964, p 384, note BOUZAT; ou encore Cass. crim., 27 juillet 1964, JCP 1965. II 14027, note Vivez.

En matière de délit volontaire de pollution des eaux : Cass. crim., 6 octobre 1955, JCP 1956, II, 9098, note de LESTANG; Cass. crim., 23 avr. 1992, Bull. crim., n°179.

70 - B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, « *Droit pénal général* », 24e éd., DALLOZ, 2015, n°382.

71 - Cass. crim., 4 novembre 1964, Gaz. Pal. 1965, 1, 80.

72 - N. CATALA, « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail », JCP, éd. E. 1946, II, 12010.

73 - Loi n°76-1106 du 6 décembre 1976 sur la prévention des accidents de travail.

74 - Art. 121-3 al.3 CP

75 - Art. 121-3 al.4 CP

moral de l'infraction⁷⁶. M. DELMAS-MARTY ajoute à cette thèse une analyse fonctionnaliste fondée sur la théorie du « pouvoir de décider »⁷⁷. Ce serait, selon cette analyse, le motif pour lequel, la législation pénale française limite la responsabilité pénale du dirigeant du fait de son préposé aux industries réglementées.

18- Débats doctrinaux sur les fondements de la responsabilité pénale du dirigeant. Deux courants doctrinaux tenteront d'apporter un fondement à la responsabilité pénale du dirigeant. Le premier essaiera d'inscrire cette responsabilité dans le cadre du droit pénal commun. Devant l'échec de cette inscription, le second courant propose de soustraire la responsabilité du dirigeant au droit commun en recourant à de nouveaux critères.

19- Une responsabilité pénale de droit commun. Par le biais d'une série de théories, ce courant tente de présenter la responsabilité pénale du dirigeant comme déférant aux principes du droit pénal commun. Ainsi, trois théories seront successivement évoquées : la complicité, la faute, et l'hypothèse de l'auteur moral.

20- La théorie de la complicité. Très rapidement, cette théorie révèle ses limites en raison du caractère limitatif de la notion de complicité aussi bien au regard de ses éléments constitutifs que des infractions concernées. Cette notion induit l'exigence d'une participation consciente. Le dirigeant devra donc, soit avoir provoqué l'infraction, soit avoir donné des instructions pour la commettre, soit avoir aidé ou assisté l'auteur matériel. De même, l'acte de complicité, positif ou passif, doit être antérieur, concomitant ou postérieur pour peu qu'il soit issu d'un accord antérieur. Mais la qualification de la complicité emportait aussi pour conséquence de réduire le périmètre des infractions susceptibles d'être concernées. Ainsi, sauf dispositions expresses de la loi, la complicité n'existe pas en matière en matière contraventionnelle. Cependant, des cas de complicité sont prévus par le Nouveau Code Pénal au sens de l'article 121-7 du même code. En outre, la doctrine, et ensuite la jurisprudence, récuse l'idée de retenir la complicité pour des délits d'imprudence et de négligence considérant que la cohabitation entre ces deux notions et l'entente préalable était inconcevable⁷⁸. Seulement, les infractions commises par le préposé le sont souvent par imprudence ou par négligence. Or, majoritairement, la responsabilité pénale du dirigeant prend sa source dans le fait commis par son préposé. En de telles circonstances, le comportement du dirigeant ne satisfait à aucun des critères exigés par la complicité, et le plus souvent, sa participation à l'infraction se réduit, au plan moral, à une imprudence ou à une négligence. Or, notre droit positif ne prévoit pas de complicité par négligence ou par imprudence. Au regard de ses insuffisances, la théorie de la complicité ne parvient donc pas à justifier de façon satisfaisante la responsabilité pénale du dirigeant.

21- La théorie de la faute. Cette théorie vise à présenter le statut pénal du dirigeant comme déférant au principe de la personnalité de la peine et donc au droit pénal commun. Le chef d'entreprise répondrait ainsi d'une faute personnelle. Il serait alors poursuivi, non en raison du fait de son subordonné, mais en raison d'une omission ou d'une négligence qui lui sont personnellement imputables. Sa sanction apparaît donc comme la conséquence de l'inobservation d'une obligation légale de surveillance à sa charge. C'est la thèse défendue par certains auteurs contemporains⁷⁹ qui se sont employés à nier la responsabilité pénale du fait d'autrui pesant sur le dirigeant. Cependant, deux objections peuvent être formulées à l'encontre de cette théorie : la double nature de l'infraction et l'identité des peines.

76 - B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, « *Droit pénal général* », 24 éd., DALLOZ, 2015, n°382.

77 - M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du décideur? », JCP, 1985, I, 3218.

78 - Des décisions en sens inverse peuvent être mentionnées. Voir, par exemple, Cass. crim., 5 jan 2010, pourvoi n°09-83464.

79 - B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI précités.

22- La double nature de l'infraction. Considérer que le dirigeant a commis une faute personnelle pour retenir sa responsabilité pénale, alors que l'infraction a matériellement été commise par le préposé, aboutirait à rompre l'unité de l'infraction en lui conférant une double nature. Il s'agirait, pour la même infraction, d'un délit de commission et d'un délit d'omission⁸⁰. Or, s'il est vrai qu'une même infraction peut avoir plusieurs auteurs, c'est à condition qu'elle conserve une nature unique, étant entendu qu'une infraction de commission par omission n'est pas prévue par notre droit pénal positif⁸¹. La pluralité des auteurs ne multiplie donc pas le nombre d'infractions. Il semble alors paradoxal qu'une infraction de commission ait simultanément les caractéristiques d'une infraction d'omission. Ceci induit des éléments constitutifs distincts.

En dehors de la difficulté à admettre la double nature d'une infraction, se dresse un autre obstacle, relatif à l'application de la peine au dirigeant et à son subordonné.

23- L'identité des peines. La doctrine qui retient le fait personnel comme fondement de la responsabilité pénale considère que le dirigeant et son préposé doivent être sanctionnés chacun pour son fait personnel : une infraction de commission pour le préposé et généralement une infraction d'omission pour le dirigeant. Mais ce sont souvent des sanctions pénales identiques qui sont infligées à deux personnes n'ayant pas commis une faute de même nature. L'une a voulu commettre l'acte délictueux, ou en tout cas, en a pris le risque, tandis que l'autre n'a à son actif qu'une faute d'imprudence, par nature involontaire. Ainsi, sont sanctionnées identiquement l'imprudence consciente du préposé et l'imprudence inconsciente du chef d'entreprise⁸². Et s'il est vrai que la loi prévoit les mêmes peines à l'encontre des coauteurs, la jurisprudence sévit systématiquement à l'encontre du dirigeant, alors qu'elle sanctionne avec moins de sévérité le préposé, si elle ne le tient purement et simplement en dehors du champ de la répression. Or, selon toute cohérence, le préposé devrait être sanctionné en qualité d'auteur principal, tandis que le dirigeant ne devrait voir sa responsabilité pénale que marginalement engagée. D'où la nécessité de trouver une autre justification afin de suppléer aux carences de celle apportée par la théorie de la faute.

24- La théorie de l'auteur moral. C'est la dernière justification apportée par la doctrine pour légitimer la responsabilité pénale du dirigeant⁸³. Cette théorie induit qu'une même infraction peut avoir distinctement un auteur matériel et un auteur moral qui est celui sous l'ordre ou dans l'intérêt de qui a eu lieu la transgression de la norme pénale.

L'auteur moral serait la « cause intellectuelle » de la commission de l'infraction⁸⁴. Cependant, cette notion d'auteur moral ne trouve aucune justification dans le droit positif. Et, si l'expression n'existe pas, l'idée s'en rapprochant n'est pas absente de notre code pénal. C'est le cas des textes où à côté de l'auteur matériel, le législateur considère aussi comme auteur celui qui a ordonné l'infraction ou l'a laissé faire. C'est le cas, par exemple, du délit d'abandon d'enfant ou d'incapable⁸⁵, ou encore du crime d'enlèvement de mineur⁸⁶. L'auteur moral, rarement sanctionné de façon autonome, l'est cependant en tant que provocateur d'une infraction, comme dans le cas de la provocation d'un mineur à faire usage illicite de stupéfiant⁸⁷, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales⁸⁸. Celui qui laisse faire ou provoque est l'instigateur, considéré comme l'auteur moral. Mais appliquée à l'entreprise, cette théorie révèle assez rapidement ses lacunes. En effet, les infractions commises en entreprise le sont souvent matériellement par le préposé. Et selon la

80 - J.A. ROUX, note sous Cass. crim., 1 décembre 1923, S., 1924, 1, 282.

81 - Poitiers, 20 novembre 1901, S., 1902, 2, 305, note J. HENARD; ou voir D., 1902, II, 81, note LE POITEVIN; ou encore A. GIDE, « *La séquestrée de Poitiers* », Gallimard, 1930.

82 - J.A. ROUX, précité.

83 - J.A. ROUX, précité.

84 - B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, « *Droit pénal général* », 24e éd. DALLOZ, 2015, n°249, p. 223

85 - Art. 223-3 CP.

86 - Art. 224-5 CP.

87 - Article 227-18 CP.

88 - Loi du 29 juillet 1881.

jurisprudence, il suffit, pour empêcher leur perpétration, « de faire remonter la responsabilité pénale jusqu'à la tête qui ordonne.⁸⁹» Mais, comme nous l'indiquions supra, il ne pèse majoritairement à la charge du dirigeant qu'une simple faute de négligence, une déficience de contrôle, de surveillance. Et, dans de telles circonstances, il est sanctionné pour avoir, par son incurie, permis la survenance de l'infraction. L'agissement du préposé ne serait alors qu'une objectivation de la carence du dirigeant. Or, généralement, le dirigeant n'a pas souhaité l'infraction commise par son préposé et, on ne peut présumer à son encontre un élément intentionnel qui, par définition, est inexistant. Par voie de conséquence, il ne saurait répondre d'une infraction délibérément commise par son préposé alors même qu'il est resté étranger à ce dol.

Nonobstant, dans certains domaines, la jurisprudence, assimilant la faute de négligence du dirigeant à l'élément intentionnel du délit, retient à la charge de ce dernier, la responsabilité pénale d'une infraction intentionnellement commise par son préposé⁹⁰. Mais s'agissant d'infractions involontaires, la solution est tout autre, l'élément moral trouvant sa source dans la faute d'imprudence ou de négligence de l'auteur moral. Favorable à la notion d'auteur moral, la doctrine soutient la thèse prétorienne selon laquelle il est établi à la charge du dirigeant, non pas une présomption de faute, mais une présomption de volonté en vertu de laquelle le dirigeant serait présumé avoir voulu lui-même les conséquences de sa négligence⁹¹. S'il est sanctionné pour une infraction commise par une personne autre que lui-même, c'est donc parce que cette infraction ne serait pas survenue sans sa propre faute de négligence dont il est présumé avoir voulu les conséquences. En d'autres termes, « *le comportement de l'auteur immédiat n'a fait qu'actualiser la responsabilité jusque-là restée virtuelle* » du dirigeant⁹². Cependant, une difficulté surgit de cette analyse. En effet, si le dirigeant est présumé avoir voulu les conséquences de son imprudence, il ne peut également qu'être présumé avoir délibérément agi pour atteindre ses conséquences. Ce qui aurait pour conséquence de priver l'infraction de son caractère non intentionnel. La dialectique pénale ne serait alors plus la même.

Néanmoins, l'explication avancée par cette théorie a paru satisfaisante pour la doctrine, car malgré la pluralité des auteurs, le délit conserverait un élément matériel unique. Le dirigeant emprunterait donc, d'une part, à l'auteur matériel de l'infraction les agissements délictueux, et d'autre part, serait sanctionné sur le fondement d'une faute personnelle qui subsumerait celle de son préposé.

Mais il reste aussi que quand le législateur entend sanctionner l'auteur moral d'une infraction, il prévoit expressément un texte le précisant⁹³. Faute d'un tel texte applicable au dirigeant à raison du fait commis par son préposé, certains auteurs, peu satisfaits de l'assimilation de sa responsabilité pénale aux formes de participation criminelle traditionnelles, dans un esprit plus novateur, admettent que cette responsabilité déroge au droit commun.

25- Une responsabilité pénale dérogeant au droit commun. Deux théories sont développées pour présenter la responsabilité pénale du dirigeant comme dérogeant au droit commun.

26- La théorie du risque. Il s'agit d'une théorie spécifique au droit civil et étrangère au droit pénal qui exige pour que soit retenue la responsabilité pénale d'un individu une infraction.

Toutefois, dans certains domaines, le droit pénal tend à établir une responsabilité pénale plus objective. Ainsi, le risque est pris en considération lorsqu'il a été créé par le comportement dangereux d'une personne coupable de l'avoir provoqué, mais aussi, lorsque, par état ou par fonction, une personne assume le risque de supporter la responsabilité de certains dommages à la création desquels elle est demeurée matériellement étrangère. Deux conceptions de la théorie du risque sont à distinguer.

89 - J.A. ROUX, précité.

90 - Cass. crim., 12 février 1974, Bull. crim, 1974, n°62.

91 - J.A. ROUX, précité.

92 - M. DELMAS-MARTY, « *Droit pénal des affaires* », Paris, 3e éd., PUF, coll. Thémis, 1990.

93 - Articles 24-4 et 24-9 loi du 11 juillet 1975.

27- L'acceptation implicite du risque défend la thèse selon laquelle le dirigeant se soumettrait de son plein gré aux charges et aux risques de son entreprise, y compris en matière pénale. Une idée émise par une jurisprudence ancienne : « *Les chefs d'entreprise se soumettent aux règlements de police relatifs à l'exercice de leur profession par cela seul qu'ils ont embrassé cette profession*⁹⁴. » Le dirigeant est responsable parce que la réglementation spéciale de son entreprise lui impose personnellement d'exécuter certaines charges de sa profession. L'automatisation de sa répression ne recueillant pas l'unanimité doctrinale, une seconde conception de cette théorie voit le jour.

28- Le risque décliné en profit. Cette deuxième conception présente le profit comme fondement de la responsabilité pénale du dirigeant. Ce dernier serait responsable des infractions commises dans son entreprise par le seul fait qu'il en retire des profits⁹⁵. Certaines décisions parlent de « *faute lucrative* », de « *mobile de cupidité* », « *d'esprit de lucre* », ou encore de « *raisons économiques* », accréditant ainsi l'idée que le dirigeant tirant profit de l'activité de son préposé doit pouvoir également en supporter les risques⁹⁶. Une idée pas aussi recevable qu'il n'y paraît, car bien proche de la notion de faute envisagée précédemment. Le dirigeant qui économise sur les moyens, et qui privilégie le gain au préjudice de la sécurité ou de l'hygiène, ou qui développe la rentabilité par des procédés mensongers, commet une faute dont il doit répondre⁹⁷. De tels agissements relèvent sans difficulté de la responsabilité pénale de droit commun fondée plus sur la théorie de la faute que sur celle du profit. De plus, il paraît difficile d'affirmer formellement l'idée d'un profit systématique retiré de l'activité du préposé. Si cela peut se concevoir dans le cadre d'une entreprise individuelle, il en va autrement dans les entreprises sociétaires dans lesquelles le capital appartient aux actionnaires et où le dirigeant peut être salarié de l'entreprise détenant une part infime voire symbolique du capital.

29- Le profit assimilé au calcul. Même si la recherche du profit n'est nulle part incriminée dans le Code pénal – d'ailleurs, elle est tout ce qu'il y a de plus légitime dans l'activité économique – elle sera souvent utilisée soit comme élément constitutif du délit, soit comme « paravent » par le Parquet ou le juge pénal afin de vitupérer plus nettement le comportement du dirigeant. De fait, de même que le profit est l'objectif primordial de l'entreprise et de l'économie en général, le dirigeant est mû par la recherche du profit et doit légitimement l'être, à telle enseigne qu'est qualifié d'acte anormal de gestion l'acte insusceptible de générer du profit. Mais cette recherche du profit regardée comme légitime, voire souhaitable, sitôt entrée dans la sphère pénale, est négativement perçue, puisque spontanément associée à l'idée de décisions mûrement réfléchies, pesées, calculées.

En matière d'homicide volontaire, la préméditation constitue une circonstance aggravante qui, jusqu'en 1981, faisait passer la peine encourue de la réclusion criminelle à perpétuité à la peine capitale. Or, de par sa fonction, le dirigeant est quasi systématiquement présumé avoir agi avec préméditation. Et, même si cette dernière est sans incidence sur les infractions au sein de l'entreprise, il paraît difficile d'admettre que cette préméditation supposée omniprésente n'a aucune influence sur la répression.

30- Le profit assimilé à l'intérêt : l'intérêt de l'entreprise invoqué pour légitimer l'infraction.

L'invocation de l'intérêt de l'entreprise pour légitimer l'infraction présente deux écueils. D'une part, elle risquera d'être considérée comme touchant au mobile plutôt qu'à élément intentionnel de l'infraction; ce qui aura pour effet de priver l'argument d'efficacité juridique. D'autre part, en dehors des difficultés d'appréciation soulevées par la notion d'intérêt, le fait que cette appréciation soit judiciaire crée une aporie supplémentaire. Si l'appréciation judiciaire offre l'avantage de s'opérer après débat contradictoire, elle présente l'inconvénient d'être rétrospective.

94 - Cass. crim. 7 décembre 1872, Bull. crim. 1872, n°315.

95 - B. TEHOVAL, « La responsabilité pénale des employeurs et des directeurs en cas d'accidents du travail », RPDS., 1976, p 8.

96 - Cass. crim. 27 février 1973, Bull. crim. 1973, n°97.

97 - Cass. crim., 11 juin 1987, Dr. Social, 1988, doctrine, note de P. Murcier, p 610.

C'est par exemple la tentation de trouver la preuve du caractère anormal d'un investissement dans le fait que ce dernier s'est ensuite révélé improductif alors même qu'il avait été effectué au regard des données dont disposait le dirigeant à cette époque, un peu comme si l'entreprise capitaliste n'avait pas à prendre des risques économiques.

Au regard de ces difficultés, il apparaît évident que le profit ne peut être le fondement idéal de la responsabilité pénale du dirigeant. Il faut donc rechercher ailleurs le fondement de cette responsabilité pénale du fait d'autrui en le rattachant peut-être à la notion de pouvoir.

31- La théorie du pouvoir. Le dirigeant serait responsable, non pas parce qu'il aurait accepté, en raison de sa profession, sa responsabilité, ou encore parce qu'il tirerait profit de son entreprise, mais parce qu'il détient le pouvoir d'empêcher la commission de l'infraction. Ses prérogatives lui permettent d'avoir la maîtrise des hommes et des choses dont il doit répondre, puisqu'il est dépositaire de l'autorité dans l'entreprise. La responsabilité pénale ne serait donc plus seulement attachée à la personne, mais également à la fonction. En somme, il s'agirait d'une responsabilité fonctionnelle, institutionnelle, qui serait la contrepartie nécessaire de l'autorité dont est investi le dirigeant. Et de ce pouvoir d'empêcher l'infraction découle un autre : celui de commettre, de faire ou de laisser commettre l'infraction. Ce dernier pouvoir, qui peut n'être que virtuel, est susceptible de s'exercer soit en amont, soit en aval de l'infraction.

32- Le pouvoir de commettre, de faire ou de laisser commettre l'infraction. Le dirigeant détient en permanence un pouvoir de droit. Et de ce pouvoir générateur de responsabilité pénale, notre droit positif a une conception large. Ainsi, le non exercice par le dirigeant de ses attributs légaux ne suffit pas à l'exonérer de sa responsabilité. Il peut commettre lui-même le délit. Il sera tout aussi blâmable s'il le fait commettre ou le laisse commettre. C'est cette dernière hypothèse qui se révèle la plus frappante, en ce qu'elle rend le dirigeant pénalement responsable d'un acte éventuellement commis à son insu. Et la question de savoir s'il était au courant qu'une infraction se commettait est inopérante. En effet, il est bien des hypothèses où la faute ne réside pas dans la connaissance effective par le dirigeant de tel événement, mais dans le fait qu'il savait ou aurait dû savoir. Puisqu'il est le dépositaire légal de l'autorité au sein de l'entreprise, il lui sera répliqué, selon la formule de A. FRISON-ROCHE : « *gouverner, c'est savoir.* » Seulement, il convient de s'interroger sur le point de savoir si le dirigeant avait la possibilité effective de savoir. À cette question, la chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu que le dirigeant peut s'exonérer de sa responsabilité pénale en administrant la preuve qu'il a délégué son pouvoir à un de ses préposés clairement identifié. À cet égard, la jurisprudence a énoncé, pour la validité de telles délégations, des conditions restrictives tenant à l'objet, au mode et aux termes de la délégation, ainsi que des conditions relatives au délégataire⁹⁸. Cependant, en dépit de ce mécanisme, le spectre de la responsabilité pénale du fait d'autrui continuera à planer sur le dirigeant, car la jurisprudence n'hésitera pas à invalider certaines délégations et à les priver de leur effet exonératoire à l'égard du dirigeant.

33- Le pouvoir de dissimuler l'infraction commise. En raison de sa position et de l'inefficacité des contrôles internes, le dirigeant dispose du pouvoir de dissimuler les infractions commises. Ce qui soulève inmanquablement la question de la prescription de certains délits comme l'abus de bien sociaux. Aussi consternant que cela puisse paraître, l'imprescriptibilité de fait de l'abus de biens sociaux est d'origine jurisprudentielle et remonte à une décision de la chambre criminelle de 1935 qui, dans le climat des affaires de cette période, a énoncé que la prescription de l'infraction d'abus de confiance ne commençait à courir qu'à compter du jour de découverte de l'infraction⁹⁹. Pourtant, cette règle ne prend sa source dans aucun texte de loi. Ainsi, si l'infraction est découverte dix sept ans après sa commission, elle ne serait prescrite qu'après vingt ans au total, alors même qu'un

98 - Cass. crim., 11 mars 1993 (cinq arrêts commentés : D. BAYET, La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts de plénière de la chambre criminelle, Gaz. Pal. 1993. 923; M. VERON, "Droit pénal", 1994, n°39; M. E. CARTIER, Bull. Joly 1993. 666.)

99 - Cass. crim., 4 janvier 1935, Coésy DP 1935. 353.

meurtre ne peut plus être poursuivi, même s'il vient d'être découvert, dès lors que dix ans se sont écoulés depuis sa commission. La moralité est que certains délits peuvent être poursuivis bien plus longtemps que certains crimes. Par la suite, alors que cette entorse à la loi avait été présentée comme exceptionnelle pour l'abus de confiance, il a été procédé à son extension à plusieurs autres infractions, dont l'abus de biens sociaux¹⁰⁰, en dépit des critiques doctrinales majoritairement unanimes. Faute de pouvoir justifier juridiquement ce régime exceptionnel de prescription, ses tenants brandissent un argument moral selon lequel il est inconcevable que le dirigeant, suffisamment astucieux pour dissimuler pendant très longtemps son délit, échappe aux poursuites. Cet argument soulève deux observations. En premier lieu, il remet clairement en cause le principe même de la prescription sans aucune discussion préalable sur le sujet. En second lieu, à supposer l'argument recevable, il n'y a aucune raison d'appliquer ce régime exclusivement à certains et pas à d'autres. En outre, à supposer cette particularité admise, la question peut légitimement se poser de savoir si dans une démocratie, il appartient au juge de prendre de telles mesures. Rappelons au passage que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité a été décidée par le législateur. Et même si on objecte, s'agissant du délit d'abus de biens sociaux, qu'il ne s'agit pas d'une véritable imprescriptibilité, le résultat en pratique est du même ordre.

En définitive, la notion de pouvoir ne diffère pas fondamentalement de celle d'obligation générale de surveillance pesant sur le dirigeant. Pouvoir et faute sont donc conciliables. La notion de pouvoir présente l'intérêt de mettre en valeur la nature de la faute commise par le détenteur du pouvoir. Sa responsabilité serait donc fondée sur l'autorité dont il jouit à l'égard de ses subordonnés, avec notamment sa capacité à leur imposer ses décisions.

Cette doctrine crée un nouveau mode de participation criminelle à côté de la complicité, qui sera pris en compte dans les avant-projets de Code pénal de 1978 et de 1983. L'article 30-2 de l'avant-projet de 1978 retient comme auteur de l'infraction celui qui « *par omission volontaire ou incurie, laisse enfreindre par une personne placée sous son autorité les prescriptions légales ou réglementaires pénalement sanctionnées dont la charge d'assurer le respect lui est personnellement imposée.* » Pour sa part, l'article 25-2 de l'avant-projet de 1983 supprime la référence à l'omission volontaire et l'incurie et retient comme auteur celui qui « *laisse commettre par une personne placée sous son autorité l'acte incriminé, lorsque cet acte consiste en la violation de prescriptions qu'il avait personnellement ou par délégation, l'obligation légale de faire respecter.* » Certaines décisions iront jusqu'à employer l'expression de « *responsabilité pénale du fait d'autrui* », faisant dire aux auteurs qu'elles consacrent expressément l'idée d'une présomption de responsabilité ou de culpabilité¹⁰¹.

34- Présomption d'innocence déclinée en présomption de culpabilité. La Déclaration des droits de l'homme de 1789 énonce en son article 9 que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Le même principe ressort clairement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (article 6-2), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 48), de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (article 11), ou du Pacte sur les droits civils et politiques (article 14). Selon la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, et l'article 9-1 du code civil, modifié par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 sur le renforcement et la protection de la présomption d'innocence, chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Etre présenté trop tôt comme coupable expose, en particulier, le journaliste ou l'éditeur d'une revue à une action en cessation de l'atteinte à la présomption d'innocence par la voie d'un référé spécifique permettant même l'octroi de dommages-intérêts. Il s'agit donc d'un principe protégé à tous les étages de notre droit positif ainsi que par des textes à

100 - Cass. crim. 7 décembre 1967, Braun / Société Palais des arts ménagers; Colomb de Daunant, D. 1968. 517, note JMR.

101 - A. LEGAL, « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », Mélanges offerts à J. BRETHER DE LA GRESSAYE, 1967, p 484.

portée internationale. Néanmoins, il arrive fréquemment que le législateur s'en écarte. On sait d'ailleurs que la présomption d'innocence avait fait l'objet d'attaques de la part des positivistes. Ferri et Tarde proposaient de l'écarter pour les criminels par tendance et pour les criminels professionnels¹⁰². Mais, comme l'ont relevé, à juste titre, des voix autorisées¹⁰³, comment savoir, avec certitude, qui rentre dans quelle catégorie? Quoi qu'il en soit, si notre droit a abandonné la présomption d'incorrigibilité attachée à la multirécidive, par suite de la suppression de la relégation et de la tutelle pénale, il admet, en revanche, certaines présomptions que, juridiquement, on dénonce comme favorables à l'accusation¹⁰⁴. À ces présomptions légales, la jurisprudence a ajouté des présomptions de culpabilité, comme dans le cas du dirigeant pour des faits commis par son préposé. Il est irréfutable que ces présomptions légales ou jurisprudentielles combattent la présomption d'innocence, alors même que cette dernière provient de textes ayant une valeur supérieure à la loi. Mais l'obsession jurisprudentielle de retenir le dirigeant dans les liens de la responsabilité pénale atteint un tel paroxysme que, lors de son interprétation, la norme pénale subit parfois une dénaturation.

35- L'altération de la norme pénale par l'interprétation jurisprudentielle. Soucieuse de préserver sa politique répressive, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas à porter atteinte aux exigences du principe légaliste. Ainsi, elle méconnaît fréquemment le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Ce dernier est pourtant l'un des corollaires du principe de la légalité criminelle et l'un des soubassements de notre droit pénal. Le rôle d'interprète du juge répressif se cantonne à une interprétation déclarative de la norme pénale qui permet d'appliquer cette dernière sans rien lui rajouter ni rien lui retrancher. Or, cette règle est bien souvent ignorée par le juge, même lorsque la norme offre des garanties de clarté et de précision suffisantes. Cette dérive dans l'office du juge répressif est particulièrement prégnante en droit pénal des affaires¹⁰⁵ où des dérapages sont fréquemment observés conduisant bien souvent à une dénaturation du texte d'incrimination. Lorsque la norme est claire et précise, le juge a l'obligation d'en faire une interprétation stricte¹⁰⁶. Si une interprétation est indispensable, le juge doit en faire une lecture restrictive afin de ne pas en étendre la portée¹⁰⁷. Le juge ne peut recourir à une interprétation souple que lorsqu'elle bénéficie au prévenu. En revanche, le juge ne peut aller au-delà des intentions du législateur et durcir par exemple la répression. Il porterait, ce faisant, atteinte aux libertés individuelles. Ainsi, alors que l'article L 654-2 du Code de commerce prévoyant le délit de banqueroute est sans ambiguïté, certaines décisions de la chambre criminelle¹⁰⁸ assimilent néanmoins le retard ou le refus de transmettre spontanément des pièces comptables à une disparition de documents comptables, alors qu'en réalité, la disparition incriminée par le législateur et l'entrave à la production des documents comptables sont deux situations distinctes dont la dernière n'avait pas été prévue par le législateur. D'ailleurs, cette situation sera postérieurement prise en compte et incriminée à titre autonome en marge de la réforme du droit des entreprises en difficulté.

Le délit d'abus de biens sociaux fournit aussi de multiples illustrations du pouvoir que s'octroie la jurisprudence. Pour être constitué, le délit suppose la réunion de quatre éléments constitutifs : un

102 - FERRI, « *Sociologie criminelle* », n° 73 ; TARDE, « *La philosophie pénale* », p. 451.

103 - MERLE et VITU, « *Traité de droit criminel* », II, 5e éd., CUJAS, 2001, n° 120.

104 - Ph. MERLE, « *Les présomptions légales en droit pénal* », Thèse, Nancy, 1968 ; MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 126.

105 - J.-H. ROBERT, intervention au colloque de l'IFR de Toulouse, « *Les facultés de droit, inspiratrices du droit?* », 29 octobre 2004, PU Sciences sociales de Toulouse, 2005 : « *Le principe de l'interprétation stricte en droit pénal des affaires est aujourd'hui une fable que l'on raconte aux enfants de la maternelle et, ils n'y croient même plus, comme au Père Noël.* »

106 - J. LEROY, *op. cit.* p. 106-107.

107 - J. LEROY, *Op. cit.* p. 106-107; M.-L. RASSAT, « *Droit pénal général* », Ellipses, 2004, p 125 et s.

108 - Cass. crim. 19 janvier 2000, Bull. crim. n° 29 ; Rev. science crim. 2000, p. 84, obs. RENUCCI ; Rev. sociétés 2000, p. 574, obs. BOULOC ; 25 févr. 2004, Dr. pén. 2004, comm. n° 112.

acte d'usage, contraire à l'intérêt social, réalisé dans un but personnel et de mauvaise foi. L'acte d'usage est conçu largement par la jurisprudence qui considère que le délit peut être réalisé tant par une action que par une abstention. Ce sens ne découle pas naturellement des termes de la loi mais il est concevable¹⁰⁹. La critique porte surtout sur l'atténuation du rôle de l'élément psychologique exigé par la loi. En effet, le texte incriminateur requiert que soient caractérisés un dol spécial et un dol général pour que soit consommée l'infraction. Et même si dans des décisions postérieures, la Cour de cassation rappelle l'exigence de la caractérisation du dol spécial¹¹⁰, ce rappel n'est qu'un artifice, car la Haute juridiction se satisfait de présomptions d'intérêts personnels¹¹¹. En effet, elle affirme, dans le cas de prélèvements occultes par le dirigeant, que s'il n'est pas prouvé que les fonds détournés de la trésorerie de l'entreprise ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, il faut en déduire qu'ils l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel¹¹².

36- Le dévoiement des principes fondateurs du droit pénal. D'abord, l'indifférence au caractère subsidiaire du droit pénal est le constat le plus prégnant. En droit des affaires, le législateur ne recourt pas à la sanction pénale à défaut de sanctions non pénales, mais en lieu et place de sanctions alternatives. La sanction pénale permet donc de suppléer à la difficulté d'élaborer et de mettre en oeuvre d'autres types de sanctions. C'est le cas en matière de constitution de sociétés qui, à l'inverse de bon nombre de législations étrangères, n'est pas soumise à un contrôle préalable. Aussi, ne souhaitant pas recourir à la nullité, le législateur estima que, seule, la répression pénale pouvait garantir a posteriori la régularité de la constitution. De même, la non communication de documents, longtemps constitutive de plusieurs infractions décriminalisées par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2000, aurait pu être, dès l'origine, sanctionnée par une injonction de faire sous astreinte comminatoire. S'il est vrai que la subsidiarité du droit pénal n'est pas une exigence théorique, elle demeure néanmoins nécessaire au bon usage des voies civiles et pénales. En se réfugiant dans le confort répressif qui lui permet de contourner les difficultés qui se posent à lui, le législateur aboutit à faire du droit pénal « *un réceptacle à tout faire et à tout recevoir* », une sorte de « *débarras* » bien confortable¹¹³. En réalité, ce réflexe pénal objective les difficultés de notre système juridique à concevoir un mode alternatif de fonctionnement garantissant le respect des normes. Or, le recours systématique à la solution pénale offre une vision réductrice de la fonction de la peine qui apparaît essentiellement sous ses seules dimensions utilitaristes ou instrumentalistes, alors que l'outil pénal ne doit être que « *l'ultima ratio* » de tous les mécanismes contribuant à l'effectivité du système de normes. L'usage inconsidéré de l'arme pénale apparaît davantage alors comme « *un signe de faiblesse de l'État et du droit.* »¹¹⁴

Ensuite, la deuxième manifestation de ce dévoiement réside dans l'indifférence à la nature des valeurs protégées. Il s'agit du recours au droit pénal des affaires pour protéger des valeurs ordinaires. S'il est vrai que cet usage artificiel de l'arme pénale est largement répandu en droit pénal économique, il prend, en droit des sociétés, des proportions excessives et tend à priver la peine de tout son sens et de toute sa fonction. En effet, il ressort que le recours au droit pénal se justifie davantage par la prétendue efficacité de ce dernier que par la gravité de l'acte incriminé. Cette indifférence à la nature des valeurs protégées procède d'une inversion de logique contestable. En principe, c'est parce qu'un intérêt est jugé essentiel aux yeux de la société que celui-ci doit jouir d'une protection pénale. Dans cette optique la sanction pénale demeure un outil de protection de l'ordre social et n'est pas une fin en soi. Or, en droit pénal des sociétés, c'est la logique inverse qui

109 - Cass. Crim. 28 janvier 2004, Rev. sociétés 2004, p. 722 obs. BOULOC ; J.-F. BARBIERI, « L'abus de biens sociaux par abstention », Bull. Joly juin 2004, § 171.

110 - Cass. crim. 5 mai 2004, Dr. soc. 2004, comm. N° 157.

111 - Cass. crim. 1er mars 2000, D. 2000, AJ p. 214, obs. LIENHARD ; Rev. science crim. 2000, p. 839, obs. RENUCCI ; Rev. sociétés 2000, p. 576, obs. BOULOC.

112 - Cass. crim. 9 juill. 1998, Rev. sociétés 1998, p. 821, obs. BOULOC ; D. 1999, somm. p. 159, obs. SEGONDS.

113 - J. TOUBON, ancien Garde des Sceaux, in « *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique* », DALLOZ, 1997, p. 1 et s.

114 - *Ibid.*

prévaut. Ici, le droit pénal intervient, en raison de sa force coercitive, non pour préserver une valeur essentielle, mais uniquement pour garantir l'effectivité de dispositions de moindre importance ou carrément indifférentes. Cette situation aboutit à la protection pénale de dispositions qui ne présentent pas d'intérêt majeur pour la société. Ainsi, le fait de punir de 18 000 € et de deux ans d'emprisonnement le non maintien des actions de numéraire en la forme nominative¹¹⁵ révèle une disproportion entre la gravité objective du comportement incriminé et l'importance de la sanction encourue. L'on ne peut donc déduire le caractère essentiel d'une valeur de sa protection pénale. Ainsi l'inflation répressive en droit des sociétés a parfois été justifiée par le fait que cette législation touchait directement à la vie économique et sociale de la nation et que, par conséquent, elle concourrait à l'intérêt général, d'où la justification de sa protection pénale. Mais cette conception ne peut légitimer, à elle seule, le recours systématique à la sanction pénale, celle-ci ne devant sanctionner que des atteintes caractérisées à des valeurs essentielles. En outre, en droit pénal des sociétés, un nombre important d'infractions ne protègent aucun intérêt général, mais sont plutôt destinées à la préservation d'intérêts privés, notamment ceux des associés et des tiers. Cette situation redonne tout son sens à une pensée de Blaise PASCAL selon laquelle « *ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble.* »¹¹⁶

La dernière illustration de ce dévoiement réside, enfin, dans l'indifférence à la fonction de la peine. À cet égard, Jacques TOUBON affirmait que l'objectif premier de la pénalisation, c'est l'affirmation de valeurs, c'est l'expression au moyen d'étalons, d'équivalents symboliques, du prix que la société attache au respect de ses règles et la réprobation qu'elle lie à leur transgression. Il ne faut donc pas galvauder, banaliser ni altérer l'arme pénale. Bien au contraire, il faut se pénétrer du sens et de la valeur de la peine¹¹⁷. Le recours à la sanction pénale en raison de sa seule force coercitive altère fatalement la signification de la peine. Si la fonction rétributive de la peine est effective à l'égard des infractions les plus graves en droit des affaires, elle est inexistante lorsque la sanction protège une disposition dont la méconnaissance est sans incidence sur le plan moral. De la même manière, la fonction dissuasive de la peine est altérée par l'inflation pénale qui préjudicie nécessairement à l'effectivité de la répression. Enfin, la fonction de réinsertion assignée à la peine¹¹⁸ ne peut non plus être défendue, étant entendu que cette dernière sanctionne des agissements qui ne peuvent être véritablement considérés comme troublant l'ordre social.

En définitive, le recours à la sanction pénale ne vise généralement qu'à renforcer le caractère impératif de la disposition qu'elle accompagne. La peine ne puise plus son sens dans l'acte réprimé, mais en elle-même, par l'effet d'un repli narcissique sur sa seule force¹¹⁹.

37- Nécessité d'une réflexion sur l'utilité de la répression pénale en droit pénal des affaires. La nécessité de repenser en profondeur le droit pénal des affaires est aujourd'hui très largement partagée. Cependant, la dépenalisation souhaitée ne doit nullement être perçue comme un plaidoyer en faveur d'un laxisme pénal à l'endroit du dirigeant. Bien au contraire, la suppression des infractions artificielles garantira une meilleure effectivité ainsi qu'une meilleure incidence aux incriminations jugées indispensables. À cet égard, MONTESQUIEU affirmait déjà que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires.* »¹²⁰ Il faut donc un nombre d'infractions réduit, mais avec une efficacité renforcée. Ainsi, M. VIANDIER considère qu'en droit des sociétés, l'outil pénal est inadapté, « *sauf si l'on excepte les infractions de présentation de "bilan inexact", de distribution de dividendes fictifs, de majoration frauduleuse d'apport en nature et d'abus de biens ou de*

115 - Article L. 242-1 du Code de commerce.

116 - B. PASCAL, « *Second discours sur la condition des grands* », in « *Oeuvres complètes* », tome II, La Pléiade Gallimard, fr. 81.

117 - *Ibid*, p. 3

118 - J. LEROY, *op. cit*, p.10 : « *Aujourd'hui, la réaction sociale inclut aussi la prévention du crime et la réinsertion du condamné(...) Le droit pénal contemporain s'inscrit résolument dans cette perspective avec le développement des peines alternatives à l'emprisonnement, tel le travail d'intérêt général, la privation ou la restriction de droits ou bien la création de la contrainte pénale.* »

119 - J. CARBONNIER, « *La peine décrochée du délit* », in Mélanges LEGROS, Bruxelles 1985, p. 23 et s.

120 - « *De l'esprit des lois* », Livre XXIX, chapitre 16.

pouvoirs.¹²¹» Cette liste démontre à l'évidence la nécessité de ne réserver une réponse pénale qu'aux seuls comportements frauduleux. La réforme du droit pénal des affaires permettrait fondamentalement un réaménagement de l'arsenal répressif afin de renforcer l'efficacité générale du droit des affaires et de son dispositif répressif.

De même, s'impose, spécifiquement, une refonte d'ensemble des dispositions pénales du droit des sociétés. La loi de 1966 n'est plus en phase avec l'évolution générale de ce droit. Elle illustre la propension dirigiste du législateur à placer sous contrôle tous les aspects du fonctionnement de la société au détriment d'une finalité d'efficacité. L'accent doit être mis sur un modèle de fonctionnement fondé davantage sur la régulation interne que sur une réglementation dirigiste externe. On parlera alors de *Corporate governance* sur le modèle de la société juridique anglo-saxonne où le dirigeant doit davantage rendre des comptes à ses salariés par un droit du travail stratégiquement soutenu par le droit pénal. Il s'agirait pour le chef d'entreprise de rendre des comptes par l'art de gouverner en mettant en place ou en redynamisant les contre-pouvoirs internes et en étant à l'écoute des intérêts divergents ou communs dont il a la charge. Ainsi, la réforme des mécanismes régulateurs doit se faire selon des schémas qui équilibrent les pouvoirs sans paralyser la créativité économique.

38- Nécessité d'une vision d'ensemble cohérente. Les réformes successives intervenues en droit des sociétés ces dernières années exigent de procéder à une réflexion d'ensemble cohérente. Il est vrai que la législation française sur les sociétés est en mouvement perpétuel depuis près de cinq décennies¹²². Trois ans après l'adoption de la loi du 24 juillet 1966, la doctrine renonçait déjà à en lister les réformes¹²³. Cependant, en dépit de ces bouleversements, les sanctions pénales sont restées stables, montrant une certaine résilience à toutes tentatives de dépénalisation¹²⁴. Puis, à partir de 2001, le législateur semble avoir déclenché une vague de dépénalisations. Ainsi, l'on peut citer la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique, la loi du 1er août 2003 pour la sécurité financière, l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit, l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières, la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, la loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, et d'autres encore. Au sujet de cette frénésie dépénalisatrice, M. JEANDIDIER parle de « *l'extravagant morcellement de cette entreprise de dépénalisation : sept étapes en moins de cinq ans, avec à la fin un véritable emballage de la "machine à dépénaliser"* » (trois lois en deux mois et deux ordonnances en trois mois).¹²⁵»

Cette approche ponctuelle et peu coordonnée du législateur a considérablement réduit les mérites de ces dépénalisations. Ainsi, au hasard de l'adoption des amendements, ont été supprimées des infractions tantôt vénielles, tantôt gravement frauduleuses¹²⁶. On note par ailleurs le maintien de certaines infractions, identiques à d'autres qui ont pourtant été abrogées¹²⁷. S'agissant des solutions alternatives, le législateur opte pour les sanctions civiles qui, initialement, n'avaient pourtant pas sa

121 - « Le droit des sociétés, demain », JCP, 2000, éd. E, Aperçus rapides, p. 3, n° 12.

122 - N. RONTCHEVSKY, « Droit des sociétés : le mouvement perpétuel », D. 2002, p. 2594; B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 105.

123 - P. LE CANNU, « L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même », Rev. sociétés 1996, p. 485.

124 - D. REBUT, « Les sanctions pénales et la gestion des sociétés », in « Où en est la dépénalisation dans la vie des affaires? », Actes du colloque organisé à La Baule les 15 et 16 juin 2001, RJ com. 2001, p. 119.

125 - W. JEANDIDIER, « L'art de dépénaliser : l'exemple du droit des sociétés », Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, « *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit* », DALLOZ 2005, p. 449, n° 2.

126 - C'est le cas de l'ancien article L. 242-19 du Code du commerce.

127 - Notamment, les infractions relatives aux sociétés civiles de placement immobilier et aux dirigeants de leurs sociétés de gestion. Ainsi, la plupart des délits supprimés pour les sociétés anonymes subsistent pour les sociétés civiles de placement immobilier.

faveur. Si cette orientation ne peut qu'être approuvée, elle a connu néanmoins des lacunes¹²⁸ qui ont dû être résorbées par d'autres interventions législatives¹²⁹.

Au regard de cette situation confuse, la nécessité de repenser substantiellement la répression pénale en droit des sociétés est plus que jamais d'actualité.

39- Nécessité d'une réflexion critique sur la sphère de la répression en droit des affaires. La première finalité de la réforme du droit pénal des affaires devrait être la rationalisation des critères justifiant le recours à la sanction pénale. En effet, plus qu'une soustraction ou une réduction, le processus de la dépenalisation induit une démarche rationnelle globale fondée sur l'identification préalable des principes fondateurs du droit des affaires qu'il convient de défendre par l'arme pénale. La détermination de la sphère de la répression en droit des affaires doit reposer sur un équilibre entre la nécessité d'une sanction proportionnée à la gravité de l'atteinte et l'impératif qui doit régir le droit des affaires dans une économie libérale. En misant essentiellement sur la sanction pénale, la loi de 1966 a méconnu cet équilibre et a généré injustice et désordre, en l'absence d'une politique pénale clairement définie. De même, en ne concevant la dépenalisation que comme une réduction de l'arsenal répressif, le législateur pénal actuel ne contribue pas davantage à l'intelligibilité du droit des affaires. En effet, il s'agit de repenser la matière, d'en examiner les insuffisances, de proposer une pénalisation rationnelle des comportements frauduleux et de recourir pour le reste à des solutions alternatives civiles, car le réflexe pénal tend à générer un flot de normes. Ce faisant, l'arme pénale perd complètement son sens profond et sa légitimité originelle. Bien souvent, le recours à la pénalisation des comportements révèle un échec : l'impuissance du droit à contrôler certaines dérives qu'il interdit, et donc une faiblesse de l'État et du droit. Le besoin de réprimer occulte bien souvent l'incapacité du système juridique à se faire respecter. La peine n'est donc pas une fin en soi. Elle doit rester un moyen au service du droit. Ainsi, l'objectif d'un système pénal doit être de ne recourir à la sanction que dans les conditions propres à servir l'autorité du droit. La pénalisation suppose une hiérarchisation des agissements répréhensibles selon leur degré de gravité et l'intensité de la répression doit être proportionnelle à cette évaluation. Trop souvent, des sanctions pénales sont prévues pour des normes dont la violation est plus ou moins neutre ou indifférente aux valeurs essentielles. C'est le cas de nombreuses règles qui sont sans portée éthique significative et qui relèvent de simples choix techniques dans l'organisation de l'entreprise. Et lorsque le recours au pénal est justifié, le retard à prononcer la sanction dévitalise parfois l'intervention répressive¹³⁰. Tous ces dysfonctionnements ont pour effet de faire produire au droit ce qu'il a pourtant pour première vocation d'empêcher : l'insécurité juridique, l'incertitude, voire le sentiment d'arbitraire¹³¹.

En définitive, Pour qu'un système juridique soit efficace et équilibré, il est nécessaire que les différents acteurs adhèrent spontanément aux mêmes valeurs, aux mêmes codes de comportement non écrits situés au-delà des intérêts personnels immédiats. Tel doit être l'objet d'une réflexion critique sur la sphère de la répression en droit des affaires.

40- Délimitation de la réflexion: regard critique sur la responsabilité pénale du dirigeant. La fonction régulatrice de la responsabilité pénale du dirigeant facilite l'imputation prioritaire de l'infraction à la personne qui était la mieux en mesure d'empêcher sa survenance. Au sein d'une entreprise, la mission de veiller au respect de la réglementation échoit au dirigeant. Le préposé est soumis à un régime pénal de droit commun et bénéficie d'une immunité civile. Plus ahurissant encore, en matière de délits non intentionnels dont il est généralement l'auteur direct, punissable en tant que tel pour imprudence¹³², et bien qu'il ne puisse parfois invoquer aucune cause classique

128- E. JEULAND et F. MANIN, « Les incertitudes du référé injonction de faire », Rev. sociétés 2004, p. 1.

129- C'est le cas des nullités relatives aux augmentations de capital.

¹³⁰- J. TOUBON, ancien Garde des Sceaux, in « Les enjeux de la pénalisation de la vie économique », DALLOZ, 1997, p. 5.

¹³¹- *Ibid.*

132- À ce sujet, P. CONTE, « Le lampiste et la mort », D. Pénal 2001, chronique n°2.

d'irresponsabilité¹³³, le préposé ne constitue pas un responsable idéal¹³⁴ au sein de l'entreprise. Si donc le responsable pénal de l'infraction au sein de l'entreprise est choisi en raison de son pouvoir de direction, les professionnels non dotés de ce pouvoir ne devraient-ils pas être tenus à l'écart du champ répressif pour les infractions commises dans leur entreprise? La solution vaut déjà pour le dirigeant qui transfère en partie ses pouvoirs. La chambre criminelle considère que si le préposé est le « vecteur naturel » de l'infraction, il n'en est pas le « responsable naturel »; et c'est pour cette raison qu'elle le relaxe au motif peu habituel que l'infraction ne profitait qu'à l'employeur¹³⁵. De plus, la doctrine¹³⁶ observe plus généralement une certaine mansuétude de la part du ministère public qui use de son droit de ne pas poursuivre. Ensuite, même retenu dans les liens de la responsabilité pénale, le préposé peut être exonéré de sa peine pécuniaire en matière d'infractions au Code de la route¹³⁷ et aux règles de sécurité et d'hygiène dans l'entreprise¹³⁸ si les circonstances de fait et les conditions de travail le justifient. En outre, certains auteurs suggèrent de lui octroyer des circonstances atténuantes¹³⁹. Mais à défaut, le juge, en prenant appui sur l'art. 213-4 CP, tient compte, dans la fixation de la peine, de la subordination du préposé. C'est donc peu dire qu'entre sévérité lors de l'établissement de sa responsabilité et bienveillance lors de ses effets, le régime pénal du préposé est dépourvu de cohérence. Au regard du droit positif, ce dernier relève du droit commun de l'imputation; ce qui explique notre choix de ne pas lui consacrer de plus amples développements. Le véritable risque pénal dans l'entreprise réside dans l'imputation des infractions au décideur. L'intérêt de porter un regard critique sur la responsabilité pénale du dirigeant est double.

Quantitativement, la multiplication des régimes spéciaux objective l'accroissement du risque pénal au sein de l'entreprise. Et s'il paraît très délicat d'examiner coude à coude toutes les règles régissant l'imputation au sein des structures professionnelles, il est inconcevable ici de faire l'économie de l'analyse de la responsabilité pénale du chef d'entreprise pour les infractions commises dans son établissement.

Qualitativement, cette responsabilité pénale déconcerte, car l'infraction est généralement commise par une autre personne. Le spectre de la responsabilité pénale du fait d'autrui conduit la doctrine à dissimuler l'originalité, voire l'étrangeté de l'imputation au dirigeant; mais ses différentes théories au regard du droit commun se révèlent peu réalistes et controversables.

Notre étude poursuivra l'ambition de porter un regard critique sur la responsabilité pénale du dirigeant, étant observé que de nombreux travaux se sont déjà intéressés à la conformation et à la spécificité de cette responsabilité.

133- L'invocation du commandement de l'autorité légitime (art. 122-4 al.2 CP) a été rejetée au motif que seule est réputée légitime l'autorité publique (Crim. 27 janvier 1859. I. 364; 26 juin 2002 : Bull. crim. n°148, D. 2003. Somm. 172 obs. M. SEGONDS, Dr. Pénal 2002, comm. N°133, obs. M. VÉRON, RSC 2003. 93, obs. B. BOULOC.

La contrainte morale externe (art.122-2 CP) ne peut non plus être invoquée par le préposé même si elle s'apprécie in concreto, c'est-à-dire en tenant compte de la situation de subordination de l'agent, car l'éventuelle contrainte de l'employeur n'est jamais totalement irrésistible.

De la même manière, l'état de nécessité (art.122-7 CP) ne serait pas davantage recevable, car la peur du licenciement n'est pas un péril suffisamment grave et imminent pour justifier la commission d'une infraction.

Enfin, le subordonné qui a agi sur ordre de son employeur pourrait arguer avoir cru en la licéité de son acte (V. MALABAT, « La responsabilité pénale du subordonné », in « *Mélanges B. BOULOC* » p. 681, spéc. p. 683). Or, la chambre criminelle montre une certaine propension à penser que tout professionnel, même préposé, ne peut commettre d'erreur dans son domaine de compétence (Crim. 25 janvier 1996, Bull. crim., n°50).

134 - J.-H. ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », JCP CI 1975. II. 11716, n°1: « *C'est en effet en frappant haut dans la hiérarchie que le juge répressif a le plus de chances d'obtenir l'observation scrupuleuse des prescriptions légales.* »

135- Cass. crim. 12 décembre. 1956, Bull. crim. n°836.

136- M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur »? JCP 1985. I. 3218; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, « *Droit pénal général* », ÉCONOMICA, 16e éd. 2009

137- Article L.121-1 du Code de la route.

138- Art. L.4741-2 du Code du travail.

139- P. BOUZAT, « L'usine, le chantier, la mine, milieux criminogènes », in « *Mélanges PINATEL* », éd. A. PEDONE, 1980, p.121, spéc. p.138.

41- Notion de dirigeant. Le Code pénal ne fait aucune référence à la notion de « *dirigeant* ». Néanmoins, la responsabilité pénale de ce dernier suscite l'intérêt de la doctrine qui va y consacrer un colloque¹⁴⁰. Défini comme celui qui « a la principale direction¹⁴¹ », le terme dirigeant permet de regrouper des professionnels dont la fonction organique est analogue : exercer un pouvoir de direction.

42- L'appréciation concrète de la fonction de dirigeant. Ici doivent être pris en compte un critère formel et un critère substantiel, car, quel que soit le domaine, le droit pénal opère une appréciation concrète des qualités individuelles en identifiant celui qui est formellement chargé d'assurer la direction de l'entreprise, puis en recherchant celui qui exerce substantiellement ce pouvoir de direction. En effet, il ne suffit pas d'avoir une fonction de direction; encore faut-il exercer un pouvoir de direction.

43- Le critère formel. - Dans les entreprises, certains textes, mais surtout la jurisprudence, désignent les « présidents, administrateurs, directeurs généraux¹⁴² », « dirigeants¹⁴³ », et « employeurs¹⁴⁴ » comme responsables des infractions au droit du travail¹⁴⁵ et à la sécurité sociale¹⁴⁶, des infractions économiques¹⁴⁷, c'est-à-dire, plus largement, toutes les infractions aux réglementations sur le fonctionnement des entreprises. Mais s'il est concevable que la responsabilité pénale recherche celui qui a la charge légale de veiller au respect de la réglementation à laquelle il a été porté atteinte, l'existence formelle d'une fonction organique de direction ne pose qu'une présomption simple, et inversement, le défaut de titre – c'est le cas du dirigeant de fait – ne saurait faire obstacle à la responsabilité pénale en tant que dirigeant d'entreprise.

44- Le critère substantiel. La délégation de pouvoir. - Ce critère justifie que soit recherchée la responsabilité pénale de toute personne intervenant effectivement dans la direction de l'entreprise au sein de laquelle est commise l'infraction. C'est le cas du dirigeant de fait, ou encore des administrateurs ou mandataires judiciaires à qui incombent toutes les obligations légales et conventionnelles du chef d'entreprise.

Mais au sein de l'entreprise, le dirigeant peut aussi déléguer l'exercice du pouvoir à un subordonné. Lorsque la délégation de pouvoir est régulière¹⁴⁸, elle opère un transfert de responsabilité du

140 - Actes du XVIe Congrès de l'Association française de droit pénal, Nice, 16 et 17 mai 2003, RPDP 2004, n°1.

141 - Dictionnaire Littré.

142 - Art. L 242-1 et s Code du com. Sur ce point, J._H. ROBERT, « Qui répond de l'inobservation des règles de publicité et d'information imposées aux sociétés anonymes », D. 1976. Chron. 171. Dans la société anonyme, la responsabilité pénale des infractions d'entreprise devrait « remonter » à celui qui dispose des pouvoirs de direction les plus étendus, c'est-à-dire au président du conseil d'administration (art. L 251-51 Code du com. Pour la responsabilité de principe du président : Crim., 17 octobre 2000, Bull. crim. n°300; JCP E II. 904 note J.-H. ROBERT). Le directeur général occupe en principe une fonction de direction subsidiaire qui consiste essentiellement à assister le président. Sa responsabilité pénale ne devrait donc être recherchée pour une infraction d'entreprise que lorsqu'il a pour mission spécifique de veiller au respect de la règle méconnue (Crim. 30 mars 1999, pourvoi n° 98-81433). Cette répartition des compétences et de la responsabilité pénale semble avoir été remise en cause par la loi NRE du 15 mai 2001 selon laquelle un directeur général peut assumer le pouvoir exécutif dans l'entreprise et être donc considéré comme un véritable chef d'entreprise. Le président ne conserverait alors que sa mission d'organisation des travaux du conseil d'administration. Dans ces conditions, la responsabilité pénale du directeur général devient le principe (Crim. 27 avril 2004, pourvoi n°03-86668) et celle du président l'exception. V. également A. COEURET, « La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoir dans l'entreprise », JCP 2001. I. 339.

143- Art. L 311-34 Code de la consommation.

144- Art. L 4741-1 Code du travail. Mais de nombreuses autres infractions omettent de viser l'employeur comme responsable pénal, si bien que le régime pénal du chef d'entreprise semble perdurer (c'est le cas des art. L 2146-1 et L 4742-1 Code du travail).

145- Art. L 4741-1 Code du travail.

146- Crim. 28 février 1956, D. 1956. 391, note M. PUECH.

147- Crim. 10 juillet 1963, Bull. crim. n°255.

148- Sur la délégation de pouvoirs, J. LEROY, « *Droit pénal général* », 5e éd., LGDJ, 2014, p. 231-232; F. MARMOZ, « La délégation de pouvoirs », LITEC, 2000.

délégant vers le délégataire¹⁴⁹. Le juge répressif fait ainsi preuve – et c'est le cas de le dire – d'un grand pragmatisme en prenant en compte une redistribution contractuelle des pouvoirs au sein de l'entreprise, alors qu'aucun texte ne l'y contraint expressément. La délégation de pouvoirs ayant pour objet les pouvoirs de direction et non la fonction organique, il en résulte que le dirigeant ne peut déléguer tous ses pouvoirs et que la responsabilité pénale attachée à la fonction subsiste encore dans certaines hypothèses. Autrement dit, le dirigeant ne délègue pas sa fonction organique, mais l'exercice d'une fonction¹⁵⁰. De la sorte, la délégation de pouvoirs ne produit pas, stricto sensu, un effet exonératoire, car en renversant la présomption de pouvoir établie à l'encontre du dirigeant organique à partir du critère formel, la délégation agit plutôt comme une cause de non imputation, puisque la responsabilité fonctionnelle du dirigeant ne paraît même pas envisageable en raison d'un défaut de pouvoir effectif de direction, condition préalable et objective de l'imputation. Il n'est donc pas nécessaire de parler d'exonération¹⁵¹. La délégation de pouvoir apparaît davantage comme un mécanisme visant à faciliter une « traçabilité » du pouvoir au sein de l'entreprise¹⁵² dont la preuve incombe au ministère public. La jurisprudence, qui a sans doute perçu la subtilité, continue d'utiliser le terme et le régime de l'exonération incontestablement dans une perspective répressive, la preuve de l'exonération pesant sur le dirigeant¹⁵³.

L'incidence pénale de la délégation de pouvoirs illustre donc l'importance de rechercher celui qui détenait concrètement le pouvoir et était en charge de prévenir l'infraction. La délégation de pouvoirs permet alors au dirigeant d'anticiper le risque pénal dans la gestion de son entreprise. Et parfois, plus qu'un moyen, cette délégation peut s'ériger en une véritable obligation dont l'inobservation par le dirigeant peut être sanctionnée lorsque sa nécessité est avérée et que le dirigeant s'est abstenu¹⁵⁴. Cette situation permet tacitement au juge d'apprécier la gestion de l'entreprise. Loin d'être la mesure de faveur dont elle fait figure, la délégation de pouvoirs devrait faire l'objet d'une consécration législative.¹⁵⁵

En définitive, la responsabilité pénale du dirigeant repose sur une imputation fonctionnelle, désignant la personne physique qui détient effectivement le pouvoir de direction au sein de l'entreprise, quelles que soient ses relations avec l'auteur matériel de l'infraction. Ce raisonnement engendre la problématique de l'incompatibilité entre l'imputation fonctionnelle et l'imputation subjective de l'infraction.

45- L'imputation subjective de l'infraction. Nécessité d'un fait personnel fautif du dirigeant.

Compte tenu de sa fonction répressive et de son caractère personnel¹⁵⁶, l'idée d'une responsabilité pénale sans faute n'est absolument pas envisageable, contrairement à la responsabilité civile. Aux termes de l'article 121-1 CP, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. » Et c'est pour cette raison que l'imputation en droit pénal est dite subjective. La faute de direction n'est en général pas difficile à trouver en cas d'infraction au sein de l'entreprise. Dès lors que la disposition violée relève du champ de compétence du dirigeant, ce dernier s'est nécessairement rendu coupable d'une faute sans qu'il soit besoin de la présumer. Plus fictive que présumée, la faute du dirigeant ne

149- Par principe, les responsabilités du délégant et du délégataire sont alternatives (Crim. 1er décembre 1998, D. 2000. Jurisprudence 34, note M.-A. HOUTMANN.)

150 - G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* » V. Délégation : « opération parfois permise par le droit par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne. »

151 - R. MERLE, « *Les présomptions légales en droit pénal* », LGDJ, 1970, p.178, et F. MARMOZ, « La délégation de pouvoirs », op. Cit., n°23. V. aussi B. de LAMY et M. SEGONDS, « La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principe et actualité », Dr. pénal 2010, dossier n°6, spéc. n°2, selon lesquels la délégation de pouvoirs a un effet sur le lien d'imputation.

152 - F. ROUSSEAU, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 89, 2009. V. aussi L. SAENKO, « *Le temps en droit pénal des affaires* », thèse, Paris I, 2008, n°264.

153 - J. LEROY, *op cit.* p. 231; Cass. crim., 11 mars 1993, « *le chef d'entreprise (...) peut s'exonérer de sa responsabilité pénale, s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs.* »

154 - Cass. crim. 20 mai 2008, pourvoi n°08-80896.

155 - Se référer au Rapport COULON qui demeure toutefois imprécis sur le régime de la délégation (La Documentation française, 2008, p.103.)

156 - J. LEROY, *op. cit.*, p.18.

garantit pourtant pas la subjectivité de l'imputation sauf au prix de quelques contorsions de qualifications.

46- Les analyses doctrinales de la faute du dirigeant. Traditionnellement, il est fait grief au dirigeant d'une négligence dans la mission de surveillance de son préposé¹⁵⁷. Certains textes semblent corroborer l'exigence de la caractérisation d'une faute personnelle, comme l'article L4741-1 du Code du travail qui exige « une faute personnelle » de l'employeur. Et il semble que le dirigeant puisse se libérer de sa responsabilité en établissant son absence de faute¹⁵⁸, une faute de la victime¹⁵⁹, ou encore la force majeure¹⁶⁰. Toutefois, le fait personnel fautif du dirigeant n'apparaît presque jamais de manière explicite dans les décisions de justice. La doctrine s'y acharne et la débusque vaille que vaille. Mais à son examen, cette faute révèle un aspect juridique pour le moins inhabituel. Elle ne permet presque jamais de caractériser l'infraction imputée au dirigeant. Plusieurs théories doctrinales, dont deux majeures, ont été développées : la première repose sur une analyse infractionnelle de la négligence du dirigeant, la seconde analyse la faute de direction comme un fait de participation analogue à celui de la complicité. Mais ces deux théories ne reflètent pas fidèlement le droit positif ni la logique du risque pénal au sein de l'entreprise.

47- La négligence du dirigeant : entre imputation infractionnelle et imputation participative.

Soucieux de restaurer l'orthodoxie juridique, certains auteurs soutiennent que le défaut de surveillance imputé au dirigeant est constitutif de l'infraction qui lui est reprochée, ou tout au moins, d'une partie de cette dernière, au regard de l'article 121-4 CP qui définit la notion d'auteur en droit pénal¹⁶¹. Le dirigeant réunirait donc à lui seul, d'une part, l'élément matériel, car par son défaut de surveillance, il atteint lui-même le résultat juridique de l'infraction¹⁶², et d'autre part, l'élément moral, en considération, soit de la nature matérielle de l'infraction¹⁶³, soit de sa nature involontaire¹⁶⁴. Certes, les infractions involontaires – telles que les homicides et les blessures involontaires – se consomment matériellement par des comportements d'une telle diversité – imprudence, maladresse, inattention, négligence, manquement à une obligation de prudence ou de sécurité d'origine légale ou réglementaire¹⁶⁵ – qu'ils permettent de débusquer, presque systématiquement, une faute de surveillance du dirigeant¹⁶⁶. Cependant, d'autres infractions involontaires précisent l'élément matériel¹⁶⁷ et certaines exigent un acte positif, alors même qu'on ne peut reprocher au dirigeant par présomption qu'une omission. Or, notre droit positif ne prévoit pas de commission par omission¹⁶⁸. Certains auteurs arguent qu'une omission dans la fonction s'analyse

157 - Y. SAINT-JOURS, « Prévention et responsabilité en matière d'accidents du travail », D. 1977. Chron.185; Y. REINHARD, « la loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité au travail », RSC 1978. 280.

158 - Cass. crim. 28 février 1956, Bull. crim. n°205; 13 mai 1969, D. 1969. 619; 20 septembre 1980, Dr. soc. 1981. 719, note . ROGER; 3 mai 1978, JCP 1979. II. 19073, note M.-E. CARTIER.

159 - Cass. crim. 14 mars 1979, Bull. crim. n°109.

160 - Cass. crim. 23 mai 1977, Bull. crim. n°184.

161 - « Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° commet les faits incriminés; 2° tente de commettre un crime, ou dans les cas prévus par la loi, un délit. »

162- P. CONTE, J. LARGUIER, et P. MAISTRE DU CHAMBON : *Droit pénal général*, 22e éd., DALLOZ, 2014, p. 109; ou P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », Armand Colin, 7e éd., 2004, n° 438 et s.

163 - Y. REINHARD, « *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise* », thèse, 1974, n° 143 et s et n° 151; M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur? », JCP 1985. I. 3218; J.-C. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », Gaz. Pal. 10 février 2005, p.7.

164 - P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », op. cit., n°440; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, « *droit pénal général* », op. cit., n°531.

165 - Art. 221-6, 222-19, R625-2 et R 622-1 CP.

166 - P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », op. cit., n° 67.

167 - Notamment la publicité fautive ou de nature à induire en erreur devenue depuis la loi du 3 janvier 2008 le délit de pratiques commerciales trompeuses (art. L121-1 et s. du Code de la consommation.)

168 - CA Poitiers, 20 novembre 1901, D. 1902, 81, note G. Le POITEVIN.

comme une action¹⁶⁹. Il s'agit, certes, d'un raisonnement juridique pertinent, mais qui conduit dans la pratique à des absurdités¹⁷⁰. L'identification de l'élément psychologique en la personne du dirigeant ne convainc pas davantage. D'une part, l'argument tiré du caractère matériel des infractions reprochées au dirigeant n'a plus de raison d'être, car cette catégorie d'infractions, que l'on considérerait naguère constituées sans faute, n'existe plus¹⁷¹. D'autre part, la jurisprudence impute, de façon fréquente, au dirigeant, des infractions intentionnelles¹⁷² qu'il n'est pas, par définition, en mesure de commettre par sa seule négligence dans sa fonction. En raison de toutes ces apories, d'autres auteurs préfèrent adopter une position intermédiaire, considérant que le dirigeant opère un emprunt de la matérialité¹⁷³ de son infraction, l'élément psychologique restant, en revanche, établi en sa personne. Mais c'est toujours oublier qu'il répond d'infractions intentionnelles qui ne peuvent moralement découler de sa faute d'imprudence.

Une autre partie de la doctrine¹⁷⁴ suggère enfin de résorber cet épineux problème en considérant que le dirigeant, par sa faute de négligence, viole délibérément « un devoir de garantie à l'égard des tiers », devoir qui lui incombe en sa qualité de dirigeant. Dans ces conditions, l'obstacle relatif à l'élément moral disparaît au prix d'une modification du résultat de l'infraction qui devient l'atteinte à ce devoir de garantie.

L'imputation de la responsabilité pénale au dirigeant ne peut donc revêtir une nature infractionnelle. Et même à supposer que la faute du dirigeant soit assimilée à un fait de participation – proche de la complicité – elle présenterait néanmoins la particularité de créer une nouvelle forme de participation criminelle donnant lieu à une responsabilité à titre d'auteur et se rapprochant à la fois de la complicité et de l'action.

En définitive, il n'existe aucune explication totalement satisfaisante de la responsabilité organique du dirigeant. La thèse de la nature infractionnelle et celle de la nature participative présentent des lacunes et des incohérences. L'impossibilité de faire cohabiter les règles du droit positif et les principes directeurs du droit pénal commun invite à improviser un mécanisme exorbitant. Ainsi, la responsabilité pénale organique du dirigeant se concilie mal avec la nature subjective de l'imputation, suggérant incontestablement l'idée d'une responsabilité pénale non comportementale reposant sur les seules fonctions du dirigeant.

Au regard de l'ensemble de ces difficultés, il apparaît que l'obsession de retenir le dirigeant dans les liens de la responsabilité pénale conduit souvent le législateur et le juge répressif à une déconstruction des principes pénaux fondamentaux. En effet, la nécessité de trouver un point d'application à la répression contraint le droit pénal des affaires à réagir et à s'adapter. Cette adaptation rend particulièrement critiquable la responsabilité pénale du dirigeant (Partie I). Cependant, la critique serait vaine si aucune solution – sans prétendre à l'exhaustivité – n'était proposée pour pallier les insuffisances dénoncées (Partie II).

169 - P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », op. cit., n°346; Y. REINHARD, « *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise* », op. cit., n°151; M.-E. CARTIER, « Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise », in « *La responsabilité du fait de l'entreprise* », Masson, 1977, p.45; A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », Dr. social. 1975. 396.

170 - F. ROUSSEAU, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », op. cit., note n°2062.

171 - S'agissant des anciennes infractions matérielles, elles se sont, en principe, transformées en infractions d'imprudence en vertu de l'art. 339 de la loi n°921336 du 16 décembre 1992 instituant l'entrée en vigueur du Nouveau Code Pénal qui dispose que « tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément. » S'agissant des contraventions longtemps présentées comme des infractions matérielles, elles sont en réalité des infractions d'imprudence présumée.

172 - Cass. crim. 6 cot. 1955, Bull. crim. n°338; 28 février 1956 : JCP 1956. II. 9304, note R. de LESTANG; 6 mai 1996, Dr. pénal 1996, comm. n°261, obs. J.-H. ROBERT, au sujet du délit de revente à perte; 19 octobre 1995, Dr. pénal 1996, comm. n°38, obs. J.-H. ROBERT, au sujet du délit d'initié; 28 octobre 1998, Bull. crim. n°281, au sujet du délit de publicité illicite.

173 - B. BOULOC, « *Droit pénal général* », Dalloz, 21e éd. 2009.

174 - P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », op. cit., n°440.

Partie I. Analyse critique de la responsabilité pénale au dirigeant
Partie II. Analyse constructive pénale du dirigeant

PARTIE I

ANALYSE CRITIQUE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT

48- Appréhendée à juste titre comme atypique en raison de l'originalité de sa structure, la responsabilité pénale du dirigeant s'illustre avant tout par la singularité de ses outils répressifs. Elle procède d'un bouleversement des principes pénaux fondamentaux.

Ce bouleversement affecte prioritairement l'incrimination. Cette dernière doit être élaborée conformément au principe de légalité posé par l'article 111-3 du Code pénal qui prévoit que nul ne peut être puni pour une infraction dont les éléments constitutifs ne sont pas définis par la loi ou le règlement, de même que nul ne peut se trouver infliger une peine qui n'est pas prévue par la loi ou le règlement. Cependant, une application stricte de la norme pénale génère une certaine rigidité bien souvent peu conciliable avec l'efficacité pénale recherchée par le législateur.

Ainsi, davantage mû par un souci d'efficacité que de sécurité juridique, le droit pénal des affaires a élaboré pour le dirigeant une responsabilité en rupture avec les fondamentaux intrinsèques de la matière pénale. L'analyse de cette responsabilité révèle d'importantes déficiences tant au niveau de l'incrimination (Titre I) que de la répression (Titre II).

TITRE I

LES DÉFICIENCES DE L'INCRIMINATION VISANT LE DIRIGEANT

49- L'article 111-3 du C. pén énonce, dans les termes suivants, le principe de la légalité criminelle : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention.* » Ce principe subordonne l'exercice du pouvoir de punir à une prédétermination textuelle des infractions¹⁷⁵, des sanctions, et de la procédure pénale. Son objectif est de garantir à la norme pénale ses qualités substantielles – précision, clarté et intelligibilité – afin de prévenir l'arbitraire judiciaire.

Pourtant, dans le nouveau Code pénal, il est possible de relever des incriminations dont l'élément matériel a été insuffisamment affiné par le législateur. Ainsi, en est-il de l'art. 222-33 du C. pén définissant le délit de harcèlement sexuel comme « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelles...* » sans que soit fournie la moindre précision sur les modalités d'accomplissement de l'acte délictueux. Dans ces conditions, il est permis de se demander si une telle incrimination défère aux exigences du principe de la légalité criminelle. Précieux acquis de la Révolution française face à l'arbitraire de l'Ancien Régime, le principe de la légalité criminelle incarne l'expression de la souveraineté nationale comme seule titulaire du droit d'incriminer un comportement et de punir. Développé au XVIII^e siècle par le pénaliste italien Cesare Beccaria¹⁷⁶, ce principe pose comme fondement la nécessité de fonder toute incrimination et toute peine sur un texte de loi préexistant et porté à la connaissance du sujet pénal : « *nullum crimen, nulla poena sine lege.* » Il exige que la loi réponde à des objectifs de modération et de précision rédactionnelle afin de ne pas être l'origine de l'arbitraire qu'elle est censée combattre.

Adopté par l'ensemble des systèmes juridiques, le principe légaliste tire sa source aussi bien de textes internes¹⁷⁷ qu'internationaux¹⁷⁸. Le respect de ce principe emporte deux types de conséquences. Le premier, d'ordre formel, confère à la loi seule, expression de la volonté générale, le droit d'ériger en infraction un comportement et de le réprimer¹⁷⁹. Le deuxième, d'ordre matériel, garantit au sujet pénal l'impossibilité d'être réprimé pénalement en dehors de l'existence préalable d'un texte incriminateur porté à sa connaissance. Le principe de la légalité criminelle assure ainsi au citoyen un office de protection contre l'autoritarisme du pouvoir en veillant à ce que chaque condamnation soit fondée sur un texte d'incrimination préalable. Par ce biais, il garantit au dirigeant une sécurité juridique dont il constitue l'illustration substantielle. Inscrit dans l'ordre constitutionnel¹⁸⁰, le principe de la légalité de la répression s'impose, à ce titre, au législateur et au

175 - J. LEROY, *op. cit.*, p. 17.

176 - C. BECCARIA, « *Des délits et des peines* », 1764.

177 - V. le préambule de la Constitution de 1958 qui intègre la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (art.5 et 8) dans le bloc de constitutionnalité, ainsi que l'art.34 de cette même Constitution; également les art.111-2 et 111-3 du C. pén.

178 - Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (art.11-2 et 22-2); Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art.14 et 15); Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art.7)

179 - J. LEROY, *op. cit.* p. 17.

180- Cons. const. n°84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, RSC 1985. 609 obs. B. BOULOC; également, Cons. const.

juge qui ne peuvent y contrevenir¹⁸¹.

Néanmoins, en dépit de l'intangibilité de ce principe, la réalité juridique et la pratique judiciaire présentent une conception plutôt nuancée de sa mise en oeuvre. L'on observe son affaïssement général¹⁸². L'incrimination visant le dirigeant semble accumuler les entorses à ce principe, car son étude objective des déficiences substantielles (Chapitre I), fonctionnelles (Chapitre II) et formelles (Chapitre III).

n°80-127 DC du 19 et 20 janvier 1981 D. 1982. 441 obs. A. DEKEUWER, JCP 1981 II 19701 obs. C. FRANCK, L. FAVOREU et L. PHILIP « *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* », 17ème éd., DALLOZ, 2013, n°30.

181 - Cette obligation de déférer aux exigences du principe de la légalité est rappelée par le Cons. const. qui déclare que la compétence octroyée à la loi d'incriminer les comportements « *ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État* », Cons. const. n°82-132 DC du 16 janvier 1982, L. FAVOREU et L. PHILIP « *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* », 17ème éd., DALLOZ 2013, n°30.

182- J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20 éd., 2014, CUJAS, n°129 et s.

Chapitre I

Les déficiences substantielles de l'incrimination

50- Parce qu'elle est l'expression de la volonté générale¹⁸³, la loi seule dispose de la faculté d'incriminer et de punir les comportements qu'elle juge préjudiciables à l'ordre public. Cette prééminence de la loi connaît cependant quelques tempéraments visant à garantir son office de protection du sujet pénal, en général, et en l'espèce, du dirigeant. D'abord, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen détermine le périmètre du pouvoir législatif en soumettant la loi à un impératif de nécessité : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.* » Le principe de nécessité permet de délimiter la sphère d'intervention de la norme pénale et d'éviter que cette dernière ne neutralise les autres principes fondamentaux. Ce principe, même s'il n'est pas strictement codifié, est repris par le préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie sans distinction à l'article 8 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Mais, confronté aux carences et à l'inaptitude des infractions de droit commun pour combattre efficacement les manquements à l'ordre public économique, le législateur élabore pour le dirigeant des infractions peu respectueuses des exigences legalistes de l'incrimination pénale. Ensuite, alors que seule la loi, expression de la volonté générale, est autorisée à porter atteinte aux libertés individuelles, le pouvoir d'édicter des contraventions a été confié par la Constitution de 1958 au règlement, prérogative constitutionnelle du pouvoir exécutif. Ainsi, s'agissant de l'incrimination visant le dirigeant, l'on observe un partage du monopole législatif lors de l'élaboration du texte incriminateur, notamment par le biais de la technique du renvoi. Ce partage dessaisit le pouvoir législatif au profit d'autres sources que la loi en matière de détermination des éléments de l'infraction. Enfin, le processus normatif est encadré par un autre tempérament qui impose au législateur de veiller à la qualité de la loi pénale. Portalis déclarait déjà que « *en matière*

183- Art. 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. » Immanent à tout État de droit, le principe de légalité criminelle commande, dans sa conception pure, que dans le même texte soient clairement et précisément définies les composantes de l'infraction et énoncée la sanction encourue, de façon à garantir, en l'espèce, au dirigeant une connaissance préalable des normes qui lui sont applicables afin de prévenir tout risque de dérive judiciaire. En d'autres termes, la qualité rédactionnelle de la norme doit être suffisante pour en garantir la prévisibilité. Or, en droit pénal des affaires, l'obsession de retenir la responsabilité pénale du dirigeant conduit souvent à l'altération de l'élément légal (Section I) avec l'élaboration de normes lacunaires et pléthoriques qui sont bien souvent l'illustration d'un système normatif déficient (Section II).

SECTION I : L'ALTÉRATION DE L'ÉLÉMENT LÉGAL

51- L'étroitesse de la définition des infractions de droit commun visant à protéger les biens – notamment l'abus de confiance et l'escroquerie – ne permettait pas d'inquiéter les acteurs économiques dont le comportement était moralement répréhensible et socialement dangereux. De même, les sanctions civiles traditionnelles s'avéraient inappropriées. Le législateur opte alors pour l'élaboration d'une législation spécifique d'affaires visant en priorité le dirigeant afin qu'il n'y ait pas de poursuites sans préalable légal. Cette législation, qui se présente comme une juxtaposition hétérogène d'incriminations, résulte d'une combinaison de techniques légistiques associant infractions de droit commun et nouvelles incriminations spécifiques à la vie des affaires (I). Ce processus conduit inéluctablement à un accaparement du droit des affaires par le droit pénal (II). Par ailleurs, l'altération de l'élément légal se manifeste par une méconnaissance de la prérogative législative dans l'élaboration des incriminations visant le dirigeant (III).

I- DES TECHNIQUES LÉGISTIQUES CONTESTABLES

52- La métamorphose de la criminalité d'affaires engendre de nouveaux intérêts juridiques à protéger. Cette mutation va conduire le droit pénal des affaires à concevoir pour le dirigeant un régime d'incrimination « sur mesure ». Son adaptation s'articule autour de trois axes. Le premier repose sur un basculement de certaines infractions pénales de droit commun vers la délinquance d'affaires, occasionnant ainsi le détournement d'un droit pénal fondamental au profit d'un droit pénal accessoire (A). Le second consiste en une incrimination autonome des actes préparatoires de certains délits traditionnels (B). Quant au troisième axe, il est relatif à l'élaboration d'incriminations spécifiques (C).

A- Le détournement d'un droit pénal exceptionnel au profit d'un droit pénal accessoire

53- Les incriminations pénales de droit commun jouent un rôle considérable dans la répression des troubles à l'ordre public économique. Certaines de ces infractions permettent souvent de suppléer aux carences du droit positif face à la transformation de la criminalité économique. Il s'agit principalement du délit d'abus de confiance¹⁸⁴, de l'escroquerie¹⁸⁵ et du faux¹⁸⁶.

Mais l'inaptitude de ces incriminations à subsumer les nouvelles infractions économiques a révélé leur portée limitée. Cette inadaptation a eu pour effet de créer un vide juridique qui a parfois contraint les juridictions¹⁸⁷ à prononcer des relaxes au motif que les faits poursuivis ne répondaient à aucune qualification pénale du droit positif. Pour pallier cette inadéquation entre les faits et le

184 - Art. 314-1 à 314-4 C. pén.

185 - Art. 313-1 à 313-3 C. pén.

186 - Art. 441-1 à 441-12 C. pén.

187 - Dans son ouvrage « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., Dalloz 2005, n°49, W. JEANDIDIER revient sur l'affaire Stavisky.

droit, le législateur va procéder à la spécialisation de certaines incriminations traditionnelles¹⁸⁸.

De cette spécialisation seront issues des infractions dont les principaux éléments constitutifs seront inspirés de ceux des infractions traditionnelles dont elles sont l'émanation. C'est le cas du délit d'abus de biens sociaux¹⁸⁹ qui n'est qu'une ramification de l'abus de confiance¹⁹⁰. En effet, alors que la matérialité de l'abus de confiance réside dans le détournement ou la dissipation de la chose remise préalablement, celle de l'abus de biens sociaux consiste en un usage des biens contraire aux intérêts de la société, subsumant leur détournement et leur dissipation.

Mais cette adaptation des incriminations traditionnelles à la vie économique emporte des contradictions qui affectent l'essence même du droit pénal des affaires¹⁹¹. La première contradiction réside dans « l'instrumentalisation » du droit pénal autonome qui, de fait, devient un droit pénal accessoire. En effet, si le droit pénal peut servir à rendre effectives des règles ordinaires dont le législateur craint l'ineffectivité, c'est à condition que soient respectés le principe de son intervention minimale, ainsi que toutes les garanties inhérentes à la matière pénale. Or ici, c'est la litanie de dispositions pénales insérées dans chaque nouvelle loi qui pose problème car, ce faisant, le législateur crée un droit pénal accessoire en assortissant des normes ordinaires d'une sanction pénale pour les rendre effectives. Le droit pénal devient alors un outil de procédure à la disposition d'un législateur pénal pris d'une véritable « incontinence » législative. Tout ceci a pour conséquence de nous éloigner des principes fondateurs du droit pénal. En effet – et c'est de là que résulte la deuxième contradiction – il apparaît paradoxal de conférer une autorité identique au droit pénal autonome et au droit pénal accessoire, c'est-à-dire celui permettant de rendre effectives de simples règles ordinaires et dont est construit le droit pénal des affaires. Ce droit pénal accessoire devrait avoir une incidence plus limitée sur la responsabilité pénale des dirigeants. Mais paradoxalement, il est plus puissant que le droit pénal autonome. Or, son interprétation est influencée par la règle civile principale qu'elle accompagne; laquelle peut être imprécise ou très vaste puisqu'il ne s'agit que d'une règle civile. Or, plus le droit pénal est réduit au simple rang d'instrument comme en l'espèce, plus son influence est importante. Il s'agit d'un résultat totalement paradoxal et en trompe l'oeil. Il y a là une vraie contradiction. Par exemple, le délit de présentation de faux bilan est perçu comme accessoire à l'obligation civile d'une comptabilité fidèle. Le résultat se retrouve dans la jurisprudence répressive pour laquelle le faux bilan est le bilan dont l'image n'est pas fidèle. Par effet de boucle, on retrouve donc l'obligation civile d'un bilan fidèle.

Plus encore, ce paradoxe brouille le système juridique dans son ensemble, car ainsi perçu, le droit pénal fondamental apparaît comme le simple « assistant » dont chaque branche du droit est accompagnée. Or, il constitue une branche spéciale et en cela, il ne peut être tenu par les règles qui encadrent le droit principal. Ainsi, comme on l'avait reproché à la responsabilité civile de chercher à détruire tous les régimes spéciaux, la responsabilité pénale sape les distinctions les plus élémentaires entre les branches principales. Ainsi, la faute de service, socle du droit de la responsabilité administrative, n'est plus opposable dès lors que peut être envisagée la responsabilité pénale du fonctionnaire.

La contradiction réside dans le fait qu'on ne peut pas interpréter de façon extensive le texte répressif accessoire et, par la même occasion, revendiquer son autonomie par rapport à la règle principale. Il s'agit de l'exercice cumulé de deux voies contradictoires qui a pour effet de supprimer la limite intrinsèque de la norme pénale, telle que l'interprétation stricte des textes répressifs, et sa limite extrinsèque, le respect des distinctions sur lesquelles se construisent les matières principales. La contradiction est donc patente. Ainsi, l'adaptation des incriminations traditionnelles à la délinquance économique n'est pas sans conséquence sur l'ensemble du système juridique. Ces incriminations de

188 - R. GARRON, « Les infractions similaires et interprétation des lois spéciales », RSC 1966. 737, spéc. p.742.

189 - Suivant la forme sociale, ce délit est prévu aux art. L. 242-6 al. 3, L. 241-3 al 4, et L. 247-8 al. 1 C. du com.

190 - A. VITU, « Regards sur le droit pénal des sociétés », in « *Aspects actuels du droit commercial français* », Mélanges René ROBLOT, éd. LGDJ, 1984, p. 247-270 et 254-256; ou encore L. GAUDON, « Abus de confiance et abus de biens sociaux », Rev. sociétés 1997. 289, spéc. p. 291.

191 - Notre analyse sur les contradictions affectant le droit pénal des affaires s'inspire de celle de M.A. FRISON-ROCHE, in « *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique* », actes du colloque 20 et 21 mars 1996, Paris, éd. Dalloz, 1997.

droit commun spécialisées n'interviennent désormais plus comme un palliatif aux pratiques économiques déviantes, mais comme un complément des infractions d'affaires. À ces incriminations spécialisées viennent s'adjoindre des dispositions réprimant à titre autonome des actes préparatoires d'infractions traditionnelles.

B- L'incrimination à titre autonome d'actes préparatoires

54- Le droit pénal n'intervient en principe qu'au stade de la tentative d'une infraction¹⁹². S'analysant comme une « anticipation répressive¹⁹³ », la tentative permet une répression avant que l'infraction ne soit parvenue à son achèvement par la réalisation de l'ensemble de ses éléments constitutifs. Ce principe exclut du champ répressif les actes préparatoires¹⁹⁴, ceux-ci présentant encore à ce stade, un caractère équivoque ne permettant pas de les inclure dans la tentative punissable. Cependant, cette règle connaît quelques tempéraments¹⁹⁵. Ainsi, en droit pénal des affaires, le législateur érige en infractions autonomes les actes préparatoires de certains délits de droit commun.

C'est le cas du délit de publication ou présentation de faux bilan¹⁹⁶ qui constitue un acte préparatoire du délit d'escroquerie. Ainsi, la chambre criminelle approuve l'analyse d'une cour d'appel qui a condamné un dirigeant pour présentation de comptes annuels infidèles considérant que ce délit préparait une escroquerie¹⁹⁷. En effet, le prévenu avait, en l'espèce, pendant cinq années, transmis aux banques des factures falsifiées, ainsi que des comptes infidèles approuvés par les actionnaires, afin de garantir la poursuite du soutien bancaire en présentant une image dolosivement favorable de l'entreprise. Nombre de banquiers avaient, sur ce fondement, accordé des cautions douanières, des découverts et des lignes d'escomptes de plus en plus conséquentes à l'entreprise. Le dirigeant sera condamné alors pour escroquerie au motif que « *les falsifications commises par Sx constituent des manoeuvres frauduleuses pour persuader de l'existence d'un crédit, qui lui ont permis de se faire remettre des fonds et des obligations par les neuf banquiers de la société Elane.* » En réalité, la simple présentation d'un bilan inexact ne constitue en lui-même qu'un acte préparant l'escroquerie et n'entre pas, en principe, dans le champ de la répression tant qu'il n'y a pas eu tentative d'entrer en possession de l'objet convoité¹⁹⁸. Ce n'est que par suite d'un acte positif en ce sens que la présentation du faux bilan tombe sous le coup de la loi pénale sous la qualification de tentative d'escroquerie ou d'escroquerie¹⁹⁹. En autonomisant pénalement la présentation de comptes infidèles, le législateur cherche à réprimer des agissements qui échappent au périmètre du droit pénal commun. Il en est de même pour la publicité mensongère érigée en infraction autonome²⁰⁰ car constituant également un acte préparatoire du délit d'escroquerie²⁰¹.

En définitive, en dotant l'acte préparatoire d'éléments constitutifs propres, le législateur opère le choix d'une anticipation répressive en élargissant la sphère d'intervention du droit pénal, afin d'empêcher les retombées souvent plus dévastatrices de l'infraction finale.

Outre la spécialisation d'incriminations traditionnelles et l'autonomisation pénale de certains actes préparatoires, la responsabilité pénale du dirigeant tire sa source d'incriminations spécifiques, sans lien avec les incriminations de droit commun.

192 - Article 121-4 C. pén.

193 - Y. MAYAUD, « *Droit pénal général* », 5e éd., PUF, Droit fondamental, 2015.

194 - R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 629

195 - R. MERLE et A. VITU, op., cit.

196 - Article L. 242-6 al. 2 du Code de commerce.

197 - Cass. crim. 12 mars 1998 Pourvoi n° 96-86.364; ou encore Cass. crim. 13 février 1997, RSC 1998, 339 note J.F.

RENUCCI.

198 - W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., Dalloz, 2005, n°14.

199 - Cass. crim. 22 mai 1984, Bull. crim. n° 187, D. 1984. 602 obs. J.H. ROBERT

200 - Art. L. 121-1 du Code de commerce.

201 - Cass. crim. 30 janvier 1995, Bull. crim. n°37; ou encore Cass. crim. 10 mai 1978, Bull. crim. n°148, D.1978 IR 348, GAZ. PAL. 1979.1.182

C- L'élaboration d'incriminations spécifiques au droit des affaires

55- Dans les deux catégories d'incriminations précédemment exposées, les unes sont la ramification d'infractions traditionnelles, tandis que les autres sont leurs actes préparatoires érigés en infraction autonome. S'agissant des incriminations spécifiques, elles ne relèvent d'aucune de ces deux catégories, même si certaines connexions persistent. Elles ont été conçues en réponse à des agissements délictueux spécifiques au monde des affaires et peuvent se scinder en trois catégories : d'abord, les incriminations sanctionnant l'inobservation des formalités légales, ensuite, celles protégeant l'exercice des droits liés aux affaires, puis enfin, les infractions réprimant les abus de position.

S'agissant de la première catégorie, elle assortit le respect des formalités légales d'une sanction. Ainsi, l'art. L. 242-15 al 3 du Code de commerce sanctionnait « *le fait pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas procéder à la constatation des décisions de toute assemblée d'actionnaires par un procès verbal signé des membres du bureau, et mentionnant : la date et le lieu de la réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'actionnaires participant au vote et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix, et le résultat des votes* ».²⁰² De même, les art. L. 121-23 et L. 121-24 du Code de la consommation punissent le non respect des mentions obligatoires devant figurer sur un contrat conclu dans le cadre d'un démarchage à domicile.

Quant à la deuxième catégorie, elle vise à protéger l'exercice de droits attachés à une qualité en lien avec les affaires, ou encore à une fonction ou à une profession. Ainsi, l'art. L. 242-9 al.1 du Code de commerce réprime « *le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires* »; de même, le Code du travail prévoit à l'article L. 2146-1 que « *toute entrave apportée à l'exercice du droit syndical défini par les art. L. 2141-4, L. 2141-9 et L. 2141-11 à L. 2143-22 est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3.750 €.* » De nombreuses autres dispositions du Code de commerce visent à protéger les droits des associés, des actionnaires ou encore des tiers; c'est le cas de l'art. L. 241-4 al.1 qui punit les gérants ne dressant pas, pour chaque exercice, l'inventaire, le rapport de gestion ou encore les comptes annuels.

La dernière catégorie d'infractions spécifiques poursuit les abus de position ou de fonction. Telle était la vocation de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier qui sanctionnait l'initié mettant à profit des informations privilégiées en sa possession. Mais, en vertu du principe *non bis in idem*, cette disposition, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, a été censurée par le Conseil constitutionnel et abrogée par décision du 18 mars 2015²⁰³.

Quelle que soit leur catégorie, ces infractions, au regard de leur objet, sont toutes topiques du monde des affaires. Elles constituent, avec les infractions communes spécialisées et les actes préparatoires érigés en infraction autonome, les composantes du droit pénal des affaires.

En élaborant une législation adaptée aux nouvelles formes de criminalité économique, le législateur se met en conformité avec le principe de légalité afin d'accorder au juge les moyens de pouvoir poursuivre sur le fondement d'un préalable légal sans être contraint d'altérer les éléments constitutifs des infractions traditionnelles ou de relaxer le prévenu. Cependant, si l'élargissement de l'arsenal répressif d'affaires tente de s'opérer dans le respect du principe de la nécessité d'un élément légal préalable, il n'en demeure pas moins que l'activité législative en matière répressive, conformément à

202 - Cette disposition a été abrogée par la loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

203 - Cette abrogation va dans le bon sens, car désormais, le délit d'initié ne pourra plus être poursuivi à la fois par l'Autorité des marchés financiers et par une juridiction pénale.

l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen²⁰⁴, doit être régie par un principe d'économie²⁰⁵ qui limite la création des incriminations.

II- UN RECOURS EXCESSIF AU DROIT PÉNAL

56- Toute restriction des libertés dans un État de droit doit être exceptionnelle. Dans cette perspective, l'activité législative pénale, qui délimite le contour des libertés, doit déférer à un principe de parcimonie dans l'intervention de la vie des citoyens. Bien que non codifié en droit pénal, le principe d'économie existe en droit français et renvoie à une conception oubliée du principe de la légalité pénale²⁰⁶.

A- La méconnaissance du principe d'économie du droit pénal

57- Tacitement énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le principe « du droit pénal minimal » vise à encadrer l'élaboration des incriminations. Il fixe les limites de la nécessité d'élaborer des incriminations propres au monde des affaires. Toutefois, en l'absence d'une régulation constitutionnelle contraignante (2), le législateur marque son indifférence à l'égard de ce principe (1).

1- L'indifférence du législateur à l'égard du principe

58- Pour sanctionner les atteintes à la vie des affaires, le législateur recourt massivement à la répression pénale en faisant abstraction des principes qui régissent son activité. Le refus du juge constitutionnel d'exercer un quelconque contrôle sur l'opportunité de la sanction pénale laisse le législateur seul appréciateur de la pertinence de cette dernière.

Même s'il paraît délicat d'apprécier la décision du législateur de réprimer certains agissements portant atteinte à la vie économique, sa politique pénale semble bien souvent guidée par le choix de la facilité, violant ainsi les exigences du principe du droit pénal minimal. La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, aujourd'hui codifiée dans le Code de commerce, est l'illustration par excellence de ce dévoiement pénal. La prolifération des textes répressifs à l'égard du dirigeant y a atteint un tel paroxysme que la doctrine a fini par dénoncer une « *inflation législative* »²⁰⁷, un « *envahissement* »²⁰⁸ ou encore une « *furie répressive* »²⁰⁹. Selon Jean FOYER, ministre de la Justice et Garde des Sceaux de l'époque, ce déferlement répressif qu'a connu le droit des sociétés s'expliquait par l'inefficacité des instruments juridiques proposés à cette période : nullité de l'acte et réclamation de dommages et intérêts. Mais cet argument semble discutable au regard du principe de subsidiarité gouvernant le droit pénal et selon lequel ce dernier doit constituer le recours ultime (*ultima ratio*). Cette règle commande que soient préalablement établies, d'une part, l'impuissance des réponses non pénales à protéger l'intérêt juridique menacé, et d'autre part, la capacité de la voie pénale à sauvegarder ce même intérêt. Dans l'hypothèse où l'efficacité de la répression pénale ne serait pas avérée, celle-ci devra être impérativement abandonnée au profit d'une sanction non pénale d'efficacité égale.

Le principe d'*ultima ratio* exige également du législateur qu'il procède à une adaptation des sanctions préexistantes dans d'autres domaines, ou qu'il en élabore de nouvelles, préalablement à tout recours au droit pénal pour sanctionner des atteintes à l'ordre public économique²¹⁰. Si la

204 - « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.* »

205 - J.P. DOUCET, « Deux principes fondamentaux de législation », *Gaz. Pal.* 1997. 1.8-12, spéc. p. 8

206 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20 éd., Cujas, 2014, n°129 et s.

207 - J. COSSON, « L'inflation pénale dans la loi française sur les sociétés commerciales », *GAZ. PAL.* 1985.2.415

208 - A VITU, « Regards sur le droit pénal des sociétés », *Mélanges René ROBLOT « Aspects actuels du droit commercial français »*, éd. LGDJ, 1984, p.247-269.

209 - B. BOULOC, « Faut-il réformer le droit pénal des sociétés? », *Revue sociétés* 2000. 129

210 - M-T, CALAIS-AULOY, « La dépénalisation en droit des affaires », *D.*1988, *Chron.* 315, p. 319.

transposition des sanctions préexistantes se révèle inefficace et que la solution ne réside pas non plus dans la voie pénale, le législateur doit alors concevoir de nouveaux outils juridiques²¹¹. Dans cette perspective, la loi n°2001-240 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a abandonné plusieurs infractions relatives à la non transmission préalable de documents aux actionnaires avant les assemblées générales²¹². Ces incriminations avaient été explicitement reconnues par Monsieur P. MARINI, lors des travaux parlementaires, comme étant inefficaces, excessives et contraires au principe du droit pénal minimal²¹³. Et dans un souci d'efficacité – afin que les documents sociaux soient en temps utile mis à disposition des actionnaires – le législateur a substitué aux sanctions pénales une procédure de référé-injonction de faire sous astreinte ou encore la désignation d'un mandataire chargé de la communication des documents²¹⁴.

Dans cette approche dépénalisatrice, la loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique a abrogé les articles L. 246-1 et L. 241-7 du Code de commerce qui visaient à protéger le droit des tiers à être informés de la forme de la société en réprimant pénalement les dirigeants de SARL et de sociétés par actions qui n'y déféraient pas, alors que l'importance de cet intérêt juridique ne suffisait pas à justifier une protection pénale. Ces dispositions sont alors remplacées par une procédure référé-injonction de faire sous astreinte qui, selon le rapport de Monsieur MARINI, est suffisante pour la « *sanction d'obligations purement formelles dont les conséquences sont de faible gravité.* »

Dans cette même dynamique dépénalisatrice, d'autres infractions pénales d'affaires telles que le défaut d'envoi de formules de procuration²¹⁵, le défaut de consignation des délibérations du conseil d'administration sur des procès-verbaux²¹⁶, seront abrogées, leur efficacité étant remise en cause.

Ce mouvement de dépénalisation, qui a fait naître une lueur d'espoir dans la prise en compte par le législateur des exigences du principe du « droit pénal minimal », est malheureusement resté inachevé. En effet, il aurait été souhaitable que ce mouvement s'amplifie en droit des sociétés et s'étende à d'autres infractions telles que le défaut de tenue d'assemblée. D'autres domaines, comme le démarchage à domicile en droit de la consommation pourraient aussi bénéficier de cette dynamique. Dans ce dernier domaine, soucieux de protéger le droit du consommateur à une information exhaustive sur l'objet ainsi que l'étendue de son engagement, le législateur sanctionne à l'article L. 121-28 du Code de la consommation par une amende de 3750€ et un an d'emprisonnement le fait de se livrer ou de faire pratiquer ce type de démarchage, et de faire souscrire lors de ce dernier un contrat ne comportant pas les mentions obligatoires prévues à l'article L. 121-3 du même code. Toutefois, la question peut se poser de savoir si démarchage à domicile rime inéluctablement avec atteinte au droit d'information du consommateur.

En dépit de l'indifférence affichée par le législateur à l'égard du principe du « droit pénal minimal », la juridiction constitutionnelle refusera d'exercer un contrôle d'opportunité sur l'activité de ce dernier en matière répressive, considérant que lui seul est en mesure de décider du recours à la sanction pénale.

2- L'absence de régulation constitutionnelle

59- S'il est vrai que l'incrimination d'un comportement relève de la seule compétence du législateur, cette prérogative reste cependant encadrée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Cette disposition pose le principe de la nécessité de la répression. Cet encadrement de

211 - Ph. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés », Rapport au Premier ministre, éd. La Documentation française, 1996, p. 104-105.

212 - Suppression de l'art. L. 242-14 du Code de com. infligeant 9000€ d'amende aux dirigeants de sociétés anonymes n'ayant pas mis à la disposition de tout actionnaire une série de documents sociaux; s'agissant des sociétés à responsabilité limitée, suppression de l'art. L. 241-4 al 2. du Code de com.

213 - Travaux préparatoires Sénat, Rapport Ph. MARINI n°5, 2000-2001.

214 - Art. L. 238-1 du Code de com.

215 - Art. L. 242-13 du Code de com. supprimé par l'ordonnance du 25 mars 2004

216 - Art. L. 242-7 du Code de com. supprimé par l'ordonnance du 25 mars 2004

l'activité législative pourrait justifier une régulation constitutionnelle des choix répressifs du législateur. En effet, l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) permet à la juridiction constitutionnelle d'apprécier l'opportunité de certaines dispositions répressives au regard des exigences du principe du droit pénal minimal. Or, le Conseil constitutionnel, se fondant sur l'article 61 de la Constitution, s'oppose à l'idée d'exercer un quelconque contrôle d'opportunité sur la politique pénale du législateur²¹⁷, en considérant qu'il ne lui appartient pas de se substituer à ce dernier dans l'appréciation de la nécessité des sanctions élaborées par celui-ci²¹⁸. Dans sa décision n°84-176 DC du 25 juillet 1984, le Conseil considère que l'article 61 ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen.

En revanche, il apprécie, sur le fondement de la nécessité de la peine, la proportionnalité entre l'infraction commise et la peine encourue. Or, ce contrôle peut difficilement s'opérer sans une appréciation préalable de la nécessité de la peine, voire de l'infraction elle-même.

De même, la juridiction constitutionnelle considère au regard de l'article 8 de la DDHC que le législateur est seul juge de la nécessité des peines tant qu'il ne commet pas une erreur manifeste d'appréciation de la peine encourue au regard de la gravité de l'infraction. Dans ces conditions, le législateur se retrouve seul garant du principe du droit pénal minimal. Ce défaut de régulation constitutionnelle de l'activité législative aboutit à un foisonnement de textes répressifs. Cette situation préjudicie gravement au droit d'accès à la loi pénale garanti par le principe de la légalité criminelle.

B- Les répercussions de cette méconnaissance

60- Le principe de la légalité criminelle érige en condition préalable d'imputabilité de l'infraction l'accès à la norme pénale. Ce dernier est censé garantir au sujet pénal une prévisibilité de l'infraction, ainsi que la sanction encourue. Le sujet, en l'espèce le dirigeant, ne pourrait donc plus se prévaloir d'une difficulté d'accès à la loi pénale. Or, l'accès à la norme pénale et le principe d'économie du droit pénal sont intimement liés. En effet, **un strict respect de ce principe par le législateur devrait permettre d'atténuer la forte pénalisation de la responsabilité du dirigeant en réduisant le périmètre d'intervention du droit répressif et en recentrant ce dernier sur sa fonction primaire. Mais, en l'état actuel du droit pénal positif, l'on observe un foisonnement de textes répressifs qui complexifient plutôt l'accès du dirigeant au droit pénal.** En utilisant le droit pénal comme réponse systématique à tous les comportements portant atteinte à l'ordre public économique, même ceux pouvant faire l'objet d'un traitement civil ou administratif, le législateur accroît considérablement un arsenal répressif déjà important. À cette difficulté se rajoute une deuxième : un émiettement des dispositions pénales dans différents textes. Or, si tant est que la prolifération des textes pénaux n'est pas en soi constitutive d'une atteinte au principe de la légalité criminelle, il reste néanmoins que cette surenchère répressive complexifie l'accès au droit pourtant garanti par le principe de la légalité criminelle. Face à ce « *maquis de législation*²¹⁹ », la connaissance de la loi par le dirigeant est de plus en plus incertaine, rendant d'autant plus hypothétique l'adage selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi.*²²⁰ » Ainsi, alors que l'élaboration de la norme pénale d'affaires est censée s'opérer de manière à permettre au dirigeant d'avoir commodément accès à la teneur de la loi pénale, la multiplication des textes applicables entrave cet accès. En effet, par le recours systématique à la réponse pénale, le législateur a considérablement élargi le périmètre d'intervention du droit répressif, méconnaissant de ce fait les garanties liées au

217 - Cons. constit. n°80-127 DC du 19 et 20 janvier 1981 RJC. p. 91, D. 1982. 441 obs. A. DEKEUWER.

218 - Cons. constit. n°86-215 DC du 3 septembre 1986, JO du 5 septembre 1986, p. 10788.

219 - M.T. CALAIS-AULOY, « La dépénalisation en droit des affaires », D. 1988, Chron. 315, spéc. Op. 316.

220 - La méconnaissance du principe du droit pénal minimal est aussi condamnable dans la mesure où elle ne peut justifier une erreur sur le droit. En effet, aux termes de l'art. 122-3 C. pén., il incombe à celui qui invoque une erreur sur le droit d'établir que cette erreur était invincible. Or, le foisonnement des textes répressifs est de nature à restreindre l'accès au droit.

principe de la légalité criminelle.

À cette première atteinte au principe légaliste se rajoute une deuxième tenant à « l'émiettement » de la prérogative législative dans l'élaboration de la loi pénale d'affaires et remettant en question la légitimité de la législation pénale d'affaires.

III- UNE MÉCONNAISSANCE DE LA PRÉROGATIVE LÉGISLATIVE DANS L'ÉLABORATION DE L'INCRIMINATION VISANT LE DIRIGEANT

61- En sa qualité de dépositaire de la souveraineté nationale, le Parlement dispose, seul en principe, du pouvoir d'incriminer des comportements et de les sanctionner²²¹. À l'exception des contraventions qui relèvent du pouvoir réglementaire aux termes des articles 37 de la Constitution de 1958 et 111-3 du Code pénal, il est seul habilité à élaborer des dispositions pouvant porter atteinte aux libertés individuelles. En dépit de ce monopole parlementaire, force est de relever un émiettement de la prérogative législative en droit pénal des affaires. La configuration du Code pénal de 1992 en est l'illustration. En effet, alors que la première partie est essentiellement législative, la seconde est consacrée aux décrets pris en Conseil d'État²²². Ainsi, l'élaboration des infractions d'affaires se fait parfois en concours avec d'autres pouvoirs. Par le biais de la technique du renvoi, le législateur incorpore parfois dans le texte répressif des éléments qui ne sont pas d'origine législative. Ce faisant, il aliène son privilège d'incrimination au profit d'autres pouvoirs, alors qu'il dispose en principe, seul, de la compétence de déterminer le contour des agissements infractionnels.

Il en ressort alors que la définition de certaines infractions²²³ est parfois prévue par des textes de renvoi qui ne sont pas eux-mêmes d'origine législative comme l'exige pourtant le principe légaliste. Il en résulte que la loi n'est plus la seule source du texte répressif. En confiant la définition de certaines infractions à des textes dont il n'est pas l'auteur, le législateur perd le contrôle du contenu du texte répressif au profit d'autres sources : réglementaire (A), conventionnelle (B), ou encore communautaire (C).

A- La concurrence des textes réglementaires

62- À la suite de la révolution de 1958, le règlement est devenue la source des contraventions²²⁴. Ainsi, aux termes de l'art. 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, les contraventions relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire. Pourtant, la matérialité de certaines infractions d'affaires est définie par règlement. Cette « *co-élaboration* » de la norme pénale entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire est évidemment en discordance avec le principe de la légalité criminelle. En somme, le législateur intervient pour réprimer une infraction dont les éléments sont déterminés par une autorité inférieure. La loi n'est donc plus la seule source du droit répressif.

Tel est le cas du délit d'entrave aux fonctions de l'inspecteur du travail prévu à l'article L. 8114-1 du Code du travail. La matérialité de cette infraction est déterminée par une disposition d'origine réglementaire. Aux termes de l'article L. 8113-4 du même code, le délit est caractérisé lorsque l'inspecteur officiant ne peut avoir accès aux documents relatifs au régime du travail et rendus obligatoires par la loi ou le règlement. Le refus de présentation doit porter sur des documents déclarés obligatoires par un texte législatif ou réglementaire. Et la constitution du délit est subordonnée à la satisfaction de cette condition. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans sa décision du 17 mars 1992²²⁵, en confirmant une décision rendue par la Cour d'appel de Versailles

221 - J. LEROY, *op. cit.*, p. 17.

222 - P. COUV RAT, « Le nouveau Code pénal en sa forme », Mélanges en l'honneur de G. CORNU, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 89.

223 - En revanche, les textes de renvoi prévoyant les sanctions sont toujours d'origine législative. Il s'agit souvent, soit du Code pénal, soit d'une autre loi incorporant des sanctions.

224 - G. LEVASSEUR, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », D. 1959. chron.121.

225 - Cass. crim., 17 mars 1992, Dr. pénal 1992, n°265, note J.H. ROBERT, JCP E 1992 II 385, note O.

qui a relaxé un dirigeant d'entreprise poursuivi sur le fondement de l'ancien article L. 631-1²²⁶ du Code du travail pour s'être opposé à la communication de fiches d'évaluation de deux salariés à l'inspecteur du travail. Or, la Cour de cassation rappelle que les documents exigibles lors d'une inspection doivent avoir été rendus obligatoires par une loi ou un règlement. En l'espèce, les fiches d'évaluation exigées par l'inspecteur du travail ne défèrent pas à cette condition, la Haute juridiction a entériné la décision de relaxe rendue par les juges d'appel.

Le contenu de cette obligation de présentation déterminante du délit est donc défini, non par la loi comme l'exige le principe de la légalité criminelle, mais par un règlement²²⁷ qui est un texte de valeur inférieure. Ce faisant, le législateur aliène sa prérogative d'incrimination au profit du pouvoir réglementaire²²⁸, perdant ainsi la maîtrise de la détermination des agissements délictueux. Cette situation est constitutive d'une véritable entorse à la réserve de loi. C'est également le cas lorsque la loi renvoie à un texte conventionnel.

B- La concurrence des textes conventionnels

63- Certaines lois pénales d'affaires sanctionnent la transgression d'obligations instituées par des dispositions de nature conventionnelle, voire parfois contractuelle. C'est particulièrement le cas en droit du travail où ces obligations sont pénalement sanctionnées. Cette pratique résulte d'une jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation qui, à maintes reprises, a condamné l'employeur pour un délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel, soit en violation d'une convention collective²²⁹, soit pour inobservation de pratiques plus avantageuses que la loi²³⁰.

La caractérisation de l'infraction réside dans la transgression de dispositions qui ne sont pas d'origine législative, mais conventionnelle, sans que la loi y renvoie. Ceci s'expliquerait par le fait que le droit du travail soit prioritairement fondé sur des relations contractuelles²³¹. Toutefois, il s'agit d'une atteinte manifeste au principe de la légalité pénale. Pour pallier cet écueil²³², l'article L. 153-1²³³, aujourd'hui L. 2263-1, issu des lois Auroux du 13 novembre 1982, sera codifié. Et, sous certaines conditions, cette loi autorise que soit considérée comme une infraction pénale la transgression de dispositions conventionnelles plus avantageuses que la loi. Ainsi, pour que la méconnaissance d'une disposition conventionnelle qui déroge à la loi soit considérée comme une source d'infraction pénale, il faut que la loi elle-même ait expressément autorisé cette dérogation. Par son intervention, le législateur conserverait ainsi, au moins formellement, la maîtrise du texte répressif. Cette nouvelle disposition va alors permettre à la chambre criminelle²³⁴ d'atténuer l'atteinte portée jusque-là au principe de la légalité criminelle. S'agissant de la transgression des usages, la Haute juridiction a considéré que cette transgression « *ne peut entrer dans la catégorie des agissements pénalement sanctionnés par l'art. L. 153-1.* »²³⁵ Seule la violation des dispositions conventionnelles prévues par l'art. L. 2263-1 fera l'objet d'une répression. Cependant, si cette « *contorsion* » juridique donne l'illusion d'une maîtrise de la répression par le législateur, cette maîtrise n'est pas totale, puisque les contours du comportement délictueux n'en demeurent pas moins délimités par un texte conventionnel.

GODARD

226 - Aujourd'hui L. 8114-1 du Code du travail.

227 - F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, « *Droit pénal général* », 16e éd., ECONOMICA, 2009, n°243.

228 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 19e éd., 2012, n°138.

229 - Cass. crim., 14 février 1978, Bull. crim. n°58.

230 - Cass. crim., 15 janvier 1980, Bull. crim. n°24.

231 - J. LEROY, *op. cit.*, p. 90

232 - E. FORTIS et A. COEURET, préfèrent y voir un assouplissement « *Droit pénal du travail* », 5e éd., LexisNexis, 2012, n°482.

233 - « *Lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause.* »

234 - Cass. crim., 4 juin 1991, Dr. ouvrier 1991, p. 313, comm. N. ALVAREZ-PUJANA.

235 - Cass. crim., 4 juin 1991, Moisan Dr. ouvrier 1991, p. 313, comm. N. ALVAREZ-PUJANA.

L'aliénation du privilège législatif d'incrimination peut aussi s'opérer au profit d'un texte de renvoi d'origine communautaire.

C- La concurrence des textes communautaires

64- L'une des conséquences découlant de l'intégration européenne est l'engagement à déférer aux règles élaborées par les instances communautaires. À cette fin, le droit répressif est l'une des armes utilisées pour garantir le respect de la législation communautaire. Cependant, s'agissant d'un symbole de la souveraineté nationale, ce droit est précieusement tenu par chaque État qui, seul, reste compétent pour sanctionner les atteintes aux dispositions communautaires.

Dans cette optique, le législateur national édicte la sanction pénale applicable en cas de violation d'une disposition communautaire. En revanche, s'agissant de la détermination des contours de l'agissement répréhensible, il renvoie au texte communautaire par le mécanisme de « *l'intégration par référence*²³⁶ ». Il s'agit d'une immixtion du droit communautaire dans le droit pénal interne et, par conséquent, d'un renvoi contestable, l'intervention du législateur se limitant à la répression d'un comportement qu'il n'a pas personnellement prédéterminé. À cet égard, certains auteurs²³⁷ ont fermement stigmatisé cette pratique où le rôle du législateur national est devenu marginal, ce dernier se cantonnant à la fixation de la peine applicable. Il subit le texte communautaire et ne contribue à aucun moment à son élaboration.

Toutefois, suivant qu'il s'agit d'un délit ou d'une contravention, un texte national, d'origine législative ou réglementaire, sera requis pour introduire l'obligation communautaire dans le droit pénal national, afin de se mettre en conformité, au moins formellement, avec les exigences du principe de la légalité criminelle et de légitimer l'ingérence du droit communautaire dans le droit répressif national. C'est le cas de l'article L. 214-3 du Code de la consommation qui codifie certains règlements de la Communauté européenne comme mesures de mise en oeuvre de la législation relative à la conformité et à la sécurité des produits et services, dès lors que le Conseil d'État prend un décret en ce sens²³⁸. Il n'en demeure pas moins que, lorsque le texte de renvoi est d'origine communautaire, la loi nationale – ou le règlement s'il s'agit d'une contravention – ne détient plus le monopole de la norme pénale.

En définitive, le renvoi de la loi pénale vers des dispositions réglementaires, conventionnelles ou encore communautaires implique un partage de la prérogative législative qui met à mal une conception téléologique du principe de la légalité pénale et contrarie la loi en tant qu'expression de la volonté générale. Mais le législateur n'aliène pas son privilège législatif au profit du seul pouvoir exécutif. Il l'abandonne aussi au profit du juge, en lui laissant la responsabilité de délimiter le périmètre d'application de la norme pénale d'affaires.

SECTION II : UN SYSTÈME NORMATIF DÉFICIENT

65- Le principe légaliste est censé constituer un véritable rempart contre l'arbitraire judiciaire²³⁹, car prohibant toute condamnation qui ne serait pas fondée sur un texte incriminateur²⁴⁰, et garantissant une connaissance préalable des infractions et de leurs sanctions²⁴¹. En contrepartie, aucun sujet

236 - J. PRADEL, G. CORSTENS, et G. VERMEULEN « *Droit pénal européen* », 4e éd., DALLOZ, 2009. Voir aussi, M. BIGAY, « *L'application des règlements communautaires en droit pénal interne* », Rev. Trim. Dr. européen 1971. 52

237 - J. BORE, « La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire », Mélanges en l'honneur d'A. VITU, Cujas, 1989, p 25 à 49, spéc. p. 45-46.

238 - J.-H. ROBERT, « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », in « *Droit pénal et droit européen* », Mélanges offerts à G. LEVASSEUR, éd. LITEC, 1992, p. 169-181.

239 - Sur les justifications et les réserves suscitées par le principe légaliste, voir J. LEROY, *op. cit.*, p. 75-78.

240 - Cass. crim., 27 mars 1995, Bull. crim., n° 125, Cass. crim., 6 avril 2004, Bull. crim., n° 85.

241 - A. VITU, « Le principe de la légalité criminelle et la nécessité de textes clairs et précis », RSC 1991. 555

pénal n'est censé ignorer la loi²⁴². Ce principe soumet le législateur à un certain nombre d'exigences en termes de qualité de la norme pénale. Cette dernière doit satisfaire au critère de prévisibilité, c'est-à-dire que son contenu doit être suffisamment connu du sujet pénal²⁴³. Dans cette optique, le législateur doit avoir à coeur de rédiger la norme pénale en des termes d'une clarté et d'une précision satisfaisantes²⁴⁴. Cependant, clarté et précision ne suffisent pas à garantir la prévisibilité de la norme pour le sujet pénal. Dans cette perspective, il est nécessaire que la norme soit aussi intelligible²⁴⁵, car une loi incompréhensible ne peut être prévisible. La prévisibilité de la norme pénale passe donc par sa précision, sa clarté et son intelligibilité.

Nonobstant les contraintes rédactionnelles auxquelles est soumis le législateur, ce dernier recourt, bien souvent, en droit pénal des affaires, à des techniques législatives qui ne sont pas toujours soucieuses de satisfaire au critère de prévisibilité de la norme pénale. En effet, s'il est vrai qu'une norme de qualité garantit un accès plus facile à la loi, il n'en demeure pas moins que la qualité est également source d'une certaine raideur de la norme. Or, dans un domaine aussi mouvant et aussi fluctuant que le droit pénal des affaires, il semble plus pratique de recourir à des normes souples. Le législateur mise alors sur la souplesse de la loi. Dans cette optique, il recourt à deux procédés. Le premier consiste à désigner les agissements infractionnels par des formules obscures en laissant, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs, la responsabilité au juge d'adapter la loi aux circonstances de chaque espèce. Cette ambiguïté rédactionnelle qui empêche le citoyen de prendre convenablement connaissance au préalable de la loi pénale constitue une atteinte manifeste au principe de légalité (I). Le deuxième procédé réside dans l'usage de l'incrimination par renvoi qui permet au législateur de réprimer l'inobservation d'obligations décrites par d'autres textes. Toutefois, en dépit des facilités qu'elle offre, cette technique législative présente l'inconvénient majeur de rompre l'unité structurelle du texte pénal (II).

I- L'AMBIGÜITÉ RÉDACTIONNELLE DES TEXTES D'INCRIMINATION

66- L'imprécision rédactionnelle est catégoriquement prohibée au législateur par le principe de la légalité criminelle²⁴⁶. Cette imprécision, quelle qu'en soit la forme²⁴⁷, concède au juge une trop grande latitude dans l'interprétation de la norme avec un risque avéré d'arbitraire judiciaire.

Les contraintes rédactionnelles imposées au législateur ont une valeur constitutionnelle et exposent de ce fait toute norme pénale qui ne défèrerait pas aux critères requis à la censure de la juridiction constitutionnelle. Malgré cette « épée de Damoclès » constitutionnelle, force est de relever qu'en droit pénal des affaires, le législateur s'affranchit bien souvent de son obligation de produire des

242 - F. LE GUNHEC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16e éd., ÉCONOMICA, 2009, n° 675.

243 - CEDH, 15 novembre 1996, CANTONI c/ France, Dr. pénal 1997 n°11.

244 - Cette exigence a une valeur constitutionnelle, Cons. const. N°81-127, DC du 19 et 20 janvier 1981, D. 1982. 441 obs. A. DEKEUWER. Mais elle est également européenne, CEDH. 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Série A, n° 30; p. 30. De même, elle a été récemment rappelée par la Cour de cassation, Cass. crim., 26 février 2014, pourvois n° 13-86.631, n° 13-87-846, n° 13-87.888 : « *Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que, les infractions de génocide et de crime contre l'humanité auraient-elles été visées par des instruments internationaux, en l'espèce la Convention sur le génocide du 9 novembre 1948 et celle sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, applicables à la date de la commission des faits, en l'absence, à cette même date, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs ainsi que de la prévision d'une peine par la loi rwandaise, le principe de légalité criminelle consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit français, fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'État requérant (...)* »

245 - M. A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, Chron. 361, spéc. p. 365

246 - R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., Cujas, 1997, p. 230.

247 - Selon R. MERLE et A. VITU, ibidem, il est possible d'identifier deux types de formules imprécises ou vagues. Soit, le législateur recourt à des termes au contenu mal délimité et susceptibles de recevoir plusieurs interprétations, soit il fait usage de termes tellement vagues qu'on pourrait y inclure n'importe quel comportement.

normes pénales claires et précises²⁴⁸, à telle enseigne qu'il est possible de s'interroger sur le point de savoir si le contrôle constitutionnel s'opère suivant des critères moins rigides que les contraintes découlant du principe de légalité. Une analyse de la jurisprudence constitutionnelle révélera une conception rigide du principe d'interdiction en droit pénal autonome (A), et une conception plutôt souple de ce principe en droit pénal des affaires (B).

A- La conception rigide du principe d'interdiction en droit pénal autonome

67- En vertu de sa fonction régulatrice, le Conseil constitutionnel doit censurer toute disposition pénale recourant à des formules obscures ou vagues (1). Garant de la constitutionnalité de la norme pénale, sa conception est adoptée par la Cour de cassation (2).

1- La rigidité du Conseil constitutionnel

68- Il convient d'entrée de souligner que jusqu'en mars 2010 le contrôle de constitutionnalité des lois ne pouvait s'opérer qu'a priori et de manière facultative. Il a fallu attendre la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a instauré la « *question prioritaire de constitutionnalité* » (article 61-1 de la Constitution) pour que soit enfin créé un mécanisme de contrôle a posteriori. Cette disposition prévoit que « *lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* »²⁴⁹ Il existe désormais une exception d'inconstitutionnalité à l'instar de l'exception d'illégalité prévue à l'article 111-5 du Code pénal. Certes, depuis le 1er mars 2010, date d'entrée en vigueur de ce contrôle, un nombre important de contentieux a été tranché par la juridiction constitutionnelle, mais peu nombreux sont ceux relatifs à l'obligation faite au législateur de rédiger des normes pénales claires et précises, à telle enseigne qu'on pourrait être tenté de considérer que les textes répressifs en vigueur sont conformes aux exigences de clarté et de précision au sens constitutionnel du terme. Ces contentieux portent entre autres sur la définition des crimes et délits incestueux, ou encore plus récemment sur le délit du harcèlement sexuel prévu par l'article 222-33 du code pénal qui fut supprimé le 4 mai 2012, sa dernière version issue de la loi du 17 janvier 2002, dite de modernisation sociale, ayant été censurée par la juridiction constitutionnelle qui l'a jugée « *insuffisamment définie* »²⁵⁰.

Toutefois, l'analyse de ces données jurisprudentielles fait apparaître une conception rigide du Conseil constitutionnel au sujet de l'obligation faite au législateur de produire des normes pénales claires et précises. Ainsi, dès lors que le Conseil est saisi pour exprimer son avis sur la conformité ou non d'une disposition pénale à la Constitution, il fait preuve d'une grande fermeté comme le démontre sa décision du 4 mai 2012²⁵¹, ou encore celle du 18 janvier 1985²⁵². Dans cette dernière décision, au motif qu'il avait omis de définir le délit de malversation, l'art. 207 de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire d'entreprise a été censuré par la juridiction constitutionnelle. En effet, la disposition sanctionnatrice prévoyait obscurément de réprimer « *tout administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan qui se rend coupable de malversation dans l'exercice de sa mission* », sans déterminer ni les contours ni le contenu de la notion de malversation. Cette formulation portait une atteinte manifeste au principe légaliste et n'était donc pas compatible avec la Constitution. Et, même si la notion de malversation

248 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 5e éd., Mémentos Dalloz 2002.

249 - Loi organique du 10 décembre 2009, JO du 11 décembre 2009 modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

250 - Cons. const. n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012. Une nouvelle loi a été promulguée. Il s'agit de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

251 - Cons. const., *ibidem*.

252 - Cons. const. N°85-182 DC du 18 janvier 1985, D. 1986. 425 obs. T. RENOUX, RSC 1985. 609, comm. B. BOULOC.

figurait déjà dans d'autres textes législatifs et avait été déjà spécifiée par la jurisprudence, le Conseil, se livrant à une analyse isolée de la disposition litigieuse, a considéré que cette dernière ne déférait pas aux exigences constitutionnelles de clarté et de précision. L'article 207 sera alors censuré sur le fondement des articles 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et 34 de la Constitution, sans que soit pris en compte le contexte juridique global dans lequel s'intègre la notion de malversation.

C'est sur cette conception légaliste rigide adoptée par le Conseil constitutionnel que s'aligne logiquement la Cour de cassation.

2- L'alignement de la Cour de cassation

69- Une fois la loi promulguée, le juge ne dispose pas, en principe, du pouvoir de « museler » une disposition qu'il juge contraire au principe légaliste²⁵³. Toutefois, dans le domaine réglementaire, l'exception d'illégalité prévue à l'article 111-5 du Code pénal peut parfois fonder l'appréciation par le juge pénal de la clarté et de la précision d'un texte répressif. Dans ce cas, le juge peut refuser de donner application à un texte qu'il considère comme ne satisfaisant pas aux exigences légalistes de clarté et de précision. Sur ce point, il s'aligne sur la position du juge constitutionnel en posant que « toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui²⁵⁴ » et en rejetant avec fermeté toute imprécision dans l'incrimination.

En dehors de l'exception d'illégalité, le juge répressif peut également être amené à exercer une appréciation de clarté et de précision de la norme pénale en confrontant cette dernière à des textes internationaux – tels que la Convention européenne de droits de l'Homme ou encore le Pacte international sur les droits civils et politiques de New York – qui réaffirment les exigences du principe de légalité. Ce contrôle, qui relève organiquement de la compétence du Conseil constitutionnel, peut s'opérer de manière détournée par le juge ordinaire sur le fondement de la supériorité du texte international à la loi nationale²⁵⁵. Certes, longtemps, la Cour de cassation a semblé écarter, en dépit de l'opportunité qui s'offrait à elle²⁵⁶, l'idée de se substituer au Conseil constitutionnel pour apprécier la compatibilité des dispositions législatives avec la Constitution.

Toutefois, par une décision en date du 20 février 2001²⁵⁷, la Cour de cassation décide enfin d'exercer un contrôle sur la clarté et la précision de la norme pénale au regard des textes internationaux et d'en tirer les conséquences. Dans cette décision, la Cour de cassation trouve imprécise et trop générale l'expression « circonstances » utilisée dans l'article 38 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 qui a servi de fondement aux poursuites exercées contre les prévenus. Considérant le champ d'application de l'infraction flou pour le sujet pénal, et son interprétation totalement aléatoire par le juge, la Haute juridiction a confirmé la relaxe prononcée en l'espèce par la Cour d'appel de Paris. Ce faisant, elle opère un contrôle des normes pénales au regard des exigences légalistes énoncées dans les textes internationaux, et « capte » ainsi le pouvoir du Conseil constitutionnel.

Cette conception stricte des exigences légalistes de clarté et de précision adoptée par la Cour de cassation est donc conforme à celle initiée par le Conseil constitutionnel.

Mais cette rigidité est incompatible avec un domaine aussi onduoyant et aussi inconstant que celui du

253 - « Les textes ayant valeur législative s'imposent aux tribunaux de l'ordre judiciaire qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité » : Cass. crim., 20 décembre 1994, Bull. Crim. n° 423.

254 - Cass. Crim., 30 novembre 1992, Dr. pén. 1993, n° 45, obs. J.-H. ROBERT; Cass. Crim., 1er février 1990, Bull. Crim., n° 56, RSC 1991. 555 obs. A. VITU.

255 - Cass. chambre mixte, 24 mai 1975, D. 1975. 497, AJDA 1975. 323.

256- Cass. Crim., 3 mai 1994, Dr. pén. 1994 n° 191, obs. J.-H. ROBERT : alors que la Cour de cassation constate que l'article L. 432-2 du Code du travail ne définit pas la notion de projet « important », elle se garde néanmoins de tirer les conséquences de son analyse, en se bornant à indiquer que l'obligation faite au dirigeant d'entreprise par la disposition litigieuse n'était ni incertaine, ni indéterminée.

257- Cass. Crim., 20 février 2001, Dr. pén. 2001, n° 86, obs. M. VÉRON.

droit pénal des affaires. Ce dernier nécessite une technique législative qui appréhende avec réalisme le principe légaliste. Le législateur ne pouvant légiférer sur tout, il semble opportun d'allier, de manière encadrée, recours aux formules ouvertes ou vagues et respect du principe de légalité. Mais la souplesse rédactionnelle pratiquée aujourd'hui en droit pénal des affaires, loin de présenter un encadrement satisfaisant, se révèle plutôt préjudiciable à la sécurité juridique du sujet pénal en général, et du dirigeant en particulier. En effet, non seulement ce dernier se trouve soumis aux aléas de la jurisprudence, mais, de surcroît, sa qualité professionnelle devient un critère déterminant de la prévisibilité de la loi.

B- La conception souple du principe d'interdiction en droit pénal des affaires

70- De par sa complexité, le droit pénal des affaires semble intrinsèquement prédisposé à recevoir des formules imprécises. C'est pour cette raison que le législateur français y recourt généralement. Par exemple, s'agissant du délit de banqueroute, l'article L. 654-2 alinéa 1 du Code de commerce sanctionne les personnes qui « *ont dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, (...) employé des moyens ruineux de se procurer des fonds.* » Or, l'expression « *moyens ruineux* » est très obscure car ces moyens ne sont pas clairement spécifiés et leurs contours sont incertains. La doctrine opère une distinction entre les moyens « *intrinsèquement ruineux* » et ceux « *relativement ruineux*²⁵⁸. » Ceux qualifiés d'« *intrinsèquement ruineux* » sont par essence « *porteurs de faillite* » et « *ruineux pour toute entreprise qui les utilise quelle que soit sa santé financière.* » Ils sont qualifiés de « *moyens ruineux in abstracto*²⁵⁹. » Cette première catégorie de moyens correspond à l'acception courante de moyens ruineux, en dehors de toute considération juridique, et doit s'entendre objectivement. Entendu ainsi, un moyen intrinsèquement ruineux constitue un moyen obtenu ou acquis par fraude, comme un emprunt obtenu à un taux excessif²⁶⁰, ou assorti de garanties excessives²⁶¹, ou encore l'escompte d'effets fictifs²⁶². La deuxième catégorie de moyens dits relativement ruineux semble en revanche plus complexe à cerner.

L'appréciation du caractère ruineux de cette catégorie de moyens s'effectue à l'aune de la situation financière et économique de l'entreprise au moment de la mise en place de ces moyens. Ceux-ci sont considérés comme abusifs « *eu égard à la situation particulière de l'entreprise*²⁶³. » Cette deuxième catégorie est celle qui génère le plus de contentieux pénaux en raison de l'incertitude planant sur la démarcation entre le licite et l'illicite. Cette frontière semble encore plus ténue en matière de financement en raison du fait « *qu'un crédit aléatoire accordé à une entreprise qui se redresse sera favorablement apprécié alors que le financement volumineux mais normal d'une entreprise qui échoue sera sanctionné*²⁶⁴. » Ce constat objective donc une analyse a posteriori du caractère ruineux du moyen choisi au regard des résultats obtenus. En tout état de cause, le dirigeant d'entreprise ne dispose d'aucun élément légal lui permettant d'apprécier, en amont, le caractère ruineux d'un moyen dont il compte faire usage. Il ne le saura qu'une fois les conséquences de l'utilisation de ce moyen constatées. Le chef d'entreprise n'est donc pas mis en condition d'anticiper les risques pénaux liées à son activité. Cette défaillance dans la prévisibilité préjudicie considérablement à l'obligation faite au législateur de produire des textes pénaux clairs et précis,

258- G. GIUDICELLI-DELAGE, et M. DELMAS-MARTY, « *Droit pénal des affaires* », 4e éd., PUF, 2000, p. 405.

259 M-C. SORDINO, « *Le délit de banqueroute. Contribution à un droit pénal des procédures collectives* », éd. LITEC, 1996, p. 238 et s.

260- Cass. Crim., 19 octobre 1972, Bull. Crim. n° 295.

261- Trib. Com. Nantes, 11 juillet 1955 et CA Alger 26 juin 1956, RTDCom. 1956, p. 511 et 512; obs. R. HOUIN.

262 - Cass. Crim., 5 janvier 1995, inédit, pourvoi n° 93-85.102.

263 - G. GIUDICELLI-DELAGE, et M. DELMAS-MARTY, « *Droit pénal des affaires* », ibidem, « *Les seconds ne sont ruineux qu'in concreto, dans un contexte particulier, spécifique à une entreprise et à un moment donné.* » p. 405

264 - C. MOULY, « *La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur* », D. 1984; chron. 31, spéc. p. 33.

ainsi qu'à la sécurité juridique garantie par le principe légaliste.

Identiquement, les notions d'« *acte contraire à l'intérêt social* » ou encore de « *fins personnelles* » indispensables à la caractérisation du délit d'abus de biens sociaux et prévues par les dispositions de l'article L. 241-3 al. 4 du Code de com. pour les sociétés à responsabilité limitée, et L. 242-6 al. 3, s'agissant des sociétés anonymes, illustrent l'ambiguïté et la nébulosité rédactionnelles qui affectent les incriminations d'affaires²⁶⁵.

S'agissant du délit de majoration frauduleuse des apports en nature prévu à l'article L. 242-2 al. 4 du Code de commerce, il intègre une notion d'évaluation aux contours et au contenu imprécis²⁶⁶.

Quant aux dispositions des articles L. 2146-1, L. 2141-4, L. 2141-9, L. 2141-11 à L. 2143-22 du Code du travail, elles définissent les contours du délit d'entrave ou d'atteinte de manière aussi brumeuse que l'article L. 820-4 alinéa 2 du Code de commerce décrit l'infraction d'obstacle aux fonctions du commissaire aux comptes.

Le concept d'« *information privilégiée* » institué par l'article L. 465-1 (aujourd'hui abrogé) du Code monétaire et financier pour caractériser le délit d'initié n'est pas davantage plus respectueux des exigences légalistes de précision et de clarté quant au contenu de la notion.

Enfin – et la liste n'est pas exhaustive – la notion d'« *image fidèle* » en matière de présentation et de publication de comptes infidèles instituée par l'article L. 242-6 alinéa 2 du Code de commerce pour réprimer l'officialisation de comptes non conformes à la situation économique et financière de l'entreprise présente également une carence de précision et de clarté dans la définition de son contenu²⁶⁷. Cette notion, issue de la 4ème directive européenne du 25 juillet 1978 qui fut transposée en droit français par la loi du 30 avril 1983, vient se substituer à celle de « *bilan inexact*. » Le contenu de l'« *image fidèle* » n'est spécifié par aucun élément légal²⁶⁸; ce qui rend la notion incertaine. Il s'agit d'« *un concept évolutif ne pouvant se trouver figé par la volonté d'un législateur ou d'une norme.* »²⁶⁹

En définitive, il apparaît que le caractère mouvant de la norme pénale d'affaires rend délicate l'application des exigences légalistes de clarté et de précision. Cette difficulté conduit le législateur à méconnaître le principe de légalité en recourant à des formulations ouvertes ou imprécises. En conséquence, un anachronisme surgit entre la rigidité conceptuelle du Conseil constitutionnel et la réalité juridique. Et s'il est vrai que la flexibilité de la loi pénale d'affaires lui assure une certaine adaptabilité ainsi qu'une stabilité, cette souplesse reste inconciliable avec le principe de la légalité des délits et des sanctions. Face à ce « *dilemme* », le législateur semble avoir privilégié l'adaptabilité de la norme au détriment des exigences du principe légaliste. C'est d'ailleurs ce choix qui explique son fréquent recours à la législation par référence, provoquant de ce fait une désagrégation structurelle des composantes du texte répressif.

II- L'AMBIGUÏTÉ STRUCTURELLE DES TEXTES D'INCRIMINATION

71- Théoriquement, l'application stricte du principe de légalité exige que soient prévues au sein du même texte répressif l'incrimination et sa sanction de manière à préserver l'unité structurelle du texte répressif²⁷⁰. Or, la réalité en droit pénal des affaires montre qu'en recourant à la technique du

265 - « *La notion d'usage contraire à l'intérêt social est trop floue et n'a pas sa place dans un texte pénal* » : A. MEDINA, « L'expérience française » dans « L'abus de biens sociaux. Le particularisme français à l'épreuve de l'Europe », Colloque, GAZ. PAL. n° 324-325 du 19 novembre 2004.

266 - W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., Dalloz, 2005, n° 254; B. BOULOC, « Faut-il réformer le droit pénal des sociétés? », *Revue sociétés* 2000.129, p. 133-134.

267 - Voir à ce sujet Mme STOLOWY qui évoque une notion « *obscur* », in « *Interprétation stricte des lois pénales et image fidèle* », *JCP* 1999 I 157, p. 1461.

268 - Cette incrimination constitue « *une entorse au principe de la légalité des délits* », E. PONTAVICE, in « *La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises, depuis la mise en harmonie de la loi sur les sociétés commerciales avec la quatrième directive* », *Mélanges FLATTET*, 1985, spéc. p. 97.

269 - J-M. MATT et A. MIKOL, « L'image fidèle, la doctrine et la loi », *Revue française de comptabilité* 1986, n° 174, spéc. p. 39-41.

270 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., *Mémentos Dalloz*, 2006, p. 36.

renvoi (A), le législateur désagrège les composantes du texte incriminateur en dissociant l'incrimination de sa sanction. Et même si cette technique législative peut s'expliquer en droit pénal des affaires, elle porte parfois atteinte à la qualité de la norme pénale (B).

A- L'usage de la technique du renvoi

72- Si elle n'est pas spécifique du droit pénal des affaires, la technique du renvoi est l'un des particularismes de ce droit. En effet, nombre de dispositions pénales d'affaires sont complétées par d'autres textes. L'explication du recours à cette technique législative (2) impose d'opérer préalablement une distinction entre les différents types de renvois (1).

1- L'hétérogénéité des renvois

73- D'une manière générale, la classification des renvois en droit pénal des affaires s'opère en fonction du contenu (a), ainsi que de la structure du renvoi (b).

a- Le contenu du renvoi

74- Le contenu du renvoi est fonction non seulement de son objet (α), mais aussi de sa portée (β).

α - L'objet du renvoi

75- Deux critères interviennent dans l'étude de l'objet du renvoi. Le premier dissocie le renvoi d'incrimination du renvoi de sanction. Quant au deuxième, il est relatif au renvoi à une définition et au renvoi partiel ou intégral de la matérialité de l'infraction.

Dans le premier cas, c'est la détermination de l'infraction ou la sanction applicable qui est reportée à un autre texte. Mais il peut aussi s'agir d'un double renvoi subsumant l'incrimination et la sanction.

S'agissant du renvoi de l'incrimination, il est l'un des types de renvois les plus classiques. Il permet au législateur de reporter à une autre disposition des données relatives à la spécification de l'infraction, comme la détermination du sujet pénal. C'est le cas de l'ancien article L. 465-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier qui visait, en matière d'infraction d'initié, *“les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce”*²⁷¹. Le renvoi peut aussi porter sur l'objet matériel de l'infraction. C'est le cas de l'article L. 241-5 du Code de commerce qui sanctionne les gérants ne soumettant pas à *“l'approbation de l'assemblée ou de l'associé unique les documents prévus à l'alinéa 1 de l'article L. 241-4.”*

Le législateur peut aussi inviter à se référer à un autre texte, mais seulement pour la sanction applicable. Cette technique est qualifiée par la doctrine de *“pénalisation par référence”*²⁷². Ainsi, pour réprimer le délit de malversation prévu par les dispositions de l'article L. 654-12. I. alinéa 1 du Code de commerce, le législateur renvoie aux peines édictées à l'article 314-2 du Code pénal, soit 7

271 - Contrairement à ce qu'amène à penser la formulation du renvoi opéré par l'art. L. 465-1 al. 1 du Code monétaire et financier, l'article L. 225-109 du Code de commerce désignant expressément le président, les directeurs généraux, les membres du directoire, toute personne physique ou morale occupant au sein de cette société les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance, les représentants permanents des personnes morales occupant ces fonctions, ainsi que les conjoints non séparés de corps de ces dirigeants, se rapporte à des personnes et non à une société. Pourtant, cette disposition figure dans la section III Code. com. portant sur les assemblées des actionnaires et dans le chapitre V relatif aux sociétés anonymes. Ces incohérences peuvent conduire à tort à croire que l'art. L. 465-1 al.1 du Code monétaire et financier vise les dirigeants d'une société anonyme (Trib. corr. Paris 29 octobre 1975, JCP 1976 II 18329, obs. A. TUNC. Ce flou rédactionnel fait suite à la loi du 2 juillet 1996 relative à la modernisation des activités financières qui a réformé l'ordonnance du 28 septembre 1967. Selon M. BOULOC, cette incohérence est *« une erreur matérielle »* : *« Loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières »*, RSC 1997. 405. p. 419-420.

272 - R. MERLE et A. VITU, *« Traité de droit criminel : Problèmes généraux de la science criminelle »*, Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 265; J. LEROY, *op. cit.*, p. 100.

ans d'emprisonnement et 75.000 € d'amende.

Mais il peut parfois aussi recourir à un double renvoi, comme en matière de pratiques commerciales fallacieuses où l'article L. 121-6 du Code de la consommation prévoit que *“les infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 sont punies des peines prévues à l'article L. 213-1.”* En effet, l'article L. 121-1 procède à une description du délit de pratique commerciale trompeuse, tandis que la sanction qui lui est applicable est celle sanctionnant la tromperie, soit deux ans d'emprisonnement et 300.000 € d'amende.

Dans le second cas, parallèlement à la distinction entre renvoi d'incrimination et renvoi de sanction, il existe un autre mode de catégorisation permettant de distinguer entre le renvoi visant à clarifier une notion figurant dans le texte incriminateur initial et le renvoi de tout ou partie de la matérialité de l'infraction.

S'agissant du texte de renvoi à visée clarificatrice, il définit ou spécifie un concept figurant dans le texte répressif originel. Ainsi, la notion de « commerçant » à laquelle renvoie le délit de banqueroute prévu à l'article L. 654-2 du Code de commerce est précisée par l'article L. 121-1 du même code.

Quant au texte de renvoi portant tout ou partie de la matérialité du comportement répréhensible, il vise à donner une description matérielle exhaustive de l'agissement infractionnel, de sorte que cette matérialité ne peut être clairement appréhendée en dehors de ce texte. Ainsi, l'article L. 242-24 alinéa 3 du Code de commerce sanctionne *“le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, d'effectuer au nom de celle-ci, les opérations interdites par le premier alinéa de l'article L. 225-216.”*

Cependant, l'objet n'est pas l'unique critère qui préside à la classification des renvois. Il est complété par un autre critère tenant au périmètre du renvoi.

β- La portée du renvoi

76- Il conviendra de distinguer, d'une part, les textes opérant un renvoi total de ceux contenant un renvoi partiel; d'autre part, les renvois de premier degré sont à dissocier de ceux à degré multiple ou en cascade.

Le renvoi est total lorsque le texte pénal originel édicte une incrimination mais que la définition de l'infraction ainsi que sa sanction sont contenues dans un autre texte. Le texte initial est donc vide²⁷³. Ainsi, en droit pénal du travail, l'inobservation par l'employeur de ses obligations annuelles de négociation était punie par l'article 153-2 – aujourd'hui devenu L. 2243-1 – du Code du travail qui renvoyait à l'article L. 471-2 du même code pour les peines applicables, soit un an d'emprisonnement et 3.750 € d'amende. Quant à la description de l'infraction²⁷⁴, elle est apportée par les dispositions des articles L. 132-27 et L. 132-28 alinéa 1. Cependant, dans une acception plus large, le renvoi est également considéré comme total lorsque le texte incriminateur initial ne mentionne que la description de l'infraction ou que la sanction applicable et renvoie à une autre disposition pour l'élément faisant défaut. Ainsi, dans le cadre du licenciement économique opéré par une entreprise soumise à une procédure collective, les dispositions de l'article L. 321-11 alinéa 2 du Code du travail, aujourd'hui L.1238-1, sanctionnait de 3.750 € d'amende, exigible autant de fois qu'il y a de salariés victimes de l'infraction, *«l'employeur, l'administrateur, ou le liquidateur qui n'aura pas observé les dispositions prévues aux articles L. 321-8 et L. 321-9.»* En effet, l'article L. 321-8, aujourd'hui L.1233-60, faisait obligation, en cas de liquidation ou de redressement judiciaire, à l'administrateur, au liquidateur, ou à l'employeur, d'informer l'autorité administrative compétente avant d'entreprendre des licenciements économiques dans les conditions prévues aux articles L.

273 - J. PRADEL, « Conception et principe du droit pénal économique. France, rapport national », in « Rapports sur le colloque international de Freiburg-en-Brisgau », RIDP 1983, p. 282-285.

274 - Aux termes de l'ancien article 132-27, aujourd'hui L. 2242-8, il est fait obligation à l'employeur d'engager annuellement une négociation sur la durée effective et l'organisation du temps du travail et sur les salaires effectifs. Quant à l'art. L. 132-28 al. 1, aujourd'hui L. 2242-1, il enjoint à l'employeur d'organiser les négociations dans les 15 jours suivant la demande effectuée par une organisation syndicale.

621-37, L. 621-64 (abrogés par la loi n°875-2005 du 26 juillet 2005), L. 622-4, L. 621-5 et L. 641-10 du Code de commerce. Quant à l'article L. 321-9 du Code du travail, aujourd'hui L.1233-58, il imposait aux mêmes acteurs, et dans les mêmes conditions, suivant les cas, de réunir et de consulter le comité d'entreprise, ou à défaut, les délégués du personnel, dans les conditions prévues aux anciens articles L. 321-3 alinéas 1, 2 et 3, L. 321-4-1 – à l'exception du deuxième alinéa – L. 422-1 alinéas 5 et 6, et L. 432-1 alinéa 3.

Cependant, le renvoi peut aussi n'être que partiel, comme en matière de participation frauduleuse à des pratiques anticoncurrentielles²⁷⁵.

La portée du renvoi est également fonction du nombre de renvois successifs opérés par le texte pénal initial²⁷⁶. Le renvoi est dit de premier degré lorsqu'il invite à se référer à un autre texte, sans renvoi postérieur. Le « *désormais ancien délit d'initié* » autrefois prévu à l'art. L. 465-1 du Code monétaire et financier illustre ce type de renvoi. En effet, cette disposition énumérait les dirigeants visés par cette infraction en se reportant à l'article L. 225-109 du Code de commerce.

A contrario, le renvoi est dit "en cascade" ou multiple lorsque le texte de renvoi invite, lui-même, à se reporter à un autre texte. Le droit pénal du travail est l'une des matières de prédilection de ce type de renvoi²⁷⁷. À titre d'illustration, on peut évoquer l'article L. 321-11 alinéa 1 du Code du travail, aujourd'hui L.1238-1, qui infligeait une contravention à l'employeur qui aura procédé à un licenciement sans observer les consultations prévues, entre autres, aux dispositions de l'ancien article L. 321-3, aujourd'hui L.1233-29, qui renvoie à son tour à l'article L. 321-2, lequel renvoie lui-même aux art. L. 422-1, ou L. 432-1 du même code.

Cependant, la classification des renvois s'opère aussi au regard de la structure du renvoi.

b- La structure du renvoi

77- La structure du renvoi est tributaire non seulement de sa situation mais également de sa formulation.

Du point de vue de sa situation, le renvoi peut être interne ou externe²⁷⁸. Le renvoi est interne lorsque le texte de renvoi et le texte répressif initial se situent dans le même texte de loi. Ainsi, en matière de souscription, d'achat ou de prise en gage par la société de ses propres actions, l'article L. 242-24 al. 1 du Code de commerce renvoie aux articles L. 242-23, L. 225-206 à L. 225-15 du même code. En revanche, lorsque le renvoi est externe, le texte complémentaire et le texte incriminateur initial ne se situent pas dans le même texte de loi. Il faut alors rechercher le texte de renvoi dans un texte extérieur à celui du texte répressif originel. Cette pratique est plus contestable rend plus difficile l'accessibilité de la norme complémentaire²⁷⁹. Cette dernière peut être, dans la hiérarchie des normes, d'un niveau différent de celui du texte incriminateur.

Du point de vue de sa formulation, le renvoi s'exprime généralement de façon explicite ou expresse. Ainsi, la convocation de l'assemblée des associés est prévue par l'article L. 241-5 du Code de commerce qui invite à se référer à l'article L. 232-1 du même code pour les documents exigés par la loi. C'est aussi le cas en matière de délit de banqueroute prévu à l'article L. 654-2 du Code de commerce qui renvoie spécifiquement à l'article L. 654-1 du même code s'agissant des personnes concernées.

Il ressort de cette étude que le droit pénal des affaires est une discipline de prédilection pour les renvois. Pour le législateur, le recours à cette technique législative présente de multiples intérêts.

2- Les avantages de la technique du renvoi

275 - Article L. 420-6 du Code de commerce.

276 - N. MOLFEISSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », RRJ 1997-4, Cahier de méthodologie juridique n°12 « *Législation par référence* », p. 1193-1207.

277 - A. HOLLENDER-CERF, « *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail* », Thèse Montpellier, 1992, p. 263 et s.

278 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 19e éd., CUJAS, 2012, n° 139.

279 - J. LEROY, *op. cit.*, p. 100, n° 178.

78- La technique du renvoi en droit pénal des affaires offre trois avantages qui incitent le législateur à y recourir de manière fréquente.

D'abord, le caractère transversal du droit pénal des affaires aurait pour inconvénient de générer, par l'effet de la duplication des textes, un arsenal répressif trop important. Pour cette raison, le législateur préfère recourir à un texte de renvoi pour spécifier l'obligation pénalement sanctionnée.

Ensuite, la technique du renvoi permet au législateur de réaliser une économie de dispositions répressives avec la possibilité de cibler plusieurs situations par la biais d'un seul texte.

Enfin, la technique du renvoi concourt à la stabilité de la loi. En effet, cette technique permet au législateur d'ajuster les contours de l'agissement infractionnel sans qu'il soit nécessaire de procéder à une modification du texte incriminateur initial.

Mais si la technique du renvoi offre des avantages au législateur, elle s'écarte, en revanche, des exigences légalistes.

B- La technique du renvoi préjudiciable au principe de légalité

79- En dépit de l'éclatement structurel du texte pénal qu'elle engendre, la technique du renvoi n'est pas intrinsèquement constitutive d'une atteinte au principe légaliste, pour peu qu'elle n'entrave pas l'accès du sujet pénal au contenu de la norme.

Bien au contraire, à certains égards, le renvoi participe à la qualité de la loi pénale en tant que facteur de précision et de cohésion. Ainsi, lorsque le texte de renvoi spécifie une notion contenue dans le texte pénal initial, il a vocation à « *énoncer les propriétés essentielles de la chose que le mot désigne*²⁸⁰. » Et s'il s'agit d'une définition légale, elle est « *choix et clarification* » et « *fait émerger le sens qu'elle retient, au moins pour l'effet du droit qu'elle détermine*²⁸¹ ».

Toutefois, toutes les formes de renvoi ne sont pas de nature à améliorer la qualité de la norme pénale. Au contraire, d'aucuns constituent une réelle menace pour la sécurité juridique du sujet pénal, car contrariant la prévisibilité de la norme. En effet, cette dernière ne peut être prévisible que si le sujet pénal y a accès²⁸²(1). Or, l'usage de la technique de renvoi complexifie l'accès au droit. En outre, source de lois pénales vides, la technique du renvoi est également source d'imprécisions, car les textes de renvoi ne sont pas édictés avec toute la clarté et la précision exigées par le principe légaliste. Or, ces exigences ont un impact direct sur la prévisibilité de la loi (2). De plus, en cas de renvois multiples, la désagrégation des composantes du texte répressif rend incertaine l'intelligibilité de la norme. Or, la prévisibilité de la norme est également subordonnée à son intelligibilité (3).

1- Technique du renvoi source de difficultés d'accès au droit

80- L'accessibilité constitue une condition préalable nécessaire pour le sujet pénal qui doit pouvoir avoir accès aux textes qui lui sont destinés. Cette exigence est rappelée non seulement par le Conseil constitutionnel²⁸³, mais également par la Cour européenne des droits de l'Homme²⁸⁴. Cependant, même si la technique du renvoi complexifie l'accès au droit (a), le professionnel, perçu comme un « omniscient, » est censé avoir un accès suffisant à la loi (b).

a- Un accès à la loi complexifié

81- La simple lecture du texte répressif initial n'offre pas au sujet la possibilité d'avoir une

280- Définition du verbe « *Définir* », selon le Larousse.

281- Selon G. CORNU, le propre de la définition légale d'une notion est qu'elle privilégie une acception parmi d'autres : « *Les définitions dans la loi* », Mélanges offerts à J. VINCENT, éd. Dalloz, 1981, p. 78-79.

282- CEDH, 15 novembre 1996, CANTONI c/ France, Dr. pénal 1997 n°11; obs. J-H. ROBERT, RSC 1997. 462.

283- Cons. const., n°99-421 DC du 16 décembre 1999; D. 2000, Som. 425, obs. D. RIBES, Les Petites Affiches 28 juillet 2000, p. 15

284- CEDH, 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni; série A, n° 30, p. 31.

connaissance immédiate et exhaustive de l'agissement infractionnel. Pour y parvenir, le citoyen est mis dans l'obligation de procéder à un rapprochement de textes. Cette contrainte freine l'accès à la loi, car ce recouplement textuel n'est pas toujours aisé à effectuer.

Certaines mesures sont toutefois mises en place pour atténuer les difficultés d'accès au droit. Le législateur se préoccupe de rendre moins complexe l'accès au droit et de garantir une cohérence d'ensemble en codifiant les textes épars. Ainsi, le gouvernement a été habilité par le Parlement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de certains codes. Il s'agit d'une codification à droit constant qui n'a donc pas vocation à impacter sur le fond les matières visées. La finalité d'une telle codification répond à "*l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi,*" selon le Conseil constitutionnel²⁸⁵. Ainsi, cette codification de textes éparpillés atténue les difficultés d'accès au droit. C'est dans cette perspective que certains renvois auparavant externes sont devenus des renvois internes. C'est le cas en matière de délit de banqueroute prévu à l'article 197 alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985 qui invitait à se référer à l'article 8 du Code de commerce. Désormais, par l'effet de la codification, l'article L. 654-2 alinéa 4 du Code de commerce renvoie à l'article L. 123-12 du même code, transformant un renvoi initialement externe en renvoi interne. Ainsi, sans écarter le renvoi, ces mesures atténuent les difficultés d'accès au droit générées par ce dernier. Cependant, en dépit de la réelle menace qu'elle constitue, la technique du renvoi n'est pas considérée comme un obstacle pour le professionnel dans sa quête d'accès au droit, car ce dernier est présumé disposer d'un accès suffisant à la loi.

b- Un accès à la loi censé suffisant pour le dirigeant

82- Les difficultés d'accès à la loi générées par l'usage de la technique du renvoi n'ont, en définitive, aucune incidence, dès lors que le destinataire de la norme peut disposer d'un accès "suffisant" au droit.

L'appréciation matérielle de l'accessibilité du droit n'implique pas, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, un accès absolu et complet aux textes. En effet, pour la juridiction européenne, il importe simplement qu'au regard des circonstances de la cause, le sujet pénal ait obtenu les informations suffisantes. Dans sa décision du 28 mars 1990, elle pose que « *la portée des notions de prévisibilité et d'accessibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre, ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires*²⁸⁶. » La Cour opère donc une appréciation in concreto de l'accessibilité de la législation en prenant en compte les paramètres énoncés. Cette appréciation matérielle de l'accessibilité génère une certaine mansuétude à l'égard des textes comportant des renvois et visant les professionnels. Ces derniers sont perçus comme des "omniscients" parce qu'ils évoluent dans le secteur concerné, et sont censés disposer de la compétence ou des moyens nécessaires pour accéder à la norme. À cette fin, ils doivent tout mettre en oeuvre, y compris en recourant à des conseils²⁸⁷ pour accéder à la norme applicable. Le professionnel est donc soumis à l'obligation de s'informer de la manière la plus exhaustive. C'est la raison pour laquelle ce mode d'appréciation aboutit toujours à opposer l'accessibilité de la loi, une fois cette dernière promulguée²⁸⁸. Il suffit donc au professionnel de s'entourer de conseils éclairés pour accéder au texte applicable. Ce raisonnement rigide rend quasi impossible la défense du professionnel qui pourrait pourtant alléguer, de manière loyale, l'inaccessibilité de la norme. Or, ce moyen de défense, loin de disculper le professionnel, s'analyse fréquemment comme révélateur d'un manque de diligence de la part de ce dernier²⁸⁹.

Et même en supposant que l'accessibilité matérielle de la norme soit garantie au sujet pénal, encore

285- Cons. const., n° 2000-437, DC du 19 décembre 2000, JO 24 décembre 2000, p. 20576.

286 - CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG et autres, Série A, p. 25-26.

287 - CEDH, 13 juillet 1995, TOLSTOY MILOSLAVSKY, Série A, n°316-B, p. 71.

288 - Mme KOERING-JOULIN, « Pour un retour à une interprétation stricte (...) du principe de la légalité criminelle (à propos de l'art. 7 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme) », Mélanges en l'honneur de M. A. EISSEN, LGDJ 1995, p. 253

289 - CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG et autres, Série A, p. 25-26.

faut-il que le texte auquel accède ce dernier soit suffisamment précis et intelligible. Or, la technique du renvoi génère des textes pénaux vides qui sont complétés par des normes imprécises.

2- Technique du renvoi source d'imprécision du texte répressif

83- La connaissance de la loi pénale implique une exigence supplémentaire : il importe que le législateur définisse les incriminations avec suffisamment de clarté et de précision. Ceci permettrait au sujet pénal d'identifier, sans aucune ambiguïté, les comportements infractionnels auxquels il se livre.

Intrinsèquement, le texte répressif originel qui ne sert que de support formel à l'incrimination, est un texte pénal "vide"²⁹⁰ qui a vocation à être complété par d'autres dispositions. En effet, les éléments constitutifs de l'infraction qu'il édicte ou la sanction applicable sont à rechercher ailleurs (a). De plus, ce texte pénal vide prend en compte des dispositions non pénales qui ne défèrent pas aux exigences légalistes de clarté et de précision propres à la matière pénale (b).

a- La loi pénale en blanc source d'imprécision

84- La particularité de la loi pénale en blanc est qu'elle n'a véritablement de sens qu'une fois complétée. En ne spécifiant pas de manière exhaustive le comportement infractionnel, elle ne met pas le sujet en situation de "*connaître d'emblée la portée précise et exacte de l'infraction*"²⁹¹.

Une problématique mérite alors d'être soulevée : le caractère incomplet de la loi pénale en blanc contrevient-il aux exigences légalistes de clarté et de précision? Autrement dit, une disposition incomplète est-elle une disposition imprécise?

Selon le Conseil constitutionnel, une loi pénale en blanc peut être vide sans pour autant être imprécise. En effet, la juridiction constitutionnelle ne soumet la loi pénale en blanc à aucune exigence de précision. Il suffit juste que l'incrimination apparaisse décrite de manière suffisamment claire et précise une fois le recoupement textuel effectué. L'appréciation de la précision des termes législatifs ne s'opère qu'à l'aune de la norme répressive complètement reconstituée. C'est pour cette raison que des dispositions vides telles que l'article L. 2243-1 du Code du travail²⁹², relatif à l'obligation annuelle de négociation pesant sur l'employeur, ne portent théoriquement pas atteinte au principe de la légalité criminelle. En effet, le texte pénal d'origine ne comporte pas tout le descriptif du comportement infractionnel. À ce stade, il est imprécis et ne recouvrera une précision suffisante qu'en synergie avec le texte complémentaire²⁹³. Selon une conception rigide du principe légaliste, la loi pénale vide ne satisfait donc pas les critères de qualité légale requis, puisqu'à la lecture du texte répressif originel, le sujet pénal n'est pas en mesure de cerner d'emblée l'exhaustivité des contours de l'agissement infractionnel. Toutefois, elle renvoie de manière précise à des textes complémentaires qui évitent au législateur de se livrer à une duplication interminable des textes pénaux.

Par ailleurs, le législateur tend à abandonner la pénalité par référence et à édicter directement dans le texte répressif initial la sanction applicable et son quantum, de sorte qu'à la lecture de ce texte, le sujet pénal ait connaissance de la répression à laquelle il s'expose. Ainsi, à l'instar du nouveau Code pénal²⁹⁴, le Code de commerce s'est employé à réduire le nombre d'infractions dont la sanction

290 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal des affaires », 6e éd., Mémentos Dalloz, 2006, p. 38.

291 - S. CIMAMONTI, « Législation par référence et nouveau Code pénal », RRJ 1997-4, p. 1263.

292 - « *L'employeur qui se soustrait aux obligations prévues à l'art. L. 132-27, à celle prévue à l'art. L. 132-28 premier alinéa., ou à celle prévue aux art. L. 932-2 et L. 932-4, est passible des peines fixées par l'art. L. 471-2 du présent code.* »

293 - Selon A. HOLLENDER-CERF, « *étant totalement ou partiellement vide, le texte pénal, pris isolément, est imprécis, et ne prend un sens déterminé que combiné avec le texte extra pénal auquel il renvoie* », in « *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail* », Thèse Montpellier, 1992, p. 379.

294 - La circulaire du 14 mai 1993 spécifie, dans son annexe n° 1 portant sur la présentation de la loi d'adaptation du nouveau Code pénal que « *s'agissant des renvois de pénalités, le législateur s'est attaché, dans la mesure du possible, à édicter des peines autonomes.* »

figurait dans un texte de renvoi²⁹⁵. C'est le cas de l'article L. 241-2 du Code de commerce qui à l'origine renvoyait à la peine prévue à l'article précédent. Dans sa nouvelle version, elle précise explicitement qu' « *est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9000 € le fait, pour des gérants, d'émettre, directement ou par personne interposée, pour le compte de la société, des valeurs mobilières quelconques à l'exception des obligations émises dans les conditions déterminées par l'article L. 223-11.* » S'agissant d'une codification à droit constant, les sanctions prévues n'ont pas changé et sont identiques à celles prévues par l'article précédent. Mais désormais, elles sont directement prévues par le texte répressif initial. L'abandon de la pénalité par référence permet donc au sujet d'avoir, à la seule lecture du texte pénal, une connaissance exhaustive de la norme.

Nonobstant ces améliorations, il demeure que la technique du renvoi, par le biais du recoupement de textes, contribue à l'élaboration de normes pénales imprécises.

b- L'incrimination pénale source d'imprécision

85- En matière de renvoi, les exigences légalistes de clarté et de précision ne s'imposent pas qu'à un seul texte. Elles se rapportent à l'ensemble des dispositions complémentaires qui doivent aussi déférer à ces impératifs rédactionnels, sous peine d'entâcher la description de l'infraction d'imprécision ou d'opacité. En effet, lorsqu'elles ne relèvent pas du droit répressif, les textes complémentaires ne sont pas systématiquement formulés avec les exigences de clarté et de précision propres à la matière pénale. Et, même si la juridiction constitutionnelle rappelle qu'en matière législative les exigences légalistes de clarté²⁹⁶ et d'intelligibilité à valeur constitutionnelle doivent être observées, il n'en demeure pas moins que ces exigences restent des aspirations et non des obligations pour le législateur, s'agissant notamment des dispositions pénales.

Toutefois, exerçant un contrôle sur la clarté et la précision de l'incrimination pénale contenant un renvoi, le Conseil constitutionnel a déjà censuré la création d'une incrimination pénale complétée par un texte de renvoi imprécis. Ce fut le cas dans sa délibération du 10 et 11 octobre 1984²⁹⁷. En effet, dans cette décision le Conseil a déclaré non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 28 de la loi du 23 octobre 1984 visant à réguler la concentration, à garantir la transparence financière, et à préserver le pluralisme des entreprises de presse. La disposition retoquée réprimait la personne qui n'avait pas déféré à l'obligation de publier la cession de titres d'organes de presse prévue par les dispositions de l'article 6 de cette même loi. Seulement, ces dispositions ne spécifiaient pas clairement la personne – cédant ou cessionnaire – soumise à cette obligation. Au regard de cette indétermination, la juridiction constitutionnelle a considéré que l'article 28 ne satisfaisait pas au « *principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines puisque la détermination de son auteur était incertaine*²⁹⁸. » Par cette décision, le Conseil rappelle l'obligation faite au législateur de définir avec clarté et précision les contours du comportement répréhensible, et de désigner les sujets pénaux concernés. En l'espèce, l'absence de désignation du sujet pénalement responsable par le texte para pénal de renvoi entâche le texte incriminateur d'imprécision.

Cependant, il faut souligner que ce contrôle constitutionnel a priori n'éradique pas les incriminations pénales d'affaires méconnaissant le principe légaliste au regard de l'imprécision du texte de renvoi. L'article 420-6 du Code de commerce en est d'ailleurs l'illustration. En effet, cette disposition réprime « *le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2.* » La caractérisation de cette infraction est subordonnée à

295 - D. BUREAU, et N. MOLFESSIS, « Le nouveau Code de commerce? Une mystification », D. 2001, Chron. 361; voir aussi A. LIENHARD et C. RONDEY, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant », D. 2000, Chron. 521.

296 - Cons. const., n° 2001-455 DC 12 janvier 2002, cons. 9.

297 - Cons. const., n°84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, L. FAVOREU et L. PHILIP, « *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* », 17e éd., Dalloz 2013, n°34.

298 - Cons. const., n°84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, ibid.

l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle, telle qu'un abus de position dominante, un abus de dépendance économique ou encore une entente illicite. Or, ces pratiques anticoncurrentielles constituent des incriminations administratives extrêmement imprécises, aux contours incertains et évolutifs au gré des décisions rendues par l'Autorité de la concurrence. Comment peut-on caractériser « *l'exploitation abusive d'une position dominante?* » De même, comment peut-on spécifier une entente qui a pour « *objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence?* » L'imprécision de ces textes de renvoi para pénétrant irradie le texte répressif initial. Et, même si le dirigeant peut tenter de se défendre en invoquant l'erreur sur le droit en raison de l'imprécision des dispositions complémentaires définissant les pratiques anticoncurrentielles, il ne faut pas occulter le fait qu'il s'agit du monde des affaires à l'égard duquel les magistrats font preuve d'une extrême sévérité. Le dirigeant ne sera pas excusable s'il n'a pas mis en oeuvre tous les moyens pour accéder à la norme. S'agissant de l'erreur de fait comme cause d'exonération de responsabilité, elle n'a pas davantage de chance de prospérer compte tenu de la restriction avec laquelle les juridictions répressives tendent à l'apprécier chez le dirigeant.

Outre l'art. 420-6 du Code de commerce, d'autres dispositions renvoient à un texte complémentaire imprécis. Il convient d'évoquer le délit d'entrave au comité d'entreprise ou d'établissement. Prévu à l'article L2328-1 du Code du travail, cette infraction invite à se référer, entre autres, à l'intégralité des textes régissant le fonctionnement du comité d'entreprise ou d'établissement. Parmi ces textes, les articles L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8 du Code du travail érigent en obligation l'information et la consultation de ces comités antérieurement à tout projet « *important* » d'introduction de nouvelles technologies. Seulement, que recouvre précisément l'expression de projet « *important* » ? La réponse à cette interrogation est loin d'être évidente. Néanmoins, c'est bien cette notion qui permettra de caractériser ou non le comportement d'entrave. C'est au dirigeant d'apprécier, en amont, sans aucun critère légal, le caractère important du projet, avant de le soumettre ou non à la consultation du comité d'entreprise ou d'établissement. Et même la Cour de cassation ne relèvera pas l'imprécision de cette notion. En effet, dans sa décision du 3 mai 1994, elle a considéré que l'obligation énoncée à l'article L. 2323-13 du Code du travail n'était « *ni incertaine ni indéterminée,* » écartant ainsi le pourvoi fondé sur l'incompatibilité du terme « *important* » avec le principe de la légalité. Selon la Haute juridiction, l'importance du projet « *s'apprécie nécessairement en fonction des modifications que le projet apporte dans l'organisation et la marche de l'entreprise et des conséquences qu'il peut avoir, comme le prévoit ce texte, sur l'emploi, la qualification, la rémunération et la formation ou les conditions de travail*²⁹⁹. » Il est évident que la rédaction de ces dispositions, tout comme celle des textes visant les pratiques anticoncurrentielles, n'a pas été soumise à la rigueur propre à la matière pénale. Cependant, la Cour de cassation peut décider de rejeter l'application d'un texte répressif complété par une disposition imprécise³⁰⁰.

En définitive, le recours à la technique du renvoi contribue à l'élaboration de normes pénales ne déférant pas aux exigences du principe légaliste. En effet, ces normes ne sont pas toujours rédigées dans le respect des exigences de clarté et de précision requises par le principe de la légalité criminelle, puisqu'elles sont souvent complétées par des dispositions imprécises.

Mû par un souci de précision, le législateur superpose parfois les renvois pour une même loi pénale en blanc. Ce faisant, il aboutit à l'effet inverse, rendant inintelligible la définition de l'incrimination.

3- Technique du renvoi source d'inintelligibilité du texte répressif

86- S'il est vrai que le recours à la technique du renvoi permet au législateur de donner une définition précise de l'agissement infractionnel en laissant à des dispositions de renvoi le soin de

299 - Cass. crim., 3 mai 1994, Dr. Pén. 1994, n°191, obs. J.-H. ROBERT.

300 - Les juridictions peuvent, en matière de délit, écarter l'application d'une incrimination pénale imprécise en se fondant sur les textes internationaux. En matière réglementaire, elles recourent à l'exception d'illégalité prévue à l'art. 111-5 C. pén. pour rejeter une contravention complétée par un texte extra pénal imprécis. Voir par exemple, Cass. crim., 5 avril 1990, Dr. Pén. 1990, n°267, obs. J.-H. ROBERT; Cass. crim., 1er février 1990, Bull. Crim. n°56.

compléter la loi pénale en blanc, il n'en demeure pas moins que cette technique s'érige parfois en un véritable obstacle à l'intelligibilité du texte répressif³⁰¹. En effet, soucieux de mentionner tous les textes indispensables à la description du comportement infractionnel, le législateur amoncelle parfois les renvois pour une même incrimination. Ce faisant, cette accumulation de textes complémentaires finit par rendre inintelligible la description de l'infraction. Ces multiples renvois – souvent en cascade – invitent fréquemment à se référer à des dispositions complémentaires extra pénales et longues. L'intelligibilité du comportement répréhensible, lors du recoupement des différents termes du renvoi, s'en trouve considérablement complexifiée en raison du nombre et de la longueur des textes complémentaires.

Le droit pénal du travail est l'un des terrains de prédilection de ces multiples renvois. En effet, nombre de ses dispositions comportent une série de renvois qui sont longs et envisagent de manière minutieuse toutes les hypothèses. C'est le cas de l'article L. 1238-2 du Code du travail qui énonce que *“Le fait de procéder à un licenciement sans accomplir les consultations des délégués du personnel prévues à l'article L. 1233-29 et du comité d'entreprise prévues aux articles L. 1233-30, L. 1233-34 et L. 1233-35, est puni d'une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction.”* Le texte répressif initial contient déjà quatre renvois. Le premier texte de renvoi – l'article L. 1233-29 – pose les conditions de consultation des représentants du personnel en cas de licenciement économique. Quant aux trois derniers textes – L. 1233-30, L. 1233-34 et L. 1233-35 – organisant les modalités de consultation du comité d'entreprise et octroyant à ce dernier la faculté de solliciter le concours d'un expert-comptable, ils renvoient chacun, à l'exception de l'article L. 1233-30, à plusieurs dispositions complémentaires qui elles-mêmes renvoient à d'autres dispositions complémentaires. Pris isolément, chaque texte complémentaire est compréhensible car utilisant des termes précis et intelligibles. Cependant, dès lors que le rapprochement textuel s'opère, le caractère inintelligible de la description de l'infraction surgit de la multiplicité et de la complexité des renvois effectués. Et s'il est vrai que le détail dans la description de l'infraction contribue à la précision de la norme, l'excès de précision préjudiciale à l'intelligibilité de cette dernière.

À ces écueils vient s'ajouter une autre difficulté tenant, cette fois, à la technicité de certaines dispositions complémentaires. Les domaines de la législation économique ou encore du travail sont autant de domaines du droit faits de dispositions empreintes de cette technicité³⁰². Souvent rédigés par des spécialistes, les textes sont difficilement intelligibles pour le citoyen ordinaire.

En définitive, le législateur doit sans cesse rechercher la juste pondération entre une suffisante précision et la compréhensibilité de la norme. Cette dernière, selon M. RIBES commentant la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999, *“s'exprime dans la nécessité de rendre la loi effectivement compréhensible pour ses destinataires, compte tenu de leur degré de connaissance juridique et technique”*³⁰³. Ainsi, la compréhensibilité de la norme s'apprécie, in concreto, au regard de son destinataire qui est censé disposer des moyens nécessaires pour surmonter l'inintelligibilité de la norme. Or, entendu que les incriminations pénales d'affaires visent généralement des professionnels, ces derniers sont supposés, souvent à tort, en raison de leur compétence et à l'aide de conseils avisés, connaître et comprendre les textes auxquels ils sont soumis. Le dirigeant aura donc beaucoup de mal à faire admettre au juge répressif qu'il ne connaissait pas ou qu'il ne comprenait pas les textes qui lui sont applicables et ce, en raison d'*“une présomption de compréhension des normes techniques, fondée sur le fait qu'elle ne s'adresse pas à n'importe quel homme”*³⁰⁴. Pourtant,

301 - N. MOLFESSIS, « Les renvois ponctuels et répétés, souvent en cascade, altèrent la compréhension de la règle de droit », in « Le renvoi d'un texte à un autre », RRJ, 1997-4, Cahier de méthodologie juridique n°12, « Législation par référence », p. 1193-1207.

302 - M. BORRICAND, « La non rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale », D. 1978. 275, affirme au sujet du droit économique et du droit fiscal « *mobilité, minutie, technicité, voilà les caractères de ces matières* »; s'agissant du droit social, se réfère à la thèse de Mme A. HOLLENDER-CERF, « *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail* », Thèse Montpellier, 1992, p. 358-364.

303 - Cons. const. , n° 99-421, DC du 16 décembre 1999 , D. 2000, n°41, Som. 425, obs. D. RIBES, p. 426.

304 - A. HOLLENDER-CERF, *ibid*, p. 371.

le dirigeant peut, au regard de la complexité de certains renvois, se fourvoyer sur un texte complémentaire. Et, selon M. BERGEL, même les juristes ne sont pas à l'abri d'un tel égarement³⁰⁵. Le dirigeant pourrait alors pour sa défense invoquer l'erreur sur le droit, mais avec une très faible probabilité d'être entendu par la juridiction répressive.

S'il est vrai que cette intransigeance à l'égard du dirigeant contribue à une certaine sécurisation de la vie des affaires, il n'en demeure pas moins qu'elle reste contestable sur deux points.

Premièrement, le dirigeant n'est pas toujours en mesure de connaître et de comprendre les normes qui lui sont applicables. Il est soumis à une présomption de connaissance de l'intégralité de la législation régissant son domaine d'activité, mais également celle des sociétés, le droit du travail et le droit fiscal. Seulement, le dirigeant ne peut avoir la maîtrise de tous les textes dont il relève. C'est pour cette raison que la Cour européenne l'oblige à solliciter des conseils avisés et considère, au regard de l'orientation jurisprudentielle, que ce dernier "*devait savoir*" les risques auxquels il s'exposait³⁰⁶.

Deuxièmement, l'intransigeance découlant de l'appréciation in concreto vient brouiller la répartition des obligations. En effet, cette sévérité réduit la charge de la prévisibilité de la norme pesant sur le législateur, puisque cette prévisibilité ne dépend plus exclusivement de l'activité législative, mais intègre désormais d'autres facteurs tels que le degré de connaissance juridique et technique du dirigeant. Cette situation dispense le législateur de tout effort. C'est pour cette raison que la qualité de la loi pénale d'affaires est loin d'être conforme aux exigences du principe légaliste. Le législateur se soustrait fréquemment à ses obligations de clarté et de précision, laissant au juge la responsabilité de déterminer les contours de l'agissement infractionnel. De même, l'usage immodéré du renvoi dans les incriminations pénales d'affaires altère une technique censée contribuer à la qualité du texte répressif. Ces manquements au principe de la légalité pénale peuvent inviter à reconsidérer la contrepartie exigée du sujet pénal. En effet, comment exiger du citoyen, fût-il dirigeant d'entreprise, qu'il connaisse les textes qui lui sont applicables, si le législateur ne défère pas, lui-même, à ses obligations légistiques formelles?

Conçu pour garantir au sujet pénal la prévisibilité de la norme et la sécurité juridique qui en découle, le principe de la légalité criminelle impose également des contraintes lors de la mise en oeuvre de la norme pénale d'affaires.

305 - J. L. BERGEL, « *il n'est pas évident que des textes truffés de renvois soient compréhensibles par les juristes eux-mêmes* », in « Vices et vertu de la législation par référence », RRJ 1997-4, Cahier de méthodologie juridique n° 12, « La législation par référence », p. 1209-1215.

306 - CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, Dr. pénal 1997 n°11, obs. J-H. ROBERT.

Chapitre II

Les déficiences fonctionnelles de l'incrimination

87- Dans l'objectif de préserver la sécurité juridique du dirigeant, le principe de la légalité criminelle impose certaines contraintes lors de la mise en oeuvre de la loi pénale d'affaires.

D'une part, une fois la norme élaborée de manière claire et précise, le juge est tenu de se livrer à son interprétation stricte lors de son application. En effet, face à une infraction aux contours incertains, la tentation d'extension du périmètre d'application pour enserrer un agissement douteux n'est jamais bien loin. En clair, la tendance est à une interprétation extensive du texte répressif (Section I). D'autre part, alors que le juge répressif est tenu d'appliquer les règles relatives au conflit de lois dans le temps en prenant en compte la loi pénale nouvelle plus douce qui intervient postérieurement à la commission de l'infraction par le dirigeant, les juridictions répressives s'en écartent fréquemment en matière pénale d'affaires (Section II).

SECTION I : L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE DU TEXTE PÉNAL

88- L'interprétation de la loi pénale est inéluctable, « *celle-ci étant loin de présenter les qualités requises de précision et de clarté*³⁰⁷ ». Pour appliquer la norme, le juge répressif doit d'abord en

307 - J. LEROY, *op. cit.*, p.106.

interpréter les termes. Conformément à l'article 111-4 du Code pénal, cette interprétation doit s'opérer de manière stricte, de sorte que le juge n'extrapole pas ses prérogatives en empiétant sur la compétence du législateur. En clair, le principe légaliste prohibe au magistrat de créer de nouvelles infractions, ou de s'adonner à une interprétation extensive de la norme pénale³⁰⁸.

Cependant, confrontées aux multiples formules imprécises contenues dans les incriminations pénales d'affaires, les juridictions répressives doivent préciser le sens de ces dernières. Alors émerge une inclination pour l'interprétation extensive³⁰⁹ illustrée par le délit d'abus de biens sociaux (I) et le délit d'entrave (II).

I- LE CAS DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX EN DROIT PÉNAL DES SOCIÉTÉS

89- Le délit d'abus de biens sociaux est prévu par l'art. L. 242-6 alinéa 3 du Code de commerce qui pose qu' « est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375.000€ le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement³¹⁰. » L'abus de biens sociaux est incontestablement le délit le plus emblématique de la vie des affaires. C'est probablement ce délit qui fait peser sur la tête du dirigeant le risque pénal le plus important. Cela s'explique par l'imprécision de la notion qui a permis au juge d'appréhender des comportements extrêmement divers et variés. L'ambiguïté de cette disposition est souvent dénoncée par la doctrine³¹¹. Cette dernière condamne l'imprécision et le flou qui entourent la notion d' « intérêt social », déterminante dans la caractérisation de l'infraction. Or, la détermination de la contrariété de l'acte à l'intérêt social est une question factuelle qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. L'intérêt social n'étant pas légalement défini, les juridictions répressives sont donc amenées à apprécier elles-mêmes les usages contraires à celui-ci. Sur ce point, il faut noter que l'appréciation des usages a connu une évolution. En effet, la jurisprudence a graduellement adopté une conception large de la notion d'usage contraire à l'intérêt social. Dans un premier temps, elle a estimé que devait être considéré comme contraire à l'intérêt social, l'acte ou l'usage qui porte atteinte au patrimoine social en faisant subir à la société un réel dommage matériel. C'est sur ce fondement qu'a été poursuivi pour abus de biens sociaux un dirigeant qui avait abusivement prélevé des fonds sur les comptes des deux sociétés dont il était le gérant, en excipant que ces sommes lui étaient dues à titre de commissions³¹². De même, caractérise un abus de biens sociaux, le fait pour un administrateur de faire usage, à des fins personnelles, afin de désintéresser ses propres créanciers, de la trésorerie de la société en se faisant attribuer des avantages infondés³¹³. Dans un deuxième temps, les juridictions répressives ont procédé à une extension de la notion d'usage contraire à l'intérêt social en la définissant désormais comme un usage qui « expose l'actif social de chaque société à des risques de pertes auxquels il n'aurait pas dû être exposé³¹⁴. » En effet, dans cette espèce, le président du conseil d'administration d'une société a été condamné pour abus de biens sociaux pour avoir fait acquérir à la société des parcelles de terrains cédées à un prix inférieur par une autre société dans laquelle le dirigeant était intéressé. Selon les juges du fond, le dirigeant avait « de mauvaise foi conclu une opération dont il savait

308 - Même si le principe d'interprétation stricte ne figure pas dans la Constitution, il est reconnu comme un corollaire du principe de la légalité criminelle. Voir en ce sens, Cons. const. n°96-377, DC du 16 juillet 1996, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 1996, p. 90. Le principe d'interprétation stricte est également prévu par le nouveau Code pénal à l'art. 111-4.

309 - C. MASCALA, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », D. 2004, n°42, Point de vue, p. 3050-3052.

310 - Ce délit est également prévu pour les sociétés à responsabilité limitée à l'art. L. 241-3 al. 4 du Code de commerce, à l'art. L. 243-1 pour les sociétés en commandite par actions, et à l'art. L. 247-8 al. 1 pour le liquidateur de l'entreprise.

311 - X. DELPECH, « La société à responsabilité limitée », DALLOZ-SIREY, 27e éd., 2012, p. 420-421.

312 - Cass. crim., 8 mars 1967, D. 1967. 586, obs. A. DALSACE.

313 - Cass. crim., 25 novembre 1975, JCP 1976 II 18476, obs. M. DELMAS-MARTY.

314 - Cass. crim. 16 décembre 1975, ibidem.

qu'elle était contraire aux intérêts de la première société pour favoriser la deuxième. » Cette analyse est confortée par chambre criminelle de la Cour de cassation qui souligne que l'infraction est caractérisée « *dès lors que l'administrateur de deux sociétés qui n'ont pas, comme en l'espèce, des intérêts complémentaires, utilise indifféremment, selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre, exposant ainsi par sa volonté frauduleuse, l'actif de chaque société à des risques de pertes auxquels cet actif ne devrait pas être exposé.* » Cet élargissement du champ d'application de l'abus de biens sociaux est dénoncée par la doctrine qui y voit une dénaturation de l'incrimination³¹⁵, car convertissant un délit d'appropriation en un outil de contrôle de la gestion de la société³¹⁶. En effet, l'extension prétorienne du périmètre d'action du délit permet au juge d'exercer un contrôle sur la gestion de l'entreprise en appréhendant dans le champ infractionnel les actes ou usages qu'il estime trop périlleux. Cette interprétation extensive amplifie le risque pénal sans pour autant clairement délimiter les contours de l'abus de biens sociaux. De plus, l'ambiguïté du délit est renforcé par les incertitudes auxquelles est soumise la jurisprudence en cas d'usage infractionnel des biens sociaux. De quelle manière appréhender, par exemple, un acte délictueux visant à obtenir de nouvelles parts de marché? Cet acte, incontestablement étranger à l'objet social, mais garantissant une contrepartie à l'entreprise, est-il pour autant contraire à l'intérêt social? La réponse à cette question a connu une importante oscillation au regard de l'incertitude affectant la notion d'acte contraire à l'intérêt social. Ainsi, dans sa décision du 22 avril 1992, arrêt CARPAYE³¹⁷, la chambre criminelle pose que « *l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite.* » L'une des conséquences de cette décision est qu'elle permet au juge d'appréhender des faits constitutifs de corruption sous la qualification d'abus de biens sociaux. Cet arrêt suscita, à l'époque, d'intenses polémiques doctrinales au motif, entre autres, que l'acte réalisé le fut dans l'intérêt de la société³¹⁸. Une interprétation stricte de l'incrimination aurait, en conséquence, dû faire obstacle à la qualification d'abus de biens sociaux.

Cependant, dans une décision du 11 janvier 1996³¹⁹, la chambre criminelle va reconsidérer sa position. Elle entérine l'analyse des juges du fond qui avaient condamné un dirigeant, non pas pour avoir constitué une caisse secrète affectée à la rémunération de travailleurs clandestins, mais pour avoir, de manière injustifiée, fait usage de cette caisse, sans aucune indication sur la destination des fonds utilisés; ce qui a conduit la Cour d'appel à retenir, à l'encontre du dirigeant, une utilisation à des fins personnelles. Cette jurisprudence sera confirmée par la chambre criminelle dans sa décision du 20 juin 1996³²⁰, puis du 6 février 1997³²¹. Ce déplacement du curseur de l'abus de biens sociaux permet d'abandonner l'interprétation extensive adoptée en 1992 pour revenir à une interprétation plus stricte du délit. Toutefois, la Haute juridiction va procéder à un nouveau volte-face dans l'arrêt CARIGNON en 1997³²² en énonçant que « *quelque soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social, en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales, contre elle-même et ses dirigeants, et porte atteinte à son crédit et à sa réputation.* » Cette analyse de la chambre criminelle va susciter des contestations doctrinales, générant des divergences conceptuelles au sein des auteurs, la plupart estimant que

315 - Cass. crim., 16 décembre 1975, ibidem.

316 - B. BOULOC, « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », Rev. Jurisp. Com., 1995, p. 303.

317 - Cass. crim., 22 avril 1992, Rev. soc. 1993. 124, note B. BOULOC, Dr. pén. 1993, n°115, obs. J-H. ROBERT. Dans cette espèce, les gérants d'une société de transports avaient essayé d'obtenir le marché du transport scolaire en échange de somme d'argent versée à un adjoint au maire.

318 - M. VERON, « L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive? », Gaz. Pal. 1996, p. 624; ou encore B. BOULOC, « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », Rev. Jurisp. Com., 1995, p. 307.

319 - Cass. crim., 11 janvier 1996, Dr. pén. 1996, n°108, obs. J-H. ROBERT; Rev. soc. 1996. 586, obs. B. BOULOC.

320 - Cass. crim., 20 juin 1996, Les Petites Affiches 1996, n°89, p. 31, comm. C. DUCOULOUX-FAVARD; D. 1996. 589, obs. B. BOULOC

321 - Cass. crim., 6 février 1997, Bull. Joly 1997, p. 291, comm. J-F. BARBIERI; D. 1997. 334, obs. J-F. RENUCCI.

322 - Cass. crim. 27 octobre 1997, Bull. Crim. n°352; RSC 1998. 336, note J-F. RENUCCI; Dr. pén. 1998, n°20, obs. M. VERON.

cette décision opérerait un retour à la position de 1992. En effet, elle énonce que l'utilisation des biens sociaux à une fin illicite est contraire à l'intérêt social. Pour justifier sa position, la Haute juridiction allègue qu'une infraction expose la personne morale, ainsi que ses dirigeants à un risque pénal ou fiscal anormal et préjudiciable à la notoriété et au crédit de l'entreprise. Selon la chambre criminelle, ce risque anormal de répression et l'atteinte à l'image de l'entreprise ont un impact plus considérable sur l'intérêt social que les bénéfices tirés d'une infraction, tels que l'obtention d'un marché³²³. Ce repositionnement prétorien a d'ailleurs été confirmé à maintes reprises : entre autres, par décisions du 25 octobre 2006³²⁴ et du 27 février 2013³²⁵ rappelant que « *doit être considéré comme constitutif d'un usage contraire aux intérêts d'une société (...), et quel que soit l'avantage qu'il peut procurer par ailleurs, non seulement l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit, mais encore celle qui a eu pour effet d'exposer la personne morale au risque anormal de sanctions pénales et fiscales contre elle-même et ses dirigeants, d'atteinte à son crédit et à sa réputation.* » Autrement dit, la seule exposition du dirigeant à un risque pénal et ou fiscal suffit à contrarier l'intérêt social, car la notoriété de l'entreprise pourrait en être impactée. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre que puisse être engagée la responsabilité pénale de la société³²⁶.

Depuis l'arrêt CARIGNON, la notion d'intérêt social fait à nouveau l'objet d'une interprétation extensive. La jurisprudence antérieure n'intégrait pas le risque pénal – pesant exclusivement sur le dirigeant jusqu'en 1994 – ni le préjudice porté au crédit de la société. Cependant, il paraît délicat de qualifier cette interprétation d'extensive, étant entendu que le législateur n'apporte aucune définition légale à la notion d'intérêt social. Dans ces conditions, il semble difficile d'appréhender les contours de la notion.

Cependant, la propension judiciaire à l'interprétation extensive en droit pénal des affaires ne s'illustre pas que par le délit d'abus de biens sociaux. Le délit d'entrave en est aussi un révélateur.

II- LE CAS DU DÉLIT D'ENTRAVE

90- Cette infraction est spécifique à de nombreux domaines dont le droit pénal des affaires. Mais à l'aune de l'interprétation qui en est faite, le terme d'entrave ne recouvre pas forcément la même acception. Cependant, qu'on soit en droit pénal du travail (A) ou en droit pénal des sociétés (B), la tendance à l'interprétation large est une constante.

A- L'entrave en droit pénal du travail

91- Ce délit vise, en droit pénal du travail, à garantir, entre autres, l'exercice du droit syndical prévu à l'article L 2146-1 du Code du travail, la libre désignation des délégués du personnel ainsi que le libre exercice de leurs fonctions prévus à l'article L 2316-1 du même code. Il protège également la constitution du comité d'entreprise, le libre choix de ses membres, ainsi que son libre fonctionnement prévus à l'article L 2328-1 du Code du travail.

Cependant, aucun critère légal n'est retenu pour caractériser la notion d'entrave de sorte que ce flou est dénoncé par la doctrine³²⁷. Les contours de l'entrave s'esquissent au fil des décisions prétoriennes. La jurisprudence considère qu'est constitutif d'une entrave « *tout fait d'action ou*

323 - Cass. crim., 27 octobre 1997, Dr. Pén. 1998 n°21, obs. J-H.ROBERT qui considère que l'arrêt CARIGNON constitue une exhortation pour les juges du fond à évaluer « *selon le faisceau des critères qu'il énumère, si le délit primaire expose la société à des risques anormaux et disproportionnés par rapport à ses possibilités et à l'avantage qu'elle peut espérer tirer de cette première infraction. (...) Un petit délit ou une contravention intentionnelle commise pourront échapper à la double qualification.* »

324 - Cass. crim., 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-81502.

325 - Cass. crim., 27 février 2013, pourvoi n°11-88189.

326 - Cass. crim., 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-81502. En l'espèce, l'infraction commise était la corruption d'un salarié (ancien article L.152-6 Code du travail abrogé en 2005) qui ne peut engager la responsabilité pénale de la personne morale.

327 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal des affaires », 6e éd., Mementos DALLOZ, 2006, p. 47-48; A. HOLLENDER-CERF, « *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail* », Thèse Montpellier, 1992, p. 459-460.

*d'omission ayant pour objet ou seulement pour effet de porter une atteinte quelconque si légère soit-elle, au fonctionnement normal du comité, au plein exercice de ses attributions ou encore aux prérogatives de ses membres*³²⁸. » Ainsi, fut condamné le chef d'entrave à la libre désignation des délégués du personnel un dirigeant qui n'a pas entamé la procédure préliminaire au choix des délégués, dans le délai d'un mois suivant la réception de la requête adressée en ce sens par une organisation syndicale³²⁹. A contrario, le fait pour un employeur de révéler à la presse des licenciements économiques au cours d'une grève, sans satisfaire à son obligation d'information préalable du comité d'entreprise, et sans qu'aucune mesure n'ait été envisagée, n'est pas constitutif du délit d'entrave³³⁰.

Toutefois, certaines décisions appréhendent la notion d'entrave d'une manière étonnamment large qui heurte évidemment le principe d'interprétation stricte de la norme pénale. Ce fut le cas dans une décision de la chambre criminelle en date du 5 novembre 1991. Dans cette espèce, les prévenus avaient affiché un document évoquant le droit de la direction de déterminer à sa convenance les horaires de travail et dénonçant des propos injurieux tenus par le secrétaire du comité d'entreprise. Poursuivis pour délit d'entrave au comité d'entreprise sur le fondement de l'article L. 483-1 du Code du travail, aujourd'hui L. 2328-1, les dirigeants furent relaxés par la Cour d'appel qui a considéré que la gêne qui devait impérativement résulter du comportement incriminé était inexistante lors de l'affichage. Mais cette analyse des juges du fond sera censurée par la Cour de cassation qui va condamner les dirigeants en prévision d'une hypothétique décision méconnaissant les prérogatives du comité d'entreprise. La Haute juridiction estime que la Cour d'appel s'était déditée en écartant le chef d'entrave : « *D'une part, elle ne pouvait constater que l'employeur prétendait pouvoir à sa guise modifier de façon générale les horaires de travail, ce qui impliquait dans tous les cas l'absence de consultation du comité d'entreprise, et considérer cependant que la compétence de ce dernier n'était pas remise en cause; elle ne pouvait, d'autre part, (...), constater que le document litigieux reprochait des propos injurieux au secrétaire dudit comité et considérer qu'il n'était pas porté atteinte au crédit de ce dernier.* » Ainsi, le seul affichage du document est constitutif du délit. La simple remise en cause des attributions du comité d'entreprise, sans le moindre début de mesure à l'appui, suffit à caractériser l'infraction d'entrave. En somme, il s'agirait d'une sorte d'entrave par anticipation où il est totalement fait abstraction de l'élément matériel indispensable à la caractérisation de l'infraction. De même, le préjudice porté au crédit du comité d'entreprise par la critique formulée à l'endroit de son secrétaire en raison de ses propos injurieux, est aussi constitutif du délit d'entrave.

Cette inclination à l'interprétation extensive est entérinée par la chambre criminelle dans sa décision du 11 mai 1995³³¹. Dans cette espèce, la Haute juridiction approuve l'analyse des juges du second degré qui ont condamné pour entrave à l'exercice du droit syndical un dirigeant accusé d'avoir exercé des pressions sur le personnel, en tentant de faire comprendre aux délégués du personnel, lors d'une réunion visant à désigner un délégué syndical, que le personnel syndiqué CGT risquait de perdre ses avantages, la section syndicale CGT n'étant pas agréée. Les juges d'appel ont estimé qu'en exprimant son opinion dans ces conditions, le dirigeant s'était tacitement opposé à la constitution d'une section syndicale au sein de l'entreprise. La Cour de cassation rejette le pourvoi du prévenu en considérant que même en l'absence de tout acte matériel d'entrave, la seule expression de l'opinion du prévenu suffit à caractériser l'infraction. Il s'agirait donc d'un « *délit d'opinion*³³². » En somme, toute opinion et toute annonce de mesure en contradiction avec les prérogatives des institutions représentatives ou avec l'exercice du droit syndical sont proscrits.

Cependant la propension à l'interprétation large n'est pas typique que du droit du travail. Le refus

328 - P. MALAVAL, « Le délit d'entrave », *Dr. Social*, 1979, n°4, p. 93.

329- Cass. crim., 21 août 1995, *Dr. ouvrier* 1996. 386, obs. M. RICHEVAUX.

330- Cass. crim., 4 avril 1995, *Dr. Pénal*, 1995, n°184, obs. J-H. ROBERT.

331- Cass. Crim., 11 mai 1995, *Dr. Pénal* 1995, n°206, obs. J-H. ROBERT.

332- J-H. ROBERT, *ibidem*.

de communication de pièces au commissaire aux comptes est aussi extensivement interprété en droit des sociétés.

B- Le refus de communication de pièces au commissaire aux comptes en droit des sociétés

92- La mission de contrôle des commissaires aux comptes est pénalement protégée par l'article L. 820-4 du Code de commerce. Cette disposition sanctionne en effet d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75000 euros « *le fait pour les dirigeants d'une personne morale ou toute personne ou entité au service d'une personne ou entité tenue d'avoir un commissaire aux comptes, de mettre obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes ou des experts nommés en exécution des articles L. 223-37 et L. 225-231, ou de leur refuser la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission, et notamment de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux.* » Deux comportements sont ici visés : l'entrave aux vérifications ou contrôles, et le refus de communication sur place de toutes pièces utiles au déroulement de la mission du commissaire aux comptes.

La caractérisation du délit exige une demande préalable de communication, ainsi qu'un refus de communication sur place. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel de Paris³³³ a relaxé deux dirigeants qui n'avaient pas fait suite à la demande de communication de documents sociaux effectuée par courrier par le commissaire aux comptes. En effet, la Cour a procédé à une interprétation stricte de l'art. L. 820-4 al. 2 qui l'a conduite à considérer que l'élément matériel du délit résidait dans le refus de communication sur place, cette disposition ne sanctionnant pas le refus de transmettre les documents sociaux au commissaire aux comptes qui en a fait la demande par écrit. Or, telle ne fut pas la position des juges du fond deux ans plus tôt. En effet, le 30 septembre 1974³³⁴, la Cour d'appel de Rennes s'était livrée à une interprétation extensive du texte répressif en faisant abstraction de la précision législative « *sur place* » et en condamnant un dirigeant qui n'avait pas déféré à l'obligation de communication en dépit des requêtes réitérées par courrier du commissaire aux comptes. Cette interprétation, qui n'est pas conforme au principe légaliste, intègre dans le champ de répression tout type de refus de communication de pièces au commissaire aux comptes, y compris ceux faisant suite aux demandes par courrier.

C'est cette interprétation extensive qui sera adoptée par la chambre criminelle, dans une décision du 11 mai 1981³³⁵, au détriment du principe légaliste. Dans cette espèce, la Haute juridiction valide la condamnation par la Cour d'appel d'un dirigeant qui n'avait pas communiqué au commissaire aux comptes les détails relatifs aux contrats de prêts et de ventes signés par son entreprise. Cette communication de pièces, sollicitée par écrit, devait permettre au commissaire de certifier l'authenticité des comptes sociaux. Pour justifier sa décision, la chambre criminelle considéra que « *le second délit prévu et réprimé par l'article 458 de la loi du 24 juillet 1966 peut être commis par tous moyens et, notamment, comme en l'espèce, par refus de communiquer au commissaire aux comptes, en original ou en copie, toutes pièces nécessaires à l'exercice de ses fonctions.* » La chambre criminelle aurait dû, à travers cette décision, aplanir les divergences d'interprétation persistant entre les juridictions du fond. Mais elle en manqua l'occasion. D'ailleurs, il sera observé une résistance des juges du fond face à cette interprétation extensive adoptée par la Cour de cassation. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, dans sa décision du 1er février 1991³³⁶, a maintenu une interprétation stricte du délit, en jugeant que « *la simple réception d'une lettre refusant au commissaire aux comptes la possibilité de procéder à des contrôles et à des vérifications ne constitue pas le délit d'entrave au commissaire aux comptes à défaut de présentation effective de celui-ci dans l'entreprise.* » Ce conflit d'interprétation est générateur d'insécurité juridique pour le dirigeant. Certaines incriminations étant formulées de manière

333- CA Paris, 29 janvier 1976, RTD Com. 1976. 559, obs. R. HOUIN.

334- CA, Rennes 30 septembre 1974, D. 1975, Som. 119, RTD Com. 1976. 559, obs. R. HOUIN ;

335- Cass. crim., 11 mai 1981, D. 1982. 653, obs. B. BOULOC ; ou encore Cass. crim., 12 septembre 2001, Rev. soc. 2001. 859, obs. B. BOULOC.

336- CA Paris, 1er février 1991, Dr. pén. 1991, n°239, obs. J-H. ROBERT.

imprécise, seule l'interprétation judiciaire permet d'en préciser les contours. Dans ces conditions, l'homogénéité de la jurisprudence peut seule garantir au dirigeant une sécurité et une prévisibilité juridiques, lorsqu'est respecté le principe d'interprétation stricte de la norme pénale d'affaires. Cependant la tendance à l'interprétation extensive n'est pas la seule source de risque pénal pour le dirigeant. L'application de la loi pénale d'affaires dans le temps peut aussi constituer une menace pour ce dernier, lorsque les règles qui régissent les conflits de loi sont méprisées au profit de la réglementation.

SECTION II : LA MÉCONNAISSANCE DES RÈGLES RELATIVES AUX CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS

93- En droit pénal des affaires, les règles de gestion des conflits de loi dans le temps³³⁷ recouvrent une importance capitale en raison des circonstances évolutives de la matière qui ont une incidence déterminante dans l'application de la loi pénale. Face à des règles économiques mouvantes, le législateur est contraint de modifier la loi pour s'adapter. D'ailleurs, la position prétorienne révèle que les conflits de lois qui se posent en matière pénale d'affaires ne peuvent être résorbés selon les règles du droit pénal commun.

Traditionnellement, une loi pénale de fond plus sévère ne rétroagit pas sur des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur³³⁸. Cette règle est conforme au principe légaliste qui prévoit que nul ne peut être poursuivi pour des agissements qui, lors de leur commission, n'étaient pas constitutifs d'une infraction. A contrario, « *en présence d'une loi favorable à celui qui est poursuivi en justice tout danger s'évanouit et la rétroactivité s'impose.*³³⁹ » En d'autres termes, une loi pénale nouvelle plus favorable développe immédiatement ses effets, même à l'égard des infractions commises antérieurement à son entrée en vigueur³⁴⁰. Le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce³⁴¹ est garantie tant par des dispositions internationales³⁴² que législatives³⁴³, et bénéficie également d'une protection constitutionnelle³⁴⁴. Il ne peut donc, en principe, faire l'objet

337 - Le conflit de lois dans le temps naît lorsqu'une infraction commise sous l'empire de la loi ancienne n'est pas encore définitivement jugée au moment où entre en vigueur la loi nouvelle.

338 - La non-rétroactivité de la loi pénale plus dure est garantie par les articles 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, 11.2 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948, 15.1 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques de 1966, 7.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950, 112-1 alinéas 1 et 2 du Code pénal. De plus, ce principe a valeur constitutionnelle : Cons. const. n°82-155, DC 30 décembre 1982, JO du 31 décembre 1982, p. 4034, ou encore, Cons. const. n°93-325, DC du 13 août 1993, JO du 18 août 1993, p. 11722.

339 - J. LEROY, *op cit.*, p. 114.

340 - Selon W. JEANDIDIER, ces deux principes, qui régissent l'application temporelle de la loi pénale, cohabitent. Elles ont une force égale et ont chacun leur périmètre propre : W. JEANDIDIER, « *Application de la loi pénale dans le temps* », Jurisclasseur pénal articles 112-1 à 112-4, n°27.

341 - Au sujet de l'application temporelle de la loi répressive, deux courants, s'opposent. Le premier, qualifié de classique, considère comme règle générale la non-rétroactivité de la loi pénale nouvelle, et comme exception, la rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus douce (G. LEVASSEUR, « *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps* », Mélanges CONSTANT, Liège, 1971, p. 189-254). Quant au deuxième courant dit moderne, il pose comme principe l'effectivité immédiate de la loi pénale nouvelle, et comme exception, la non-rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus dure (P. ROUBIER, « *Le droit transitoire* », éd. DALLOZ, 1960).

342 - Article 15.1 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques de 1966.

343 - Article 112-1 alinéa 3 Code pénal.

Rappelons néanmoins que la loi pénale nouvelle plus douce ne s'applique pas aux infractions ayant déjà fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, sous réserve de l'article 112-4 alinéa 2 Code pénal.

344 - Il est vrai que la Constitution ne consacre pas explicitement le principe d'application immédiate de la loi pénale plus favorable. Cette absence de consécration expresse a conduit certains auteurs à considérer que ce principe n'avait pas de fondement constitutionnel et qu'au besoin le législateur pouvait y déroger. Voir en ce sens G. LEVASSEUR, « *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps* », Mélanges CONSTANT, Liège, 1971, p. 189-254. Cependant, ce type d'interprétation est écarté par le Conseil constitutionnel qui proclame la valeur constitutionnelle de la règle. Voir en ce sens décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010 : « *que, dès lors,*

d'aucune dérogation.

Toutefois, l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce paralyse parfois l'efficacité de la norme applicable. En effet, la réglementation fluctuant au gré du contexte économique, le dirigeant peut être tenté d'entraver, par tous les moyens, le prononcé d'une condamnation définitive. De la sorte, l'infraction qu'il a commise pourra être éligible à l'application du nouveau texte répressif plus favorable, modifiant les éléments, voire l'existence de l'infraction. Or, l'efficacité d'une législation peut être neutralisée, si le sujet pénal parvient à s'assurer une impunité en éludant habilement la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction. L'obsession répressive conduit alors les juridictions à ne pas donner immédiatement application à la loi pénale nouvelle (I), privilégiant coûte que coûte, au mépris du principe constitutionnel, l'efficacité de la législation d'affaires (II).

I- LA MÉCONNAISSANCE DU PRINCIPE D'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI PÉNALE NOUVELLE PLUS DOUCE

94- Redoutant que l'application immédiate de la loi pénale plus douce n'incite guère le dirigeant à se conformer à la législation économique en vigueur, la jurisprudence fait preuve de pragmatisme en maintenant la loi pénale ancienne plus dure dans l'optique de préserver l'efficacité de la réglementation (A). Ce faisant, elle transgresse le principe constitutionnel d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable (B).

A- La résilience de la loi pénale ancienne plus sévère

95- Pour des raisons pragmatiques à visée répressive, la jurisprudence écarte parfois l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable au dirigeant. Elle énonce comme règle générale que dans le domaine économique, tant que la norme pénale, substrat de l'incrimination, est applicable, les normes réglementaires d'application plus favorables n'ont pas vocation à s'appliquer immédiatement dès lors que des poursuites sont enclenchées.

Cette règle prétorienne est posée par un arrêt rendu le 10 novembre 1970 (arrêt VON SALDERN) en matière d'infraction douanière et d'infraction à la réglementation des changes³⁴⁵ : « *il est de principe que les textes réglementaires en matière économique ou fiscale ne rétroagissent pas à moins de dispositions contraires formellement exprimées.* » La portée de cette décision est qu'elle déconstruit l'oeuvre jurisprudentielle parcimonieusement élaborée par la chambre criminelle³⁴⁶ en érigeant en principe des exceptions mises en place par la Cour de cassation. En effet, cet arrêt pose une véritable dérogation au principe d'application immédiate de la loi répressive nouvelle plus favorable lorsque la nouvelle disposition est un règlement communautaire de nature économique ou fiscal. S'appuyant sur cette décision intervenue à l'égard d'un règlement communautaire, la doctrine en infère aussitôt, qu'en vertu de la hiérarchie des normes, toute disposition pénale nouvelle plus douce doit également être privée d'application, s'il s'agit d'une loi interne ou d'un règlement administratif, d'ordre économique ou fiscal³⁴⁷. Au regard de cette décision, sauf disposition

sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée»; ou L. FAVOREU et L. PHILIP, « Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel », 17ème éd., DALLOZ, 2013.

n°30; ou encore Cons. const. n°80-127, DC du 19 et 20 janvier 1981, Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1981, 91, D. 11982. 441, obs. A. DEKEUWER;

345 - Cass. crim., 10 novembre 1970, JCP 1971 II 16714; ou encore J. BORRICAND, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale », D. 1978, Chron. 275. Dans cette espèce, les prévenus faisaient grief aux juges d'appel entrés en voie de condamnation à leur encontre, d'avoir, entre autres, écarté l'application immédiate de deux règlements communautaires qui neutralisaient les poursuites par lesquelles ils étaient visés.

346 - Cass. crim., 30 octobre 1962, JCP 1962 IV 158; Cass. crim., Req. 11 mars 1940, D. 1940. I. 52.

347 - W. JEANDIDIER, « Application de la loi pénale dans le temps », Jurisclasseur pénal, articles 112-1 à 112-4,

contraire formellement exprimée, il y a donc survie de la loi pénale ancienne plus dure en matière économique ou fiscale.

Et en dépit de la décision du Conseil Constitutionnel du 19 et 20 janvier 1981 rappelant la valeur constitutionnelle du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce, la chambre criminelle poursuit sa résistance en matière d'incriminations pénales d'affaires³⁴⁸. Après quelques oscillations³⁴⁹, la Cour de cassation pose les règles applicables dans un arrêt en date du 7 juin 1990, dit DELFOLIE. Élaborant une véritable théorie dérogoire au principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce, elle énonce qu'en matière économique, « *lorsqu'une disposition législative support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif.* » Elle indique aussi qu' « *en matière douanière ou cambiaire, le juge répressif doit examiner les faits qui lui sont soumis sous l'incrimination qui leur est spécialement applicable à la date de l'engagement des poursuites.* »³⁵⁰

Au regard des règles fixées par la Cour, il apparaît que les griefs doivent être analysés, non plus à l'aune de la législation en vigueur au jour de la commission de l'infraction, mais de celle en vigueur au moment du déclenchement des poursuites. Par voie de conséquence, la suppression de dispositions réglementaires d'application avant le déclenchement des poursuites peut se révéler bénéfique pour le délinquant. Toutefois, l'abrogation n'aura aucune incidence, une fois les poursuites engagées, puisque la chambre criminelle écarte tout bénéfice d'une nouvelle disposition plus favorable au prévenu du moment que le texte incriminateur reste applicable et qu'aucune décision définitive n'est intervenue.

Cette décision méconnaît donc les règles traditionnellement appliquées en cas de conflit de lois dans le temps en matière économique en retenant comme texte applicable celui en vigueur au moment de l'engagement des poursuites et non plus au moment des faits, et en refusant au prévenu tout bénéfice d'une nouvelle disposition plus douce résultant de l'abrogation d'un texte réglementaire d'application, sauf si le texte incriminateur lui-même vient à être abandonné après le déclenchement de la procédure³⁵¹.

Toutefois, il est à noter que cette dérogation à l'application immédiate de la norme pénale plus favorable mise en place par la chambre criminelle dans le domaine économique se cantonne exclusivement aux textes réglementaires pris en application d'une disposition législative. Ne sont donc concernées, ni les dispositions réglementaires autonomes, ni celles communautaires complémentaires d'une loi pénale en blanc.

Ainsi, constitutifs du support légal de l'incrimination, les règlements pris par le pouvoir exécutif en

n°98; ou encore J. BORRICAND, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale, D. 1978, Chron. 275.

348 - Cass. crim., 1er juin 1981, Bull. Crim. n°179. Dans cette décision, la chambre criminelle réaffirme qu' « *il est de principe que les textes réglementaires en matière économique ne rétroagissent pas, à moins de dispositions contraires formellement exprimées et ne disposent que pour l'avenir.* »

349 - Au départ, la jurisprudence écartait, pour les instances en cours l'application immédiate de toute disposition réglementaire complémentaire de la loi pénale plus douce, qu'elle soit interne ou communautaire. Cependant, une décision du 12 novembre 1986, (D. 1988. 39 obs. A. DEKEUWER) a donné une application immédiate à une loi pénale interne modifiée par un règlement communautaire plus doux, les poursuites n'étant pas encore engagées au moment de l'abrogation de la nouvelle disposition. Ensuite, par une autre décision en date du 25 janvier 1988 (Bull. Crim. n°33, RSC 1988. 804, note J. COSSON), la chambre criminelle change les règles en considérant comme une disposition nouvelle plus favorable immédiatement applicable « *l'abrogation d'un texte réglementaire, support nécessaire d'une incrimination, dès lors qu'elle retire aux faits poursuivis leur caractère punissable.* »

350 - Cass. crim., 7 juin 1990, Bull. Crim. n°232, D. 1990. 584, obs. J. PANNIER; ou encore, Cass. crim., 4 septembre 1990, Dr. pén. 1990, n°334, note J-H. ROBERT.

351 - Il faut rappeler qu'en dépit de l'avènement du nouveau Code pénal, cette position jurisprudentielle reste d'actualité : Cass. crim., 26 janvier 2005, pourvoi n°04-82542 « *Attendu que la cour d'appel a écarté, à bon droit, l'application des dispositions de l'article 28 du Code des marchés publics résultant du décret du 7 mars 2001, ayant relevé le seuil au-delà duquel la procédure d'appel d'offres est obligatoire, dès lors, d'une part, que les faits ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, d'autre part, que le texte législatif, support légal de l'incrimination, n'a pas été modifié.* »

matière contraventionnelle, sont soumis à application immédiate³⁵² lorsqu'ils sont plus favorables. Ainsi, la méconnaissance de l'article 28 de l'ordonnance du 1er décembre 1986³⁵³ relative à la liberté des prix et de la concurrence qui soumet tout prestataire de services à une obligation de transparence sur les prix pratiqués, initialement constitutive d'un délit, est désormais sanctionnée par des amendes contraventionnelles de cinquième classe par l'article 33 du décret du 29 décembre 1986³⁵⁴. Prenant acte de l'entrée en vigueur de dispositions pénales nouvelles plus douces, la chambre criminelle se conforme à l'application immédiate du nouveau texte plus favorable en censurant la décision des juges du second degré et en demandant à la juridiction de renvoi de réexaminer les faits en tenant compte du décret³⁵⁵.

Le même traitement est accordé aux règlements communautaires complétant une loi pénale en blanc. C'est ainsi que la Haute juridiction a entériné la relaxe prononcée par une Cour d'appel en faveur d'un prévenu poursuivi en vertu du Code des douanes et des règlements communautaires du 27 juin 1968 et du 23 décembre 1970. Elle a considéré qu'« *un règlement du Conseil pris pour application du traité CEE a en droit interne, non pas une valeur réglementaire, mais une valeur supérieure à la loi nationale*³⁵⁶. »

Ici également, la disposition communautaire plus douce reçoit une application immédiate en dépit de la survie du support légal de l'incrimination, en l'espèce, les dispositions du Code des douanes.

Mais pourquoi cette différence de traitement entre le règlement interne d'application et le règlement communautaire, alors que dans les deux situations le support légal de l'incrimination reste applicable? Selon la chambre criminelle, cette différence trouve sa justification dans la hiérarchie des normes qui confère au règlement communautaire une valeur supérieure à celle de la norme interne et qui lui vaut de recevoir une application immédiate.

Au regard de la jurisprudence de la chambre criminelle, les règlements internes d'application plus favorables non pas vocation, en matière économique, à recevoir une application immédiate, tant que reste applicable la norme, support légal de l'incrimination. La seule condition pour que ces textes réglementaires reçoivent application est le déclenchement impératif des poursuites avant leur abrogation. Cette théorie dérogatoire élaborée par la Cour de cassation objective une complexité relative et s'inscrit en rupture avec les règles traditionnelles de gestion des conflits de lois répressives dans le temps, car violant le principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce.

B- La méconnaissance du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable

96- La violation manifeste des règles régissant la gestion des conflits de lois répressives dans le temps aurait dû susciter une contestation unanime de la doctrine. Mais, il n'en fut rien. Certains auteurs ne reconnaissent au principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce qu'une portée limitée, considérant qu'il peut donc faire l'objet de dérogations. Mais cette analyse diverge de celle du Conseil constitutionnel qui reconnaît au principe une portée générale et absolue. À l'appui de son allégation, la frange de la doctrine³⁵⁷ soutenant la portée limitée du principe estime que cette analyse se déduit de la décision même de la juridiction constitutionnelle de 1981. Les auteurs avancent deux arguments pour étayer leur assertion.

Le premier tend à considérer les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme

352 - Cass. crim., 16 février 1987 et 16 mars 1987, ainsi que Cass. crim., 12 novembre 1986, D. 1988. 39, notes A. DEKEUWVER.

353 - Devenu aujourd'hui art. L. 113-3 du Code de la consommation.

354 - Devenu aujourd'hui article R. 113-1 du Code de la consommation

355 - Cass. crim., 16 février 1987, D. 1988. 39, obs. A. DEKEUWVER; ou encore Cass. crim., 23 février 1987, Bull. Crim. n°88.

356 - Cass. crim., 12 décembre 1996, Dr. pén. 1997, n°80, première espèce, obs. J-H.ROBERT; ou encore Cass. crim., 26 mars 1998, Bull. Crim. n°116, Rev. sociétés 1998. 609, obs. B. BOULOC.

357 - Principalement F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, « *Droit pénal général* », 16ème éd., ECONOMICA, 2009, n°343; M. PUECH, « *Droit pénal général* », LITEC 1988, p. 129

et du citoyen consacrant le principe de nécessité des peines comme une présomption simple. Or, selon le Conseil constitutionnel, c'est à ce principe que s'adosse celui de l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce. Ces auteurs estiment que l'article 8 n'étant qu'une présomption simple, une disposition supprimée pourra, par conséquent, continuer à recevoir application en dépit de l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme plus favorable, pour peu que la peine ancienne plus dure soit jugée strictement et évidemment nécessaire. Établi sur le principe de la nécessité des peines, cette explication ne permet d'admettre que les potentielles exceptions de nature législative, étant entendu que seul le législateur peut apprécier la nécessité des peines comme l'a rappelé la juridiction constitutionnelle dans sa délibération du 19 et 20 janvier 1981 : « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par ce lui-ci.*³⁵⁸ » Seule l'appréciation de la nécessité des peines, organiquement confiée au législateur, peut priver la loi pénale nouvelle plus favorable d'application; il s'agirait alors d'une exception législative. Ainsi, ni les juridictions répressives, ni le Conseil constitutionnel ne sont en principe habilités à exercer cette prérogative, hormis l'hypothèse d'une disproportion manifeste d'appréciation entraînant une censure de la juridiction constitutionnelle³⁵⁹. Dans ces circonstances, l'argument afférent au principe de nécessité objective des lacunes et ne semble donc pas en mesure de légitimer le maintien de la loi pénale ancienne plus dure.

Le deuxième argument évoqué pour déroger à l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce réside, quant à lui, dans la résurgence d'une ancienne conception doctrinale qui essayait de donner un fondement à la position prétorienne dans le domaine économique en établissant une démarcation entre la norme pénale et la norme extra pénale³⁶⁰. Ce courant prônait une application immédiate pour les normes pénales, tandis que les normes extra pénales seraient tenues en dehors du champ de l'application immédiate. C'est en reprenant cette conception que certains auteurs ont considéré que la décision du Conseil constitutionnel de 1981 ne visait que les lois pénales³⁶¹.

Ce courant, qui prend pour critère d'éligibilité à l'application immédiate la nature de la norme, vise à légitimer les dérogations jurisprudentielles. Mais il se heurte à un obstacle majeur résidant dans la difficulté à déterminer le caractère pénal d'une norme. *En outre*, « *les termes employés par la décision précitée du Conseil constitutionnel n'instaurent aucune distinction entre ces deux types de normes : la formulation générale semble exclure toute casuistique*³⁶². »

Il apparaît donc que les arguments développés pour faire échec à l'application immédiate de la norme pénale nouvelle plus douce sont lacunaires. Une partie de la doctrine observe en ce sens qu'en retoquant l'alinéa 2 de l'article 100 de la loi Sécurité et Liberté, le Conseil constitutionnel a entendu rappeler la portée absolue et générale du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce³⁶³. « *En outre, la généralité de la formule utilisée par le Conseil constitutionnel ne laisse place ni à l'exception ni au doute (...) L'ordre ainsi donné au législateur vaut également pour le juge*³⁶⁴. » Ainsi, M. MATHIEU et M. MOLFESSIS rappellent que le principe d'application immédiate formulé sans équivoque a une valeur constitutionnelle³⁶⁵ et s'impose tant au créateur de

358 - Cons. const. n°80-127, DC du 19 et 20 janvier 1981, RJC 1981. 91; JCP 1981 II 19701, obs. C. FRANCK, L. FAVOREU, et L. PHILIP, « *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* », 17e éd., DALLOZ, 2013, n°30.

359 - Par exemple, Cons. const. n°96-377, DC du 16 juillet 1996, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 1996, p.87-94.

360 - P. ROUBIER, « *Le droit transitoire* », 2ème éd., DALLOZ-SIREY, 1960.

361 - R. MERLE et A. VITU : « *La décision du Conseil constitutionnel ne concerne à vraiment parler que les lois pénales, seules visées d'ailleurs par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme* », « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7ème éd., CUJAS, 1997, p. 365.

362 - N. MOLFESSIS, « *Le Conseil constitutionnel et le droit privé* », LGDJ, 1997, p.210.

363 - Selon W. JEANDIDIER, la juridiction constitutionnelle stigmatise clairement « *ipso jure toute exception à ce principe* », in « *Application de la loi dans le temps* », Jurisclasseur pénal, articles 112-1 à 112-4, n°100.

364 - J. LE CALVEZ, « *Les aspects nouveaux de l'application dans le temps des lois pénales plus douces* », Revue internationale de criminologie et de police technique de Genève, 1982, p.180.

365 - N. MOLFESSIS, « *Le Conseil constitutionnel et le droit privé* », ibidem; ou encore G. MATHIEU, « *L'application de la loi pénale dans le temps. Dans la perspective du nouveau Code pénal* », RSC 1995. 284, p. 270.

la norme qu'à son interprète. Quant à M. HUET³⁶⁶, il considère que la consécration de ce principe par l'article 15-1 du Pacte international de New York lui confère ipso jure une portée générale. Il y aurait, selon cet auteur, en cas de dérogation, une transgression manifeste de la hiérarchie des normes, car le principe de la rétroactivité *in mitius* s'impose dans tous les cas.

Au regard de la jurisprudence constitutionnelle et des dispositions internationales, le principe de la rétroactivité *in mitius* a une portée impérative et générale. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence dérogatoire élaborée par les juridictions répressives en matière économique n'est pas conforme à la Constitution. Elle vise essentiellement à garantir l'efficacité de la réglementation.

II- LE CHOIX PRÉTORIEN D'UNE ORIENTATION PRAGMATIQUE À VISÉE RÉPRESSIVE

97- En matière économique, l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable peut parfois avoir des répercussions importantes sur l'efficacité de la réglementation, s'agissant d'un domaine où la législation fluctue en fonction des aléas conjoncturels. C'est au regard de cette instabilité que la chambre criminelle de la Cour de cassation exclut parfois l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce pour éviter une neutralisation de la réglementation économique ou fiscale applicable³⁶⁷.

La doctrine tente alors d'échafauder des théories juridiques visant à légitimer ces dérogations prétoriennes et à rétablir une sécurité juridique mise à mal par la transgression d'un principe constitutionnel. Seulement, les différentes théories élaborées objectivent toutes des insuffisances et n'apportent pas de justifications satisfaisantes aux dérogations mises en places par la jurisprudence (A). Cette orientation jurisprudentielle semble davantage dictée par l'intérêt de la société que par celui de l'individu (B).

A- Le défaut de justification du maintien de la norme pénale ancienne plus sévère

98- Dans leur tentative de rationalisation de la position jurisprudentielle, certains auteurs élaborent des théories générales dérogatoires au principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable. Dans cette perspective, alors que d'aucuns établissent une différenciation entre la loi pénale et la loi extra pénale, d'autres évoquent un chevauchement de compétences dans l'élaboration de l'incrimination³⁶⁸.

S'agissant de la première théorie, elle propose de cantonner l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce aux lois pénales car « *la notion de loi plus douce ne veut rien dire pour les autres textes*³⁶⁹. » Par conséquent, les lois extra pénales doivent être tenues en dehors du champ d'application immédiate. Seulement, en matière économique, l'incrimination est souvent, en partie, définie par une norme extra pénale. Dans ces conditions, la disposition extra pénale nouvelle ne faisant pas l'objet d'une application immédiate, la jurisprudence de la chambre criminelle semble parfaitement fondée. Cependant, en dépit de sa cohérence, cette théorie divise, car elle se heurte à un certain nombre d'obstacles. Le premier réside dans la difficulté à établir une démarcation entre loi pénale et loi extra pénale³⁷⁰. Le deuxième tient au fait que la théorie « *n'explique pas que toutes les normes de nature extra pénale ne soient pas concernées par les dérogations, que seuls les*

366 - A. HUET, « La rétroactivité *in mitius* des textes réglementaires en matière économique; dissonances sur une question simple », JCP 1989 I 3378.

367 - Selon J. BORRICAND, « la réglementation économique ou fiscale du moment perdrait toute valeur intimidante », in « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale », D. 1978. 275, p.281.

368 - Dans son article intitulé « Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il être considéré comme absolu? », JCP 1947.I.618, M. VIENNE, propose une troisième théorie différenciant la norme but de la norme moyen.

369 - P. ROUBIER, « *Le droit transitoire* », 2ème éd., DALLOZ-SIREY, 1960, p.496.

370 - J. BORRICAND, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale », D. 1978. 275, p.281.

*domaines économiques, fiscaux et douaniers en fassent l'objet*³⁷¹. » Quant au troisième obstacle, il réside dans le fait que cette théorie prend à contre-pied le principe posé par la chambre criminelle selon lequel toute loi nouvelle qui supprime une incrimination ou comporte des dispositions plus douces a vocation à recevoir une application immédiate.

S'agissant de la deuxième théorie, elle subordonne l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable à la structure de l'incrimination³⁷². Ainsi, si le texte incriminateur, le texte décrivant le comportement répréhensible et le texte sanctionnateur sont tous élaborés par le législateur, alors la nouvelle disposition requiert une application immédiate. En revanche, il en va autrement si le législateur se limite à l'élaboration des normes d'incrimination et de sanction en déléguant la spécification de l'agissement répréhensible à une autre autorité. En effet, ce dédoublement de compétences au sein d'une même norme pénale postule l'application de deux régimes distincts. Si le texte d'incrimination ou de sanction sont favorablement modifiés, alors ils requièrent une application immédiate. A contrario, si la modification plus favorable n'affecte que la norme définissant le comportement blâmable, la sanction survit grâce au maintien de la norme ancienne.

Il appert que cette théorie limite l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce aux textes d'incrimination et de sanction. Cette limitation pourrait se révéler fort utile en matière économique où prévaut un éclatement structurel de l'incrimination. Seulement, la sphère d'action de cette théorie ne se limite pas aux seules infractions économiques. Elle subsume toutes les incriminations répondant au critère de chevauchement de compétences, et donc pas exclusivement économiques. Selon cette conception, lorsqu'une incrimination est complétée par une disposition réglementaire communautaire, elle ne peut être éligible à l'application immédiate. Or, cette solution est contraire à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui préfère donner une application immédiate à une norme pénale adoucie par un règlement communautaire la complétant.

Compte tenu de ce qui précède, il ressort qu'aucune de ces théories ne justifie de façon satisfaisante la conformation jurisprudentielle actuelle. En matière économique, l'application de la loi pénale nouvelle plus favorable par la chambre criminelle est tributaire de la nature de la nouvelle disposition. Dans ces circonstances, la fluctuation jurisprudentielle n'est pas de nature à favoriser l'émergence d'une théorie justificative plus générale qui rendrait plus prévisibles les règles de gestion des conflits de lois en vigueur.

L'unique justification de cette jurisprudence dérogatoire en matière économique est à rechercher dans l'intérêt de la société qui, seul, semble déterminer l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable.

B- L'intérêt de la société légitimant le maintien de la loi pénale ancienne plus sévère

99- L'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable sert, en principe, l'intérêt du sujet pénal, ainsi que celui de la société. Dans le premier cas, l'individu bénéficie de l'application immédiate de la norme favorable pour des raisons d'humanité et d'équité³⁷³. Dans le second, l'adoucissement de la norme permet à la société de démontrer qu'il n'est plus nécessaire de maintenir la loi ancienne plus sévère en l'état parce qu'elle n'est plus strictement et évidemment nécessaire. La rencontre de ces deux intérêts donne naissance à l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable³⁷⁴.

Cependant, l'application de ce principe ne permet pas toujours de préserver le respect et l'efficacité de la législation en vigueur. Or, une loi pénale nouvelle plus douce ne présume pas nécessairement

371 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 5ème éd., MEMENTOS DALLOZ, 2002, p.43.

372 - J. LE CALVEZ, « Les aspects nouveaux de l'application dans le temps des lois pénales plus douces », *Revue internationale de criminologie et de police technique de Genève*, 1982, p.180.

373 - R. GARRAUD, « *Droit pénal général* », Tome I, 3ème éd., SIREY 1913, p.321-322.

374 - R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7ème éd., CUJAS, 1997, p. 344.

l'inutilité d'une répression sévère pour le respect des intérêts de la société³⁷⁵. Surtout dans certains secteurs comme l'économie où la réglementation est instable, l'efficacité de la législation est souvent contrariée par l'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable, puisque s'abritant derrière la fluctuation de la législation, le dirigeant peut être tenté de s'affranchir du respect de la législation économique en vigueur mais appelée à être modifiée. Face à la divergence des intérêts en concours et à la nécessité de d'arbitrer, la chambre criminelle semble avoir privilégié l'intérêt de la société et l'efficacité de la législation au détriment de celui du dirigeant.

Seulement, en opérant ce choix, la Haute juridiction extrapole l'appréciation de la nécessité de la peine, prérogative du législateur, et se place en défenseur de l'intérêt social. La sécurité juridique du dirigeant est ainsi menacée car les règles établies par la jurisprudence présente des garanties insuffisantes. En effet, cette dernière module les règles de conflit de lois dans le temps afin de garantir l'effectivité d'une partie de la législation économique. Et si, parfois, ces modulations peuvent se révéler indispensables, elles doivent impérativement être encadrées de manière à garantir au dirigeant la prévisibilité de la norme applicable. Or, la conformation actuelle de la jurisprudence ne garantit pas à ce dernier une protection suffisante. Comment identifier les limites du domaine économique, critère essentiel d'application de la jurisprudence de la chambre criminelle? En cas d'incertitude sur la nature du règlement, le dirigeant n'est pas en mesure de prévoir le régime auquel il sera soumis. Et s'il est vrai que la position jurisprudentielle a semblé montrer quelques signes de stabilité, il n'en demeure pas moins que les règles qu'elle édicte peuvent souvent prêter à confusion, d'où la nécessité d'une plus grande clarté pour plus de sécurité.

De valeur constitutionnelle et consacré par des textes internationaux, le principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce revêt une portée générale et impérative, de sorte que ni le législateur, ni le juge ne peuvent y déroger. Or, s'inscrivant dans une approche pragmatique dictée par l'intérêt de la société et l'efficacité de la législation économique, la jurisprudence déroge bien souvent à ce principe.

375 - Selon G. LEVASSEUR : « *La simple existence d'une loi nouvelle moins rigoureuse n'est pas, en soi, une présomption irréfragable que les intérêts de la société n'exigent pas une répression sévère* », in « *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps* », Mélanges CONSTANT, Liège 1971, p. 202.

Chapitre III

Les déficiences formelles de l'incrimination

100- L'originalité de l'incrimination visant le dirigeant ne se circonscrit pas à son objet, ni aux valeurs juridiques qu'elle entend protéger, mais se révèle, de manière plus encrée, dans son architecture atypique.

L'analyse de celle-ci révèle une altération de l'élément matériel (Section I) et un effacement de l'élément moral (Section II) qui permettent de retenir plus facilement le dirigeant dans les liens de la responsabilité pénale.

SECTION I : L'ALTÉRATION DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

101- Dispositif indispensable dans le processus d'incrimination, l'élément matériel incarne l'objectivation de l'infraction. Il concrétise la violation de l'interdit pénal. Selon la structure de l'infraction, il peut revêtir différentes formes. L'élément matériel peut résider dans la violation d'une obligation de ne pas faire ou dans l'exigence d'un acte positif. Il peut se traduire par la simple réalisation d'un comportement ou requérir, de surcroît, une conséquence préjudiciable.

D'une manière générale, l'élément matériel d'une infraction réside dans un acte positif caractérisé par la transgression d'une interdiction d'agir³⁷⁶ et dans la survenance d'une conséquence dommageable. Cependant, cette orthodoxie est remise en cause par l'émergence d'un droit répressif moderne édifié sur la base de dérogations au droit pénal traditionnel³⁷⁷. S'inscrivant dans ce modernisme, la matérialité de l'infraction d'affaires se caractérise par la méconnaissance de l'exigence d'un acte positif du dirigeant (I), conséquence de la consécration jurisprudentielle de l'équivalence entre l'action et l'omission (II). L'infraction est réputée consommée par le dirigeant même en l'absence de tout préjudice (III).

I- LA MÉCONNAISSANCE DE L'EXIGENCE D'UN ACTE POSITIF DU DIRIGEANT

102- D'une conception rationaliste et individualiste énoncée à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁷⁸, le droit pénal moderne a vocation à interdire d'agir et à punir l'accomplissement d'un agissement spécifié³⁷⁹. On retrouve cette même conception dans le Code pénal napoléonien qui réprimait surtout des comportements matériels positifs nuisibles à la société ou à autrui. Les obligations de faire dont la transgression était frappée de peines correctionnelles étaient fondées sur des devoirs moraux strictement définis³⁸⁰. Pour le reste, seules des sanctions contraventionnelles étaient encourues. Selon cette conception, seules les infractions d'action requérant un acte matériel positif devraient être sanctionnées.

Très attachée à la liberté individuelle, cette conception du droit répressif semble néanmoins en déphasage avec la réalité juridique. Le législateur moderne, soucieux d'orienter le comportement du citoyen dans un sens jugé conforme à l'intérêt général, abandonne fréquemment cette logique en passant de l'incrimination de ce qui est fait et qui n'aurait pas dû l'être à l'incrimination de ce qui n'est pas fait et qui aurait dû l'être. Il ne s'agit désormais donc plus de réprimer ce qui est nuisible, mais d'imposer des comportements positifs sous la menace de sanctions pénales. S'écartant du droit pénal fondamental qui est un droit de protection, le droit pénal des affaires s'est érigé dans une large mesure en un droit pénal de direction qui cherche à établir un certain ordre, en sanctionnant le simple fait de ne pas accomplir certaines obligations³⁸¹. Au regard de la matérialité des infractions, cette orientation pénale se traduit par le recours fréquent du législateur aux infractions d'omission (A) à des fins répressives (B).

A- Le recours massif aux infractions d'omission

376 - J. PINATEL, « L'élément matériel de l'infraction devant la criminologie et les sciences de l'homme », RSC 1967. 910.

377 - A. VITU, « L'élément légal et l'élément matériel de l'infraction devant les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme », in « Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie », Colloque de science criminelle, Toulouse, 30, 31 janvier, 1er février 1969, éd. DALLOZ, 1969, p. 39-59.

378 - Aux termes de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société.* »

379 - Selon J. PRADEL, « *la liberté individuelle souffre moins de l'interdiction d'une action positive (obligation d'abstention) que de celle d'une attitude passive (obligation d'agir)* », in « *Droit pénal général* », 15ème éd. CUJAS, 2004, n°363.

380 - J-H.ROBERT, « L'obligation de faire pénalement sanctionnée », Archives de la philosophie du droit, 2000, Tome 44, p. 153 et s.

381 - G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 6ème éd. MÉMENTOS, 2006, p. 50.

103- Il est établi par la doctrine que le droit économique et financier, notamment le droit des sociétés, regorge d'infractions de pure omission³⁸². Il en résulte, dans ces domaines, un élargissement du champ de la répression. En effet, avec les incriminations de commission, il paraît plus aisé de ne pas transgresser la loi, car l'inaction assure au moins la garantie de ne pas mal faire. Mais avec la recrudescence des incriminations d'omission, la passivité devient blâmable et, l'inaction équivaut à une action répréhensible³⁸³.

Selon J-H. ROBERT³⁸⁴, ces obligations de faire pénalement sanctionnées prennent tirent leur origine de la contravention de police qui sanctionnait la violation des règles de police administrative. Mais les législations modernes ont progressivement altéré le particularisme des contraventions et le rapport avec la police administrative. Ainsi, « *le mode d'imputation jadis caractéristique des contraventions est passé dans la matière des délits et concerne tous ceux dont l'élément moral est fait d'une intention faiblement caractérisée ou d'une imprudence*³⁸⁵. » Le dirigeant a donc été la cible désignée de cette évolution : « *Au terme de la "dérive", "le dirigeant est donc devenu un responsable pénal dont on peut encore douter qu'il soit seulement débiteur d'une vaste obligation de faire : il est un "débiteur de responsabilité". "L'expression est, juridiquement, un non-sens, mais elle exprime une vérité sociologique nouvelle : la condamnation pénale sert d'exutoire au désir populaire de vengeance à l'égard de la délinquance des institutions publiques et privées. Le droit pénal, saisi par la décadence et la démagogie, est retourné aux jours primitifs de la responsabilité objective*³⁸⁶. » De la sorte, la présence, habituellement, exceptionnelle des infractions d'omission, constitue aujourd'hui l'une des singularités de la matière³⁸⁷, et l'omission constitue l'arme de prédilection du législateur pour assurer le respect des obligations incombant au dirigeant. La conformation de ces infractions est assez hétérodoxe, puisque « *le comportement passif est incriminé en tant que tel, indépendamment d'un quelconque résultat dommageable*³⁸⁸. » La loi sévit dès l'inobservation de l'obligation imposée.

Réglémenté par de nombreuses obligations professionnelles, le monde des affaires semble particulièrement propice pour recevoir ce type d'infractions. C'est pour cette raison que le législateur y recourt abondamment notamment en droit des sociétés (1), mais également dans les autres composantes du droit des affaires (2).

1- Le recours aux infractions d'omission en droit des sociétés

104- Visée par la doctrine³⁸⁹, la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales et codifiée dans le Code de commerce est un impressionnant vivier d'incriminations d'omission en droit pénal des affaires. L'inobservation de nombreuses obligations de faire rythmant la vie d'une société est érigée en incrimination. Ces obligations prennent naissance dès la constitution de la société et vont jusqu'à sa dissolution ou à sa liquidation. De la sorte, lors de la création d'une société à responsabilité limitée, obligation était faite aux associés de procéder, dans l'acte de société, à une déclaration relative à la répartition des parts sociales entre les associés et à la libération des parts ou au dépôt des fonds. Cette obligation a été abrogée en 2012³⁹⁰. De même, lors de la vie sociale, et

382 - Ph. CONTE et J. LARGUIER, « *Droit pénal des affaires* », 11e éd., ARMAND COLIN, 2004, p. 22.

383 - D. REBUT, « *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence en l'action et l'inaction* », Thèse Lyon III, 1993, p. 375.

384 - J-H. ROBERT, « *L'obligation de faire pénalement sanctionnée* », Archives de la philosophie du droit, 2000, Tome 44, p. 153 et s.

385 - D. REBUT, « *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence en l'action et l'inaction* », Thèse Lyon III, 1993, p. 375.

386 - *Op. cit.*, p. 161.

387 - M. PUECH, « *Droit pénal général* », éd. LITEC, 1988, p. 172.

388 - W. JEANDIDIER, « *Classification des infractions* », Jurisclasseur pénal article 111-1, n° 96.

389 - B. BOULOC, « *La liberté et le droit pénal* », Rev. sociétés 1989. 377, p. 389; A. VITU, « *Regard sur le droit pénal des sociétés* », Mélanges ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 254. »

390 - Article L. 241-1 du Code de commerce abrogé par l'article 21 de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

notamment pour la tenue des assemblées, obligation est faite au gérant de « *procéder à la réunion de l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice*³⁹¹. » De la même manière, il est fait obligation au président, aux administrateurs ou aux directeurs généraux d'une société anonyme de dresser l'inventaire pour le compte de chaque exercice, et d'établir des comptes annuels, ainsi qu'un rapport de gestion³⁹². En fin de vie, dans l'hypothèse d'une liquidation, le liquidateur doit « publier dans le délai d'un mois de sa nomination, dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social, l'acte le nommant liquidateur et déposer au registre du commerce et des sociétés les décisions prononçant la dissolution³⁹³. La liste de ces incriminations d'omission qui répriment pénalement l'inobservation des obligations prévues est loin d'être exhaustive. Le dépositaire de l'obligation est poursuivi dès le défaut d'accomplissement de l'acte exigé.

Les infractions d'omission sont également l'outil de prédilection du législateur pénal en dehors du droit des sociétés.

2- Le recours aux infractions d'omission en dehors du droit des sociétés

105- Les infractions d'omission ne sont cependant pas une spécificité du seul droit des sociétés. Elles sont également fréquemment utilisées en droit de la consommation où sont érigées en incrimination de nombreuses obligations pesant sur le professionnel afin de garantir la sécurité du consommateur, de veiller sur l'intégrité de son consentement et de lui assurer une bonne information³⁹⁴. De même, en droit du travail, le législateur opte pour le maniement de la sanction pénale afin de garantir l'exécution de certaines obligations³⁹⁵. Ainsi, le délit d'entrave³⁹⁶ réprime, par un seul texte, la transgression de plusieurs obligations. En fonction de la nature de l'obligation violée, l'entrave peut être consécutive à une action ou à une omission³⁹⁷.

Une kyrielle d'infractions d'omission pourrait encore être citée en raison de l'importance de leur prolifération en droit pénal des affaires. En dépit de la dépénalisation de certaines omissions, leur influence persiste. En effet, elles visent à garantir le respect des obligations attachées aux fonctions en simplifiant la répression.

B- L'omission au service de la répression

106- Si en droit pénal commun, les infractions d'omission imposant une conduite positive déterminée à celui « *qui n'est tenu à aucune obligation*³⁹⁸ » peuvent être perçues comme méconnaissant la liberté individuelle, ce n'est point le cas pour celles qui visent le dirigeant en droit pénal des affaires. En effet, dans cette discipline, elles jouent un rôle essentiel peu importe leur structure, puisqu'elles sont chevillées à la fonction exercée (1) qui, elle-même, devient une simplificatrice de la répression (2).

391 - Article L. 241-5 du Code de commerce.

392 - Article L. 242-8 du Code de commerce.

393 - Article L. 247-6 al. 1 du Code de commerce.

394 - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Droit pénal des affaires », 4e éd., PUF, 2000, p. 554.

395 - *Op. cit.*, p. 588 : « *Le droit pénal du travail est donc, comme les autres droits pénaux techniques qui composent le droit pénal des affaires, tributaire des choix et des défaillances du droit dont il a pour fonction d'assurer l'efficacité. Cela explique les spécificités par rapport au droit pénal commun qu'il partage avec le droit pénal de l'environnement, de la consommation. Ainsi (...) la prédominance des infractions d'omission.* »

396 - Cette infraction est prévue, par exemple, aux articles L. 2328-1, L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8 du Code du travail.

397 - Pour un exemple de délit d'entrave constitué par la violation d'une obligation d'agir (en l'espèce défaut de convocation à la réunion mensuelle du comité d'entreprise) : Cass. crim., 11 février 1992, Revue de jurisprudence sociale, 1992, n°1120.

398 - M. ROLLAND « *Le véritable délit d'omission (...), c'est le délit commis par celui qui n'est tenu à aucune obligation* », in « Le délit d'omission », RSC, 1965. 583, p. 593.

1- La fonction exercée comme fondement de l'omission

107- Dans la législation d'affaires, les incriminations d'omission visent essentiellement les personnes auxquelles incombent des obligations et qui agissent dans le cadre de leurs fonctions pour se conformer à la réglementation de leurs activités. Les obligations imposées incombent aux personnes exerçant une fonction librement consentie³⁹⁹. Ainsi, c'est ès qualités qu'il incombe au président ou aux administrateurs d'une société anonyme de réunir l'assemblée générale ordinaire des actionnaires dans les six mois suivant la clôture de l'exercice⁴⁰⁰. Quant au vendeur à domicile, il lui est faite obligation de déférer aux conditions de conclusion d'un contrat en marge d'un démarchage à domicile⁴⁰¹.

La directivité de la législation d'affaires, vise aussi, il est vrai, à protéger les tiers intervenant dans l'activité du professionnel en imposant à ce dernier le respect d'un certain nombre d'obligations. Ces tiers peuvent être des actionnaires, des salariés, des cocontractants⁴⁰², etc. L'objectif avoué de cette orientation pénale est de protéger un certain nombre de valeurs des dérives d'un monde des affaires peu structuré.

Le recours aux infractions d'omission en droit pénal des affaires se justifierait donc par l'exercice volontaire et assumé de fonctions. Seulement, ces incriminations ne visent pas qu'à garantir le respect de certaines obligations, elles s'inscrivent aussi dans une logique de répression.

2- La fonction exercée comme facilitatrice de la répression

108- Les incriminations qualifiées de pure omission⁴⁰³ se particularisent par la simplicité de leur structure. Elles édictent des peines qui s'appliquent à des comportements déterminés même en l'absence d'un quelconque résultat. Une fois le comportement répréhensible exécuté, la poursuite et l'obtention d'un résultat deviennent inopérants. Les conséquences de l'abstention n'ont aucune importance, le seul fait de s'abstenir suffit. La matérialité est donc considérablement réduite. La seule constatation du défaut d'accomplissement de l'obligation légale – convocation, consultation, tenue de comptabilité – suffit au juge à caractériser matériellement l'infraction de pure omission. La facilité de la caractérisation de l'infraction entraîne une simplification de la répression.

Or, au regard d'une matérialité aussi réduite, il est particulièrement souhaitable que l'obligation de faire pénalement sanctionnée soit décrite avec clarté et précision. Toutefois, tel n'est pas toujours le cas en droit pénal des affaires, puisque le débiteur de l'obligation ne connaît pas toujours la teneur précise de son devoir. De même, alors que l'infraction d'omission se caractérise souvent par l'inaction, la passivité ou encore l'abstention, elle peut aussi se caractériser par une action différente de celle légalement imposée. Il sera donc reproché au débiteur de l'obligation de ne pas s'être conformé au comportement légalement prévu. Or, il semble particulièrement difficile pour le citoyen d'observer ses obligations si ces dernières ne sont pas formulées avec une clarté et une précision satisfaisantes. Si en matière d'infractions de commission, s'abstenir d'agir dans le doute offre au moins la garantie de ne pas commettre d'infraction, il en est autrement pour les infractions de pure omission où il est faite obligation au sujet d'agir sous peine de sanction pénale. L'importante accessibilité de l'élément matériel de l'infraction d'omission emporte des conséquences pénales considérables.

Si le législateur a opté pour un recours massif aux infractions d'omission en droit pénal des affaires, la jurisprudence a contribué à en donner une large conception.

II- LA CONSÉCRATION PRÉTORIENNE DE L'ÉQUIVALENCE ENTRE ACTION ET OMISSION

399 - P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », 7e éd., ARMAND COLIN, 2004, p. 177 ; ou encore D. REBUT, « L'abstention délictueuse », Répertoire pénal, DALLOZ, n°3.

400 - Article L. 242-10 du Code de commerce.

401 - Article L. 121-28 du Code de la consommation

402 - A. VITU, « *Regard sur le droit pénal des sociétés* », Mélanges ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 254.

403 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20e éd., CUJAS, 2014, n°403.

109- Si sous l'ancien droit, LOYSEL disait que « celui qui peut et n'empêche pêche », cette règle est rejetée aujourd'hui par la majorité de la doctrine selon laquelle, en l'absence de disposition expresse, il ne peut y avoir d'équivalence entre l'action et l'omission, même si le résultat est identique⁴⁰⁴. Cette position doctrinale emporte théoriquement deux conséquences, l'une à l'égard de l'auteur principal de l'infraction, l'autre à l'égard du complice.

S'agissant de l'auteur principal, il ne peut être sanctionné comme tel, si, par son abstention, il parvient à un résultat similaire à celui décrit par une incrimination de commission. En effet, si le texte incriminateur prévoit que la matérialité de l'infraction réside dans un comportement positif, une abstention produisant la même conséquence ne peut fonder une sanction⁴⁰⁵.

S'agissant du complice poursuivi en tant que tel, son régime requiert normalement un comportement positif, de telle sorte que l'abstention complice ne peut être sanctionnée en dehors d'une disposition expresse⁴⁰⁶.

Le législateur pénal ne reconnaît donc pas d'équivalence entre l'action et l'omission. Nonobstant cette absence de consécration législative, les juridictions répressives assimilent régulièrement l'omission à l'action en droit pénal des affaires. Toutefois, si cette assimilation revêt une portée limitée à l'égard de l'auteur principal (A), elle se révèle plus étendue à l'égard du complice (B).

A- Une portée limitée à l'égard de l'auteur principal

110- Si en théorie, le juge ne peut déroger à la nature de l'élément matériel telle que décrite par le texte incriminateur en substituant une abstention à un comportement positif au risque de contrarier le principe d'interprétation stricte, il arrive parfois, notamment dans la législation pénale d'affaires, que le législateur ne décrive pas de manière univoque le mode de réalisation de l'infraction. Ce faisant, la responsabilité incombe au juge d'interpréter la loi équivoque en optant, au regard des circonstances de la cause, pour une matérialité active ou passive.

Cependant, il est soutenu de manière constante par la doctrine qu'en l'absence de disposition expresse, l'omission ne peut être sanctionnée⁴⁰⁷. Elle ne peut l'être que sur prévision explicite du texte incriminateur. Dans le silence de la loi, le juge est tenu, en vertu du principe légaliste qui requiert clarté et précision, d'interpréter la norme pénale équivoque comme une incrimination active généralement plus favorable au citoyen.

Seulement, l'analyse de la chambre criminelle n'est pas toujours en accord avec cette conception doctrinale. Dans le silence de la loi, la Haute juridiction admet parfois que la matérialité de certaines infractions puisse résulter aussi bien de comportements positifs que négatifs⁴⁰⁸. C'est le cas du délit de présentation ou de publication de comptes inexacts prévu à l'article L. 242-6 alinéa 2 du Code de commerce. Théoriquement, cette infraction requiert un comportement positif, spécifiquement celui de présenter aux actionnaires ou de publier à destination des tiers, des comptes annuels infidèles. Pourtant, la jurisprudence a estimé que l'omission de certaines informations déterminantes rendait ces comptes infidèles et correspondait à la matérialité prévue par le texte d'incrimination. En définitive, la jurisprudence assimile l'information inexistante à l'information inexacte, convertissant ainsi en délit d'omission une incrimination qui est à l'origine une infraction de commission.

Il en est de même des délits d'abus de biens sociaux, d'abus de pouvoirs ou encore de malversation⁴⁰⁹.

Prévu aux articles L. 241-3 alinéa 5 et L. 242-6 alinéa 4 du Code de commerce, le délit d'abus de

404 - F. LE GUNEHÉC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16e éd., ECONOMICA, 2009, n°436.

405 - D. REBUT, « *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence en l'action et l'inaction* », Thèse Lyon III, 1993, p. 93.

406 - R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7ème éd., CUJAS, 1997, p. 693.

407 - F. LE GUNEHÉC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16e éd., ECONOMICA, 2009, n°436.

408 - E. JOLY-SIBUET et Y. REINHARD, *Jurisclasseur pénal, sociétés*, fascicule 10 (PA), n°14.

409 - Cass. crim., 9 février 2005, Dr. pénal 2005, n°80, obs. J.-H. ROBERT

pouvoirs sanctionne les gérants, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui font « *de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement.* »

S'agissant du délit d'abus de biens sociaux prévu par les articles L. 241-3 alinéa 4 et L. 242-6 alinéa 3 du Code de commerce, il incrimine les dirigeants qui font « *de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.* »

Reconnus par la doctrine comme des délits de commission⁴¹⁰, l'abus de pouvoirs et l'abus de biens sociaux se spécifient par un comportement positif d'usage contraire à l'intérêt de la société comme la rémunération excessive du président-directeur général⁴¹¹. Mais selon la jurisprudence, ces infractions peuvent aussi résulter d'une abstention, comme en matière d'abus de pouvoirs, le fait pour un dirigeant de s'abstenir de revendiquer à une autre société dans laquelle il est intéressé des biens appartenant à la société⁴¹².

Mais c'est aussi le cas en matière de délit d'abus de biens sociaux lorsque les dirigeants s'abstiennent de réintégrer dans l'actif de la société dont ils étaient les gérants une somme perçue par erreur par une autre société dans laquelle ils étaient intéressés⁴¹³.

De la sorte, les délits d'abus de pouvoirs et d'abus de biens sociaux peuvent être consommés tant par action que par abstention. Cette extension a été rudement controversée par la doctrine selon laquelle, l'abstention, même délibérée, ne peut équivaloir à un usage abusif. Cela reviendrait à « *donner au mot usage un sens audacieusement large, qui jure avec celui que le terme revêt en matière d'escroquerie (usage d'un faux nom, d'une fausse qualité) où il ne concerne que des actes positifs.*⁴¹⁴ »

Au demeurant, si l'assimilation entre l'action et l'omission révèle une portée limitée à l'égard de l'auteur principal, son effet semble plus étendu à l'égard du complice⁴¹⁵.

B- Une portée étendue à l'égard du complice

111- Aux termes de l'article 121-7 du Code pénal, le délit de complicité induit un comportement positif d'aide, de fourniture de moyens, d'assistance. Elle ne peut donc, en principe, résulter d'une abstention⁴¹⁶. Une jurisprudence constante s'oppose à ce qu'une personne puisse être poursuivie pour complicité par inaction⁴¹⁷. Toutefois, les juridictions répressives n'hésitent pas à sanctionner l'abstention dans certains cas, en retenant la complicité à l'encontre de celui qui assiste de manière

410 - D. REBUT, « L'abus de biens sociaux par abstention », D. 2005, p.1290-1293.

411 - Cass. crim., 9 mai 1973, Bull. crim. n°216.; D. 1974, obs. B. BOULOC, p. 271.

412 - Cass. crim., 15 mars 1972, Bull. crim. n°107, Rev. sociétés 1973, obs. B. BOULOC, p. 357. En l'espèce, la Cour relève que le dirigeant « *désireux d'avantager la société PAD, s'est délibérément abstenu de réclamer à cette société, en sa qualité de gérant,, puis de directeur général de CODROP le paiement du prix des marchandises dont la première de ces sociétés était redevable envers la seconde (...) constitue un usage de ses pouvoirs contraire aux intérêts sociaux.* »

413 - Cass. crim., 28 janvier 2004, JCP E, 2005 I 736, Chron. E. FORTIS et Y. MULLER : « *dès lors que l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire, la Cour d'appel a justifié sa décision.* »

414 - A. VITU, « *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* », 6e éd., CUJAS, 1982, n°985, p. 779; ou encore W. JEANDIDIER, « *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix* », Jurisclasseur Sociétés Traité, Fascicule 132-20, n°25.

415 - A. VITU, « *La complicité par abstention* », RSC 1990, Chron. p. 775; ou encore M. VERON, « *Droit pénal des affaires* », 5e éd., ARMAND COLIN, 2004, p. 6.

416 - Cass. Crim., 26 octobre 1912 S. 1914 I 225.

417- Cass. crim., 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 624 : « *La complicité par aide ou assistance ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention, mais elle suppose l'accomplissement d'un acte positif.* » Cette jurisprudence est constante depuis un arrêt de la chambre criminelle du 30 novembre 1810, Bull. crim. n° 154.

passive à la commission d'une infraction. C'est souvent le cas en droit pénal des affaires où l'inaction est fréquemment analysée comme un comportement positif de complicité⁴¹⁸.

Une décision du 18 septembre 1996⁴¹⁹ a considéré que le directeur général d'une banque qui s'était abstenu de s'opposer, alors que ses fonctions lui en conféraient le pouvoir, aux délits commis par le président directeur général de la banque, se rend de ce fait coupable de complicité par abstention d'abus de biens sociaux. De même, il a été jugé que se rend complice du délit de présentation de comptes inexacts l'expert-comptable qui avait omis de comptabiliser une provision⁴²⁰.

Par ces décisions qui assimilent l'abstention à un acte positif de complicité, la jurisprudence entend moins sanctionner l'abstention que la collusion qui existe et est répréhensible dès lors que le complice a le pouvoir de droit de s'opposer à l'infraction et la volonté de laisser – par une entente expresse ou tacite – l'auteur principal exécuter les actes délictueux, dont il sait pourtant qu'ils se commettent actuellement ou vont se commettre⁴²¹. Ce raisonnement est assez voisin de la conception de la commission par omission.

Seulement, d'un point de vue juridique, cette assimilation jurisprudentielle de l'omission à l'action est hautement controversable. D'abord parce qu'elle déconstruit le régime commun de la complicité qui requiert un comportement positif de contribution. Ensuite, parce qu'elle procède à une extension considérable du domaine de la répression des infractions d'omission sans clairement indiquer les fondements de cette assimilation. Enfin, parce que, ce faisant, elle renforce la fonction de l'élément intentionnel au détriment de la matérialité. Or, la démonstration de l'intention passe souvent par une présomption fondée sur la qualité professionnelle du complice. En effet, comme la distinction entre une simple négligence et une abstention complice peut parfois se révéler difficile, la jurisprudence préfère se montrer plus intransigeante⁴²², d'autant plus qu'au regard de leur fonction ou de leur profession, ces personnes avaient le devoir d'empêcher la commission de l'infraction⁴²³. L'abstention s'analyse alors comme une caution morale à la réalisation de l'infraction⁴²⁴, une sorte d'*entente tacite manifeste*⁴²⁵. Elle confine parfois à une aide apportée à l'auteur principal dans la commission de l'infraction.

Cependant, si la reconnaissance jurisprudentielle d'une équivalence entre l'action et l'omission peut parfois se justifier, notamment dans l'hypothèse d'une collusion manifeste, il n'en demeure pas moins qu'elle étend sensiblement le champ de la répression. De la sorte, en matière de délit de fonction comme l'abus de biens sociaux, la complicité permet de déroger à l'exigence de la qualité de dirigeant qui n'est alors requise que pour l'auteur principal. À défaut, s'agissant d'un délit de fonction, le complice, qui n'a pas qualité de dirigeant, ne pourra être poursuivi comme coauteur. Ainsi, la complicité par inaction permet de retenir dans les liens de la responsabilité pénale des personnes qui, initialement, ne sont pas visées par le texte d'incrimination et qui, de surcroît, n'ont pas commis l'agissement incriminé. Dans de telles circonstances, les conséquences pénales apparaissent bien excessives pour une inaction, même complaisante. Cette extension de la répression contrarie à la fois le principe légaliste et son corollaire direct, l'interprétation stricte de la norme pénale.

Si la matérialité de l'infraction d'affaires requiert traditionnellement comme prérequis un acte positif, ce dernier est fréquemment sanctionné, même en l'absence de toute conséquence

418 - J. LARGUIER et Ph. CONTE, « *Droit pénal des affaires* », 11e éd., ARMAND COLIN, 2004, p. 33; ou encore M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4e éd., PUF, 2000, p. 47.

419 - CA, Paris, 18 septembre 1996, Dr. sociétés, 1997, n° 64; décision confirmée par Cass. crim., 23 octobre 1997, pourvoi n° 96-84617.

420 - Cass. crim., 9 novembre 1992, pourvoi n°92-81954.

421 - A. DECOCQ, sur l'admissibilité de l'abstention comme acte positif de complicité, « Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance », JCP 1983, I, n° 3124.

422 - Cass. crim., 9 novembre 1992, pourvoi n°92-81954.

423 - S. FOURNIER, *Répertoire Dalloz*, complicité, n° 76 et s.

424 - P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », 7e éd., ARMAND COLIN, 2004, p. 238.

425 - E. DU PONTAVICE, « Commissaire aux comptes, expert-comptable et complicité des délits commis par les dirigeants sociaux », Rev. sociétés, 1988, p. 489.

préjudiciable.

III – LE CARACTÈRE INOPÉRANT DE L'ABSENCE DE PRÉJUDICE

112- *L'iter criminis* ou le cheminement criminel débute par la pensée criminelle et s'achève par la consommation de l'infraction qui requiert la caractérisation de l'ensemble des éléments constitutifs de l'agissement incriminé. La sanction intervient alors après la réalisation de l'infraction ou, dans certains cas, après sa tentative⁴²⁶.

Mais en fonction de la structure de l'infraction, la survenance d'un résultat préjudiciable peut être ou non requise pour sa caractérisation. Dans cette perspective, il convient d'établir une différenciation entre les infractions qui se consomment abstraction faite de la survenance d'un résultat, dites *formelles* et celles qui ne peuvent être caractérisées que par la survenance d'un résultat préjudiciable, qualifiées de *matérielles*⁴²⁷. D'une manière générale, la réalisation de l'infraction requiert la survenance d'un résultat, selon un courant utilitariste du droit répressif⁴²⁸. Néanmoins, le législateur recourt fréquemment aux infractions formelles parce que certains comportements du dirigeant sont de nature à porter atteinte à une valeur protégée, indépendamment de leurs résultats, peu importe qu'ils soient ou non préjudiciables⁴²⁹. La simple mise en danger de la valeur protégée suffit alors à déclencher la répression.

Toutefois, s'il est vrai qu'en droit pénal des affaires, le législateur recourt tant aux infractions formelles qu'aux infractions matérielles, l'analyse de la législation d'affaires révèle, contrairement à la conception orthodoxe de l'incrimination pénale, une prédominance des infractions formelles; lesquelles se consomment dès l'exécution de l'acte de commission ou d'abstention⁴³⁰, de sorte que la répression s'exerce de manière préventive.

Le degré de l'effet dissuasif recherché est fonction de la structure de l'incrimination (A). Cependant, la technique de l'incrimination dissuasive n'est pas sans conséquence (B).

A- Le recours à la technique de l'incrimination dissuasive

113- La différenciation entre les infractions formelles et les infractions matérielles réside dans l'exigence d'un résultat⁴³¹. L'incrimination dissuasive vise à réprimer la mise en danger de la valeur juridique protégée. Cette incrimination peut revêtir deux formes⁴³² : les délits formels et les délits obstacles.

L'incrimination formelle vise « à tuer dans l'oeuf » un agissement que le législateur juge si répréhensible qu'il intervient en amont pour éviter la survenance du résultat. Ce faisant, « la loi incrimine un procédé, sans s'inquiéter des suites.⁴³³ » L'infraction formelle se réalise donc « par le seul moyen ou procédé propre à provoquer un résultat dommageable⁴³⁴. » La spécificité de cette incrimination réside dans le fait qu'elle autonomise pénalement le commencement d'exécution d'une

426 - Article 121-4 du Code pénal : « Est auteur de l'infraction la personne qui commet les faits incriminés, ou tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. »

427 - W. JEANDIDIER, « Classification des infractions », Jurisclasseur pénal, article 111-1, n° 103.

428 - D. REBUT, « L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence en l'action et l'inaction », Thèse Lyon III, 1993, p. 202.

429 - Certains auteurs considèrent que toutes les infractions ont une conséquence sur le monde extérieur et définissent les infractions formelles comme celle ayant un « résultat juridique » car menaçant une valeur protégée, par opposition à celles produisant un « résultat naturel » qui serait distinct du préjudice. Lire à ce sujet, P. SPITÉRI, « L'infraction formelle », RSC 1966, p. 497.

430 - La majorité de la doctrine reconnaît le recours fréquent du législateur à l'incrimination dissuasive. Lire en ce sens, M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal des affaires », 4e éd., PUF, 2000, p. 234.

431 - Y. MAYAUD, « Le mensonge en droit pénal », éd. L'HERMÈS, 1979, p. 238-239.

432 - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal des affaires », 4e éd., PUF, 2000, p. 593.

433 - J. PRADEL, « Droit pénal général », 20e éd., CUJAS, 2014, n° 439.

434 - R. MERLE et A. VITU, « Traité de droit criminel. Droit pénal général », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 648.

infraction matérielle. De ce point de vue, il peut être relevé un lien de causalité directe entre le délit formel et le résultat redouté⁴³⁵.

S'agissant du délit obstacle, sa consommation, tout comme celle du délit formel, se réalise indépendamment de la survenance d'un résultat. Précocement situé dans le processus criminel, et échappant de ce fait à la répression au titre de la tentative de l'infraction matérielle afférente, ce délit vise à sanctionner « *une attitude ou un comportement dangereux sans portée dommageable immédiate et effective*⁴³⁶ » qui, en principe, à ce stade, aurait dû être considéré comme un acte préparatoire ou une simple résolution criminelle n'entrant pas encore dans le périmètre d'application du droit répressif⁴³⁷. Toutefois, y percevant le signe précurseur d'une volonté infractionnelle plus marquée⁴³⁸, le législateur intervient en amont pour l'autonomiser pénalement.

Si le législateur recourt fréquemment à la technique de l'incrimination dissuasive en droit pénal des affaires, force est néanmoins de relever une prédominance des infractions obstacles (1) en comparaison avec les infractions formelles (2).

1- Le recours aux infractions obstacles

114- Constituant la forme la plus anticipée de la répression⁴³⁹, les incriminations obstacles sont particulièrement appréciées par le législateur en droit pénal des affaires.

Dans une certaine mesure, ces incriminations peuvent se révéler extrêmement efficaces. C'est le cas en droit pénal de la consommation où la publicité trompeuse⁴⁴⁰ est jugée constitutive d'un acte préparatoire au délit d'escroquerie. De la même manière, l'encadrement du crédit à la consommation, du crédit immobilier, ou encore du démarchage à domicile par des formalités contractuelles vise à protéger le consommateur de toute tromperie et de tout abus sur la nature ou l'étendue de son engagement. Ainsi, l'obligation faite par le législateur au professionnel de proposer des contrats détaillés au consommateur vise à garantir à ce dernier une sécurité juridique en empêchant le professionnel peu scrupuleux de modifier l'objet du contrat.

C'était aussi le cas en droit pénal boursier de l'article L. 465-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier (aujourd'hui abrogé) qui sanctionnait la communication d'une information privilégiée par un initié, en dehors de ses fonctions, à un tiers, peu importe que ce dernier utilise ou non l'information. En effet, cela préfigure un délit d'initié. Cette infraction obstacle est d'ailleurs qualifiée de « *pré-délict d'initié*⁴⁴¹ ». Quant au moment précis où se consomme le délit entre la passation de l'ordre de vente ou d'achat des titres et l'exécution effective de l'ordre, la jurisprudence a retenu la date de passation de l'ordre pour apprécier la caractérisation de l'infraction⁴⁴². L'initié commet donc le délit même si son ordre ne reçoit pas d'exécution. Ce faisant, le législateur pénal entend exercer la répression de manière anticipée⁴⁴³.

En revanche, en droit pénal des sociétés⁴⁴⁴, le législateur intervient sans cesse pour incriminer des comportements qu'il suspecte de couvrir un dessein infractionnel. De ce fait, nombreuses sont les infractions formelles qui peuvent être qualifiées d'obstacles. Ainsi, la répression du fait de ne pas tenir, pour toute réunion de l'assemblée des actionnaires d'une société anonyme, une feuille de présence portant diverses mentions par l'ancien article L. 242-15 alinéa du Code de commerce (aujourd'hui abrogé) se justifiait par la crainte d'une irrégularité affectant l'exercice des pouvoirs ou les conditions de tenue des assemblées. Les obligations précises posées par l'incrimination étaient

435 - *Op. cit.*, p. 649-650.

436 - *Op. cit.*, p. 649.

437 - M. PUECH, « *Droit pénal général* », éd. LITEC, 1988, p. 217.

438 - F. LE GUNHEC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16e éd., ECONOMICA, 2009, n°461.

439 - J.-H. ROBERT, « *Droit pénal général* », 5e éd., PUF, 2001, p. 212.

440 - Article L. 121-1 du Code de la consommation.

441 - W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., DALLOZ, 2005, n° 128.

442 - Trib. corr., Paris, 15 octobre 1976, JCP 1977 II 18543, obs. A. TUNC.

443 - W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., DALLOZ, 2005, n° 125.

444 - L'importance des délits obstacles en droit pénal des sociétés est relevée par Mme JOLY-SIBUET, in « *Infractions relatives à la législation des sociétés* », Jurisclasseur pénal Annexes, fascicule 10, n° 15.

telles qu'elles permettaient de caractériser l'infraction sans qu'il soit nécessaire de constater l'irrégularité affectant l'exercice des pouvoirs ou les règles régissant le déroulement des assemblées. De ce point de vue, l'infraction obstacle est bien plus intransigeante que l'infraction matérielle, car elle se caractérise indépendamment de tout résultat préjudiciable. De la même manière, l'absence de mention de la dénomination sociale et du capital social dans les actes effectués par la société à destination des tiers, autrefois réprimée par les anciens articles L. 241-7, L. 244-2 alinéa 1er, et L. 246-1 du Code de commerce, n'était nullement constitutive d'un agissement moralement blâmable, ni dommageable en soi. L'incrimination de ce comportement vise uniquement à prévenir les tromperies sur la forme ou le capital social au détriment des tiers.

Ces infractions ne semblent donc pas fondées en droit pénal des sociétés. Le législateur tire prétexte de l'éventualité de certains comportements, peu nombreux, pour étendre le champ d'application de la loi pénale à d'autres plus bénins et plus fréquents suspectés de préparer l'infraction matérielle redoutée. Dans ces conditions, la notion même d'infraction obstacle est à utiliser avec circonspection en ce qu'elle permet la répression injustifiée d'un comportement sans réelle gravité au motif qu'il pourrait préfigurer une infraction plus grave. Cette incrimination excessivement préventive pourrait générer un affaiblissement de la fonction de la peine. L'efficacité et la légitimité de l'incrimination dissuasive doivent passer par une mise en adéquation de la répression et de l'infraction redoutée. En effet, en droit des sociétés, l'inobservation de certaines prescriptions ne préfigure pas de manière péremptoire un comportement répréhensible. Il ne s'agira le plus souvent que de la méconnaissance d'une simple règle commerciale qui pourrait efficacement être sanctionnée par voie de nullité. Aussi, semble-t-il souhaitable d'écarter du droit pénal des sociétés ces infractions qui ne troublent pas réellement l'ordre public.

En matière d'incrimination dissuasive, les infractions obstacles ne constituent pas les seules infractions auxquelles recourt le législateur. Ce dernier utilise aussi les infractions formelles.

2- Le recours aux infractions formelles

115- Moins privilégiées par le législateur en droit pénal des affaires, ces infractions sont également peu nombreuses en droit pénal fondamental⁴⁴⁵. Mais elles constituent aussi, pour le législateur, un outil efficace dans la technique de l'incrimination dissuasive.

Ainsi, en droit pénal du travail, l'infraction d'obstacle aux institutions représentatives du personnel en est une illustration. Ces institutions sont pénalement protégées, depuis leur constitution jusqu'à leur fonctionnement⁴⁴⁶. La spécificité de ces délits d'entrave réside dans leur caractère formel, puisqu'ils sont consommés « *dès que sont mis en oeuvre des moyens de nature à caractériser une entrave indépendamment de la survenance du résultat visé par l'agent*⁴⁴⁷. » La consommation de l'infraction d'entrave n'est pas subordonnée à la survenance de la perturbation du fonctionnement régulier des institutions⁴⁴⁸.

C'est également le cas en droit pénal boursier avec le délit d'initié précédemment évoqué, et qui est constitué par la communication d'une information privilégiée, peu importe que celle-ci soit ou non exploitée⁴⁴⁹.

Il en est de même avec le délit de diffusion d'informations trompeuses prévu et réprimé par l'article L. 465-2 alinéa 2 du Code monétaire et financier. Cette infraction se consomme indépendamment

445- R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 648.

446- L'article L. 2316-1 du Code du travail pour les délégués du personnel; L. 2328-1 du Code du travail pour le comité d'entreprise, d'établissement, le comité central d'entreprise et leurs membres; L. 4742-1 alinéa 2 du Code du travail pour le comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail; L. 2335-1 alinéa 1 du Code du travail pour le comité de groupe.

447- A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5e éd., LexisNexis, 2012, 607 et s.

448- Cass. crim., 17 mars 1976, Bull. crim. n° 100 : « *Attendu que les faits relevés comme constitutifs de ladite tentative étaient de nature à caractériser en eux-mêmes et indépendamment de leurs conséquences une atteinte consommée aux prérogatives statutaires attachées par la loi aux qualités tant de délégué du personnel que de membre élu du comité d'entreprise.* »

449- Trib. corr., Paris, 28 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985. I. 287, obs. C. DUCOULOUX-FAVARD.

de l'incidence finale des informations sur les cours⁴⁵⁰. Leur seule diffusion suffit à caractériser l'infraction⁴⁵¹.

Quant au délit d'abus de biens sociaux, il est aussi symptomatique d'une répression préventive, en raison de l'interprétation extensive donnée à la notion « *d'acte contraire à l'intérêt social* » par la jurisprudence. Considérant que la contrariété peut résider dans tout acte exposant la société à un risque anormal de pertes⁴⁵² ou de sanctions⁴⁵³ auquel elle ne devait pas être exposée, la jurisprudence estime qu'il n'est point nécessaire d'attendre la matérialisation du risque pour que soit caractérisée l'infraction d'abus de biens sociaux. La caractérisation du délit s'opère indépendamment de la survenance de toute conséquence préjudiciable, de telle sorte que la simple éventualité du risque suffit à déclencher la répression. Cette répression anticipée mise en place par la jurisprudence est d'ailleurs dénoncée par la doctrine qui relève que l'abus de biens sociaux « *prend des allures de délit formel*⁴⁵⁴ » et qu'il « *devient une infraction de mise en danger des sociétés*⁴⁵⁵. » Il s'agit d'une sorte de mutation prétorienne d'un délit, initialement matériel, en délit formel.

Les réformes de 2003 et de 2004 ont abrogé plusieurs de ces infractions formelles. Seulement, elle ont procédé sans grand souci de cohérence, de sorte qu'au sein d'une même disposition, certains délits formels sont abrogés tandis que d'autres demeurent sans qu'aucune explication ne soit apportée à ce paradoxe. Ainsi, alors que la loi d'habilitation n° 2003-591 du 2 juillet 2003 prévoyait l'abrogation des articles L. 242-15 et L. 245-13 du Code de commerce, l'ordonnance du 25 mars 2004 n'a supprimé que l'obligation de conserver les procès-verbaux « au siège social dans un recueil spécial » prévue à l'article L. 242-15 alinéa 3 pour les assemblées d'actionnaires et L. 245-13 pour les assemblées d'obligataires. Les autres délits prévus par ces articles sont curieusement maintenus.

L'incrimination formelle et l'incrimination obstacle constituent donc les deux formes d'incrimination dissuasive en droit pénal des affaires. Se caractérisant indépendamment de la survenance d'un résultat préjudiciable, elles visent à réprimer chez le dirigeant un comportement jugé dangereux sans en attendre les conséquences redoutées, quitte à se situer beaucoup trop précocement dans le processus criminel et à appréhender des agissements qui, en principe, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi pénale. Visant particulièrement le dirigeant, la technique de l'incrimination dissuasive emporte des conséquences.

B- Les conséquences de l'incrimination dissuasive

116- Le recours aux infractions obstacles et aux infractions formelles génère deux conséquences majeures. Il s'agit, d'une part, d'un assouplissement du système probatoire (1), et d'une extension considérable de la répression (2).

1- Un assouplissement du système probatoire

117- L'incrimination de prévention permet au législateur de sanctionner, sans qu'il ne soit nécessaire de constater un résultat concret et effectif, le simple risque induit par un comportement. Ce faisant, l'administration de la preuve de la commission de l'infraction s'en trouve considérablement assouplie, étant entendu que la seule démonstration de la commission de l'infraction est suffisante, abstraction faite du résultat.

Les délits de mise en danger prévus par notre droit répressif étant exclusivement des délits abstraits, le juge n'est pas tenu d'apporter la preuve de la mise en danger effective de la valeur protégée, ainsi

450- W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., DALLOZ, 2005, n° 130.

451- Cass. crim., 29 novembre 2000, Rev. sociétés 2001. 380, obs. B. BOULOC.

452- Cass. crim., 16 décembre 1975, JCP 1976 II 8476.

453- Cass. crim., 27 février 2013, pourvoi n° 11-88. 189; ou Cass. crim., 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-83.689

454- W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., DALLOZ, 2005, n° 272; ou encore M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4e éd., PUF, 2000, p. 350.

455- A. DEKEUWER, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », JCP E, 1998 I 310.

que la relation de causalité directe qui la relie à l'action ou à l'omission. Cette forme de mise en danger est présumée de manière irréfutable par le législateur. La matérialité de l'infraction s'efface quasiment au profit de la seule réalisation de l'action ou de l'abstention incriminée. Monsieur J. PRADEL évoque l'amenuisement de l'élément matériel dans le cadre des incriminations formelles et des incriminations obstacles⁴⁵⁶.

L'incrimination dissuasive a également pour effet d'élargir la sphère de la répression.

2- Un élargissement de la sphère de la répression

118- L'intervention précoce de l'incrimination de prévention dans le processus criminel engendre une anticipation de la répression qui élargit la sphère d'application du droit répressif (a) et remet parfois en cause la légitimité fonctionnelle du droit pénal (b).

a- Les manifestations de cet élargissement

119- L'élargissement du champ de la répression dans le cadre de l'incrimination dissuasive passe par un resserrement du domaine des actes pouvant être assimilés à un désistement volontaire et une répression de la tentative d'infraction de prévention, s'agissant d'une infraction autonome.

Dans le premier cas, les actes pouvant être assimilés à la tentative sont davantage analysés comme un repentir actif. Or, ce dernier est inopérant sur la responsabilité pénale dans notre droit positif⁴⁵⁷, puisqu'il n'intervient qu'après la consommation du délit et ne peut donc le faire disparaître. A contrario, ce même acte s'analyserait comme du désistement volontaire et aura un effet exonératoire dans le cadre d'une infraction matérielle.

C'est le cas du délit d'initié, infraction consommée dès la communication de l'information privilégiée, qu'elle soit ou non utilisée. Il ne s'agirait que d'un simple repentir actif de la part de l'initié, si, par la suite, il annulait l'ordre d'achat. La rétractation ne serait intervenue qu'une fois l'infraction consommée. Le raisonnement est identique s'agissant du délit de diffusion de publicité trompeuse. L'infraction est réalisée dès la diffusion de la publicité. Toute correction effectuée par la suite est inopérante quant à la caractérisation du délit. Encore là, il ne s'agira tout au plus que d'un repentir actif. C'est le raisonnement opéré par la chambre criminelle dans sa décision du 30 mai 1989⁴⁵⁸ en affirmant l'inopérance du repentir actif : « *La rectification d'une publicité trompeuse n'efface pas son caractère délictueux et ne constitue qu'un repentir actif.* »

Dans le deuxième cas, s'agissant d'une incrimination autonome, l'incrimination formelle dissuasive peut être réprimée dès sa tentative si le législateur le précise. C'est le cas en matière de délit d'entrave où le texte d'incrimination vise « *le fait de porter atteinte ou de tenter de porter atteinte (...)* »⁴⁵⁹.

Seulement, réprimer la tentative d'une infraction formelle revient, dans une certaine mesure, à sanctionner la tentative d'une tentative. En effet, à ce stade du processus criminel, l'agissement sanctionné n'entre pas encore dans le champ d'application de la loi pénale, car correspondant aux actes préparatoires de l'infraction matérielle équivalente.

En recourant à la technique de l'incrimination dissuasive, le législateur enserme précocement dans le champ pénal, à titre autonome, des actes qui, au regard de leur positionnement dans le processus criminel, devraient échapper à la répression. Ce faisant, il élargit la sphère de la répression. Cet élargissement engendre parfois une remise en cause de la légitimité fonctionnelle du droit répressif.

b- La remise en cause de la légitimité fonctionnelle du droit pénal

456 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20e éd., CUJAS, 2014, n° 439 et s.

457 - P. SAVEY-CASARD, « *Le repentir actif en droit pénal français* », RSC 1972. 515.

458 - Cass. crim., 30 mai 1989, Bull. crim. n° 225, Dr. pén. 1989, n° 32, obs. J.-H.ROBERT, Gaz. Pal. 1989 2 Somm. 473, JCP E 1989 I 18914

459 - Article L. 4742-1 du Code du travail.

120- L'appréhension par les incriminations dissuasives de comportements situés encore trop tôt dans le processus criminel remet en cause la légitimité fonctionnelle du droit pénal. S'il est vrai que la nécessité de protéger certaines valeurs juridiques peut parfois justifier le recours à l'incrimination préventive, il reste que, dans certains cas, cette dernière entre en collision avec certains principes fondateurs de la matière répressive tels que celui d'économie en droit pénal.

En effet, l'incrimination dissuasive, par le biais des délits de mise en danger, étend significativement le champ d'application de la loi pénale, en sanctionnant des agissements véniels situés en amont du processus criminel. Or, le principe d'économie du droit pénal restreint l'intervention de ce dernier aux comportements les plus répréhensibles. De ce point de vue, l'incrimination de prévention semble difficilement conciliable avec le principe d'économie du droit pénal, la légitimité fonctionnelle de ce dernier étant étroitement liée à la gravité du comportement.

Compte tenu du nombre considérable d'infractions de prévention que contient la législation d'affaires, la difficulté pour le législateur réside alors dans la nécessité de trouver un juste équilibre entre l'incrimination de prévention et le principe d'économie fréquemment méconnu.

La matérialité atypique de l'infraction d'affaires réside aussi bien dans l'absence d'exigence d'un comportement positif que dans l'inopérance de l'absence de conséquence préjudiciable. La prééminence des infractions d'omission confère au droit pénal des affaires un caractère directif incontestable dérogeant majoritairement au droit pénal fondamental.

Cependant, le caractère exceptionnel de l'incrimination d'affaires ne se limite pas à la matérialité de l'infraction. Il se traduit aussi par un élément intentionnel éclipse.

SECTION II : L'EFFACEMENT DE L'ÉLÉMENT MORAL

121- Selon la conception hégélienne de la responsabilité pénale, pour être coupable, le sujet ou l'agent doit avoir impérativement décidé l'action pour sa signification morale objective⁴⁶⁰. Il s'agit donc d'une responsabilité subjective, attachée à l'individu. Pour être caractérisée, cette responsabilité requiert que soit établie, chez l'agent, l'existence d'un élément intentionnel ou moral. Lorsque l'infraction est intentionnelle, il incombe en principe au ministère public de rapporter la preuve de cette intention. L'intention vise donc à établir l'existence d'une volonté coupable chez l'auteur. Cependant, sa caractérisation semble délicate en raison de son caractère immatériel; ce qui peut constituer un obstacle à l'exercice de la répression. De même, le Code pénal de 1810, tout en admettant implicitement la distinction entre ces deux types d'infractions, ne précisait pas la nature de l'élément moral requis pour rechercher la responsabilité pénale résultant de la commission d'un crime ou d'un délit, lesquels pouvaient être intentionnels ou non. Pour contourner ces difficultés, le législateur pénal d'affaires, mais davantage la jurisprudence, ont échafaudé des outils visant à faciliter l'établissement de l'élément intentionnel. Aussi, lorsque l'intention n'est pas requise, un élément moral est exigé pour caractériser l'infraction. Il s'agit alors de la faute pénale qui consiste à avoir voulu le comportement sans en rechercher les conséquences. L'infraction est alors dite non intentionnelle⁴⁶¹. Le ministère public n'aura plus qu'à rapporter la preuve de cette faute. Dans cette hypothèse, l'exigence de l'élément moral est considérablement réduite, et la mise en oeuvre de la responsabilité pénale facilitée. Il y a donc un intérêt majeur à déterminer le caractère intentionnel ou non d'une infraction.

Si les caractéristiques de la faute requise sont tributaires de la nature légale de l'infraction (I), sa complexité peut parfois entraver l'exercice de la répression. Aussi, la jurisprudence n'hésite-t-elle pas à procéder à quelques adaptations en débusquant une faute moins répréhensible que celle requise par la loi. « Elle arrête ses positions sur l'intention en fonction de l'appréciation des

460 - Voir *infra*, G. MARMASSE, « Hegel, penseur du droit », CNRS PHILOSOPHIE, CNRS Editions, p 113.

461 - Sur la différence entre infractions intentionnelles et infractions non intentionnelles, G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, « *Droit pénal général* », 24e éd., PRÉCIS DALLOZ, 2015, p. 225 et s, ainsi que p. 247 et 249.

*résultats qu'elle souhaite obtenir*⁴⁶² », procédant ainsi à une dépréciation des caractéristiques de la faute légalement requise (II).

I- LA MÉCONNAISSANCE DU CRITÈRE LÉGAL DE LA FAUTE REQUISE

122- L'analyse de la législation d'affaires objective une prédominance opportune de la faute d'imprudence simple (A). Cette politique pénale démontre le choix du législateur d'étendre l'application de la loi pénale même aux fautes les plus vénielles. C'est pour cette raison que le contenu de la faute requise est singulièrement léger au regard de la loi du 10 juillet 2000 dite loi Fauchon (B).

A- La prédominance de la faute simple

123- Depuis le nouveau Code pénal de 1994, l'article 121-3 pose une nouvelle règle de principe selon laquelle « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.* » Si des délits non intentionnels subsistent, ce n'est plus que par exception et de manière encadrée. Mais la réalité, ainsi que nous le verrons, est qu'en droit pénal des affaires, l'exception s'est érigée en règle de principe. En effet, dans les délits d'affaires, nombreux sont ceux relevant de l'imprudence ou de la négligence⁴⁶³, de sorte que la faute la plus vénielle suffit. Loin de revêtir un caractère exceptionnel, la faute d'imprudence simple est devenue prépondérante.

Cette évolution est liée à la mutation de certains délits matériels en délits d'imprudence (1). L'importance acquise par ces derniers suscite des controverses (2).

1- La mutation d'anciens délits matériels en délits d'imprudence

124- Ainsi que nous l'évoquions précédemment, tout en admettant la distinction entre les infractions intentionnelles et celles non intentionnelles, le Code pénal de 1810 n'apportait aucune précision sur la nature de la faute requise pour engager la responsabilité pénale résultant de la commission de crimes ou de délits, ces derniers pouvant être intentionnels ou non. À cette période, s'est développée la catégorie des délits matériels ou contraventionnels. Dans le silence du Code sur la nature de la faute requise pour ces délits, la jurisprudence a considéré que ces derniers étaient consommés indépendamment de la faute de l'infracteur, leur seule constatation matérielle suffisant à déclencher la répression. Ce faisant, ces délits étaient soumis, dans une perspective répressive, au même régime que les contraventions.

Source d'une responsabilité pénale où il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'une faute, et particulièrement présents dans les matières techniques dont les textes d'incrimination sont en dehors du Code pénal, les délits matériels constituaient une exception qui a aujourd'hui disparu⁴⁶⁴.

En droit pénal de la consommation, le délit de publicité trompeuse prévu à l'article 121-1 du Code de la consommation est assez illustratif de cette évolution. Intentionnel à l'origine, sous la loi du 2 juillet 1963, la réforme de 1973⁴⁶⁵, par l'abandon de toute référence à la mauvaise foi, le convertit en délit matériel. Toutefois, certaines décisions renaient une simple faute d'imprudence ou de négligence⁴⁶⁶. Ce délit était donc devenu matériel ou d'imprudence, mais n'était plus intentionnel.

Mais le nouveau Code pénal de 1994 va supprimer les délits matériels pour ne retenir que les délits intentionnels ou d'imprudence. Et, là où la seule constatation de l'élément matériel suffisait à engager la responsabilité pénale du prévenu, les juges devront désormais démontrer au moins une faute d'imprudence ou de négligence, faute de quoi la cassation est encourue. Cette suppression sera

462 - B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », RSC 1967.1-47.

463 - M. DELMAS-MARTY, « L'évolution du droit pénal des affaires », Gaz. Pal. 1999.1.354, p. 354 : « *en droit pénal des affaires, la prépondérance des fautes non intentionnelles.* »

464 - Voir la circulaire d'adaptation du 14 mai 1993.

465 - Article 44 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

466 - Cass. crim., 4 février 1986, Bull. crim. n° 45, D. 1986 IR 397.

même consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 juin 1999⁴⁶⁷. L'on serait tenté d'y déceler alors le signe d'une mise en conformité de la responsabilité pénale du dirigeant avec le principe général énoncé par l'article 121-3 du Code pénal aux termes duquel tous les délits situés dans le Code pénal sont intentionnels, sauf si la loi prévoit une faute d'imprudence ou de négligence⁴⁶⁸. De même, la loi du 16 décembre 1992 subordonne la caractérisation des délits non intentionnels prévus par des textes autres que le Code pénal à l'existence d'une faute d'imprudence ou de négligence⁴⁶⁹. La mutation des nombreux délits matériels existants en délits non intentionnels explique la prédominance de ces derniers dans les incriminations d'affaires. Loin d'être des délits exceptionnels tels que prévus l'article 121-3, ils sont devenus aujourd'hui quasiment la règle de principe.

2- Une mutation controversée

125- Le principe formulé par l'article 121-3 du Code pénal s'applique évidemment aux infractions relevant du droit des sociétés. C'est pour mettre en conformité les dispositions pénales du droit des sociétés avec ce principe que le législateur a estimé en 2000 que l'adverbe « *sciemment* » illustrant l'élément intentionnel était devenu inopérant, cette condition étant désormais sous entendue. Ce terme a donc été supprimé de nombreuses incriminations, comme ce fut le cas pour l'article L. 242-6 alinéas 1 et 2 du Code de commerce. Mais cette suppression suscite quelques interrogations sur la nature de l'élément moral requis pour certaines infractions.

Si l'adverbe « *sciemment* » ne figure plus dans le nouveau Code de commerce, d'autres termes sont employés par le législateur pour traduire l'élément intentionnel. C'est le cas de l'article L. 242-6 alinéas 3 et 4 qui a maintenu l'expression « *de mauvaise foi* », ou l'article L. 241-3 alinéa 1 qui sanctionne le fait de faire attribuer « *frauduleusement* » à un apport en nature une valeur supérieure à sa valeur effective, ou encore l'article L. 654-12 qui réprime le fait de porter « *volontairement* » atteinte aux intérêts des créanciers ou du débiteur. Si au nom de l'évidence du principe posé par l'article 121-3 du Code pénal, le législateur a supprimé, dans les infractions de société, un adverbe traduisant l'élément intentionnel en trouvant ce dernier surabondant, l'on pourrait légitimement s'interroger sur les raisons du maintien d'autres termes se situant dans le même champ sémantique. Cette attitude ne peut que laisser perplexe⁴⁷⁰.

La subsistance de ces termes objective la volonté du législateur de s'assurer que l'élément intentionnel soit toujours convenablement caractérisé⁴⁷¹. Pourtant, dans la majorité des situations, une simple faute d'imprudence suffira à activer la responsabilité pénale du dirigeant, alors que l'importance de l'intérêt juridique protégé ne justifie pas toujours le recours à la répression. En recourant immodérément à des infractions qui ne doivent en théorie qu'être exceptionnelles, le législateur porte atteinte au principe énoncé par l'article 121-3 du Code pénal.

Ainsi, une dirigeante avait été condamnée du chef de publicité trompeuse suite à une simple faute de négligence et sans intention d'induire le public en erreur⁴⁷². Cette condamnation, certes juridiquement fondée, reflète l'excès répressif découlant de l'inobservation du caractère

467 - JO, 19 juin 1999, p. 9018; D. 1999, p. 589, note MAYAUD : « Il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et des délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés; qu'en conséquence et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 et de l'article 8 de la Déclaration précitée, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou de celle-ci. »

468 - Article 121-3 du Code pénal.

469 - Article 339 de la loi du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

470 - M. HASCHKE-DOURNAUX, « *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés* », thèse Paris I, éd. LGDJ, 2005, p. 68.

471 - Cette interprétation est soutenue par H. MATSOPOULOU, in « Le nouveau Code de commerce et le droit pénal des sociétés », D. 2001, Chron. p. 2021.

472 - Cass. crim., 12 novembre 1997, Inédit, pourvoi n° 96.84-396.

fragmentaire⁴⁷³ du droit pénal⁴⁷⁴. En optant pour la répression pénale d'un comportement relevant de la simple imprudence, le législateur suscite une défiance à l'égard de la légitimité de l'intervention du droit pénal.

Mais, par une décision en date 5 décembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation a finalement réaffirmé le caractère intentionnel du délit de publicité de nature à induire en erreur⁴⁷⁵, même si la Haute juridiction se satisfait bien souvent d'une quasi-présomption consistant à déduire l'intention coupable de la violation d'une obligation légale ou réglementaire. Cela traduit, certes, une évolution de l'élément moral de l'infraction, mais sans aucune incidence sur la méthode de sa caractérisation.

Certains auteurs dénoncent l'amalgame opéré par le législateur entre le dirigeant de mauvaise foi et le dirigeant imprudent ou négligent, pointant l'absence de hiérarchie entre ces deux fautes qui devraient faire l'objet de traitements pénaux différents⁴⁷⁶. C'est dans cette perspective que M. HAMEL avait plaidé, dès 1955, pour la mise en place de sanctions civiles pour les délits d'imprudence afin de limiter les sanctions pénales aux seuls comportements intentionnels⁴⁷⁷. Cette indulgence à l'égard du dirigeant imprudent serait justifiée par la profusion de textes existants qui pourrait expliquer la méconnaissance de certaines dispositions législatives.

Il y a donc un intérêt majeur à déterminer la nature de la faute du dirigeant car de cette dernière dépendra le régime répressif qui lui sera appliqué. Le choix du législateur de sanctionner les comportements les moins graves explique la place opportunément prépondérante de la faute d'imprudence simple dont le contenu, au regard de la loi Fauchon, a été particulièrement allégé.

B- L'allègement du contenu de la faute simple au regard de la loi Fauchon

126- La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels⁴⁷⁸, dite loi Fauchon, distingue désormais trois formes d'imprudence, de sorte que le simple constat d'un délit d'imprudence ne suffit plus à déterminer les caractéristiques de la faute exigée. Il s'agit de la faute d'imprudence simple (article 121-3 alinéa 3), la faute d'imprudence délibérée et la faute d'imprudence caractérisée (article 121-3 alinéa 4). Les deux dernières sont dites faute qualifiée⁴⁷⁹ au regard de la gravité plus importante du comportement qu'elles impliquent.

Seulement, la faute caractérisée est dotée d'une portée limitée. D'abord, elle ne concerne que les délits d'imprudence commis par des personnes physiques, auteurs indirects d'un dommage réel. Les personnes morales sont donc exclues de son champ d'application, une faute d'imprudence simple étant suffisante à leur égard.

Ensuite, il ne peut y avoir qu'un lien de causalité indirecte entre ces personnes physiques et le dommage survenu. Ce type de causalité réside dans le fait de créer ou de contribuer à créer la situation qui a permis la survenance du dommage, ou encore dans le fait de ne pas avoir pris les mesures indispensables pour l'éviter. En tout état de cause, un lien de causalité éloigné exige que soit caractérisée une faute d'un certain degré de gravité.

Enfin, d'une part, ce délit d'imprudence doit viser la réalisation d'un dommage réellement survenu⁴⁸⁰. Enfin, d'autre part, la Cour de cassation, bien avant le vote de la loi FAUCHON,

473 - C'est-à-dire un droit qui ne cible que les situations requérant une protection spéciale et qui est utilisé en réaction à telles situations, et non de manière systématique.

474 - Ch. FAURE-GAUSSSEL, « *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction* », Thèse Paris X, éd. LGDJ, 2006, p. 266.

475 - Cass. crim., 5 décembre 2009, pourvoi n°09-89.059.

476 - M-T. CALAIS-AULOY, « La dépénalisation en droit des affaires », D. 1988, Chron. 315 n°6; ou A. VITU, « *Regard sur le droit pénal des sociétés* », Mélanges ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 247-270.

477 - J. HAMEL, dans la préface au « *Droit pénal spécial des sociétés anonymes* », DALLOZ, 1955, p. 12

478 - Au sujet de la réforme, M-E. CARTIER, « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000 », RSC, 2001.725; Ph. SALVAGE, « La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale », JCP 2000 I 281; Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », D. 2000, Chron. n° 603.

479 - F. LE GUNHEC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16e éd., ECONOMICA, 2009, n° 492 et s.

480 - Cass. crim., 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-84056; ou Cass. crim., 26 juin 2001, Dr. pén 2001, n° 143, obs. J-

« *semblait avoir déjà défini la faute caractérisée.*⁴⁸¹ » Dans une affaire d'homicide involontaire, les juges d'appel avaient estimé que le dirigeant n'avait pas accompli toutes les diligences normales pour faire respecter les prescriptions qui s'imposaient à la personne morale dans le domaine de la construction. Cette analyse a été approuvée par la Haute juridiction qui a jugé « *qu'ainsi la cour d'appel a caractérisé une faute d'imprudence ou de négligence engageant la responsabilité pénale de la personne morale et ainsi justifié sa décision au regard des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal.*⁴⁸² » Les arrêts intervenus à partir de l'année 2000 révèlent la détermination de la chambre criminelle à exercer un réel contrôle sur la qualification du lien de causalité et de la faute retenue par les juges du fond. « *D'où les solutions plus nuancées que celles auxquelles on aurait pu s'attendre.*⁴⁸³ »

De façon générale, l'analyse a permis de relever la portée limitée de l'article 121-3 alinéa 4 en droit pénal des affaires où les infractions d'affaires se consomment majoritairement avec une faute simple abstraction faite de tout dommage. En outre, la faute qualifiée vise essentiellement les atteintes non intentionnelles à l'intégrité physique et à la vie des personnes qui présentent dans la présente étude peu d'intérêt. Seule la faute d'imprudence simple nous intéresse, car étant la seule requise en matière de délits d'affaires.

Définie à l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal, la faute simple « *consiste (...) soit à ne pas prévoir les conséquences dommageables de l'acte que l'on accomplit – ou ne pas croire qu'elles pourront se produire – soit à ne pas prendre les précautions nécessaires pour les empêcher de survenir*⁴⁸⁴. » Il s'agit en quelques sortes d'une « *inertie de la volonté*⁴⁸⁵. » Elle s'apprécie in concreto, en établissant une comparaison entre le comportement de la personne fautive et celui qu'aurait eu une personne normalement diligente dans une situation similaire.

Le recours à la faute d'imprudence simple révèle l'excès répressif en matière de délit d'affaires puisque même les comportements les plus véniels du dirigeant sont pénalement appréhendés. Mais c'est au juge qu'il revient, en fonction de la nature légale de la faute, d'en déterminer le contenu. Seulement, l'obsession répressive dont fait preuve la jurisprudence la conduit souvent à une altération du contenu de la faute.

II- LA DÉPRÉCIATION PRÉTORIENNE DU CONTENU DE LA FAUTE REQUISE

127- Pour chaque type de délit, la nature de la faute prescrite est déterminée par le législateur. Or, considérant les choix de ce dernier comme étant en déphasage avec les objectifs de politique répressive, le juge est souvent tenté d'assouplir lui-même le contenu face à des délits dont la faute requise lui semble trop stricte. Ce faisant, il déprécie le contenu de la faute au détriment du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Cette dépréciation jurisprudentielle qui prend plusieurs formes (A) n'est pas sans conséquences (B).

A- Les manifestations de cette dépréciation

128- La dépréciation de la faute affecte autant les délits intentionnels que d'imprudence. S'agissant des délits d'imprudence, elle passe par une résurgence de la faute matérielle (1) qui avait pourtant disparu avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. En matière de délits intentionnels, elle se traduit tant par la substitution d'un dol éventuel à l'intention coupable que par une interprétation extensive du dol spécial (2).

H.ROBERT

481 - J. LEROY, *op. cit.*, p. 230.

482 - Cass. crim., 1er décembre 1998, D. 2000. 34, note M-A. HOUTMANN.

483 - J. LEROY, *ibidem*; voir sur cette question, Cass. crim., 16 septembre 2008, Bull. crim. n° 186; ou encore Cass. crim., 11 mars 2014, n° 12-86.769.

484 - R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 757.

485 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20e éd., CUJAS, 2014, n° 575.

1- La survivance des délits matériels

129- D'une consistance déjà faible, le contenu de la faute d'imprudence simple ne peut être davantage allégé au risque de vider totalement la faute de sa substance. Dans cette hypothèse, la faute d'imprudence simple recouvre les spécificités de la faute matérielle. Or, cette dernière a été abandonnée, en matière délictuelle, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Aussi, alléger le contenu de la faute d'imprudence simple revient-il à redonner vie aux délits matériels.

Mais la réalité est que les délits matériels n'ont jamais totalement disparu de l'arsenal répressif. En effet, aux termes de la circulaire d'adaptation du 14 mai 1993, commet une faute d'imprudence ou de négligence un professionnel qui ne respecte pas la réglementation⁴⁸⁶. Ces délits subsistent donc dans le domaine des délits d'imprudence ou de négligence commis par des professionnels, de sorte que la faute, qui fondait le délit matériel, fonde aujourd'hui le délit d'imprudence. Cette mutation des délits matériels en délits d'imprudence n'a donc aucun impact sur la teneur de la faute requise. En ce sens, la circulaire du 14 mai 1993 prévenait, au sujet de la suppression des infractions matérielles, « *qu'il ne semble pas que la répression s'en trouvera sensiblement diminuée, dans la mesure où la plupart de ces délits concerne des professionnels pour lesquels le non respect de la réglementation constitue nécessairement une négligence ou une imprudence fautive.* » Or l'imprudence se caractérise par un manque de prévoyance. La négligence s'entend, quant à elle, d'un manque de précaution, de vigilance, de prudence. Elle peut aussi se traduire par le fait de ne pas s'appliquer à faire ce qu'on devrait faire et aboutir ainsi à une omission coupable. Or, les obligations de faire sont très répandues dans la législation d'affaires, notamment en droit pénal des sociétés. Ainsi, la chambre criminelle a estimé que l'infraction prévue à l'article L. 241-5 du Code de commerce est caractérisée par le seul fait que l'assemblée des associés n'a pas été tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice et qu'aucune demande de prolongation n'a été adressée au juge compétent dans le même délai⁴⁸⁷.

En dépit de la réforme du Code pénal, la Cour de cassation ne semble pas avoir totalement modifié sa jurisprudence antérieure, s'exposant sur ce point à de vives critiques doctrinales. La faute matérielle continue à développer ses effets à l'égard de délits officiellement transformés en délits d'imprudence ou de négligence. La difficulté quant à l'exigence d'une faute plus consistante consécutive à cette transformation est éludée par les magistrats qui se bornent à une conception matérielle de la faute sous couvert d'une faute d'imprudence. Certains auteurs ont opportunément fait remarquer que « *de la présomption de responsabilité à la preuve facile, la distance n'est pas considérable.* »⁴⁸⁸ D'autres ont dénoncé le maintien des infractions purement matérielles⁴⁸⁹.

Nonobstant sa faible réception par la jurisprudence, cette réforme a le mérite d'ouvrir le débat sur l'existence de la faute. Elle impose désormais au juge d'établir l'existence d'une faute d'imprudence, alors qu'auparavant, la seule constatation de l'élément matériel suffisait à établir la faute en matière de délit et ce, au mépris du principe de la présomption d'innocence⁴⁹⁰. Grâce à cette réforme, le dirigeant peut désormais s'exonérer de sa responsabilité pénale en démontrant son absence de faute.

En apportant le même traitement à la faute matérielle et à la faute d'imprudence dans une optique essentiellement répressive, la jurisprudence déprécie le contenu de la faute. Cette dépréciation ne se

486 - Cass. crim., 9 janvier 1995, Bull. Joly 1995. 677, note J-F BARBIERI.

487 - Cass. crim., 4 juillet 1995, Bull. crim. n° 247, Bull. Joly 1996, note J-F BARBIERI, p. 218.

488 - J. PRADEL, « *Le nouveau Code pénal* », DALLOZ 1994, p. 101.

489 - P. LE CANNU, « Annotation préliminaire au titre quatrième (dispositions pénales) du livre II du nouveau Code de commerce », DALLOZ, 2002, p. 609.

490 - JO, 19 juin 1999, p. 9018; D. 1999, p. 589, note MAYAUD : « *Il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et des délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés; qu'en conséquence et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 et de l'article 8 de la Déclaration précitée, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou de celle-ci.* »

cantonne pas aux délits d'imprudence. Elle affecte aussi les délits intentionnels.

2- L'appréciation extensive de l'élément moral des délits intentionnels

130- En dépit du principe énoncé par l'article 121-3 du Code pénal, les juridictions répressives ne se montrent pas plus exigeantes sur la caractérisation de l'intention délictueuse, même dans les cas où la loi requiert expressément la présence de cette intention. La jurisprudence considère que le contenu de la faute est parfois délicat à établir, l'intention étant un élément immatériel. Aussi, préfère-t-elle se satisfaire d'une intention moins affirmée que celle légalement exigée en dépréciant le contenu de la faute. Cette dépréciation passe soit par la substitution d'un dol éventuel à l'intention coupable (a), soit par l'appréciation extensive du dol spécial (b).

a- La substitution d'un dol éventuel à l'intention coupable

131- L'administration de la preuve de l'intention coupable s'avère parfois délicate dans la mesure où elle porte sur un élément immatériel. Toutefois, l'article 427 du Code de procédure pénale prévoit que « *les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.* » Sur ce point, la loi n'interdit pas au juge répressif de recourir à des présomptions⁴⁹¹. Aussi, les juridictions répressives affichent-elles une propension à déduire l'intention délictueuse de la nature même du comportement matériel. Pour cette raison, certains auteurs affirment que « *la jurisprudence ne semble pas disposée à renoncer à une démarche intellectuelle dont le confort routinier avantage outrageusement la partie poursuivante.* »⁴⁹² C'est dans cet esprit que s'inscrit le recours au dol éventuel.

Situé à mi-chemin entre l'intention et l'imprudence, le dol éventuel correspond selon J. LEROY à « *l'imprévoyance consciente.* »⁴⁹³ « *La personne agit délibérément, consciente du résultat possible, mais refusant intellectuellement sa concrétisation.* »⁴⁹⁴ Autrement dit, elle agit volontairement et prend le risque de la survenance du résultat, sans le vouloir directement mais en l'acceptant. Le dol éventuel ne peut, en principe, se confondre avec l'intention, car s'apparentant davantage à une attitude psychologique moins affirmée. Pourtant, quelques décisions de la chambre criminelle affichent ouvertement l'assimilation entre le dol éventuel et l'intention coupable. Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation que « *ce dol éventuel par inaction ou négligence suffit à caractériser l'élément moral de la tromperie. L'intention délictueuse existe dès lors que le prévenu, qui a le devoir et le pouvoir de prévenir le risque de tromperie, risque connu, banal en cette matière, ne justifie pas qu'il a pris, en sa qualité de chef d'entreprise, les mesures nécessaires.* »⁴⁹⁵

Limitée jusque-là à la tromperie, cette jurisprudence s'étend peu à peu à l'ensemble du droit pénal des affaires⁴⁹⁶.

C'est le cas de l'infraction d'entrave en droit pénal du travail. L'article L.2328-1 précise le caractère intentionnel de ce délit. Cependant, pour caractériser l'intention coupable légalement exigée, les juges considèrent de manière générale que « *l'élément intentionnel de l'infraction se déduit du caractère volontaire des agissements constatés* », les agissements pouvant résider dans des actes positifs ou dans des abstentions. Or, « *l'intention ne se résume pas à la volonté de l'acte mais requiert une volonté délibérée de violer la loi pénale assortie de la conscience d'enfreindre cette même loi.* »⁴⁹⁷ Aussi, peut-on s'interroger sur le sens de la notion jurisprudentielle de « *caractère*

491 - Cass. crim., 14 juin 1961, Bull. crim. n° 297;

492 - W. JEANDIDIER, « Classification des infractions », Jurisclasseur pénal, n° 141.

493 - J. LEROY, « Droit pénal général », 5^e éd., LGDJ, 2014, p. 201 ;

494 - *Op. cit.*

495 - Cass. crim., 11 octobre 1989, Bull. crim. n° 355, ou Cass. crim., 26 octobre 1999, Bull. crim. n° 233.

496 - En matière d'abus de biens sociaux : Cass. crim., 25 mai 1992, Dr. pén. 1992, n° 292, obs. J-H. ROBERT, Bull. Joly 92, p. 1214 ; en matière de banqueroute, Cass. crim., 21 septembre 1994, JCP E 1995 II 690, note M. DEKEUWER, p. 104 ; en matière d'entrave : Cass. crim., 30 novembre 1999, Bull. crim. n° 284, RSC 2000. 408

497 - Ch. FAURE-GAUSSSEL, « Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction », Thèse Paris X, éd. LGDJ, 2006, p. 273.

volontaire des agissements », puisque majoritairement le caractère intentionnel des agissements se déduit nécessairement des circonstances de l'espèce⁴⁹⁸.

D'autres décisions objectivent une appréciation plus complaisante à l'égard du contenu de l'élément intentionnel en entendant par *caractère volontaire des agissements*, « *la conscience qu'a l'agent de risquer de violer la loi pénale, sans prendre les précautions pour mieux s'informer.*⁴⁹⁹ » Dans ces décisions, les magistrats substituent de façon manifeste à l'intention délictueuse un dol éventuel⁵⁰⁰.

Dans certains cas, la Haute juridiction estime que « *la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal*⁵⁰¹ », même si parfois elle s'est montrée plus exigeante à l'égard des juges du fond sur la nécessité de caractériser l'intention coupable⁵⁰². Toujours en droit pénal du travail, la Haute juridiction a considéré, en matière de travail dissimulé, que « *commet sciemment le délit prévu à l'article L. 324-9 alinéa 2 du Code du travail (aujourd'hui L. 8221-2) celui qui ne vérifie pas, alors qu'il y est tenu par ce texte et par l'article L. 324-14 du même code, la régularité, au regard de l'article L. 324-10, de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services.*⁵⁰³ » L'intention délictueuse émane, en l'espèce, du défaut de vérification légalement imposée au dirigeant.

Dans d'autres hypothèses, la chambre criminelle se fonde sur la qualité professionnelle du prévenu pour en déduire qu'il « *ne pouvait ignorer* » ou « *ne pouvait ne pas savoir* » ce qui lui est reproché et donc qu'il a agi intentionnellement. Ici, l'adage selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* » joue pleinement d'autant plus qu'il s'agit de personnes supposées averties. Ainsi, alors que l'article 241-3 alinéa 4 requiert explicitement que soit établie la mauvaise foi du dirigeant pour que puisse être caractérisé l'abus de biens sociaux à son encontre, le juge répressif l'induit parfois. C'est le cas dans une décision relative à un groupe de sociétés où la Haute juridiction a jugé que « *le prévenu ne pouvait ignorer que la situation de la société S. était irrémédiablement compromise et qu'en mettant en oeuvre à son profit des avances de trésorerie, il agissait contre l'intérêt de la société A., soit de mauvaise foi.*⁵⁰⁴ »

Mais le recours au dol éventuel pour suppléer l'intention coupable n'intervient pas qu'à l'égard de l'auteur principal. Il affecte également le complice dont la mauvaise foi⁵⁰⁵ se résume parfois à une simple faute d'imprudence que la jurisprudence qualifie de consciente. Ce faisant, « *la Cour de cassation paraît se contenter, corrélativement, au titre de l'élément moral de la complicité, d'une faute de négligence : au professionnel, complice parce qu'il connaissait l'existence du délit, elle tend à assimiler celui qui n'avait pas pu ignorer le délit du fait de sa profession*⁵⁰⁶. »

Cette équivalence établie par la jurisprudence entre le dol éventuel et l'intention coupable émane de la comparaison du contenu de la faute retenue avec celui de la faute légalement exigée. Et même s'il est vrai que les décisions appuyant cette assimilation sont relativement disséminées, force est néanmoins de relever qu'une tendance générale se dégage⁵⁰⁷.

498 - Cass. crim., 20 février 1996, JCP E 1996, Pan. 699.

499 - Cass. crim., 30 janvier 1996, Dr. pén. 1996, n° 196, obs. J-H.ROBERT.

500 - *Ibidem*, « *Attendu que, pour déclarer l'infraction établie en son élément intentionnel, la Cour d'appel retient notamment que le caractère volontaire de celle-ci résulte de l'omission par l'administrateur, à trois reprises, de rechercher la présence de salariés protégés dans l'opération de transfert envisagée, alors que ceux-ci étaient nécessairement concernés par le plan de cession intéressant l'ensemble de l'entreprise, et de l'omission répétée de solliciter, l'avis de l'inspecteur du travail.* »

501 - Cass. crim., 24 mai 2005, Dr. pén. 2005, n° 151, obs. J-H.ROBERT.

502 - Cass. crim., 17 juin 2008, pourvoi n° 07-87518.

503 - Cass. crim., 27 septembre 2005, pourvoi n° 05-80170.

504 - Cass. crim., 8 août 1995, Gaz. Pal. 1995, 2, somm. p. 576.

505 - L'acte de complicité suppose en principe, chez son auteur, la conscience du caractère illicite de l'acte et la volonté assumée de le réaliser afin de participer à la commission de l'infraction principale. Voir entre autres, J. LEROY, « *Droit pénal général* », 5^e éd., LGDJ, 2014; ou F. LE GUNHEC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16^e éd., ECONOMICA, 2009, n° 546.

506 - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4^e éd., PUF, 2000, p. 47.

507 - H. MATSOPOULOU, « *Le nouveau Code de commerce et le droit pénal des sociétés* », D. Affaires 2001, n°

Quoi qu'il advienne, ces décisions encourent doublement la critique. D'une part, elles portent atteinte aux dispositions de l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal, en ce qu'elles n'établissent pas réellement l'intention délictueuse, préférant l'induire des circonstances de la cause. D'autre part, elles contribuent à la mise en place d'une présomption d'intention coupable qui emporte une double atteinte : l'une à l'égard de la charge de la preuve qui se trouve renversée, et l'autre à l'encontre du principe de la présomption d'innocence, pourtant protégé à tous les étages de notre droit positif.

La dépréciation du contenu de la faute légalement requise ne réside pas uniquement dans la substitution d'un dol éventuel à l'intention coupable. Elle se manifeste aussi par l'interprétation extensive du dol spécial.

b- L'interprétation extensive du dol spécial

132- Incarnant l'intention coupable à un stade univoque, le dol spécial qualifie l'intention délictueuse orientée vers un objectif précis. Pour que l'infraction soit imputable à son auteur, le juge doit préalablement établir l'existence de ce dol.

Constituant une condition supplémentaire nécessaire à l'établissement de l'infraction, ce dol restreint le champ d'application de la norme pénal. Il constitue donc un frein à l'exercice de la répression. Aussi, pour contourner la difficulté à établir ce dol, les juridictions répressives sont-elles, parfois, conduites à altérer son contenu en l'interprétant de manière extensive.

C'est le cas de du délit d'abus de biens sociaux prévu aux articles L. 241-3 alinéa 4 et L. 242-6 alinéa 3 du Code de commerce qui, de par la complexité de son élément intentionnel, semble être l'incrimination intentionnelle la plus illustrative de cette déviance jurisprudentielle. En effet, cette incrimination prescrit deux types de dol : l'un général, résidant dans le fait pour les dirigeants visés d'avoir agi de mauvaise foi, tout en étant conscients de la contrariété de l'usage des biens ou du crédit de la société à l'intérêt de celle-ci; et l'autre spécial, consistant dans cet usage à des fins personnelles, ou pour favoriser une société dans laquelle ils sont intéressés. Confrontée aux exigences légales relatives à la caractérisation de l'élément intentionnel, la jurisprudence déprécie le contenu de l'élément intentionnel requis en l'adaptant aux circonstances de chaque espèce. En ce sens, il faut souligner l'aide que lui apporte le législateur en prescrivant un dol spécial qu'on pourrait qualifier de « *fourre-tout*. » C'est ainsi que la notion d'intérêt personnel est aujourd'hui aussi floue et sert de fondement dans de nombreuses condamnations. Cet intérêt revêt un caractère protéiforme et peut être direct, indirect, matériel ou moral⁵⁰⁸. Il peut même subsumer le simple désir du dirigeant d'entretenir de bonnes relations⁵⁰⁹, fussent-elles amicales⁵¹⁰. Au regard de cette jurisprudence peu respectueuse du contenu de la faute intentionnelle requise, certains auteurs ont dénoncé le dol spécial comme étant un élément « *inefficace et inutile*⁵¹¹ », d'autres, comme « *une clause de style qui est toujours caractérisé*⁵¹² », alors que le juge doit expressément caractériser son existence avant d'entrer en voie de condamnation contre le dirigeant. Ainsi, un arrêt en date du 22 avril 1992 illustre le peu d'intérêt accordé par la jurisprudence, en matière d'abus de biens sociaux, au dol spécial. Dans cette espèce, la Haute juridiction ne s'est nullement efforcée à établir l'intérêt personnel des dirigeants⁵¹³. Pourtant, ce dernier a semblé connaître un retour en grâce dans certaines décisions⁵¹⁴.

25, p. 2023.

508 - Cass. crim., 19 octobre 1987, Bull. crim. n° 353.

509 - Cass. crim., 17 juin 2015, pourvoi n° 14-81914 : « *Attendu qu'en cet état, si c'est à tort que l'arrêt confirmatif retient qu'il suffit, pour que l'abus de biens sociaux soit constitué, que le dirigeant ait fait de mauvaise foi un usage des biens contraire aux intérêts de la société, même si la poursuite d'un intérêt personnel n'est pas démontrée, il n'encourt cependant pas la censure, dès lors que l'intérêt moral de M. X... est caractérisé, sans insuffisance ni contradiction, par les premiers juges;* » ou Cass. crim., 14 mai 2003, Bull. crim. n° 97, RSC 2003. 797, obs. D. REBUT.

510 - Cass. crim., 9 février 1987, Bull. crim. n° 61.

511 - Cass. crim., 22 septembre 2004, Dr. pén. 2004, n° 178, note J-H. ROBERT; ou B. BOULOC, « *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux* », Revue de jurisprudence commerciale, 1995. 301.

512 - Cass. crim., 14 mai 2003, RSC 2003. 797, note D. REBUT.

513 - Cass. crim., 22 avril 1992, Rev. sociétés 1993. 124, note B. BOULOC.

Même l'interprétation extensive du dol spécial ne se cantonne pas au délit d'abus de biens sociaux. Elle s'étend au délit de banqueroute par fourniture de moyens ruineux, ou encore au délit de présentation ou de publication de bilan inexact⁵¹⁵. S'agissant du délit de banqueroute, la chambre criminelle montre une propension à déduire le dol spécial – en l'occurrence l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure collective – de la conscience qu'a le dirigeant de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise⁵¹⁶.

En vidant le dol spécial de sa substance, la jurisprudence réduit le contenu de la faute intentionnelle au seul dol général, suscitant ainsi des controverses.

B- Les conséquences de cette dépréciation

133- Sur un plan pratique, l'allègement du contenu de la faute requise facilite incontestablement l'établissement de sa preuve. En revanche, sur le plan juridique, cet allègement contribue à élargir le périmètre de la répression. Il en résulte alors une altération de l'incrimination (1) et consécutivement, une source additionnelle d'insécurité juridique (2).

1- Une altération de l'incrimination

134- En vidant l'élément moral de sa substance, la jurisprudence altère l'incrimination.

Cette altération est plus manifeste lorsque le juge se contente de déduire la culpabilité du dirigeant de la matérialité de l'infraction, alors même qu'il lui est expressément prescrit par la loi d'établir une faute d'imprudence. Le maintien des délits matériels, théoriquement abandonnés depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, a pour effet d'opérer une fusion entre les délits et les contraventions quant à la caractérisation de l'élément intentionnel, alors qu'il s'agit de deux catégories d'infractions distinctes de par leur gravité et leur régime juridique. En allégeant ou en vidant donc l'élément moral de son contenu, les juridictions répressives altèrent l'incrimination.

C'est également le cas en matière de délit intentionnel où la substitution d'un dol éventuel à l'intention coupable peut avoir des répercussions sur la nature de l'infraction. En effet, la difficulté, ici, provient de la nature ambiguë du dol éventuel qui se situe, sur l'*iter criminis*, à mi-chemin entre l'intention et l'imprudence, et peut tantôt relever de l'imprudence⁵¹⁷, tantôt du délit intentionnel⁵¹⁸. Ainsi, lorsque le dol est considéré comme de l'imprudence, il relève de la faute non intentionnelle. Si, dans ce cas, la jurisprudence l'assimile à une faute intentionnelle, elle altère la nature de la faute établie qui est alors différente de celle de la faute exigée. Ce faisant, elle glisse de la faute d'imprudence vers la faute intentionnelle. Il s'agit d'une altération manifeste de l'incrimination. En revanche, lorsque le dol éventuel relève de la faute intentionnelle, la nature de la faute caractérisée ne diffère pas de celle de la faute requise. La faute reste intentionnelle. Seulement, elle correspond au plus bas niveau de l'intention.

La dépréciation du contenu de la faute suscite également des critiques parce qu'elle génère une source additionnelle d'insécurité juridique.

2- Une source additionnelle d'insécurité juridique

135- Le principe légaliste et son corollaire, celui de l'interprétation stricte, constituent de véritables remparts pour le sujet pénal contre l'arbitraire judiciaire. Or, la dépréciation du contenu de l'élément moral des délits, tant intentionnels que d'imprudence, méconnaît ces deux principes. Il en résulte

514 - H. MATSOPOULOU, « Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux », D. 2005, Chron. 2075.

515 - Cass. crim., 29 novembre 2000, Rev. sociétés 2001. 380, note B. BOULOC.

516 - Cass. crim., 20 août 1996, inédit, pourvoi n° 95-84.142.

517 - J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20e éd., CUJAS, 2014, n° 570.

518 - Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », D. 1997, Chron. 37.

une extension de la sphère d'application de la loi pénale, et par voie de conséquence, de la répression d'un certain nombre de comportements qui ne sont pas prévus, à l'origine, par le législateur. Cette altération des incriminations met à mal les garanties censées garanties par ces principes, car le dirigeant – c'est surtout de lui qu'il s'agit – n'est plus en mesure d'anticiper les conséquences pénales de ses agissements. De là surgit une double incertitude.

D'une part, la portée de cette jurisprudence reste encore indéterminée. Il est difficile de prévoir un tassement de cette jurisprudence, ou au contraire, son extension à des domaines autres que celui du droit pénal des affaires. D'autre part, une autre incertitude découle du contenu même de cette jurisprudence. Ainsi, la difficulté à cerner, par exemple, la notion de dol éventuel ouvre les perspectives les plus improbables, en l'absence de tout encadrement législatif.

Ces conséquences imposent une réorientation de la sanction pénale vers les seuls délits intentionnels. Dans cette perspective, le législateur doit réduire l'importance des délits non intentionnels (a), et les supprimer du droit pénal des sociétés (b).

a- La nécessité de limiter l'importance des délits non intentionnels

136- Les infractions non intentionnelles présentent l'inconvénient d'élargir la sphère de la répression, la preuve de l'intention coupable étant plus difficile à établir que celle d'une simple faute pénale. Ces infractions représentent donc une menace pour la sécurité juridique du justiciable en général, et du dirigeant en particulier.

Depuis quelques années, force est de constater la volonté affichée par le législateur de réduire le nombre des délits non intentionnels. Cette opération permet d'opérer une mise en conformité de la responsabilité pénale avec le principe énoncé par l'article 121-3 du Code pénal. C'est dans la même perspective que l'alinéa 2 de cette disposition avait établi une distinction entre la faute simple et la faute délibérée afin de caractériser le degré de la volonté dans l'adhésion au comportement sanctionné, permettant ainsi de caractériser différents niveaux de gravité avec des régimes répressifs adaptés.

En outre, deux lois⁵¹⁹ sont venues restreindre la définition des délits non intentionnels afin d'introduire un point d'équilibre. Celle du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a rajouté la faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité⁵²⁰. Même si cette évolution s'adresse peu au droit des sociétés, elle pointe au moins la volonté du législateur de mettre de l'équité dans la responsabilité pénale découlant des infractions d'imprudence ou de négligence.

En droit des sociétés, avec les lois du 15 mai 2001, celles du 1er août 2003, ainsi que les ordonnances du 25 mars 2004 et du 24 juin 2004, cette tendance s'est dessinée également avec la dépénalisation de quelques délits non intentionnels⁵²¹. Dans le sillage de cette tendance, il semble indispensable de rejeter les infractions non intentionnelles du droit des sociétés

b- La nécessité de supprimer les délits non intentionnels du droit pénal des sociétés

137- Les infractions non intentionnelles en droit pénal des sociétés se résument souvent à des comportements véniels, sans grande nocivité pour la société. C'était le cas des articles L. 242-31 et L. 247-10 du Code de commerce réprimant l'omission de certaines mentions formelles sur les documents émanant de la société, et tous abrogés.

519 - Loi n° 96-393 du 13 mai 1996, "relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence", D. 1996, lég., p. 230

520 - F. LE GUNEHÉC, « Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », JCP 2000, éd., E, p. 1510.

521 - Loi NRE du 15 mai 2001 : L. 241-4 alinéas 2 et 3, L. 242-14, L. 247-7 alinéa 3 du Code de commerce; pour la loi initiative économique du 1er août 2003 : L. 241-7, L. 246-1 du Code de commerce; s'agissant de la loi de sécurité financière du 1er août 2003 : L. 242-11, L. 242-15 alinéa 1 du Code de commerce; quant aux ordonnances du 24 mars 2004 et du 24 juin 2004,

Si la méconnaissance des dispositions du droit des sociétés est incontestablement constitutive d'une faute, cette dernière ne devrait dans la majorité des cas appeler qu'une sanction civile, ou l'obligation de réparer le dommage engendré. En effet, l'absence de l'intention coupable fait perdre à la sanction pénale tout son sens, remettant ainsi en cause la légitimité de l'intervention du droit répressif. La négligence ou l'imprudence commise ne sont généralement pas empreintes d'une gravité suffisante pour justifier une entrée en voie de condamnation pénale. C'est à juste titre que Y. MAYAUD relève que « *la faute pénale est l'expression d'une culpabilité, et non point l'instrument d'une indemnisation.*⁵²² » La démarcation entre les fautes civiles et pénales vise à inciter au recours à la voie civile pour les fautes les moins répréhensibles⁵²³.

Il serait donc plus efficace et plus cohérent de ne soumettre à la répression pénale, en droit des sociétés, que les délits intentionnels qui révèlent une attitude frauduleuse et répréhensible. A contrario, il conviendrait de décriminaliser les infractions non intentionnelles ne traduisant que de simples fautes d'imprudence ou de négligence. Cette décriminalisation est réclamée de longue date par la doctrine⁵²⁴, la pratique⁵²⁵, et par des parlementaires⁵²⁶. D'ailleurs, dès 1955, M. HAMEL plaidait pour la mise en place de cette réforme en ces termes : « *il faut que le mobile frauduleux soit toujours à la base de la répression pénale et que l'homme d'affaires ne soit frappé de sanctions correctionnelles que s'il a vraiment agi dans une intention de fraude. Si cette intention fait défaut, la sanction civile des dommages-intérêts doit suffire à punir l'incapable ou l'imprudent*⁵²⁷. »

Tout bien considéré, et sans qu'une règle générale définitive se dégage, la jurisprudence semble se positionner, par la dépréciation du contenu de l'élément moral, dans un sens défavorable au dirigeant, puisque cette dépréciation se révèle comme un redoutable outil de répression, et ne constitue qu'une première étape dans la stratégie de simplification de la caractérisation de la faute.

III - LA PRÉÉMINENCE DE LA FAUTE

138- La caractérisation de la faute relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. En conséquence du principe de la présomption d'innocence, la charge de la preuve incombe au Ministère Public ou à la partie poursuivante. À défaut de preuve, la responsabilité pénale du prévenu ne peut être recherchée.

En droit pénal des affaires, la qualité professionnelle du prévenu va, généralement, faciliter l'établissement de l'existence de la faute. Le statut du dirigeant exerce une influence déterminante sur la caractérisation de sa culpabilité. D'une manière générale, cette dernière est induite par sa qualité professionnelle. En effet, la jurisprudence réfute catégoriquement l'idée que le dirigeant ne soit pas informé, au regard de ses fonctions. Cette induction prétorienne de la culpabilité consacre une véritable présomption de faute basée sur le seul statut professionnel, et qui facilite l'administration de la preuve de la culpabilité.

Cette prééminence de la faute à l'égard du dirigeant prévaut tant en droit pénal des affaires (A) qu'en droit pénal administratif (B).

A- La prééminence de la faute simple en droit pénal des affaires

522 - Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal (...) à propos de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 », D. 2000, Chron. p. 603 et s.

523 - Article 4-1 du Code de procédure pénale.

524 - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4e éd., PUF, 2000, p. 315; A. VITU, « *Regard sur le droit pénal des sociétés* », Mélanges ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 247; C. MASCALA, « *Vers une dépenalisation des infractions d'affaires? Une réalité?* », D. Affaires 1998, p. 1030.

525 - Voir « *propositions du CNPF pour une réforme en profondeur du droit des sociétés* », juillet 1996; ou « *Contribution du MEDEF à la réflexion sur la place du droit pénal dans la société française* », juillet 2000

526 - « *Rapport au Premier ministre, La modernisation du droit des sociétés* », La Documentation française, 1996, p. 100 et s.

527- J. HAMEL, dans la préface au « *Droit pénal spécial des sociétés anonymes* », DALLOZ, 1955, p. 12.

139- Dès lors qu'il exerce une activité, le professionnel est tenu de s'informer afin de se conformer aux prescriptions régissant ses fonctions. Mieux encore, il pèse sur lui une sorte de « *présomption d'omniscience* », les juges estimant, quel que soit son secteur d'activité, « qu'il savait » ou « aurait dû savoir. » L'appréciation objective de cette connaissance conduit à une véritable présomption de faute tirant sa source de la seule qualité professionnelle du prévenu (1). Cette présomption de faute emporte des conséquences (2).

1- Une présomption de faute induite par la qualité professionnelle du prévenu

140- Deux cas de figures sont à distinguer suivant que le professionnel est auteur principal (a) ou complice de l'infraction (b).

a- Le professionnel auteur principal de l'infraction

141- La présomption de faute développe ses effets tant en matière de délits intentionnels que de délits non intentionnels.

S'agissant des délits non intentionnels, M. JEANDIDIER relève que « *conformément à une démarche classique en droit pénal des affaires, la seule qualité de dirigeant social pèsera lourd et anéantira tout système de défense axé sur l'imprudence ou la négligence (...)*⁵²⁸ » Autrement dit, il existe une sorte de consubstantialité entre la qualité professionnelle du prévenu et la faute d'imprudence ou de négligence qui lui est reprochée. La faute semble donc « chevillée » à la qualité professionnelle et lui est intrinsèque. Cette conception jurisprudentielle est grandement facilitée par le contenu allégé que les magistrats réservent à la faute non intentionnelle commise par les professionnels ou les dirigeants.

Cette faute, rappelons-le, est généralement déduite de la matérialité de l'infraction, puisque la circulaire d'adaptation du 14 mai 1993, tout en annonçant la disparition des délits matériels, insinue leur maintien dans le domaine très précis des infractions non intentionnelles commises par des professionnels. En clair, aucune incartade ne sera tolérée au professionnel, puisqu'il est censé connaître et respecter l'ensemble des obligations régissant son domaine d'activité. S'il se prévaut d'une ignorance, il lui sera alors fait grief de ne pas s'être dûment informé ou de ne pas s'être entouré de bons conseils. Quoi qu'il advienne, la qualité professionnelle du prévenu induit la faute non intentionnelle qui lui est reprochée⁵²⁹.

En ce qui concerne les délits intentionnels, le raisonnement est identique, en ce sens que la qualité professionnelle du prévenu induit, ici aussi, l'intention coupable, au motif qu'au regard de ses fonctions, il ne pouvait pas ne pas savoir. Par conséquent, la jurisprudence considérera toujours que le professionnel a agi avec discernement. Il en résulte une présomption d'intention délictueuse. C'est la cas en matière de délit d'entrave où il été jugé que le dirigeant ne pouvait ignorer les prescriptions de l'ancien article L. 425-1 du Code du travail qu'il a méconnues en connaissance de cause⁵³⁰.

Il en est de même en matière d'abus de bien sociaux : « *alors qu'il (le dirigeant) ne pouvait toutefois ignorer qu'en sa qualité de mandataire social, il n'avait aucun droit à congés payés ; que les faits d'abus des biens sociaux qui lui sont reprochés à ce titre sont donc établis tant dans leur élément matériel que dans leur élément intentionnel;*⁵³¹ » De même, en matière de délit d'initié, la preuve de la connaissance par l'initié du caractère privilégié de l'information suffit. Cette connaissance est présumée au regard des fonctions du prévenu⁵³², à telle enseigne que certains auteurs⁵³³ qualifient

528- W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., DALLOZ, 2005, n° 294.

529 - B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », RSC 1967.1, p. 25.

530 - Cass. crim., 18 novembre 1997, Bull. crim. n° 391.

531 - Cass. crim., 30 janvier 2013, n° de pourvoi 12-80170

532 - R. SALOMON, « Le risque boursier : délits et manquements d'initiés, de manipulation de cours et de fausse

cette présomption d'irréfragable à l'égard des initiés de droit, c'est-à-dire des personnes visées par le Code de commerce.

Très confortable pour la jurisprudence, cette dialectique consacre une présomption d'intention délictueuse induite par une analyse objective des connaissances du prévenu qui est censé tout connaître de son domaine d'activité. Mais cette présomption ne développe pas ses effets qu'à l'égard de l'auteur principal; elle affecte aussi le complice.

b- Le professionnel complice de l'infraction

142- L'acte de complicité réside dans la participation consciente à la commission d'une infraction⁵³⁴. Lorsque le complice est un professionnel, son statut, comme dans le cas de l'auteur principal, induit généralement l'intention coupable. Cette dernière réside dans sa volonté persistante et consciente de faciliter la réalisation de l'infraction principale⁵³⁵. La mauvaise foi du professionnel complice sera présumée tant dans les délits d'imprudence que dans les délits intentionnels.

D'une part, pour être poursuivi en tant que tel, le professionnel complice doit, avoir connaissance des agissements répréhensibles de l'auteur principal.

S'agissant de cette première condition, la connaissance par le prévenu des agissements délictueux de l'auteur principal est présumée par le juge au regard de ses fonctions. Ainsi, en matière d'abus de biens sociaux ou de délit de banqueroute par détournement d'actifs, un dirigeant est fatalement exposé à des risques pénaux de par ses fonctions, car il est censé être informé des événements touchant son entreprise. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Riom, approuvée par la Cour de cassation, est entrée en voie de condamnation contre le directeur administratif et financier d'une société du chef de complicité de délit assimilé à la banqueroute par détournement d'actif sur le fondement de l'article 133 de la loi de 1967, aujourd'hui article L. 654-2 alinéa 2 du Code de commerce. En effet, ce dernier avait effectué des paiements par chèques et opéré des retraits sur ordre de son supérieur. Les juges du second degré ont considéré que « *le prévenu, directeur administratif et financier, dispose en cette qualité de tous les renseignements utiles sur la véritable situation de la société* » et en conséquence « *ne pouvait ignorer que les chèques bénéficiaient à des tiers sans contrepartie pour la société.* »⁵³⁶ Dans cette espèce, les magistrats ont induit de la qualité professionnelle du prévenu sa nécessaire connaissance de la situation effective de la société. Ils en ont, par conséquent, inféré le caractère conscient de sa participation aux agissements frauduleux de son supérieur. Dans une autre décision, le chef de complicité d'abus de biens sociaux a été retenu à l'encontre de deux agents de change. Dans cette espèce, il est fait grief aux prévenus d'avoir cautionné l'encaissement sur des comptes personnels, domiciliés dans deux sociétés de bourses, de chèques tirés sur le compte de sa société par un dirigeant. En effet, les juges ont estimé qu'au regard de leur qualité de professionnels avertis et de l'importance des sommes en cause, ils ne pouvaient ignorer la contrariété des agissements du dirigeant à l'intérêt de la société⁵³⁷.

D'autre part, pour être poursuivi en qualité de complice, le professionnel doit également avoir conscience du caractère illicite de ses propres agissements.

S'agissant de cette deuxième condition, il faut distinguer deux hypothèses : celle d'un acte positif de complicité et celle d'une abstention complice. Dans l'hypothèse d'un acte positif de complicité, ce dernier indique inmanquablement la connaissance par le prévenu du caractère illicite des agissements de l'auteur principal, et marque, par la même occasion, son adhésion consciente à la commission de l'infraction. Le juge induit de la qualité professionnelle du prévenu la nécessaire

information », in « Risque pénal dans l'entreprise », JCP E 2006, Cahiers de droit de l'entreprise n°1, p. 56-60.

533 - M. VÉRON, « Le délit d'initié : les contours de l'infraction », Droit et Patrimoine 1996, p. 54-60.

534 - Article 121-7 du Code pénal.

535 - P. SALVAGE, « Complicité », Jurisclasseur pénal, articles 121-6 et 121-7, n° 89 et s.

536 - Cass. crim., 7 novembre 1988, Inédit, pourvoi n° 86-92.271, Rev. Procédure collective 89. 253, note J. DEVEZE.

537 - Cass. crim., 6 juillet 1993, Inédit, pourvoi n° 92-84.937.

connaissance du caractère illicite de sa collaboration. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 septembre 1992⁵³⁸, a entériné la condamnation d'un expert comptable du chef de complicité du délit de présentation de comptes infidèles pour n'avoir pas mentionné une provision et pour y avoir fait figurer une augmentation de capital non certifié par le commissaire aux comptes. La Haute juridiction a estimé que le comportement du prévenu, ainsi que son statut professionnel suffisaient à établir l'infraction à son encontre.

Dans l'hypothèse d'une abstention complice, la dialectique est identique. La faute du complice restera présumée au regard de sa qualité professionnelle. Ici, l'objectif est de sanctionner l'abstention coupable d'un professionnel qui laisse une infraction se perpétuer alors qu'il dispose des moyens légaux d'y mettre fin. Cette inaction coupable s'analyse comme une sorte d'adhésion morale qui est appréciée objectivement par la jurisprudence. C'est ainsi que la Cour de cassation a retenu la complicité d'abus de biens sociaux à l'encontre d'un membre de directoire au motif que ce dernier, alors qu'il avait connaissance des agissements frauduleux de son président et qu'il disposait de moyens légaux pour faire cesser l'infraction, est resté inactif⁵³⁹.

Ainsi, « *de la preuve de la connaissance, on est passé à la présomption de mauvaise foi.*⁵⁴⁰ »

Seulement, cette appréciation objective de la culpabilité, à l'origine de la présomption de mauvaise foi et fort confortable pour la jurisprudence, emporte des conséquences.

2- Les effets déduits de la présomption de faute

143- La présomption de faute induit une double conséquence : un assouplissement de la répression (a) et une atteinte au système probatoire en matière répressive (b).

a- Un assouplissement de la répression

144- Par l'effet de la présomption de faute, la preuve de la culpabilité réside dans la constatation matérielle de l'infraction⁵⁴¹. Deux arrêts rendus en 1994 posent que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée à l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal.*⁵⁴² » Cette présomption engendre un renversement de la charge de la preuve. Il incombe donc à la personne poursuivie, et non plus à la partie poursuivante ou au Ministère Public, d'administrer la preuve de sa bonne foi si elle veut s'exonérer de sa responsabilité et échapper à la condamnation. Ce faisant, la répression est considérablement simplifiée.

Au demeurant, en matière de délit non intentionnel, la combinaison d'une faute vénielle – déjà vidée de sa substance par la jurisprudence et porteuse en elle-même du germe de la répression – avec une présomption de faute conduit inexorablement à une quasi systématisation de la responsabilité pénale du professionnel. En matière d'infraction intentionnelle, la dialectique est identique, puisque la preuve de l'intention délictueuse est induite de la qualité professionnelle du prévenu à partir de laquelle le juge apprécie objectivement les connaissances de ce dernier. Dans ces conditions, le prévenu est donc censé avoir une connaissance exhaustive des règles régissant son domaine d'activité ainsi qu'une information complète sur son entreprise. Cette présomption d'« omniscience » aboutit donc à une dépréciation des caractéristiques de l'intention coupable et a pour effet de faciliter l'office du juge dans l'établissement de l'intention coupable. Certains auteurs en viennent même à relever la relative facilité à rapporter la preuve d'un délit intentionnel que celle d'une faute non intentionnelle qui requiert un décryptage plus approfondi du comportement du prévenu. En ce sens, M. VERON observe qu' « *il est plus facile d'établir la mauvaise foi du*

538 - Cass. crim., 9 septembre 1992, Bull. Joly 1993. 432, obs. J-F. BARBIERI.

539 - Cass. crim., 28 mai 1980, D. 81 IR137.

540 - C. MOULY, « La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur », D. 1984, Chron. 32.

541 - M. VERON, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., ARMAND COLIN, 2005, p. 6-7.

542 - Cass. crim., 25 mai 1994, Bull. crim. n° 203, obs. J-H. ROBERT; et Cass. crim., 12 juillet 1994, Bull. crim. n° 280, JCP 1995 G I 3819, n° 8, note M. VERON.

*prévenu, surtout s'il s'agit d'un professionnel soumis à un régime de surveillance, que de démontrer, par une motivation appropriée, qu'il a commis une imprudence et une négligence; mieux, si le prévenu allègue pour sa défense les précautions qu'il a déployées, on en déduira qu'il avait conscience de la situation infractionnelle, et on ne le condamnera que plus facilement du chef d'une infraction intentionnelle alors qu'au contraire, ce moyen de défense doit réussir si on cherche à lui imputer une imprudence.*⁵⁴³» En conséquence, il est plus aisé d'appréhender les raisons sous-jacentes de la mutation d'anciens délits matériels, non en délits non intentionnels, mais en délits intentionnels, même si en définitive, derrière des dénominations fallacieusement distinctes, les délits intentionnels et les délits matériels sont soumis à la analyse jurisprudentielle.

Tout bien considéré, pris en étau entre une présomption de faute induite par sa qualité professionnelle, et une constatation matérielle de la violation en connaissance de cause d'une obligation légale ou réglementaire, le dirigeant peut difficilement échapper à son sort pénal. Cependant, en créant un renversement de la charge de la preuve, la présomption de faute porte atteinte au système probatoire en droit répressif.

b- Une entorse au système probatoire en droit répressif

145- En vertu du principe de la présomption d'innocence, il incombe à la partie accusatrice d'administrer la preuve de l'infraction poursuivie⁵⁴⁴. Seulement, cette règle, en principe favorable au prévenu, souffre de nombreuses exceptions qui présument la culpabilité de la personne poursuivie. Il en est ainsi de la présomption de faute induite de la qualité professionnelle du prévenu. Pourtant, le principe de la présomption d'innocence jouit d'une protection renforcée et est dotée d'une valeur supérieure à la loi⁵⁴⁵.

Certes, dans l'arrêt SALABIYAKU c/ FRANCE, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît que « *tout système juridique connaît des présomptions de fait et de droit et que la Convention n'y met évidemment pas d'obstacle en principe, mais en matière pénale, oblige les États contractants à ne pas dépasser des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense.* »⁵⁴⁶» Toutefois, cet arrêt appelle deux remarques.

D'une part, il eut été souhaitable que la Cour eût opéré une démarcation entre les présomptions légales et les présomptions jurisprudentielles⁵⁴⁷, car si les premières puisent leur légitimité dans leur origine législative, les secondes, en revanche, semblent plus contestables⁵⁴⁸. En effet, ainsi que le rappelle le doyen M. PATARIN, « *En dehors d'une disposition expresse de la loi, la présomption d'innocence ne saurait souffrir d'exception sur le terrain de la charge de la preuve.* »⁵⁴⁹»

D'autre part, en recourant à des expressions aussi nébuleuses que « *limites raisonnables* » et « *gravité de l'enjeu* » sans délimiter les contours du caractère raisonnable des limites, ainsi que de la gravité de l'enjeu, la Cour ne propose qu'un cadre juridique libre, laissant l'initiative législative à chaque État contractant. Or, ainsi que le relève M. PATARIN, toute dérogation à un principe aussi capital que celui de la présomption d'innocence devrait requérir une autorisation législative de manière à prévenir toute déviance jurisprudentielle.

En définitive, contrairement aux espoirs doctrinaux suscités par l'avènement du nouveau Code pénal avec les dispositions de l'article 121-3, ce dernier aura manqué sa vocation de mettre un terme

543 - M. VERON, note sous Cass. crim., 12 juillet 1994, JCP G I 3819, n° 8.

545 - Article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789; article 11-1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948; article 6-2 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme; article 14 du Pacte sur les droits civils et politiques; Article préliminaire alinéa 3 du Code de procédure pénale; article 9-1 du Code civil.

546 - CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c/ France, RSC 89. 167.

547 - Ch. FAURE-GAUSSSEL, « *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction* », Thèse Paris X, éd. LGDJ, 2006, p. 287.

548 - *Op cit*, p. 288.

549 - J. PATARIN, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in « *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* », dirigé par G. STEFANI, éd. DALLOZ, 1956, p. 35.

définitif aux présomptions de culpabilité dans la caractérisation de l'élément moral de l'infraction⁵⁵⁰. En effet, la présomption de faute induite de la qualité professionnelle du prévenu méconnaît les dispositions de l'article 121-3 du Code pénal⁵⁵¹. La jurisprudence ne semble donc pas disposée à reconnaître à cette disposition sa portée téléologique.

La prééminence de la faute ne se limite cependant pas au droit pénal des affaires. En droit pénal administratif, si la responsabilité pénale requiert la caractérisation d'un élément moral, ce dernier semble pourtant quasi inexistant. En effet, les fautes les plus inconsistantes suffisent à établir la culpabilité du dirigeant.

B- La prééminence de la faute non intentionnelle en droit pénal administratif

146- La subjectivité de la responsabilité pénale requiert que soit établie à l'encontre de l'individu une faute qui lui soit imputable. Par transposition, la nature pénale des sanctions administratives induit une soumission de la responsabilité pénale administrative au même critère. Or, en matière pénale administrative, les fautes les plus légères suffisent, d'une manière générale, à établir la responsabilité du dirigeant. En effet, la prééminence de la faute non intentionnelle (1) réduit considérablement la place de l'intention (2).

1- La primauté de la faute non intentionnelle

147- En droit pénal administratif, l'engagement de la responsabilité est soumise à la caractérisation d'une faute. Seulement, la nature de la faute légalement requise n'est pas toujours spécifiée par le législateur. Si en droit pénal, le délit est en principe intentionnel, sauf prévision contraire expresse de la loi, en droit pénal administratif, l'intention n'est pas requise, sauf disposition expresse de la loi. Ceci objective la prédominance de la faute non intentionnelle en la matière. Face au silence du législateur, il faut se référer aux prescriptions de chaque disposition pénale pour connaître les caractéristiques de la faute requise. Si la disposition aussi reste silencieuse, la simple faute matérielle suffira alors à rechercher la responsabilité pénale de l'agent. Or, d'une manière générale, les dispositions pénales administratives ne spécifient pas la nature de la faute requise. Aussi, la majorité de la doctrine en infère-t-elle le caractère généralement matériel des infractions administratives. Ainsi, selon certains, « *en matière administrative, la tendance dominante est de se contenter d'une simple faute matérielle*⁵⁵² ». D'autres observent que « *la caractéristique essentielle du système administratif, il se distingue en cela du système de droit commun des infractions intentionnelles, est qu'il va en général jouer par rapport à des comportements pour lesquels l'intention n'est pas requise. Il se rapproche en revanche sensiblement du système répressif en matière contraventionnelle, puisque dans les deux cas, la simple inobservation d'une prescription suffit à consommer l'infraction. La sanction s'applique alors sans qu'aucune recherche de culpabilité n'ait été effectuée.*⁵⁵³ »

Ainsi, les dispositions des articles L. 420-1 et 420-2 du Code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles ne requièrent pas de faute intentionnelle ou d'imprudence. La simple réalisation des faits est constitutive de la faute matérielle. C'est ce que rappelle une décision du Conseil de la concurrence – aujourd'hui devenue Autorité de la concurrence – dans sa décision du 22 mars 1994. Alors que la société poursuivie plaidait la négligence pour expliquer les pratiques retenues à son encontre et s'exonérer de sa responsabilité, le Conseil a déclaré que « *les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 prohibent les ententes expresses ou tacites, les actions*

550 - Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », D. 1997, Chron. 37, p. 41.

551 - M. VERON, « *Droit pénal des affaires* », 6e éd., ARMAND COLIN, 2005, p. 7.

552 - M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, « *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal* », ECONOMICA, 1992, p. 57.

553 - A. VARINARD et E. JOLY-SIBUET, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », RIDP 1988. 189, p. 200.

*concertées, conventions ou coalitions ou encore l'exploitation abusive d'une position dominante lorsque ces pratiques auront pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché; que n'échappent donc pas à ces règles les pratiques ayant un effet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché, sans qu'il soit besoin d'établir l'intention de les enfreindre.*⁵⁵⁴ » Dans cette décision, le Conseil souligne l'inopérance de l'absence de faute intentionnelle ou même de faute d'imprudence ou de négligence quant à l'engagement de la responsabilité pénale administrative, dès lors que les pratiques incriminées visent à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence sur un marché, ou alors qu'elles peuvent produire des effets similaires. Ces pratiques constituent, en clair, des délits matériels.

En matière pénale administrative, les infractions sont donc essentiellement matérielles. De par la sévérité des sanctions qu'ils prévoient, ces délits sont davantage assimilables à des délits pénaux. Or, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, l'article 121-3 prévoit qu'il n'y a point de délit sans intention de le commettre. En conséquence, il appert que l'établissement de la responsabilité pénale administrative par une simple faute matérielle participe au maintien d'un mécanisme dénoncé par le législateur lui-même en droit pénal fondamental. Au regard de la sévérité des sanctions encourues, une faute intentionnelle ou au moins d'imprudence devrait être requise, même dans le silence de la loi, pour l'établissement de la responsabilité du prévenu. En outre, aucun argument juridique ne semble pouvoir justifier ce contraste dans la réponse apportée aux infractions administratives et aux infractions pénales. Seule l'obsession répressive peut expliquer le recours aux infractions matérielles, puisque ces dernières assouplissent considérablement l'administration de la preuve de l'infraction administrative.

Il reste que la prédominance de la faute non intentionnelle dans les infractions administratives réduit significativement la place accordée à l'intention.

2- La subsidiarité de la faute intentionnelle

148- À l'opposé du droit pénal, la faute intentionnelle n'a qu'une place subsidiaire en comparaison avec la faute non intentionnelle en droit pénal administratif. Néanmoins, à titre exceptionnel, il arrive que le texte d'incrimination exige explicitement une faute intentionnelle (a), celle-ci étant la seule alternative à la faute matérielle. Si l'intention n'est pas requise pour la caractérisation de l'infraction et qu'elle est toutefois établie, elle participe à la fixation de la peine (b).

a- L'intention critère exceptionnel de l'incrimination administrative

149- Si le texte d'incrimination ne le requiert pas expressément, l'intention ne participe pas habituellement à la détermination de l'infraction administrative. Cela démontre bien le caractère exceptionnel de la faute intentionnelle dans le processus d'incrimination. L'intention requise réside habituellement dans un dol général. C'est le cas par exemple de l'article 632-1 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers qui incrimine le fait pour toute personne de diffuser sciemment des informations de nature à induire en erreur.

L'exigence de l'élément intentionnel écarte, par conséquent, toute possibilité de fonder l'infraction sur une faute d'imprudence ou de négligence. C'est dans ce contexte que, la Commission des opérations de bourse – aujourd'hui Autorité des marchés financiers (AMF) – a rappelé dans son rapport de 1990 le caractère nécessairement intentionnel de l'exploitation d'une information privilégiée en vue d'en tirer délibérément des bénéfices, écartant toute idée d'utilisation par imprudence ou par mégarde. Cependant, en matière de manquement d'initié, la caractérisation de l'élément intentionnel est relativement aisée, puisqu'il suffit d'établir la possession par l'initié d'une information protégée et la réalisation par ce dernier d'une opération avant que l'information ne soit

⁵⁵⁴ - Décision Cons. conc. N° 94-D-21 du 22 mars 1994 relative à des pratiques de l'Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires France Télécom, BOCCRF du 7 juin 1994, p. 214.

rendue publique. C'est ce que rappelle une décision de la commission des sanctions de l'AMF rendue le 19 juillet 2012⁵⁵⁵. En l'espèce, le président du Conseil de surveillance et dirigeant opérationnel de fait d'une société est poursuivi du chef de manquement d'initié. Il lui est fait grief, alors qu'il était en possession d'une information privilégiée relative à la forte dégradation de la situation financière de sa société et non rendue publique, d'avoir exploité cette information protégée et d'en avoir volontairement tiré parti en cédant des actions de cette société. La commission entra alors en voie de condamnation à son encontre du chef de manquement d'initié, sur le fondement de l'article 622-1 du Règlement général de l'AMF qui prévoit que « *toute personne mentionnée à l'article 622-2 doit s'abstenir d'utiliser l'information privilégiée qu'elle détient en acquérant ou en cédant, ou en tentant d'acquérir ou de céder, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, soit directement soit indirectement, les instruments financiers auxquels se rapporte cette information ou les instruments financiers auxquels ces instruments sont liés.* » La possession de l'information privilégiée non publique et la réalisation d'opérations avant la publication de cette information en vue d'en tirer parti suffisent donc à établir l'élément intentionnel requis pour la caractérisation du délit de manquement d'initié. L'infraction est consommée peu importe que l'initié ait ou non visé une finalité spéculative⁵⁵⁶.

Si la faute intentionnelle n'est pas requise pour caractériser l'infraction administrative, l'établissement de l'intention peut toutefois constituer un facteur d'aggravation de la répression.

b- L'intention critère de mesure de la répression

150- Le caractère intentionnel de l'infraction, même s'il n'est pas requis pour la caractérisation de cette dernière, peut avoir une incidence sur la fixation de la peine. Cependant, les critères d'évaluation de la gravité des faits commis ne sont pas déterminés par le législateur. Aussi, échoit-il aux autorités administratives, d'intégrer l'intention dans les paramètres d'appréciation. Ainsi, si en droit de la concurrence, la faute intentionnelle ne conditionne pas la consommation de l'infraction, elle intervient néanmoins dans l'appréciation par l'Autorité de la concurrence de la gravité des pratiques anticoncurrentielles, ainsi que le rappelle un rapport de l'Autorité : « *La gravité des pratiques s'apprécie également en fonction soit de circonstances de fait, soit de leurs répercussions : conditions de mise en oeuvre de la pratique, intentionnalité des acteurs qui peut manifester une volonté délibérée de retreindre la concurrence, situation du marché ou des marchés connexes effet d'entraînement ou d'exemplarité (ainsi la gravité d'une pratique sera différemment appréciée selon que son auteur est une grande ou une petite entreprise, un syndicat professionnel minoritaire ou un Ordre professionnel disposant d'un magistère moral), ou encore répétition*⁵⁵⁷. » De même, dans un arrêt du 30 mai 2012 rendu par la Cour de cassation, la chambre commerciale a jugé que « (...) *le caractère confidentiel et stratégique des informations échangées, la parfaite régularité des échanges ainsi organisés et leur poursuite pendant six années jusqu'à ce que la mise en oeuvre de l'enquête administrative y mette fin, révèlent et traduisent tout à la fois la gravité concrète de la pratique incriminée et la conscience qu'avaient tous les opérateurs concernés d'enfreindre les règles de la concurrence*⁵⁵⁸. »

L'intégration de l'intention dans les paramètres d'appréciation de la gravité des faits contribue au respect du principe de la proportionnalité de la peine. Il semble alors cohérent que la sanction d'une infraction commise par imprudence s'aggrave si cette même infraction vient à être commise de manière intentionnelle. La prééminence de la faute non intentionnelle dans l'incrimination administrative ne peut donc servir de prétexte à une répression indifférenciée des infractions intentionnelles et non intentionnelles. Cette confusion reviendrait à traiter sur un pied d'égalité une personne malhonnête et une personne imprudente; ce qui porterait fatalement atteinte au principe de

555 - AMF, 19 juillet 2012, SAN-2012-11

556 - CA 23 janvier 1996, Bull. COB n° 299, février 1996, p. 33-34; ou Décembre COB, 13 septembre 1994, Bull. COB. N° 284, octobre 1994, p. 52.

557 - Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, 1997.

558 - Cass. com., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-22144.

la proportionnalité de la répression et mettrait en cause la cohérence et la légitimité de la peine. Il appert de ce qui précède qu'en droit pénal administratif, la responsabilité s'active de manière plus souple qu'en droit pénal traditionnel en raison de la légèreté des fautes exigées.

CONCLUSION DU TITRE I

151- Au terme de ces premiers développements, il ressort que l'incrimination visant le dirigeant en droit pénal des affaires révèle de nombreuses déficiences, tant au moment de son élaboration que de sa mise en œuvre. Les premières sont substantielles et affectent la qualité de l'élément légal. L'altération de ce dernier révèle un système normatif défaillant. Quant aux déficiences fonctionnelles, elles se traduisent tant par une méconnaissance du principe d'interprétation stricte de l'incrimination que par la violation des règles applicables aux conflits de lois dans le temps. Enfin, les déficiences formelles affectent la structure de l'élément matériel et ne laissent à l'élément moral qu'une place effacée.

S'agissant de l'altération de l'élément matériel, elle s'illustre principalement par le recours massif aux infractions d'omission et par le caractère inopérant de l'absence de préjudice.

Quant à l'effacement de l'élément moral, il est la conséquence d'une prééminence de la faute ainsi que d'une dégénérescence de son contenu. Cette violation manifeste du principe de la légalité criminelle prive le dirigeant de la sécurité juridique à laquelle il peut légitimement aspirer.

La désagrégation des différentes composantes de l'infraction visant le dirigeant s'explique principalement par la nature même de la législation pénale d'affaires qui vise à réprimer la transgression des obligations propres au monde économique. Or, la rigidité intrinsèque des exigences du principe légaliste est inconciliable avec la complexité et la fluctuation de la législation d'affaires qui est contrainte de réagir pour s'adapter à l'évolution de la criminalité économique.

Cependant, la responsabilité pénale du dirigeant ne s'illustre pas que par une incrimination déficiente. Elle s'illustre également par une répression excessive.

TITRE II

LES DÉFICIENCES DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DIRIGEANT

152- « *L'action de l'État en matière économique, si loin qu'elle porte, si profondément qu'elle atteigne les ressorts de la société, ne peut supprimer la liberté d'action des individus ; elle doit au contraire la favoriser, pourvu que soient sauvegardés les droits essentiels de chaque personne humaine.*⁵⁵⁹ »

Voilà ce que préconisait déjà, en 1963, le Pape Jean XXIII sur l'équilibre entre les deux formes d'action des pouvoirs publics. Transposée en droit pénal des affaires, cette prescription est loin de recevoir application. En effet, le développement tumultueux des infractions d'affaires s'explique davantage aujourd'hui par la volonté politique de répondre à l'émotion d'une opinion publique troublée par certains comportements excessifs que par le choix d'apporter des solutions aux problèmes posés. Les innombrables incriminations d'affaires marquent un abandon évident du principe « *autant de liberté que possible, autant d'État que nécessaire*⁵⁶⁰. » La pénalisation galopante des comportements d'imprudence et des actes préparatoires révèle l'orientation dirigiste de notre législation d'affaires et marque, par la même occasion, le recul progressif de la prise en compte de l'élément intentionnel dans l'établissement de l'infraction, ainsi qu'une distanciation du lien de causalité entre la faute retenue et le préjudice subi. Il en résulte alors une modification des frontières traditionnelles entre les règles civile et commerciale d'une part, et la règle pénale⁵⁶¹, de l'autre, ainsi qu'une remise en cause tant des principes fondateurs de la responsabilité pénale que du caractère subsidiaire de la peine.

Cet interventionnisme qui érige notre législation d'affaires en un véritable droit pénal de direction est au cœur d'une politique essentiellement répressive à l'égard du dirigeant. En effet, ce dernier est

559 - « *Pacem in Terris* », Lettre encyclique du Souverain Pontife JEAN XXIII, 1963, n°65.

560 - A. KAUFMANN, « *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht* », in « *FS Henkel* », 1974, p. 90.

561 - S. MOGINI, « Droit pénal, contrôle des marchés et autorégulation des acteurs », in « Les enjeux de la pénalisation de la vie économique », éd. Dalloz, 1997, p. 188.

soumis à un sévère régime répressif (Chapitre I) et ne bénéficie que d'une impunité réduite (Chapitre II).

Chapitre I

La prééminence de la répression

153- Au regard de son développement excessif, la responsabilité pénale du dirigeant souffre incontestablement de ce que l'on pourrait qualifier d'une « hypertrophie » répressive. En effet, la prééminence de la répression à l'égard de ce dernier se manifeste à plusieurs niveaux. La multiplication des acteurs pénalement responsables (Section I), ainsi que celle des incriminations (Section II), l'accentuation de la pression pénale sur le dirigeant en dépit de la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales (Section III), de même que la double incrimination pénale et administrative (Section IV) sont autant de manifestations d'une lourde tendance répressive qui emporte des conséquences désastreuses tant à l'égard du dirigeant que de son entreprise (V).

SECTION I – LA MULTIPLICATION DES ACTEURS POTENTIELLEMENT RESPONSABLES

154- En fonction de son intervention dans la commission de l'infraction, l'agent peut être poursuivi en qualité d'auteur ou de complice. Le Code pénal définit l'auteur comme « *la personne qui commet*

*les faits incriminés ou tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit*⁵⁶²». Au regard de cette définition, peut donc être considérée comme auteur d'une infraction celui qui « *a personnellement commis les différents éléments matériels et intellectuels de celle-ci, tels que définis par la loi ou le règlement.*⁵⁶³» Si une personne intervient dans la réalisation de l'infraction sans satisfaire aux critères légalement définis, elle ne pourra être alors poursuivie qu'en qualité de complice ou tout simplement bénéficiaire d'une impunité.

En droit pénal des affaires, l'identification des personnes pénalement responsables peut se révéler quelques fois complexe en raison de la hiérarchie qui prévaut au sein de l'entreprise ou de l'exigence d'une qualité légalement requise. Aussi, afin de résorber ses obstacles juridiques, le législateur, mais aussi le juge procèdent-ils à l'extension d'une disposition initialement destinée à une catégorie spécifique de personnes, rendant ainsi l'attribution de la qualité d'auteur particulièrement aisée (I).

En outre, en matière de délits d'affaires, la responsabilité pénale ne remonte pas exclusivement à celui qui commet matériellement l'infraction. Ainsi, la responsabilité pénale du dirigeant, en qualité d'auteur principal, peut être recherchée pour une infraction matériellement commise par son préposé (II).

I- L'OCTROI SOUPLE DU STATUT DE DIRIGEANT

155- Si la loi pénale a, en principe, vocation à s'adresser à tous, ce n'est pas toujours le cas en droit pénal des affaires où les incriminations édictées sont généralement des délits spéciaux qui requièrent de l'auteur de l'infraction un statut spécifique. C'est le cas du délit de banqueroute prévu à l'article L. 654-2 du Code de commerce dont le champ d'application se limite aux personnes visées à l'article précédent L. 654-1. Dans ces conditions, l'exigence d'une qualité spécifique peut engendrer des impunités. C'est dans l'optique d'éviter ces dernières que le statut juridique requis est attribué de manière souple. Il en résulte une assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit (A), ainsi qu'un transfert prétorien de la qualité requise de la personne morale à la personne physique qui agit pour son compte (B).

A- L'assimilation du dirigeant de fait et du dirigeant de droit

156- De nombreuses incriminations d'affaires requièrent de l'auteur de l'infraction la qualité de dirigeant. Ainsi, le Code du commerce vise les « *gérants*⁵⁶⁴ », « *les présidents, administrateurs ou directeurs généraux*⁵⁶⁵. » L'exigence de la qualité de dirigeant vise à cantonner l'application de la loi pénale à une catégorie spécifique d'individus. Seulement, il en résulte un risque d'impunité dans la mesure où un dirigeant de droit, en réalité un prête-nom, peut servir d'« *écran* » pour couvrir les agissements répréhensibles du dirigeant effectif, le dirigeant de fait. Ce dernier agit en toute impunité puisqu'il ne dispose pas de la qualité légalement requise et que, par conséquent, aucun délit ne lui est imputable. De même, en l'absence d'un fait principal punissable, il échappe aux poursuites en qualité de complice du dirigeant de droit. S'agissant du dirigeant de droit, n'ayant pas agi à titre personnel, sa responsabilité ne peut être recherchée en qualité d'auteur principal.

Afin de contourner ces difficultés, le législateur et le juge reconnaissent une équivalence entre le dirigeant de fait et le dirigeant de droit, de telle sorte que la responsabilité pénale du dirigeant de fait peut être recherchée pour le délit d'affaires (1). Seulement, en l'absence d'une définition légale claire, la notion de direction de fait reste source d'ambiguïté (2).

1- L'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant de fait

562 - Article 121-4 du Code pénal.

563 - F. LE GUNEHÉC et F. DESPORTES, « *Droit pénal général* », 16e éd., ECONOMICA, 2009, n° 509.

564 - Voir les articles L. 241-3 alinéa 2, L. 241-3 alinéa 3, L. 241-3 alinéa 4, L. 241-3 alinéa 5, L. 241-4 alinéa 1, L. 241-5, L. 241-6 du Code de commerce.

565 - L. 242-1, L. 242-3, L. 242-6 du Code de commerce.

157- En matière de délit d'affaires, l'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant de fait⁵⁶⁶ est expressément prévu par le législateur qui, par le biais d'un renvoi, étend l'application de plusieurs délits spéciaux au dirigeant de fait. C'est le cas de l'article L. 241-9 du Code de commerce qui prévoit que « *les dispositions des articles L. 241-2 à L. 241-6 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal.* »⁵⁶⁷ De même, en matière de délit de banqueroute, l'article L. 654-1 alinéa 2 prévoit la responsabilité des dirigeants de fait⁵⁶⁸. Ainsi, dans une décision du 6 octobre 1980, la chambre criminelle a entériné la décision d'une Cour d'appel qui était entrée en voie de condamnation à l'encontre de M. D pour diverses infractions à la législation sur les sociétés commerciales. À l'appui de sa défense, le prévenu a soutenu en appel que « *les dispositions pénales ne lui étaient pas applicables, dès lors qu'il n'était pas dirigeant de droit, ni de fait de la dite société mais seulement un salarié.* »⁵⁶⁹ Mais les juges d'appel, sur le fondement de l'article 431 de la loi du 24 juillet 1966 – aujourd'hui devenu l'article 241-9 du Code de commerce – ont estimé qu'étant le gérant de fait de la société, « *en tant que dirigeant social* », il pouvait être poursuivi pour les infractions retenues à son encontre.

Dans une autre espèce allant dans le même sens et en date du 16 octobre 2013⁵⁷⁰, la Cour de cassation a confirmé la décision d'une Cour d'appel qui avait condamné une société du chef d'escroquerie en bande organisée dont son gérant de fait avait été condamné. Contestant cette qualité et se revendiquant simple salarié de la société, le prévenu a fait valoir dans son pourvoi que « *la direction de fait d'une société ne peut résulter que de constatations démontrant que l'intéressé a accompli, en toute indépendance, des actes positifs de direction, de gestion ou d'administration générale de la société ; qu'en se fondant, en l'espèce, pour qualifier M. B...de gérant de fait de la société SEL sur la seule et unique constatation qu'il était le principal salarié et qu'il disposait seul, avec la secrétaire comptable, de la procuration sur les comptes bancaires, à l'exclusion de toute autre considération permettant d'établir qu'il s'était immiscé dans la gestion, l'administration et la direction de la société.* » Mais les juges d'appel ont écarté ses arguments et ont déduit des faits qu'il était le gérant de fait de la société, que les infractions d'escroquerie, qui lui étaient reprochées, avaient été commises pour le compte de la société, et qu'en cette qualité, il engageait la responsabilité pénale de la personne morale.

Toutefois, les juridictions répressives méconnaissent fréquemment le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Ainsi, en matière de publicité trompeuse, alors que la loi n'en prévoit pas la possibilité, la jurisprudence a élargi le champ d'application du délit au dirigeant de fait. En se fondant sur l'article 121-5 du Code de la consommation, dans son ancienne version⁵⁷¹, la chambre criminelle⁵⁷² en a inféré que « *les termes de la loi permettent de poursuivre aussi bien les dirigeants de fait d'une société que les dirigeants de droit.* »

Au demeurant, qu'il soit d'origine prétorienne ou législative, l'établissement d'une équivalence entre le dirigeant de fait et le dirigeant de droit aboutit à l'élargissement du cercle des acteurs potentiellement responsables d'un délit d'affaires, alors qu'à l'origine ce dernier visait un nombre de personnes limitativement énumérées par la loi. En effet, la responsabilité du dirigeant de fait ne supprime ni ne se substitue à celle du dirigeant de droit, mais, le cas échéant, s'y ajoute. Chacun, séparément, peut faire l'objet d'une condamnation au titre de la coaction. En ce sens, la Cour de

566 - G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait », Rev. sociétés 1997, p. 499.

567 - Cette extension s'applique aussi aux sociétés par actions selon les dispositions de l'article L. 246-2 du Code de commerce.

568 - Article L. 654-1 alinéa 2 du Code de commerce : « *Les dispositions de la présente section sont applicables à toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé.* »

569 - Cass. crim., 6 octobre 1980, Rev. sociétés 1981. 351, note B. BOULOC.

570 - Cass. crim. 16 octobre 2013, pourvoi n° 05-82121

571 - Ancienne version de l'article L. 121-5 du Code de la consommation : « *Si le contrevenant est une personne morale, la responsabilité pénale incombe à ses dirigeants.* »

572 - Cass. crim., 14 décembre 1994, Dr. pén. 1995, n° 98, obs. J-H ROBERT.

cassation a confirmé, à maintes reprises⁵⁷³, des décisions condamnant simultanément, pour les mêmes délits, le dirigeant de fait et le dirigeant de droit. C'est ainsi que la Haute juridiction entérina la condamnation du dirigeant commercial et du cogérant de droit d'une société pour présentation de comptes annuels infidèles et banqueroute par utilisation de moyens ruineux. Dans cette espèce, les juges ont retenu qu'en jouant un rôle déterminant dans les méthodes frauduleuses utilisées pour majorer artificiellement le chiffre d'affaires de l'entreprise, le directeur commercial avait agi en que dirigeant de fait. Quant au dirigeant de droit, il lui était reproché d'avoir établi de faux certificats visant à majorer le chiffre d'affaires de la société en vue d'augmenter les crédits bancaires de cette dernière. Les deux dirigeants furent donc sanctionnés en qualité de coauteurs pour avoir, chacun, participé personnellement à la réalisation de l'infraction. De même, il a été jugé qu'un gérant de droit ne pouvait invoquer comme circonstance atténuante son effacement derrière le dirigeant de fait, tout au contraire, l'acceptation de fonctions de complaisance constitue une faute d'une particulière gravité⁵⁷⁴.

Toutefois, s'il est vrai que l'établissement d'une équivalence entre le dirigeant de fait et le dirigeant de droit permet de contourner les lacunes dans la répression et de retenir dans les liens de la responsabilité pénale le dirigeant réel, il demeure que la portée de cette assimilation reste ambiguë en l'absence d'une définition légale de la notion de direction de fait.

2- L'ambigüité de l'assimilation

158- Si l'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit offre l'avantage de faciliter la répression, elle reste toutefois ambiguë, car le législateur ne définit pas la notion de dirigeant de fait. En effet, seules quelques esquisses de définition apparaissent dans certains textes. Dans ces conditions, le législateur concède une marge d'interprétation considérable au juge qui, en partant de considérations factuelles et matérielles, va induire, d'une manière souple et opportunément guidée par la répression, le statut de dirigeant. Cette absence de définition se révèle donc extrêmement comminatoire pour la sécurité juridique du dirigeant.

En l'absence de définition légale des dirigeants de fait, la doctrine présente ces derniers comme « *les personnes qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celles qui, en toute souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction.* »⁵⁷⁵ Cette approche, qui réside avant tout dans l'identification de la personne qui assure concrètement la marche de l'entreprise, est celle substantiellement adoptée par la jurisprudence lorsqu'elle caractérise la responsabilité pénale d'un dirigeant de fait⁵⁷⁶. C'est ainsi qu'il a été jugé que la qualité d'associé majoritaire et de concubine du véritable dirigeant de la société, ainsi que la perception d'un salaire disproportionné au regard de l'activité exercée ne pouvaient être analysées comme constitutives de la direction de fait⁵⁷⁷.

L'équivalence établie entre le dirigeant de fait et le dirigeant de droit n'est pas la seule manifestation de l'octroi souple du statut légal requis. Une deuxième réside dans le transfert du statut légal requis.

B- L'attribution du statut juridique requis

159- Le transfert de la qualité juridique requise peut être soit d'origine légale (1), soit d'origine jurisprudentielle (2).

573 - Cass. crim., 11 mars 2015, pourvoi n°13-86155; CA Bastia, 16 mai 2012, N° de RG: 11/00552; Cass. crim., 15 novembre 2000, pourvoi n° 00-81.166.

574 - CA Paris, 21 janvier 2010, JurisData n° 2010-000362; Cass. crim., 12 novembre 1991, JCP 1992, I, 3595, n° 22, obs. Ph. PETEL.

575 - J-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeants de fait », D. 1975, Chron. p. 41; M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4e éd., PUF, 2000, p. 42; C. CHAMPAUD, note sous Cass. com., 5 novembre 1991, RTD com. 1992, p. 818.

576 - Cass. com., 23 novembre 1999, RJDA 2000, n° 270, p. 227.

577 - CA Paris, 26 mars 1993, Rev. procédures collectives 1994. 430, note J. BLANCHARD.

1- L'attribution légale du statut requis

160- Lorsque l'infraction d'affaires est commise par une personne morale, cela soulève un risque d'impunité puisque seule la personne morale est dotée de la qualité juridique requise.

Le législateur est alors intervenu très ponctuellement pour élargir la responsabilité pénale du délit d'affaires au dirigeant de la personne morale. C'est ainsi que les dispositions de l'ancien article L. 121-5 du Code de la consommation relatif au délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur prévoyait que lorsque l'infraction est commise par une personne morale, « *la responsabilité pénale incombe au dirigeant.* » De même, s'agissant de la publicité en matière de crédit à la consommation, l'article L.311-34 du Code de la consommation prévoit le transfert de la responsabilité pénale au dirigeant si l'infraction vient à être réalisée par la personne morale. Par ailleurs, en matière de délit d'initié, l'ordonnance du 28 septembre 1967 énonçait en son ancien article 10-1 alinéa 3 que « *dans les cas où les opérations auront été réalisées par une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait de celle-ci seront pénalement responsables des infractions commises.* » Aujourd'hui, les dispositions de la loi du 2 juillet 1996 codifiées à l'article L. 465-3 du Code monétaire et financier prévoient que les personnes morales peuvent déclarées pénalement responsables de cette infraction. À cette fin, il suffira d'établir, conformément aux dispositions de l'article 121-2 du Code pénal, que les faits ont été commis par des organes ou représentants de la personne morale agissant pour son compte.

Ces prévisions législatives permettent aux juges d'opérer, en toute légalité, le transfert de la responsabilité pénale de la personne morale vers le dirigeant, personne physique.

Cependant, le transfert de la qualité requise peut aussi être d'origine jurisprudentielle.

2- L'attribution prétorienne du statut requis

161- En l'absence de clause législative d'extension, les juridictions répressives imputent la responsabilité pénale du délit d'affaires au dirigeant de la personne morale. Pour retenir ce dernier dans les liens de la responsabilité pénale, la jurisprudence lui octroie de manière totalement artificielle la qualité juridique exigée.

Ainsi, en droit pénal du travail, seul « *l'employeur* » est visé par les incriminations pénales. C'est le cas, dans le Code du travail, des articles L. 2328-2 réprimant le défaut de présentation par l'employeur du bilan social de l'entreprise ou de l'établissement, L. 2283-1 sanctionnant le fait pour l'employeur de s'opposer à l'engagement de la négociation, ou encore L. 8221-5 condamnant le recours par l'employeur au travail dissimulé. Or, le statut d'employeur peut être revêtu aussi bien par une personne physique que par une personne morale. Pourtant, lorsque l'infraction est commise par une personne morale, la Cour de cassation transfère la qualité d'employeur au dirigeant de la personne morale en estimant que l'employeur est « *le dirigeant de droit ou de fait d'une société à responsabilité limitée ou une société par actions.* »⁵⁷⁸ Ainsi, sur le fondement de l'article L. 441-6 du Code de commerce qui fait obligation à tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de communiquer à tout acheteur ou demandeur de prestation, qui en aurait effectué la demande, leurs conditions de vente, sous peine de pratiques discriminatoires, la chambre criminelle⁵⁷⁹ a entériné la condamnation, à titre d'auteur principal d'un président de directoire pour ce délit, alors qu'il ne pouvait juridiquement pas le commettre, puisque, seule, la société était dotée de la qualité juridique légalement requise. Mais cette absence de la qualité requise paraît superfétatoire aux yeux de la Cour de cassation, l'essentiel pour elle étant de surmonter toute lacune dans la répression. La jurisprudence attribue alors, de manière opportuniste, le statut juridique exigé au dirigeant de la personne morale.

Il en résulte donc que, pour les besoins de la répression, la personne physique, dirigeant de droit ou

578 - Cass. crim., 15 mars 1973, JCP 1973 II 17577, obs. Y. SAINT-JOURS.

579 - Cass. crim., 19 août 1997, Dr. pén. 1997, n° 158, obs. J-H. ROBERT; Rev. sociétés 1997. 863, note B. BOULOC.

de fait de la personne morale, se voit adjuger la qualité d'employeur, de producteur, ou encore d'importateur. De la sorte, il peut être poursuivi à titre d'auteur principal, si sa participation personnelle à la réalisation de l'infraction est établie. En revanche, la faute personnelle du dirigeant est plus délicate à caractériser lorsqu'elle repose sur une abstention. Dans cette hypothèse, le juge devra rechercher parmi les dirigeants celui qui est chargé de veiller au respect de l'obligation méconnue. Seulement, cette recherche est particulièrement complexe lorsque la personne morale est soumise à un fonctionnement collégial. Dans ce cas, l'identification du dirigeant s'opère au regard de la répartition des pouvoirs⁵⁸⁰.

L'adjudication à une personne physique d'une qualité juridique, originellement revêtue par une personne morale, à des fins essentiellement répressives, objective singulièrement la facticité de l'imputation. Cette contorsion jurisprudentielle recèle une double atteinte : l'une à l'égard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, l'autre à l'endroit du principe de la personnalité de la peine⁵⁸¹.

Le transfert prétorien de la qualité juridique requise de la personne morale vers la personne physique engendre une extension du champ d'application du délit spécial d'affaires⁵⁸². Dans sa construction actuelle, la responsabilité pénale de la personne morale en matière de délit spécial d'affaires est une responsabilité par ricochet, car elle exige que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction soit caractérisé en la personne du dirigeant. Si ce dernier n'est plus doté de la qualité juridique requise – celle-ci étant attribuée à la personne morale – alors le délit n'est pas caractérisé et la responsabilité pénale de la personne morale ne pourra pas non plus être recherchée. En somme, chaque fois qu'un délit spécial aura été commis par le représentant d'une personne morale, ce dernier ne serait imputable ni au dirigeant, ni à la personne morale. Cette situation anéantirait donc toute hypothèse de répression.

Cette dernière n'aurait été possible qu'en cas d'extension légale de la responsabilité comme en matière de publicité trompeuse, puisque même si la qualité d'annonceur est revêtue par la personne morale, le dirigeant peut être poursuivi si sa participation personnelle à la commission de l'infraction est établie. De plus, le cumul des responsabilités pénales reste possible⁵⁸³.

Au regard du caractère limité des clauses d'extension légale, et sauf une multiplication de ces dernières, il est à parier que toute réforme ultérieure de la responsabilité pénale de la personne morale en matière de délit spécial d'affaires devrait laisser la jurisprudence actuelle en l'état.

La multiplication des acteurs potentiellement responsables n'est pas le résultat exclusif d'une attribution souple de la qualité juridique requise. Elle résulte aussi de l'hétérodoxie de la dimension personnelle de la responsabilité pénale en la matière. En effet, la responsabilité pénale du dirigeant peut être recherchée pour une infraction matériellement commise par son subordonné.

II- LA SUBJECTIVITÉ CONTROVERSÉE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT

162- S'il est concevable qu'un père de famille ou un dirigeant réponde sur son patrimoine des délits civils de son enfant ou de son préposé⁵⁸⁴, il l'est beaucoup moins, en revanche, de le voir sanctionné en sa seule qualité de père ou de dirigeant, quand bien même sa participation à la réalisation de l'infraction n'est pas caractérisée, et qu'il n'est pas en mesure d'en empêcher la commission. L'article

580 - Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilité », Dr. social 2000, p. 943 et s.; A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5e éd. LexisNexis, 2012, p. 158 et s.

581 - Selon M. GERMAIN et M-A. FRISON-ROCHE, note sous Cass. com., 15 juin 1999, « *RD bancaire et bourse* » 1999, p. 123, en voulant aligner le régime pénal des personnes morales sur celui des personnes physiques, il est cohérent que le principe de la personnalité des peines suive. L'application de ce principe aux personnes morales pourrait donc être difficile à écarter.

582 - Un délit qui requiert que l'auteur de l'acte soit investi d'une qualité spécifique.

583 - Article 121-2 du Code pénal.

584 - Article 1384 du Code civil : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* »

121-1 du Code pénal prévoit que nul ne peut répondre pénalement que de son propre fait. Celui qui n'a pas pris part à la commission de l'infraction ne peut donc pas, en principe, est inquéte pénalement⁵⁸⁵.

Dotée d'une valeur constitutionnelle⁵⁸⁶, la subjectivité de la responsabilité pénale postule donc l'irresponsabilité pénale du fait d'autrui⁵⁸⁷. En effet, si les dispositions des articles 1382 et 1384 du Code civil ont une vocation essentiellement réparatrice, la responsabilité pénale est, quant à elle, purement sanctionnatrice en ce qu'elle vise à châtier le coupable.

La reconnaissance de ce principe dans le domaine spécifique de l'entreprise⁵⁸⁸ ne fait pourtant pas obstacle à la condamnation quasi systématique du dirigeant⁵⁸⁹ pour une infraction matériellement commise par son préposé (A) et dont il ignore parfois l'existence. Certains auteurs observent, à ce sujet, que « *l'établissement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise donne lieu à l'application de solutions originales lorsqu'on les compare à celles du droit commun.* »⁵⁹⁰

Avantageuse du point de vue de l'ordre public⁵⁹¹, cette responsabilité prend pourtant la conformation d'une véritable responsabilité pénale du fait d'autrui⁵⁹², même si une partie de la doctrine considère que cette responsabilité ne remet nullement en cause la règle de l'irresponsabilité pénale du fait d'autrui⁵⁹³. En effet, afin de retenir le dirigeant dans les liens de la responsabilité pénale, la jurisprudence va débusquer une faute personnelle de ce dernier et considérer que, même s'il n'est pas l'auteur matériel de l'infraction, il a commis une faute qui est en lien direct avec le fait matériel commis par son préposé (B).

A- Une matérialité résidant dans le fait du préposé

163- Plus supposé qu'affirmé par la jurisprudence, le principe de la responsabilité pénale du dirigeant pour un fait matériellement commis par son préposé n'est affirmé nulle part dans le Code pénal. Nonobstant, la responsabilité pénale découlant des infractions non intentionnelles liées au fonctionnement de l'entreprise remonte, pour des considérations essentiellement répressives, au dirigeant alors que ces dernières ont été matériellement commises par son préposé. Cette responsabilité est davantage d'origine prétorienne (2) que légale (1).

1- Un fondement légal subsidiaire

164- La responsabilité pénale du dirigeant du fait de son préposé repose davantage sur une construction prétorienne que légale. En effet, en droit pénal des affaires, quelques dispositions préexistantes autorisaient l'activation de cette responsabilité. Deux catégories de textes sont à

585 - Le principe de la personnalité de la responsabilité pénale vaut également pour les personnes morales. Ainsi la responsabilité pénale de la société absorbante ne peut être recherchée pour des infractions commises par la société absorbée. En ce sens, voir Cass. crim., 20 juin 2000, D. Affaires 2001. 853, note H. MATSOPOULOU.

586 - Cons. const. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, JO 7 décembre 1976, p. 7052.

587 - La responsabilité pénale du fait d'autrui affecte implicitement les personnes morales qui doivent aussi répondre des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants. L'acte est commis par une personne physique et la responsabilité pénale qui en découle incombe à la personne morale. Selon J. LEROY, « *il s'agit d'une responsabilité pour autrui qui ne dit pas son nom* », *op. cit.*, p. 225

588 - Cass. crim., 20 mars 1997, Bull. Joly sociétés 1997, p. 855, note J-F. BARBIERI.

589 - Certains auteurs utilisent le terme de chef d'entreprise. Voir, par exemple R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 663 et s., ou Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, « *Droit pénal général* », 7e éd., ARMAND COLIN, 2004, p. 247 et s.

590 - A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5e éd., LexisNexis, 2012, n° 271.

591 - Le doyen ROUX, note sous Cass. crim., 1er décembre 1923, S., 1924. 1. 281 « *en frappant la tête qui a voulu et commandé ou simplement laissé faire, au lieu de se borner à sévir contre le bras qui a agi, on obtient, avec une meilleure incidence de la peine, une protection plus complète de l'ordre public. Un chef d'usine peut dédaigner la responsabilité civile que lui impose l'article 1383 du Code civil; jamais, il ne méprisera une responsabilité pénale qui atteint son honneur et peut le conduire en prison.* »

592- J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20e éd., CUJAS, 2014, n°452 et s.; Ph. SALVAGE, « *Principe de la responsabilité personnelle* », Jurisclasseur pénal, article 121-1, n° 11.

593- B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, « *Droit pénal général* », 24e éd., DALLOZ 2015, n°357.

distinguer à cet égard.

La première impute expressément au dirigeant la responsabilité pénale d'une infraction matériellement commise par une autre personne. Il s'agit dans cette hypothèse, selon M. DELMAS-MARTY, d'« une imputation légale explicite.⁵⁹⁴ » C'est le cas de l'article 433-18 du Code pénal réprimant le fait pour « le fondateur ou le dirigeant de droit ou de fait d'une entreprise qui poursuit un but lucratif, de faire figurer ou de laisser figurer, dans une publicité réalisée dans l'intérêt de l'entreprise qu'il se propose de fonder ou qu'il dirige », certaines mentions. Quant à l'ancien article L. 232-2⁵⁹⁵ du Code du travail, il faisait interdiction « à toute personne d'introduire ou de distribuer, et à tout chef d'établissement, directeur, gérant, préposé, contremaître, chef de chantier et en général toute personne ayant autorité sur les ouvriers et les employés, de laisser introduire ou distribuer » des boissons alcoolisées au sein de l'entreprise. Dans ces différentes hypothèses, même si le dirigeant ne commet pas personnellement la matérialité de l'infraction, il lui sera fait grief d'avoir laissé un tiers ou une autre personne la réaliser.

La deuxième catégorie de dispositions désigne le dirigeant comme auteur de l'infraction sans indiquer si sa responsabilité doit être recherchée même si l'infraction a été matériellement commise par un préposé. M. DELMAS-MARTY parle, dans cette hypothèse, d'« imputation légale implicite.⁵⁹⁶ » En effet, ces dispositions insinuent la responsabilité du fait d'autrui en faisant peser sur le dirigeant la charge du respect d'une obligation précise, en réprimant, par exemple, comme dans le cas de l'ancien article L. 263-2 du Code du travail, aujourd'hui devenu l'article L. 4741-1⁵⁹⁷, « les chefs d'établissement, directeurs, gérants ou préposés qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions » relatives aux conditions de travail, ainsi qu'à l'hygiène et à la sécurité du travail. L'inobservation de l'obligation est imputée au dirigeant même si l'infraction est matériellement commise par un préposé, car c'est à lui qu'incombe la charge de veiller au respect de l'obligation. C'est ce que rappelle la chambre criminelle, dans une décision en date du 18 avril 1983, en infirmant un arrêt de la Cour d'appel qui avait relaxé les dirigeants d'une société du chef de défaut de communication de documents sociaux à un actionnaire au motif que ce dernier n'avait pas eu affaires avec les dirigeants de la société et que l'identité de la personne ayant donné l'ordre de refus n'avait pu être établie. Mais la Haute juridiction a estimé « que le président de la société à défaut d'élément établissant la responsabilité d'une autre personne visée par les articles (...), devait être tenu pour pénalement responsable de l'infraction poursuivie. » Il en résulte que le dirigeant, alors même qu'il ne s'est pas personnellement opposé à la communication des documents sociaux, doit assumer les conséquences pénales de la violation d'une obligation dont la charge du respect lui incombait. Comme l'avait relevé le doyen L. DELANNEY, la loi « ne connaît que lui.⁵⁹⁸ »

Au demeurant, ces deux catégories de dispositions permettent, explicitement ou implicitement, d'imputer au dirigeant la responsabilité pénale d'une infraction matériellement réalisée par son préposé. Cependant, cette responsabilité est primordialement d'origine prétorienne.

2- Un fondement prétorien prédominant

165- La responsabilité pénale du dirigeant du fait de son préposé émane fondamentalement d'une construction jurisprudentielle, puisque le législateur ne précise pas toujours la personne qui doit répondre de la violation des obligations relatives à l'activité et au fonctionnement de l'entreprise. Dans le silence de la loi, et dans un souci de répression, la jurisprudence a choisi d'imputer cette responsabilité au dirigeant en posant que « si en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de

594- M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur? », JCP 1985 I 3218.

595- Aujourd'hui cette disposition est recodifiée aux articles R. 4228-20 et R. 4228-21 du Code du travail et ne mentionne plus aucune référence explicite au dirigeant.

596 - M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur? », JCP 1985 I 3218.

597 - Dans sa nouvelle version, cette disposition fait désormais référence à la notion d'employeur.

598 - Note sous Cass. crim., 21 décembre 1907, D. 1910. 169, p. 170.

*son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné; que notamment, dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publiques, la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie.*⁵⁹⁹ » Cette jurisprudence initie la règle de la responsabilité pénale du dirigeant et en détermine le champ d'application. Ainsi, le dirigeant est tenu de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'activité et au fonctionnement de la société en matière d'industries et d'entreprises réglementées. Désigné garant de l'exécution des obligations, il doit alors répondre pénalement de la transgression de ces dernières, même si le fait a été matériellement réalisé par un préposé. Fondée sur la reconnaissance d'obligations légales à la charge du dirigeant, cette analyse existe depuis fort longtemps, puisque dès 1872, la Cour de cassation a sanctionné un chef d'entreprise pour contravention à l'article 27 de l'arrêté municipal du 18 janvier 1844 prohibant aux entrepreneurs de vidange de faire couler les matières liquides des fosses d'aisance sur la voie publique. Dans cette décision, la chambre criminelle énonce que « *ce règlement de police, relatif à une profession spéciale, oblige tous ceux qui exercent cette profession; ils s'y soumettent du seul fait qu'ils ont embrassé la profession. Dès lors, l'entrepreneur de vidanges est responsable pénalement de cette infraction, fût-elle commise par ses préposés, parce que c'était à lui personnellement de veiller à l'exécution des charges que le règlement de police leur imposait. L'arrêté municipal (...) les rend pénalement responsables des infractions commises de ce chef par leurs employés.* »⁶⁰⁰

Mais le domaine de la responsabilité pénale du dirigeant va progressivement s'étendre à d'autres domaines par une interprétation jurisprudentielle extensive⁶⁰¹. Peu à peu, la jurisprudence s'est montrée peu regardante et aujourd'hui, cette responsabilité recouvre un vaste domaine. Elle extrapole le domaine de la sécurité et de la salubrité publiques, ainsi que la réglementation spécifique à l'entreprise, et subsume dorénavant le droit du travail, le droit de la consommation, c'est-à-dire la réglementation de toute activité professionnelle⁶⁰². En ce sens, la doctrine observe que « *la notion d'entreprise réglementée est devenue peu ou prou une clause de style, n'importe quelle entreprise étant nécessairement soumise à une réglementation générale.* »⁶⁰³ Conjointement, l'explosion de la législation et l'interprétation jurisprudentielle extensive accroissent d'autant les hypothèses de responsabilité pénale du dirigeant et lui confèrent une portée plus vaste.

En retenant systématiquement dans les liens de la responsabilité pénale le dirigeant pour des faits commis par son préposé alors que la loi reste silencieuse, le juge se substitue au législateur. Et même si l'objectif de la jurisprudence est de garantir l'exécution d'une obligation légale ou réglementaire, il reste néanmoins que l'attribution de la charge de cette obligation au dirigeant accroît sa responsabilité pénale, puisqu'il peut être déclaré responsable à titre d'auteur principal d'une infraction dont l'élément matériel est commis par son subordonné. Or, conformément au principe de la légalité pénale, cette compétence échoit exclusivement au législateur. Il en ressort donc que cette responsabilité repose sur la faute personnelle du dirigeant. Dans ces conditions, c'est peu dire qu'il s'agit d'une conception originale du principe de subjectivité de la responsabilité pénale.

B- Une entorse au principe de subjectivité de la responsabilité pénale

599 - Cass. crim., 28 février 1956, note R. de LESTANG.

600 - Cass. crim., 7 décembre 1872, Bull. crim., 1872, n° 315.

601 - Sur cette extension jurisprudentielle, voir J-H. ROBERT, « *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises* », JCP CI 1976 II 11716, n° 11 et s; ou encore Y. REINHARD, « *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise* », Thèse Lyon, 1974, p. 85 et s.

602 - R. MERLE et A. VITU, R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 669.

603 - W. JEANDIDIER, « *Droit pénal général* », MONTCHRESTIEN, 1988, p. 282.

166- Longtemps, la doctrine s'est interrogée sur le fondement de la responsabilité pénale du dirigeant pour des infractions commises par son préposé. Nombre de théories⁶⁰⁴ ont été « échafaudées » et d'autres en contradiction avec le principe de personnalité de la responsabilité pénale⁶⁰⁵. Et quoiqu'il soit admis aujourd'hui que cette responsabilité prend sa source dans la faute personnelle du dirigeant, il convient d'admettre à la lumière d'une analyse conceptuelle de cette faute qu'elle fait peser sur le dirigeant une responsabilité pénale non comportementale (1), de même que son analyse substantielle révèle un écran du fait d'autrui (2), notamment en raison d'une interprétation extensive de la notion d'auteur (3).

1- Analyse conceptuelle de la faute du dirigeant : une responsabilité pénale non comportementale

167- Problématique. L'imputation doctrinale de la responsabilité pénale au dirigeant repose sur le postulat qu'une faute de négligence peut être décelée à l'encontre de ce dernier, au besoin par présomption. La question se pose alors de savoir si la faute que la doctrine veut coûter coûte imputer au chef d'entreprise en est véritablement une, et si dans l'affirmative, elle constitue la cause de l'infraction. Le lien de causalité étant au cœur de l'imputation, cette règle vaut également, à première vue, pour l'imputation organique au dirigeant, même si la faute doit parfois être présumée. C'est parce que le dirigeant dispose, en raison de ses fonctions organiques, d'une capacité d'influence, du pouvoir de provoquer ou d'empêcher l'infraction qu'il en est responsable. Cette analyse est cohérente si toutefois il s'agit d'un lien de causalité concrète. En effet, si par ses fonctions, le dirigeant peut empêcher l'infraction et qu'il s'en abstient, alors une faute peut lui être imputée. Seulement, en jurisprudence, cette causalité, que l'on pourrait qualifier de fonctionnelle parce qu'elle repose sur les fonctions du dirigeant, relève non pas d'une causalité concrète, mais d'une causalité abstraite. Dans ces conditions, l'on peut remettre en cause la faute personnelle du dirigeant.

168- Le caractère non comportemental de la responsabilité pénale du dirigeant. La faute de direction qui justifie la responsabilité pénale du dirigeant présente un caractère artificiel car elle repose sur sa seule fonction. Le lien de causalité n'étant généralement pas établi à l'égard d'un comportement précis, mais de sa fonction organique, l'imputation résulte moins d'une influence effective exercée sur l'infraction que d'une capacité d'influence⁶⁰⁶.

En pratique, lorsque le ministère public apporte la preuve d'une infraction à la réglementation que le dirigeant a la charge de faire respecter, il revient à ce dernier de démontrer qu'il s'est acquitté de ses obligations légales⁶⁰⁷. La Cour de cassation a reconnu très tôt que « *la faute d'imprudence du chef d'entreprise est nécessairement établie par la seule preuve de l'inobservation des règlements*⁶⁰⁸. »

Ce raisonnement est assez proche de la « faute virtuelle » en matière de responsabilité civile médicale où, soucieux de préserver la prééminence de la faute en matière de responsabilité civile, la jurisprudence estime que le devoir de sécurité incombant à tout médecin ne constitue qu'une obligation de moyens. Ce faisant, la jurisprudence se place dans l'obligation de considérer que le dommage « *ne peut résulter que d'une faute du médecin* », ou encore qu'il « *n'est pas possible qu'une faute n'ait pas été commise compte tenu de la survenance du dommage*⁶⁰⁹. » En de telles circonstances, le dommage est en général aisément rattachable à l'acte médical. Cependant le défaut de diligence du médecin est souvent très difficile à démontrer autrement que par ce raisonnement a contrario.

604- Cf *supra*, notre introduction.

605- C'est le cas de la théorie du risque défendue, entre autres, par M. de LESTANG, et selon laquelle « *toute infraction pénale née du fonctionnement de l'entreprise engendre la responsabilité pénale de son chef* », note sous Cass. crim., 28 février 1956 II 9306.

606- A. COEURET, « La nouvelle donne en matière de responsabilité », Dr. soc. 1994. 627

607- Cass. crim. 13 février 1996, JCP 1996. IV. 1238; Cass. crim. 3 novembre 1998, Bull. crim. n°284.

608- Cass. crim. 21 décembre 1907, S. 1910. I. 593, note ROUX.

609- F-A. SIMOKOUAM, « La faute en droit médical », Revue générale de droit médical 2012. 163.

169- Une présomption de faute du dirigeant. S'agissant d'une faute non intentionnelle, la présomption de négligence dans l'exercice d'une fonction de direction n'est pas surprenante, puisque l'état d'esprit du dirigeant négligent ne requiert aucune autre preuve que la survenance du résultat prohibé. En d'autres termes, sauf cas de force majeure, la simple constatation du dommage présume l'imprudence du point de vue matériel et moral⁶¹⁰. Cependant, si cette faute devient automatique, il y a lieu de se poser la question de savoir s'il n'y a pas davantage responsabilité objective que présomption de faute.

Pour s'en assurer, il convient de confronter la responsabilité pénale du dirigeant aux mécanismes capables d'inverser la présomption de faute. Si la force majeure et l'absence de faute permettent d'éviter la responsabilité, c'est donc qu'inversement une faute est requise.

170- L'illusion de l'absence de faute pour renverser la présomption de faute. La référence jurisprudentielle à l'absence de faute semble indiquer l'exigence d'une faute imputable au dirigeant⁶¹¹. Pourtant, lorsque ce dernier invoque son absence de faute, il affirme qu'il ne disposait d'aucun pouvoir fonctionnel de maîtrise sur l'objet de l'infraction. Il ne s'agit donc nullement de remettre en cause le caractère répréhensible d'un agissement, mais l'existence d'une condition objective d'imputation, à savoir l'effectivité de la fonction de direction. Dans cette hypothèse, l'on ne peut donc vraiment parler d'un renversement de présomption de faute, car le fait connu – le pouvoir de direction – à partir duquel l'on veut déduire le fait inconnu – la faute – est inexistant. Or, si une présomption a vocation à établir une vérité au moyen d'une preuve facilitée, afin d'inverser la présomption d'innocence, en matière pénale, s'agissant de l'imputation au dirigeant en raison de sa fonction, la règle de preuve devient une véritable règle de fond⁶¹², car la causalité fonctionnelle établit une faute plus qu'elle ne la présume. Moins qu'une présomption, il s'agit d'une fiction, car alors que la présomption vise à établir une vérité, la fiction la suppose⁶¹³. Ou alors, s'il y a présomption, il s'agit non pas d'une présomption de faute, mais d'une présomption de responsabilité fondée sur le pouvoir de direction.

L'imputation au dirigeant en raison de sa fonction doit par conséquent être objective en se fondant sur l'effectivité de l'exercice du pouvoir de direction. Il en résulte donc que seul l'infraction commise au sein de l'entreprise peut être imputable au dirigeant car sur elle seule il dispose d'une capacité d'influence. Ainsi, si le chef d'entreprise peut empêcher ses chauffeurs de rouler avec des pneus lisses, il ne peut en revanche les empêcher de conduire sous l'emprise de l'alcool⁶¹⁴. L'irresponsabilité pénale du dirigeant, en de telles circonstances, ne saurait donc s'expliquer par un renversement de la présomption de faute, mais plutôt par l'absence de capacité d'influence sur l'objet de l'infraction. Il en va de même pour la délégation de pouvoirs qui ne renverse pas une présomption de faute, mais la présomption de pouvoir de direction existant à l'égard du dirigeant de droit. C'est pourquoi la délégation apparaît davantage comme une cause de non imputabilité que d'exonération.

L'idée d'une responsabilité pénale non comportementale du dirigeant est renforcée dans certaines décisions qui ne font référence à aucune faute du chef d'entreprise, la Cour de cassation évoquant même « une responsabilité de plein droit⁶¹⁵. »

171- Renversement de la présomption de faute et cas de force majeure. Si certaines décisions font référence à la force majeure⁶¹⁶, c'est donc qu'inversement une faute était requise. Seulement, le

⁶¹⁰- P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, « *Droit pénal général* », 7ème éd. ARMAND COLIN, 2004, n°223.

⁶¹¹- F. ROUSSEAU, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », Thèse, éd. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, n°286.

⁶¹²- P. MERLE, « *Les présomptions légales en droit pénal* », LGDJ, 1970, n°154.

⁶¹³- C. HARDOUIN-LE GOFF, « *Les fictions légales en droit pénal* », Dr. pén. 2009, étude n°1, spéc. n°13.

⁶¹⁴- J. SALVAIRE, « *Réflexions sur la responsabilité du fait d'autrui* », RSC 1964. 307.

⁶¹⁵- Cass. crim. 28 octobre 1998, Bull. crim. n° 281, RSC 1999. 576, obs. B. BOULOC.

⁶¹⁶- Parmi les premières décisions visant la force majeure, Cass. crim. 29 février 1956, Bull. crim. n°213.

raisonnement semble oublier que la force majeure ne démontre pas nécessairement une absence de faute. Traditionnellement définie comme une cause extérieure, imprévisible et irrésistible, la force majeure rend le fait générateur inévitable pour le responsable désigné. La question n'est donc pas d'apprécier le caractère répréhensible ou non du comportement, mais de constater qu'il ne peut être imputé à la personne prévue. C'est la raison pour laquelle la force majeure est considérée comme une cause de non imputabilité. Elle consiste ici à démontrer que le dirigeant ne pouvait éviter la commission de l'infraction au sein de l'entreprise. Pourtant, la Cour de cassation n'admet que très exceptionnellement la relaxe d'un chef d'entreprise pour cause de force majeure⁶¹⁷. Ce qui ne signifie pas que ce moyen de défense soit inopérant de principe, mais simplement que ses conditions sont excessivement strictes⁶¹⁸. Cette cause d'irresponsabilité a pu être invoquée avec succès en appel avant que la relaxe du dirigeant ne soit invalidée par la chambre criminelle en dépit de l'indiscipline des salariés⁶¹⁹, d'une manœuvre brutale d'un chauffeur de camion⁶²⁰, et même de l'entrée clandestine des victimes dans l'entreprise⁶²¹. Selon la Cour de cassation, ces événements ne présentaient pas un caractère d'irrésistibilité pour le dirigeant qui dispose d'un pouvoir disciplinaire et est soumis à un devoir de sécurité. L'on ne peut qu'être frappé par ce manque de réalisme judiciaire.

Aussi contestable que cela paraisse, il semble bien que le droit positif connaisse une sorte de responsabilité pénale non comportementale à l'égard du dirigeant d'entreprise, au point où certains auteurs ont avancé l'idée d'une responsabilité pénale sans faute⁶²², car l'imputation subjective ne persiste qu'au prix d'un forçage de la faute et de la causalité.

Si l'analyse conceptuelle de la faute personnelle du dirigeant révèle une responsabilité pénale non comportementale, son analyse substantielle démontre, quant à elle, que la faute personnelle imputée coûte que coûte au dirigeant dissimule en réalité un écran du fait d'autrui.

2- Analyse substantielle de la faute du dirigeant : un écran du fait d'autrui

172- Au prix de contorsions de qualifications et de violation du principe de la légalité criminelle, la responsabilité pénale du dirigeant a été présentée comme revêtant un caractère subjectif fondé sur l'existence d'une faute personnelle du dirigeant, même dans l'hypothèse d'un acte matériel commis par le subordonné. Cette imputation fonctionnelle de la responsabilité pénale au dirigeant vise à présenter celle-ci comme déférant au droit commun de la responsabilité pénale. Une partie de la doctrine⁶²³ s'est donc appliquée à minimiser, voire à nier la responsabilité pénale du fait d'autrui pesant sur le dirigeant, n'y voyant qu'une dérogation en trompe-l'oeil au principe de subjectivité de la responsabilité pénale, puisque si le chef d'entreprise est condamné, c'est parce qu'il a personnellement commis une faute.

La jurisprudence a tenté de définir la notion de responsabilité pénale du dirigeant. Majoritairement, elle s'attache à déceler derrière l'infraction commise par le préposé la faute du dirigeant. C'est ainsi que dans sa décision du 29 octobre 1972, la chambre criminelle avait retenu la responsabilité pénale d'un chef de gare pour des blessures consécutives à un accident de chemin de fer provoqué par un dysfonctionnement d'aiguillage en jugeant que le prévenu devait exercer sur les aiguilleurs une

⁶¹⁷- Voir cependant Cass. crim. 15 mars 1988, Gaz. Pal. II. Somm. 276 : « il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister; cette disposition est générale et s'applique quelle que soit la nature de l'infraction (...) Méconnaît ce principe la cour d'appel qui se borne à observer que le délit de pollution de cours d'eau reproché au prévenu est purement matériel pour écarter le fait justificatif de la force majeure invoqué par le défenseur. »

⁶¹⁸- P. MERLE, « *Les présomptions légales en droit pénal* », *Op. cit.*, n°172.

⁶¹⁹- Cass. crim. 16 janvier 1990, pourvoi n°89-82881.

⁶²⁰- Cass. crim. 23 février 1993, pourvoi n°92-80086.

⁶²¹- Cass. crim. 17 octobre 1967, Bull. crim n°250.

⁶²²- A. LEGAL, « *La responsabilité sans faute* », in Mélanges PATIN, 1966, p. 147.

⁶²³- G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, « *Droit pénal général* », 24e éd., DALLOZ, 2015, n° 365 et s.

surveillance constante⁶²⁴.

La faute du dirigeant réside donc dans le défaut de surveillance de son subordonné, ou dans l'inobservation des obligations imposées par la loi ou le règlement.

En effet, depuis la loi du 6 décembre 1976, le dirigeant ne peut voir sa responsabilité pénale engagée que s'il a commis une faute personnelle en enfreignant les dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité. Cependant, ce recadrage législatif ne changera rien à l'interprétation jurisprudentielle qui défend le principe selon lequel la charge de l'exécution des obligations légales ou réglementaires de prudence ou de sécurité incombe personnellement au dirigeant. C'est ainsi que dans sa décision du 30 mai 1996, la Cour de cassation a déclaré pénalement responsable le gérant d'un bar pour infraction aux obligations contenues dans le Code des débits de boissons et de mesures contre l'alcoolisme⁶²⁵. Pourtant, l'acte incriminé avait été réalisé par un serveur de l'établissement. Mais la chambre criminelle estime qu'il incombe à celui qui exploite personnellement un débit de boissons d'assurer, dans son établissement, le respect des dispositions du Code des débits de boissons.

Dans un autre arrêt de la chambre criminelle⁶²⁶, la société propriétaire d'un immeuble, est mise en demeure par arrêté préfectoral de procéder à des travaux d'étanchéité sur un conduit de fumée. Elle fait appel à un professionnel indépendant. Mais les travaux n'étant pas conformes aux normes administratives, le dirigeant de cette société est pénalement poursuivi. Relâché par la Cour d'appel qui accueille favorablement son argumentation fondée sur son absence de compétence en matière de fumisterie, le dirigeant sera néanmoins condamné par la chambre criminelle au motif qu'il ne s'est pas « *conformé aux mesures impératives qui lui avaient été légalement prescrites.* » Mais comment le dirigeant pouvait-il efficacement évaluer les travaux d'un professionnel alors qu'il n'avait pas la moindre compétence en la matière?

La jurisprudence considère aussi que « *l'absence de faute personnelle du prévenu ne saurait résulter de la seule circonstance qu'il était absent sur les lieux.*⁶²⁷ » Cette dernière hypothèse soulève une question : doit-on considérer en matière d'hygiène et de sécurité que la responsabilité remonte au dirigeant même en présence d'une délégation de pouvoirs régulière?

La jurisprudence va plus loin encore dans l'imputation de la responsabilité pénale au dirigeant en considérant que commet une faute personnelle, le dirigeant qui, s'absentant d'un chantier, ne délègue pas ses pouvoirs à un subordonné investi des compétences et de l'autorité nécessaires pour veiller à l'observation de la réglementation en vigueur. À défaut d'une telle délégation, le dirigeant conserve la charge de l'obligation qui était personnellement imposée⁶²⁸. Pourtant aucun texte ne mentionne l'obligation pour le dirigeant de déléguer ses pouvoirs.

Les juridictions répressives estiment donc de manière constante que le dirigeant commet une faute personnelle en ne garantissant pas lui-même le respect des dispositions légales ou réglementaires de prudence ou de sécurité⁶²⁹. La faute personnelle du dirigeant est systématiquement caractérisée, voire présumée lorsqu'une infraction est commise au sein de l'entreprise.

La référence à la faute personnelle se retrouve par la suite dans des domaines autres que l'hygiène et la sécurité. Ainsi, un dirigeant a été condamné pour pollution des eaux alors qu'au moment de la réalisation de l'infraction, il était absent. Cette dernière, nous l'avons indiqué, est inopérante aux yeux de la jurisprudence qui considère que sa responsabilité ne découle pas exclusivement d'une carence de surveillance, mais fondamentalement d'une structuration organisationnelle défectueuse de son entreprise, génératrice du délit et par suite inhérente à la permanence de la fonction, de sorte que, même si le dirigeant n'a pris aucune part à la gestion technique de l'entreprise lors des déversements infractionnels, sa responsabilité pénale ne peut qu'être recherchée. En effet, la Cour

624- Cass. crim., 29 juillet 1972, D. 1972. 265.

625 - Cass. crim., 30 mai 1996, n° 95-83685; Gaz. Pal. 1996. II. Chron.

626 - Cass. crim., 11 juin 1970, Bull. crim. n°201.

627 - Cass. crim., 1er octobre 1979, Bull. crim. n° 267.

628 - *Ibidem*.

629 - Cass. crim., 4 janvier 1984, Bull. crim. n° 5. Dans cette décision, la chambre criminelle condamne un dirigeant pour blessures involontaires et infraction aux dispositions du Code minier suite à un accident provoqué en grande partie par les imprudences conjuguées de la victime et de quelques salariés.

de cassation a jugé que ce déversement d'eaux polluées dans la rivière n'a pas été la conséquence d'une faute isolée, mais le résultat de l'organisation générale défectueuse de l'usine⁶³⁰. En établissant à la charge du dirigeant une responsabilité pénale inhérente à la permanence de la fonction et, par conséquent sans lien avec la présence effective et constante du chef d'entreprise, la chambre criminelle procède à une imputation fonctionnelle de la responsabilité.

C'est également le cas d'une entreprise accusée d'avoir pollué une pente maritime par déversement de fluorures dans l'estuaire de la Seine⁶³¹. Poursuivi et condamné en appel du chef d'infraction à la réglementation relative à la protection des eaux de la mer, de la faune et de la flore sous-marines sur le seul fondement de sa fonction, le dirigeant de l'entreprise se pourvoit en cassation. Son pourvoi s'articulait autour de deux moyens. Mais seul le premier moyen qui, dans le cadre de la présente étude, présente peu d'intérêt, sera examiné par la Cour de cassation qui invalidera sa condamnation. Or, c'est le deuxième moyen non analysé par la Haute Juridiction qui présentait le plus d'intérêt. En effet, il appert de ce moyen que c'est en sa qualité de directeur que le dirigeant avait été condamné en appel. Or, les griefs retenus à son encontre préexistent à son entrée en fonction.

Il est regrettable que la chambre criminelle ne se soit pas saisie de la problématique de la « *responsabilité pénale rétroactive* » soulevée par ce moyen. Cette solution sera rappelée par la chambre criminelle dans un arrêt du 28 juin 2005⁶³².

Cependant, s'agissant d'une infraction intentionnelle, le dirigeant aurait-il pu réellement empêcher le fait intentionnel de son préposé? Il s'agit là d'un dévoiement manifeste de la responsabilité pénale pesant sur le dirigeant. Dans cette hypothèse, cette responsabilité confine à l'acharnement, et l'administration de la preuve du défaut de surveillance imputé au dirigeant mérite une attention toute particulière.

Dans des situations de plus en plus nombreuses, la chambre criminelle présume la responsabilité du dirigeant⁶³³. C'est le cas d'un chef d'entreprise condamné pour homicide et blessures involontaires à la suite d'un accident de la circulation provoqué par un chauffeur routier mis à sa disposition. La Cour de cassation a estimé que le prévenu « *a commis une faute en ne s'assurant pas du respect des règles du Code de la route lors du chargement d'une remorque lui appartenant alors que, faute d'avoir délégué ses pouvoirs à un préposé pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de ces règles, il avait conservé l'obligation qui lui était personnellement imposée par la réglementation en vigueur.* »⁶³⁴

Dans ces hypothèses, la jurisprudence ne devrait-elle pas prendre en compte les agissements fautifs commis par le subordonné lui-même pour apprécier l'existence d'une faute personnelle imputable au dirigeant et justifier la sanction pénale?

173- Les insuffisances de l'analyse de la faute personnelle du dirigeant. Dans un premier temps, si le dirigeant peut être considéré comme auteur de l'infraction au sens de l'article 121-4 du Code pénal, c'est que sa faute de surveillance correspond aux éléments constitutifs de cette infraction. Dans ce cas, nous serions dans l'hypothèse d'une responsabilité pénale comportementale, c'est-à-dire découlant du comportement du dirigeant.

Cette analyse n'est valable que pour les infractions d'imprudence – homicide involontaire⁶³⁵ et violences involontaires⁶³⁶ – car leur définition est très extensive⁶³⁷. Pourtant, le dirigeant se voit souvent reprocher des infractions dont la matérialité semble incompatible avec la faute qu'il a effectivement commise. Certaines de ces infractions appartiennent à la catégorie des infractions de commission qui requièrent la perpétuation d'un acte positif précis. Et puisqu'il est souvent reproché

630 - Cass. Crim., 6 octobre 1955, Bull. crim. n° 388, JCP 1956, II, 9098, obs. R. de Lestang

631 - Cass. crim., 13 février 1986, Bull. crim. n°59.

632 - Cass. crim., 28 juin 2005, n° 05-80274.

633 - Cass. crim., 28 janvier 1992, Bull. crim., 1992, n°36.

634- Cass. crim., 8 novembre 1983, Bull. crim., 1983, n° 292.

⁶³⁵ - Article 221-6 du Code pénal.

⁶³⁶ - Articles 222-19, R. 625-2 et R. 622-1 du Code pénal.

⁶³⁷ - La faute imputée au dirigeant se résumant souvent à une maladresse, à une imprudence, à une inattention, à une négligence, ou à un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité.

au dirigeant de n'avoir pas exercé sa mission de surveillance, engager sa responsabilité pénale pour des infractions de commission reviendrait à admettre l'existence d'infraction de commission par omission; ce que ne connaît pas notre droit positif et qui est en principe rejeté⁶³⁸. Consciente de cette lacune, la doctrine a élaboré une parade consistant à considérer que l'abstention du dirigeant équivaut à une action⁶³⁹. La théorie de l'auteur moral fut donc avancée pour contourner la difficulté. Selon celle-ci, la matérialité de l'infraction est empruntée par le chef d'entreprise à son préposé⁶⁴⁰. Seulement, cet emprunt ne convainc pas⁶⁴¹ davantage qu'il ne résorbe pas la difficulté relative à l'élément moral.

Si la majorité des auteurs se prononcent contre l'extension de la responsabilité du dirigeant aux infractions intentionnelles, il ne fait plus aucun doute que ces dernières sont aujourd'hui partie intégrante du régime pénal du dirigeant⁶⁴². Dans ces circonstances, comment justifier la mise à l'écart de l'intention au profit d'une simple imprudence? Cette situation s'est même accentuée depuis l'adoption du nouveau Code pénal. Les délits matériels étant supprimés, l'article 121-3 ne mentionne plus que deux catégories de délits : les délits intentionnels et les délits d'imprudence.

Les délits matériels servant souvent de fondement à la responsabilité pénale du dirigeant sont alors censés avoir disparu du Code pénal. La qualification d'auteur moral doit alors être rejetée. En termes d'imputation, c'est incontestablement écarter l'imputation comportementale de l'infraction rattachée à la conception infractionnelle de la responsabilité pénale du dirigeant⁶⁴³.

Dans un deuxième temps, la doctrine a proposé que la responsabilité pénale du chef d'entreprise soit envisagée au titre de la participation de façon à maintenir le caractère comportemental de l'imputation.

Pour ce faire, il fut d'abord envisagé de recourir à la complicité⁶⁴⁴. Mais au regard de l'incompatibilité entre l'infraction d'imprudence reprochée au dirigeant et l'élément matériel de la complicité⁶⁴⁵, et généralement de l'ignorance de ce dernier de l'infraction, la complicité est également inapte à expliquer cette responsabilité pénale.

Prenant exemple sur l'article L. 4741 du Code du travail, la doctrine tente alors de confectionner une nouvelle forme de participation criminelle fondée sur la faute personnelle du dirigeant. Plus ou moins bien reçue par une autre partie de la doctrine, cette exigence a été limitée à la seule responsabilité issue de la méconnaissance des règles d'hygiène et de sécurité⁶⁴⁶. Mais l'on pouvait se douter que la jurisprudence resterait inflexible⁶⁴⁷, avec éventuellement une modification de motivation. Et, comme pressenti, la responsabilité pénale du dirigeant ne sera guère bouleversée par cette disposition. De même, l'idée véhiculée par la loi du 6 décembre 1976 va être reprise par l'avant-projet de Code pénal de 1983 qui proposait l'intégration d'une nouvelle disposition selon laquelle serait auteur celui qui « laisse commettre par une personne placée sous son autorité l'acte incriminé lorsque cet acte consiste en la violation de prescriptions qu'il avait personnellement ou par délégation, l'obligation légale de faire respecter⁶⁴⁸. » Cependant, ce texte ne sera jamais adopté, les parlementaires craignant qu'il fasse l'objet d'une interprétation extensive.

⁶³⁸ - Poitiers, 20 novembre 1901, D. 1902. 81, note G. Le POITEVIN.

⁶³⁹ - A. COEURET, « *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social* », Dr. soc. 1975. 396; P. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, « *Droit pénal général* », 6e éd., ARMAND COLIN, 2002, n°346.

⁶⁴⁰ - B. BOULOC, « *Droit pénal général* », 22^eéd. DALLOZ, 2011; n° 389.

⁶⁴¹ - M. DELMAS-MARTY, « *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur »?* », JCP 1985, I, 3218, n°15.

⁶⁴² - Cass. crim. 6 mai 1996, Dr. pén. 1996, obs. J-H. ROBERT (pour un délit de revente à perte).

⁶⁴³ - L'expression est empruntée à F. ROUSSEAU, « *L'imputation dans la responsabilité pénale* », Thèse, éd. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, n°266.

⁶⁴⁴ - A. COEURET, « *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social* », Dr. soc. 1975. 396.

⁶⁴⁵ - Voir cependant la possibilité de retenir la complicité par abstention, notamment lorsque le prévenu n'a pas fait usage de son pouvoir pour empêcher l'infraction, Cass. crim. 9 octobre 1989, Bull. crim. n°343.

⁶⁴⁶ - M. PUECH, « *Commentaire de l'article L. 263-2 du Code du travail relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail* » in *Dix ans du droit de l'entreprise*, Paris, 1978, p. 580.

⁶⁴⁷ - Y. REINHARD, « *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail* », RSC 1978, n°42.

⁶⁴⁸ - Article 121-4 3°, Journal officiel du Sénat du 10 avril 1990, p. 193.

En dépit de ces échecs successifs, une partie de la doctrine persistera à penser la responsabilité pénale du chef d'entreprise en ce sens. Fondée sur une imputation fonctionnelle, cette forme de participation criminelle a été proposée à nouveau par une doctrine récente qui suggère que la responsabilité pénale du dirigeant repose sur l'article 121-9 du Code pénal ainsi rédigé : « Est subordonnant d'une infraction non intentionnelle, ou d'une infraction intentionnelle lorsque la loi ou le règlement le prévoit, la personne qui, par négligence ou imprudence, la laisse commettre par un tiers alors qu'elle avait l'autorité, la compétence et les moyens nécessaires de la prévenir⁶⁴⁹. »

Certes, cette proposition n'est pas sans mérite. D'une part, elle prend en compte « le déficit de légalité⁶⁵⁰ » dont souffre encore aujourd'hui la responsabilité pénale du chef d'entreprise, par l'élaboration d'un texte. D'autre part, elle entend limiter l'imputation des infractions intentionnelles au dirigeant, très controversée en doctrine, en exigeant que cette imputation ait un cadre légal.

Cependant, elle n'est pas exempte de critiques, car elle n'est pas toujours en adéquation avec le régime jurisprudentiel actuel. Au regard de son fondement causal – le chef d'entreprise étant poursuivi en raison du non exercice de sa capacité d'influence⁶⁵¹ – cette responsabilité ne convainc pas, notamment en raison de son caractère excessivement abstrait⁶⁵². Ainsi, la doctrine se demande s'il est vraiment possible d'établir un lien de causalité entre la fonction de chef d'entreprise et le délit d'actes de cruauté commis sans nécessité envers les animaux par un subordonné⁶⁵³. Il est par ailleurs avéré que le renversement de cette causalité par le dirigeant est généralement illusoire⁶⁵⁴.

Il ressort de ce qui précède que la commission d'une infraction au sein de l'entreprise induit presque systématiquement une faute personnelle du dirigeant pouvant découler soit du recrutement de ses subordonnés, soit de leur surveillance, soit encore de l'organisation du travail, la liste de ces obligations n'étant pas exhaustive. La désignation de ce dernier comme responsable vise des fins d'efficacité répressive⁶⁵⁵. L'exercice du pouvoir apparaît clairement comme la source de la responsabilité pénale du dirigeant. S'est donc institué un principe général qui fait apparaître sous l'écran de la faute personnelle, le fait d'autrui, car à y voir de près, ce fait personnel est bien souvent plus lointain et plus immatériel que de coutume, et apparaît clairement comme « *un fait personnel de seconde zone quasiment réduit à une culpabilité morale en relation causale avec l'infraction (...)*⁶⁵⁶ »

La dimension subjective de la responsabilité pénale du dirigeant adopte donc un aspect plus que déconcertant qui, à des fins répressives, s'éloigne de la conception traditionnelle de la notion d'auteur.

L'analyse substantielle de la faute du dirigeant révèle un écran du fait d'autrui qui procède notamment d'une interprétation extensive de la notion d'auteur.

3- L'interprétation extensive de la notion d'auteur

174- L'imputation au dirigeant de la responsabilité pénale du fait de son préposé s'éloigne incontestablement des formes de participation criminelle traditionnelles en adoptant une approche extensive de la notion d'auteur. Classiquement, l'auteur de l'infraction est la personne qui commet matériellement l'acte prohibé et entretient avec ce dernier une relation physique. Selon M. LEGROS, « le fait désigne l'agent⁶⁵⁷. » Or, s'agissant du dirigeant, il ne commet pas matériellement l'acte répréhensible, ce dernier étant réalisé par son préposé. Néanmoins, il est retenu dans les liens

⁶⁴⁹- F. ROUSSEAU, *Op. cit.* n°290.

⁶⁵⁰- A. COEURET, « *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture* », RSC 1992. 475, p. 480.

⁶⁵¹- A. COEURET, « *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise et le droit du travail* », thèse, Paris X, 1981, p. 4.

⁶⁵²- M. BÉNÉJAT, « *La responsabilité pénale professionnelle* », thèse Bordeaux, DALLOZ, 2012, n°318.

⁶⁵³- Cass. crim. 18 février 1987, Bull. crim. n° 81.

⁶⁵⁴- M. BÉNÉJAT, « *La responsabilité pénale professionnelle* », *Op. cit.*, n°321.

⁶⁵⁵- A. VITU, « *L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction* », VII Congrès international de droit pénal, Athènes, éd. CUJAS, 1957, p. 43 et 55.

⁶⁵⁶- P. RENAUD-DURAND, « *La responsabilité pénale du chef d'entreprise* », Thèse Montpellier, 1994, p. 139.

⁶⁵⁷- M. LEGROS, « *Imputabilité pénale et entreprise* », RDPC 1968-1969, p. 373.

de la responsabilité pénale pour des faits avec lesquels il n'entretient aucune relation physique directe en dépit de cette absence de participation matérielle. Dans ces circonstances, la responsabilité pénale du dirigeant déconcerte en raison de sa configuration inhabituelle, car l'élément matériel de l'infraction est réalisé par un autre individu⁶⁵⁸.

S'il est vrai que le principe de la responsabilité pénale personnelle exige seulement qu'un fait personnel puisse être retenu à l'encontre de l'auteur de l'infraction, il demeure néanmoins que les arguments développés par la doctrine pour justifier la responsabilité pénale du dirigeant révèlent des insuffisances.

D'une part, affirmer que la dimension personnelle de la responsabilité pénale du dirigeant, à titre d'auteur principal, résulte d'une omission ou d'une négligence qui lui sont personnellement imputables en raison de l'inobservation d'une obligation légale ou réglementaire de surveillance mise à sa charge, appelle deux objections. La première est relative à la double nature de l'infraction. En effet, retenir la responsabilité pénale du dirigeant sur le fondement de sa faute personnelle alors que l'infraction a été matériellement commise par son préposé aboutirait à rompre l'unité structurelle de l'infraction en lui reconnaissant une double nature. Il s'agirait alors pour une même infraction d'un délit de commission et d'un délit d'omission⁶⁵⁹. Or, s'il est vrai qu'une infraction peut avoir plusieurs auteurs, c'est à condition qu'elle conserve une nature unique, et que chacun des coauteurs ait commis l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction. Or, sauf cas exceptionnels⁶⁶⁰, la commission par omission n'est pas prévue par notre droit positif. La pluralité des auteurs ne peut donc avoir pour conséquence de multiplier le nombre d'infractions. Il serait alors paradoxal qu'une infraction de commission ait concomitamment les caractéristiques d'une infraction d'omission, puisqu'il s'agit de deux types d'infractions distincts exigeant chacun des éléments constitutifs spécifiques. Tout au plus, la pluralité d'auteurs peut-elle inviter à rechercher si chaque prévenu peut être poursuivi de manière autonome sur le fondement d'infractions distinctes. Dans cette hypothèse, le recours à l'emprunt de criminalité opéré par le dirigeant disparaîtrait puisque ce dernier serait poursuivi sur le fondement d'une qualification distincte qui lui serait propre.

En dehors de la difficulté à admettre la double nature de l'infraction, un autre écueil découle du régime pénal applicable à chacun des prévenus. En effet, en retenant le fait personnel comme fondement de la responsabilité pénale du dirigeant, la doctrine considère que les prévenus doivent être sanctionnés, le préposé généralement pour une infraction de commission, et le dirigeant pour une omission. Cependant, dans la réalité, ce sont des peines identiques qui sont prononcées à l'encontre de deux personnes n'ayant pas commis une infraction, ni de même nature, ni de même gravité. L'une, de manière délibérée, a commis l'acte délictueux ou en tout cas en a accepté le risque, tandis qu'à l'autre ne peut être reprochée qu'une simple faute d'imprudence, par définition involontaire. Ainsi sont soumis à un traitement pénal identique l'imprudence consciente du subordonné et celle inconsciente du dirigeant. De même, alors que la loi prévoit les mêmes sanctions à l'encontre des coauteurs, force est d'observer que les juridictions répressives répriment généralement avec moins de rigueur le préposé si elles ne le tiennent carrément en dehors du champ de répression. Or, de toute évidence, ce dernier devrait être poursuivi en qualité d'auteur principal et le dirigeant ne devrait pénalement qu'être marginalement impliqué.

D'autre part, imputer la responsabilité pénale au dirigeant au motif qu'il serait l'auteur moral⁶⁶¹ de l'infraction fait surgir aussi quelques difficultés. Cette théorie induirait alors l'idée qu'une même infraction pourrait avoir distinctement un auteur matériel et un auteur moral qui serait celui sous

658 - A. VITU, *op. cit.*, p. 54.

659 - J.A. ROUX, note sous Cass. crim., 1^{er} décembre 1923, S., 1924, 1, 282.

660 - Poitiers, 20 novembre 1901, S., 1902, 2, 305, note J. HENARD; ou voir D., 1902, II, 81, note LE POITEVIN; ou encore A. GIDE, « *La séquestrée de Poitiers* », Gallimard, 1930.

661 - A. VITU, « *L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction* », VII Congrès international de droit pénal, Athènes, éd. CUJAS, 1957, p.54.

l'ordre ou dans l'intérêt duquel l'infraction aura été commise. Il s'agirait en somme de la « *cause intellectuelle*⁶⁶² » de l'infraction. Seulement, la notion d'auteur moral ne trouve aucune justification dans notre droit positif, même si l'idée s'en rapprochant n'est pas absente du Code pénal. C'est le cas lorsqu'à côté de l'auteur matériel, le législateur considère aussi comme auteur celui qui a ordonné l'infraction ou l'a laissé faire comme dans le cas du délit d'abandon d'enfant ou d'incapable⁶⁶³. Rarement sanctionné de manière autonome, l'auteur moral d'une infraction l'est cependant en tant que provocateur à la commission d'une infraction, comme dans le cas de la provocation d'un mineur à faire un usage illicite de stupéfiant⁶⁶⁴. Dans ces hypothèses, il est évident que l'instigateur ou encore celui qui laisse faire endosse une responsabilité morale. Toutefois, transposée à l'entreprise, cette théorie affiche assez rapidement ses limites. En effet, les infractions commises au sein de l'entreprise le sont souvent matériellement par le préposé. Et selon la jurisprudence, il suffit, pour empêcher leur perpétration, « *de faire remonter la responsabilité pénale jusqu'à la tête qui ordonne.*⁶⁶⁵ » Or, il ne pèse majoritairement à la charge du dirigeant qu'une simple faute d'imprudence résultant d'un déficit de surveillance ou de contrôle. Par conséquent, le dirigeant est sanctionné pour avoir, par son incurie, permis la réalisation de l'infraction. L'agissement du préposé ne serait alors qu'une objectivation de son manque de vigilance. Or, la faute de négligence ou d'imprudence est totalement exclusive de tout élément intentionnel et de toute participation consciente. Le dirigeant n'a pas souhaité l'infraction commise par son préposé et, on ne peut présumer à son encontre un élément intentionnel qui, par définition, est inexistant. Par voie de conséquence, il ne saurait répondre d'une infraction délibérément commise par son préposé alors même qu'il est resté étranger à ce dol. Pourtant, bien souvent, la jurisprudence, assimilant la faute de négligence du dirigeant à l'élément intentionnel du délit, retient à la charge de ce dernier, la responsabilité pénale d'une infraction intentionnellement commise par son préposé⁶⁶⁶. Cependant, en matière d'infractions involontaires, la solution est tout autre, l'élément moral trouvant sa source dans la faute d'imprudence ou de négligence de l'auteur moral.

Favorable à la notion d'auteur moral, la doctrine a soutenu l'analyse jurisprudentielle selon laquelle il est établi à la charge du dirigeant, non pas une présomption de faute, mais une présomption de volonté en vertu de laquelle le dirigeant serait présumé avoir voulu lui-même les conséquences de sa négligence⁶⁶⁷. Si le dirigeant fait l'objet d'une sanction pénale pour une infraction commise par son préposé, c'est parce que cette infraction ne serait pas survenue sans sa propre faute de négligence dont il est présumé avoir voulu les conséquences. En d'autres termes, « *le comportement de l'auteur immédiat n'a fait qu'actualiser la responsabilité jusque-là restée virtuelle* » du dirigeant⁶⁶⁸. C'est donc à des fins d'efficacité répressive que le dirigeant est désigné responsable⁶⁶⁹. Cependant, une difficulté surgit de cette analyse. Si le dirigeant est présumé avoir voulu les conséquences de son imprudence, il ne peut également qu'être présumé avoir délibérément agi pour atteindre ces conséquences. Ce qui aurait pour effet de priver l'infraction de son caractère non intentionnel. La dialectique pénale ne serait alors plus la même.

Il reste aussi que quand le législateur entend sanctionner l'auteur moral d'une infraction, il prévoit expressément un texte le précisant⁶⁷⁰. Or, en l'espèce, ce texte fait défaut. Dans ces conditions, il semble difficile de retenir à l'encontre du dirigeant une responsabilité pénale de nature morale.

En définitive, en dépit de la scission qui s'opère entre l'auteur matériel de l'infraction et le responsable pénal, la jurisprudence considère que cette situation ne contrevient nullement à la

662 - B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, « *Droit pénal général* », Paris, Éd. DALLOZ, 14e Éd., 1992, n° 249, p. 223.

663 - Article 223-3 du Code pénal.

664 - Article 227-18 du Code pénal.

665- J.A. ROUX, précité.

666- Cass. crim., 12 février 1974, Bull. crim, 1974, n°62.

667- J.A. ROUX, précité.

668- M. DELMAS-MARTY, « *Droit pénal des affaires* », Paris, éd. PUF, coll. Thémis, 1981.

669- A. VITU, *op. cit.*, p. 43 et 55.

670- Article 24-4 et article 24-9 loi du 11 juillet 1975.

dimension subjective de la responsabilité pénale, car le dirigeant répondrait, en l'espèce, de son fait personnel. Au regard de cette analyse, il apparaît clairement que la notion d'auteur se trouve considérablement élargie, subsumant tant l'auteur matériel de l'infraction que celui d'un fait personnel plus lointain « *de seconde zone*⁶⁷¹ ». Cette conception extensive de la notion d'auteur, dictée par une obsession répressive, emporte une double conséquence : une attribution facilitée de la qualité d'auteur et un élargissement du cercle des auteurs potentiels d'une infraction d'affaire.

Cependant, la multiplication des acteurs pénalement responsables n'est pas la seule manifestation de l'hypertrophie pénale. Cette dernière se traduit aussi par la multiplication et l'extension des incriminations visant le dirigeant.

SECTION II- LA MULTIPLICATION ET L'EXTENSION DES INCRIMINATIONS VISANT LE DIRIGEANT

175- Alors qu'il ne prévoyait lors de son apparition dans la loi du 17 juillet 1856 que trois délits, à savoir le délit d'émission ou de négociation illicite d'actions, le délit de publication de faits faux et le délit de distribution de dividendes fictifs, le droit pénal des sociétés est devenu aujourd'hui le symbole d'une politique essentiellement répressive orientée fondamentalement vers le dirigeant (I). Dans un premier temps, il s'est progressivement étoffé de manière plus ou moins homogène, puis dans un deuxième temps, avec la loi du 24 juillet 1966, il est devenu la démonstration d'une véritable « *furie répressive*⁶⁷² ».

Dans le même sens, le droit pénal du travail focalise la critique doctrinale sur deux points essentiels : les incriminations et la répression (II).

Quant au droit des marchés financiers, il établit des obligations dont la sanction par l'Autorité des marchés financiers aboutit à une répression financière accrue du dirigeant (III).

I- EN DROIT PÉNAL DES SOCIÉTÉS

176- La loi du 24 juillet 1966 affiche clairement l'ambition de « *serrer l'étau pénal* » autour du dirigeant d'entreprise en réglementant de manière méticuleuse le fonctionnement des sociétés et en assortissant quasi-systématiquement ses dispositions d'une sanction répressive. Cette « *apogée répressive*⁶⁷³ » fut telle qu'elle fut suivie d'une volonté législative de dépénalisation du droit des sociétés (A), alors qu'inversement la tendance jurisprudentielle est à l'extension du délit d'abus de biens sociaux (B).

A- La volonté législative de dépénaliser le droit des sociétés

177- D'une manière générale, le dirigeant est visé par les incriminations du droit pénal des sociétés durant toute la vie de son entreprise, depuis sa création jusqu'à sa disparition. Sont prévues des infractions relatives à la constitution des sociétés, des infractions relatives au fonctionnement des sociétés – infractions relatives aux formalités nécessaires à la vie des sociétés, infractions relatives à l'exercice des pouvoirs sociaux, infractions relatives aux comptes sociaux – et des infractions relatives à la dissolution et à la liquidation des sociétés. D'une grande variété, ces infractions entendaient sanctionner à la fois le seul exercice défectueux des fonctions, ainsi que l'exercice malhonnête des fonctions. La volonté du législateur d'alléger l'arsenal répressif utilisé au sein de l'entreprise est consécutive au constat d'une « *surpénalisation* » qui se traduit par des incriminations d'abus de fonction (1), ainsi que l'incrimination de nombreuses infractions de fonction (2). Cette

⁶⁷¹- R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, p. 664.

⁶⁷²- A. DALSAÏE cité par A. VITU, « *Regard sur le droit pénal des sociétés* », dans *Aspects actuels du droit commercial français. Études ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 247.

⁶⁷³- P. CONTE et W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, LGDJ, 2004, n°5.

inclination répressive ne manque pas de susciter des critiques (3).

1- Des incriminations d'abus de fonction

178- Le droit pénal des sociétés réprime toujours spécialement le dirigeant pour la corruption du vote de l'actionnaire et de l'obligataire (article L. 242-9 3° et L. 245-11 du Code de commerce). Ces infractions spéciales font désormais doublon avec les infractions de droit commun de corruption de personnes n'exerçant pas une fonction publique⁶⁷⁴. Au regard de la valeur protégée par cette infraction, il n'est pas impossible de considérer qu'elle se classe tantôt dans la catégorie des infractions de fonction, tantôt dans la catégorie des abus de fonction.

L'exemple le plus illustratif de l'abus de fonction est aussi l'infraction la plus répandue en droit pénal des sociétés : l'abus de biens sociaux⁶⁷⁵ auquel s'ajoute l'abus de crédit, de pouvoirs ou de voix⁶⁷⁶. Introduite par les décrets-lois du 8 août et 30 octobre 1935, l'abus de biens sociaux est l'une des plus anciennes infractions du droit pénal des sociétés visant le dirigeant et surtout l'une des plus appliquées à ce dernier en raison de l'interprétation jurisprudentielle extensive dont elle fait sans cesse l'objet⁶⁷⁷. Ainsi en 2010, selon l'*Annuaire statistique de la Justice*, sur 455 condamnations pour infractions aux règles de gestion et de comptabilité, 421 étaient relatives à un abus de biens sociaux⁶⁷⁸. Or, cette infraction cible initialement les appropriations frauduleuses et constitue donc un délit d'intérêt privé visant à sanctionner les détournements de mandat entre le dirigeant et les associés⁶⁷⁹. L'indifférence au préjudice subi révèle la nature exacte de ce délit comme infraction contre les abus de gestion ou de fonction⁶⁸⁰.

Proche de cette infraction puisqu'elle relève du même texte d'incrimination, la présentation ou publication de comptes annuels infidèles⁶⁸¹ vise sans doute à prévenir d'autres abus de fonction, dont l'abus de bien sociaux.

Outre les abus de fonctions dont il doit répondre, le dirigeant peut aussi engager sa responsabilité pénale pour de nombreuses infractions de fonction prévues par le droit pénal des sociétés.

2- De nombreuses infractions de fonction

179- L'analyse quantitative des infractions du droit pénal des sociétés révèle que les infractions de fonction de dirigeant concentrent pour l'essentiel la répression pénale. Fréquemment, il s'agit d'infractions d'omission telles que l'omission de déclaration relative à la répartition des parts sociales entre les associés de la SARL, à la libération des parts ou au dépôt des fonds⁶⁸², à l'immatriculation d'une société⁶⁸³, à la consultation des associés de la SAS concernant le capital social, aux évolutions de la société, aux publicités ou aux mentions formelles sur les documents sociaux⁶⁸⁴, à la convocation des actionnaires⁶⁸⁵, à la tenue des assemblées⁶⁸⁶, à l'absence de feuille de présence⁶⁸⁷, à l'absence d'établissement d'un procès-verbal relatif aux délibérations du conseil

⁶⁷⁴- Pour d'autres exemples d'infractions spéciales de corruption, M. SEGONDS, *(Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption*, AJ pénal 2006.

⁶⁷⁵- Articles L. 241-3 4° et L. 242-6 3° du Code de commerce.

⁶⁷⁶- Infractions prévue par les mêmes dispositions.

⁶⁷⁷- B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJC. 1995. 301, p. 302.

⁶⁷⁸- Voir les explications de W. JEANDIDIER, *Administration. Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, Jurisc. Sociétés Traité, fasc. 132-20, 2011, n°7.

⁶⁷⁹- B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJC. 1995. 301, p. 302.

⁶⁸⁰- D. REBUT, *Les sanctions pénales et la gestion des sociétés*, RJC 2001. 119.

⁶⁸¹- Articles L. 241-3 4° et L. 242-6 3° du Code de commerce.

⁶⁸²- Ancien article L. 241-1 du Code de commerce.

⁶⁸³- Ancien article L. 123-4 du Code de commerce.

⁶⁸⁴- Anciens articles (Code de commerce) L. 241-7 pour les SARL et L. 246-1 pour les SA et les SCA.

⁶⁸⁵- Ancien article L. 242-11 du Code de commerce.

⁶⁸⁶- Articles L. 241-5 (SARL) et L. 242-10 (SA) du Code de commerce.

⁶⁸⁷- Ancien article L. 242-15 1° du Code de commerce.

d'administration⁶⁸⁸ ou de toute assemblée de la société anonyme⁶⁸⁹, à la communication de certains documents sociaux⁶⁹⁰, et à la communication des informations sociales⁶⁹¹.

Ces infractions qui ne sanctionnent ni une atteinte, ni un agissement susceptible de porter atteinte à la relation fiduciaire qu'implique le mandat entre le dirigeant et les associés peuvent être qualifiées d'infractions de fonction. C'est pourquoi la qualification d'abus de pouvoir leur est contestée⁶⁹². Sanctionnant surtout l'inexécution par le dirigeant d'obligations attachées à sa fonction, ces infractions constituent davantage des infractions formelles ou délits-obstacle⁶⁹³. Pourtant, la doctrine fut longtemps convaincue qu'elles étaient des infractions de prévention, expliquant que ces délits visaient à lutter contre « l'occultation de la vérité », « l'altération de la vérité », ou « la négation de l'équilibre⁶⁹⁴ » et prévenaient donc de potentielles atteintes à la confiance des mandants ou patrimoine social⁶⁹⁵. Ces infractions formelles, en tant que telles, demeurent cependant des infractions de fonction. D'ailleurs, une doctrine récente rejette la qualification d'infractions de prévention, percevant dans le droit pénal des sociétés, un droit régulateur des pouvoirs professionnels de direction, au service d'un ordre public professionnel⁶⁹⁶.

Au demeurant, quelle que soit l'analyse retenue, aucune ne répond toutefois aux critiques récurrentes d'une doctrine prônant la dépénalisation de ces nombreuses infractions de réglementation, en raison de leur inutilité voire de leur nocivité⁶⁹⁷, car elles ne visent qu'à accroître la pression pénale dont fait déjà l'objet le dirigeant.

3- Une surpénalisation controversée

180- D'une manière générale, la « furie répressive » dont fait preuve le droit pénal des sociétés conduit certains auteurs à le considérer comme dangereux pour le dirigeant et pour l'économie. Ainsi, il est perçu comme « un carcan » freinant « le dynamisme nécessaire à la vie des affaires⁶⁹⁸ », mettant en péril les dirigeants français par rapport à leurs homologues étrangers⁶⁹⁹. Certains anticipent d'ailleurs une délocalisation de l'activité économique vers des Etats moins répressifs⁷⁰⁰.

Au-delà de cette appréciation générale, deux principales critiques sont formulées à l'endroit de la surpénalisation en droit des sociétés.

Dans un premier temps, le recours au droit pénal est dénoncé comme une solution de facilité pour moraliser la vie des affaires⁷⁰¹. Or, en pratique, ce droit se révèle, d'une part, inadapté à la vie des entreprises⁷⁰², et, d'autre part, inefficace. Le droit pénal est inadapté car il requiert une longue procédure dont le caractère secret – devant favoriser la sérénité des investigations et protéger le dirigeant des attaques médiatiques – n'est pas effectif⁷⁰³, certains magistrats étant parfois eux-

⁶⁸⁸ - Ancien article L. 242-7 du Code de commerce.

⁶⁸⁹ - Ancien article L. 242-15 3° du Code de commerce.

⁶⁹⁰ - Anciens articles L. 242-12, L. 242-13, L. 225-119, L. 241-4 2° et 3°, L. 242-14, L. 247-7 3° du Code de commerce.

⁶⁹¹ - Articles 242-8, L. 247-1 et L. 247-2 du Code de commerce.

⁶⁹² - E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, DALLOZ, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, n° 207.

⁶⁹³ - C. GARCIN, *Les infractions du droit des sociétés*, in *Lamy Droit pénal des affaires*, 2011, n° 1748; M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 439, 2005, n°398-399.

⁶⁹⁴ - W. JEANDIDIER, *Op. cit.*, n°13-14-15.

⁶⁹⁵ - *Ibid.*

⁶⁹⁶ - M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, DALLOZ, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n° 232.

⁶⁹⁷ - M. HASCHKE-DOURNAUX dénonce les « effets pervers » de cette surpénalisation, *Op. cit.* n° 149 et s.

⁶⁹⁸ - A. VITU, « *Regard sur le droit pénal des sociétés* », dans *Aspects actuels du droit commercial français. Études ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 257.

⁶⁹⁹ - Y. GUYON, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, Pouvoirs 1990, p. 42.

⁷⁰⁰ - B. BOULOC, *Faut-il réformer le droit pénal des sociétés?*, Rev. sociétés 2000. 129, spéc. 130.

⁷⁰¹ - Y. GUYON, *Op. cit.*, p. 41.

⁷⁰² - M-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, DALLOZ, 1997.

⁷⁰³ - D. COHEN, *Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire?*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, DALLOZ, 1997, p. 79.

mêmes auteurs de la divulgation⁷⁰⁴. Son issue, quelle qu'elle soit, est nécessairement insatisfaisante, car en l'absence de condamnation, la réputation du dirigeant est malgré tout entachée⁷⁰⁵ ; en présence d'une condamnation, la sanction arrive si tardivement qu'elle est privée de son effet dissuasif⁷⁰⁶. Mais la sanction pénale est aussi inadaptée en raison de sa disproportion⁷⁰⁷. En effet, si les peines lourdes sont peu prononcées à l'égard du dirigeant⁷⁰⁸, il convient de signaler que les peines légères sont souvent prévues pour des incriminations dont l'existence n'est guère connue et dont l'utilisation est plutôt rare⁷⁰⁹. Là encore, c'est l'effet dissuasif du droit pénal qui est remis en cause par l'inflation pénale⁷¹⁰.

S'il est incontestable que le dirigeant doit répondre du pouvoir de direction dont il est le titulaire, c'est le recours à la sanction pénale qui le paraît moins, cette dernière étant inappropriée en droit des sociétés. Toutefois, pour les infractions empreintes d'une intention délictueuse et portant gravement atteinte à l'ordre social, telles que la présentation de comptes inexacts, la répartition de dividendes fictifs, la majoration frauduleuse d'apport en nature, ou encore l'abus de biens ou de pouvoirs, le droit répressif retrouve toute son efficacité et toute sa pertinence⁷¹¹.

Dans un deuxième temps, la critique adressée au droit pénal vise le contenu des incriminations, souvent amoral et artificiel⁷¹². Ici, ce n'est pas le bien-fondé de la sanction pénale qui est remise en question, mais plutôt son point d'application. En effet, il est souhaité que la sanction pénale ne soit plus cette « épée de Damoclès » qui plane en permanence sur la tête du dirigeant, mais ne cible que certains comportements.

Des propositions doctrinales conduiront alors à une succession de dépenalisations.

181- Bilan des dépenalisations successives. D'abord, il convient de souligner que la dépenalisation n'équivaut pas totalement à une dérèglementation. En effet, si le législateur a procédé à la suppression pure et simple de certaines infractions⁷¹³, il leur a surtout substitué des sanctions civiles poursuivant un objectif plus proche du rétablissement de l'ordre.

Ensuite ces dépenalisations appellent un constat. En effet, bien que guidées par le caractère formel et non intentionnel de l'infraction imputée au dirigeant, elles ont mécaniquement fait sortir du champ de la répression de nombreuses infractions de fonction. Cependant, certaines infractions de réglementation ont été maintenues. Il s'agit de l'omission de communiquer des informations sociales⁷¹⁴ ou le défaut de présentation des comptes sociaux à l'assemblée générale⁷¹⁵ dont les peines applicables ont partiellement changé⁷¹⁶, illustrant la volonté de protéger la valeur essentielle, dans le droit des affaires, de l'information.

Conséquemment, si de nombreuses infractions formelles visant à prévenir une atteinte au pouvoir fiduciaire du dirigeant ont été dépenalisées, de nombreuses autres infractions de fonction restent réprimées au côté d'abus infractionnels de fonction.

De même, la multiplication des infractions en droit pénal des sociétés est un bon indicateur de

⁷⁰⁴ - M. HASCHKE-DOURNAUX, *Op. cit.*, n°166.

⁷⁰⁵ - Conformément à l'adage bien connu : « Pas de fumée sans feu ! »

⁷⁰⁶ - Y. GUYON, *Op. cit.*, p. 46.

⁷⁰⁷ - Y. GUYON, *Op. cit.*, p. 44.

⁷⁰⁸ - A. VITU, *Op. cit.*, p. 261.

⁷⁰⁹ - P. CONTE et W. JEANDIDIER, *Op. cit.*, n° 5.

⁷¹⁰ - ⁷¹⁰ A. VITU, *Op. cit.*, p. 258; Y. GUYON, *Op. cit.*, p. 48.

⁷¹¹ - A. VIANDIER, *Le droit des sociétés, demain*, JCP E 2000, *Aperçus rapides*, p. 3, n° 12.

⁷¹² - M. HASCHKE-DOURNAUX, *Op. cit.*, n°6; J-F. BARBIERI, *Morale et droit des sociétés*, in *La morale et le droit des affaires*, colloque de l'Université de droit de Toulouse du 12 mai 1995, MONTCHRESTIEN 1996.

⁷¹³ - La loi du 22 mars 2012 a abrogé le délit consistant à omettre, dans l'acte de société, la déclaration relative à la répartition des parts sociales entre les associés, à la libération des parts et au dépôt des fonds (ancien article L. 241-1 du Code de commerce).

⁷¹⁴ - Articles L. 242-8, L. 247-1 et L. 247-2 du Code de commerce.

⁷¹⁵ - Articles L. 241-5 et L. 242-10 du Code de commerce.

⁷¹⁶ - La sanction est restée identique s'agissant des SA et des SCA, tandis que la peine de 6 mois d'emprisonnement initialement prévue pour les SARL a laissé place à une amende de 9000 €.

l'attention particulière portée à la fonction de dirigeant⁷¹⁷ qui concentre la majorité des obligations de faire pénalement sanctionnées en droit des sociétés sous couvert du pouvoir de direction dont dispose ce dernier. « Cet excès d'honneur porte en son germe l'excès d'indignité⁷¹⁸ » dont fait l'objet le dirigeant et explique la volonté de le placer au cœur du dispositif pénal sous prétexte d'une moralisation de la vie des affaires. Le traitement réservé à l'abus de biens sociaux confirme cette tendance répressive.

B- La volonté jurisprudentielle de surpénaliser l'abus de biens sociaux

182- *Propos liminaires.* Infraction symbole de la rencontre de la vie des affaires et du droit pénal, l'abus de biens sociaux cristallise les griefs sur la pénalisation de la vie économique et alimente, à juste titre, les craintes des dirigeants. Il faut admettre que son application souffre d'être souvent inadaptée, voire ignorante des réalités des entreprises.

Les ressorts de cette application bien connue tiennent à la fois à la définition légale et à la mise en œuvre judiciaire du délit d'abus de biens sociaux⁷¹⁹.

La jurisprudence a profité de l'imprécision du texte d'incrimination pour lui donner une application extensive qui peine à opérer une distinction entre les fraudes et les fautes de gestion. Ces dernières années, la jurisprudence répressive, par touches successives, ont retenu une conception de plus en plus extensive de l'abus de biens sociaux. Mais, elle a aussi innové en décidant d'en reporter la prescription. La solution, qui ne procède ni de l'incrimination de l'abus de biens sociaux, ni des dispositions générales sur la prescription, lui a permis de faire remonter son application bien au-delà du délai triennal de prescription de l'action publique. C'est ainsi que l'abus de biens sociaux a été souvent présenté, à juste titre, comme un délit imprescriptible⁷²⁰. Dans tous les cas, l'application jurisprudentielle dont il fait souvent l'objet conduit légitimement à penser que le juge répressif s'échine à repousser constamment les limites de son application.

C'est pourquoi le pouvoir politique a plusieurs fois envisagé de combattre la jurisprudence pour lui imposer de revenir à une délimitation stricte du domaine de l'abus de biens sociaux ou pour la contraindre à renoncer à sa solution exorbitante de report de sa prescription. Mais ces velléités n'ont pas dépassé le stade du projet.

C'est la raison pour laquelle l'abus de biens sociaux n'a pas été affecté par les modifications récentes du droit des sociétés. Celles-ci l'ont épargné, alors même qu'elles avaient pour objet la dépénalisation. C'est le cas de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, laquelle a remplacé plusieurs infractions du droit des sociétés par des procédures de « référés-injonctions ». Ces modifications n'ont pas atteint l'abus de biens sociaux dont l'incrimination répondait – il est vrai – aux deux conditions d'efficacité et d'utilité qui ont inspiré le législateur dans ses choix de suppression ou de maintien des infractions.

De la même manière, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière et la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique n'ont pas réformé l'abus de biens sociaux, alors qu'elles ont dépénalisé un nombre considérable d'infractions du droit des sociétés. Il n'y a pas davantage eu de dépénalisation du délit de la part des ordonnances n°2004-274 du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises et n°2004-604 du 24 juin 2004 sur les valeurs mobilières.

Il est vrai que le rapport COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires a intégré l'abus de biens sociaux par le biais de sa proposition de fixation intangible du point de départ de la

⁷¹⁷ - M. HASCHKE-DOURNAUX, *Op. cit.*, n° 113 et s.

⁷¹⁸ - L'expression est empruntée à M-A. FRISON-ROCHE parlant de la théorie de la pleine rationalité économique du dirigeant, in *Enjeux de la pénalisation de la vie économique*, DALLOZ, 1997, p. 198.

⁷¹⁹ - B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJC. 1995. 301, p. 302; A. DEKEUWER, Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux, JCP E 1995. I. 500 ; D. REBUT, *Les sanctions pénales et la gestion des sociétés*, in *La dépénalisation dans la vie des affaires*, RJ com. 2001, n° spécial, p. 119.

⁷²⁰ - M-A. FRISON-ROCHE, *Le Monde*, 6 janvier 1995, p. 11.

prescription au jour de commission des faits⁷²¹. Mais cette modification était compensée par un allongement du délai de prescription des délits, qui avait pour effet de le porter à sept ans pour l'abus de biens sociaux. Or, la pratique offre peu d'exemples d'abus de biens sociaux dont les poursuites interviennent dans un délai plus long. La mise en œuvre de cette proposition n'aurait donc guère eu d'effet de dépenalisation de l'abus de biens sociaux. De toute façon, le législateur ne montre aucune diligence pour adopter les propositions du rapport COULON, malgré le bon accueil que lui a fait le garde des Sceaux. Certes, la crise est intervenue peu après et a conduit le gouvernement à recentrer ses discours sur la pénalisation excessive de la vie des affaires. Aussi, l'abus de biens sociaux demeure-t-il inchangé en dépit de la constance des critiques dont son application judiciaire est l'objet.

Bien que le législateur ait incriminé distinctement l'abus des biens sociaux et du crédit de la société⁷²² et l'abus des pouvoirs et des voix⁷²³, ces deux infractions ne diffèrent que par l'objet de l'abus. Leur identité textuelle autorise à les décrire unitairement, puisque leur différence se limite à l'objet respectif de l'abus qu'elles punissent. Ces délits présentent, en effet, les mêmes éléments constitutifs matériel et intentionnel consistant pour les dirigeants à faire de mauvaise foi (...), un usage des « biens » (...) qu'ils savent contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles (...).

La seule lecture des textes d'incrimination fait ressortir les deux principales composantes de ce délit : un usage contraire à l'intérêt de la société et la poursuite par le dirigeant de fins personnelles. De cette lecture objective découle pourtant plusieurs analyses de l'infraction. Une telle divergence paraît inéluctable puisque l'infraction repose en partie sur la notion très controversée d'intérêt social. En effet, la jurisprudence, particulièrement abondante en la matière, envoie des signaux contradictoires en même temps qu'elle opère une transformation du délit. L'analyse de cette jurisprudence aboutit au constat partagé d'une surpénalisation (1) découlant de l'interprétation extensive des notions d'usage contraire (2) et d'intérêt personnel poursuivi par le dirigeant (3), ainsi que de la disparition progressive du dol spécial (4).

1- Le constat unanime d'une surpénalisation

183- La surpénalisation jurisprudentielle de l'abus de biens sociaux est un constat partagé par la très grande majorité de la doctrine⁷²⁴. Cette excès répressif s'analyse, a minima, comme la résultante de la sanction d'agissements n'entrant pas dans le cadre de la *ratio legis* initiale du texte d'incrimination. Dans ces circonstances, si le principe de légalité peut être considéré comme respecté, mais in extremis – le juge effectuant une interprétation maximale de la norme – ce n'est pas le cas de l'esprit du texte qui, lui, est incontestablement galvaudé. Nous sommes bien loin de la définition première de ce délit énoncée à l'occasion de l'affaire STAVISKY en 1935 ou n'était retenue que l'interdiction faite au dirigeant de détourner à des fins personnelles des biens appartenant à l'entreprise. Dans cette première hypothèse, le juge retient à l'encontre du dirigeant des circonstances qui ne sont pas irréfutablement intrinsèques à la *ratio legis*, en forçant quasiment l'interprétation. A maxima, cette surpénalisation est la conséquence de la méconnaissance d'un ou plusieurs éléments constitutifs du délit. Dans cette dernière hypothèse, l'infraction ressort totalement dénaturée. Par ailleurs, la répression de certains actes par le biais de l'abus de confiance en heurtait la définition quand la jurisprudence l'appliquait à des circonstances qui ne donnaient pas lieu à une appropriation ou à une dissipation des biens sociaux par le dirigeant⁷²⁵. En outre, cette application de l'abus de confiance n'était pas générale. C'est ainsi qu'elle avait parfois été refusée en

⁷²¹- J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008, p. 102.

⁷²²- Articles L. 241-3 4° (SARL), L. 242-6 3° (SA), L. 243-1 (SCA), et L. 244-1 (SAS) du Code de commerce; L. 241-6 3° du Code de la construction et de l'habitat (sociétés immobilières de gestion), L. 231-11 du Code monétaire et financier (sociétés civiles faisant appel à l'épargne) et L. 310-28 du Code des assurances (sociétés d'assurance).

⁷²³- Articles L. 241-3 5° et L. 242-6 4° du Code de commerce.

⁷²⁴- D. REBUT, *Les sanctions pénales et la gestion des sociétés*, RJC 2001. 119.

⁷²⁵- Voir par exemple : Trib. corr. Seine, 4 janvier 1935, Rev. trim. soc. 1936. 335.

cas d'atteintes au crédit par engagement de la signature sociale⁷²⁶. Pour finir, elle faisait l'objet de vives critiques doctrinales⁷²⁷.

C'est à ces difficultés qu'a entendu répondre la création du délit d'abus de biens sociaux. Celle-ci visait à donner un fondement légal indiscutable à la répression pénale de l'emploi abusif des biens ou du crédit de la société. L'infraction a aussi été étendue aux pouvoirs et voix possédés par le dirigeant. L'incrimination de l'abus de pouvoirs a entériné, en quelque sorte, la séparation avec l'abus de confiance, en dissociant la répression de l'emploi d'un élément du patrimoine de la société.

Cependant, la jurisprudence va tirer parti des différentes ambiguïtés affectant la définition légale de l'infraction pour élargir son champ d'application. Cette évolution jurisprudentielle emporte donc des conséquences considérables sur la répression pénale du dirigeant en raison de l'interprétation extensive dont fait l'objet l'abus de biens sociaux. C'est ce que démontre l'analyse des différentes composantes de l'infraction.

2- La « *contrariété à l'intérêt social* » au service de la répression

184- La caractérisation de l'abus de bien sociaux requiert que l'usage effectué par le dirigeant soit contraire à l'intérêt social. Il s'ensuit qu'un acte d'usage ne caractérise l'élément matériel du délit qu'à la condition qu'il soit contraire à l'intérêt social.

185- *L'usage contraire à l'intérêt social : une infraction formelle.* À la différence de l'abus de confiance⁷²⁸ dont il est considéré comme issu⁷²⁹ l'abus de biens sociaux ne requiert pas pour sa caractérisation la constatation d'un préjudice⁷³⁰. Le dommage social est donc indifférent à l'établissement de l'infraction, alors qu'une partie de la doctrine se prononce pour la nécessité d'un dommage découlant de l'acte du dirigeant⁷³¹. À cet égard, l'infraction commise par ce dernier est donc formelle, sans mentionner la difficulté de l'affirmer en raison de l'absence d'unanimité sur la valeur que l'infraction est censée protéger⁷³². Son caractère formel éloigne alors l'abus de biens sociaux de l'abus de confiance, infraction matérielle⁷³³ et témoigne ainsi de la sévérité du traitement réservé au dirigeant.

186- *L'usage contraire à l'intérêt social : un détournement au sens de l'abus de confiance.* Au stade du comportement incriminé, l'abus de biens sociaux fait encore preuve d'originalité par rapport à l'abus de confiance. Si l'usage des biens sociaux prend le plus souvent la forme d'une appropriation du bien, constituant également un détournement au sens de l'abus de confiance⁷³⁴, il peut aussi résider en un simple usage abusif du bien de la société⁷³⁵. La jurisprudence a même admis que cet usage abusif pouvait résulter d'une simple abstention.

La chambre criminelle a appliqué cette solution à l'abus de biens sociaux en jugeant que « l'usage abusif des biens ou du crédit peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire du dirigeant⁷³⁶. Or, la seule limite capable d'affecter la notion d'usage devrait porter sur

⁷²⁶- J.-M. VERDIER, *Op. cit.*, p. 194.

⁷²⁷- H. DONNEDIEU DE VABRES, obs. RSC 1938. 719

⁷²⁸- Article L. 314-1 du Code pénal.

⁷²⁹- La création de l'abus de biens sociaux est la résultante des insuffisances de l'abus de confiance. Voir à ce sujet, B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, Rép. Sociétés, DALLOZ, 2012, n°2.

⁷³⁰- Le sénateur MARINI avait suggéré dans son rapport que l'atteinte aux intérêts patrimoniaux de l'entreprise relève des éléments constitutifs de l'infraction. Voir Rapport MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, La Doc.fr, coll. des Rapports Officiels, 1996, p. 112.

⁷³¹- M. HASCHKE-DOURNAUX, *Op. cit.*, n°511, se prononce pour la nécessité d'un préjudice éventuel.

⁷³²- Deux approches s'affrontent ici, l'une contractualiste et l'autre institutionnelle de la société.

⁷³³- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 5ème éd., DALLOZ, 2011, n°812.

⁷³⁴- P. CONTE, J. LARGUIER, et S. FOURNIER, *Droit pénal spécial*, 15 éd., DALLOZ, 2013, p. 233-234.

⁷³⁵- Cass. crim. 10 octobre 1983, n°83-93.735, s'agissant de l'utilisation temporaire des bâtiments sociaux à titre d'habitation.

⁷³⁶- Cass. crim. 28 janvier 2004, n°02-88.094, Bull. Joly 2004. 861, note J.-F. BARBIERI, Rev. sociétés 2004. 722, note

sa forme, si le juge répressif respectait la définition qu'il en a donnée dans l'escroquerie par usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité. La Cour de cassation y juge, en effet, que « la fausse qualité n'est un élément constitutif du délit d'escroquerie qu'autant que l'auteur du fait incriminé en a fait usage⁷³⁷. » Cette position lui fait refuser de retenir les abstentions comme la réticence, au motif qu'une inaction ne peut pas constituer un usage. Or, cette analyse du terme usage n'est pas appliquée aux délits d'abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix.

Ainsi, si l'abstention peut s'analyser comme un usage abusif, c'est donc que l'appropriation des biens de la société par le dirigeant n'est pas nécessaire à la consommation de l'infraction. Il en résulte alors que l'abus de biens sociaux sanctionne des comportements exclus du champ d'application de l'abus de confiance. Une telle situation conduit à ce que le détournement ou l'abus de fonction ne soit pas identiquement sanctionné en droit pénal. En effet, **l'abus de biens sociaux ne s'applique qu'aux dirigeants des sociétés commerciales, à l'exclusion des sociétés en nom collectif. Les détournements opérés par les dirigeants de sociétés civiles ne sont sanctionnés qu'au titre du droit commun, essentiellement par l'abus de confiance⁷³⁸. Il en ressort un encadrement pénal plus sévère des dirigeants de sociétés commerciales.** S'il est vrai que l'importance économique et sociale de ces dernières est considérable dans nos sociétés contemporaines, il demeure que sur le plan des valeurs, il n'y a aucune raison justifiant l'exclusion des sociétés civiles du champ d'application du délit d'abus de biens sociaux, puisqu'il n'y a aucune raison de les exclure de la protection du patrimoine social, ainsi que de toutes valeurs protégées par cette infraction. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine suggère une extension du délit à l'ensemble des sociétés⁷³⁹, cette exigence se faisant de plus en plus pressante à mesure que l'abus de biens sociaux reçoit une interprétation jurisprudentielle large⁷⁴⁰.

187- L'usage contraire à l'intérêt social : le risque injustifié et disproportionné. Conséquence logique du caractère formel du délit d'abus de biens sociaux, il a été jugé que la prise de risque par le dirigeant constituait un usage contraire à l'intérêt social. Mais à y voir de près, cette contrariété n'est que « virtuelle⁷⁴¹. » Très tôt⁷⁴², la jurisprudence a consacré la solution selon laquelle le dirigeant qui, par sa décision, expose sans nécessité le patrimoine social à un risque anormal de perte financière doit être sanctionné⁷⁴³. Cette solution fit l'objet de vives critiques⁷⁴⁴, même si d'aucuns considèrent qu'elle peut être admise sous réserve que la jurisprudence limite la répression aux prises de risques disproportionnées⁷⁴⁵. Mais en théorie, comment le juge pénal peut-il apprécier le caractère disproportionné de la prise de risque, ou même la simple nécessité de la prise de risque par le dirigeant sans prendre lui-même le risque de s'immiscer dans la gestion de la société en faisant du succès le critère de la légitimité de l'action⁷⁴⁶? Cela paraît difficilement concevable. En effet, il convient d'insister sur l'incertitude de la mise en œuvre du critère lié à l'exposition de l'actif social à un risque injustifié. Parce qu'il n'est pas attaché à une atteinte au patrimoine social, ce critère permet aux juridictions répressives de se saisir de n'importe quel acte de gestion. Or, la direction d'une entreprise commande souvent de prendre des décisions qui comportent des risques.

B. BOULOC, JCP E 2005, n°20, p. 817, obs. Y. MULLER, D. REBUT, *L'abus de biens sociaux par abstention*, D. 2005. Chron. 1290.

⁷³⁷- Cass. crim. 22 janvier 1914, DP 1914. 1. 256, S. 1916. 1. 128.

⁷³⁸- B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, Rép. Sociétés, DALLOZ, 2012, n°21.

⁷³⁹- M. BENEJAT, *Op. cit.*, n°194. W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens sociaux*, Juriscl. Sociétés Traité, fasc. 132-20, 2011, n°4.

⁷⁴⁰- D'autres auteurs prônent à l'inverse une désécialisation de l'abus de biens sociaux au profit de l'abus de confiance. Voir M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, n°156.

⁷⁴¹- W. JEANDIDIER, *L'abus de biens sociaux, un monstre juridique?*, Cah. dr. entr., 2006, Dossier : *Le risque pénal dans l'entreprise*, p.31.

⁷⁴²- P. GARRAUD, *La répression de l'abus frauduleux du mandat social dans le fonctionnement des sociétés*, JCP 1939. 98, n°3.

⁷⁴³- Cass. crim. 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. n°6, obs. J-H. ROBERT.

⁷⁴⁴- B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, *Op. cit.*, p. 305.

⁷⁴⁵- J.-M. VERDIER, *L'abus de mandat social, Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, D. 1955. 181. P. 210.

⁷⁴⁶- *Ibid.*, p. 309.

L'appréciation de ces risques sur le fondement de leur utilité ou de leur proportion peut dégénérer en un jugement d'opportunité si le juge répressif n'y prend pas garde. C'est pourquoi il est impératif que ce dernier préserve la valeur de l'exigence relative à l'intérêt personnel des actes de gestion qu'il examine.

3- La définition extensive de l'intérêt personnel

188- L'infraction d'abus de biens sociaux requiert une intention déterminée qui ne se restreint pas à la volonté d'exécuter un acte en connaissance de son caractère contraire à l'intérêt social. Il faut aussi que l'usage ait été effectué à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant était intéressé directement ou indirectement. Il s'agit d'une condition relative à la poursuite psychologique d'un résultat, lequel n'est pourtant pas inclus dans la matérialité de l'infraction. C'est un schéma assez fréquent en droit pénal spécial où une infraction intègre dans son élément intentionnel la poursuite d'un résultat qui ne relève pas de ses éléments constitutifs matériels. Il en découle un décalage entre les éléments matériels et l'élément intentionnel, puisque celui-ci prend en compte un fait matériel qui n'entre pas dans la constitution matérielle de l'infraction. L'élément intentionnel comprend, dans cette hypothèse, la volonté d'obtenir un résultat dont l'existence n'est pas prise en compte pour caractériser l'élément matériel.

En dépit de cette déficience conceptuelle, la condition relative à la poursuite de fins personnelles par le dirigeant et nécessaire à la caractérisation de l'abus de biens sociaux est seule capable de compenser l'incertitude inhérente à une appréciation sur le fondement de l'exposition à un risque⁷⁴⁷.

Il faut rappeler que cette condition a été initialement présentée comme la garantie contre une application excessive de l'abus de biens sociaux. Ainsi, l'on a pu faire valoir que « l'imprécision de la notion de risque couru par l'entreprise ne doit du reste pas effrayer ceux qui ont le souci de ne pas paralyser la vie des affaires, étant donné que l'acte ne peut être abusif que si, en contrepartie, un intérêt personnel a été poursuivi⁷⁴⁸. »

Mais ce n'est pas la voie prise par la jurisprudence qui, au contraire, a très largement dilué la notion d'intérêt personnel du dirigeant et l'a vidée de sa substance. Ainsi entendu, l'intérêt personnel est toujours caractérisé, de sorte qu'il n'est plus capable de faire obstacle à l'infraction. Un intérêt personnel réduit à la volonté du dirigeant d'entretenir de bonnes relations avec un partenaire relève d'une mystification s'il n'est pas accompagné d'une démonstration sur le profit que le dirigeant en escomptait. Il confine à la satisfaction personnelle du dirigeant à ses décisions, ce qui réalise évidemment une nouvelle extension du délit. Celle-ci est d'autant plus dommageable que la condition relative à la poursuite d'un intérêt personnel était la seule susceptible de compenser l'extension de l'élément matériel quand la chambre criminelle l'entend comme l'exposition de l'actif social à un risque injustifié. Cette dilution de l'intérêt personnel l'empêche évidemment de jouer son rôle, de sorte que les débordements jurisprudentiels ne rencontrent pas d'obstacles. Ce faisant, le délit intentionnel d'abus de biens sociaux finit souvent par sanctionner des fautes de gestion. Il en ressort une appréciation extensive de la notion d'exposition de l'actif social à un risque injustifié ou disproportionné qui dénature l'abus de biens sociaux, lequel devient la qualification de substitution d'autres infractions. Il en résulte une double pénalisation de celles-ci au titre de la qualification spéciale qui leur est applicable et au titre de l'abus de biens sociaux au motif que leur commission caractérise un acte contraire à l'intérêt social. Or, l'abus de biens sociaux n'a pas pour objet de punir des faits qui relèvent d'autres infractions. Cette application en déforme d'ailleurs les éléments constitutifs en s'affranchissant de sa composante relative à la poursuite d'un d'intérêt personnel par le dirigeant, laquelle est, dans ces hypothèses, souvent inexistante⁷⁴⁹. C'est ce qu'illustre l'arrêt CARIGNON⁷⁵⁰ où la chambre criminelle a considéré que « quel que soit l'avantage à court terme

⁷⁴⁷- D. REBUT, « Les sanctions pénales et la gestion des sociétés », in « Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires? », Actes du colloque organisé à La Baule les 15 et 16 juin 2001, RJ com. 2001, p. 119.

⁷⁴⁸- J.-M. VERDIER, *L'abus de mandat social, Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, D. 1955. 181. p. 210.

⁷⁴⁹- D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, DALLOZ, Rép. Dr. pén., 2010, n°63.

⁷⁵⁰- Cass. crim. 27 octobre 1997, n°96-83.698, Bull. crim. n°352, D. Affaires 1997. 1429, note M. BOIZARD, LPA

qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation. »

Cette décision était d'autant plus remarquable qu'elle a donné lieu à un revirement de jurisprudence. Peu avant, la chambre criminelle avait cassé une condamnation pour abus de biens sociaux prononcée contre un dirigeant d'entreprise qui avait prélevé des fonds pour rémunérer un intermédiaire afin qu'il intervienne en faveur de sa société auprès du ministre du Commerce extérieur⁷⁵¹. Elle avait considéré que les motifs de la condamnation ne lui permettait pas de s'assurer de sa légalité au regard de l'incrimination de l'abus de biens sociaux, alors que la démarche du dirigeant - fût-elle constitutive d'une infraction non poursuivie en l'espèce - avait pu avoir pour résultat, de minorer substantiellement la dette de la société envers le Trésor public. Il ressortait assurément de cet arrêt qu'un usage des biens sociaux aux fins de corruption ou de trafic d'influence n'était pas nécessairement contraire à l'intérêt social, puisqu'il avait pu bénéficier à la société.

Sans doute, la solution, pouvait sembler, à juste titre, heurter la morale, parce que la chambre criminelle donnait le sentiment d'entériner des pratiques illicites⁷⁵². Il n'empêche que cette décision était conforme à l'esprit du texte d'incrimination de l'abus de biens sociaux qui requiert que l'acte contraire à l'intérêt social ait été fait à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle les dirigeants ont des intérêts directs ou indirects. Or, cette condition fait manifestement défaut dans l'hypothèse d'un prélèvement opéré afin de favoriser la société elle-même, pour lui permettre de conclure un contrat ou d'obtenir une réduction de sa dette. Le prélèvement en cause correspond d'ailleurs exactement aux faits punis au titre de la corruption ou du trafic d'influence. Or, ces infractions sont plus difficiles à poursuivre en raison notamment de l'absence de report de leur prescription. C'est cet obstacle qui a conduit les juges à appliquer l'abus de biens sociaux aux différentes espèces où les prélèvements avaient été opérés à des fins de corruption ou de trafic d'influence. Il s'agit donc d'une solution de remplacement qui implique, à ce titre, une déformation de l'abus de biens sociaux, puisqu'elle commande de négliger sa condition relative à la poursuite d'un intérêt personnel ou indirect.

La subtilité apparente de la solution a consisté à attacher la contrariété à l'intérêt social à l'exposition de l'actif social à un risque injustifié. Prenant appui sur la possibilité d'appliquer la corruption aux personnes morales, la chambre criminelle en a déduit que l'utilisation des fonds sociaux à des fins de corruption exposait la société à des poursuites de ce chef, lesquelles constituaient un risque injustifié pour l'actif social en raison des sanctions pénales ou fiscales encourues. Il s'agit là d'un renversement de perspective par rapport à la solution donnée dans l'arrêt du 6 février 1997, puisque la chambre criminelle a envisagé les prélèvements de fonds sociaux à des fins de corruption du seul point de vue de leur contrariété à l'intérêt social. Ayant lié cette contrariété à l'exposition de l'actif social à un risque injustifié, la chambre criminelle a posé comme principe que ces prélèvements étaient nécessairement constitutifs d'un abus de biens sociaux. Cependant, son analyse ne résolvait toujours pas la difficulté relative à l'absence d'utilisation des fonds sociaux à des fins personnelles par le dirigeant ou pour favoriser une autre société ou entreprise.

Cette difficulté a été ultérieurement contournée par un arrêt du 14 mai 2003⁷⁵³. En l'espèce, des dirigeants d'une société de construction avaient été condamnés pour abus de biens sociaux au motif qu'ils avaient octroyé des avantages à un économiste du bâtiment et à un élu local. Les juges du fond avaient estimé que ces dirigeants avaient poursuivi un dessein personnel en cherchant, d'une

7 novembre 1997, p. 6, note C. DUCOULOUX-FAVARD, B. BOULOC, Rev. sociétés 1997. 869, JCP 1998. II. 10017, note M. PRALUS, Bull. Joly 1998. II note J.-F. BARBIERI.)

⁷⁵¹- Cass. crim. 6 février 1997, n°96-80.615, Bull. crim. n°48, D. 1997. 334, note J.-F. RENUCCI.

⁷⁵²- A. DEKEUWER, *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E et A 1998. 310.

⁷⁵³- Cass. crim. 14 mai 2003, n°02-81.217, Bull. crim. n°97, D. 2003. AJ. 1766, obs. A. LIENHARD, RSC 2003. 797, obs. D. REBUT.

part, « à instaurer des relations privilégiées avec l'économiste du bâtiment [qu'ils considéraient] comme influent dans les milieux des décideurs du secteur de la construction » et en voulant, d'autre part, « s'attirer la reconnaissance [de l'élú local] en vue de bénéficier de son influence réelle ou supposée pour le développement de l'entreprise ». Ces motifs ont été approuvés par la chambre criminelle, laquelle a considéré que les juges du fond ont caractérisé l'intérêt personnel poursuivi par les dirigeants. Elle a précisé par ailleurs « qu'il n'est pas exigé que [l'utilisation des biens sociaux] ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles ». Ce faisant, La chambre criminelle considère que la recherche du développement de la société n'exclut pas la recherche d'un intérêt personnel par le dirigeant, lequel peut résider dans la volonté d'entretenir des relations privilégiées avec le bénéficiaire des prélèvements de fonds sociaux.

À l'évidence, cette solution vise à solution vise à montrer que l'application de l'abus de biens sociaux à des prélèvements ou dépenses opérés à des fins de corruption ou de trafic d'influence s'accorde avec ses éléments constitutifs, puisqu'elle serait conforme à son exigence relative à la poursuite d'un intérêt personnel par les dirigeants. Cependant, l'on peut légitimement douter de la valeur de l'intérêt personnel retenu par la chambre criminelle car la recherche de relations privilégiées avec les bénéficiaires de l'abus s'inscrit assurément dans la perspective de développer l'activité de la société. Cet intérêt personnel n'a donc aucune existence propre, puisqu'il s'inscrit dans cette perspective. La solution de la chambre criminelle apparaît donc artificielle, puisqu'elle conduit à une assimilation de l'intérêt personnel du dirigeant et de la recherche du développement de l'activité de la société. Il s'agit évidemment de justifier l'application du délit d'abus de biens sociaux à des faits de corruption ou de trafic d'influence en montrant que cette application est respectueuse de l'ensemble des éléments constitutifs du délit. C'est néanmoins peu dire que cette démonstration n'est pas convaincante.

En imposant la nécessité de caractériser la mauvaise foi du dirigeant ainsi que son intérêt personnel, les textes d'incrimination rappellent que le délit d'abus de bien sociaux n'est pas simplement intentionnel, mais qu'en outre il exige la démonstration d'un dol spécial.

4- La disparition progressive du dol spécial

189- Deux types de solutions participent à la disparition progressive de la condition relative à la poursuite par le dirigeant de fins personnelles.

D'une part, il s'agit de la présomption de l'intérêt personnel à partir de la clandestinité des prélèvements sociaux⁷⁵⁴. En l'espèce, si le recours à la présomption pour caractériser un état d'esprit n'est pas choquant, le juge répressif ne disposant guère d'autres alternatives à défaut d'aveu du dirigeant, trois critiques peuvent toutefois être adressées à la présomption d'intérêt personnel telle qu'elle est mise en œuvre. D'abord, il peut être fait grief à la Haute juridiction de ne pas s'appuyer sur un faisceau d'indices et de ne prendre en compte que le critère de la clandestinité. Ensuite, par cette présomption, la chambre criminelle semble opérer un renversement de la charge de la preuve⁷⁵⁵ en jugeant que « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel⁷⁵⁶. » Enfin, une décision du 31 janvier 2007 relative à l'affaire *Elf* laisse clairement entrevoir la possibilité que cette présomption d'intérêt personnel fondée sur la clandestinité des prélèvements sociaux devienne irréfragable⁷⁵⁷. En l'espèce, il n'était plus question de demander au dirigeant de se justifier mais de reconnaître sans équivoque que le versement de commissions frauduleuses « déposées sur des comptes occultes pour en dissimuler totalement la destination, caractérisait l'intérêt personnel. » Dans ces conditions, il est à craindre que la condition

⁷⁵⁴ - Cass. crim. 11 janvier 1996, arrêt *Rosemain*, Rev. Sociétés 1996. 586, obs. B. BOULOC; Cass. crim. 14 juin 2006, Dr. pén. 2006, comm. n°127, obs. J-H. ROBERT.

⁷⁵⁵ - R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, DALLOZ, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, n°911.

⁷⁵⁶ - Cass. crim. 11 janvier 1996, précité.

⁷⁵⁷ - Bull. crim. n°28, RSC 2007. 310, obs. D. REBUT.

légale relative à l'intérêt personnel ne finisse par disparaître.

Certes, une partie de la doctrine s'en félicitera, relevant que cette exigence est probablement devenue superflue⁷⁵⁸, si elle ne l'a pas toujours été⁷⁵⁹. Il reste cependant que cette disparition programmée des fins personnelles poursuivies par le dirigeant heurterait violemment le principe de légalité, car cela reviendrait à écarter subrepticement un des éléments constitutifs de l'infraction. D'ailleurs, la position jurisprudentielle est assez révélatrice de ce possible malaise, car tout en poursuivant sa stratégie de dilution du critère de l'intérêt personnel, elle en rappelait l'exigence⁷⁶⁰, peut-être pour sauver les apparences, selon certains auteurs⁷⁶¹. Il ne faudra pourtant pas que le dirigeant s'y trompe : « le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux⁷⁶² » n'est qu'illusoire, ainsi que le confirme le maintien de la jurisprudence *Carignon*.

D'autre part, lorsque la chambre criminelle décide que la commission d'une infraction intentionnelle – pénale ou fiscale – suffit à caractériser l'abus de biens sociaux parce qu'elle expose la société à des sanctions, il paraît bien difficile d'y percevoir une quelconque inquiétude de sa part pour le critère relatif à la poursuite d'un intérêt personnel par le dirigeant. Certes, au regard de la conception large de la notion d'intérêt personnel, l'on pourra répliquer que le dirigeant commettant une corruption afin que sa société obtienne un marché, recherche le prestige d'être parvenu au développement de l'activité de son entreprise⁷⁶³. Toutefois, cette confusion de l'intérêt personnel avec la recherche de la rentabilité de son entreprise est à juste titre contestable⁷⁶⁴.

La surpénalisation constatée atteste de la volonté d'afficher une certaine sévérité – souvent injustifiée – à l'égard du dirigeant. C'est ce que démontre également l'analyse du droit pénal du travail.

II- EN DROIT PÉNAL DU TRAVAIL

190- *Propos liminaires.* « Centre de gravité » du droit pénal du travail, la relation de travail est aujourd'hui le lieu d'une situation fonctionnelle complexe.

Envisagée sous l'angle du subordonné, la relation de travail a pour finalité d'accroître la capacité productive de son employeur. Le préposé est donc placé dans une fonction qui a pour particularité d'entraîner un accroissement de la responsabilité pénale de celui dont l'efficacité productive est recherchée, et inversement, un amoindrissement de la responsabilité de celui qui agit pour la maximisation du profit de l'autre.

Envisagée sous l'angle de l'employeur, la relation de travail a une double finalité. En tant qu'entrepreneur, l'activité du dirigeant est tout entière tournée vers le développement de son entreprise. Cependant, en tant qu'employeur, l'activité du dirigeant est également tournée vers la protection de ses salariés. Cette exigence a été accrue par la loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail. Cette loi fut l'occasion de déplacer le « centre de gravité » du droit pénal du travail vers la protection des droits de la personne⁷⁶⁵.

Au demeurant, quel que soit l'angle d'étude de la relation de travail, tout concourt conceptuellement à un accroissement de la responsabilité pénale du dirigeant qui se traduit aussi bien au stade du fait générateur et donc des incriminations qu'au stade de l'imputation par l'existence de nombreuses

⁷⁵⁸- W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens, de crédit, de pouvoirs ou de voix*, Op. cit. n°79.

⁷⁵⁹- M. SEGONDS, *À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel*, D. 2003. 505.

⁷⁶⁰- Cass. crim. 5 mai 2004, Dr. sociétés 2004, comm. 157, note R. SALOMON; Cass. crim. 4 novembre 2004, Dr. sociétés 2005, comm. 57, note R. SALOMON.

⁷⁶¹- J-P. BROUILLAUD, "Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux?", D. 2008. 375.

⁷⁶²- H. MATSOPOULOU, "Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux", D. 2005. 2075. Voir cependant Cass. crim. 6 juin 2007, RSC 2007. 832, obs. D. REBUT.

⁷⁶³- Dans un sens proche, Cass. crim. 14 mai 2003, RSC 2003. 797, obs. D. REBUT.

⁷⁶⁴- D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, Op. cit. n°76.

⁷⁶⁵- A. COURET, et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 5ème éd., LEXISNEXIS, 2012, n°6.

infractions dont les éléments constitutifs ne semblent viser que le dirigeant⁷⁶⁶.

191- Évolution générale du droit pénal du travail. Plusieurs remarques s'imposent au sujet de l'influence de la fonction sur les incriminations du droit pénal du travail.

En premier lieu, le droit pénal du travail semble avoir connu une évolution analogue aux autres composantes du droit pénal des affaires⁷⁶⁷. D'abord timide, la matière a ensuite connu une prolifération des infractions avant que son efficacité et sa légitimité ne soient remises en cause⁷⁶⁸. Seulement, contrairement au droit des sociétés, le droit pénal du travail n'a pas été dépénalisé. Il fourmille donc toujours de nombreuses infractions de réglementation à l'égard du dirigeant. En atteste le recours à l'incrimination par renvoi qui est son domaine de prédilection⁷⁶⁹.

En deuxième lieu, le droit pénal du travail a connu parallèlement une autre évolution. Tandis que le Code pénal de 1810 semblait protéger la confiance manifestée par le chef d'entreprise en sanctionnant durement toute trahison du salarié, le nouveau Code pénal est a contrario plus attentif à l'état de subordination du salarié qu'il entend protéger⁷⁷⁰, « compte tenu du risque d'arbitraire, voire d'exploitation que comporte une telle situation⁷⁷¹. » C'est ainsi que « le droit pénal du travail est progressivement devenu le droit pénal de l'employeur⁷⁷² » faisant du dirigeant « l'otage » d'une responsabilité pénale systématique⁷⁷³. L'ampleur de la responsabilité pénale du dirigeant s'explique moins par la nature et le nombre des incriminations qui le visent que par la manière dont ces infractions lui sont imputées.

Ainsi, le droit pénal s'est progressivement emparé du droit du travail. La loi et le règlement en sont devenus les sources intarissables et, singularité du droit du travail, le manquement à des obligations résultant d'un accord ou d'une convention collective peut, lorsque la loi le prévoit, être pénalement sanctionné conformément à l'article L. 2263-1 du Code du travail qui prévoit que « lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation de la loi en cause. »

Cette situation s'explique par le réflexe répressif du législateur qui consiste à accompagner toute norme édictée d'une sanction pénale de peur que cette norme ne soit pas respectée. Aujourd'hui, la critique du droit pénal du travail se focalise sur deux points essentiels, l'un tenant à la quantité et à la qualité des incriminations visant le dirigeant (A), l'autre relatif à des poursuites éparées, renforçant le sentiment de fatalité du dirigeant sur lequel s'abat la répression (B).

A- Le dirigeant cible d'incriminations multiples

192- Outre la quantité considérable d'incriminations qui y visent le dirigeant, le droit pénal du

⁷⁶⁶ - R. OTTENHOF, et R. CARIO, *Droit pénal et relations de travail dans l'entreprise*, in *Bilan et perspective du droit pénal de l'entreprise*, ECONOMICA, 1989, p. 123.

⁷⁶⁷ - A. COEURET, et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Op. cit, n°1.

⁷⁶⁸ - G. LEVASSEUR, *Droit social et droit pénal*, in *Études de droit du travail*, offertes à ANDRÉ BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317.

⁷⁶⁹ - C'est le cas de l'article L. 4741-1 du Code du travail qui prévoit qu' « Est puni d'une amende de 3 750 euros, le fait pour l'employeur ou son délégué de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions suivantes et celles des décrets en Conseil d'Etat pris pour leur application :

1° Titres Ier, III et IV ainsi que section 2 du chapitre IV du titre V du livre Ier ;

2° Titre II du livre II ;

3° Livre III ;

4° Livre IV ;

5° Titre Ier, chapitres III et IV du titre III et titre IV du livre V ;

6° Chapitre II du titre II du présent livre. »

⁷⁷⁰ - M. SEGONDS, *La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail*, thèse, Toulouse, 1998, p. 98.

⁷⁷¹ - M. DESPAX, *L'évolution du rapport de subordination*, Dr. soc. 1982. 11

⁷⁷² - M. SEGONDS, *Op. cit.*, p. 7.

⁷⁷³ - J-C. JAVILLIER, *Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction*, Dr. soc. 1975. 375. spéc. p. 378.

travail est également critiqué pour la qualité de ses incriminations. En effet, ces dernières sont éparpillées et seul un travail minutieux de recoupement peut permettre au dirigeant de reconstituer les infractions qui le visent (1). Plus inquiétant encore, le principe de légalité semble trop souvent méconnu au regard de recours trop fréquents à des incriminations imprécises (2).

1- Des incriminations éparpillées

193- Les nombreuses incriminations visant le chef d'entreprise en droit pénal du travail sont à débusquer dans le Code pénal, dans des textes non codifiés⁷⁷⁴ et dans le Code du travail. Plus encore, par la technique du renvoi, les dispositions pénales sont reléguées dans le Code du travail, en fin de titre, de sorte que pour savoir si la violation d'une obligation est pénalement sanctionnée, il faut scruter les dispositions pénales en fin de titre pour y rechercher la mention de l'article contenant la prescription concernée. L'on peut noter un éclatement des incriminations, avec d'un côté l'obligation, et de l'autre, le texte d'incrimination. Prosaïquement, le dirigeant n'est donc pas en mesure de savoir s'il est face à une obligation pénalement sanctionnée⁷⁷⁵.

Le texte d'incrimination est souvent rédigé comme dans de nombreuses législations techniques qui prescrivent pléthore d'obligations au dirigeant et prévoient en dernier la sanction pénale de leur méconnaissance. Cependant, il convient de souligner que la particularité du droit pénal du travail, réside, à l'inverse, dans l'important effort accompli par la recodification de 2008 qui a amélioré la lecture des incriminations même s'il n'a pas abandonné la technique du renvoi. Les erreurs de renvois – parfois inopérants, quand le texte renvoyait à une disposition qui n'existait pas - ou plus – ont été corrigées, les dispositions pénales sont plus proches des prescriptions qu'elles sanctionnent, ce qui, sur le plan pratique, est très utile au chef d'entreprise. Surtout, le plus souvent, la disposition pénale ne se contente plus de renvoyer à des articles, dont l'énoncé abstrait ne renseignait en rien sur le contenu de la prescription sanctionnée, mais indique, au moins en substance, le contenu de la règle dont la violation est pénalement sanctionnée⁷⁷⁶. C'est le cas de l'article de l'article L. 153-2 du Code du travail qui prévoyait que « L'employeur qui se soustrait aux obligations prévues à l'article L. 132-27, à celle prévue à l'article L. 132-28 premier alinéa, ou à celle prévue aux articles L. 932-2 et L. 932-4, est passible des peines fixées par l'article L. 471-2 du présent code. Aujourd'hui, l'article L. 2243-1 du Code du travail prévoit que « le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle et à l'obligation périodique de négociation, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 €. »

Toutes les critiques ne sont cependant pas épuisées. Reste emblématique l'article L. 4741-1 du Code du travail qui prévoit qu'est punie pénalement la méconnaissance des « 1° Titres I^{er}, III et IV ainsi que section 2 du chapitre IV du titre V du livre I^{er} ; 2° Titre II du livre III ; 3° Livre III ; 4° Livre IV ; 5° Titre 1^{er}, chapitres III et IV du titre III et titre IV du livre V ; 6° Chapitre II du titre II du présent livre », mais aussi la méconnaissance des « décrets en Conseil d'État pris pour leur application ».

Cette rédaction de la loi a été critiquée en ce qu'elle n'est pas conforme au principe constitutionnel de clarté de la loi⁷⁷⁷, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi⁷⁷⁸ et au principe de légalité. Des plaideurs ont soumis une question prioritaire de constitutionnalité pour dénoncer la

⁷⁷⁴- Loi n° 2011-894, 28 juillet 2011, article 1^{er}, V.

⁷⁷⁵- Par exemple, l'article R. 1227-5 du Code du travail.

⁷⁷⁶- J.-F. CÉSARO, *La sanction en droit du travail*, Éd. PANTHÉON ASSAS, 2012. 81 p. 82.

⁷⁷⁷- Depuis la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, est affirmé l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques.

⁷⁷⁸- Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC : « Le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », AJDA 2002. 1163, étude F. RENEAUD; D. 2003. 1129, obs. L. GAY; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. MATHIEU; Dr. soc. 2002. 244, note X. PRÉTOT ; *ibid.* 258, note A. LYON-CAEN ; RSC 2002. 673, obs. V. BÜCK ; *ibid.* 674, obs. V. BÜCK; M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D. 2000. Chron. 361.

rédaction de l'article L. 4741-1 du Code du travail. Son accessibilité ne peut prêter qu'à discussion tant sa lecture est malaisée [...] de sorte que son procès en "inconstitutionnalité" était inévitable⁷⁷⁹. » La question prioritaire de constitutionnalité était ainsi rédigée : « L'article L. 4741-1 du Code du travail méconnaît-il l'article 34 de la Constitution, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et notamment les principes de légalité des peines et des délits et de l'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 16 de ladite Déclaration prohibant la confusion des pouvoirs entre le judiciaire et le législatif ? » Cependant, dans son arrêt rendu le 15 mars 2011, la chambre criminelle refuse de transmettre cette question prioritaire de constitutionnalité au motif que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le texte en cause énumère de manière suffisamment claire et précise les dispositions du Code du travail définissant les manquements qu'il réprime ; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. » Si l'argumentation peut sembler convaincante pour ce qui se rapporte au principe de légalité, elle ne le semble pas en revanche lorsqu'elle est confrontée à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi. Cependant, cette première hésitation se dissipe lorsque l'on sait que le Conseil constitutionnel, ainsi que les juridictions judiciaires et administratives réservent la censure sur ce fondement à de rares hypothèses, principalement lorsque la loi est inintelligible par trop de complexités non justifiées par un motif d'intérêt général suffisant⁷⁸⁰ ou lorsque la loi procède par des renvois inopérants⁷⁸¹. Le Conseil constitutionnel et les tribunaux sont réticents à tirer trop de conséquences concrètes d'un idéal vers lequel il faut tendre. En somme, la consécration de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la norme ne met pas véritablement à la charge du législateur une obligation très contraignante si l'on fait exception de quelques excès que ne connaît pas le droit pénal du travail.

Il n'en demeure pas moins que des textes dont la rédaction ne permet pas, sans un travail préalable de reconstitution que seul un juriste aguerri peut entreprendre, d'identifier immédiatement les obligations pénalement sanctionnées, doivent être écartés car portant préjudice à la sécurité juridique du dirigeant. Pour remédier à cette faiblesse, il suffirait d'ailleurs de peu sur le plan de la technique législative⁷⁸², en prévoyant la sanction pénale juste après l'énoncé de la règle dont la violation est sanctionnée. Cette façon d'écrire la loi lui ferait gagner indéniablement en intelligibilité, même si nous soutenons que le recours systématique à la sanction pénale n'est pas la solution adéquate. Cette écriture aurait au moins le mérite d'offrir au dirigeant l'avantage – non négligeable – d'identifier immédiatement ses obligations pénalement sanctionnées afin de limiter le risque pénal découlant de sa fonction.

Cependant, les multiples infractions visant le dirigeant en droit pénal du travail ne souffrent pas que de leur éclatement. Elles sont également critiquées pour leur imprécision.

2- Des incriminations imprécises

194- En rupture avec l'arbitraire de l'Ancien régime, le principe de la légalité criminelle est solidement ancré en droit européen⁷⁸³. L'article 8 de la Déclaration de 1789 dispose que « nul ne

⁷⁷⁹ - M. SEGONDS, *Le droit pénal du travail : hétérodoxie ou orthodoxie ?*, Dr. pén. n° 9, septembre 2013, dossier 3, p. 21.

⁷⁸⁰ - Cons. const., 24 juillet 2003, n° 2003-475 DC - Cons. const., 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC, AJDA 2008. 1516; *ibid.* 1664, note J.-D. DREFYUS; D. 2008. 1980, obs. M.-C. MONTECLER. Cependant, voir D. RIBES (RFDC avril-juin 2002, n° 50) : « La difficulté pour le juge constitutionnel est de déterminer, spécialement pour des textes à forte technicité, le seuil abstrait de surcomplexité générant une déclaration d'inconstitutionnalité. »

⁷⁸¹ - CE, 29 octobre 2013, n° 360085, *Les amis de la rade et des calanques (Assoc.)*, au Lebon; AJDA 2013. 2184 : « Considérant que l'article 10 du décret interdit [...] sans préjudice du IV de l'article 11 ; que, toutefois, l'article 11 auquel ces dispositions renvoient ne comprend pas de IV ; que les requérants sont par suite fondés à soutenir que les dispositions en cause ont méconnu l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme ».

⁷⁸² - C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, 7^e éd., BERGER-LEVRAULT, 2012; D. REMY, *Légistique*, ROMILLAT, 1994 - M. VERPEAUX (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005.

⁷⁸³ - Pour la CEDH, sur le fondement de l'article 7 § 1 de la Conv. EDH, les normes pénales doivent être précises, prévisibles et accessibles. Le « citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné » (CEDH, 30 juin 2011, n° 8916/05, *Les Témoins de*

peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

Le Conseil constitutionnel déduit du principe de légalité « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire⁷⁸⁴. » Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation également, « la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement touchant à l'exercice des libertés essentielles, implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises⁷⁸⁵. » Mais s'ils affirment avec vigueur le principe, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation en font une application molle et leur contrôle se révèle de faible intensité. « Il ne suffit pas d'être croyant, il faut aussi être pratiquant. » Or, au lieu de donner au principe la force qu'il devrait avoir en droit pénal, le Conseil constitutionnel s'en tient à un contrôle superficiel, cautionnant ainsi un travail parlementaire peu rigoureux.

Le droit pénal du travail recourt fréquemment à des expressions nébuleuses ou ambiguës à telle enseigne que c'est au gré d'une multitude de décisions de justice que les contours de l'incrimination sont dessinés. Relèvent de ces expressions, « l'entrave » ou « l'atteinte » à la constitution d'une institution représentative du personnel, à la libre désignation de ses membres ou à son fonctionnement régulier⁷⁸⁶. La chambre criminelle a dû préciser les contours de l'infraction. Elle a jugé, par exemple, que l'entrave au fonctionnement d'une instance représentative vise le non-respect des règles relatives aux réunions⁷⁸⁷, ou encore l'insuffisance ou le caractère tardif des informations remises⁷⁸⁸, qu'une « déclaration d'intention » n'implique pas la consultation du comité d'entreprise⁷⁸⁹, alors qu'un projet formulé en termes généraux, dont les impacts ne sont pas encore évalués, dont les mesures précises et concrètes d'application ne sont pas établies, peut avoir un objet suffisamment déterminé pour obliger à la consultation préalable du comité d'entreprise⁷⁹⁰. La Cour de cassation juge alors au cas par cas si le délit est ou non constitué. Pourtant, elle affirme dans le même temps que l'incrimination d'entrave « n'est ni obscure, ni imprécise⁷⁹¹ », solution confirmée par un arrêt du 24 juillet 2013, par lequel elle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 2328-1 du Code du travail, qui réprime le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, jugeant que « l'article L. 2328-1 du Code du travail est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire et laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer *a priori* de façon exhaustive⁷⁹². » Tout comme le Conseil constitutionnel considère également de façon constante qu'une infraction qui ne serait pas définie de manière claire et précise n'est pas néanmoins inconstitutionnelle, dès lors que la jurisprudence a apporté les éclaircissements permettant de pallier les lacunes du texte contesté⁷⁹³.

Il est difficile d'adhérer à de pareilles affirmations puisque, précisément, le principe de légalité a

Jéhovah (Assoc.) c/ France, AJDA 2011. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

⁷⁸⁴ - Cons. const., 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC.

⁷⁸⁵ - Cass. crim. 20 février 2001, n° 98-84.846, D. 2001. 3001, note P. WACHSMANN; *ibid.* 2002. 1793, obs. B. de LAMY ; RTD civ. 2002. 781, obs. J. HAUSER.

⁷⁸⁶ - Code du travail, article L. 2316-1, pour les délégués du personnel ; article L. 2328-1, pour le comité d'entreprise ; article L. 4742-1, pour le CHSCT.

⁷⁸⁷ - Le délit d'entrave au fonctionnement du CHSCT est établi lorsque l'employeur reporte la réunion de cette instance dans l'attente d'une décision de justice sur la régularité de sa désignation, Cass. crim. 25 février 2003, n° 02-82.293, Bull. crim. n° 53.

⁷⁸⁸ - Constitue une entrave le fait de ne pas communiquer dans les délais prescrits la documentation économique et financière, le rapport annuel unique ou le plan de formation, Cass. crim. 23 octobre 2007, n° 06-86.458, Bull. crim. n° 249 ; D. 2007. 2950; AJ pénal 2008. 38, obs. C. GIRAULT.

⁷⁸⁹ - Cass. crim. 4 avril 1995, n° 93-80.312, Bull. crim. n° 146.

⁷⁹⁰ - Cass. crim. 6 mai 2008, n° 07-84.416, Dr. soc. 2008. 884, obs. F. DUQUESNE.

⁷⁹¹ - Cass. crim. 13 janvier 1998, n° 96-81.478, Bull. crim. n° 17.

⁷⁹² - Cass. crim., 24 juillet 2013, n° 13-90.013, Dr. soc. 2014. 137, chron. R. SALOMON.

⁷⁹³ - Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, AJDA 2012. 1490, étude M. KOMLY-NALLIER et L. CRUSOÉ; D. 2012. 1372, note S. DETRAZ; *ibid.* 1177, édito. F. ROME; *ibid.* 1344, point de vue G. ROUJOU de BOUBÉE; *ibid.* 1392, entretien C. RADÉ; *ibid.* 2917, obs. G. ROUJOU de BOUBÉE, T. GARÉ, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN

pour objet de ne pas permettre au pouvoir judiciaire de faire œuvre législative. Toutefois, il est vrai qu'il serait illusoire d'avoir une approche trop rigoureuse du principe de légalité, en considérant que l'incrimination doit entrer dans le détail exhaustif des comportements susceptibles de tomber sous le coup de la répression, sans pouvoir recourir à des qualifications plus larges, et en renvoyant au juge le soin d'en fixer le sens. La loi pénale ne peut procéder à des catalogues minutieux des comportements envisageables. Elle doit nécessairement procéder par abstraction.

Le tempérament que l'on veut bien admettre ne vaut, néanmoins, que pour autant que la qualification retenue soit intelligible et suffisamment précise. Or, c'est peu de dire que le doute envahit à la lecture de certaines incriminations vaporeuses. Par exemple, le code pénal incrimine le fait de soumettre une personne vulnérable ou en état de dépendance à « des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine⁷⁹⁴. » Si l'objectif est louable, il reste cependant que l'élément matériel de l'infraction est difficilement saisissable par le dirigeant. La dignité humaine⁷⁹⁵ est une notion subjective⁷⁹⁶ et insuffisamment précise pour qu'elle soit le pivot d'une incrimination. La Cour de cassation a jugé que ce délit était constitué s'agissant d'un chef d'entreprise qui avait multiplié des hurlements, des vexations, des insultes et des humiliations envers des salariés vulnérables, compte tenu de leur absence de qualification et de la situation difficile de l'emploi en milieu rural⁷⁹⁷. La dignité est ici appréhendée très largement, ce qui laisse circonspect si l'on en a une idée plus exigeante, en écho à la Constitution de 1946⁷⁹⁸. Il n'est pas raisonnable de tenir comme relevant d'une même notion, la barbarie nazie et la situation, fût-elle malheureuse et condamnable, vécue par les salariés dans l'arrêt cité de la Cour de cassation.

Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la loi du 17 janvier 2002 qui punit le harcèlement moral⁷⁹⁹, se contentant de réserves tout aussi floues⁸⁰⁰ que la loi, alors qu'il est patent, sauf à se laisser gagner par la mauvaise foi ou la résignation, que le principe de légalité est méconnu. « Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende⁸⁰¹. » Au regard de la formulation, comment le dirigeant peut-il identifier lesquels de ses agissements sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la loi pénale ? Au regard du risque pénal inhérent à ses fonctions, il semble condamner à faire continuellement preuve de la plus grande prudence dans ses relations avec son subordonné. En effet, la loi ne définit aucunement les « agissements » qu'elle vise, et ce terme peut englober n'importe quels actes positifs ou négatifs, licites ou non. Les « droits » auxquels le dirigeant est susceptible de porter atteinte ne sont pas plus précisés. Selon le Conseil constitutionnel, si le texte « n'a pas précisé "les droits" du salarié auxquels les agissements incriminés sont susceptibles de porter atteinte, il doit être regardé comme ayant visé les droits de la personne au travail tels qu'ils

⁷⁹⁴ - Article 225-14 du Code pénal, délit punissable de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

⁷⁹⁵ - « Principe fort mais concept mou » selon la formule du professeur Bertrand Mathieu, in *La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?*, D. 1996. Chron. 282.

⁷⁹⁶ - CE, 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, au Lebon avec les conclusions; AJDA 1995. 942; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. CHAUVAUX; *ibid.* 2014. 106, chron. M. Franc; D. 1995. 257; RFDA 1995. 1204, concl. P. FRYDMAN et CE, 27 octobre 1995, n° 143578, *Aix-en-Provence (Cne)*, AJDA 1995. 942; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. CHAUVAUX; D. 1996. 177, note G. LEBRETON; RFDA 1995. 1204, concl. P. FRYDMAN, jugeant que le spectacle, dit de « lancer de nains », porte atteinte à la dignité de la personne humaine.

⁷⁹⁷ - Crim., 4 mars 2003, n° 02-82.194, Bull. crim. n° 58 ; D. 2004. 181; RSC 2003. 561, obs. Y. MAYAUD; RTD com. 2003. 578, obs. B. BOULOC.

⁷⁹⁸ - Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC, D. 2014. 843, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT « "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés"; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle. »

⁷⁹⁹ - Article 222-33-2 du Code pénal, issu de la loi L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

⁸⁰⁰ - Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, AJDA 2002. 1163, étude F. RENEAUD; D. 2003. 1129, obs. L. GAY; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. MATHIEU; Dr. soc. 2002. 244, note X. PRÉTOT; *ibid.* 258, note A. LYON-CAEN; RSC 2002. 673, obs. V. BÜCK.

⁸⁰¹ - Article 222-33-2 du Code pénal.

sont énoncés à l'article [L. 1121-1 actuel] du code du travail », sauf que cet article vise « les droits des personnes », ce qui n'est guère précis. La notion de « dignité » est également particulièrement floue, nous l'avons dit. Et le fait que les agissements puissent avoir pour objet ou même seulement pour effet, sans aucune intention, de « compromettre l'avenir professionnel », sans autre précision, peut recouvrir des situations multiples, impossibles à déterminer à l'avance. Également, il suffit que la dégradation des conditions de travail soit « susceptible » de porter atteinte – il n'est pas exigé qu'elle porte atteinte⁸⁰² – aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Le texte met en œuvre un enchaînement incompréhensible et s'en remet aux juges. La définition est insaisissable. Ainsi, est passible d'une peine d'emprisonnement, les « agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de compromettre l'avenir professionnel du salarié. » Si certains professionnels peuvent s'y retrouver, le juriste y perd son latin.

« Le respect des principes proclamés est la clef de voûte de l'édifice de nos libertés⁸⁰³. » Sensible à l'argument, le tribunal de grande instance d'Auch a jugé, dans une décision du 24 août 2006⁸⁰⁴ que les textes incriminant le harcèlement sont particulièrement vagues, de sorte qu'ils ne permettent pas de savoir de façon précise quels sont les comportements prohibés sous peine de sanction pénale. Ce jugement est « réconfortant dans la mesure où il montre que le déclin du principe légaliste, parfois dénoncé et déploré, est loin d'être avéré. En réalité, si le législateur, dans un souci d'efficacité, se laisse parfois aller à des "incriminations caoutchouc", l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, est heureusement là pour sanctionner les débordements⁸⁰⁵. » Cependant, la Cour de cassation a une tout autre position et considère comme le Conseil constitutionnel⁸⁰⁶ que le principe de légalité n'est nullement affecté, et que cette loi n'est pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁰⁷.

Pourtant, la précédente définition du harcèlement sexuel, issue d'une loi de 1992, a été censurée par le Conseil constitutionnel⁸⁰⁸, au motif que le texte d'incrimination permettait « que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ». Sa définition a été modifiée pour répondre aux exigences constitutionnelles. Constitue aujourd'hui le harcèlement sexuel, puni d'une peine d'amende et d'emprisonnement, « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit

⁸⁰²- Cass. crim. 6 décembre 2011, n° 10-82.266, Bull. crim. n° 249 ; AJDA 2012. 567; D. 2012. 225, obs. C. GIRAULT; *ibid.* 2917, obs. G. ROUJOU de BOUBÉE, T. GARÉ, M.H. GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN; RSC 2012. 138, obs. Y. MAYAUD- Cass. crim., 14 janvier 2014, n° 11-81.362, publié au Bulletin.

⁸⁰³- R. BADINTER, *La présomption d'innocence, histoire et modernité*, Mélanges Catala, PARIS, 2001, p. 133.

⁸⁰⁴- TGI Auch, ch. corr., 24 août 2006, AJ pénal 2006. 449, obs. G. ROYER.

⁸⁰⁵- G. ROUJOU de BOUBÉE *et al.*, Panorama de droit pénal, D. 2007. 399.

⁸⁰⁶- Dans sa décision Cons. const. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, AJDA 2002. 1163, étude F. RENEAUD; D. 2003. 1129, obs. L. GAY; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. MATHIEU; Dr. soc. 2002. 244, note X. PRÉTOT; *ibid.* 258, note A. LYON-CAEN; RSC 2002. 673, obs. V. BÜCK, le Conseil a examiné la constitutionnalité de l'infraction définie à l'article L. 222-33-2 du code pénal et a rejeté - sous une réserve - « les griefs tirés tant du défaut de clarté de la loi que de la méconnaissance du principe de légalité des délits » (§ 83) - Dans un arrêt du 11 juillet 2012, n° 11-88.114, Bull. crim. n° 170; D. 2012. 1967, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel une QPC : « Il n'y a pas lieu de [...] soumettre à nouveau [les dispositions de l'article 222-33-2 du code pénal, qui définissent le harcèlement moral] à son examen en l'absence de changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, de nature à affecter la portée des dispositions législatives critiquées. » Voir aussi Cass. crim., 4 septembre 2012, n° 12-80.222, et Cass. soc., 1^{er} mars 2013, n° 12-40.103, publié au Bulletin.

⁸⁰⁷- Cass. crim., 25 octobre 2011, n° 10-87.181: « Contrairement à ce qui est allégué, l'infraction de harcèlement moral prévue par l'article 222-33-2 du code pénal est clairement et précisément définie, dès lors que ce texte, qui réprime la répétition intentionnelle des actes ayant eu pour but ou pour effet une dégradation des conditions de travail, exige que ces actes soient de nature à porter atteinte aux droits et à la dignité de la personne, à altérer sa santé ou à compromettre son avenir professionnel ; d'où il suit que l'article 222-33-2 précité n'est pas incompatible avec les dispositions conventionnelles invoquées [Conv. EDH, art. 7] » - Cass. crim., 15 mars 2011, n° 09-88.627.

⁸⁰⁸- Dans sa décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, précitée, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 222-33 du code pénal contraire à la Constitution.

créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante⁸⁰⁹. » Lorsqu'il est concerné par ce texte⁸¹⁰, le dirigeant peut difficilement cerner les contours de l'infraction. En effet, qu'est-ce que le nouveau texte d'incrimination intègre dans « propos à connotation sexuelle? » Il faut admettre que la notion semble particulièrement difficile à circonscrire. De même, quelle est la dignité à laquelle le législateur se réfère à nouveau, qu'est-ce que le « caractère dégradant d'un propos à connotation sexuelle » (tous ne le sont donc pas, et où se situe la ligne de partage ?) Principale source d'inquiétude de la nouvelle définition, qu'est-ce qu'une « situation hostile » ? Il faut déplorer que l'on s'en satisfasse, que la loi s'en remette aux juges pour décrypter la loi, car c'est justement ce qu'entend prévenir le principe de légalité.

Cependant, la critique de la responsabilité pénale du dirigeant en droit pénal du travail ne se limite pas à la quantité et à la qualité des incriminations. Cette critique s'étend aussi à la répression pénale de ce dernier.

B- Le dirigeant cible de la répression

195- Objet de procédures éparses (1), le dirigeant vit en permanence dans la crainte de la répression. Au-delà, c'est le sens de la répression, perçue comme détachée d'une faute personnelle et vécue comme une fatalité par le dirigeant qu'il convient d'examiner (2).

1- Des poursuites éparses

196- La voie pénale est souvent jugée utile par le subordonné, lorsque ce dernier entend obtenir la reconnaissance d'une faute inexcusable commise par le dirigeant. L'action pénale a également une portée symbolique très forte, le dirigeant redoutant et percevant la sanction pénale comme une sorte d'humiliation personnelle. Les victimes de harcèlement et de discrimination, par exemple, ou bien encore les victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, peuvent accorder une importance particulière à la stigmatisation du comportement de l'employeur, surtout lorsque sont poursuivies des personnes physiques. Le procès pénal vise alors à répondre à une nécessité psychologique, au besoin de clouer au pilori le dirigeant, dont la faute personnelle sera reconnue⁸¹¹. Cependant, le choix de la voie pénale s'avère souvent délicat pour les salariés. Le principe d'interprétation stricte des textes en matière répressive, et le régime probatoire parfois moins adapté que celui que connaît le droit du travail, concernant la discrimination⁸¹² par exemple, peut conduire le juge répressif à prononcer la relaxe, alors que le juge civil aurait peut-être admis la responsabilité de l'employeur. En cas de relaxe, l'autorité de la décision pénale sur le civil affaiblit⁸¹³ considérablement le dossier prud'homal du salarié, si elle ne le ruine pas. Même si la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état » n'a plus la force qu'elle avait avant la réforme de

⁸⁰⁹ - L'article 222-33 du code pénal, dans sa rédaction actuelle, réprime le harcèlement sexuel, défini comme « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante » et le fait, assimilé au harcèlement sexuel, « même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ». Ces faits sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

⁸¹⁰ - L'infraction peut être commise par un simple salarié à l'égard d'un autre, article L.1153-6 du Code du travail; voir aussi Cass. soc. 5 mars 2002, n°00-40717.

⁸¹¹ - P. CONTE, *Effectivité, ineffectivité, sous-effectivité, sureffectivité... : variations pour droit pénal*, in Mélanges Catala, LITEC, 2001, p. 126.

⁸¹² - Article L. 1134-1 du Code du travail.

⁸¹³ - « Les décisions de la justice pénale ont, au civil, autorité absolue, à l'égard de tous en ce qui concerne ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé » (Civ. 2^e, 3 mai 2006, n° 05-11.339, Bull. civ. II, n° 112 ; D. 2006. 1400). Voir cependant l'article 4-1 du Code de procédure pénale.

2007⁸¹⁴, dans la pratique, elle montre une bonne résilience, de sorte que, devant certaines juridictions, des délais très longs peuvent être nécessaires pour épuiser le procès pénal puis le procès prud'homal. La portée symbolique de la condamnation de l'employeur, s'il ne s'agit que de cela, doit alors être mise en balance avec ces délais avant d'obtenir réparation. L'alternative serait de demander réparation devant le juge répressif, mais l'avocat mettra en garde, par expérience, sur le fait que le juge répressif est souvent moins généreux sur les montants alloués que le juge prud'homal. Au salarié de peser alors les deux intérêts, celui de faire rendre gorge à l'employeur, et celui d'obtenir plus rapidement une meilleure indemnisation ; la dimension symbolique, en général, tend vite à s'estomper.

S'ajoute à cette difficulté, le tableau d'une justice parfois en panne et en peine de répondre à la recherche systématique de responsabilité(s) pénale(s)⁸¹⁵. C'est ici le cas des instructions en cours en matière d'amiante, dans lesquelles d'anciens dirigeants, parfois octogénaires ou nonagénaires, sont interrogés sur des décisions qu'ils ont prises, ou qu'ils auraient dû prendre, il y a vingt, trente ou quarante ans. Du fait de questions juridiques très complexes⁸¹⁶, ces instructions s'enlisent, certaines mises en examen sont annulées⁸¹⁷.

De même, l'intérêt pour les représentants du personnel à engager une action pénale est loin d'être acquis, à la différence de ce qui a pu être le cas par le passé. Dans les années 1960 et 1970, la chambre criminelle a paru plus « sociale », ou plus favorable aux représentants du personnel, que la chambre sociale, faisant observer à certains qu'à la Cour de cassation, la véritable chambre sociale avait été pendant longtemps la chambre criminelle qui sut se montrer vigilante dans la défense des intérêts des travailleurs, en particulier sous l'impulsion du président PATIN⁸¹⁸. Le recours au juge pénal a alors permis d'ouvrir de nouvelles interprétations des textes du droit du travail. Ainsi, du très grand nombre de décisions concernant le délit d'entrave, deux arrêts méritent l'attention. En 1970⁸¹⁹, la chambre criminelle a jugé que l'entrave à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise pouvait résulter d'une division artificielle du corps électoral par la création de plusieurs personnes morales distinctes : c'était la première pierre de la notion d'unité économique et sociale. En 1978⁸²⁰, elle a estimé que l'employeur devait informer le comité d'entreprise d'une prise de participation majoritaire « qui équivalait dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même » s'il en avait connaissance en temps utile. Traditionnellement, la cession de titres était conçue comme une opération patrimoniale d'ordre privé dont la réalisation n'intéressait pas le comité d'entreprise, et le code du travail ne contenait aucune disposition sur la prise de participation.

Un tel intérêt pour les représentants du personnel de recourir au procès pénal a aujourd'hui disparu. Difficile d'affirmer que la chambre sociale ne serait pas « sociale », comme on le prétendait il y a une quarantaine d'années. Plus encore, la condamnation du manquement de l'employeur aux droits des représentants du personnel peut être recherchée de façon plus efficace sur le terrain civil. Le juge civil, aujourd'hui, annule, suspend, réintègre, indemnise, ordonne, de sorte que les représentants du personnel privilégient l'action civile et délaissent l'action pénale qui ne présente guère d'intérêt. Ils préfèrent l'action en référé en suspension du projet sur lequel ils n'ont pas été consultés, plutôt que de citer l'employeur en correctionnelle après la mise en œuvre du projet. Ce

⁸¹⁴- Article 4 du Code de procédure pénale, après la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007.

⁸¹⁵- « La systématisation des régimes de garantie, la contamination progressive de notre droit par le fameux principe de précaution, ont finalement installé la conscience collective dans la conviction erronée que tout événement, fût-il fortuit, a nécessairement pour cause une faute quelconque de l'homme et trouve toujours son origine dans la responsabilité d'autrui : à tout préjudice doit correspondre un responsable ! », A. REINHARD, *Droit pénal, droit véral? Récit d'un glissement de frontières*, Dr. pén. 2003. Chron. 25)

⁸¹⁶- Difficultés de qualification, tenant à la prescription, à la non-rétroactivité de la loi pénale, à la difficulté de déterminer les personnes physiques responsables, à l'absence de responsabilité pénale des personnes morales lors des faits, etc.

⁸¹⁷- Voir le rapport d'information sur la prise en charge des victimes de l'amiante, déposé par la commission des affaires sociales à l'Assemblée nationale le 18 novembre 2009, spéc. p. 77 s.

⁸¹⁸- G. LEVASSEUR, *Op. cit.*, p. 317.

⁸¹⁹- Cass. crim., 23 avril 1970, n° 68-91.333, Bull. crim. n° 144.

⁸²⁰- Cass. crim., 2 mars 1978, n° 76-92.008, Bull. crim. n° 83 ; JCP 1979. 19052, note P. SALVAGE.

qui est recherché, c'est entraver l'employeur, l'empêcher de mettre en œuvre son projet, et non le faire condamner à une amende. Finalement, le droit pénal du travail n'aurait là encore qu'un intérêt symbolique et le procès pénal est probablement le révélateur de relations sociales embrasées. Évidemment, l'engagement de poursuites pénales marque profondément le climat social et, de cela, les partenaires sociaux ont bien conscience. Ils devront ensuite attendre longtemps le retour à un climat social plus serein, et pendant ce temps, l'employeur peut refuser toute avancée sociale collective à laquelle il n'est pas tenu. Souvent donc, l'on s'en tiendra aux menaces pour infléchir un rapport de force⁸²¹. Ainsi, alors que par accord tacite, la réunion mensuelle des délégués du personnel est omise au cours du mois d'août depuis de nombreuses années, la menace de porter plainte pour entrave est opportunément invoquée au moment de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires.

En dehors des salariés, les poursuites peuvent être déclenchées par les autorités publiques. Les inspecteurs du travail sont la principale autorité de constatation des infractions au code du travail. Ces derniers apprécient les suites à donner à leurs constatations⁸²². Contrairement à un officier de police, tenu de relever les infractions qu'il constate⁸²³, les inspecteurs du travail peuvent préférer, et c'est souvent le cas, par des observations, solliciter un infléchissement du comportement du dirigeant de l'entreprise en faisant valoir qu'à défaut, ils seront amenés à dresser procès-verbal. Encouragée en ce sens par les circulaires, l'inspection du travail menace plus du procès-verbal, pour obtenir une régularisation de la situation, qu'elle ne dresse de procès-verbaux. De fait, les inspecteurs du travail se sont ainsi forgé un outil original qu'est la menace du procès-verbal. Mais pour qu'une menace soit crédible, il convient que la personne menacée soit convaincue qu'elle subira un châtement si elle n'obtempère pas. « Maître des investigations, l'administration ne dispose pourtant pas de l'action publique⁸²⁴ », mise en mouvement par le procureur de la République ou par les parties civiles. Dans ces conditions, l'inspection du travail trouve son efficacité considérablement réduite. Pour allier à cette situation, la loi permet à l'administration du travail, au moins pour certaines infractions, de punir le chef d'entreprise, avec son accord et celui du Parquet. Le dirigeant aurait alors le choix, soit de s'en remettre au circuit classique, mais au risque d'une condamnation plus sévère, soit d'accepter la transaction, qu'il estime juste, et qui lui permet d'éviter l'infamie de l'audience.

2- Une répression inéluctable

197- Le dirigeant, avec fatalité⁸²⁵, se sait sous le joug de l'inspection du travail, des représentants du personnel, de salariés, qui ont maintes occasions d'engager sa responsabilité pénale, compte tenu de la myriade de dispositions du code du travail pénalement sanctionnées, qu'aucun employeur ne peut gager respecter sans la moindre défaillance, soit qu'il ignore certaines de ses obligations, soit qu'il pense de bonne foi les remplir. « Le chef d'entreprise est comme le promeneur sous l'orage, il sait qu'il peut être foudroyé⁸²⁶. » Et quand il lui est expliqué qu'il importe peu qu'il n'ait pas violé intentionnellement la prescription en cause, ou bien encore que l'acte ou l'abstention illicite soit le fait de l'un de ses salariés, le droit pénal, détaché d'une faute personnelle, lui paraît, à juste titre, encore plus incompréhensible.

En droit pénal du travail, le dirigeant est censé connaître la réglementation⁸²⁷ et l'intention coupable

⁸²¹- E. RAY, *Le droit pénal comme méthode de négociation : l'exemple du droit du travail*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, DALLOZ, 1997. 143.

⁸²²- L'article 17 de la convention internationale n° 81 de l'OIT, ratifiée par la France en 1950, prévoit « qu'il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites ».

⁸²³- Article 66 du Code de procédure pénale.

⁸²⁴- J-H. ROBERT, *La répression*, Dr. soc. 2000. 953.

⁸²⁵- B. TEYSSIÉ, *Sur le droit pénal du travail*, Dr. soc. 2000 p. 940.

⁸²⁶- J-F. CÉSARO, *La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail*, Dr. soc. 2005. 139.

⁸²⁷- Seule l'erreur provoquée est susceptible d'être invincible au sens du code pénal : Cass. crim. 24 novembre 1998, n° 97-85.378, D. 2000. 114; Dr. soc. 1999. 520, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE; JCP 1999. II. 10208, note M-A.

requis se déduit de la seule constatation de la violation (nécessairement en connaissance de cause) d'une prescription légale ou réglementaire. Si l'intention est une manifestation d'hostilité aux valeurs sociales protégées, elle se déduit de la connaissance de la norme à respecter et de la détermination à agir à l'opposé⁸²⁸. Le résultat poursuivi est alors sans importance. La chambre criminelle de la Cour de cassation juge, par exemple, en matière d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, que « l'élément intentionnel du délit poursuivi se déduit, non du but recherché par l'intéressé, mais du caractère volontaire du manquement constaté⁸²⁹. » Une même solution est retenue en matière de travail dissimulé : le fait que l'employeur n'ait pas effectué les démarches de déclaration préalable d'embauche à l'Urssaf de trois salariés « implique de la part de leur auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal⁸³⁰. »

Par ailleurs, le principe de personnalité de la responsabilité⁸³¹, qui subordonne la responsabilité pénale à une participation personnelle de la personne poursuivie dans la commission de l'infraction, a été longuement débattu s'agissant de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. L'unique échappatoire pour le dirigeant aujourd'hui est de recourir à des délégations de pouvoirs dont la validité, du reste, est rigoureusement contrôlée par les juridictions répressives. Lorsque les conditions sont réunies, la délégation produit ses effets : la responsabilité pénale du délégataire est engagée dans les mêmes termes que celle du chef d'entreprise; corrélativement, ce dernier est exonéré de sa responsabilité pénale.

De même, s'il est vrai que des instructions ont été données par la chancellerie afin que la mise en cause du dirigeant, aux côtés de la personne morale, n'intervienne que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale⁸³², l'on regrettera néanmoins qu'en l'absence de critères légaux pour déterminer la personne à poursuivre, ce soit l'auteur de la citation qui décide qui de la personne physique ou de la personne morale, doit comparaître, ce qui laisse une part d'arbitraire entre les mains des autorités de poursuite.

Plus convaincante est la critique tirée de l'application aux employeurs de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, qui a eu pour objectif de dépenaliser certaines infractions non intentionnelles. Aux termes de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal, sont responsables pénalement les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, lorsqu'elles ont créé ou contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage, ou n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. La faute délibérée exige que la personne ait, de façon manifestement délibérée, choisi de ne pas respecter une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. La faute caractérisée, comme l'indique la circulaire, citant les travaux et débats parlementaires, doit en principe présenter un « certain degré de gravité », un « caractère bien remarqué », une « particulière évidence », une « particulière intensité ».

Cette loi concernait au premier chef les décideurs publics, mais, pour respecter le principe d'égalité devant la loi, il était exclu d'instituer des règles de droit pénal spécifiques à certaines personnes, de sorte que la loi est de portée générale et concerne donc les employeurs, dont la responsabilité en matière d'accidents du travail est le plus souvent indirecte⁸³³. Pourtant, d'emblée, et de façon très

HOUTMANN, concernant la relaxe d'un employeur, poursuivi pour infraction à la durée du travail : « L'erreur invoquée résultait d'une information erronée fournie par l'administration ».

⁸²⁸ - Y. MAYAUD, *Op. cit.*, p. 950.

⁸²⁹ - Cass. crim. 6 février 2007, n° 06-82.744, Dr. soc. 2007. 662, obs. F. DUQUESNE.

⁸³⁰ - Cass. crim. 31 janvier 2012, n° 11-84.111 – Cass. crim., 29 septembre 2009, n° 08-82.691, Dr. soc. 2009. 1267, obs. F. DUQUESNE; RTD com. 2010. 219, obs. B. BOULOC.

⁸³¹ - Article 121-1 du Code pénal : « Nul n'est responsable que de son propre fait ».

⁸³² - Circ. de la Direction des affaires criminelles et des grâces, 13 février 2006, NOR : JUSDO630016C.

⁸³³ - Selon la circulaire précitée « en pratique, il n'y aura causalité directe, que lorsque la personne en cause, soit aura elle-même frappé ou heurté la victime, soit aura initié ou contrôlé le mouvement d'un objet qui aura heurté ou frappé la victime » - Voir cependant Cass. crim. 16 septembre 2008, n° 08-80.204, Bull. crim. n° 186 ; D. 2008. 2604; AJ pénal 2008. 507, obs. J. DECHEPY-TELLIER; Dr. soc. 2009. 490, obs. F. DUQUESNE; RDT 2009. 46, obs. J.-F.

critiquable, il a été dit que la portée de la loi, dans certains domaines (accidents de la circulation, accidents du travail et atteintes à l'environnement), devait être limitée⁸³⁴. De fait, les dirigeants n'ont pas bénéficié de la mansuétude que les parlementaires accordaient aux décideurs publics (donc le plus souvent à eux-mêmes). Du moment qu'une faute d'imprudence ou de négligence peut être retenue, les juges ont tôt fait de la qualifier de « faute délibérée », et plus souvent encore de « faute caractérisée », pour entrer en voie de condamnation.

Ces décisions de condamnation sont souvent critiquables sur deux aspects. D'une part, ne sont pas toujours tracées avec grande rigueur les lignes de partage entre la faute délibérée et la faute caractérisée, quand la confusion n'est pas totale⁸³⁵. D'autre part, le dirigeant n'a guère à espérer d'une analyse rigoureuse des textes et doit se résoudre à être condamné du moment qu'un accident grave est survenu et qu'une imprudence, *a fortiori* un manquement à un texte, peut lui être reprochée, les juges retenant alors une faute caractérisée. Le juge entre ainsi quasi systématiquement en voie de condamnation, en retenant le moindre manquement, tout en modulant la peine selon plusieurs paramètres que sont le dommage (mort, blessé plus ou moins grave) et le degré de gravité du manquement de l'employeur, alors que le premier paramètre devrait déterminer la nature de l'infraction et le second être retenu en amont pour se prononcer sur la culpabilité. « Il en est résulté une jurisprudence très sévère qui a débouché sur une responsabilité pénale quasi-objective, c'est-à-dire indifférente à la gravité de l'acte constitutif du manquement relevé. Cette équivalence parfaite de la faute involontaire et de l'irrespect de la prescription de sécurité a changé l'esprit de la responsabilité pénale pour les délits non intentionnels, laquelle a perdu sa finalité répressive à défaut d'être liée nécessairement à une véritable faute caractérisée de comportement imputée au dirigeant. Cette situation est loin d'être satisfaisante parce qu'elle entretient une incompréhension du droit pénal en le dissociant de son fondement relatif à la sanction d'une faute. La responsabilité pénale qui découle de la seule inexécution d'une prescription sans jugement sur sa gravité apparaît objective. Elle alimente le sentiment que la répression pénale de la sécurité du travail est imprévisible et mécanique à l'image de l'ensemble du droit pénal du travail⁸³⁶. Or, « le droit pénal est parfaitement à sa place lorsqu'il protège la vie et l'intégrité physique contre les atteintes qui leur sont portées. Il n'est en revanche plus légitime quand sa protection est dégagée de tout jugement sur l'acte de son auteur pour devenir mécanique. C'est alors qu'il est affaibli parce que contesté dans son fondement à travers ses applications⁸³⁷. »

Il en ressort donc qu'à l'instar du droit pénal des sociétés, le droit pénal du travail s'illustre par la quantité considérable d'incriminations qu'il réserve au dirigeant. Cependant, ces deux disciplines ne détiennent pas le monopole de l'excès répressif à l'égard de ce dernier. En droit administratif des marchés financiers, l'établissement d'obligations sanctionnées par l'Autorité des marchés financiers conduit également à observer une répression accrue du dirigeant.

III- EN DROIT PÉNAL DES MARCHÉS FINANCIERS

198- Le droit des marchés financiers établit des obligations « à débiteurs multiples » : personnes morales, dirigeants et préposés peuvent être tenus d'obligations identiques. La sanction de ces obligations par l'Autorité des marchés financiers conduit à une répression accrue des dirigeants. Alors que des mesures en faveur d'une pénalisation moindre des personnes physiques ont été proposées par les pouvoirs publics à travers la circulaire du 13 février 2006, et que la responsabilité civile des dirigeants et des préposés à l'égard des tiers accuse un net recul en raison de l'exigence d'une faute qualifiée⁸³⁸, la situation des dirigeants en droit des marchés financiers fait figure

DREUILLE; RSC 2009. 390, obs. A. CERF-HOLLENDER.

⁸³⁴- Circ. précitée.

⁸³⁵- Cass. crim. 27 octobre 2009, n° 09-80.490.

⁸³⁶- D. REBUT, *Le droit pénal de la sécurité au travail*, Dr. soc. 2000, p.985.

⁸³⁷- *Ibid*, p. 986.

⁸³⁸- Cass. crim., 28 septembre 2010, n° 09-66255 : BJS décembre 2010, p. 976, n°212, note A. COURET ; RTD civ. 2010, p. 785, obs. P. JOURDAIN ; Rev. sociétés 2011, p. 97, note B. DONDERO ; JCP E 2011, 1, 23, obs.

d'exception. La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, qui a multiplié par dix les plafonds applicables, en est l'illustration. En effet, depuis cette loi, les dirigeants et préposés des sociétés prestataires de services d'investissement (PSI) encourent, à titre de sanction disciplinaire et administrative jusqu'à 15 millions d'euros ou le décuple des profits réalisés, tandis que les dirigeants et préposés des sociétés émettrices encourent, à titre de sanction administrative, jusqu'à 100 millions d'euros ou le décuple des profits réalisés⁸³⁹.

Jusqu'à la loi du 1^{er} août 2003, seuls les PSI en tant que personnes morales pouvaient faire l'objet de sanctions financières, puisqu'il n'existait pas de disposition permettant à l'Autorité des marchés financiers (AMF) de prononcer une sanction à l'égard de leurs dirigeants ou préposés. Les sanctions financières relevant « de la matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention EDH, le respect du principe de légalité des délits et des peines imposait l'existence d'un texte visant expressément les personnes physiques⁸⁴⁰. Désormais, les dirigeants et préposés des personnes morales prestataires de services d'investissement comme des sociétés émettrices peuvent faire l'objet d'une sanction aux termes de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier.

Cependant, si l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier permet d'infliger une sanction aux dirigeants et préposés, aucune disposition ne précise le régime de cette répression. Seuls sont précisés la nature et le montant maximum des sanctions qui peuvent être prononcées. Il convient de rappeler que le plafond applicable en cas de manquements administratifs n'est pas identique selon que l'acteur en cause est professionnel ou non professionnel⁸⁴¹. Dans le silence des textes, il incombe donc à la commission des sanctions de l'AMF d'établir les règles permettant « de faire le lien » entre les personnes visées et les sanctions applicables. La mission de la commission des sanctions s'effectue sous le contrôle de la Cour de cassation en matière administrative pour les non-professionnels du marché et du Conseil d'État en matière administrative et disciplinaire pour les professionnels du marché, leurs dirigeants et leurs préposés⁸⁴².

Or, les sanctions prononcées par la commission des sanctions de l'AMF ne visent ni à faire respecter l'ordre dans la société, ni à réparer un préjudice, mais à préserver la sécurité du marché⁸⁴³. Cet objectif influence nécessairement le régime applicable : il en ressort une autonomie de la répression financière. Les mécanismes permettant d'aboutir à ce résultat méritent d'être analysés. Cette analyse permet d'apprécier les éventuels emprunts au droit pénal, droit commun de référence⁸⁴⁴, voire au droit de la responsabilité civile⁸⁴⁵.

L'établissement de ces règles est essentiel car le montant des sanctions pécuniaires prononcées est souvent très élevé⁸⁴⁶. Puisqu'il s'agit de dissuader les acteurs de se soustraire aux règles applicables, la commission des sanctions fait preuve d'une grande sévérité, ce qui favorise de manière indirecte la sanction financière⁸⁴⁷. L'efficacité attendue de toute règle de droit a une résonance particulière en droit des marchés financiers. En effet, la sanction pécuniaire est très prisée, étant entendu qu'en matière disciplinaire, elle peut être cumulée avec d'autres sanctions, et qu'en matière de sanctions administratives, elle est la seule possible. Sous réserve du respect d'une proportionnalité entre le montant prononcé, la gravité des manquements commis et les avantages ou profits éventuellement

F. DEBOISSY et G. WICKER ; *ibid.*, 2010, 49, 26, obs. M. ROUSSILLE ; R. SALOMON : Dr. sociétés 2011, repère p. 1.

⁸³⁹- S. DARIOSECQ, « *Le pouvoir de sanction de l'AMF : évolutions importantes* », BJB février 2011, p. 115, n°42.

⁸⁴⁰- J. PRALUS-DUPUY, « *Les sanctions pécuniaires dans les droits disciplinaires bancaire, financier et boursier* », in *Mélanges P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 199, spéc. p. 207.

⁸⁴¹- Article L. 621-15, III, c du Code monétaire et financier.

⁸⁴²- Article L. 621-30 d Code monétaire et financier.

⁸⁴³- B. GARRIGUES et M. DI PRIZIO, « *L'imputabilité des manquements aux prestataires de services d'investissement, à leurs dirigeants et aux personnes placées sous leur autorité* », in *Mélanges AEDBF*, Banque éd., 2008, vol. V, p. 191.

⁸⁴⁴- Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-14991: Bull. civ. 2004, IV, n° 65.

⁸⁴⁵- F. POLLAUD-DULIAN, « *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires* » : RTD com. 1997, p. 349.

⁸⁴⁶- F. MARTIN LAPRADE, « *Le montant de la sanction pécuniaire* » : BJB juin 2011, p. 354, n°178.

⁸⁴⁷- H. BOUTHINON-DUMAS, « *La défense de la place financière par le régulateur boursier* », in *Les défis actuels du droit financier*, Joly éd., 2010, p. 19, spéc. p. 39.

retirés⁸⁴⁸, la commission dispose d'une totale liberté dans le choix du montant de la sanction dès lors qu'elle reste en deçà des plafonds déterminés par la loi⁸⁴⁹. Ainsi, le montant des sanctions peut ne pas correspondre exactement au montant du profit réalisé. Dans une affaire d'abus de marché, elle a énoncé que le montant des sanctions prononcées devait être « suffisamment » supérieur au profit réalisé par l'auteur pour qu'elles jouent un rôle dissuasif⁸⁵⁰. L'autonomie du régime de répression financière se manifeste aussi par le fait que la commission des sanctions prend en compte la situation patrimoniale et les facultés contributives de la personne condamnée pour fixer le montant de la sanction, voire les « répercussions que les faits reprochés ont déjà entraînées dans sa carrière », ce qui est tout à fait original. Ainsi, ont été prises en compte la situation de liquidation judiciaire du PSI⁸⁵¹, la situation de chômage⁸⁵² et l'évaluation des ressources d'une personne physique⁸⁵³.

Pour les dirigeants et préposés, cette sévérité peut être lourdement ressentie, d'autant que les sanctions ne peuvent être prises en compte par l'assurance. Comme la sanction prononcée n'a pas vocation à réparer un dommage, elle ne peut être couverte par une assurance de responsabilité. De même, la personne morale pour le compte de laquelle les dirigeants et préposés agissent ne peut prendre à sa charge leur sanction pécuniaire. Pour les dirigeants, il y a toujours un risque qu'une telle prise en charge soit qualifiée d'abus de biens sociaux.

Dans ces conditions, l'imputation des manquements mérite d'être examinée (A), puisqu'elle permet d'atteindre les dirigeants et les préposés alors qu'ils n'interviennent pas pour leur propre compte. Le cumul des sanctions qui en résulte présente, en outre, des singularités qu'il convient de souligner (B).

A- L'attribution souple des manquements au dirigeant

199- Pour qu'un manquement soit imputable à une personne, encore faut-il que celle-ci soit tenue de l'obligation méconnue. L'obligation de veiller au respect des dispositions disciplinaires et administratives pèse en premier lieu sur les personnes morales : le règlement général de l'AMF est dépourvu d'ambiguïté en faisant référence aux prestataires de services et aux émetteurs. En deuxième lieu, cette obligation pèse sur les dirigeants et les préposés (1). L'opération d'imputation permet alors de faire le lien entre une personne et la sanction (2).

1- L'obligation personnelle de veiller au respect des dispositions disciplinaires et administratives

200- Cette obligation paraît inopportune, s'agissant du dirigeant (a), et originale quant au préposé (b) par comparaison avec le droit pénal.

a- Le dirigeant : une obligation inopportune

201- Le règlement général de l'AMF fait obligation au dirigeant de veiller à l'observation des dispositions disciplinaires et administratives. C'est le cas de l'article 313-6 du règlement général de l'AMF qui impose à ce dernier l'obligation particulière de s'assurer que la société prestataire de services se conforme à ses obligations professionnelles, soit parce que les obligations de la personne morale PSI ou émettrice lui sont applicables, soit encore parce que le texte édictant l'obligation vise « toute personne ». Parfois, au terme de « dirigeant » est préférée l'expression

⁸⁴⁸ - Article L. 621-5, III, c du Code monétaire et financier.

⁸⁴⁹ - Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-11366 : Bull. civ. 2010, IV, n° 59 – Cass. com., 10 novembre 2009, n° 08-21073 : RTDF 2010/1, p. 129, note E. DEZEUZE.

⁸⁵⁰ - Sanct. AMF, 17 février 2011 : dans cette décision, les sanctions ont été fixées au double des profits réalisés.

2011 : dans cette décision, les sanctions ont été fixées au double des profits réalisés.

⁸⁵¹ - Sanct. AMF, 7 octobre 2010 : BJB mars 2011, p. 168, n°91, note C. ARSOUZE.

⁸⁵² - Sanct. AMF, 17 février 2011, précitée.

⁸⁵³ - *Ibid.*

« qui agit pour le compte » d'une personne morale. En outre, depuis 2008, les dirigeants sont tenus d'une obligation personnelle particulière, qui ne prend appui sur aucun texte. Instituée par la commission des sanctions, elle consiste à veiller à ce que les personnes physiques placées sous leur autorité respectent bien leurs obligations professionnelles⁸⁵⁴. Ainsi, l'abus de marché commis par un préposé constitue un manquement du dirigeant à cette obligation et entraîne donc sa répression. La solution a été posée pour les personnes morales PSI, mais elle vise également le dirigeant. En revanche, le Conseil d'État, qui a dégagé une même obligation à la charge des personnes morales, ne l'a pas étendue au dirigeant⁸⁵⁵. Il s'agit bien d'une obligation personnelle qui est déclenchée par le fait d'autrui. On peut s'interroger sur la pertinence d'une telle création prétorienne, puisque les obligations des dirigeants et des personnes morales imposées par les textes sont déjà nombreuses. Si le mécanisme a été instauré par la jurisprudence en droit pénal à propos des dirigeants, c'est parce qu'il n'existait aucun texte applicable. Il s'agit en somme de pallier une lacune. Rien de tel en droit financier où pèse une multitude d'obligations. L'on peut alors s'interroger sur la pertinence d'en rajouter aux obligations qui pèsent déjà sur les dirigeants.

La détermination du dirigeant semble donc essentielle. Ce dernier est celui qui représente légalement la société⁸⁵⁶. Qu'en est-il lorsque le dirigeant est un organe collectif ? Qui est tenu des obligations qui pèsent sur le « dirigeant » : l'organe collectif lui-même ou bien les membres pris individuellement, voire les deux, ou encore le président du directoire ? Si l'on s'en remet aux règles du droit des sociétés, l'article R. 225-39 du Code de commerce prévoit que les décisions prises individuellement par chaque membre ont un caractère collégial. Par ailleurs, le président du directoire n'a qu'un rôle de représentation à l'égard des tiers, il ne dispose donc pas d'un pouvoir de direction plus étendu que les autres membres. En droit pénal du travail, la chambre criminelle retient par principe la responsabilité du président du directoire⁸⁵⁷, sauf s'il est prouvé que, en raison de la répartition des pouvoirs au sein de l'organe collégial, celui-ci ne disposait d'aucun pouvoir pour empêcher la commission de l'infraction⁸⁵⁸. La position de la commission des sanctions n'est pas précise sur ce point : tantôt seul le président du directoire a été poursuivi⁸⁵⁹, tantôt ce sont des membres du directoire qui l'ont été, sans que l'un d'eux ait qualité de président⁸⁶⁰. En matière civile, la Cour de cassation fait peser une présomption de faute sur les membres du conseil d'administration ou du directoire dès lors qu'ils ont participé à la prise de décision fautive. Il leur appartient donc de prouver qu'ils se sont opposés à cette décision pour échapper à toute responsabilité⁸⁶¹.

b- Le préposé : une obligation originale

202- Le préposé est également tenu d'obligations et répond de son abus de marché. Mise en perspective avec le droit pénal, l'originalité de cette situation réside dans l'autonomie du régime répressif du préposé en dépit du maintien du lien de subordination. En effet, sont ici désignés comme préposés eux qui agissent « sous l'autorité d'une personne morale », ce qui correspond aux critères du lien de préposition⁸⁶². Cette périphrase permet d'englober les salariés, dont on sait qu'ils sont des préposés, mais également les personnes non liées par un contrat de travail à leur donneur d'ordre, qui, seul, a la qualité de commettant. Cela est patent lorsque sont visés l'agent lié au PSI,

⁸⁵⁴- Sanct. AMF, 24 janvier 2008, Dr. sociétés 2008, comm. n° 257, p. 27, note T. BONNEAU.

⁸⁵⁵- CE, 6 juin 2008, n° 300619 : Banque et droit n° 129, mars-avril 2009, p. 13, concl. M. GUYOMAR ; Dr. sociétés 2008, comm. n° 257, p. 27, T. BONNEAU ; RTDF 2008/3, p. 110, obs. N. RONTCHEVSKY.

⁸⁵⁶- Y. PACLOT, « *La responsabilité des dirigeants après le pas de clerc de l'AMF* » : RD bancaire et fin. mars-avril 2007, alerte p. 1.

⁸⁵⁷- Cass. crim., 9 octobre 1984, JCP E 1985, II, 14495, note G. VACHET.

⁸⁵⁸- A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 5^e éd, LexisNexis, 2012, p.158 et s.

⁸⁵⁹- Sanct. AMF, 21 octobre 2010 : BJB février 2011, p. 87, n°53, note F. MARTIN LAPRADE.

⁸⁶⁰- Sanct. AMF, 24 janvier 2008, précitée.

⁸⁶¹- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : Bull. civ. 2010, IV, n° 69 ; Rev. sociétés 2010, p. 304, note P. Le CANNU.

⁸⁶²- C. BENOÎT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, préf. P. DELBECQUE, LGDJ, 2010, n° 185 et s.

les personnes mises à disposition du PSI et les personnes participant à la fourniture de services d'investissement en vertu d'une convention d'externalisation, comme c'est le cas par exemple aux articles 313-2 et 315-73 du règlement général de l'AMF. Les textes instituant des obligations qui pèsent sur les préposés sont moins nombreux que ceux concernant les dirigeants, ce qui peut s'expliquer par la volonté de cibler avant tout le rôle de direction au sein des personnes morales.

Lorsqu'une obligation pèse sur une personne physique « agissant au nom ou pour le compte » d'une personne morale, le champ d'application *ratione personae* est étendu à la fois aux dirigeants et aux préposés, comme l'on peut le constater, par exemple, à l'article 223-3 du règlement général de l'AMF.

2- Le mécanisme d'imputation au dirigeant

203- Au regard de la souplesse des conditions d'imputation, il convient de constater que l'imputabilité du manquement (a) procède d'un régime particulièrement sévère (b).

a- Notion d'imputabilité

204- Le terme de responsabilité n'apparaît pas en droit des marchés financiers. C'est celui d'« imputabilité », bien connu en droit pénal et en droit civil, qui lui est préféré⁸⁶³. Ce choix terminologique n'est pas anodin : les règles établies par la commission des sanctions ne sont pas empruntées à la responsabilité civile ou pénale. D'ailleurs, la notion de faute n'est pas non plus utilisée. Ainsi, il n'est nul besoin de rapporter l'existence d'une faute détachable pour que le dirigeant soit sanctionné⁸⁶⁴. A fortiori, il en ira de même pour le préposé qui ne bénéficie d'aucune immunité du fait de sa qualité.

Au sens strict, l'imputabilité « consiste dans la possibilité de mettre la faute au compte de celui qui l'a commise⁸⁶⁵ », ce qui implique une volonté libre et consciente. Or, l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier ne fait nullement référence à un quelconque élément intentionnel. Les manquements en matière disciplinaire sont dépourvus d'élément intentionnel⁸⁶⁶. La question est plus délicate pour les abus de marché, excepté pour le manquement de manipulation de cours qui est dépourvu de tout élément intentionnel⁸⁶⁷. Pour le manquement d'initié, la connaissance du caractère privilégié de l'information donnée découle de la qualité de dirigeant ou de préposé des prévenus, puisqu'ils appartiennent au premier cercle⁸⁶⁸ : l'élément intentionnel découle de la qualité de l'auteur du manquement. S'agissant des manquements de publication ou de diffusion d'information inexacte, imprécise ou trompeuse, qui supposent que le poursuivi « savait ou aurait dû savoir » que l'information était inexacte ou trompeuse⁸⁶⁹, l'AMF procède à une analyse *in abstracto* et non *in concreto* de la connaissance. L'important est donc de savoir si une personne placée dans les mêmes conditions aurait eu connaissance de l'exactitude de l'information communiquée⁸⁷⁰. Il ressort d'un arrêt de la Cour de cassation que le dirigeant pourrait invoquer son

⁸⁶³- M. TOMASI, « L'imputation des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers » : Banque et droit n° 109, septembre-octobre 2006, p. 35.

⁸⁶⁴- Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-14991 : Bull. civ. 2004, IV, n° 65 ; BJB juillet 2004, p. 460, n° 88, note J.-J. DAIGRE ; RD bancaire et fin. juillet-août 2004, p. 269, obs. H. LE NABASQUE ; Dr. sociétés 2004, p. 28, note T. BONNEAU.

⁸⁶⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, 21e éd., DALLOZ, coll. Précis, 2009, n° 369.

⁸⁶⁶- E. RUBI-CAVAGNA, « Faute disciplinaire et droit pénal », in *Vers un droit commun disciplinaire ?*, PU Saint-Étienne, 2007, p. 215, spéc. p. 219.

⁸⁶⁷- Cass. com., 10 novembre 2009, n° 08-21073, précitée.

⁸⁶⁸- Sanct. AMF, 17 février 2011, précitée.

⁸⁶⁹- Article 632-1 Règl. gén. AMF.

⁸⁷⁰- KRIMMER, « Information financière : la découverte d'une obligation de connaissance destinée à protéger les marchés réglementés » : RTDF 2007/3, p. 28 ; V. Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-1664, inédit.

absence pour échapper à une sanction dans cette hypothèse, s'il parvient à prouver qu'il a « légitimement ignoré le caractère fallacieux des informations délivrées⁸⁷¹. » Cette concession à une analyse *in concreto* devra être confirmée, car l'arrêt manque de précision et n'a pas été publié. Il semble que seule une impossibilité d'exercer totalement ou partiellement ses fonctions pourra être prise en compte. En tout état de cause, la Cour de cassation a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'établir le caractère intentionnel de la communication de ces informations⁸⁷². Parfois, la commission des sanctions fait expressément référence au caractère objectif du manquement en cause, ce qui réfute toute exigence d'un élément moral⁸⁷³.

b- Le régime sévère de l'imputabilité

205- La nécessité d'un élément moral ou non a une répercussion directe sur la répression des dirigeants et des préposés, car l'absence d'élément intentionnel facilite incontestablement le prononcé d'une sanction. Toute discussion relative à la preuve d'un tel élément est évitée et le constat d'un élément matériel suffit. Le souci d'assurer l'efficacité des sanctions prononcées en vue de la pérennité du marché se manifeste à nouveau. Il faut alors en déduire qu'aucune exonération n'est possible à partir du moment où l'élément matériel du manquement est établi, sauf en cas de manquement d'initié, puisque le dirigeant peut échapper à la sanction s'il parvient à prouver qu'il avait été poussé à agir de la sorte par un motif impérieux, ce qui n'est pas si éloigné du fait justificatif en droit pénal. Mais, compte tenu de la recherche d'efficacité poursuivie, les exonérations ne sont admises que de façon restrictive.

Selon la nature du manquement constaté, il peut être imputé soit à la personne morale, soit au dirigeant, voire au préposé. L'absence d'élément intentionnel favorise le prononcé de sanctions. Or, comme aucune règle ne prévoit un mécanisme d'imputation alternatif, le cumul des sanctions prévaut.

B- Le dirigeant au centre des cumuls de sanctions

206- Le cumul envisagé est celui des sanctions financières prononcées à l'encontre de différentes personnes à partir d'un même manquement. Il se distingue de celui qui désigne, à l'égard de la même personne, le fait de se voir infliger, pour des faits identiques, une sanction pénale et une sanction pécuniaire⁸⁷⁴, voire une condamnation civile s'il y a eu un préjudice⁸⁷⁵. Le cumul des sanctions du dirigeant ou du préposé et de la personne morale (1) sera abordé avant le cumul des sanctions du dirigeant et du préposé (2).

1- Le cumul des sanctions du dirigeant ou du préposé et de la personne morale

207- Le cumul peut intervenir, soit entre les sanctions du préposé et de la personne morale (a), soit entre celles du dirigeant et de la personne morale (b).

⁸⁷¹- Cass. com. 23 juin 2009, précitée.

⁸⁷²- Cass. com. 15 juin 2010, n° 09-14968, précitée – CE, 16 juillet 2010, n° 321056 : RTDF 2010/3, p. 152, obs. E. DEZEUZE.

⁸⁷³- Sanct. AMF, 21 octobre 2010, préc. – v. aussi à propos de l'opération d'initié, CJUE, 3^e ch., 23 décembre 2009, n° C-45/08, Spector Photo Group c/ CBFA : Dr. sociétés 2010, comm. n° 96, obs. R. MORTIER; RD bancaire et fin. n° 2, mars 2010, comm. n° 80, obs. T. BONNEAU ; JCP G 2010, 17, 485, note B. ZABALA – Cass. com. 8 février 2011, n° 10-10965; BJB juin 2011, p. 360, n°180, note N. RONTCHEVSKY ; Banque et droit n° 136, mars 2011, p. 41 ; RSC 2011, p. 116, note F. STASIAK. V. également M. COHEN-BRANCHE, « *La présomption et ses effets* », in *Manquements d'initiés : prévention et répression*, Dossier : BJB juillet-août 2011, p. 464, n° 211.

⁸⁷⁴- Sur la possibilité d'un tel cumul et la question de sa conformité à la Constitution, Cass. com., 8 février 2011, précitée – Voir également Cass. ass. plén., 8 juillet 2010, n° 10-10965 – CE, 16 juillet 2010, n° 321056 : RTDF 2010/3, p. 152, note É. DEZEUZE ; A.-D. MERVILLE, « *La responsabilité pénale et administrative des personnes morales et infractions boursières* », in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, 2009, p. 91.

⁸⁷⁵- C. CLERC, « *La réparation du préjudice subi par un actionnaire du fait de la diffusion de fausses informations* », RTDF 2007/1, p. 32.

a- Le cumul des sanctions du préposé et de la personne morale

208- Le cumul des sanctions du préposé et de la personne morale est possible à un double titre : non seulement lorsque le préposé est tenu des mêmes obligations que la personne morale, mais également lorsque le préposé est l'auteur d'un abus de marché commis dans le cadre de ses fonctions en raison de l'obligation personnelle de la personne morale, telle que dégagée en 2008 par la commission des sanctions et le Conseil d'État. L'exonération des personnes morales serait possible, limitant les hypothèses de cumul, en prouvant que les préposés se sont affranchis du cadre de leurs fonctions. Le Conseil d'État a précisé que cela sera le cas lorsque les préposés « ont agi à des fins étrangères à l'intérêt de leur commettant ». Ainsi, un délit d'initié n'entraînerait pas de sanction de la personne morale de ce chef. L'exonération de la personne morale semble cependant plus théorique que réelle. En droit pénal, il n'existe pas d'équivalent, puisque cette configuration de cumul n'existe pas. En outre, le droit de la responsabilité civile ne semble pas pouvoir servir de référence. En effet, si les expressions utilisées par le Conseil d'État renvoient au débat concernant l'abus de fonction du préposé, les cas d'exonération du commettant sont peu nombreux. Pour que le commettant échappe à sa responsabilité civile, il est nécessaire de rapporter la preuve que le dommage causé par le préposé ne l'a pas été à l'occasion ou au moyen des fonctions⁸⁷⁶, ce qui réduit considérablement les hypothèses d'exonération⁸⁷⁷. La commission des sanctions dégagera vraisemblablement ses propres critères.

b- Le cumul systématique des sanctions du dirigeant et de la personne morale

209- Le cumul des sanctions du dirigeant et de la personne morale est singulier car la possibilité de sanctionner la personne morale n'entraîne pas un assouplissement de la répression des personnes physiques. À l'inverse de ce qui se produit en droit pénal, la répression de la personne morale se double systématiquement de la répression des dirigeants. En effet, l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale ne suppose désormais ni la condamnation ni même l'identification de la personne physique à l'origine de l'infraction⁸⁷⁸. La condamnation de la personne morale peut être prononcée, indépendamment de toute infraction imputée au dirigeant. L'infraction commise est imputée à la personne morale comme si cette dernière avait commis une « faute diffuse » découlant davantage d'une organisation interne défectueuse que d'un comportement individuel particulier. Ainsi, elle peut toujours être sanctionnée, que le dirigeant le soit ou non. La circulaire du 13 février 2006 va d'ailleurs dans ce sens⁸⁷⁹. Ainsi, contrairement à la lettre de l'article 121-2 du Code pénal, la personne morale n'est plus sanctionnée par représentation ou par ricochet, mais sur le fondement d'une obligation personnelle, ce qui rapproche la responsabilité pénale de la sanction des personnes morales en droit des marchés financiers. Cependant, l'existence d'une obligation personnelle de la personne morale en droit des marchés financiers aboutit à un résultat différent.

Toutefois, une décision de la commission des sanctions en date du 21 octobre 2010 (précitée) ne semble pas avoir procédé à un cumul des sanctions du dirigeant et de la personne morale. Dans cette affaire, un président du directoire n'avait pas été poursuivi du chef de communication tardive d'une information privilégiée. Or, l'obligation de l'article 223-2 du règlement général pèse à la fois sur l'émetteur et sur son dirigeant par application de l'article 221-1. En raison du caractère fonctionnel de l'obligation qui pèse sur le dirigeant, l'opération d'imputation aurait dû conduire à sa sanction, pourtant seule la personne morale a été condamnée. Faut-il y voir un assouplissement de la position de la commission à l'égard du dirigeant, une particularité liée à la collégialité de l'organe dirigeant, ou, simplement, une illustration de l'opportunité des poursuites de la commission ? La réponse est délicate, car le président avait informé le conseil de surveillance de l'existence d'une information

⁸⁷⁶- C. BENOÎT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, *op.cit.*, n° 152 et s.

⁸⁷⁷- Cass. 2° civ., 12 mai 2011, n° 10-20590.

⁸⁷⁸- Cass. crim., 22 février 2011, n° 10-87676, *Gaz. Pal.* 30 mars 2001, p. 8, note J.-C. SAINT-PAU.

⁸⁷⁹- Circ. n° 06-3/E8 de la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice.

privilegiée à communiquer au public. En revanche, la société émettrice avait beaucoup tardé à le faire. La solution pourrait donc être comprise comme permettant au dirigeant d'échapper aux poursuites de la commission, lorsque son comportement est au-dessus de tout soupçon. Une telle brèche dans le caractère systématique du cumul serait bienvenue, parce qu'en toute logique, le dirigeant doit pouvoir échapper à sa responsabilité s'il parvient à montrer qu'il a été irréprochable, bien que l'hypothèse soit rarement admise⁸⁸⁰.

Le cumul systématique apparaît d'autant plus sévère que le plafond des sanctions est très élevé et qu'il est impossible au dirigeant d'invoquer une quelconque délégation de pouvoirs qui lui permettrait d'échapper à une sanction.

2- Le cumul des sanctions du dirigeant et du préposé

210- L'inexistence de délégation de pouvoirs en droit des marchés financiers (b) a conduit à la consécration jurisprudentielle du cumul des sanctions du dirigeant et du préposé.

a- Un cumul prétorien

211- Le cumul des sanctions du dirigeant et du préposé est original.

Ce cumul est admis lorsqu'un préposé commet un manquement administratif. Or, dans cette hypothèse, seul ce dernier devrait être condamné au regard des textes car il en est l'unique auteur. Pourtant, ainsi qu'il a été précisé, la commission des sanctions de l'AMF a dégagé, en dehors de tout texte, une obligation personnelle pesant sur le dirigeant et déclenchée par le fait du préposé⁸⁸¹. Comme en droit pénal, l'obligation, mise à la charge du dirigeant de veiller au respect des textes pénaux applicables à l'activité de son entreprise a également été dégagée par la jurisprudence en dehors de tout fondement textuel. Seulement, dans ce cas, comme c'est le dirigeant, et lui seul, qui est tenu de l'obligation de faire respecter les textes pénaux, les préposés exécutants ne peuvent être inquiétés en cas d'infraction à la réglementation applicable à l'entreprise⁸⁸², sauf s'ils peuvent se voir reprocher une infraction de droit commun. Ainsi, un cumul n'est pas envisagé. Au contraire, en droit des marchés financiers, la recherche d'efficacité maximale conduit à un résultat beaucoup plus sévère à l'égard du dirigeant.

b- L'inexistence de délégation de pouvoirs

212- En droit des marchés financiers, les délégations de pouvoirs par le dirigeant au profit du préposé ne sont pas efficaces⁸⁸³. Au contraire, en droit pénal, le dirigeant peut déléguer son pouvoir à un préposé, et échapper à toute responsabilité, dès lors que le préposé est investi de manière effective des pouvoirs, et dispose de l'autorité et des moyens nécessaires. La délégation peut même parfois constituer une obligation pour le dirigeant lorsque la taille de l'entreprise l'empêche de veiller personnellement au respect des textes applicables à l'activité. Ainsi, en cas d'infraction, seul le préposé délégataire sera condamné. Par conséquent, les responsabilités pénales du dirigeant et du préposé sont alternatives. L'existence de subdélégations ne perturbe guère ces principes. Il peut être remarqué qu'en droit pénal, tous les pouvoirs peuvent faire l'objet d'une délégation sauf si le législateur en dispose autrement⁸⁸⁴, même si certaines interrogations demeurent, par exemple à

⁸⁸⁰- Cass. crim., 14 mars 1979, n° 78-90957, Bull. crim. 1979, n° 109 – Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 86-91404, Bull. crim. 1986, n° 288 – Cass. crim., 19 février 2002, n° 01-82595 : RSC 2002, p. 837, obs. G. GUIDICELLI-DELAGÉ.

⁸⁸¹- Sanct. AMF, 24 janvier 2008, précitée.

⁸⁸²- B. BOULOC, *op. cit.*, n° 365.

⁸⁸³- CA Paris, 30 novembre 1994, BJB janvier 1995, p. 31, n° 5, note N. DECOOPMAN ; Gaz. Pal. 31 décembre 1994, concl. Y. JOBARD ; LPA 30 janvier 1995, p. 13, obs. C. DUCOULOUX-FAVARD ; RTD com. 1995, p. 144, obs. B. PETIT et Y. REINHARD.

⁸⁸⁴- Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84931 : Bull. crim. 1993, n° 112 ; BJS juin 1993, p. 666, n° 183, note M-

propos de la représentation au sein du comité d'entreprise⁸⁸⁵.

En revanche, en droit des marchés financiers, aucun texte ne prohibe les délégations, et pourtant elles ne sont pas admises. Là encore, la solution est plus stricte qu'en droit pénal, ce qui peut surprendre. Certes, la sanction du dirigeant peut apparaître comme un gage d'efficacité du respect des textes disciplinaires et administratifs, et par là même, de la sécurité du marché. Le refus des délégations de pouvoir en droit des marchés financiers refléterait ainsi une méfiance à l'égard de la dilution des responsabilités que ces délégations pourraient engendrer. Pourtant, cette analyse n'est pas celle du droit pénal, où la délégation de pouvoir constitue un moyen d'améliorer le respect des textes pénaux et donc d'éviter la commission d'infractions. L'on ne peut que s'étonner que le droit financier adopte, une fois encore, des solutions plus sévères que le droit pénal. Pour autant, sont-elles vraiment efficaces ? L'on peut en douter, car de telles mesures ne semblent pas justifiées à l'égard du dirigeant, fussent-elles au nom de la protection des marchés.

L'existence d'obligations « à débiteurs multiples », à savoir que les personnes morales, les dirigeants et les préposés peuvent être tenus d'obligations identiques, est originale étant donné que la personne morale agit nécessairement par le biais de ses dirigeants et préposés. Cette politique jurisprudentielle s'explique assurément par la finalité recherchée : le maintien de la confiance et la sécurité du marché⁸⁸⁶. Par conséquent, toute faveur à l'égard des dirigeants et des préposés semble condamnée.

Cette étude nous a permis de démontrer que le dirigeant doit faire face à une véritable « furie répressive » dans la direction de son entreprise.

Le droit pénal des sociétés et le droit pénal du travail sont deux domaines qui, par la quantité et la qualité de leurs incriminations, illustrent pertinemment l'excès répressif auquel est confronté le dirigeant dans la direction de son entreprise.

Le premier se distingue par l'explosion et l'inefficacité de son arsenal répressif. Tandis que la tendance est à la dépénalisation législative, l'on assiste à une surpénalisation jurisprudentielle de l'abus de biens sociaux. Cette évolution contrastée semble traduire d'un côté une prise en compte des difficultés affectant le statut pénal du dirigeant, et de l'autre, la volonté persistante d'imputer systématiquement à ce dernier la responsabilité pénale découlant des dysfonctionnements de son entreprise. En témoigne la répression de simples fautes de gestion à titre d'abus de biens sociaux. Quant au droit pénal du travail, devenu pour certains le droit pénal de l'employeur⁸⁸⁷, il constitue un véritable « terrain miné » pour le dirigeant tant au regard du nombre considérable d'infractions à la réglementation dont il fourmille que de l'imprécision de ces dernières. De même, son recours fréquent à la technique du renvoi complexifie l'accès du dirigeant à ses obligations pénalement sanctionnées. La conjonction de ces différents facteurs entretient le sentiment d'une répression devenue imparable pour le chef d'entreprise. Ce droit semble révéler une surprotection du salarié et, a contrario, une surexposition du dirigeant au risque pénal.

S'agissant du droit des marchés financiers, il crée des obligations à débiteurs multiples, dont principalement le dirigeant. Son analyse révèle une répression accrue – et pas pour autant efficace – de ce dernier qui trouve sa source dans la recherche constante de la protection des marchés financiers, laquelle semble condamner toute faveur à l'égard du dirigeant.

Il reste cependant que quand le dirigeant agit, il le fait généralement dans le cadre de ses fonctions, c'est-à-dire pour le compte et dans l'intérêt de son entreprise. La responsabilité pénale de cette dernière lui permet-elle pour autant de voir son statut pénal allégé ?

SECTION III- L'INSUFFISANTE RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

E. CARTIER ; D. 1994, somm. p. 156, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE; Dr. pén. 1994, p. 39, obs. J-H. ROBERT; RSC 1994, p. 101, obs. B. BOULOC.

⁸⁸⁵ - C. BENOÎT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, *op. cit.*, n° 355-356.

⁸⁸⁶ - N. RONTCHEVSKY et J-P. STORCK, « *Le réalisme du droit des marchés financiers* », in *Mélanges Schmidt*, LITEC, 2005, p. 425.

⁸⁸⁷ - M. SEGONDS, *Op. cit.*, p. 7.

DES PERSONNES MORALES

213- Notre droit positif admet la responsabilité pénale des personnes morales depuis la loi du 22 juillet 1992. Cependant, il ne s'agissait pas d'une responsabilité pénale systématique, puisque le législateur a procédé par touches successives. Ainsi un principe de spécialité fut posé par l'article 121-2 du Code pénal qui limitait la responsabilité pénale des personnes morales pour les délits commis par leurs organes ou représentants aux cas prévus par la loi ou le règlement. Toutefois, ces hypothèses vont se multiplier progressivement. Ainsi, une personne morale peut être poursuivie pour délit d'initié, ou manipulation de cours⁸⁸⁸. Mais, curieusement, en matière de sociétés, cette responsabilité n'est prévue par aucun texte. Ce qui cantonne l'application du droit pénal des sociétés aux seules personnes physiques organes ou représentants.

Par ailleurs, une clarification du régime de cette responsabilité s'imposait, puisque la loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité était restée silencieuse sur certains aspects de la question. Cet éclaircissement devait être apporté par la loi du 12 mai 2009 dite de clarification et de simplification du droit et d'allègement des procédures. Seulement, au regard de la méthode empruntée, cette loi, *fourre-tout*⁸⁸⁹, a manqué son objectif de clarification. Ainsi, si cette loi a le mérite d'avoir mis fin au caractère redondant, vis-à-vis de l'article 121-2 du Code pénal, des dispositions portant sur des infractions spécifiques, elle n'apporte nullement les précisions attendues quant aux conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales (I), pas plus qu'elle ne simplifie le régime des peines applicables à ces dernières. Bien au contraire, trop ambitieuse au regard de l'ampleur de la réforme qu'elle porte, cette loi semble plutôt avoir contribué à une complexification du régime pénal des personnes morales (II).

I- L'ILLUSION D'UNE RÉFORME NOVATRICE

214- Si le principe de spécialisation de la responsabilité pénale des personnes morales a aujourd'hui fait place à un principe de généralisation, il reste cependant que les conditions d'engagement de cette responsabilité sont particulièrement imprécises (A). Il en résulte alors une responsabilité peu protectrice du dirigeant (B).

A- De la spécialisation à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales

215- Lorsque la loi permet que le dirigeant d'une société soit une personne morale, l'on ne peut faire l'économie de la question de savoir si cette dernière peut être pénalement responsable au même titre que le dirigeant personne physique. Il faudra attendre l'avènement du nouveau Code pénal en 1994 pour que soit codifiée la responsabilité pénale des personnes morales. L'article 121-2 du Code pénal prévoit que « *les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.* »

Cependant, bien que ces dispositions paraissent de prime abord claires, elles ne spécifient nullement les conditions d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale. En effet, n'étant pas dotée de conscience propre, la personne morale ne peut commettre que fictivement l'infraction, de sorte que cette dernière ne peut être réellement commise que par le biais de ses organes ou représentants agissant pour son compte. Toutefois, aucun critère ne permet de déterminer les

⁸⁸⁸ - Article L. 465-3 du Code monétaire et financier.

⁸⁸⁹ - Cette loi modifie non seulement le Code pénal, mais également une vingtaine de codes spécifiques mentionnant la responsabilité pénale des personnes morales.

personnes physiques susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la personne morale par leurs actes. De même, aucune précision n'est apportée sur les critères permettant ou non de considérer que l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale. Ces précisions seront alors apportées par la jurisprudence, alors même que le principe de la légalité criminelle exige que soit réduit le plus possible le pouvoir d'interprétation du juge.

Par ailleurs, si les notions de faute personnelle et de faute intentionnelle peuvent contribuer à déterminer s'il y a cumul ou non des responsabilités de la personne physique et de la personne morale, il reste cependant que les critères présidant au cumul des responsabilités restent particulièrement imprécis générant une réponse jurisprudentielle casuistique fort critiquable en matière pénale.

Mais la difficulté majeure posée par l'article 121-2 du Code pénal résultait de l'application du principe de spécialité, puisque la responsabilité pénale de la personne morale n'était pas générale et ne pouvait être engagée que « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* ».

Si la rédaction de l'incrimination d'abus de biens sociaux laissait planer un doute en n'établissant aucune distinction selon qu'il s'agit d'un dirigeant personne physique ou d'une personne morale, la responsabilité pénale de la personne morale ne pouvait être admise pour deux raisons. La première, d'ordre historique, découle du fait que la loi du 24 juillet 1966 n'avait été conçue que pour les seuls dirigeants personnes physiques. D'ailleurs, la consécration postérieure de la responsabilité pénale des personnes morales sera sans incidence sur la prépondérance et la persistance des peines d'emprisonnement. Cette situation objective que la répression cible essentiellement les dirigeants personnes physiques. La deuxième raison, d'ordre juridique, était liée au fait que cette responsabilité était encore soumise au principe de spécialité ; c'est-à-dire qu'elle devait, par principe, être écartée tant qu'aucune disposition ne l'envisageait. Il fallait une disposition spécifique. Et la Cour de cassation veillait rigoureusement au respect de cette exigence⁸⁹⁰. De surcroît, une note ministérielle relative à la possibilité de rechercher la responsabilité pénale de la personne morale pour l'infraction d'abus de biens sociaux avait retenu son irresponsabilité pénale pour ce délit en l'absence de texte spécifique⁸⁹¹. A contrario, les personnes physiques représentant des personnes morales dirigeantes voient, quant à elles, leur responsabilité pénale recherchée dans les mêmes conditions qu'un dirigeant personne physique⁸⁹².

La loi du 9 mars 2004 a ensuite supprimé la mention « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* », procédant ainsi à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Cependant, cette loi ne contribuera pas à la clarification des textes et ne se prononce pas, au détriment du principe de l'individualisation des peines⁸⁹³, sur la nature des peines pouvant être prononcées à l'encontre des personnes morales en dehors des amendes.

Au lendemain de la loi du 9 mars 2004, des incertitudes et des imprécisions persistaient au sujet du régime de la responsabilité pénale des personnes morales. Une nouvelle réforme s'avérait donc nécessaire. Elle sera portée par la loi du 12 mai 2009.

B- Une responsabilité pénale peu protectrice du dirigeant

216- La responsabilité pénale des personnes morales est prévue, depuis l'adoption de la loi Perben, par l'article 121-2 du Code pénal et par une multitude de dispositions spécifiques qui n'avaient pas été harmonisées en 2004. Aussi, dans une optique de simplification et de clarification, convenait-il de procéder à cette harmonisation. Mais, seules les dispositions spécifiques, dont la rédaction était conçue pour être en accord avec le principe de spécialité, seront retouchées par la loi du 12 mai 2009, de sorte que désormais, seul l'article 121-2 du Code pénal affirme le principe de la

890- Cass. crim., 18 avril 2000, Bull. crim. n° 153.

891- Réponse ministérielle, JO Sénat Q, 26 janvier 1995, p. 905.

892- Articles L. 221-3 (SNC), L. 225-20 (SA), L. 227-7 (SAS) Code du commerce.

893- 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.

responsabilité pénale des personnes morales.

Cependant, la réforme portée par cette loi s'illustre davantage par ses lacunes que par ses apports. En effet, plusieurs aspects de la responsabilité pénale des personnes morales sont demeurés en suspens. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité ne sont pas abordées par la réforme. De même, la détermination de la personne physique vecteur de cette responsabilité soulève des difficultés de fond tenant, d'une part, aux notions d'organe et de représentant, et d'autre part, à celle d'intérêt de la société. Par ailleurs, cette réforme ne propose aucune clé d'analyse permettant d'établir une distinction entre les actes imputables à la personne morale et ceux devant être imputés à la personne physique. En de telles circonstances, il paraît délicat de déterminer, non seulement les conditions d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale, mais également celles de cumul des deux responsabilités.

La chambre criminelle de la Cour de cassation va intervenir pour clarifier ces différents points.

La question relative à la commission d'une infraction par un organe ou un représentant de la personne morale sera tranchée dans une décision du 2 décembre 1997⁸⁹⁴. En l'espèce, la Cour d'appel de Limoges était entrée en voie de condamnation à l'encontre d'une société anonyme pour usage de fausses attestations en considérant que « *lorsqu'elle a produit les attestations, la société ne pouvait ignorer qu'elles comportaient certaines affirmations inexactes.* » Mais, cette décision sera censurée par la Cour de cassation qui rappela la nécessité de rechercher au préalable la caractérisation de l'élément intentionnel de l'infraction dans la personne physique. Elle estima qu'il appartient aux juges de « *rechercher si le directeur général de la société, organe de la personne morale, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations et si l'élément intentionnel du délit était ainsi caractérisé.* » Ainsi, la Haute Juridiction considère au regard de l'article 121-1 du Code pénal, qu'une infraction est réputée commise par une personne morale lorsqu'elle a été commise pour le compte de cette dernière par un de ses organes ou représentants⁸⁹⁵.

Cependant, s'il est nécessaire que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction soit établi à l'encontre de la personne physique, la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale ne requiert nullement la caractérisation d'une faute distincte à sa charge. C'est la thèse de la « *faute distincte* » appliquée par certaines juridictions du fond⁸⁹⁶ et rejetée par la chambre criminelle⁸⁹⁷. Il est évident que la position défendue par la Cour de cassation ne souffre d'aucune contestation étant entendu que la personne morale a une existence juridique et ne peut agir personnellement que par le truchement de la personne physique organe ou représentant. C'est pour cette raison que la Haute juridiction exige que la faute puisse être rattachée aux organes ou représentants de la personne morale⁸⁹⁸, quitte à présumer la faute de la personne dirigeante dans certains cas⁸⁹⁹.

S'agissant de la deuxième condition de mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale, elle repose sur la qualité de la personne physique qui a commis l'infraction. Aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, cette personne doit avoir qualité d'organe ou de représentant de la personne morale. La chambre criminelle exige que cette qualité soit constatée par les juges du

⁸⁹⁴ - Cass. crim., 2 décembre 1997, D. 2006, somm. p. 152, obs. G. ROUJON DE BOUBÉE ; Rev. Sociétés 1998, p. 148, obs. B. BOULOC ; Rev. Sc. crim. 1998, p. 536, obs. B. BOULOC ; RTD com. 1998, p. 695, obs. B. BOULOC ; JCP G 1998. II, p. 10023, rapport DESPORTES.

⁸⁹⁵ - *Ibid.*

⁸⁹⁶ - Trib. corr. de Lyon, 9 octobre 1997, Dr. pén. 1997, n°11, comm. J-H. ROBERT.

⁸⁹⁷ - Cass. crim., 26 juin 2001, Dr. pén. 2002, n°8, comm. J-H. ROBERT, RSC 2002. 99, obs. B. BOULOC.

⁸⁹⁸ - Cass. crim. 18 janvier 2000, D. 2000, Jurisp., p. 636, note J.-C. SAINT-PAU ; Rev. Sc. crim. 2000, p. 816, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2000, p. 737, obs. B. BOULOC.

⁸⁹⁹ - Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. crim. n° 188. Pour un premier commentaire, voir C. MASCALA, Panorama de droit pénal des affaires, D., 2007, 1624. Par cette décision, la Cour de cassation contredit la jurisprudence qu'elle avait elle-même forgée en imposant aux juges du fond de préciser le rôle de la personne physique, organe ou représentant, dans la réalisation des faits.

fond⁹⁰⁰. Seulement, ces qualités ne sont pas définies par le législateur. Selon la doctrine majoritaire⁹⁰¹, les organes sont les personnes ou organismes reconnus par la loi ou les statuts comme capables d'agir au nom de la personne morale. Ces organes sont tantôt collectifs, tantôt individuels⁹⁰². C'est le cas, en matière de sociétés commerciales, de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance, du gérant, du directeur général ou encore du président directeur général. De même, il peut être observé que les organes d'une personne morale sont nécessairement des représentants alors que l'inverse n'est pas systématique.

L'attribution de la qualité de représentant au salarié titulaire d'une délégation a fait l'objet d'une intense controverse doctrinale. La chambre criminelle a fini par trancher en octroyant la qualité de représentant aux « personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs d'une personne ainsi déléguée.⁹⁰³ » Ce faisant, la Haute juridiction veille à ce que le préposé ne serve de « *paravent* » aux organes ou représentants qui chercheraient éventuellement à se réfugier derrière une délégation de pouvoirs de sorte que l'infraction ne soit imputable à la personne morale.

La troisième condition nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du dirigeant exige que l'infraction soit commise « *pour le compte* » de la personne morale par son organe ou son représentant. Non définie par la loi, cette condition imprécise⁹⁰⁴ est interprétée de manière large et négative par la doctrine⁹⁰⁵. Cette dernière considère que la responsabilité pénale de la personne morale ne peut être mise en œuvre si l'organe ou le représentant a agi dans un intérêt personnel ou pour l'intérêt d'une personne autre que la personne morale⁹⁰⁶. Il faut que l'infraction ait été commise dans le cadre des activités de la personne morale pour être réputée commise pour son compte.

Cependant, l'article 121-2 du Code pénal dispose que la responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique. Cette rédaction législative offre à la juridiction répressive le choix entre les deux responsabilités si cette dernière le souhaite. Dans l'hypothèse où une seule et même qualification serait retenue à l'encontre des deux personnes physique et morale, la loi prévoit que le cumul des responsabilités n'est qu'éventuel. L'objectif du législateur, en insérant dans notre droit pénal le principe de la responsabilité pénale de la personne morale, était d'alléger le statut pénal du dirigeant en mettant un terme à la présomption de responsabilité pénale dont faisait l'objet ce dernier, s'agissant notamment des infractions commises à son insu, ou encore de celles qui ne trouvent pas leur origine dans une défaillance humaine caractérisée mais plutôt, de manière plus vague et générale, dans la mauvaise organisation ou dans le dysfonctionnement des services de la personne morale.

Seulement, même en cette dernière hypothèse, le dirigeant ne peut être in extenso exonéré de sa responsabilité car il lui incombe personnellement de contrôler l'organisation et le fonctionnement des services de son entreprise, de rectifier les pratiques défectueuses, de veiller au respect des dispositions légales et réglementaires, notamment en matière d'hygiène et de sécurité. C'est au regard de ces obligations permanentes et omniprésentes que la majorité de la doctrine considère que la consécration d'un principe de responsabilité pénale des personnes morales n'a pas eu d'incidence

⁹⁰⁰ - Cass. crim., 18 janvier 2000, Dr. pén. 2000, n°72, comm. M. VERON ; LPA, 26 octobre 2000, n°214, p.18, note C. DUCOULOUX-FAVARD.

⁹⁰¹ - F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, « *Droit pénal général* », 16^e éd., ECONOMICA, 2009, n°605 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, « *Droit pénal général* », 24^e éd., DALLOZ, 2015, n°312 ; R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel. Droit pénal général* », Tome I, 7^e éd., CUJAS, 1997, p. 815.

⁹⁰² - J. PRADEL considère, en revanche, que la notion d'organe renvoie à une entité collective, tandis que celle de représentant vise un individu déterminé, « *Droit pénal général* », 20 éd., CUJAS, 2014, n° 592 et s.

⁹⁰³ - Cass. crim., 26 juin 2001, Bull. crim. n° 161 ; D. 2002, somm. 1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Rev. sc. crim. 2002, p. 99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p. 178, obs. B. BOULOC ; Dr. pén. 2002, n° 8, obs. J.-H. ROBERT.

⁹⁰⁴ - R. MERLE et A. VITU, *Op. cit.*, p. 817.

⁹⁰⁵ - F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Op. cit.*, n°610.

⁹⁰⁶ - J. PRADEL, *ibid.* ; R. MERLE et A. VITU, *Op. cit.*, p. 817.

majeure sur la responsabilité personnelle du chef d'entreprise, même s'il n'est pas seul décideur et même si les faits incriminés paraissent résulter d'une pratique collective, d'un laxisme diffus ou d'une indifférence générale : sa responsabilité pourrait, au mieux, s'en trouver atténuée car il conserve « *l'œil du maître* ». Pour nombre d'auteurs, la responsabilité humaine serait le préalable de celle de la personne morale⁹⁰⁷, qui n'en serait que le « *reflet*. »

Par ailleurs, il est à craindre que la généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale n'ait pour répercussion d'accroître les cas de cumul, notamment le cumul des sanctions à l'encontre des personnes morales et des personnes physiques, l'article 121-2 alinéa 3 du Code pénal n'excluant pas le cumul des responsabilités⁹⁰⁸.

En matière d'imprudence, les articles 121-2 alinéa 3 et 121-3 alinéa 4 du Code pénal opèrent une distinction entre les deux responsabilités. La personne morale voit sa responsabilité mise en œuvre en cas de faute simple, et la personne physique, en cas de faute qualifiée. Mais, en pratique, la détermination de la nature des responsabilités peut s'avérer autrement plus complexe, parce que la personne physique peut agir au travers de deux qualités juridiques distinctes. Il peut agir, soit personnellement en tant que simple personne physique, soit en qualité d'organe ou de représentant de la personne morale. Dans ce cas, il est alors indispensable d'identifier le fait personnel générateur de responsabilité. Dans cette hypothèse, la doctrine propose de recourir à la distinction entre la faute de fonction et la faute personnelle en matière de responsabilité pénale administrative d'un agent de la fonction publique et en matière de responsabilité civile d'un commettant⁹⁰⁹.

Mais, il eut été plus cohérent que des critères législatifs précis fussent dégagés afin de permettre une meilleure imbrication des responsabilités pénales des personnes physique et morale, notamment lorsque la personne physique est auteur ou complice des mêmes faits. Aussi, certains auteurs, rejetant l'imputation simultanée d'un même fait au représentant et au représenté, et considérant le recours à la distinction entre la faute de service et la faute personnelle comme inefficace, suggèrent-ils de transposer les solutions retenues en matière de concours de qualifications⁹¹⁰. Ce dernier suppose une unité de comportement, c'est-à-dire un fait matériel unique, mais contrevenant à plusieurs dispositions. Il est imaginable qu'à travers un fait unique, l'auteur ait exprimé des volontés différentes, entendant transgresser deux valeurs sociales distinctes. Ces auteurs proposent donc d'opter pour cette solution⁹¹¹. Dans cette hypothèse, l'obstacle résiderait dans l'identification des deux fautes relevant d'un fait unique. Seulement, l'éventualité d'un cumul des responsabilités, ainsi que la réticence des juridictions répressives à reconnaître la faute propre de la personne morale rendent incertaine l'application de cette solution.

À notre sens, il convient de s'interroger sur le point de savoir si, en raison de la nature collective des infractions commises au sein de l'entreprise, ainsi que du nombre d'infractions qui sont imputables aux personnes morales, il ne conviendrait pas de mettre davantage la responsabilité pénale à la charge de ces dernières afin de réduire la pression pénale pesant sur le dirigeant, sauf pour des infractions intentionnelles spécifiques, et d'envisager de véritables délégations au profit des personnes morales.

Cela permettrait sans doute d'éviter la mise en cause systématique des dirigeants et ferait coïncider la réalité juridique avec la réalité pratique, où le processus infractionnel est de plus en plus collectif. Face à cette impasse, la réforme portée par la loi du 12 mai 2009 n'apparaît pas davantage ambitieuse, pas plus qu'elle ne contribue à l'homogénéisation des peines applicables à la personne morale.

⁹⁰⁷ - J-F. BARBIÉRI, « *Responsabilité pénale des personnes morales* », Joly Sociétés, Traité n^{os} 12 et 13.

⁹⁰⁸ - Cass. crim., 11 mars 2003, Bull. crim., n^o65, Dr. pénal juillet 2003, comm. n^o84, note M. VERON.

⁹⁰⁹ - J.-C. SAINT-PAU, « *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale* », in Mélanges dédiés à B. BOULOC, *Les droits et le droit*, DALLOZ, 2007, p. 1011. Voir également, J. LEROY, Op. cit., p. 244.

⁹¹⁰ - J. LEROY, Op. cit., p. 244.

⁹¹¹ - C. LOMBOIS, « *Droit pénal général* », Éd. HACHETTE, 1994, p. 74. Voir également, B. MERCADAL, « *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* », RJDA 1994, p. 375.

II- LA RÉALITÉ D'UNE RÉFORME INEFFICACE ET INCOHÉRENTE

217- En dépit de l'impérative nécessité d'homogénéisation et de simplification qui s'imposait, les conditions d'une meilleure articulation des responsabilités pénales des personnes physique et morale ainsi que le régime des sanctions applicables aux personnes morales ne sont nullement abordés par la réforme. La conséquence qui en résulte est une persistance anachronique du principe de spécialité des peines (A), de sorte que la réforme portée par la loi du 12 mai 2009 semble davantage avoir contribué à une complexification du régime pénal de la personne morale qu'à sa simplification (B).

A- L'incohérence entre le régime répressif conservé et les objectifs affichés

218- Parallèlement aux dispositions générales régissant le statut pénal des personnes morales, il existe également des dispositions spécifiques éparses aussi bien dans le Code pénal que dans d'autres codes. Adoptées avant la généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale, ces dispositions avaient été conçues pour être en accord avec le principe de spécialité. Elles seront retouchées par la loi du 12 mai 2009, de sorte que désormais, seul l'article 121-2 du Code pénal affirme le principe de la responsabilité pénale des personnes morales.

Seulement, ces dispositions prévoient également les sanctions susceptibles d'être infligées à la personne morale en dehors des amendes. Aux termes de l'article 131-37 du Code pénal, les personnes morales encourent une peine d'amende, et « *dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39.* » Il est donc impératif de se référer au texte incriminateur afin de savoir s'il prévoit la possibilité de prononcer des peines complémentaires lors de la mise en œuvre de la responsabilité pénale d'une personne morale. La conséquence est que, s'agissant des infractions qui n'étaient pas régies par le principe de spécialité, la personne n'encourt qu'une peine d'amende. Il en résulte alors une persistance du principe de spécialité des peines en dépit de la généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale. Soumises au régime général de la responsabilité pénale, les personnes morales continuent, paradoxalement, de faire l'objet d'un régime spécial s'agissant des peines qui leur sont applicables. Cette ambivalence révèle une incohérence flagrante.

Certes, il est indéniable que la personne morale vise prioritairement un objectif économique et que, de ce point de vue, l'amende apparaît comme la sanction la plus adaptée. D'ailleurs, au regard des moyens qui sont les siens, l'amende qu'elle encourt est égale au quintuple de celle encourue par la personne physique. Cependant, les sanctions complémentaires peuvent aussi s'avérer efficaces, puisqu'elles participent également à la fonction pédagogique de la peine. En de nombreuses circonstances, à l'inverse de la personne physique, aucune peine d'emprisonnement ne peut être prononcée à l'encontre de la personne morale. Ainsi, en matière criminelle, l'article 131-38 du Code pénal prévoit une amende d'un million d'euros à l'encontre de la personne morale, lorsqu'aucune peine d'amende n'est prévue pour la personne physique. La conséquence qui en résulte est édifiante : en effet, en matière criminelle, alors même qu'une personne serait reconnue coupable, seule une amende pourrait être prononcée. Or, dans une situation identique, il est hautement improbable qu'une personne physique ne se voie infligée qu'une peine d'amende. Cette différence de traitement apparaît fort contestable tant au regard du principe d'égalité devant la peine que de celui d'individualisation des peines.

Toutes ces incohérences ont été délaissées par la réforme du 12 mai 2009 dont les apports se sont limités à quelques retouches formelles consistant notamment en une simple modification des textes. Pourtant, le législateur aurait pu saisir l'occasion de cette réforme pour parachever la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales en procédant à une généralisation des peines qui leur sont applicables.

Pour y parvenir, une alternative s'offrait au législateur⁹¹². Ce dernier aurait pu opter, soit pour une

⁹¹²- M.-E. CARTIER, « *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos* », in Mélanges dédiés à B. BOULOC, « *Les droits et le droit* », DALLOZ, 2007, p. 97.

réécriture intégrale du Code pénal, infraction par infraction, en prévoyant pour chaque infraction des peines complémentaires spécifiques. Cette méthode aurait certes été laborieuse, complexe et fastidieuse, mais elle aurait eu le mérite d'être cohérente, permettant une réelle individualisation des peines en fonction de chaque infraction. Soit, il aurait pu procéder à la suppression des dispositions spécifiques, mettant ainsi un terme, non seulement à leur caractère redondant au regard de l'article 121-2, mais aussi au principe de spécialité des peines, et modifier les articles 131-37 et suivants du Code pénal en spécifiant les conditions de recours aux sanctions complémentaires. L'inconvénient de cette deuxième option aurait été de laisser aux juridictions répressives une marge d'interprétation trop importante.

Cependant, outre le fond, cette réforme semble également révéler des lacunes dans la forme.

B- L'incohérence entre la technique empruntée et les objectifs affichés

219- Une législation figée et inerte ne peut prétendre vouloir régir un contexte économique et social sans cesse mouvant. Elle est contrainte de réagir et de s'adapter en permanence, de sorte que tout vide législatif apparaît désormais comme un échec⁹¹³, comme le symbole d'une législation « sclérosée. » La conséquence logique qui découle de ces exigences constantes à l'égard du droit est la surproduction législative qui entraîne une multiplication et une complexification des normes. La loi du 12 mai 2009 est assez symptomatique de cette évolution.

La réforme portée par cette loi semble illisible et inaccessible en raison de la méthode utilisée. En effet, le caractère « hétéroclite » de la loi du 12 mai 2009 lui confère l'apparence d'une loi *fourre-tout*. Annoncée pourtant comme simplificatrice et clarificatrice, cette loi, qui embrasse de nombreux domaines, se révèle complexe et finit par manquer de cohérence d'ensemble. Elle ne défère guère aux exigences legalistes de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité. D'ailleurs, son adoption n'a nullement permis de parachever le régime de la responsabilité pénale des personnes morales.

De même, elle apparaît comme l'illustration de l'altération de la fonction de la norme. En effet, la norme est parfois utilisée à des fins populistes. C'est le cas des nombreuses lois adoptées « sous l'émotion populaire » sans le moindre recul. C'est à juste titre que le doyen Carbonnier observait qu' « à peine apercevons-nous le mal, que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique⁹¹⁴. » Ce dangereux dévoiement de la fonction de la loi affecte de nombreux domaines du droit. C'est le cas du droit pénal dont l'instrumentalisation est particulièrement délicate, s'agissant d'un droit régalién. La législation « sous la dictature de l'émotion » conduit bien souvent à l'adoption de lois bâclées octroyant au juge répressif une marge d'interprétation excessive, source d'arbitraire judiciaire et donc d'insécurité juridique.

Il ressort de ce qui précède que la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales a, en dépit de son objectif annoncé, incontestablement manqué sa vocation d'alléger le statut pénal du dirigeant. Ce dernier reste majoritairement la cible de la pression pénale au sein de l'entreprise.

Outre la multiplication des acteurs pénalement responsables et le choix majoritaire des juridictions répressives de ne pas décharger pénalement le dirigeant au détriment de la personne morale, l'hypertrophie pénale se traduit également par la double incrimination pénale et administrative.

SECTION IV – LA DOUBLE INCRIMINATION PÉNALE ET ADMINISTRATIVE

220- Lorsque le législateur admet l'existence d'une incrimination administrative à côté d'une incrimination pénale dans les affaires, il affirme implicitement que le droit de sanctionner ne relève

⁹¹³- K. D. KERAMEUS, « *Quelques réflexions sur la longueur et la complexité des textes normatifs* », in Mélanges BLANC-JOUVAN, De tous horizons, Société de législation comparée, 2005, p. 91 et s.

⁹¹⁴- J. CARBONNIER, « *Essais sur les lois* », Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 312.

pas de la seule prérogative judiciaire. En octroyant aux autorités administratives le droit de punir, la loi reconnaît l'existence d'un pouvoir sanctionnateur non judiciaire en droit des affaires. La conséquence directe qui en résulte est la reconnaissance de doubles incriminations dues à l'élaboration parallèle de dispositions répressives. Propre à la législation boursière, ce système a été introduit par la loi du 2 août 1989 qui a octroyé à la Commission des opérations de bourse, aujourd'hui devenue Autorité des marchés financiers (AMF), un pouvoir de sanction propre dont la légitimité est fréquemment remise en question (III). Cette situation engendre une entrée en concurrence. C'était⁹¹⁵ le cas entre le manquement d'initié en droit pénal administratif et le délit d'initié en droit répressif (I). Les conséquences de ce chevauchement sont essentiellement juridiques (II).

I- L'ENTRÉE EN CONCURRENCE DES SANCTIONS PÉNALE ET ADMINISTRATIVE

221- Le 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel déclarait non conforme à la Constitution l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier prévoyant le délit d'initié. Jusqu'à cette date, l'entrée en concurrence des sanctions pénale et administrative en droit boursier était récurrente entre le manquement d'initié en droit pénal administratif et le délit d'initié en droit répressif (A). Moins protectrice du droit à un procès équitable, la sanction administrative aurait dû être abandonnée au profit de la sanction pénale, mais le Conseil constitutionnel en a décidé autrement (B).

A- Le chevauchement entre le manquement d'initié et le délit d'initié

222- Chargée de veiller au bon fonctionnement des marchés financiers, l'AMF peut éditer des règlements dont l'inobservation est constitutive d'une infraction administrative⁹¹⁶. Pour prévenir le chevauchement entre une nouvelle incrimination administrative et une incrimination pénale préexistante, l'homologation des textes émanant de l'AMF est soumise aux dispositions de l'article L. 621-6 alinéa 1 du Code monétaire et financier, si ces textes devaient avoir pour effet d'engendrer une double incrimination. Mais cette prévision reste théorique, puisque le manque d'initié, prévu par l'article 622-1 alinéa 1 du règlement général de l'AMF, punit administrativement l'utilisation d'une information privilégiée, déjà sanctionnée pénalement⁹¹⁷ par l'ancien article L. 465-1 – aujourd'hui abrogé – du Code monétaire et financier. De même, la communication d'une information privilégiée est aussi bien administrativement incriminée par l'article 622-1-1^o du règlement général de l'AMF que pénalement, par l'article L. 465-1 alinéas 2 et 3 du Code monétaire et financier. De même, la diffusion d'informations trompeuses (article L. 465-2 alinéa 2 du Code monétaire et financier et article 632-1 du règlement général de l'AMF) et la manipulation des cours (article L. 465-2 alinéa 1 du Code monétaire et financier et article 631-1 du règlement général de l'AMF) apparaissent doublement incriminées.

Cependant, la procédure d'homologation des textes administratifs n'est pas la seule cause génératrice des doubles incriminations. Le législateur y contribue aussi dans une large mesure. Ce fut le cas du délit d'initié qui a subi une série de retouches législatives l'ayant rapproché du manquement d'initié dont le champ d'application était plus large initialement⁹¹⁸. Par conséquent, toute utilisation d'une information privilégiée s'analysant comme un manquement d'initié n'était pas systématiquement constitutive d'un délit d'initié. Mais les retouches législatives successives apportées à l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 aboutiront à un élargissement du champ d'application du délit et son alignement sur celui du manquement⁹¹⁹.

⁹¹⁵ - Nous utilisons à dessein l'imparfait, le délit d'initié étant aujourd'hui censuré par le Conseil constitutionnel et nous y reviendrons.

⁹¹⁶ - Article L. 621-15 du Code monétaire et financier.

⁹¹⁷ - À quelques éléments près, les deux infractions se rejoignent, voir A. MIDOWSKY, « *Le délit d'initié et ses dangers pour les dirigeants et directeurs de société* », LPA, 20 novembre 1996, p.11.

⁹¹⁸ - *Ibid.*, p.12.

⁹¹⁹ - M. de VAUPLANE et Mme. SIMART, « *Délits boursiers : propositions de réforme* », Revue de droit bancaire et de

L'affaire Pierre BERGÉ est l'illustration de cette évolution législative où l'utilisation d'une information privilégiée qui n'était pas à l'origine constitutive d'une infraction, l'est devenue suite à la modification de l'ordonnance de 1967 par la loi du 2 juillet 1996. Dans cette espèce, Monsieur BERGÉ occupait plusieurs fonctions au sein de la société YVES SAINT-LAURENT GROUPE. Il était à la fois gérant de deux SARL et président du conseil d'administration de deux filiales, les SA YVES SAINT-LAURENT COUTURE et YVES SAINT-LAURENT PARFUMS. En novembre 1992, une enquête menée par la Commission des opérations de bourse sur le marché des titres de la société YVES SAINT-LAURENT GROUPE côtés sur le deuxième marché fait apparaître qu'aux mois de juillet, août et septembre 1992, il avait été procédé par Monsieur BERGÉ à une cession de gré à gré, pour son propre compte, de 35.000 actions, et 85.000 actions pour le compte de Monsieur SAINT-LAURENT. Il lui est fait grief d'avoir procédé à ces cessions alors qu'il était en possession d'informations privilégiées concernant l'état inquiétant des résultats du groupe pour le premier semestre 1992. La COB inflige alors à Monsieur BERGÉ, le 12 octobre 1993, une amende de 3 millions de francs pour transgression du règlement COB n°90-08 du 17 juillet 1990 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée. Monsieur BERGÉ interjeta alors appel de sa condamnation devant la Cour d'appel de Paris, arguant, entre autres, que les transactions de gré à gré échappaient au contrôle de la COB. Mais, le 16 mars 1994, les juges du second degré opposèrent une fin de non-recevoir cet argument en considérant que « *si les transactions de gré à gré obéissent à des règles propres au droit des obligations qui échappent à la compétence de la commission, elles ne sauraient en l'absence de disposition expresse, être exclues du champ d'application du règlement n°90-08 (...)* » Mais, la décision de condamnation ne fut entérinée que partiellement, réduisant l'amende à un million de francs. Néanmoins, Monsieur BERGÉ décida de se pourvoir en cassation. Cependant, la Haute juridiction confirma l'analyse des juges du fond. Conjointement, comme la loi l'y autorise, la COB saisit le parquet aux fins d'une répression des mêmes faits, car le principe du non bis in idem ne reçoit pas application s'agissant du cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives, sous réserve que le cumul des deux sanctions, en matière pécuniaire, n'excède pas le montant le plus élevé de l'une des deux sanctions encourues⁹²⁰. Cependant, dans ce volet pénal, le magistrat instructeur, rendit une ordonnance de non-lieu, le 16 octobre 1995, sur le chef de délit d'initié, en faveur de Monsieur BERGÉ, en considérant que les transactions avaient été effectuées de gré à gré, et non sur le marché. Une divergence portant sur l'interprétation de l'expression « sur le marché », permit donc au prévenu d'échapper à la double incrimination. Mais cette divergence sera aplanie par la loi du 2 juillet 1996 qui va étendre le champ d'application du délit d'initié en abandonnant l'expression « sur le marché. » Il en résulte alors une double inversion : le droit pénal « s'administrative » tandis que le droit administratif « se pénalise. » La loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière aurait dû résorber le problème de la double incrimination en matière d'utilisation d'une information privilégiée. En effet, le projet de loi proposait d'opérer une fusion des deux incriminations en élargissant le champ d'application du délit d'initié. Ce faisant, l'incrimination pénale reprendrait les éléments du manquement d'initié et l'utilisation d'une information protégée ne pourrait être punie que par le juge judiciaire. Mais, la suppression du manquement d'initié et l'attribution du monopole de la répression au juge pénal seront abandonnées. Les hypothèses de cumul en matière d'utilisation d'une information privilégiée vont alors proliférer.

Le système devenant complexe et illisible, il urgeait de retrouver unité et simplicité. Le Conseil constitutionnel va alors trancher.

B- La censure du délit d'initié par le Conseil constitutionnel

223- Dans sa décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier

la bourse 1997, p.89.

⁹²⁰- Cons. const., n°89-260 DC 28 juillet 1989, Rec. 71 ; RFD adm. 1989. 671, commentaire B. GENEVOIS.

prévoyant et sanctionnant le délit d'initié, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005. Cette décision, qui vise à mettre un terme au cumul de poursuites et de sanctions par les juridictions répressives et l'AMF en matière d'exploitation d'une information privilégiée, est conforme à celle rendue, le 4 mars 2014, par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Grande Stevens c/ Italie* et condamnant le double système répressif existant en droit boursier italien, très proche du système français. La juridiction européenne estime que l'interruption automatique des poursuites dans l'autre voie répressive s'impose, dès lors qu'une première sanction est devenue définitive. En effet, comment pourrait-on expliquer au dirigeant condamné à payer une amende pour un fait, qu'il devra en payer une deuxième parce qu'il passe de la sanction de l'AMF pour manquement d'initié à celle infligée par la juridiction correctionnelle pour délit d'initié, alors qu'il s'agit de la même matière répressive et qu'elle est simplement devenue redondante ? Cette contradiction découle du fait qu'on désigne sous des vocables de pénal et d'administratif le même phénomène répressif.

En outre, l'on peut s'interroger sur la pertinence de la censure du délit d'initié par le Conseil constitutionnel. Si le législateur avait saisi l'occasion de la loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière pour supprimer l'infraction de manquement d'initié, la juridiction constitutionnelle n'aurait point été saisie pour se prononcer sur la constitutionnalité du délit d'initié. En censurant l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier, elle visait sans doute tacitement à rétablir les lignes de démarcation entre l'instance administrative et la juridiction pénale en rappelant à cette dernière sa fonction régaliennne sanctionnatrice des comportements graves et moralement répréhensibles, et en laissant aux institutions administratives la sanction des comportements peu graves qui ne sont pas pris en compte en tant qu'ils constituent des fautes intentionnelles, mais en tant qu'ils compromettent le fonctionnement d'un marché. Au juge pénal, l'appréciation des intentions coupables ; aux autorités administratives la sanction des agissements perturbateurs ; aux juridictions répressives les faits les plus graves et aux organes administratifs la réaction aux transgressions les plus vénielles.

Seulement, cette censure constitutionnelle emporte une conséquence d'ordre procédural. En effet, la sanction pénale résultant du délit d'initié paraît offrir plus de garantie procédurale, notamment en matière de procès équitable, que la sanction administrative issue du manquement d'initié. Le respect des règles processuelles doit alors être assuré par le juge du recours⁹²¹. De nombreuses décisions de la COB, puis ensuite de l'AMF ont été invalidées par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a souvent rappelé le principe d'impartialité posé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁹²². Et, même si l'AMF tend aujourd'hui à s'aligner sur ces principes, cet alignement reste néanmoins en décalage d'une dizaine d'années avec la possibilité qui lui est reconnue de prononcer des sanctions⁹²³. Si le rôle de l'AMF en tant qu'il veille au bon fonctionnement des marchés et peut prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des professionnels n'est pas contesté, son pouvoir de sanction des infractions boursières peut en revanche susciter des réserves. Se pose la question de la légitimité pour une autorité administrative, fut-elle indépendante, d'être dotée d'un pouvoir de sanction, car ce système peut apparaître contraire au principe de séparation des pouvoirs. S'il s'agit de prononcer de véritables peines, le juge répressif apparaît naturellement comme le seul dépositaire de l'autorité légitime⁹²⁴. D'une manière générale, l'intervention administrative n'est pas souhaitable lorsqu'elle ne se justifie pas pleinement par l'intérêt général⁹²⁵. L'on ne devrait recourir à la sanction administrative qu'en cas de non respect de règles administratives. Au regard de toutes ces raisons, il aurait été préférable de

⁹²¹- G. CANIVET, « *Les garanties de procédures applicables à la procédure de sanction de la commission des opérations de bourse* », D. affaires 1996, n°3, p. 68.

⁹²²- Paris, 7 mai 1997, JCP 1997, Ed. E, I, 667, n°14, obs. A. VIANDIER et J-J CAUSSAIN ; décision confirmée par l'assemblée plénière du 5 février 1999, RJDA 3/99, p. 203, note A. COURET.

⁹²³- Loi du 2 août 1989.

⁹²⁴- G. RIPERT, « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », 2^e éd., LGDJ, 1951, n°110, p.249 ; ou encore Y. MAYAUD, « *La justice pénale dans le monde des affaires, Libre propos sur une crise d'autorité* », Justices 1995, n°1, p. 38.

⁹²⁵- M. DELMAS-MARTY, « *Les grands systèmes de politique criminelle* », PUF 1992, p. 290

supprimer l'incrimination administrative de manquement d'initié et de conserver celle pénale de délit d'initié.

Cependant, il convient de constater que la perspective de la fin du cumul suscitée par la décision du 18 mars 2015 a été fortement atténuée par deux récentes décisions de la juridiction constitutionnelle en date du 24 juin 2016 qui ont validé la possibilité d'un cumul de sanctions pénale et fiscale⁹²⁶.

Au demeurant, le chevauchement entre les incriminations administratives et les incriminations pénales engendre des conséquences essentiellement d'ordre juridique.

II- LES CONSÉQUENCES D'UNE DIVERGENCE ARTIFICIELLE

224- En cas de concours idéal, une seule qualification est retenue, une seule déclaration de culpabilité est prononcée, et une seule sanction est infligée. C'est l'application de la règle non bis in idem qui veille à ce que le prévenu dont l'agissement peut recevoir plusieurs qualifications distinctes ne fasse l'objet de plusieurs sanctions⁹²⁷. La pluralité d'incriminations ne doit pas conduire à la pluralité de sanctions, au risque d'aboutir à une répression disproportionnée et d'être contraire à la fonction de la peine.

La règle du non bis in idem est consacrée par des dispositions internationales telles que l'article 14 paragraphe 7 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques de New York et l'article 4 paragraphe 1 du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme n°7. Elle a donc vocation à s'appliquer en droit interne.

Pourtant, elle est méconnue par le droit français qui pratique la double incrimination, s'obstinant à ne pas y voir un cumul de qualifications pénales, en dépit du caractère pénal qui s'attache à la sanction administrative (A). Et, même s'il existe des limites au principe du cumul, celles-ci ont une portée relative (B).

A- L'atteinte au principe du non bis in idem

225- En cas d'incrimination pénale et administrative d'un même comportement, il y a un concours de qualifications, puisque l'incrimination administrative appartient à la matière pénale au regard de ses spécificités. En conséquence, la rencontre d'une incrimination pénale et d'une incrimination administrative devrait donner lieu à l'application de la règle du non bis in idem, car il s'agit de deux incriminations pénales en réalité. Mais cette analyse n'était pas celle du Conseil constitutionnel qui, longtemps, a refusé de reconnaître le caractère répressif des sanctions administratives. Ainsi, le 28 juillet 1989, le Conseil s'est prononcé sur la portée du principe non bis in idem, rejetant son application en cas de cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale⁹²⁸. Saisie sur l'article 5 de la loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers, jugé contraire au principe du non bis in idem, qui habilitait la COB à prononcer des sanctions pécuniaires pouvant se cumuler avec des sanctions pénales, la juridiction constitutionnelle a considéré que « *sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe dont la violation est invoquée a valeur constitutionnelle, il convient de relever qu'il ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives.* » En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de s'intéresser à la valeur constitutionnelle ou non de la règle non bis in idem, puisqu'elle n'a de toute façon pas vocation à s'appliquer dans le cadre du cumul entre une sanction administrative et une sanction pénale. Le Conseil s'oppose donc à l'idée d'intégrer la règle du non cumul dans les garanties constitutionnelles issues de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et qui sont tenues d'être observées dans l'ensemble du domaine répressif. Ce faisant, le Conseil autorise un cumul qui ne semble guère justifié (1), d'autant que ce dernier porte atteinte aux dispositions internationales ratifiées par la France (2).

⁹²⁶- Décisions n° 2016-545 et 2016-546 QPC du 24 juin 2016.

⁹²⁷- J. PRADEL, *Op. cit.*, n°302 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Op. cit.*, p. 517

⁹²⁸- Cons. const. n°89-260 DC du 28 juillet 1989, J.O. du 1^{er} août 1989.

1- Une règle de cumul infondée

226- La seule justification qui peut être apportée au cumul des sanctions pénales et des sanctions administratives réside dans l'obsession répressive⁹²⁹, puisque les sanctions administratives ne protègent pas des valeurs juridiques différentes de celles protégées par les sanctions pénales.

Suivant qu'il s'agit d'un cumul de sanctions pénales ou de cumul de sanctions pénales et administratives, le Conseil constitutionnel ne donne pas la même application au principe du non bis in idem. Il l'applique dans le premier cas, mais le rejette dans le second. Cette différence de traitement est d'autant incompréhensible et infondée que les jurisprudences européenne et interne intègrent les sanctions administratives, et notamment celles de l'AMF, dans la sphère pénale. Cette intégration devrait avoir pour conséquence de déclencher l'application de la règle du non cumul. La seule nature administrative de l'autorité prononçant la sanction ne peut suffire à justifier le rejet de la règle du non cumul.

Toutefois, ce rejet pourrait se justifier si, comme en droit pénal, il est fondé sur la pluralité des valeurs juridiques protégées par les textes en concurrence. L'exclusion systématique par le Conseil constitutionnel de la règle du non bis in idem entre sanctions pénales et sanctions administratives conduit à conclure qu'il considère que l'ordre administratif et l'ordre pénal protègent indiscutablement des intérêts juridiques distincts. Or, le recours à la sanction administrative est davantage justifié par des raisons de célérité et de souplesse que par la protection d'une valeur juridique spécifique. En octroyant un pouvoir de sanction à l'AMF, l'objectif était de contourner les obstacles de la loi pénale afin d'apporter une réponse plus réactive aux comportements choquants qui échappent à la répression⁹³⁰. Ainsi, en matière d'utilisation d'une information privilégiée, il serait donc « *assez superficiel de vouloir justifier la dualité des contentieux répressifs par la différence de fondements de deux actions (régulation économique du marché d'un côté, loyauté des transactions de l'autre*⁹³¹.) Justifier le cumul des sanctions pénales et administratives par la protection d'intérêts juridiques différents est donc un argument qui ne peut prospérer, puisque les deux infractions visent les mêmes objectifs au rang desquels, la protection de l'égalité entre les investisseurs⁹³². L'assimilation des deux infractions par la loi du 2 juillet 1996, leur fusion à travers l'alinéa 3 de l'article 465-1 du Code monétaire et financier, ainsi que l'intégration des sanctions de l'AMF par la jurisprudence européenne dans la sphère pénale plaident toutes en faveur de la protection d'une valeur juridique unique.

Au regard de tous ces éléments, le rejet du principe du non bis in idem entre sanctions administratives et sanctions pénales semble totalement infondé. Ce rejet est d'autant plus injustifié encore qu'il porte atteinte aux dispositions internationales engageant la France.

2- Une règle de cumul en conflit avec les traités internationaux ratifiés par la France

227- La règle du non bis in idem est consacrée par des dispositions internationales telles que l'article 14 paragraphe 7 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques de New York et l'article 4 paragraphe 1 du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme n°7. Cette règle s'impose donc en droit interne, même si la ratification de ces traités internationaux par la France ne l'empêche pas de limiter la portée de la règle.

La jurisprudence considère que la double sanction pénale et administrative n'est pas inconciliable avec les traités internationaux qui n'ont pas vocation à recevoir application dans le cadre du cumul

⁹²⁹- J-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 77.

⁹³⁰- P. BÉZARD, « Le pouvoir de sanction financière directe de la Commission des opérations de bourse », LPA 17 janvier 1990, p. 52-63.

⁹³¹- W. JEANDIDIER, « Droit pénal des affaires », 6^e éd., DALLOZ, 2005, n°121, note 3.

⁹³²- H. de VAUPLANE et O. SIMART, « Justifications de la lutte pénale contre les opérations d'initié », LPA 28 mars 1994, p. 4-10 ; ou encore TGI, Paris, 15 octobre 1976, JCP 1977 II 18543, note A. TUNC.

entre sanction administrative et sanction pénale⁹³³. Cette position jurisprudentielle s'appuie sur la réserve formulée par la France à l'égard de l'article 4 paragraphe 1 du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme n°7 aux termes de laquelle « seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens de l'article 2 à 4 du présent protocole. En d'autres termes, le principe du non cumul n'a vocation à s'appliquer qu'aux sanctions pénales au sens du droit national et non au sens du droit européen. Et, entendu que la sanction administrative n'est pas une sanction pénale au sens du droit interne, la règle du non cumul n'est pas applicable.

Toutefois, la validité de cette réserve française peut être contestée au regard des dispositions de l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du Pacte de New York.

En effet, l'article 64 de la CEDH pose les conditions de validité des réserves formulées par les États au sujet d'une disposition de la Convention. Ainsi, ce texte prohibe, entre autres, les réserves à caractère général. Et, si la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la réserve formulée par la France, elle l'a fait sur celle formulée dans des termes similaires par l'Autriche. Dans sa décision du 23 octobre 1995⁹³⁴, la juridiction européenne invalide la réserve autrichienne en considérant que « *munie d'une telle désignation, non exhaustive, la déclaration n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'Autriche.* » Autrement dit, la réserve autrichienne visant à limiter aux procédures pénales l'application de la règle non bis in idem, n'offre pas une garantie de précision suffisante pour être en conformité avec les dispositions de l'article 64 de la Convention. Elle a donc été invalidée et est inopérante. Or, comme l'observe à justetitre un auteur, « *la réserve assez générale formulée par la France en marge de l'article 4 souffre, sans doute, du même défaut que la réserve autrichienne*⁹³⁵. » La similitude rédactionnelle entre la réserve autrichienne et la réserve française conduit à penser que la Cour réserverait le même traitement à la réserve française au regard des textes européens⁹³⁶. En conséquence, le principe du non cumul a vocation à s'appliquer en cas de cumul de sanctions pénales au sens de la Convention. Dans ces circonstances, constitue une violation de la règle du non bis in idem, le cumul de la peine infligée en cas de délits boursiers et de la sanction pécuniaire administrative que peut prononcer l'AMF.

C'est ce qu'a rappelé plus récemment la Cour européenne dans son arrêt du 4 mars 2014 Grande Stevens c/ Italie et condamnant le double système répressif existant en droit boursier italien, très proche du système français. Dans cette affaire, l'autorité de la bourse italienne a infligé aux prévenus des sanctions pécuniaires. Ayant interjeté appel de leur condamnation devant la Cour d'appel de Turin, les requérants ont vu le montant de leur amende réduit par les juges du second degré. Mais entre-temps, ils ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel de Turin qui a relaxé l'ensemble des parties. Cependant, la procédure est toujours pendante puisqu'il y a eu appel et pourvoi en cassation. La juridiction européenne a alors enjoint à l'Italie de « *clôturer dans les plus brefs délais les poursuites pénales à l'encontre des deux mis en cause* », parce que les infractions portent sur des faits identiques à ceux pour lesquels les requérants avaient été déjà condamnés par la Consob, le gendarme boursier italien. L'arrêt se fonde sur le principe du non bis in idem. Il invalide également les réserves dont l'Italie bénéficiait jusque-là. Cette décision devrait à terme contraindre la France à mettre un terme au cumul des sanctions pénales et administratives, même si la prise en compte de la jurisprudence européenne par le législateur français est souvent très longue.

Mais en théorie, un arrêt de la CEDH n'est pas nécessaire pour invalider la réserve française. En dehors du fait que la solution du juge européen ne s'impose au juge français⁹³⁷, ce dernier dispose, selon certains auteurs, du pouvoir de contester lui-même la validité de la réserve française à l'égard

⁹³³ - Cass. crim., 20 juin 1996, LPA 1996, n°89, p. 31, obs. C. DUCOULOUX-FAVARD, Bull. Joly 1996, p. 18, obs. J.-F. BARBIÉRI.

⁹³⁴ - CEDH, 23 octobre 1995, Gradinger Série A n°328-C, paragraphe 49-52

⁹³⁵ - S. AUSTRY, « *Cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales : requiem en trois temps pour la règle non bis in idem* », RJF 1997, n°5, p. 289.

⁹³⁶ - *Ibid.*

⁹³⁷ - *Ibid.*

de l'article 64 de la Convention⁹³⁸. Toutefois, cette solution semblait délicate au regard des conséquences qu'elle aurait pu emporter. En effet, compte tenu du manque de précision de la réserve, cette dernière aurait été considérée comme inexistante. Or, l'article 4 du Protocole n°7 additionnel de la Convention s'appliquant à toute la matière pénale, elle aurait conduit à des solutions contraires à la jurisprudence constitutionnelle française qui n'a évolué que récemment avec la censure du délit d'initié le 18 mars 2015.

Par ailleurs, la validité de la réserve française apparaît également contestable au regard du Pacte de New York. C'est l'un des moyens invoqués par les demandeurs au pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui était entrée en voie de condamnation à leur encontre du chef de fraude fiscale alors qu'ils s'étaient déjà vu infliger des pénalités fiscales. Les demandeurs soulevaient, entre autres moyens, l'invalidité de la réserve française au motif que « cette réserve ne saurait prévaloir sur les dispositions de l'article 14-7 du Pacte de New York qui a une valeur supérieure à la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution. Effectivement, la France avait formulé des réserves à l'égard de la disposition européenne, et non à l'encontre de l'article 14 paragraphe 7 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques de New York. Ce dernier doit prévaloir parce qu'il a une valeur supérieure. Prohibant le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives, ce texte peut servir de fondement à l'interdiction du cumul. Mais procédant à une interprétation restrictive dudit texte, la chambre criminelle estima qu'il *« ne trouve à s'appliquer que dans les cas où une même infraction pénale, ayant déjà donné lieu à un jugement définitif de condamnation ou d'acquiescement, ferait l'objet d'une nouvelle poursuite et, le cas échéant, d'une condamnation devant ou par une juridiction répressive*⁹³⁹. » Par cette interprétation déjà donnée par le passé⁹⁴⁰, la Cour de cassation considère la réserve française compatible avec l'article 14 paragraphe 7 du Pacte de New York. Réaffirmant la conformité de la loi française au traité international, elle conserve les mêmes limites à la règle du non bis in idem.

Depuis une vingtaine d'années, la question de la suppression de la double incrimination se pose avec de plus en plus d'acuité en France. Quelques affaires récentes peuvent être mentionnées. C'est le cas de l'affaire Altran où la société du même nom et ses dirigeants ont dû répondre pénalement en 2014 des chefs de faux, présentation de comptes infidèles et diffusion d'informations trompeuses pour des faits remontant à 2002. Quatre des dirigeants avaient pourtant été déjà sanctionnés en 2007 par l'AMF. De même, en janvier 2014, dans une affaire de manipulation de cours, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé le système du cumul des sanctions administratives et pénales en condamnant à une peine de trois mois d'emprisonnement avec sursis le prévenu qui avait pourtant déjà écopé d'une sanction de 250.000 euros infligée par l'AMF⁹⁴¹. On pourrait également mentionner l'affaire EADS et beaucoup d'autres cas de cumul.

Il ressort de la position de la jurisprudence française l'obsession constante de préserver, dans l'ordre juridique interne, l'unité de la solution relative au principe du non bis in idem, ainsi que sa conformité avec la jurisprudence constitutionnelle. Cette dernière ayant récemment évolué, il reste à savoir quelle sera la réaction de la Cour de cassation au regard de cet infléchissement constitutionnel, d'autant plus que les limites fixées par le droit français à la règle du non cumul sont dotées d'une portée relative.

B- La faible portée des limites du principe du bis in idem

228- Le principe du bis in idem, c'est-à-dire du cumul, n'est pas absolu. Il connaît deux limites somme toute relatives. L'une tend à éviter le prononcé de sanction disproportionnée qui ferait perdre à la peine sa fonction pédagogique (1), tandis que l'autre autorise le législateur à ne pas

⁹³⁸ - M. CLIQUENNOIS, sous Cass. crim., 6 novembre 1997, Dr. fiscal 1998, n°521, p. 770 ; P. SHIELE, sous Cass. crim., 20 juin 1996, Dr. fiscal 1997, n°427, p.534.

⁹³⁹ - Cass. crim., 10 novembre 1999, Dr. pénal 2000, n°46, comm. J-H. ROBERT.

⁹⁴⁰ - Cass. Crim., 6 novembre 1997, Dr. fiscal 1998. 521.

⁹⁴¹ - Cass. crim., 22 janvier 2014, pourvoi n°12-83.579.

pratiquer la règle du cumul (2). La faible portée de ces limites ne permet pas de pallier aux conséquences du cumul.

1- L'exigence d'une stricte proportionnalité de la répression

229- La conséquence directe du cumul est le déclenchement de deux procédures, la déclaration de deux culpabilités, ainsi que le prononcé de deux sanctions à l'encontre du prévenu. Le principal risque de la règle du bis in idem est de conduire à une répression disproportionnée, qui serait privée de toute efficacité. Or, le principe de proportionnalité est une règle à valeur constitutionnelle qui a vocation à régir l'ensemble du domaine répressif. Aussi, le Conseil constitutionnel requiert-il, pour éviter la transgression de ce principe, « *que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues*⁹⁴². » Au regard de ce principe, le montant de la sanction pécuniaire administrative et de celle infligée par le juge pénal ne doit pas excéder le maximum de l'une des sanctions encourues. La constitutionnalité du cumul des sanctions pénales et administratives, prononcées à raison des mêmes faits, et pouvant elles-mêmes atteindre un montant similaire, n'est admise que dans les termes fixés par le Conseil constitutionnel. Et, si ce dernier a récemment fini par trancher en faveur de la règle du non bis in idem en matière d'exploitation d'information privilégiée en censurant le délit d'initié, il est encore trop tôt pour évaluer l'impact de son revirement sur la jurisprudence. Le seuil fixé par le Conseil obéit au même principe qu'en cas de concours idéal où seule la qualification la plus grave est retenue. Ce seuil ne peut être franchi ni par le juge répressif, ni par l'AMF. L'appréciation du caractère proportionnel de la sanction s'opère globalement en prenant en considération la sanction pénale et la sanction administrative.

Ultérieurement, le législateur prendra en compte la limite constitutionnelle en modifiant l'ordonnance du 28 septembre 1967 par la loi du 2 juillet 1996. La nouvelle disposition insérée à l'ordonnance prévoit que « Lorsque la Commission des opérations de bourse a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce⁹⁴³. » Le juge répressif dispose donc du pouvoir de modérer la règle du cumul. Mais, il ne s'agit que d'une possibilité, et non d'une contrainte. La portée de cette modification législative est donc limitée.

Introduit pour atténuer les conséquences du cumul, le principe de proportionnalité serait plus favorable au prévenu si la règle du non bis in idem s'appliquait. En droit boursier, le délit de communication d'une information privilégiée initialement prévu à l'article 465-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier – supprimé depuis la censure de l'article 465-1 par le Conseil constitutionnel – n'exposait pas son auteur à la même amende dans le domaine administratif que dans le domaine pénal. Punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende, la même infraction réalisée par un initié en droit pénal administratif (article 622-1-1° du règlement général de l'AMF) expose ce dernier à une sanction pécuniaire d'un montant de 1.500.000 euros ou du décuple du profit éventuellement réalisé. L'amende pénale encourue est donc considérablement inférieure à celle encourue en matière administrative. Cependant, en se conformant à la limite constitutionnelle qui impose que le montant global des amendes ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des amendes encourues, cette règle expose l'initié qui aura communiqué une information privilégiée à une sanction globale de 1.500.000 euros et plus. Le principe du cumul a donc pour effet de faire encourir au prévenu une amende cent fois supérieure à celle qu'il aurait écopée s'il n'y avait eu qu'une sanction pénale.

En définitive, le principe de proportionnalité de la sanction ne résorbe pas les conséquences découlant du rejet de la règle du non bis in idem. Toutefois, cette dernière peut être rétablie si le

⁹⁴²- Cons. const., n°89-260 DC du 28 juillet 1989, J.O. du 1er août 1989.

⁹⁴³- La loi n°203-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière modifie le texte en substituant simplement à la « Commission des opérations de bourse » la « commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers. »

législateur le prévoit.

2- Les exceptions législatives au principe de cumul

230- Si le Conseil constitutionnel admettait, voire sanctifierait le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives, le législateur dispose toutefois de la faculté de déroger à ce principe par une disposition expresse. Ainsi, il rejette parfois, de manière exceptionnelle, ce cumul⁹⁴⁴. C'est le cas des sanctions pouvant être prononcées par l'Autorité de régulation des télécommunications⁹⁴⁵, ou encore par le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁹⁴⁶. Les textes régissant ces deux autorités administratives garantissent la primauté de la sanction pécuniaire pénale quand l'agissement incriminé est susceptible de recevoir à la fois une qualification administrative et une qualification pénale. Ces dispositions dérogatoires restent cependant exceptionnelles et il eut été souhaitable en matière boursière que le législateur instituât un mécanisme identique dans la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

Très insuffisantes pour pallier aux conséquences du rejet de la règle du non bis in idem, les limites au principe de cumul sont dotées d'une faible portée et il est souhaitable que la législation française tire les conséquences de l'appartenance des sanctions administratives à la matière pénale et admette, à ce titre, qu'elles sont soumises à la règle du non bis in idem lorsqu'elles entrent en concurrence avec des sanctions pénales. Il est à souhaiter que la récente censure constitutionnelle du délit d'initié ouvre la voie à une généralisation du principe du non bis in idem. De même, au regard des garanties offertes par la voie pénale, nous pensons que la primauté des sanctions pénales et la subsidiarité des sanctions administratives devraient, à terme, devenir la règle.

Cependant, au-delà de la problématique de la double incrimination pénale et administrative se pose celle juridictionnelle du respect des droits des dirigeants mis en cause par l'AMF.

III- LA CONTROVERSE RELATIVE AUX POUVOIRS JURIDICTIONNELS DE L'AMF ET AU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE

231- Plusieurs affaires médiatiques récentes ont mis une nouvelle fois sur la sellette l'Autorité des marchés financiers (AMF), critiquée, soit pour avoir mené des enquêtes à charge, soit pour avoir prononcé des sanctions particulièrement élevées. En réalité, depuis sa création, l'institution a souvent été au cœur de controverses doctrinales. Ces polémiques l'ont même précédée puisque l'AMF est confrontée, à l'instar de ses prédécesseurs, aux mêmes critiques relatives au respect des droits des dirigeants mis en cause, et plus largement à la légitimité du pouvoir de sanction confié à une autorité administrative indépendante⁹⁴⁷.

Certes, d'importants progrès ont été réalisés. À la suite des mésaventures de la Commission des opérations de bourse devant la cour d'appel de Paris, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 a institué deux organes collégiaux devant l'AMF pour assurer une division des fonctions au cours de la procédure de sanction. De plus, la Commission des sanctions statue hors la présence du rapporteur, du commissaire du gouvernement et du représentant du Collège. La polémique n'en subsiste pas moins au sujet d'abord de ses pouvoirs de contrôle et d'enquête, ensuite de ses pouvoirs de sanctions.

Au regard de ses décisions, il convient de constater que L'AMF ne se montre pas très souvent préoccupée par le respect du principe du contradictoire et celui de la présomption d'innocence. À l'image de la procédure pénale, la procédure devant l'AMF est tiraillée entre plusieurs exigences : le secret de l'enquête n'empêche pas les divulgations et, partant, les supputations des médias, si bien

⁹⁴⁴ - H-M. CRUCIS, « *Sanctions administratives* », Jurisclasseur administratif, fascicule 108-40, n°80.

⁹⁴⁵ - Article L. 36-11.2°b) du Code des Postes et télécommunications.

⁹⁴⁶ - Article 42-1.3° et 48-2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée par la loi du 17 janvier 1989 et la loi du 1^{er} août 2000.

⁹⁴⁷ - T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, ECONOMICA, 2^e éd., 2005, n° 293, p. 278.

qu'une sorte de présomption de culpabilité en vient paradoxalement à peser sur les dirigeants mis en cause. Même si l'enquête n'aboutit pas ou si la relaxe est finalement prononcée, le mal est fait, certains médias étant plus friands de l'honneur éclaboussé d'un haut dirigeant soupçonné que de son innocence finale.

Au même titre que les enquêtes financières, les enquêtes de l'AMF sont en principe secrètes et non contradictoires. L'accès au dossier de l'enquête et à son rapport est restreint. Il est vrai que, selon l'article L. 621-15, I, du code des marchés financiers, l'AMF a la faculté de rendre publique la transmission de son rapport d'enquête au parquet, mais, l'on peut s'interroger sur le caractère judiciaire de cette « *fenêtre* » d'information⁹⁴⁸.

Malheureusement, la timidité de la jurisprudence constitutionnelle est patente et paraît même s'apparenter à une sorte de caution. Le principe du contradictoire ne reçoit application qu'à compter de la notification des griefs, en conformité avec la jurisprudence des hauts conseillers⁹⁴⁹. Or, la connaissance des pièces du dossier ne peut avoir lieu qu'après cette notification et elle se trouve encadrée dans un délai réduit de deux mois, sans compter que la communication ne porte pas sur l'intégralité du dossier, mais uniquement sur les pièces souhaitées par les services de l'AMF.

Il n'est pas acceptable que le dirigeant, faisant l'objet d'une enquête, n'ait pas connaissance pour autant du grief qui lui est fait et ne puisse accéder au dossier, pas plus qu'il ne puisse être entendu. Même si le rapprochement avec la procédure inquisitoire d'un juge d'instruction en voie de disparition est en partie excessif⁹⁵⁰, il est inquiétant de relever que ce type de procédure persiste devant l'AMF. Si les règles procédurales en matière pénale permettent à tout individu mis en cause, ou du moins à ceux qui le sont dans certains types d'affaires, de prendre connaissance de leur dossier, il est inconcevable que la procédure suivie devant l'AMF ne présente pas cette garantie.

Le principe de la présomption d'innocence, qui vaut tant pour les pouvoirs d'enquête que pour les pouvoirs de sanction, mérite une attention particulière. Le Conseil constitutionnel l'a hissé au rang de principe constitutionnel, mais garantit peu son respect⁹⁵¹. Il accepte notamment les « *présomptions de culpabilité* » sous certaines conditions. Or, l'AMF pose dans certaines affaires des présomptions de connaissance ou d'utilisation conformes à la jurisprudence du Conseil, laquelle jurisprudence est elle-même discutable. De plus, ces présomptions apparaissent irréfragables au mépris des conditions posées par les hauts conseillers.

À rebours de la règle ancestrale, *non bis in idem*, reprise par le protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, une même personne ne peut se voir doublement infliger des sanctions administratives et des sanctions pénales. A cet égard, le rapport COULON avait justement souhaité que le cumul des sanctions fût limité. Il constatait que les législations voisines avaient des règles souvent très différentes des nôtres et qu'elles évitaient majoritairement le cumul des sanctions. Aussi appelait-il à une création d'équipe commune d'enquête administrative et judiciaire, et à un échevinage au sein de la cour d'appel de Paris⁹⁵². Surtout, il prônait pour l'AMF une obligation de dénonciation immédiate au parquet des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, et ce sans attendre la notification de griefs, une conduite parallèle de l'enquête administrative et de l'enquête judiciaire, un sursis à l'engagement des sanctions par l'AMF dans l'attente de la décision finale du parquet, la possibilité d'un renvoi de la procédure à l'AMF pour une sanction administrative à l'issue de l'enquête pénale et après avis de cette dernière, et enfin, la possibilité d'une poursuite par le parquet au cas où une sanction administrative ne serait finalement

⁹⁴⁸- S. LOYRETTE, *Le contentieux des abus de marché. Procédure de sanctions de l'AMF. Information financière. Opérations d'initiés. Manipulations de cours*, Joly, 2007, n° 45 s., p. 49 s

⁹⁴⁹- Cons. const. n° 84-184 DC, 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, consid. 35.

⁹⁵⁰- C. ARSOUZE, *Procédures boursières. Sanctions et contentieux des sanctions*, Bull. Joly, 2008, n° 294, p. 416 s.

⁹⁵¹- J.-P. FELDMAN et alii, *Avancer vers l'Etat de droit. Droit et présomption d'innocence*, Cheminements, 2008; notes sous Cons. const. 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC, JCP G 2008. II. 10077, et sous décision 10 juin 2009, n° 2009-580 DC; JCP G 6 juill. 2009. 101.

⁹⁵²- Rapport au garde des Sceaux, *La dépenalisation de la vie des affaires*, groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La Doc. fr. 2008, p. 67-68.

pas prononcée⁹⁵³. Toutefois, ces propositions apparaissaient à tout le moins timides et incomplètes dans la mesure où, si le cumul de sanctions avait été en ligne de mire, il n'en avait pas été de même s'agissant du cumul des enquêtes⁹⁵⁴.

Le Conseil constitutionnel avait validé le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁹⁵⁵ avant d'entériner l'éventualité d'une procédure et d'un cumul de sanctions sous réserve du respect du principe de proportionnalité, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne pouvant dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues⁹⁵⁶. Néanmoins, après avoir rappelé la légitimité d'une AMF dotée d'un pouvoir de sanction propre, le Conseil avait ultérieurement décidé de manière très ferme qu'une sanction administrative de nature pécuniaire ne pouvait se cumuler avec une sanction pénale⁹⁵⁷. Pourtant, c'est pratiquement dans sa même composition qu'il reprendra, un an plus tard, son considérant de 1989 relatif au principe de proportionnalité⁹⁵⁸. Dans ces conditions, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si la jurisprudence du Conseil constitutionnel respecte l'individualisation des peines. En effet, lorsque le rapporteur propose le montant des sanctions administratives ou lorsque la Commission des sanctions le fixe, l'éventuelle sanction pénale ultérieure n'est évidemment pas prise en considération. Elle l'est d'autant moins que, dans le cas contraire, il y aurait atteinte à la présomption d'innocence.

Le paradoxe relevé par la commission COULON tient à ce que, d'une part, l'on critique l'AMF d'être dotée de prérogatives pénales sans présenter les garanties attachées à une procédure de cette nature, et d'autre part, à ce que le juge pénal soit accusé de méconnaissance d'une matière technique, de lenteur procédurale et de laxisme dans les sanctions prononcées. Il convient de ne pas négliger l'importance considérable du pouvoir de sanction de l'AMF : sanctions liées à l'exercice des activités des professionnels concernés et/ou sanction pécuniaire jusqu'à dix millions d'euros ou jusqu'au décuple du montant des profits éventuellement réalisés.

Aussi, afin d'éviter tout soupçon à l'égard de l'AMF, serait-il judicieux de mettre fin au cumul des enquêtes et à celui des sanctions. C'est dans cette perspective que semble intervenue la censure du délit d'initié par la juridiction constitutionnelle, car à défaut d'une protection constitutionnelle, une intervention législative semble nécessaire. La solution paraît d'autant moins utopique que, à la suite de décisions du Conseil d'Etat, la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 a introduit une procédure de récusation devant la Commission des sanctions.

Le respect des droits de la défense dépend aussi et surtout de l'AMF elle-même qui, au-delà de l'intervention du législateur, pourrait modifier un certain nombre de pratiques lors de l'exercice de ses prérogatives de contrôle et d'enquête.

Au terme de ces constatations, il ressort que l'AMF reste une institution largement perfectible, car « *le renforcement des pouvoirs de contrôle/d'enquête de l'autorité boursière ne s'est pas accompagné d'un renforcement corrélatif des droits et garanties des personnes qui sont susceptibles d'en faire l'objet.*⁹⁵⁹ »

SECTION V- LES EFFETS PERNICIEUX DE L'EXCÈS RÉPRESSIF À L'ÉGARD DU DIRIGEANT

232- La matière pénale a aujourd'hui submergé de nombreux domaines juridiques, allant même

⁹⁵³ - *Ibid.*

⁹⁵⁴ - C. ARSOUZE, Op. cit., n° 275, p. 354.

⁹⁵⁵ - Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, consid. 20 s.

⁹⁵⁶ - Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, consid. 22.

⁹⁵⁷ - Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, consid. 15.

⁹⁵⁸ - Décision n° 97-395 DC, 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, consid. 41.

⁹⁵⁹ - C. ARSOUZE, Op. cit., p. 139.

jusqu'aux juridictions administratives indépendantes⁹⁶⁰. Cet excès répressif engendre non seulement une large ineffectivité du droit pénal _ nous y reviendrons dans les développements suivants_ mais génère aussi de nombreuses conséquences dévastatrices tant à l'égard du dirigeant que de son entreprise. Ces conséquences sont en réalité les effets pervers de la furie répressive dont fait l'objet le dirigeant. La perversion de ces effets s'apprécie au regard de l'objectif initial poursuivi par le législateur⁹⁶¹. Le recours au droit pénal devait marquer l'importance particulière de certaines règles dans la vie économique par la répression de leur inobservation. Les effets recherchés étaient donc de garantir l'effectivité des normes civiles par la dimension dissuasive de la répression pénale. Seulement, ces objectifs n'ont été qu'imparfaitement réalisés. Et quant à l'excès répressif auquel conduit cette situation, il engendre de nombreux effets pervers.

Incontestablement positif en soi, l'effet dissuasif paralyse le dirigeant et son entreprise quand il s'avère excessif (I). Quant à l'effet répressif, alors même qu'il est censé accentuer la protection de certaines règles en droit pénal économique, il aboutit paradoxalement, d'une part, à laisser leur méconnaissance sans réponse juridique (II). D'autre part, d'un point de vue sociologique, l'application du droit répressif n'ayant pas la neutralité du droit civil ou commercial, il produit à l'égard du dirigeant un effet infamant (III) qui en fait une arme de prédilection (IV).

I- UNE RÉPRESSION PÉNALE PARALYSANTE

233- De la nécessité d'une répression pénale mesurée. Depuis fort longtemps, le recours au droit pénal se justifie au regard de son caractère dissuasif. Cet argument mis en valeur par la doctrine utilitariste à laquelle se rattachent BECCARIA et BENTHAM, a eu une incidence directe sur la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Code pénal de 1810, et dans une moindre mesure le nouveau Code pénal. Il en ressort fondamentalement que prévoir une peine préalablement à l'acte infractionnel revient à prévenir le dirigeant indélicat des conséquences de ses actes. En dépit de la minoration de l'aspect dissuasif du droit répressif par certaines philosophies pénales, qui mettent en avant l'absence de libre arbitre du délinquant, comme le positivisme de LOMBROSO, le caractère intimidant du droit pénal n'a jamais été véritablement remis en cause.

Si le droit pénal des affaires produit un effet dissuasif, cet effet varie généralement en fonction des dirigeants, de même que la crainte qu'il suscite est tributaire de facteurs objectifs tels que l'adaptation de la sanction à l'infraction, et de facteurs subjectifs tels que la personnalité du dirigeant, sa perception de la certitude d'une réponse pénale effective à son agissement_ perception largement influencée par la commission antérieure d'infractions restées impunies_ ou encore sa perception de la sévérité de la sanction encourue. Ainsi, en matière de sociétés, il est hautement probable que la crainte d'une répression pénale contraint spontanément la majorité des dirigeants à la prudence et au respect des règles. Mais, si la volonté de respecter les règles du jeu économique domine, encore faut-il que la menace pénale soit bien comprise. Pour beaucoup de chefs d'entreprise, le nombre et la complexité des textes diluent souvent cette menace et crée un sentiment de confusion : si les dirigeants savent vaguement que certains comportements sont prohibés, ils ignorent aussi ceux qui sont effectivement autorisés.

Face à cette « épée de Damoclès » permanente, deux tendances comportementales néfastes s'esquissent chez les dirigeants, l'une résultant du caractère entravant du droit pénal (A) et l'autre de son effet immunisant (B).

A- L'effet entravant de la répression pénale

⁹⁶⁰- Principalement l'AMF, mais d'une manière plus générale, environ 70 administrations sont dotés de prérogatives pénales, tel le Centre national de la cinématographie qui peut infliger des sanctions en matière de billetterie de cinémas.

⁹⁶¹- P. MALAURIE, *L'effet pervers des lois*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à G. CORNU*, PUF 1994, p. 309 et s.

234- Par essence, la société est une technique d'organisation de l'entreprise, du partenariat et du patrimoine. Aussi, les règles en la matière se doivent d'être efficaces afin de servir ces objectifs sans pour autant méconnaître les intérêts propres des associés et des tiers. En protégeant pénalement ces règles, le législateur entendait garantir l'application des dispositions censées garantir ce délicat équilibre. Mais c'était sans compter que le droit pénal ne se cantonne pas à un simple rôle de gardien de règles civiles. En effet, même rendu accessoire à ces règles, il a des incidences propres sur les agissements. Si sa présence rassure en ce qui concerne les infractions les plus classiques en matière de société, notamment celles apparentées au vol, à l'escroquerie ou encore à l'abus de confiance, pour de nombreuses autres, en revanche, infractions formelles ou infractions-obstacles principalement, son omniprésence sature et entrave l'activité du dirigeant. C'est le cas des obligations administratives qu'il impose, telles que les formalités de constitution, les formalités de fonctionnement et celles de dissolution.

235- *Le cas de la constitution.* Pour n'évoquer que les infractions relatives à la constitution de la société anonyme, cinq dispositions⁹⁶² incriminaient une douzaine de comportements particulièrement hétérogènes, des infractions les plus bénignes _ l'émission d'actions sans que les formalités de constitution aient été régulièrement effectuées, l'émission réalisée malgré l'insuffisance de la libération des actions souscrites, ou malgré la non-libération intégrale des actions d'apport avant l'immatriculation, ou encore malgré le non-maintien des actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération⁹⁶³, la négociation irrégulière d'actions⁹⁶⁴ _ aux plus inadmissibles telles que la simulation de souscriptions ou de versement, la publication de faits faux, la majoration frauduleuse des apports en nature⁹⁶⁵. Il faut rajouter à ces infractions celles relatives à la publicité et à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Il ressort donc que, dès la création de son entreprise, avant même toute activité de cette dernière, de multiples menaces pénales pèsent déjà sur le dirigeant en raison du choix d'un système _ certes libéral _ mais au prix d'une permanente menace répressive. De nombreux États ont renoncé à cette voie répressive, s'agissant de la création de la société, au profit d'un contrôle préventif consistant à vérifier la régularité des démarches constitutives au moment de l'inscription au registre des sociétés. Recommandé par la Commission européenne mais rejeté par la loi de 1966⁹⁶⁶, ce système offre pourtant l'avantage d'épuiser a priori une large part des irrégularités que notre droit pénal ne fait que réprimer a posteriori. Le cas de la constitution illustre la difficulté plus large des obligations qu'impose inutilement le droit répressif au dirigeant dans la gestion rapide et efficace de son entreprise (1) (même si ces obligations ont été, par la suite supprimées ou allégées), ainsi que celle relative à l'attractivité du modèle juridique français en la matière (2).

1- Une entrave au dirigeant dans la conduite efficace de sa société

236- La difficulté ici pour le dirigeant est l'omniprésence néfaste du droit pénal au cœur d'un droit régi par des impératifs d'efficacité. Le droit des sociétés ne peut se cantonner à l'arbitrage des intérêts à l'instar du droit civil. Il constitue aussi une technique juridique au service des affaires. À ce titre, et comme le droit commercial dont il est partie intégrante, le droit des sociétés doit tendre largement vers l'efficacité optimale de la société. Cela implique qu'il doit favoriser, entre autres impératifs, la célérité, la simplicité, la souplesse, la sécurité et même la créativité⁹⁶⁷. Le droit français des sociétés n'ignore pas ces exigences. La volonté d'éviter au maximum les nullités ou encore la consécration de la théorie de l'apparence, notamment en admettant la

⁹⁶²- Articles L. 242-1 à L. 242-5 du Code de commerce. Cependant, la loi NRE du 15 mai 2001 a supprimé certaines de ces infractions : L. 242-2 alinéas 1,2 et 3 et L. 242-3 alinéa 3.

⁹⁶³- Article L. 242-1 Code de commerce.

⁹⁶⁴- Article L. 242-3 Code de commerce (l'alinéa 3 étant supprimé).

⁹⁶⁵- Article L. 242-2 Code de commerce (certains cas sont désormais réprimés à titre d'infractions de droit commun.)

⁹⁶⁶- Par la suite, cette recommandation est devenue la directive du 9 mars 1968, M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 4e éd. Refondue, PUF, 2000, p. 318.

⁹⁶⁷- A. COURET, *Innovation financière et règle de droit*, D. 1990, p. 135 et s.

responsabilité de la société en cas d'actes du président ou des directeurs généraux ne relevant pas de l'objet social, illustrent le souci du législateur de garantir la sécurité juridique. Seulement, l'effet de ces éléments positifs est significativement atténué, lorsque, simultanément, la responsabilité pénale est encourue pour des agissements qui ne sont répréhensibles qu'au titre de leur non-conformité à une législation dirigiste et vétilleuse. D'interminables précautions sont imposées au dirigeant au prix d'une nonchalance parfois préjudiciable⁹⁶⁸. Les processus de prise de décisions sont souvent lourdement paralysés par les conséquences potentiellement pénales des choix effectués par le dirigeant et dont le caractère parfois véniel contraste profondément avec la qualification pénale qu'ils peuvent revêtir. Cette incohérence est dénoncée par une partie de la doctrine commercialiste qui considère que « ce carcan pénal imposé aux dirigeants de sociétés qui va à l'encontre du dynamisme nécessaire à la vie des affaires : l'esprit d'entreprise, l'audace dans la lutte pour la conquête des marchés, les impératifs de la stratégie dans la gestion des groupements commerciaux, supposent une liberté d'action qui ne peut se concilier avec la sévère menace de poursuites que le droit pénal brandit à tous les instants de la vie économique⁹⁶⁹. » La menace pénale pesant sur le dirigeant est d'autant plus nette que l'intérêt de la société ne peut le plus souvent pas être invoqué à titre de fait justificatif, le droit pénal étant, par essence, indifférent au mobile. Aussi, comme le remarque, à juste titre un auteur, « au contraire du voleur d'autoradio qui ne se demande pas, au moment du vol, s'il commet ou non un délit, le chef d'entreprise va en maintes hypothèses hésiter sur la conduite à adopter, consulter, et parfois s'entendre répondre qu'il se pourrait que tel choix soit jugé répréhensible. Procèderait-elle d'un scrupule louable, cette hésitation ne lui profitera en rien sur le plan pénal et ce, même si on lui avait dit qu'il y avait très peu de chances que le choix qu'il envisageait soit jugé répréhensible : il a malgré tout pris la décision d'accomplir l'acte répréhensible et plaider qu'il l'a fait dans le souci d'agir au mieux reviendrait à substituer la recherche du mobile de l'acte à celle de l'élément intentionnel du délit, ce que le droit pénal se refuse évidemment à faire (...) Et prétendre avoir agi non par fait exprès mais par négligence ou inattention présente deux redoutables inconvénients. Le chef d'entreprise qui affirme avoir agi sans réflexion, sans discernement ni contrôle fait aussitôt figure de mauvais dirigeant ; soit ce qu'il dit pour sa défense n'apparaît pas crédible – en sorte qu'en plus, sa sincérité est mise en cause – soit l'excuse qu'il avance est prise pour ce qu'elle est : l'aveu d'une autre faute, une faute de gestion, faite d'incompétence ou de légèreté (...)»⁹⁷⁰.

Ainsi, de gardien des règles qui devaient garantir le bon fonctionnement du droit des sociétés, le droit pénal, par son intempérance, est paradoxalement devenu un facteur d'inefficacité. Et s'il paralyse considérablement les dirigeants qui y sont soumis, il dissuade les autres de s'y soumettre.

2- Une entrave à l'attractivité de la législation française sur les sociétés

237- Le caractère répulsif de la pression pénale. L'envahissement du droit des sociétés par le droit pénal était lié à un contexte historique caractérisé par une économie dirigée dans un cadre national et encore peu tournée vers l'extérieur. Malgré la mondialisation économique, ce droit pénal demeure figé et se donne paradoxalement pour objectif de régir une matière sans cesse mouvante. Au niveau communautaire, la suppression des obstacles à la libre circulation des biens et des services facilite l'implantation de sociétés étrangères. En effet, la suppression de ces entraves permet aux dirigeants de sociétés de s'adonner à un véritable *lex shopping*⁹⁷¹. S'il est vrai que les considérations fiscales sont le plus souvent décisives⁹⁷², il reste aussi que les règles pénales dans la vie des sociétés constituent un facteur répulsif du choix de la législation française.

⁹⁶⁸ - J-F. PRAT, *Pénalisation de la vie économique et choix de solutions juridiques*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Op. cit., p. 163 et 166.

⁹⁶⁹ - A. VITU, *Regards sur le droit pénal des sociétés*, op. cit., p. 257.

⁹⁷⁰ - D. COHEN, *Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire?* In *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, op. cit., p. 74.

⁹⁷¹ - Sur cette incidence des règles du droit communautaire, K. RODRIGUEZ, *L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés*, Bull. Joly 2004, p. 330.

⁹⁷² - La France n'est pas non plus très attractive en matière de fiscalité.

En effet, la concurrence ne se déroule pas qu'entre les entreprises ou les dirigeants, elle s'exerce aussi des législations nationales. Pour s'en convaincre, il n'est que d'observer l'existence d'une forte corrélation entre une législation très peu réglementée et le nombre significatif d'entreprises implantées. L'attractivité des législations de complaisance, dites *blue sky laws*⁹⁷³, est bien connue et ne se limite pas qu'aux pays émergents. Ainsi, aux le seul État du Delaware aux Etats-Unis concentre à lui seul plus de la moitié des 500 plus grandes importantes sociétés américaines et 43% des sociétés cotées à la bourse de Wallstreet⁹⁷⁴. En Europe, c'est la législation des Pays-Bas qui est réputée pour sa souplesse⁹⁷⁵. Le capitalisme est le moteur de l'économie moderne et fait des sociétés commerciales le mode d'exploitation de prédilection du capital. Aussi, une répression pénale excessive des dirigeants et, par ricochet, des sociétés, même dans le souci légitime de préserver les intérêts des actionnaires, engendre dans le même temps, la fuite des capitaux⁹⁷⁶. Pour ses formes les plus répandues, la société est un mode de cloisonnement de la responsabilité. Ainsi, en procédant à la généralisation des infractions au sein des sociétés, on passe de la responsabilité civile limitée au patrimoine de la personne morale à une responsabilité pénale « sans mesure » de ses dirigeants.

238- La spécificité française. Or, la législation française sur les sociétés a généralement la réputation d'imposer le plus de dispositions pénalement réprimées au sein des pays développés⁹⁷⁷. Cette particularité répressive française dans l'organisation des sociétés déconcerte les mentalités étrangères habituées à des sanctions pénales bien plus mesurées et procédant généralement du droit pénal commun. Ainsi, un analyste américain s'était indigné au sujet de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales se demandant « par quel processus de raisonnement les auteurs de cette loi ont cru nécessaire de traiter les dirigeants de sociétés sur le même plan que les malfaiteurs ou des criminels⁹⁷⁸. » D'ailleurs, sous l'influence de l'analyse économique du droit qui affirme une subordination du juridique à l'économique⁹⁷⁹, cette perception, dominante dans la doctrine des pays de *Common Law*, s'amplifie. Dans cette perspective utilitariste, le droit pénal est donc appréhendé comme un instrument au service de l'efficacité économique : « le droit trouve dans l'économie de marché, tout à la fois, son fondement, sa raison d'être et son but. Sa fonction consiste principalement à conforter les règles de l'échange marchand et, exceptionnellement, à en corriger les dysfonctionnements⁹⁸⁰. » Cette conception illustre l'antagonisme entre le système juridique du *Common Law* et la majorité de la doctrine française et révèlent la manière dont bon nombre d'acteurs économiques conçoivent le rôle du droit⁹⁸¹.

⁹⁷³- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17e éd. LITEC, 2004, n°82, p. 33.

⁹⁷⁴- Source : Fortune 500. L'État du Delaware séduit moins par son attractivité fiscale que par la souplesse de sa législation sur les sociétés considérée comme la plus importante des États-Unis et pourtant la plus sûre sur le plan juridique car se fondant sur une jurisprudence spécifique et multiséculaire mise en place par les Court of chancery de l'État.

⁹⁷⁵- L'attractivité législative des Pays-Bas ne s'exerce pas seulement sur les entreprises étrangères. Elle est aussi visible sur d'importantes sociétés françaises telles que Aventis, PPR et Alcatel, dont l'État est lui-même parfois actionnaire, comme EADS. À ce sujet, M. ORANGE, *Des nombreux avantages à domicilier une société aux Pays-Bas*, in *Le Monde*, 15 février 2001; ou encore Aff. GUCCI / LVMH, Amsterdam, 27 mai 1999, Bull. Joly 1999, note D. SCHMIDT, p. 874.

⁹⁷⁶- La capitalisation d'Alcatel est ainsi passée de 132 milliards de francs à 60 milliards de francs. Cet effondrement est indéniablement consécutif, au moins en partie, aux ennuis judiciaires de son président. Voir *Le Monde*, 20 avril 1995, p.21.

⁹⁷⁷- *Contribution du MEDEF à la réflexion sur la place du droit pénal dans la société française*, Rapport de juillet 2000, p. 2. L'affirmation nous semble toutefois discutable au regard de la forte pénalisation du droit britannique des sociétés.

⁹⁷⁸- A. J. KEVORKIAN, *Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales*, Gaz. Pal. 1968, doctrine p. 97.

⁹⁷⁹- E. MACKAAY, *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?*, RRJ 1987, p. 419.

⁹⁸⁰- B. FRYDMAN, *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, in *L'économie, la règle juridique et la justice. Propos croisés entre l'économie et le droit*, A. JEAMMAUD, T. KIRAT, E. SERVERIN, éd. du CNRS, Paris 1999.

⁹⁸¹- H. BATIFFOL, *La loi et la liberté*, APD 1980, n°25, p. 79 et s.

239- La dépenalisation apportée par la loi du 22 mars 2012 sur le cas de la constitution. La loi du 22 mars 2012 relative à la simplification et à l'allègement des démarches administratives apporte une recomposition du paysage des sanctions pénales entre autres sur le cas de la constitution de la société. Ainsi, le fait d'émettre des actions avant l'entière libération du capital n'est plus puni d'emprisonnement (article L. 242-17 nouveau Code de commerce). En revanche, La suppression de la peine de prison est souvent accompagnée de l'augmentation de l'amende. L'émission (articles L. 242-1 et L. 242-17 Code de commerce) et la négociation (article L. 242-3 Code de commerce) d'actions avant la libération légale des actions de numéraire n'est plus punie d'une peine d'emprisonnement, mais l'amende de 9 000 euros est portée à 150 000 euros. De même, la suppression des peines d'emprisonnement s'accompagne d'un alourdissement des amendes en ce qui concerne la non libération des actions de numéraires d'au moins la moitié ou la non libération intégrale des actions d'apport avant l'immatriculation de la société (articles L 242-1 du Code de commerce), la négociation des actions de numéraires non libérées de moitié (article L242-3 du Code de commerce)

Par ailleurs, cette loi abroge les dispositions pénales relatives à l'absence de mentions afférentes à la répartition du capital, à la libération des parts ou le dépôt des fonds dans les statuts d'une SARL (abrogation de l'article L241-1 du Code de commerce), au non maintien dans les sociétés par actions des actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération, à la négociation, dans les sociétés par actions, des actions de numéraire qui ne sont pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération (modification de l'article L242-3 du Code de commerce.)

Le droit pénal apparaît donc comme une véritable menace permanente à l'égard des dirigeants. Cependant, certains de ces derniers ignorent la menace soit par méconnaissance, soit par intérêt ou encore par fatalisme.

B- L'effet d'une répression inéluctable

240- La politique de l'excès répressif (1) conduit à deux types de méconnaissance de la loi pénale : celle par ignorance (2) et celle par prise de risque (3).

1- Le principe de saturation pénale

241- L'excès en toute chose est nuisible. De même, l'excès de droit pénal porte préjudice à la fonction primaire du droit pénal. Ainsi, la méconnaissance du principe d'économie du droit pénal génère un principe de saturation, et en même temps un sentiment de saturation chez les dirigeants. Selon le doyen CARBONNIER, cette situation procède de l'inflation législative : « À des injonctions trop nombreuses, l'attention ne répond plus, ni l'obéissance (...) L'ineffectivité des lois, à des degrés variables, c'est le trop plein par où l'équilibre se rétablit entre la volonté du pouvoir et la tolérance du corps social. Ceux qui légifèrent devraient bien connaître ce principe de saturation⁹⁸². » Il est évident que, s'agissant du droit des sociétés, le législateur a méconnu le principe d'économie du droit pénal et la modération qu'il exige. La conséquence naturelle d'une telle situation est l'inobservation du superflu, de l'excédent, du trop-plein pénal. Partageant ce constat, le doyen RIPERT, pourtant connu pour son intransigeance avec l'impératif moral, justifie aussi cette violation par les propres excès du droit répressif : « il ne faut pas voir dans cette désobéissance à la loi l'accident dû à une déficience de la moralité ; c'est la loi qui crée elle-même l'immoralité en exposant les hommes à commettre à chaque instant un délit pénal, si bien que les véritables délits n'apparaissent pas plus coupables que les autres. À déclarer indignes tant de gens qui ne le sont pas, on affaiblit l'indignité de ceux qui le sont⁹⁸³. » Ce constat est particulièrement avéré en droit des sociétés où le législateur a opéré une assimilation entre les comportements les

⁹⁸²- J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Defrénois 1979, p. 274.

⁹⁸³- G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd. LGDJ, 1951, n°113, p. 255.

plus bénins et ceux les plus frauduleux.

La saturation et l'amalgame participent inéluctablement à la méconnaissance des lois par le dirigeant. Cette désobéissance ne peut se concevoir que de manière très diverse, touchant davantage les infractions résultant de la violation de règles arbitraires que celles réprimant véritablement des comportements frauduleux, mieux admises et mieux observées.

De même, s'agissant des raisons de cette inobservation, elles sont diverses. Ainsi, si certains dirigeants commettent des infractions à la législation sur les sociétés par ignorance, d'autres en revanche, le font par calcul en optant délibérément pour une prise de risque.

2- La transgression par ignorance

242- L'ignorance réelle de la responsabilité encourue est l'une des premières explications à apporter à la transgression de la loi par le dirigeant. Ainsi, dans de nombreuses sociétés – souvent des petites – la connaissance des règles régissant le fonctionnement des sociétés est parfois quasi-inexistante, et si l'expert-comptable est parfois le seul à en rappeler l'existence, ce n'est que ponctuellement et pour les plus importantes. Et s'il est vrai que « nul n'est censé ignorer la loi », la réalité est que nombreux sont les dirigeants qui l'ignorent, sans que cette transgression ne puisse en rien leur être bénéfique. Les infractions les plus fréquentes, telles que l'abus de biens sociaux, sont connues et, de ce fait, évitées. Mais, s'agissant des autres, leur complexité suffit à décourager les dirigeants dont la logique et les préoccupations sont davantage économiques que juridiques.

3- La transgression délibérée

243- À l'inverse des dirigeants qui transgressent des obligations pénalement sanctionnées par ignorance, d'autres le font de manière totalement consciente et délibérée en acceptant la prise de risques. Ces derniers ont une parfaite connaissance des risques qu'ils encourent en enfreignant les règles, mais décident néanmoins de passer à l'acte en connaissance de cause, soit parce qu'ils doutent de l'effectivité de la répression, sentiment d'accoutumance né de l'habitude de la violation et renforcé par la rareté des sanctions, soit parce qu'il apprécie objectivement le risque pris au regard des bénéfices pouvant découler de la commission de l'infraction et la probabilité de voir leur responsabilité pénale engagée. Cette dernière hypothèse est à rattacher à la théorie de « la violation efficace⁹⁸⁴ », élaborée en doctrine anglo-saxonne à propos de la rupture contractuelle et étendue depuis à d'autres situations⁹⁸⁵. Selon cette théorie, il peut être, dans certains cas, plus avantageux de transgresser la loi que de la respecter. Mais s'il est vrai que le droit français n'est encore que peu imprégné de cette logique, il reste néanmoins que la menace pénale n'est pas toujours constitutive d'un frein à la commission d'une infraction dont l'avantage escompté est supérieure à la sanction encourue. Ainsi, la violation de l'obligation d'information des actionnaires en cas de franchissement de seuil de participation⁹⁸⁶ est pénalement sanctionnée par une amende de 18 000 €⁹⁸⁷. Cette règle vise notamment à éviter le ramassage de titres en bourse avant une prise de contrôle. Cependant, son efficacité est fort contestable, la dissuasion pénale s'avérant, de fait, inexistante. En effet, le bénéfice escompté d'un franchissement occulte est « l'effet de surprise ». Ce dernier est bien plus important dans la décision à prendre que le montant de la sanction, dérisoire à l'échelle de sociétés cotées. Sur ce point, la sanction civile consistant dans la suspension temporaire des droits de vote a incontestablement une meilleure incidence⁹⁸⁸.

La solution ne résiderait pas pour autant dans un alourdissement exagéré des peines, car cela

⁹⁸⁴ - B. RUUDDEN et P. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, RID comp. 1986, p. 1015 et s.

⁹⁸⁵ - M. POLINSKI et M. SHAVELL, *The economic theory of the enforcement of the Law*, *Journal of economic literature*, vol. XXXVIII, mars 2000.

⁹⁸⁶ - Article 233-7 du Code de commerce.

⁹⁸⁷ - Article 247-2 du Code de commerce.

⁹⁸⁸ - Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, tome 1, 12e éd., ECONOMICA, 2003, n°586, p. 634.

produirait l'effet inverse à celui recherché. En effet, il a été observé que plus la peine encourue est importante, et moins les juridictions répressives s'autorisent à la prononcer dans toute sa rigueur, conscientes sans doute de l'écart existant entre la rigueur légale prévue et la gravité réelle de l'infraction. Il en ressort donc que l'effet dissuasif attendu de la sévérité de la sanction est paralysé par l'excès de cette dernière⁹⁸⁹. Le critère de détermination de la peine efficace, au sens où son effet dissuasif serait garanti, doit davantage être fixé au regard de la gravité du comportement que de la sévérité de la peine⁹⁹⁰. Ainsi, il paraît plus approprié, dans un milieu où la réputation est fondamentale, de songer à développer, à l'instar de certaines législations étrangères⁹⁹¹, des sanctions spécifiques de publicité visant à porter atteinte à l'honorabilité des dirigeants indécents, et à provoquer, par conséquent, la réaction des actionnaires.

II- UNE RÉPRESSION PÉNALE ÉCLIPSANT LES ALTERNATIVES À LA SANCTION PÉNALE

244- La loi du 24 juillet 1966 a considérablement renforcé le rôle du droit répressif, à telle enseigne que son omniprésence semble avoir éclipsé de la vue du législateur les sanctions alternatives applicables à la violation des dispositions pénalement sanctionnées.

La première alternative qui a été occultée est assurément la nullité à laquelle le droit des sociétés réservait une place importante avant la loi de 1966. Cependant, dans un souci de sécurité juridique, les cas de nullité furent considérablement restreints sous l'emprise du droit communautaire⁹⁹². Ainsi abandonnée très largement, la nullité a été remplacée par une kyrielle d'infractions censées prévenir les irrégularités. La sanction de la méconnaissance a alors été transférée de l'acte au dirigeant devenu, par ce processus, un délinquant. Et alors que ce procédé dissuasif était censé pallier a priori les cas de méconnaissance des obligations et les réprimer a posteriori, son application concrète révèle que la substitution d'une sanction pénale à la sanction civile de la nullité engendre des difficultés aussi bien pratiques que théoriques. En effet, en produisant un nombre aussi considérable d'infractions et en ne se prononçant pas de manière claire sur les nullités, le législateur a généré une confusion que la doctrine a tenté de clarifier. Compensant aujourd'hui un excès par un autre, il a tendance, dans ses dernières réformes, à prévoir trop souvent la nullité comme une alternative systématique à la répression pénale.

En réalité, la difficulté réside dans la conciliation de la nullité et des sanctions pénales. À l'opposé des nullités virtuelles généralement admises dans les autres branches du droit privé, le droit des sociétés ne recourt à la nullité que lorsque cette dernière est prévue par un texte. C'est ainsi qu'en matière de sociétés commerciales, l'article L. 235-1 2° du Code de commerce ne prévoit la nullité des actes et délibérations non modificatifs de statuts que dans l'hypothèse de la transgression d'une disposition impérative de la loi sur les sociétés ou de celles régissant les contrats. La notion de « disposition impérative de la loi » fut alors au cœur d'une intense controverse doctrinale, la question se posant de savoir si la seule sanction pénale d'une disposition consacrait nécessairement son caractère impératif au sens de la loi. Sur cette question, les juridictions du fond ont un temps marqué leurs divergences d'appréciation, certaines ayant considéré que tout acte « ayant pour cause ou pour objet un fait réprimé par la loi pénale » est entaché de nullité⁹⁹³. Ainsi, « l'existence d'une infraction, même non constatée dans les formes de la procédure pénale, constitue un “plancher de

⁹⁸⁹- A. VIITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 6e éd., CUIJAS 1982, n°742; ou encore G. ROUJOU de BOUBÉE, *La sanction en droit pénal économique français*, Ann. Fac. de droit de Toulouse, 1972, p. 175.

⁹⁹⁰- MONTESQUIEU, sur la nécessaire adéquation de la peine à la gravité de l'acte, *L'esprit des lois*, Livre VI, Chap. XVI.

⁹⁹¹- Le concept du “*naming and shaming*” est une proposition formulée en droit britannique par le rapport du groupe de recherche mis en place par le gouvernement en vue de la réforme du droit des sociétés. Voir le document consultatif du *Company Law Review Steering group, Modern company Law for a competitive Economy : Completing the structure*, novembre 2000, Chap. 13, Sanctions, parag 13.77 à 13.81.

⁹⁹²- La première directive européenne du 9 mars 1968 avait déjà influencé la loi du 24 juillet 1966. De même, une proposition de directive déjà adoptée le 21 février 1964 a conduit à réduire davantage les cas de nullité (ord. du 20 décembre 1969; loi du 4 janvier 1978; Loi du 13 juin 1989.)

⁹⁹³- Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. sociétés 1980, note C. MOULY, p. 637.

“répression qui justifie l’application d’une nullité⁹⁹⁴. » D’autres, en revanche ont défendu la position inverse, rejetant la nullité d’une disposition pénalement sanctionnée⁹⁹⁵. La chambre criminelle semble avoir adopté cette solution⁹⁹⁶. La doctrine majoritaire approuve de longue date cette solution, soit en la fondant sur l’autonomie du droit pénal par rapport au droit civil, soit en recourant à l’esprit général de la loi qui n’a restreint les causes de nullité qu’en les remplaçant généralement par des sanctions pénales. L’on évoque ainsi l’inaptitude de la nullité à garantir le respect de la loi, face à la répression pénale qui serait plus efficace, car plus adaptée⁹⁹⁷. Seulement, cette dernière approche semble pécher par la technique utilisée (A) qui conduit à une analyse erronée (B).

A- Une approche inadéquate

245- L’inadéquation de la technique utilisée réside dans la fausse alternative nullité ou sanction pénale, c’est-à-dire l’assimilation erronée établie entre deux procédés intrinsèquement différents. Alors que la sanction pénale est le châtement infligé à une personne en conséquence de son comportement contraire à la loi⁹⁹⁸, la nullité est la sanction encourue par un acte juridique entaché d’un vice de forme ou de fond qui consiste dans l’anéantissement de l’acte⁹⁹⁹. L’inadaptation de la technique réside donc dans l’espérance d’obtenir les mêmes effets en procédant à l’intervertissement des deux sanctions, ce qui revient à établir une confusion entre la sanction de l’acte et celle de l’homme. Si l’objectif du législateur est de garantir la protection effective des dispositions obligatoires exigées pour la régularité d’un acte, il convient de reconnaître que la sanction de l’irrégularité doit nécessairement viser l’acte. Ce dernier étant seul vicié, le remède à cette irrégularité ne saurait provenir de l’extérieur. Ensuite, le législateur peut, s’il le souhaite, apprécier l’opportunité ou non d’une telle sanction. S’il la retient, il déterminera alors la portée à lui conférer. De la même manière, il lui revient de déterminer si, outre la nullité de l’acte, il convient ou non de sanctionner le dirigeant ayant méconnu les dispositions de la loi. Si la répression pénale peut s’avérer dissuasive, elle ne remédie nullement à l’irrégularité de l’acte. La loi présente d’ailleurs, dans certaines hypothèses, des dispositions doublement sanctionnées par la nullité et par la répression pénale, preuve donc que deux sanctions ne sont nullement exclusives l’une de l’autre. Il en est ainsi de l’article L. 225-100 alinéa 2 du Code de commerce qui impose au conseil d’administration ou au directoire de présenter à l’assemblée générale ordinaire son rapport ainsi que les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés. Cette obligation est à la fois sanctionnée par la nullité et réprimée pénalement. En effet, d’après l’article L. 225-100 du Code de commerce, les délibérations prises en violation de cette obligation sont nulles. Quant à l’article L. 242-10 du même code, il punit d’une peine d’emprisonnement de 6 mois ainsi que d’une amende de 9000 €, le fait pour le président ou les administrateurs d’une société anonyme de ne pas soumettre à l’approbation de l’assemblée générale ordinaire les comptes annuels et le rapport de gestion. Il ne peut donc être soutenu, au regard des motifs avancés pour écarter la nullité d’une disposition par ailleurs pénalement réprimée, qu’une sanction pénale est plus adéquate ou plus efficace qu’une nullité. De même, il semble difficilement compréhensible de sanctionner pénalement un comportement tout en laissant ses conséquences intactes. En réalité, ces deux sanctions ne sont pas inconciliables car, une nullité permet bien souvent de remédier efficacement à l’irrégularité de l’acte, alors qu’une sanction pénale ne le pourra jamais. De même, si la nullité ne produit aucun effet sur l’irrégularité de l’acte adopté, telle qu’une délibération d’assemblée générale réunie plus de six mois après la clôture des comptes, une répression pénale serait tout aussi inappropriée.

⁹⁹⁴ - *Ibid.*

⁹⁹⁵ - Paris, 21 mars 2000, Bull. Joly 2000, note P. LE CANNU, p. 960.

⁹⁹⁶ - Cass. com. 3 janvier 1996, JCP 1996, II, 808, note H. HOVASSE.

⁹⁹⁷ - J. HEMARD, F. TERRÉ, et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, tome 3, DALLOZ, 1978, n°731.

⁹⁹⁸ - J-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6e éd. Refondue, PUF, 2005, p. 54.

⁹⁹⁹ - G. CORNU, *Vocabulaire juridique Capitaine*, 8e éd., PUF, 2000.

Sanctionner l'individu ne revient donc pas systématiquement à pallier l'irrégularité de son acte. Trop souvent, le législateur n'a envisagé comme option que l'alternative entre la nullité et la sanction pénale. Si la même logique est encore aujourd'hui observable, elle semble s'appliquer, en revanche, en sens inverse. Ainsi, la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a massivement recouru à la nullité comme solution de substitution à la répression pénale. Seulement, il s'agit là d'une dépenalisation effectuée parfois sans nuance, comme en atteste la nullité prévue d'une manière générale pour toute violation des règles relatives à l'augmentation de capital, la loi ayant prévu la nullité d'une vingtaine d'articles, indépendamment de leur importance respective. Aussi, l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs immobilières dut-elle ensuite assouplir le régime de ces nullités.

La question requiert donc de la mesure et suppose surtout d'aller au-delà de la seule logique d'alternative entre sanction pénale ou nullité de l'acte. Le législateur pourrait sans doute élaborer des sanctions civiles plus adaptées et plus efficaces pour chaque disposition¹⁰⁰⁰. L'injonction de faire est une illustration de cette logique plus réaliste. Cependant, d'autres sanctions civiles postérieures à la loi de 1966 existent, telles que la démission d'office¹⁰⁰¹, l'inopposabilité¹⁰⁰², la caducité¹⁰⁰³, la privation de droit de vote¹⁰⁰⁴, le blocage d'ordre en bourse¹⁰⁰⁵, la suspension du dividende ou du droit préférentiel de souscription¹⁰⁰⁶, la suspension des effets d'une clause¹⁰⁰⁷, ou encore la nullité partielle consistant à réputer non écrite une disposition¹⁰⁰⁸. La promotion de ces sanctions civiles en lieu et place d'incriminations systématiques de toute irrégularité aurait été plus appropriée et aurait permis d'éviter des incohérences.

B- Un système incohérent

246- La position selon laquelle toutes les dispositions pénalement sanctionnées n'ont pas forcément un caractère impératif semble incohérente. L'absence de cohérence procède de la manière dont le législateur a brièvement désigné les hypothèses de nullité. Lorsqu'il prévoit laconiquement une cause générale de nullité en cas de méconnaissance des « dispositions impératives de la loi », le législateur investit, dans une large mesure, le juge du droit de déterminer quelles sont ces dispositions. Or, initialement conçu pour sa souplesse¹⁰⁰⁹, ce système se retrouve aujourd'hui avec des nullités qui ne sont plus véritablement textuelles sans être non plus virtuelles. La réponse judiciaire paraît plus aisée lorsque la loi prévoit expressément la nullité ou recourt à des termes marquant distinctement le caractère impératif de la disposition. Par exemple, lorsque les actionnaires « doivent » ou « sont tenus », ou lorsque la délibération ne peut être « valablement » prise que sous certaines réserves¹⁰¹⁰. Suivant cette même logique, il aurait dû être considéré que la sanction pénale était la marque évidente du caractère impératif d'une disposition¹⁰¹¹. Cependant, tel n'est pas l'avis de la jurisprudence et d'une grande partie de la doctrine. Et de fait, l'analyse des dispositions pénalement sanctionnées révèle que, pour nombre d'entre elles, leur caractère impératif n'est souligné que par l'infraction qui en résulte. **Le système conduit alors inéluctablement à une**

¹⁰⁰⁰ - M. AZAVANT, *La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. sociétés 2003, p. 442.

¹⁰⁰¹ - Articles L. 225-19 4°, L. 225-48 3°, L. 225-54 3°, L. 225-60 3°, L. 225-70 4°, L. 226-3 3°, L. 226-5 4° Code de commerce, s'agissant de la limite d'âge; et article L. 225-25 2° s'agissant de la propriété d'un nombre minimal d'actions.

¹⁰⁰² - Article L. 225-56 2° et 3° Code de commerce.

¹⁰⁰³ - Ancien article L. 225-137 Code de commerce supprimé par l'ordonnance du 24 juin 2004.

¹⁰⁰⁴ - Articles L. 228-30 6°, L. 233-14 Code de commerce.

¹⁰⁰⁵ - Article L. 225-212 3° Code de commerce.

¹⁰⁰⁶ - Article L. 228-29 2° Code de commerce.

¹⁰⁰⁷ - Article L. 233-11 1° Code de commerce.

¹⁰⁰⁸ - Très courante. Voir par exemple Articles L. 221-7 3°, L. 221-12 1°, L. 223-14 7°, L. 223-22 4°, L. 225-37 1°, L. 225-44 2°, L. 225-47 3°, L. 225-122 1°, L. 228-68 3° Code de commerce.

¹⁰⁰⁹ - Rapport à l'Assemblée nationale, 1966, n°1886, p. 46.

¹⁰¹⁰ - J. HEMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Op. cit.*, n° 730.

¹⁰¹¹ - P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, 6e éd., MONTCHRESTIEN, 2014.

incohérence selon laquelle une disposition dont la seule méconnaissance est constitutive d'un délit ne revêt cependant pas un caractère impératif au sens de la loi sur les sociétés.

À cet égard, l'argument précédemment évoqué et fondé sur l'autonomie du droit pénal au regard du droit civil semble lacunaire, car l'on ne saurait évoquer l'autonomie du droit pénal, dès lors que ce dernier, en matière de sociétés, n'est majoritairement qu'accessoire aux dispositions civiles. Ainsi, de nombreuses infractions sont précisément incriminées dans des textes civils auxquels la loi pénale se contente de renvoyer. L'explication de ce système incohérent paraît davantage résider dans le recours initial au droit pénal comme outil fréquent de sanction de dispositions non-impératives. **D'ailleurs, la contradiction selon laquelle la seule méconnaissance d'une règle de seconde importance, qui ne peut être impérative, est néanmoins constitutive d'un acte criminel révèle l'emploi anarchique et anachronique de l'arme pénale en matière de sociétés.** Le droit pénal ne peut conserver son autorité en étant affecté à la protection d'intérêts secondaires, car, intrinsèquement, il est lié à la défense de l'ordre public et ne peut être transformé en gardien de n'importe quelle règle juridique. Il est évident qu'en de telles circonstances, le législateur méconnaît le principe de nécessité de la peine pourtant doté d'une valeur constitutionnelle et présenté par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (article 8) comme un tempérament à l'usage de l'arme pénale.

III- UNE RÉPRESSION PÉNALE PORTANT ATTEINTE À L'HONNEUR DU DIRIGEANT

247- Face aux malversations financières qui ont toujours captivé l'opinion publique, une médiatisation s'est emparée du droit pénal des affaires (A). L'effet avilissant propre à la répression pénale s'en trouve décuplé (B).

A- Le dirigeant objet d'une suspicion médiatisée

248- Malgré son utilisation massive qui tend à le banaliser, il est inutile de rappeler qu'en raison de sa nature inhérente, le droit pénal n'est jamais d'application anodine. Son intervention fait souvent planer la menace d'une peine, et, dans cette attente, génère, à l'égard du dirigeant, une suspicion résiliente qui survit bien souvent à la décision de relaxe ou de non-lieu. Et, si la condamnation intervient, alors l'humiliation succède à la suspicion. Il faut ici relever les spécificités majeures de la situation du dirigeant poursuivi : sa position sociale, la longueur des procédures pénales d'affaires, leur complexité, leurs enjeux et surtout leur médiatisation. Tous ces facteurs se conjuguent pour nous faire passer, en ce domaine, d'un système d'exemplarité de la peine à un système d'exemplarité de la poursuite. Le doyen RIPERT ne disait-il pas préférer « la tolérance d'une habile immoralité à l'inquiétude de la suspicion¹⁰¹² ? »

Depuis lors, les moyens de propagation de la suspicion n'ont cessé de se développer. Ces dernières années ont vu s'amplifier la médiatisation du droit pénal des affaires. Les crimes de sang ont désormais perdu le monopole de l'intérêt de l'opinion publique. Les « affaires » font l'objet d'une exposition médiatique sans précédent, débordant largement de la sphère des publications spécialisées seules capables, ou presque, de les évoquer convenablement. Ce terme « d'affaires », conçu par les médias et utilisé aussi bien pour désigner des faits constitutifs de corruption, de concussion, de trafic d'influence que d'abus de biens sociaux, révèle bien, par sa généralité pratique, la confusion qui règne dans l'esprit des journalistes et qu'ils distillent dans l'opinion publique. Cependant, les motifs de cet emballement ne sont pas toujours malsains, de même que l'on peut admettre qu'il n'est pas anormal que l'opinion publique soit alertée des malversations perpétrées par des dirigeants de sociétés employant parfois un nombre considérable de personnes. En outre, certains magistrats, recherchant la protection des médias face aux pressions dont ils font l'objet, divulguent indirectement et opportunément des éléments d'investigations qu'ils conduisent. Mais, cette pratique n'est pas sans danger, car la médiatisation des enquêtes entraîne en retour celle de ces magistrats, les contraindant à une sorte « d'obligation de résultats » dans des dossiers où ils sont

¹⁰¹²- G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 56, p. 175.

également tenus d'instruire à décharge. Plus généralement, l'agitation médiatique préjudicie trop souvent à la sérénité requise par les procédures judiciaires.

L'on pourrait établir un parallèle entre ces tapages médiatiques et l'exposition publique des criminels pendant une heure prévue par le Code pénal de 1810, pratique qui fut abolie en 1848¹⁰¹³. En effet, le traitement médiatique actuel réservé aux affaires intéressant le droit pénal des affaires tend à se substituer à cette pratique ancienne. La seule évocation du nom d'une société, dans certaines situations, suffit à porter préjudice à la réputation de cette dernière, ainsi qu'à celle de ses dirigeants, avant même que la justice ne soit réellement saisie des faits évoqués. La simple mise en examen du dirigeant peut faire encourir à sa société un risque mortel sans aucun lien avec la gravité des faits reprochés. L'on peut ainsi se souvenir que le seul placement sous contrôle judiciaire de Monsieur P. SUARD, président à l'époque d'Alcatel-Alsthom, avait engendré une réduction de plus de la moitié de la capitalisation boursière de l'entreprise¹⁰¹⁴.

Seulement, l'opinion publique, n'étant pas toujours au fait des particularités de la procédure pénale, a tendance à établir une confusion entre une simple mise en examen et une condamnation, substituant souvent la deuxième à la première¹⁰¹⁵. Si la condamnation ne survient pas et fait place, des mois, voire des années après, à une décision de non-lieu ou de relaxe, cette même opinion publique n'en sera que faiblement informée la plupart du temps, l'annonce du non-lieu ou de la relaxe n'occupant qu'une place dérisoire au regard de celle occupée par la révélation de l'affaire, de la condamnation, ou encore de la mise en examen. « L'autorité de la chose imprimée » l'emporte définitivement sur celle de la chose jugée. À cet égard, la présomption d'innocence, maintes fois réaffirmée volontairement par le législateur, n'est plus qu'une « forteresse en carton. » Alors qu'en droit, cette présomption est une règle de preuve dispensant le prévenu de prouver son innocence, pour les médias, elle n'est plus qu'une métaphore ayant fonction de précaution oratoire. En définitive, l'impact de la mauvaise interprétation médiatique de l'affaire sur l'opinion publique est considérable. Pour cette dernière, comme le dit l'adage, « il n'y a pas de fumée sans feu. » Ainsi, le dirigeant mis en examen est, en fait, sinon en droit, présumé un peu moins innocent que les autres¹⁰¹⁶.

Il est évident que les subtilités et la complexité d'une procédure pénale ne peuvent être fidèlement restituées par des médias souvent réticents ou inaptes¹⁰¹⁷. D'où cette contradiction qu'une fois la curiosité éveillée, il faut bien l'entretenir, mais elle ne peut l'être que de manière simpliste, sous peine de lasser rapidement. La conséquence qui en résulte est alors la présentation médiatique et simpliste, en quelques secondes, ou au mieux en quelques minutes, de volumineux dossiers souvent instruits durant des années. Or, le temps médiatique, temps de l'immédiat, n'est pas le temps judiciaire. Par ailleurs, les enquêtes sont souvent couvertes, du moins théoriquement, par le secret. Certes, ce dernier fait désormais partie de l'histoire du droit et, si de fait, il n'interdit pas la publication des grandes lignes d'un dossier, sa violation entrave néanmoins l'accès à la connaissance précise de ce dernier.

B- Le dirigeant atteint dans sa réputation

249- Le traitement médiatique des dossiers procède incontestablement du caractère pénal des poursuites exercées à l'encontre du dirigeant. Il est certain qu'une action civile en réparation ne bénéficiera jamais d'une telle couverture médiatique. Au-delà de l'appétence de l'opinion publique pour la mise sur la place publique de l'indécent, il faut y voir le reflet de l'évolution juridique de la transgression, la loi pénale n'étant censée protéger que des intérêts jugés supérieurs à ceux pouvant

¹⁰¹³ - Décret du gouvernement provisoire du 12 avril 1848.

¹⁰¹⁴ - *Le Monde*, 20 avril 1995, p. 21.

¹⁰¹⁵ - C. HEURTEUX, *Prise de risque par l'entrepreneur et droit pénal*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, op. cit., p. 169.

¹⁰¹⁶ - J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 1, 9e éd., PUF, 2003, n°182, p. 135.

¹⁰¹⁷ - D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, Rép. DALLOZ Sociétés, n°2.

faire l'objet d'un règlement uniquement civil. D'un point de vue sociologique, la sanction pénale a incontestablement un caractère infamant pour le dirigeant.

En effet, dans le milieu économique, cet aspect jouit d'une importance particulière. L'honorabilité, la réputation et l'image de marque sont des critères économiques intrinsèques et font d'ailleurs l'objet de véritables investissements. Certaines entreprises, qui défrayent régulièrement la chronique en raison de leurs pratiques présumées douteuses, se sont empressées de changer opportunément de dénomination pour mettre un terme à la dégradation de leur image. La condamnation pénale d'un dirigeant, et parfois même la seule perspective de cette condamnation, affaiblit plus que sa personne et s'étend par contagion à toute l'entreprise, altérant la confiance des investisseurs, des partenaires et de l'opinion publique. Ainsi, la société, qui se trouve déjà être la première victime des agissements délictueux présumés, subit doublement ce traitement médiatique préjudiciable.

Notre objectif n'est nullement ici de dénoncer la réprobation que suscitent certains agissements véritablement frauduleux. Cette dernière est totalement fondée et la répression pénale se justifie parfaitement en de telles circonstances. En revanche, le nombre considérable de comportements qui n'ont de blâmable que leur inclusion injustifiée dans le champ d'application de la loi pénale est inéluctablement porteur d'un risque médiatique disproportionné au regard de la gravité des faits dénoncés. Il s'agit là d'un dysfonctionnement maintes fois dénoncé du droit pénal des affaires qui incrimine indistinctement aussi bien des comportements anodins que des manœuvres véritablement frauduleuses. Or, si le droit pénal n'opère pas de distinction entre ces agissements au regard de leur gravité, l'infamie médiatique ne le fait pas non plus. Au final, il peut y avoir un fossé abyssal entre l'atteinte portée à la réputation du dirigeant et la peine effectivement prononcée qui ne sera souvent que symbolique.

IV- UNE INSTRUMENTALISATION DE LA MENACE PÉNALE AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ

250- Au sein de la société, le droit pénal peut s'ériger en une véritable menace subtile puis pressante à l'égard du dirigeant. Même si le recours à la menace répressive n'est pas forcément infondé, il faut y voir un détournement de ce dernier à des fins personnelles (A). À cet égard, la Cour de cassation veille à opérer une régulation des procédures par le critère de l'intérêt à agir (B).

A- Le dirigeant objet de menace pénale à des fins privées

251- L'instrumentalisation de la menace pénale consiste à détourner le droit pénal au sein des sociétés pour l'utiliser à des fins étrangères à sa finalité de protection ou de direction. Ce détournement est aujourd'hui assez remarquable, le droit répressif s'immiscant dans les moindres détails des relations au sein de la société, et notamment celles entre les dirigeants et les associés. Ce faisant, il s'est particulièrement exposé à être détourné à des fins de luttes particulières. En étant utilisé à la protection d'intérêts spécifiques de certains acteurs de l'entreprise, il n'est pas surprenant que ces derniers l'investissent à la manière d'un véritable droit subjectif. De même, la multiplicité des infractions visant le dirigeant constitue un élément propice au détournement de la menace pénale, car ces dernières offrent de nombreuses occasions de l'invoquer, même si, en réalité, il est rare de ne pas y déceler une irrégularité, au moins formelle.

Par ailleurs, cette tendance se trouve singulièrement renforcée par une procédure pénale longue et accommodante. En effet, si la répression pénale constitue une prérogative du seul État, la menace pénale et sa dimension avilissante lui échappent, dans la mesure où chaque acteur de l'entreprise peut les rechercher à des fins personnelles. Dans ces circonstances, la menace pénale devient une arme de prédilection au service de luttes privées.

La possibilité de déclencher l'action publique par l'action civile est une arme redoutable et comme telle, susceptible de nombreux abus. Conçue notamment pour contourner une éventuelle résistance ou inertie du Ministère public, l'action civile ne vise en théorie qu'à obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction. Toutefois, bien souvent, ce n'est guère l'indemnisation du préjudice qui est recherchée _ car elle pourrait aussi bien l'être devant les juridictions civiles _ mais l'un des effets spécifiques de la constitution de partie civile, le déclenchement de l'action publique. Cette action

civile est dite de chantage¹⁰¹⁸. L'intérêt réel de saisir les juridictions répressives est alors davantage d'obtenir une pression immédiate que de garantir une répression future. La menace répressive est alors maniée comme un argument de poids, chantage à peine voilé à l'égard des dirigeants, pour s'imposer dans une confrontation ou dans une négociation¹⁰¹⁹. Le droit pénal devient alors une méthode de négociation.

Outre le chantage pénal, la menace répressive peut aussi être utilisée par les actionnaires minoritaires désireux de se faire entendre après que leurs revendications ou sollicitations antérieures soient restées sans suite. Dans cette hypothèse encore, l'instrumentalisation du droit pénal des sociétés ne vise qu'à inverser les rapports de force. De la sorte, les « actionnaires grincheux¹⁰²⁰ » ou « minoritaires professionnels¹⁰²¹ » peuvent se livrer à une « guérilla judiciaire » où l'arme pénale est censée rétablir l'équilibre entre le fort et le faible. Parmi ces minoritaires procéduriers, l'on peut citer A. GENITEAU, propriétaire d'une action dans la quasi-totalité des sociétés françaises cotées au premier marché et à l'initiative d'un nombre de procédures impressionnant (Aff. Matra-Hachette, Crédit Foncier, Cérus/Valéo, Crédit Lyonnais, etc.) Loin d'être illusoire, la menace exercée par ces minoritaires est à l'origine de la condamnation, voire de la détention provisoire de quelques dirigeants¹⁰²².

La supériorité de la voie pénale sur la voie civile étant largement incontestable, l'option pénale semble donc victime de son succès, en tout cas en matière de sociétés. La Cour de cassation opère alors une régulation efficace des procédures.

B- La régulation jurisprudentielle au regard de l'intérêt à agir

252- La régulation de l'action civile relève de la seule politique criminelle de la Haute juridiction et s'exerce au regard des critères de recevabilité de cette action qu'elle a élaborés. Selon l'article 2 du Code de procédure pénale, la partie civile n'a d'intérêt à agir qu'à la condition d'invoquer l'existence d'un préjudice direct et personnel. L'appréciation de ces critères est une affaire d'opportunité qui peut générer un effet d'« aspiration » (1) ou de « refoulement » de l'action civile¹⁰²³ (2). Au regard de l'exemple de l'abus de biens sociaux, il semble que les deux voies ont été successivement empruntées.

1- Le flux

253- Longtemps une jurisprudence rigoureuse s'était opposée à l'admission de toute constitution de partie civile de la part des associés en cas d'abus de biens sociaux, la chambre criminelle estimant que seule la personne morale justifiait d'un préjudice propre¹⁰²⁴. Puis, la Haute juridiction a progressivement infléchi sa position en admettant l'action individuelle des associés, au motif qu'un abus de biens sociaux porte préjudice non seulement au patrimoine social mais également à celui propre de chaque associé¹⁰²⁵. L'associé n'a pas à apporter la preuve de ses allégations, sa constitution de partie civile étant recevable dès lors que « *les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale.*¹⁰²⁶ »

¹⁰¹⁸- Expression de B. BOULOC, *Qualité d'actionnaire en droit pénal*, in *Qu'est-ce qu'un actionnaire?* Actes du Colloque du Centre de recherches de droit des affaires et de l'économie de l'Université Paris I, 14 et 15 avril 1999, Rev. sociétés 1999, p. 743 et s.

¹⁰¹⁹- D. COHEN, *Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire?*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, op. cit., p. 79.

¹⁰²⁰- B. BOULOC, *Op. cit.*, p. 750.

¹⁰²¹- *Ibid.*

¹⁰²²- A. LEPARMENTIER, *La guerre des petits actionnaires*, *Le Monde*, 27 décembre 1996, p. 1.

¹⁰²³- J-H. ROBERT, note sous Cass. crim. 6 septembre 2000, Dr. pén. 2001, comm. n° 19.

¹⁰²⁴- Cass. crim. 12 février 1959, Bull. crim. n° 103; cass. crim. 23 novembre 1960, Bull. crim. n° 543.

¹⁰²⁵- Cass. crim. 23 avril 1964, Bull. crim. n° 127; cass. crim. 4 novembre 1969, Bull. crim. n° 281.

¹⁰²⁶- Cass. crim. 11 janvier 1996, Dr. pén. 1996, comm. n° 110, 2e espèce; cass. crim. 6 février 1996, Bull. crim. n° 60; cass. crim. 16 février 1999, Dr. pén. 1999, comm. n° 84.

Ensuite, il y eut une montée en puissance de l'admission des actions civiles devant le juge d'instruction de l'associé qui n'aura même acquis ses titres que postérieurement aux faits poursuivis. Ainsi que l'a jugé la chambre criminelle, « *aucun texte n'exige des associés qui se constituent partie civile contre le dirigeant de la société qu'ils aient été détenteurs de leurs titres à la date des faits délictueux.*¹⁰²⁷ » Cette décision offrait la possibilité de déclencher l'action publique aux actionnaires détenteurs d'une seule action acquise après les faits poursuivis et dans ce seul but. Cette jurisprudence permissive ne pouvait qu'ouvrir la porte à certaines dérives¹⁰²⁸, d'autant qu'au même moment, la loi du 5 janvier 1988 a ouvert aux associations agréées de défense des investisseurs la possibilité d'agir par voie de constitution de partie civile¹⁰²⁹. Cette bienveillance à l'égard de l'action civile a également amené la jurisprudence à admettre qu'un actionnaire d'une société mère était fondé à se constituer partie civile pour des faits d'abus de biens sociaux perpétrés à l'égard de sa filiale¹⁰³⁰. Tout associé, même de la société mère, ne demeure pas moins un tiers à l'égard de la filiale. Mais en confirmant la recevabilité d'une telle constitution de partie civile, la chambre criminelle adoptait ainsi une interprétation extensive de la notion d'intérêt à agir dont d'autres tiers, non moins intéressés, ne pouvaient manquer de se prévaloir.

Cette jurisprudence permissive ne s'est donc pas limitée aux seuls associés, mais s'est étendue de manière – peut-être prévisible – mais tout de même surprenante aux créanciers sociaux. La chambre criminelle a ainsi considéré que le commissaire à l'exécution du plan était fondé à se constituer partie civile contre les dirigeants pour des faits de présentation et de publication de comptes annuels infidèles et contre le commissaire aux comptes pour confirmation de comptes inexacts¹⁰³¹. De la même manière, la chambre criminelle a infirmé un arrêt de la chambre d'instruction qui avait déclaré irrecevable la plainte avec constitution de partie civile d'une banque exercée à l'encontre des commissaires aux comptes qui avaient indûment certifié les comptes d'une société¹⁰³². En admettant aussi clairement la recevabilité de l'action civile de créanciers, la chambre criminelle les incite à privilégier la voie pénale qui permet de mettre en cause efficacement d'autres débiteurs potentiels¹⁰³³ et parfois accessoirement, de contourner les règles contraignantes relatives aux entreprises en difficultés¹⁰³⁴.

Toutefois, cette position jurisprudentielle est critiquable en ce qu'elle prête son concours à un détournement du droit pénal des sociétés à des fins étrangères à sa fonction originelle. Ainsi que le note B. BOULOC, « *on croyait que les délits concernant la gestion des sociétés protégeaient les associés, et voilà que ce sont les intérêts des créanciers.*¹⁰³⁵ »

Consciente des abus éventuels permis par une si large ouverture, la chambre criminelle a opéré un net revirement.

¹⁰²⁷- Cass. crim. 4 novembre 1991, Bull. crim. n° 389, Rev. sociétés 1992, p. 87; 5 novembre 1991, Rev. sociétés 1992, Bull. Joly 1992, p. 163, note J-F. BARBIERI.

¹⁰²⁸- Le conseiller rapporteur de l'arrêt du 27 novembre 1978 estimait que les risques d'abus d'une aussi large ouverture de l'action civile étaient suffisamment réfrénés par la sanction pénale de la constitution abusive (article 91 et 177-2 Code de procédure pénale. Cependant, la pratique a nettement infirmé cette position qui selon B. BOULOC (*Op. cit.*, p. 751) « *dénote une mauvaise connaissance de la perversité des hommes et de la rouerie des avocats.* »

¹⁰²⁹- Article L. 452-1 à L. 452-4 du Code monétaire et financier.

¹⁰³⁰- Cass. crim. 6 février 1996, Bull. Joly 1996, p. 409, note J-F. BARBIERI.

¹⁰³¹- Cass. crim. 27 novembre 1997, Bull. crim. n°405.

¹⁰³²- Cass. crim. 6 septembre 2000, Dr. pén. 2001, comm. n°19, note J-H. ROBERT.

¹⁰³³- Le principe avait déjà été admis par cass. crim. 14 février 1994, Bull. crim. n°63.

¹⁰³⁴- Notamment l'impossibilité de se constituer partie civile contre le débiteur pour banqueroute. Le déclenchement de l'action publique de ce chef n'échoit qu'aux personnes limitativement prévues à l'article L. 626-16 Code de commerce (cass. crim. 20 février 1997, Bull. crim. n°72.) Toujours en matière de procédure collective, la voie pénale est également favorisée depuis que la Cour de cassation a posé dans un arrêt (cass. com. 28 février 1995, Rev. sociétés 1995, note F. DERRIDA, p. 555) le principe du non-cumul des actions en responsabilité des articles L. 223-25 et L. 624-3 Code de commerce. De cette règle résulte non seulement l'obligation d'emprunter la voie étroite de l'article 180, mais aussi inéluctablement l'irrecevabilité de l'action sociale en responsabilité contre les dirigeants (cass. com. 26 mai 1999, Bull. Joly 1999, p. 962, note M. MENJUCQ)

¹⁰³⁵- B. BOULOC, *Op. cit.*, p.752.

2- Le reflux

254- L'exigence d'un dommage propre. La chambre criminelle, par deux décisions en date du 13 décembre 2000¹⁰³⁶, a infléchi sa position libérale relative à l'admission de la constitution de partie civile qu'elle a promue depuis une trentaine d'années. Dans ces deux décisions, des associés s'étaient constitués parties civiles à titre individuel en vue d'obtenir réparation, dans un cas, de la dépréciation des titres de la société, et dans l'autre cas, de la dévalorisation du capital social. Ces préjudices découlent respectivement d'un abus de biens sociaux et d'un abus de pouvoirs sociaux. La première décision rejette le pourvoi formé au motif que « *la dépréciation des titres d'une société découlant des agissements délictueux de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même.* » Quant à la deuxième décision, elle infirme l'arrêt de la Cour d'appel par une motivation similaire en jugeant que « *la dévalorisation du capital social découlant du délit d'abus de pouvoirs, commis par un dirigeant de société, constitue non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même.* »

Cette nouvelle position jurisprudentielle est doublement remarquable. D'une part, la chambre criminelle semble tacitement admettre le caractère direct du préjudice en précisant qu'il découle du délit¹⁰³⁷, mais rejette cependant les pourvois en raison de l'absence de préjudice personnel, rompant ainsi avec la jurisprudence extensive antérieure. D'autre part, en ce qu'elle tend à limiter les possibilités de se constituer partie civile, cette jurisprudence vise aussi à restreindre le recours systématique des associés et de certains acteurs¹⁰³⁸ au droit pénal des sociétés. Cependant, la chambre criminelle ne prive pas totalement les associés de toute possibilité d'exercer l'action civile, l'action *ut singuli* demeurant possible. Concomitamment à ces décisions, la chambre criminelle a nettement réaffirmé sa prédilection pour cette voie¹⁰³⁹ qui, non seulement substitue une action sociale menée pour le compte et dans l'intérêt de la société, victime directe, à une kyrielle d'actions individuelles engagées par les associés dans leur intérêt exclusif, mais aussi présente le mérite de renforcer le contrôle exercé par les associés sur les dirigeants.

Par ailleurs, cette nouvelle orientation jurisprudentielle mérite d'être approuvée en ce qu'elle met un terme aux divergences d'appréciation entre la chambre criminelle et la chambre commerciale. En effet, de longue date¹⁰⁴⁰, et de manière réitérée¹⁰⁴¹, la chambre commerciale juge irrecevable l'action individuelle des associés en cas de faute de gestion des dirigeants, le dommage subi par ceux-ci ne présentant pas un caractère propre. La solution est celle du droit commun qui rejette toute indemnisation de dommage par ricochet lorsque la réparation du préjudice principal permet de le réparer¹⁰⁴².

Depuis, la chambre criminelle a clairement confirmé ce revirement en déclarant sans ambiguïté que « *le délit d'abus de biens sociaux n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-même et non à chaque associé.*¹⁰⁴³ » De la même manière, elle a précisé que l'irrecevabilité de l'actionnaire agissant à titre personnel n'est pas seulement relative à l'action civile exercée devant les juridictions de jugement, mais concerne aussi la constitution de partie civile devant le juge d'instruction, alors qu'il suffit normalement, pour que celle-ci soit recevable, que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au magistrat instructeur de considérer comme possible

¹⁰³⁶ - Cass. crim. 13 décembre 2000, Bull. crim. n°373 et 378; JCP 2001, éd., E, p. 1138, note J-H. ROBERT.

¹⁰³⁷ - J-H. ROBERT, *précité*.

¹⁰³⁸ - Pour un exemple d'irrecevabilité de constitution de partie civile par des salariés et un syndicat, voir cass. crim. 28 janvier 2004, Dr. sociétés 2004, p. 31, n°158, note R. SALOMON.

¹⁰³⁹ - Cass. crim. 12 décembre 2000, JCP 2001, éd. E, n°6, p. 253, Bull. Joly 2001, p. 508, note J-F. BARBIERI; cass. crim. 2 avril 2003, Bull. crim. n°83.

¹⁰⁴⁰ - Cass. com 26 janvier 1970, JCP 1970, II, 16385, note Y. GUYON.

¹⁰⁴¹ - Cass. com. 1er avril 1997, Bull. Joly 1997, note J-F. BARBIERI, p. 650.

¹⁰⁴² - J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, 22e éd., PUF 2000, n°207, p. 382.

¹⁰⁴³ - Cass. crim. 5 décembre 2001, Bull. Joly 2002, note H. LE NABASQUE, p. 492; RSC 2002, obs. D. REBUT, p. 830; cass. crim. 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. n°6; note J-H. ROBERT; cass. crim. 5 mai 2004, Dr. sociétés 2004, note R. SALOMON, n°159, p. 32.

l'existence du préjudice en relation directe avec l'infraction¹⁰⁴⁴. Toutefois, l'on peut s'interroger sur la divergence qui existe désormais avec la jurisprudence qui admet l'action civile individuelle des associés en matière d'abus de confiance¹⁰⁴⁵, de présentation ou de publication de comptes infidèles¹⁰⁴⁶, ou encore, de manière plus surprenante avec le délit d'initié¹⁰⁴⁷ (récemment censuré par le Conseil constitutionnel¹⁰⁴⁸.)

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle est incontestablement appréciable. D'une part, elle vise à limiter les recours injustifiés et intempestifs à la voie pénale et, par ce biais, les constitutions dévoyées de partie civile visant essentiellement à faire peser une menace pénale sur les dirigeants « *à des fins de pression plutôt que de répression.*¹⁰⁴⁹ » D'autre part, cette jurisprudence tend à reporter les revendications plus légitimes sur l'action sociale. Toutefois, il faut regretter qu'il ne s'agisse là que d'un remède jurisprudentiel destiné à endiguer le flux pénal, les effets pervers de l'excès répressif caractérisant notre droit pénal des affaires ne pouvant être résorbés par la seule voie jurisprudentielle.

L'accentuation de la répression pénale sur le dirigeant, en droit pénal des affaires, ne se traduit pas uniquement par une multiplication des personnes potentiellement responsables et par une multiplication des incriminations visant ce dernier. Elle s'illustre également par une réduction du domaine de l'impunité.

¹⁰⁴⁴ - Cass. crim. 4 avril 2001, Dr. pén. 2001, comm. n°102, note J-H. ROBERT; cass. crim. 8 octobre 2002, Bull. Joly 2003, note J-F. BARBIERI, p. 64.

¹⁰⁴⁵ - Cass. crim. 10 avril 2002, Bull. crim. n°86.

¹⁰⁴⁶ - Cass. crim. 30 janvier 2002, Bull. Joly 2002, note J-F. BARBIERI, p. 797.

¹⁰⁴⁷ - Cass. crim. 11 décembre 2002, Bull. crim. n°224; BJB 2003, note F. STASIAK, p. 149.

¹⁰⁴⁸ - Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.

¹⁰⁴⁹ - D. REBUT, précité, p. 831.

Chapitre 2

Une impunité réduite

255- La sévérité du régime pénal du dirigeant ne se limite pas à la multiplication des acteurs potentiellement responsables. Elle se traduit aussi par son impunité réduite. Les limites de la répression pénale sont fixées par les causes objectives d'irresponsabilité, dites faits justificatifs et les causes subjectives, encore appelées causes de non imputabilité. Alors que les causes objectives sont des circonstances qui rendent l'infraction pénale commise impunissable, les causes subjectives privent l'infraction de son élément moral, lequel est indispensable à la caractérisation de l'infraction.

À l'égard du chef d'entreprise, l'application des faits justificatifs (Section I) et des causes de non imputabilité (Section II) révèle un rétrécissement du domaine de l'impunité. En effet, la plupart de ces causes d'irresponsabilité pénale sont soit inadaptées, soit peu admises par la jurisprudence, ce qui réduit considérablement leurs effets.

De la même manière, l'efficacité de la délégation de pouvoirs – mécanisme permettant au dirigeant

d'être exonéré de sa responsabilité pénale – fait l'objet d'une appréciation jurisprudentielle restrictive, puisque les conditions de son efficacité doivent être intégralement remplies, et qu'en plus, seul le délégant peut bénéficier de l'effet exonératoire. L'infraction pénale ne disparaît pas et reste imputable au délégataire qui voit sa responsabilité pénale engagée par l'acte de délégation (Section III). Cette impunité réduite se manifeste enfin par la quasi-imprescriptibilité de l'action publique pour les infractions commises par le dirigeant.

SECTION I- L'IMPACT LIMITÉ DES CAUSES OBJECTIVES D'IRRESPONSABILITÉ PÉNALE À L'ÉGARD DU DIRIGEANT

256- L'acte infractionnel ne peut être réputé comme tel que s'il est prévu et réprimé par le texte d'incrimination. Cependant, l'acte accompli peut, dans certaines circonstances, correspondre à un acte incriminé pénalement sans être constitutif d'une infraction, car privé de son caractère délictueux par une cause objective¹⁰⁵⁰, dite encore fait justificatif. Or, la répression ne peut s'exercer en l'absence d'infraction.

Prévues en principe par la loi, les causes objectives sont tantôt générales, tantôt spéciales. S'agissant des causes objectives générales, elles ont vocation à s'appliquer à toutes les infractions pénales. Il s'agit de la légitime défense prévue à l'article 122-5 du Code pénal, de l'état de nécessité mentionné à l'article 122-7 du Code pénal, de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime formulé à l'article 122-4 du Code pénal. Quant aux causes objectives spéciales, elles sont spécifiques à une infraction déterminée.

Cependant, à l'égard du dirigeant d'entreprise, les faits justificatifs généraux ont habituellement un impact limité lorsqu'ils sont utilisés pour justifier la commission d'une infraction d'affaires (I), tandis que les faits justificatifs spéciaux sont peu nombreux et trouvent leur périmètre d'application réduit à une infraction spécifique (II).

I- L'INEFFICACITÉ DES CAUSES OBJECTIVES GÉNÉRALES D'IRRESPONSABILITÉ POUR LE DIRIGEANT

257- Les causes objectives générales sont quasi inopérantes à l'égard du dirigeant. Elles ne sont pas souvent appelées à jouer un rôle¹⁰⁵¹. En effet, la plupart sont en inadéquation avec le statut pénal du dirigeant (A). La seule pouvant être invoquée par ce dernier, mais qui n'est que rarement admise, est l'état de nécessité. Ce dernier, pour être exonératoire de responsabilité pénale, exige la réunion de conditions strictes (B).

A- Le caractère inadéquat des causes objectives d'irresponsabilité

258- Les faits justificatifs généraux sont majoritairement inadaptés au monde des affaires. L'ordre de la loi, par exemple, doit être exclu car les dispositions légales qui autorisent la commission d'une infraction d'affaires sont quasi inexistantes. Tout au plus, peut-on mentionner les dispositions de l'article L. 820-7 du Code de commerce qui contraignent tout commissaire aux comptes à révéler les faits infractionnels dont il a eu connaissance, justifiant ainsi la commission par ce dernier du délit de violation du secret professionnel¹⁰⁵². Quant à la légitime défense et au commandement de l'autorité légitime, ils ne trouvent pas leur place en droit pénal des affaires.

Le commandement de l'autorité légitime a pourtant souvent été invoqué pour tenter de justifier la commission d'une infraction par un salarié sur l'ordre de son supérieur hiérarchique. Toutefois, de manière constante, il a été rejeté par les juridictions répressives. Dans de nombreuses circonstances,

¹⁰⁵⁰ - De manière unanime, la doctrine reconnaît que la cause objective prive l'acte réalisé de son caractère délictueux. Voir en ce sens J. PRADEL, *Op. cit.*, n°344 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Op. cit.*, p. 556 et s. ;

¹⁰⁵¹ - J. LARGUIER et P. CONTE, « *Droit pénal des affaires* », 11^e éd., ARMAND COLIN, 2004, p.27.

¹⁰⁵² - *Ibid*, note 3.

la chambre criminelle a considéré que « *l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique ne constitue pas, pour l'auteur d'une infraction, une cause d'irresponsabilité pénale*¹⁰⁵³. »

Au regard de ce qui précède, il convient d'admettre que l'état de nécessité est la seule cause objective qui trouve une place en droit pénal des affaires. Cependant, il opère rarement au regard des conditions strictes qu'il exige.

B- Le caractère exceptionnel de l'état de nécessité

259- S'il est vrai que l'état de nécessité peut être invoqué pour justifier la commission d'une infraction d'affaires, les conditions strictes qu'il exige limitent cependant son effet exonératoire.

Pour exonérer de sa responsabilité pénale la personne qui l'invoque, l'état de nécessité doit satisfaire à ces conditions portant d'une part sur le danger menaçant, et d'autre part sur l'acte justifié¹⁰⁵⁴. S'agissant du danger, il doit revêtir un caractère actuel ou imminent¹⁰⁵⁵, de même qu'il ne doit pas résulter d'une faute antérieure de l'agent¹⁰⁵⁶. Cette dernière condition est cependant controversable, entendu qu'elle n'est pas mentionnée par l'article 122-7 du Code pénal¹⁰⁵⁷. Quant à l'acte justifié, il doit s'être avéré nécessaire¹⁰⁵⁸ et proportionné à la menace évitée. S'agissant de cette dernière condition, l'article 122-7 du Code pénal exclut l'état de nécessité « *s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.* »

Face à des conditions aussi restrictives, le périmètre d'action de l'état de nécessité est, par essence, réduit. En outre, cette cause objective d'irresponsabilité est encore plus difficilement recevable lorsque la menace encourue revêt un caractère économique¹⁰⁵⁹. Or, il est évident que dans le cadre d'une infraction d'affaires, c'est précisément cette menace que le prévenu prétendra avoir voulu éviter. C'est ce que rappelle une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁰⁶⁰. En l'espèce, la Haute juridiction a censuré l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait relaxé la gérante d'une SARL, qui avait invoqué une menace de vol ou d'agression, du chef de non dépôt des comptes annuels et du rapport de gestion en méconnaissance de l'article L. 232-22 du Code de commerce. En effet, reconnaissant que la prévenue avait subi de nombreuses agressions en quelques années et que la publicité des comptes permettait aux malfaiteurs de cibler leurs victimes, les juges du fond avaient admis l'état de nécessité pour justifier l'abstention de la dirigeante. Or, le danger n'était ni imminent, ni actuel, mais simplement éventuel.

De même, la Cour d'appel de Paris a invalidé la décision de relaxe prononcée par le tribunal correctionnel de Paris à l'encontre du dirigeant d'une société poursuivi du chef de délit d'initié¹⁰⁶¹. Dans cette décision, le prévenu avait été contraint à la démission de son poste de directeur général et avait cédé une partie de ses actions avant l'annonce officielle des importantes pertes subies par sa société. Au moyen de sa défense, il alléguait avoir agi de la sorte pour faire face à des difficultés financières, justifiant l'utilisation de l'information protégée par « *d'impérieux motifs.* » Dans sa décision du 19 décembre 1975¹⁰⁶², le tribunal correctionnel accueillit favorablement ces arguments

¹⁰⁵³- Cass. crim., 13 mars 1997, Bull. crim. n°107, RSC 1997. 828, obs. B. BOULOC ; ou encore Cass. crim., 26 juin 2002, pourvoi n°01-87314.

¹⁰⁵⁴- J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 20^e éd., CUJAS, 2014, n°376 et s. ; J. LEROY, « *Droit pénal général* », 5^e éd., LGDJ, 2014, n°310 et s.

¹⁰⁵⁵- Article 122-7 du Code pénal.

¹⁰⁵⁶- Cass. crim., 22 septembre 1999, Bull. crim. n°193 ; ou encore Cass. crim., 1^{er} juin 2010, n°09-87.159, Bull. crim. n°96.

¹⁰⁵⁷- J. LEROY, *Op. cit.*, renvoie sur ce point à la divergence entre M. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Code pénal commenté*, DALLOZ, 1996, p. 35 » qui pense que dans le silence du Code, cette condition pourra être plus facilement écartée, et MM. DESPORTES et LE GUNHEC qui paraissent plus réticents sur la question (voir commentaire de l'arrêt précité), « *Droit pénal général*, 15^e éd., ÉCONOMICA, 2008, n°747. »

¹⁰⁵⁸- Article 122-7 du Code pénal.

¹⁰⁵⁹- F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, « *Droit pénal général* », 16^e éd., ÉCONOMICA, 2009, n°745.

¹⁰⁶⁰- Cass. crim., 1^{er} juin 2005, Bull. crim., n°168, Bull. Joly sociétés 2005. 1367, obs. V. MALABAT.

¹⁰⁶¹- CA, 26 mai 1977, JCP 1978 II 18789, note A. TUNC.

¹⁰⁶²- Trib. Corr. de Paris, 19 décembre 1975, JCP 1976 II 18329, note A. TUNC.

et prononça une relaxe en faveur du dirigeant, en se fondant sur une absence d'élément intentionnel. Cette décision fut vivement dénoncée à l'époque¹⁰⁶³, les difficultés financières alléguées ne revêtant en rien le caractère d'une menace actuelle ou imminente. Le jugement fut infirmé par les juges d'appel qui jugèrent que « *pour des raisons diverses mais dont aucune n'était justifiée par des considérations d'impérieuse nécessité, et mesurant chaque jour un peu plus l'incidence de rumeurs incontrôlées sur les cours de bourse dont lui-même savait de par ses fonctions qu'elles recouvraient une grande part de vérité et dont il venait d'avoir la confirmation, Y... a sciemment exploité une information sur la situation commerciale et financière de la société avant qu'elle ne soit divulguée.* » En d'autres termes, l'état de nécessité ne peut servir de fondement à l'exploitation d'une information privilégiée, dès lors que les difficultés financières alléguées ne sont pas constitutives d'une réelle menace actuelle ou imminente. Les juridictions répressives apprécient donc avec fermeté les difficultés financières susceptibles d'être prises en compte au titre de l'état de nécessité¹⁰⁶⁴.

Il convient de constater que les causes objectives générales d'irresponsabilité sont inopérantes en droit pénal des affaires, soit en raison de leur inadéquation, soit en raison de la rigueur avec laquelle les juridictions répressives les apprécient. Pour justifier son acte et s'exonérer de sa responsabilité, le dirigeant n'a d'autres choix que de recourir à une cause objective spéciale d'irresponsabilité. Mais, encore faut-il que cette dernière soit prévue par l'infraction poursuivie.

II- L'APPLICABILITÉ RESTREINTE DES CAUSES OBJECTIVES SPÉCIALES D'IRRESPONSABILITÉ POUR LE DIRIGEANT

260- En dehors des causes objectives générales d'irresponsabilité qui s'appliquent à toutes les infractions pénales, il existe des causes objectives spéciales qui permettent d'exclure la responsabilité pénale pour des infractions spécifiques. Ainsi, ces causes permettent de légitimer certains comportements en les privant de leur caractère infractionnel. Seulement, les faits justificatifs spéciaux d'origine légale sont rares (A). C'est la raison pour laquelle la jurisprudence est intervenue afin de cantonner l'infraction d'affaires aux limites de l'ordre public économique. Ainsi, elle a érigé l'intérêt du groupe en fait justificatif spécial du délit d'abus de bien sociaux (B). S'agissant du repentir actif du dirigeant ou encore des comportements du subordonné, ils sont aussi rarement admis par la jurisprudence (C).

A- Les causes objectives spéciales d'origine légale

261- La législation pénale d'affaires comprend peu de causes objectives spéciales d'irresponsabilité d'origine légale. À titre illustratif, il peut être mentionné celles prévues en matière de refus de vente ou de revente à perte. Ainsi, l'article les dispositions de l'article 122-1 du Code de la consommation prohibe de « *refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime.* » La notion de motif légitime est donc une cause objective spéciale¹⁰⁶⁵. Cependant, elle n'est pas définie par le législateur et son interprétation échoit au juge. Selon cette interprétation, le motif légitime doit avoir un caractère objectif. Ainsi, il a été jugé que n'était pas constitutif d'un refus de vente le fait pour le fournisseur de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs, « *dès lors qu'eu égard à la situation économique de l'époque, ces demandes présentent un caractère anormal et excèdent la mesure des disponibilités du vendeur*¹⁰⁶⁶. » A contrario, engage sa responsabilité pénale du chef de refus de vente, le pharmacien qui, pour des convictions personnelles, et non pour une impossibilité matérielle de satisfaire la demande en raison d'une

¹⁰⁶³- A. TUNC, sous Trib. corr. de Paris, 19 décembre 1975 JCP 1976 II 18329 ; voir également, dans ce sens, W. JEANDIDIER, « *Droit pénal des affaires* », 6^e éd., DALLOZ, 2005, n°127.

¹⁰⁶⁴- Voir par exemple CA, Poitiers, 11 avril 1997, D. 1997 J 512, note A. WAXIN.

¹⁰⁶⁵- C. CAILLE, « *Le motif légitime en droit pénal* », RDP 1998.194.

¹⁰⁶⁶- Cass. crim., 3 novembre 1983, Bull. crim. n°278.

indisponibilité des stocks, refuse de délivrer des médicaments contraceptifs¹⁰⁶⁷.

S'agissant du délit de revente à perte prévu à l'article L. 442-2 du Code de la consommation, il sanctionne « *le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif.* » Cette interdiction connaît cependant quelques tempéraments énoncés à l'article L. 442-4 I du même code qui énumère les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le délit n'est pas constitué. Ainsi, le délit n'est pas caractérisé tant que l'intérêt protégé par l'incrimination pénale n'est pas lésé. Chaque exception légale spécifie les conditions dans lesquelles la revente à perte ne préjudicie pas à la concurrence. Parmi ces conditions exceptionnelles, figurent, entre autres, les ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale. Il s'agit notamment de la vente de produits saisonniers, ou encore de produits qui ne sont plus en adéquation avec la demande générale en raison d'un contexte évolutif, ou encore enfin de produits dont le prix s'aligne sur celui légalement pratiqué pour les mêmes produits par un commerçant voisin. Ces circonstances sont autant de causes objectives spéciales¹⁰⁶⁸ qui privent le comportement incriminé de son caractère infractionnel. C'est ainsi qu'a été relaxé le responsable du secteur bazar d'un hypermarché qui à l'approche des fêtes de Noël, avait cédé des jouets à un prix nettement inférieur à leur prix d'achat effectif au motif que « *la vente de ces produits à l'occasion des fêtes de Noël présente un caractère saisonnier marqué, la période de vente s'étalant du début novembre au 24 décembre au soir, et que leur vente, effectuée le 23 décembre, se situe dans la phase terminale de la saison, laquelle ne peut pas se situer après le 24 décembre*¹⁰⁶⁹. » De la même manière, le délit de revente à perte ne peut être poursuivi, lorsque les prix ont été alignés sur ceux pratiqués par un commerçant situé dans la même zone géographique, appartenant à la même enseigne commerciale et qui, quelques jours auparavant, a effectué des promotions sur ces produits¹⁰⁷⁰.

Il ressort qu'à travers les causes objectives spéciales d'irresponsabilité, le législateur vise à protéger l'application de la loi pénale. Le respect de la norme n'a de sens que lorsque le caractère antisocial de l'acte incriminé est avéré. Si l'acte est réalisé dans des circonstances telles que ce caractère antisocial est anéanti, la répression sera privée de sa fonction pédagogique. Ces causes spéciales ont cependant un impact limité et existent en nombre limité, car elles sont reliées à des incriminations spécifiques. Le caractère socialement utile du texte répressif n'ayant pas toujours été pris en compte par le législateur, la jurisprudence est intervenue et a érigé l'intérêt du groupe en cause objective spéciale de l'infraction d'abus de biens sociaux.

B- Les causes objectives spéciales d'origine prétorienne

262- Aux termes des articles L. 241-3. 4° et L. 242-6. 3° du Code de commerce, le délit d'abus de biens sociaux sanctionne le fait pour les gérants d'une société à responsabilité limitée, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, de faire « *de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.* » Selon cette disposition, tout aide financière apportée par une société à une autre dans laquelle le dirigeant possède des intérêts entre dans le champ d'application du délit d'abus de biens sociaux¹⁰⁷¹. En d'autres termes, à s'en tenir au strict régime du délit d'abus

¹⁰⁶⁷- Cass. crim., 21 octobre 1998 JCP 1999 II 10163, note F. FREUND, Contrats conc. Consommation 1999 n°33, note G. RAYMOND.

¹⁰⁶⁸- W. JEANDIDIER, *Op. cit.*, n°377 note1.

¹⁰⁶⁹- Cass. crim., 3 mai 2001, Inédit Pourvoi n°00-85552.

¹⁰⁷⁰- Cass. crim., 28 juin 1993, Bull. crim n°225.

¹⁰⁷¹- M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4^e éd., PUF, 2000, p. 350 : « *Il n'entre pas dans l'intérêt d'une société de se démunir de sa trésorerie au profit d'une autre société, ni d'entamer son crédit au profit de celle-ci. Toute aide financière, par prêt ou par cautionnement consenti par une société appartenant à un groupe, à une autre société du même groupe serait constitutive d'un abus de biens sociaux si l'on maintenait les critères gouvernant la qualification dans le cadre des sociétés indépendantes.* »

de biens sociaux, les conditions d'incrimination ne distinguant pas selon que la société est isolée ou appartient à un groupe, l'infraction devrait être constituée. En effet, le concours financier apporté par la société à une autre société, fût-elle, du même groupe, est bien contraire à son intérêt social, en ce qu'il appauvrit la société généralement sans contrepartie équivalente immédiate. Cette aide étant souvent apportée en connaissance du caractère préjudiciable pour l'intérêt social, la mauvaise foi est donc certaine. Seulement, en matière de groupe de sociétés, il est d'usage qu'une société apporte son concours à une autre du même groupe, afin de servir un intérêt différent du sien. L'appartenance à un même groupe a incontestablement une incidence sur l'appréciation de l'intérêt social. Prenant en compte cette réalité, les juridictions répressives opèrent depuis plusieurs années une distinction suivant que le délit soit commis ou non dans le cadre d'un groupe de sociétés.

Ainsi, n'est pas constitutif du délit d'abus de biens sociaux le concours financier apporté par une société à une autre du même groupe, lorsqu'il concorde avec l'intérêt du groupe (1). Cependant, ce fait justificatif jurisprudentiel a un champ d'application restreint, puisqu'il se limite aux délits d'abus de biens sociaux et d'abus de pouvoirs. Plus encore, l'intérêt du groupe apparaît davantage comme une cause de non caractérisation de l'infraction (2).

1- L'intérêt du groupe : cause objective d'irresponsabilité pénale en matière d'abus de biens sociaux

263- Le sacrifice immédiat consenti par une société à une autre dans l'intérêt du groupe peut se révéler bénéfique, à long terme, à la société prêtant main forte qui, en contrepartie pourrait jouir des avantages de la structure de groupe qu'elle a contribué à sauvegarder. Fondée sur la notion de solidarité intrinsèque à la cohésion de l'ensemble, cette approche jurisprudentielle tend à inclure dans l'appréciation de l'intérêt social les répercussions favorables de l'appartenance au groupe. Si le droit pénal ne prenait pas en compte cette notion d'appartenance à un groupe, il rejoindrait le droit commercial qui l'ignore encore majoritairement, alors même qu'il est autrement concerné.

En atténuant la pression pénale par la prise en compte de l'existence d'un groupe, la jurisprudence a opté pour une solution de compromis destinée à garantir les intérêts de la société ponctionnée. Cette jurisprudence prend sa source dans un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 16 mai 1974, dans la première affaire Willot¹⁰⁷². La logique et les conditions de cette décision ont été, pour l'essentiel, reprises par l'arrêt de la chambre criminelle du 4 février 1985, dans l'affaire ROZENBLUM¹⁰⁷³. La Haute juridiction juge que « *pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté, par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit pas être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge.* » L'apport de cette décision est indiscutable. Si elle consacre la valeur justificative de l'intérêt du groupe en matière d'abus de biens sociaux en dégageant ses conditions d'efficacité (a), il convient d'examiner le fondement de cette cause objective spéciale d'irresponsabilité (b).

a- Les conditions d'efficacité de l'intérêt du groupe

264- L'arrêt ROZENBLUM pose trois conditions cumulatives pour permettre d'éviter que l'infraction d'abus de biens sociaux soit caractérisée à l'égard des dirigeants en cas de concours financier entre sociétés appartenant au même groupe.

S'agissant de la première condition, il doit s'agir d'un véritable groupe, économiquement structuré avec une politique d'ensemble, et non d'un agrégat artificiel. Le fait justificatif lié à l'intérêt du groupe n'est donc pas applicable lorsque le groupe est inexistant. C'est la première condition posée par l'arrêt du 4 février 1985 qui n'a pas admis l'existence d'un groupe de sociétés car il n'existait

¹⁰⁷²- Gaz. Pal. 1974, 2, p. 886 ; D. 1975, p. 37 ; Rev. sociétés 1975, p. 657, obs. B. OPPETIT.

¹⁰⁷³- Bull. crim. n°54 ; Rev. sociétés 1985, p. 688, note B. BOULOC ; JCP 1986, I, 20585, note W. JEANDIDIER.

« aucun lien véritable entre les sociétés ni aucune structure juridique de nature à caractériser l'existence d'un groupe, celui-ci ne pouvant résulter de la tenue, par les mêmes préposés du prévenu, des documents comptables afférents à chacune des sociétés. » Dans le même esprit, la Cour de cassation a considéré que ne formait pas un groupe réel des sociétés qui n'étaient « liées entre elles que par des jeux d'écriture¹⁰⁷⁴ », ou encore que cette condition n'était pas remplie lorsqu'il existait « des dysfonctionnements engendrés par le cloisonnement des diverses sociétés, l'absence de concrétisation des intérêts économiques communs ainsi que l'absence de coordination des activités¹⁰⁷⁵. » A contrario, la chambre criminelle a admis que les sociétés dans lesquelles le prévenu détenait des parts et qui exerçaient leur activité dans le même secteur, en étant complémentaires les unes des autres formaient un groupe¹⁰⁷⁶.

La seconde condition est liée à la réalité de l'intérêt du groupe. Le concours apporté « doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe¹⁰⁷⁷. » L'aide financière doit donc s'inscrire dans une stratégie d'ensemble, un programme commun. Ainsi, cette deuxième condition n'est pas satisfaite, lorsque « les opérations sont effectuées au profit d'une société et au préjudice d'une autre, au gré des circonstances, sans plan d'ensemble ni justification économique, à la faveur du désordre régnant dans les comptabilités respectives des entreprises et tendent à masquer la réalité de leur situation désastreuse qui doit aboutir à la cessation des paiements malgré les aides publiques dont certaines bénéficient¹⁰⁷⁸. » Le concours financier ne s'inscrit pas non plus dans une stratégie commune lorsque les sociétés « n'étaient pas jusqu'alors en relations commerciales fécondes et qu'aucun projet de relation de collaboration commerciale n'était effectivement engagé, (les transferts de trésorerie) ne profitant en réalité qu'à la société mère qui payait ainsi l'acquisition de sa filiale par la trésorerie de cette dernière¹⁰⁷⁹. » En revanche, le tribunal correctionnel de Paris a estimé que répondaient à des intérêts légitimes des avances réalisées afin de servir à la prise de contrôle d'une autre société susceptible de renforcer la puissance du groupe¹⁰⁸⁰.

Quant enfin à la dernière condition tournée vers la charge financière effectivement supportée par la société contributrice, elle est double. D'une part, au regard des échanges internes au groupe, le concours apporté ne soit pas être « démunie de contrepartie, ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des différentes sociétés concernées. » Ainsi, n'est pas démunie de contrepartie le concours financier qui est assujéti à un taux officiellement et objectivement établi¹⁰⁸¹. De même, la perspective de commandes pour la société contributrice peut justifier le versement d'avances¹⁰⁸². D'autre part, au regard des capacités propres de la société, son concours financier ne doit pas outrepasser ses possibilités financières. Dans l'arrêt ROZENBLUM, le dépassement est manifeste puisque les juges d'appel avaient relevé que « les avances de trésorerie des premières sociétés n'ont pu être consenties que par le recours à des emprunts à court terme ou à des découverts bancaires, aucune d'entre elles ne disposant de fonds propres suffisants, certaines d'entre elles omettant de manière délibérée de satisfaire leurs obligations fiscales ou envers l'URSSAF et quelques-unes ayant perdu les trois-quarts, sinon la totalité de leur capital social. »

Toutes ces conditions doivent être satisfaites pour que l'intérêt du groupe puisse opérer en tant que cause objective spéciale d'irresponsabilité et chacune d'entre elles est rigoureusement examinée par les juges du fond dont l'appréciation est souveraine. Néanmoins, la chambre criminelle exerce un contrôle strict et vérifie si la décision rendue est suffisamment justifiée au regard des conditions

¹⁰⁷⁴- Cass. crim., 23 avril 1991, Dr. pén. 1991 n°327, Rev. sociétés 91. 785, note B. BOULOC.

¹⁰⁷⁵- Cass. crim., 13 février 1989, Rev. sociétés 1989. 692, note B. BOULOC.

¹⁰⁷⁶- Cass. crim., 19 juillet 1993, Inédit Pourvoi n°92-83.448.

¹⁰⁷⁷- Dans le même sens, Cass. crim., 4 septembre 1996, exigeant qu'il s'agisse d'un concours « dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune. »

¹⁰⁷⁸- Cass. crim., 9 décembre 1991, Rev. sociétés 1992. 358, note B. BOULOC, Dr. pén. 1992, n°101, comm. J-H. ROBERT.

¹⁰⁷⁹- Cass. crim., 24 juin 1991 RJDA 1991 n°926.

¹⁰⁸⁰- Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, Gaz. Pal. 1974.2.886, D.1975. 37.

¹⁰⁸¹- CA, Paris, 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986.2.479, note J-P MARCHI.

¹⁰⁸²- Trib. corr. Paris, 26 novembre 1968, Gaz. Pal. 1969.1.309, note R-A. ALCAN.

prescrites. L'enjeu est important, puisque de la réunion de ces conditions dépend la caractérisation ou non de l'infraction.

Pour cerner les raisons de cette création jurisprudentielle en matière d'abus de biens sociaux, il faut en examiner les fondements.

b- Les fondements de l'intérêt du groupe

265- De nature purement jurisprudentielle, la cause objective tirée de l'intérêt du groupe ne s'appuie sur aucun texte légal et les décisions rendues en la matière ne permettent guère de la justifier¹⁰⁸³. Cependant, la doctrine propose plusieurs fondements à ce fait justificatif d'origine prétorienne.

Ainsi, J. LEAUTÉ rattache cette création jurisprudentielle à des faits justificatifs existants¹⁰⁸⁴ :

d'une part, soit l'état de nécessité du dirigeant de la société contributrice qui est contraint de porter secours sous peine de perdre sa situation, soit l'état de nécessité résultant de la crise que traverse le groupe ; d'autre part, l'autorisation de la loi qui admet la licéité des groupes dont l'une des conséquences serait l'appréciation de l'infraction d'abus de biens sociaux au regard de cette spécificité.

Cette analyse est controversable pour plusieurs raisons. L'argument tiré de la licéité des groupes ne peut prospérer puisque la licéité d'une structure n'exclut pas qu'une infraction puisse être commise en son sein et ne peut servir d'argument pour modifier l'appréciation de la contrariété de l'acte à l'intérêt social¹⁰⁸⁵. En ce qui concerne l'état de nécessité, il résulte d'un conflit entre deux intérêts, le moins précieux étant sacrifié en commettant l'infraction. Or, la crainte du dirigeant de perdre sa situation n'est pas une nécessité impérieuse admissible qui puisse prévaloir sur l'intérêt social dont il a la charge. Par ailleurs, les difficultés économiques ne peuvent justifier l'infraction. Pour être exonératoire de responsabilité pénale, l'état de nécessité exige que le danger actuel ou imminent ne soit pas occasionné par celui qui l'invoque. Or, si l'on considère que les difficultés économiques sont la conséquence directe de la politique critiquable du dirigeant, ce dernier aura été à l'origine de la menace actuelle ou imminente, et ne pourra, par voie de conséquence, invoquer l'état de nécessité. Les difficultés économiques ne peuvent donc justifier l'infraction, sinon ce serait admettre l'état de nécessité dans le cas du dirigeant qui, pour éviter la faillite, a recours à des moyens ruineux pour se procurer des fonds, cas constitutif de banqueroute, ou, plus généralement, dans le cas du dirigeant qui commet une infraction pour remédier aux difficultés rencontrées, surtout si ces dernières sont de son fait.

Quant à Monsieur BOULOC sur le fondement du fait justificatif résultant de l'intérêt du groupe, il se demande si « *la légitimation de l'acte ne proviendrait pas de ce que les conditions requises par la loi ne se trouvent pas réunies en cas de groupe de sociétés*¹⁰⁸⁶. » Selon lui, le délit d'abus de biens sociaux ne serait pas caractérisé en cas d'intérêt du groupe, car l'élément matériel ou l'élément moral de l'infraction n'est pas établi¹⁰⁸⁷. Ainsi, « *il n'y aurait pas délit parce que l'acte ne méconnaîtrait pas l'intérêt de telle société puisqu'il comporte une contrepartie ; ou bien le délit n'existerait pas dans la mesure où le dirigeant n'aurait pas agi de mauvaise foi ou n'aurait pas tiré de profit personnel, même indirect de telle opération déterminée.* » L'acte matériel même de l'infraction serait inexistant.

¹⁰⁸³ - W. JEANDIDIER observe sous Cass. crim., 4 février 1985 JCP 1986 II 20585 que cet arrêt n'apporte pas davantage d'éclaircissement sur le fondement de cette position jurisprudentielle que les décisions précédentes.

¹⁰⁸⁴ - J. LEAUTÉ, « *La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires* », JCP 1973, I, 2551.

¹⁰⁸⁵ - L'autorisation de la loi pourrait résulter de l'article 12 de la loi du 24 janvier 1984 autorisant les opérations de trésorerie internes à un groupe. Cependant, cette base paraît assez fragile pour légitimer des agissements souvent en décalage avec ceux autorisés par la loi.

¹⁰⁸⁶ - B. BOULOC, « *Droit pénal et groupes d'entreprises* », in « *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise* », IX Congrès de l'Association française de droit pénal, Lyon 26-28 novembre 1987, éd., ECONOMICA, 1989, p. 160-161.

¹⁰⁸⁷ - *Ibid.*

Cette analyse s'écarte de celle effectuée par la jurisprudence qui, elle, ne remet pas en cause l'existence de l'agissement répréhensible, mais cherche à résoudre le conflit opposant deux intérêts divergents : celui de la société ponctionnée et celui du groupe. Selon J-H. ROBERT, Le comportement constitutif du délit d'abus de biens sociaux est établi et est contraire à l'intérêt de la société contributrice. Cependant, l'infraction n'est pas caractérisée, car l'intérêt du groupe transcende celui de la société¹⁰⁸⁸.

À notre sens, le fondement de cette jurisprudence résiderait davantage dans l'absence d'intérêt pour la société de punir à l'instar de toute cause objective d'irresponsabilité. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen fixe les bornes de la répression en énonçant que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société.* » Quant aux dispositions de l'article 8, elles consacrent les principes de proportionnalité et de nécessité de la peine. L'un des objectifs primordiaux de l'incrimination pénale est sa fonction sociale. Ainsi, lorsque la valeur protégée par une incrimination n'est pas menacée, la loi pénale doit cesser de recevoir application¹⁰⁸⁹. Le principe de nécessité de la peine est méconnu lorsque la loi pénale incrimine un acte qui ne porte pas atteinte à l'ordre social. En érigeant, dans le silence de la loi, l'intérêt du groupe en cause objective spéciale d'irresponsabilité pénale en matière d'abus de biens sociaux, la jurisprudence œuvre dans le sens d'une meilleure incidence de la loi pénale. La fonction sociale de l'incrimination pénale oriente les juridictions répressives dans leur décision de retenir ou non la responsabilité pénale de la personne mise en cause.

Toutefois, il demeure qu'en fixant lui-même les limites de la répression, le juge répressif se substitue au législateur ; ce qui constitue une source d'insécurité juridique contraire aux prescriptions du principe légaliste. C'est pour cette raison qu'une régularisation législative de ce fait justificatif s'avère nécessaire¹⁰⁹⁰.

Plus qu'un fait justificatif, l'intérêt du groupe apparaît davantage comme une cause de non caractérisation de l'infraction.

2- La spécificité de l'intérêt du groupe comme cause objective

266- L'existence du groupe de sociétés modifie l'appréciation de la contrariété de l'acte à l'intérêt social.

Plus qu'une cause objective spéciale d'irresponsabilité pénale en matière d'abus de biens sociaux, l'intérêt du groupe s'oppose davantage à la caractérisation de l'infraction. L'appréciation de l'incidence du groupe s'opère alors en amont, sur la contrariété de l'acte à l'intérêt social. Cette approche a le mérite d'être plus cohérente. En effet, si l'existence d'un groupe peut permettre d'écarter l'infraction, c'est incontestablement qu'il résulte de la comparaison des intérêts en présence que l'acte n'était pas contraire à l'intérêt social, et que, par conséquent, l'infraction n'étant pas caractérisée, l'on ne peut plus y voir une cause d'exonération. En outre, cette approche correspond à l'appréciation judiciaire de l'intérêt social. Par ailleurs, elle se montre respectueuse du principe de la légalité criminelle qui semble plutôt méconnu lorsqu'on considère l'intérêt du groupe comme un fait justificatif alors qu'il n'est pas prévu par la loi.

Fondamentalement, cette analyse permet de mettre en relief la notion d'intérêt social comme facteur de conciliation de deux logiques différentes : répressives et sociétaires. Axée sur la protection du patrimoine de la société, la logique répressive devrait considérer que l'intérêt social est menacé dès lors que la société s'appauvrit sans contrepartie immédiate et concrète, tandis que la logique sociétaire adoucit la rigidité pénale et permet d'opérer une distinction entre solidarité légitime et l'obsession du gain financier. Finalement, le droit pénal s'en remet à une notion du droit des sociétés pour décider de la caractérisation ou non de l'infraction.

¹⁰⁸⁸ - J-H. ROBERT, « *Droit pénal général* », 5^e éd., PUF, 2001, p. 247.

¹⁰⁸⁹ - G. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai d'une théorie générale de la justification* » in « *Les causes d'irresponsabilité pénale* », Annale de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome XXX, 1982, p. 20.

¹⁰⁹⁰ - C. LE GUNHEC, « *Le fait justificatif de la notion de groupe de sociétés dans le droit pénal français de l'abus de biens sociaux* », RIDP 1987. 117, p. 125.

Il résulte des précédents développements que les causes objectives d'irresponsabilité pénale ont une portée limitée en droit pénal des affaires et que le dirigeant ne peut y avoir recours que de manière exceptionnelle. Les causes objectives spéciales sont rares et, par essence, leur champ d'application se révèle étroit. S'agissant des causes objectives générales, elles sont inopérantes au regard de leur inadéquation et de la fermeté avec laquelle elles sont appréciées par le juge.

De même, le dirigeant peut difficilement espérer s'exonérer de sa responsabilité pénale en se repentant ou en invoquant le comportement de son subordonné.

C- L'effet réduit du repentir du dirigeant et du comportement de son subordonné

267- Le repentir actif du chef d'entreprise (1), ainsi que le comportement du salarié (2) révèlent un effet limité sur la responsabilité pénale du dirigeant.

1- L'effet limité du repentir actif du dirigeant

268- Le repentir actif consiste, après la commission de l'infraction par le dirigeant, à chercher à en effacer ou atténuer les conséquences dommageables. Dans la mesure où la qualification doit se faire au jour des faits, il n'est pas, en principe cause d'irresponsabilité pénale. Ainsi, la régularisation ultérieure ne fait pas disparaître l'infraction¹⁰⁹¹. Ainsi, la régularisation ultérieure ne fait pas disparaître l'infraction constituée par le paiement de salaires inférieurs au SMIC¹⁰⁹². De même, le délit d'entrave aux fonctions d'un salarié protégé demeure malgré l'abandon de la procédure de licenciement engagée contre lui en méconnaissance des dispositions légales¹⁰⁹³. Et même si le dirigeant ne persiste pas dans son refus d'installer un panneau d'affichage ou de négocier, le simple début de refus est considéré comme une abstention caractéristique du délit d'entrave au droit syndical¹⁰⁹⁴. En somme, aucun écart, si minime fût-il, n'est toléré au dirigeant. Tout au plus, le repentir actif permettra-t-il au dirigeant d'obtenir une réduction de sa peine ou un classement sans suite par le ministère public.

Quant au comportement du subordonné, la jurisprudence ne l'admet que restrictivement comme cause exonératoire au profit du dirigeant.

2- L'impact limité du comportement du subordonné

269- Le consentement du subordonné (a), ainsi que sa faute (b) ne produisent que rarement leur effet exonératoire à l'égard du dirigeant.

a- Le caractère inopérant du consentement du subordonné

270- S'il est vrai que le consentement de la victime n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale, sauf dans les cas où la loi fait expressément de l'absence de consentement un élément constitutif de l'infraction¹⁰⁹⁵, il ne demeure pas moins que cette règle, dans certaines circonstances, devrait connaître des tempéraments.

La chambre criminelle refuse de voir dans le consentement des salariés invoqué par l'employeur un quelconque fait justificatif, quelle que soit l'infraction. Les illustrations se rencontrent le plus

¹⁰⁹¹ - Cass. crim. 20 janvier 2009, n°08-82.615.

¹⁰⁹² - Cass. crim. 6 octobre 1977, Juri-soc. 1977 F 5.

¹⁰⁹³ - Cass. crim. 26 janvier 1993, n°89-85.389, Bull. crim. n°43. Cass. crim. 4 avril 1995, n°93-80.312, Dr. pénal 1995, n°184.

¹⁰⁹⁴ - Cass. crim. 6 janvier 2004, n°02-88.240, Bull. crim. n°4.

¹⁰⁹⁵ - Code du travail article L. 3132-25-4 nouveau issu de la loi n°2009-974 du 10 août 2009 relative au repos dominical.

fréquemment en matière d'infraction au repos dominical¹⁰⁹⁶ et de licenciement de salariés protégés. Ainsi, la transaction par laquelle un représentant du personnel, délégué syndical, accepte de ne pas être réintégré n'empêche pas la consommation du délit d'entrave et la constitution de partie civile du salarié pour demander une indemnisation supplémentaire¹⁰⁹⁷.

S'agissant de l'atteinte au repos dominical, s'il est vrai qu'elle fait l'objet d'une intense controverse politique, sociale, philosophique, religieuse, mais davantage idéologique, il ne demeure pas moins qu'est particulièrement incompréhensible la sanction infligée à un dirigeant qui accède à la requête libre et consciente d'un subordonné qui souhaite, souvent pour des raisons conjoncturelles, mettre à profit la possibilité qui lui est offerte d'augmenter ses revenus en renonçant à une journée de repos, alors que sont avérées l'utilité économique du travail dominical, ainsi que la nécessité parfois vitale pour certains salariés d'y recourir en toute liberté. C'est donc en vain que le dirigeant invoquera le consentement du salarié pour s'affranchir de sa responsabilité pénale¹⁰⁹⁸.

Plus incompréhensible encore, même le fait fautif du subordonné ne sera exonératoire à l'égard du dirigeant qu'à des conditions strictement appréciées par la jurisprudence.

b- L'impact limité de la faute du subordonné

271- Pour s'exonérer de sa responsabilité, le chef d'entreprise invoque souvent le comportement fautif ou récalcitrant de son subordonné qui constitue un cas particulier de contrainte. Toutefois, comme il a l'obligation de veiller personnellement au respect de la réglementation, et d'imposer son respect à ses préposés, ce moyen de défense ne sera admis qu'à deux strictes conditions. D'une part, aucune faute ne doit être caractérisée à l'encontre du chef d'entreprise. D'autre part, il doit être établi que le fait du salarié était irrésistible, ce dernier devant avoir agi à l'insu de l'employeur. Le comportement du salarié doit être la cause exclusive de l'infraction¹⁰⁹⁹.

Au regard de la sévérité des conditions exigées, c'est souvent en vain que le dirigeant invoquera le comportement fautif de son salarié pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, car, généralement, ce moyen de défense sera rejeté par la jurisprudence. Ainsi, le fait qu'un salarié, bien que deux fois convoqué à une visite médicale d'embauche, ne s'y rende pas, ne permet pas à son employeur d'échapper à sa responsabilité pénale¹¹⁰⁰.

De même, en matière d'infraction à la réglementation des transports routiers, le chef d'entreprise ne peut s'exonérer de sa responsabilité que s'il a informé ses salariés du contenu de la réglementation, leur a donné instruction de la respecter, s'il s'est assuré, à intervalles réguliers, du respect effectif de ladite réglementation, et si, en cas de manquements répétés, il a pris les mesures nécessaires pour éviter qu'ils ne se reproduisent¹¹⁰¹.

De la même manière, l'opposition manifestée par le personnel de l'entreprise à la réintégration d'un salarié protégé irrégulièrement licencié n'a pas non plus été retenue comme fait justificatif, la jurisprudence considérant que le chef d'entreprise a l'obligation de faire respecter le statut protecteur des représentants du personnel¹¹⁰².

Les accidents du travail sont le domaine dans lequel la faute du salarié victime est le plus souvent invoquée par le chef d'entreprise. Ce dernier est poursuivi soit pour imprudence¹¹⁰³, soit pour mauvaise utilisation de matériel¹¹⁰⁴, soit pour taux d'alcoolémie élevée ou emprise de stupéfiants lors de l'accident¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹⁶- Cass. crim. 5 décembre 1989, n°89-82.001, Bull. crim. n°446 ; RSC 1990. 590; Dr. ouvrier 1990. 401.

¹⁰⁹⁷- Cass. crim. 31 janvier 2006, n°05-83.089, Dr. pén. 2006, n°145, obs. J.-H. ROBERT.

¹⁰⁹⁸- Cass. crim. 5 décembre 1989, n°89-82.001, Bull. crim. n°446 ; RSC 1990. 590; Dr. ouvrier 1990. 401.

¹⁰⁹⁹- Cass. crim. 14 octobre 1986, n°86-91.401, Bull. crim. n°288. Cass. crim. 28 novembre 2006, n°05-87.290.

¹¹⁰⁰- Cass. crim. 4 mai 1976, Dr. soc. 1977. 47.

¹¹⁰¹- Cass. crim. 16 janvier 1990, n°89-82.880, Bull. crim. n°29.

¹¹⁰²- Cass. crim. 9 décembre 1986, Bull. crim. n°368.

¹¹⁰³- Cass. crim. 14 octobre 1986, n°86-91.401, Bull. crim. n°288.

¹¹⁰⁴- Cass. crim. 19 novembre 1991, n°91-82.927.

¹¹⁰⁵- Cass. crim. 29 septembre 2009, n°09-80.254.

L'obligation des salariés de veiller à leur propre santé et sécurité étant sans incidence sur la responsabilité pénale de l'employeur¹¹⁰⁶, ce moyen de défense est particulièrement difficile à mettre en œuvre par ce dernier. Les juges s'attachent tout d'abord à rechercher, non pas si la victime est fautive, mais si le prévenu l'est ou non. Le dirigeant est fautif non seulement s'il est établie à son encontre la violation d'une règle de sécurité, au sens de l'article L. 4741-1 du code du travail (ancien article L. 263-2), mais aussi s'il a toléré, en connaissance de cause, des pratiques telles que le défaut d'utilisation d'équipements de protection individuelle¹¹⁰⁷, ou encore, si, présent lors de l'accident, il ne s'est pas opposé au comportement dangereux du salarié¹¹⁰⁸. Ce n'est qu'en l'absence de faute du dirigeant que les juges s'intéresseront à celle de la victime, qui doit, pour être cause d'irresponsabilité, avoir été commise à l'insu du dirigeant, qui ne pouvait prévoir et empêcher le comportement à l'origine de l'accident¹¹⁰⁹.

C'est peu dire que les conditions fixées par la jurisprudence pour le dirigeant qui invoque le comportement fautif de son salarié pour s'exonérer de sa responsabilité pénale sont particulièrement drastiques. L'obligation pénale de veiller au respect de la réglementation au sein de son entreprise permet généralement de déceler une faute, même lointaine, du dirigeant l'empêchant de s'affranchir de sa responsabilité pénale.

S'agissant des causes subjectives d'irresponsabilité pénale, elles ne sont pas plus exonératoires pour le dirigeant. Elles révèlent aussi un impact limité à l'égard de ce dernier.

SECTION II - L'IMPACT LIMITÉ DES CAUSES SUBJECTIVES D'IRRESPONSABILITÉ PÉNALE À L'ÉGARD DU DIRIGEANT

272- Aucun prévenu, quelle que soit sa qualité, ne peut voir sa responsabilité pénale engagée si l'élément moral de l'infraction n'est pas caractérisé à son égard¹¹¹⁰. Toutefois, l'absence de faute est très rarement admise au profit du chef d'entreprise¹¹¹¹. Le code pénal prévoit trois causes subjectives d'irresponsabilité pénale. La première, le trouble psychique ou neuropsychique (article 122-1 du code pénal) repose sur un défaut total de discernement au moment de l'acte, quelle que soit sa cause. Cette cause n'a pas, ou peu de place, s'agissant du dirigeant, la jurisprudence étant inexistante en la matière. En revanche, la contrainte (I) et l'erreur (II) trouvent parfois à s'appliquer, mais ne sont que rarement admises au profit du dirigeant.

I- L'IMPACT LIMITÉ DE LA CONTRAINTE

273- Prévue à l'article 122-2 du code pénal, la contrainte repose sur le fait que l'auteur s'est trouvé, en raison d'un événement ou d'une circonstance quelconque, tant externe qu'interne, dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi. Cette cause peut être invoquée pour toute infraction. Cependant, elle doit être imprévisible et irrésistible, de même qu'elle ne doit résulter d'une faute antérieure de la personne qui l'invoque. L'irrésistibilité suppose une absence de choix, l'obligation de commettre l'infraction ou l'impossibilité de s'y opposer. La contrainte ne peut être soulevée d'office, et le prévenu doit, s'il souhaite en bénéficier, avoir expressément allégué ce moyen de défense¹¹¹².

Pour le chef d'entreprise, notamment en droit pénal du travail, les conditions de la contrainte sont souvent difficiles à réunir, en raison de l'obligation pesant sur lui de veiller personnellement et

¹¹⁰⁶- Article L. 4122-1 [ancien article L. 230-4] code du travail.

¹¹⁰⁷- Cass. crim. 20 octobre 1992, n°91-84.608, Dr. ouvrier 1993. 480.

¹¹⁰⁸- Cass. crim. 22 février 1995, n°94-80.810, Bull. crim. n°82 ; RSC 1995. 827. Cass. crim. 16 septembre 2008, n°08-80.204, Bull. crim. n°186.

¹¹⁰⁹- Cass. crim. 14 octobre 1986, n°86-91.401, Bull. crim. n°288. Cass. crim. 28 novembre 2006, n°05-87.290.

¹¹¹⁰- Cass. crim. 5 mars 1997, n°95-82.532.

¹¹¹¹- P. MORVAN, « Responsabilité pénale et droit social avant et après la loi du 10 juillet 2000 », RJS 4 janvier 2001, p. 283.

¹¹¹²- Cass. crim. 19 novembre 1991, n°91-82.927.

continuellement à l'application des dispositions du code du travail. Une faute antérieure est souvent facilement décelée.

Le dirigeant invoque parfois la contrainte pour justifier certains délits d'entrave aux institutions représentatives du personnel, en particulier pour défaut de mise à disposition d'un local pour l'accomplissement de leur mission (article L. 2315-6 [ancien article L. 424-2] ; article L. 2325-12 [ancien article L. 434-8] ; L. 2142-8 [ancien article L. 412-9]). Si la jurisprudence peut admettre que la contrainte soit parfois exclusive de certaines obligations pesant sur le dirigeant, et, par conséquent de la responsabilité pénale qui pourrait découler de leur méconnaissance, elle apprécie toutefois très sévèrement l'existence ou non de cette cause d'irresponsabilité. Ainsi, le dirigeant ne peut invoquer des contraintes matérielles liées à des travaux de rénovation dans l'entreprise pour justifier le délit d'entrave aux institutions représentatives¹¹¹³. Il sera tout autant difficile pour lui de s'affranchir de sa responsabilité pénale en invoquant des contraintes matérielles liées à la suppression de la salle qui était mise à disposition des représentants du personnel¹¹¹⁴.

En matière de santé et de sécurité, la sévérité de la jurisprudence à l'égard du dirigeant est identique. Ainsi, c'est souvent en vain que ce dernier invoquera la contrainte pour tenter de justifier la méconnaissance de certaines règles (article L. 4741-1 [ancien article L. 263-2]). La jurisprudence estime que les difficultés, de fait ou de droit, rencontrées pour leur mise en œuvre ne peuvent constituer une cause d'irresponsabilité, car elles ne dispensent pas le chef d'entreprise de ses obligations, notamment de sécurité. La jurisprudence ne retiendra donc pas la contrainte au profit du dirigeant s'agissant du fait que les locaux ne lui appartiennent pas et que la charge pécuniaire des aménagements nécessaires au respect de la réglementation ne lui incombe pas¹¹¹⁵. De la même manière, le dirigeant ne pourra se prévaloir de la contrainte découlant de la défektivité des machines ou appareils de protection ou le dérèglement d'un système de sécurité¹¹¹⁶. Ce moyen de défense sera aussi inopérant même si des carences de l'administration pour assurer la sécurité sont avérées¹¹¹⁷.

S'agissant du fait d'un tiers, il ne peut être valablement invoqué par le dirigeant comme une contrainte exonératoire que s'il a mis ce dernier dans l'impossibilité de se conformer à la loi. Ainsi, en matière d'infraction aux règles de sécurité, même la faute du fabricant ou du vendeur d'équipements de travail, de l'installateur ou de l'entrepreneur chargé de l'entretien des machines ne sera admise comme constitutive d'une contrainte exonératoire au profit du chef d'entreprise. Ce moyen de défense est souvent écarté. De la même manière, un certificat erroné de conformité à la réglementation d'une machine dangereuse émanant du constructeur n'a pas été retenu comme cause d'irresponsabilité pour le dirigeant¹¹¹⁸. Identiquement, le défaut de remise en place du système de protection d'une machine par la société chargée de la maintenance, ne permet pas non plus au chef d'entreprise d'échapper à sa responsabilité pénale, dès lors qu'il lui incombe de veiller de façon constante au respect des règles de sécurité.¹¹¹⁹

Il ressort de cette étude que la jurisprudence semble tacitement adhérer à la théorie de « l'omniscience » à l'égard du chef d'entreprise en considérant que celui-ci doit être au courant de tout et doit être un véritable spécialiste de tout ce qui touche à son entreprise quel que soit le domaine. Dans ces conditions, il semble évident que le dirigeant peut difficilement s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant la contrainte. L'acharnement, ou en tout cas l'irréalisme judiciaire semble à son comble.

¹¹¹³- Cass. crim. 25 septembre 2007, n°06-84.599, Bull. crim. n°222 ; RSC 2008. 347, obs. A. CERF-HOLLENDER; JCP S 2007. 1944, note Y. KERBOURC'H)

¹¹¹⁴- Cass. crim. 26 mai 2009, n°08-82.979, Dr. pén. 2009, n°11, obs. J.-H. ROBERT, et M. SEGONDS, Dr. pén. 2009, Chron. 10).

¹¹¹⁵- Cass. crim. 21 février 1952, D. 1952. 103 ; Dr. ouvrier 1953. 361.

¹¹¹⁶- Cass. crim. 2 mars 1977, Bull. crim. n°85.

¹¹¹⁷- Cass. crim. 10 septembre 2002, n°01-85.210, Bull. crim. n°160.

¹¹¹⁸- Cass. crim. 6 juin 1990, n°89-86.002, Bull. crim. n°230. Cass. crim. 23 juin 1993, n°88-82.938, Dr. pénal 1993, n°177.

¹¹¹⁹- Cass. crim. 19 novembre 1991, n°91-82.927.

Cependant, la contrainte n'est pas la seule cause subjective d'irresponsabilité pénale pouvant être invoquée par le dirigeant. L'erreur aussi semble soumise à la même rigueur judiciaire.

II- L'IMPACT LIMITÉ DE L'ERREUR

274- Aux termes de l'article 122-3 du code pénal, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.* » Qu'elle soit de fait (A) ou de droit (B), l'erreur est restrictivement appréciée par la jurisprudence comme cause subjective d'irresponsabilité pénale lorsqu'elle est invoquée par le chef d'entreprise.

A- L'erreur de fait

275- Quand elle est de fait, l'erreur porte non sur la norme, mais sur la matérialité de l'infraction, autrement dit, celui qui commet une erreur de fait croit que son agissement n'entre pas dans le champ de ceux incriminés par le texte pénal¹¹²⁰. L'erreur de fait repose sur l'ignorance, la mauvaise compréhension ou interprétation d'une circonstance de fait. Lorsqu'elle porte sur la matérialité de l'infraction, cette dernière n'est pas constituée.

L'erreur de fait la plus fréquemment invoquée par le dirigeant en droit pénal du travail porte sur l'ignorance de la qualité du salarié victime, lorsque cette dernière est un élément constitutif de l'infraction : salarié protégé pour les délits d'entrave, ou encore salarié étranger, s'agissant du travail illégal. Si dans un premier temps, la jurisprudence a paru sensible à ce moyen de défense¹¹²¹, aujourd'hui, elle admet moins facilement l'erreur de fait. Les juges font de plus en plus souvent peser sur le chef d'entreprise une obligation de s'informer sur la qualité de ses salariés, qui, si elle n'est pas accomplie, constitue une négligence qui empêche l'erreur de fait de produire un effet exonératoire. A ainsi été déclaré responsable l'employeur qui omet de s'informer sur la nationalité de celui qu'il embauche, et de vérifier, s'il s'agit d'un étranger, s'il est titulaire d'un permis de travail¹¹²².

La question majeure qui mérite d'être soulevée ici est de savoir de quel moyen juridique le dirigeant dispose pour apprécier l'authenticité ainsi que la propriété des documents qui lui sont soumis. Cette situation est loin d'être évidente pour le chef d'entreprise qui, majoritairement, verra sa responsabilité pénale engagée sans aucune chance de succès du moyen tiré de l'erreur.

Quant à l'appréciation judiciaire de l'erreur sur le droit pouvant être invoquée par le dirigeant, elle ne paraît pas plus clément.

B- L'erreur de droit

276- L'erreur de droit est une méconnaissance des règles applicables. La personne qui l'invoque ignore le caractère illicite de son acte. L'erreur de droit n'est exonératoire que si elle était inévitable, invincible ; ce qui est particulièrement difficile à établir pour le dirigeant d'entreprise. Les erreurs souvent invoquées peuvent être répertoriées en deux catégories : l'erreur « spontanée » résultant de l'ignorance du prévenu, sans intervention extérieure (1), et l'erreur « provoquée » par des informations erronées fournies par l'administration ou un professionnel du droit (2).

1- L'erreur spontanée

¹¹²⁰- Voir J. LEROY, « *Droit pénal général* », 5^e éd. LGDJ, 2014, p.278.

¹¹²¹- Cass. crim. 1^{er} octobre 1987, Bull. crim. n° 327). L'inobservation des formalités d'information sur la désignation d'un délégué syndical (code du travail article D. 2143-4 [anc. art. D. 412-1]), dont a été déduite l'ignorance de sa qualité, a pu faire obstacle à une entrave par licenciement irrégulier du salarié protégé, Cass. crim. 5 mars 1991, n° 90-82.113, Bull. crim. n° 112; Dr. pén. 1991, n° 331, obs. J.-H. ROBERT.

¹¹²²- Cass. crim. 6 mai 1997, n°96-83.063, Bull. crim. n°178.

277- L'erreur spontanée est systématiquement rejetée par la jurisprudence lorsqu'elle est invoquée par le dirigeant qui souhaite s'exonérer de sa responsabilité pénale. S'agissant de ce dernier, les juridictions répressives présumant de manière irréfragable la connaissance de certaines règles en raison de sa qualité. Ainsi, le maître d'ouvrage poursuivi pour non-respect des règles de sécurité ne peut soutenir valablement avoir été induit en erreur sur l'étendue de ses obligations du fait qu'il avait confié à un entrepreneur le soin de réaliser les travaux¹¹²³. S'agissant des règles qui peuvent éventuellement être ignorées, les juges imposent au dirigeant une obligation de se renseigner auprès de l'administration ou de juristes compétents, et à défaut d'avoir accompli une telle démarche, la cause d'irresponsabilité sera rejetée. Ainsi, a été écartée l'erreur de droit dans l'interprétation des textes relatifs à la durée maximale du travail invoquée par un employeur au motif que ce dernier aurait pu l'éviter en sollicitant une consultation auprès de l'inspection du travail¹¹²⁴.

2- L'erreur provoquée

278- L'erreur provoquée est seule susceptible d'être invincible au sens du code pénal. Elle suppose que le dirigeant a bien rempli son obligation préalable de se renseigner, mais que les informations obtenues l'ont induit en erreur. Ainsi, si l'erreur provoquée par l'administration a de fortes chances d'être admise¹¹²⁵ au profit du dirigeant, celle provoquée par des divergences jurisprudentielles est rejetée par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹²⁶. Quant à l'erreur provoquée par des spécialistes du droit, elle connaît le même sort. Admise par les juges du fond¹¹²⁷, elle ne l'a cependant jamais été par la Cour de cassation¹¹²⁸.

Étant un moyen de défense, l'erreur sur le droit doit être invoquée par le dirigeant poursuivi. La Cour de cassation sanctionne les juges du fond qui relèvent d'office cette cause d'irresponsabilité¹¹²⁹.

Eu égard à ce qui précède, force est de constater que les causes d'irresponsabilité pénale ont une portée restreinte à l'égard du dirigeant d'entreprise. Cette restriction s'explique, soit par leur nature spécifique, soit par la rigueur avec laquelle elles sont appréciées par la jurisprudence.

Toutefois, le dirigeant dispose d'un autre moyen d'échapper à la répression pénale. Le mécanisme de la délégation de pouvoirs lui permet de se dégager de sa responsabilité pénale en désignant un autre responsable. Cependant, en matière d'impunité, les effets de la délégation sont réduits, puisque l'infraction ne disparaît pas, mais est imputée au délégataire.

SECTION III – L'IMPACT LIMITÉ DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS

279- Au regard du pouvoir et de la position qui sont les siens au sein de l'entreprise, le dirigeant a la charge du respect de la réglementation relative au fonctionnement et à l'exercice de son activité. Il répond pénalement de la transgression de ces obligations, car il est le plus apte à veiller à leur respect. En le chargeant de veiller au respect des prescriptions légales et réglementaires, la loi et la jurisprudence entendent prévenir efficacement la commission des infractions pénales.

Toutefois, le contexte matériel ne met pas toujours le chef d'entreprise en mesure de veiller au respect de la réglementation. Ainsi, il recourt de plus en plus à des modes de gestion décentralisés organisés au moyen de délégation de pouvoirs. La recherche de l'atténuation du risque pénal le

¹¹²³- Cass. crim. 8 août 1994, n°94-80.080, RJS 1994, n°1276.

¹¹²⁴- Cass. crim. 5 mars 1997, n°95-83.492, Bull. crim. n°84 ; Dr. pénal 1997, n°107.

¹¹²⁵- Cass. crim. 24 novembre 1998, n°97-85.378, JCP 1999. II. 10 208, note M.-A. HOUTMANN.

¹¹²⁶- Cass. crim. 11 mai 2004, n°03-80.254. Elle est cependant admise par les juridictions du fond, v. Reims, 1er avril 1994, Gaz. Pal.1991.

¹¹²⁷- Douai, 26 septembre 1996, Dr. pén. 1997, n°60.

¹¹²⁸- Cass. crim. 11 octobre 1995, n°94-83.735, Bull. crim. n°301 ; Dr. pén. 1996, n°56 ; D. 1996. 469, note M. MULLER ; RSC 1996. 646, obs. B. BOULOC. Cass. crim. 7 janvier 2004, n°03-82.337, Bull. crim. n°5 ; Dr. pén. 2004, n°49.

¹¹²⁹- Crim. 15 novembre 1995, n°94-85.414, Bull. crim. n°350 ; Dr. pén. 1996, n°56, obs. M. VÉRON.

conduit ainsi à une plus large répartition de l'exercice du pouvoir.

Dans le silence de la loi, les juridictions répressives organisent le mécanisme de la délégation de pouvoirs en recentrant la responsabilité. Loin d'être une exception, ce mécanisme est plutôt un retour au principe de la personnalité des délits et des peines et revêt une grande importance pour le chef d'entreprise (I). Il permet d'imputer l'infraction, non plus au délégant, mais au délégataire, désigné comme responsable par l'acte de délégation.

Ainsi, si seul le dirigeant délégant peut voir sa responsabilité pénale écartée (II), encore faudrait-il que l'effet exonératoire de la délégation soit admis (III).

I- L'UTILITÉ DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS POUR LE DIRIGEANT

280- De multiples raisons conduisent le chef d'entreprise à déléguer ses pouvoirs. Si certains dirigeants recourent parfois à ce mécanisme pour se décharger de leur responsabilité sur des collaborateurs, cette situation reste cependant marginale.

Investi d'une obligation pénale de résultat, le dirigeant ne peut dans certains cas veiller au respect de la réglementation mise à sa charge. Tel est le cas dans les entreprises de grande taille ayant parfois des filiales. Le dirigeant, ne pouvant efficacement s'acquitter de ses obligations, préfère parfois déléguer ses pouvoirs. Ainsi, la délégation est devenue non seulement une nécessité pratique, mais plus généralement un outil important de management.

Elle constitue une nécessité, car le président d'un groupe qui compte un nombre important de filiales à travers le monde ne peut intervenir au quotidien dans la gestion de chacune de ces structures. Par conséquent, il est conduit à transférer une large partie de pouvoirs aux dirigeants desdites filiales, et est souvent mis au courant postérieurement aux prises de décisions.

Seulement, la jurisprudence est très souvent encline à considérer que le dirigeant est parfaitement informé de tout ce qui se déroule dans son groupe, quelle que soit la taille de celui-ci. Or, cette présomption est parfois matériellement impossible.

La délégation de pouvoirs constitue aussi un outil de management quasi incontournable dans le management moderne, car offrant de réels avantages : recul nécessaire pour le dirigeant, accroissement des compétences du délégataire, motivation de l'encadrement, etc. Elle est surtout devenue un moyen de gestion dynamique des ressources humaines et de prévention du risque pénal pour le dirigeant¹¹³⁰.

Cependant, la délégation de pouvoirs n'est pas une décision aisée pour le chef d'entreprise. Cette situation explique parfois les difficultés de mise en forme du contenu de la délégation. En effet, bon nombre de dirigeants doivent surmonter une certaine réticence à renoncer aux attributs traditionnels du pouvoir en prenant le risque de déléguer, car le dirigeant qui ne délègue pas ses pouvoirs alors que l'importance de l'entreprise l'exige, commet une faute qui engage sa responsabilité pénale en cas d'infraction¹¹³¹.

Par ailleurs, certains chefs d'entreprise confondent parfois délégation et sous-traitance. La différence est importante, car la délégation va bien au-delà de la sous-traitance sur laquelle quelquefois le chef d'entreprise au dernier moment se replie. Il s'agit d'une fausse délégation qui se ramène en pratique à confier des tâches sans transfert réel de responsabilité.

Cette présentation pratique de la délégation de pouvoirs, en marge de toute considération juridique, vise à révéler la complexité des comportements au sein de l'entreprise et à souligner les lacunes d'une jurisprudence parfois en décalage avec la réalité.

Sur un plan juridique, l'effet exonératoire de la délégation de pouvoirs n'opère qu'à l'égard du dirigeant délégant, et à condition de satisfaire préalablement aux conditions posées par la jurisprudence.

¹¹³⁰- A. MEYRIEUX et Y. MAYNE, « Délégation de pouvoirs : du droit pénal au droit social », *Jurisprudence sociale* Lamy n°45, 2 novembre 1999, p. 4 ; v. aussi M. GIACOPELLI-MORI qui parle « d'instrument d'ajustement de la responsabilité pénale à la réalité du fonctionnement de l'entreprise » RSC. 2000, n°3, p.527.

¹¹³¹- Cass. crim. 28 février 1995, Inédit Pourvoi n°94-82.577.

II- UN MÉCANISME RESTRICTIVEMENT EXONÉRATOIRE POUR LE DIRIGEANT

281- La jurisprudence accepte de prendre en considération la délégation de pouvoirs (A), et considère qu'elle entraîne un transfert de responsabilité pénale du dirigeant vers le subordonné, dès lors que sont satisfaites les conditions de validité requises (B).

A- L'admission jurisprudentielle de la délégation de pouvoirs

282- Le mécanisme de délégation de pouvoirs est essentiellement d'origine jurisprudentielle. Le Code pénal ne le mentionne pas et, seules quelques dispositions du droit pénal du travail l'envisagent tacitement¹¹³².

Face au silence du législateur, le juge adopte une position pragmatique. Il consacre le mécanisme de la délégation de pouvoirs (1) et admet qu'en déléguant ses pouvoirs, le dirigeant transfère également sa responsabilité pénale¹¹³³ (2).

1- L'affirmation d'un principe général

283- La délégation de pouvoirs est considérée depuis plus d'un siècle par la jurisprudence comme une technique d'organisation et de gestion normale, voire indispensable de l'entreprise¹¹³⁴. Elle n'a acquis un effet exonérateur à l'égard du dirigeant qu'à compter du célèbre arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 juin 1902 énonçant que « *si le chef d'industrie doit, à ce titre, être tenu pour pénalement responsable comme en étant l'auteur, des contraventions commises dans les parties de l'entreprise qu'il administre directement, la responsabilité pénale de celles qui se produisent dans ceux de ces services dont il a délégué la direction, pèse au même titre sur le directeur, gérant ou préposé qui l'y représente comme chef immédiat, avec la compétence et l'autorité nécessaire pour y veiller efficacement à l'observation des lois*¹¹³⁵. » Cependant, si le mécanisme de la délégation a été affirmé dans son principe, aucune règle générale n'était encore retenue. Ainsi, le 11 mars 1993, la formation plénière de la chambre criminelle rend cinq arrêts¹¹³⁶ qui mettent un terme à cette situation en énonçant comme principe général unique que « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.* » Cette règle est aujourd'hui reprise de manière générale et identique par toutes les juridictions.

Depuis lors, différentes dispositions légales et réglementaires sont venues entériner cette jurisprudence, en reprenant, parfois à l'identique, les conditions qu'elle a fait émerger, pour en faire une responsabilité du fait personnel, dont il faut garder à l'esprit, qu'elle demeure le principe en droit répressif.

Ainsi, pour apprécier la faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation légale ou réglementaire de prudence ou de sécurité, l'alinéa 3 de l'article 121-3 fait référence à la nature des missions ou fonctions du prévenu, à ses compétences, ainsi qu'au pouvoir et aux moyens dont il disposait. Cette formulation n'est pas sans rappeler le concept jurisprudentiel de délégation de pouvoirs.

De la même manière, plusieurs dispositions en droit du travail viennent consolider cette référence à

¹¹³²- A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5^e éd. LexisNexis, 2012, p. 174.

¹¹³³- Cass. crim. 23 janvier 1975, Bull. crim., n°30 ; JCP. 1976. II. 18333, note J.-H. ROBERT ; D.1976, p. 376, note SAVATIER.

¹¹³⁴- N. FERRIER, « *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise* », LITEC, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, 2005 ; TH. DALMASSO, « *La délégation de pouvoirs* », éd. JOLY, 2000.

¹¹³⁵- Cass. crim., 28 juin 1902, Bull. Crim. n°237.

¹¹³⁶- Cass. crim., 11 mars 1993, Dr. pén. 1994, n°39, comm. J.-H. ROBERT ; Bull. Joly 1993, p.666, note M.-E. CARTIER.

la délégation de pouvoirs. Tel est le cas en particulier de l'article L. 127-3-1 du Code du travail¹¹³⁷ qui prévoit que le salarié mis à disposition par un groupement d'employeurs peut bénéficier d'une délégation de pouvoirs du chef d'entreprise utilisatrice au même titre qu'un salarié de cette entreprise.

C'est également le cas des articles L. 263-2 du Code du travail et R. 237-3 du même Code qui, en matière d'hygiène et de sécurité au sein de l'entreprise, énoncent les conditions dans lesquelles le dirigeant peut déléguer ses pouvoirs. Ici également, le législateur fait référence aux conditions jurisprudentielles bien connues d'autorité, de compétence et de moyens.

La jurisprudence admet donc la délégation de pouvoir en reconnaissant que le dirigeant qui délègue ses pouvoirs transfère également sa responsabilité pénale.

2- La reconnaissance de l'effet translatif de responsabilité pénale

284- Pour produire son effet exonératoire, la délégation de pouvoirs doit satisfaire aux exigences prescrites par la jurisprudence. Lorsque ces conditions sont remplies, le mécanisme de la délégation permet au dirigeant délégataire de transmettre par la même occasion au délégataire sa responsabilité pénale. La délégation produit alors un double effet : exonératoire pour le délégant, elle est inversement attributive de responsabilité pénale pour le délégataire.

L'effet translatif de responsabilité pénale est affirmé par les décisions précitées du 11 mars 1993 qui énoncent que le dirigeant d'entreprise peut s'exonérer de sa responsabilité pénale. L'existence d'un transfert valable de pouvoirs a pour conséquence d'écarter la responsabilité pénale du délégant en cas de méconnaissance des obligations qu'il a transmises. Ayant désormais la charge de veiller à ces dernières, le délégataire encourt le risque pénal attaché à ses pouvoirs en cas d'inobservation de la réglementation. Il se substitue au délégant et sa responsabilité pénale peut être recherchée dans les mêmes conditions que celle du délégant.

Il en ressort que l'effet exonératoire de la délégation se cantonne au délégant. Pour le dirigeant délégant, ce mécanisme présente un véritable intérêt car il constitue un moyen d'échapper à la répression pénale en se déchargeant sur son préposé. Débiteur légal de l'obligation, le dirigeant a donc tout intérêt à transférer une partie de ses obligations en délégant ses pouvoirs dans le respect des exigences prescrites par la jurisprudence. De la sorte, l'infraction pénale demeure répréhensible, mais ne sera imputable qu'au délégataire en vertu de l'acte de délégation. Entre les deux acteurs, la responsabilité pénale est donc alternative. C'est ce qu'a rappelé la chambre criminelle en déclarant que « la même infraction ne peut être retenue à la fois contre le chef d'entreprise et contre le préposé délégué par lui¹¹³⁸. »

L'objectif des juridictions répressives, en admettant la délégation de pouvoirs est de trouver un point d'application à la répression. Étant donné que, dans certaines circonstances, le dirigeant ne peut veiller seul au respect de la réglementation, il est autorisé à se décharger d'une partie de ses obligations en délégant ses pouvoirs. Le juge devra alors rechercher qui dans l'entreprise était le détenteur effectif du pouvoir dans tel ou tel domaine. En transférant à son préposé la charge de veiller au respect de la réglementation, le dirigeant désigne un nouveau responsable qui se substitue à lui. Cependant, afin d'éviter l'altération du but de la délégation, la jurisprudence subordonne sa validité à la satisfaction de critères rigoureux.

B- Les conditions de l'effet exonératoire à l'égard du dirigeant

285- Pour être exonératoire à l'endroit du dirigeant, la délégation de pouvoirs sera évaluée au regard de l'autonomie et de la compétence du délégataire dans le domaine concerné. En conséquence, le dirigeant soucieux de se prévaloir de l'effet exonératoire de la délégation de pouvoirs accordée à un

¹¹³⁷- Nouvel article L. 1253-15.

¹¹³⁸- Cass. crim. 23 janvier 1975, Bull. crim n°30, D. 1976. 375, note J. SAVATIER ; et plus récemment, Cass. crim., 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-83 367 ; JCP G 2007. I. 203, n° 3, obs. J.-F. CESARO.

de ses subordonnés doit éviter de dénigrer les capacités du salarié concerné¹¹³⁹.

Par la délégation, le dirigeant cède à son salarié une part de son autorité, et l'autonomie qui en résulte est incompatible avec une subordination complète, sans être cependant exclusive de l'obligation de rendre compte. Autant dire que la situation du délégataire s'apparente à celle d'un mandataire.

Bien établies par la jurisprudence, les conditions de validité de la délégation de pouvoirs posent des exigences tant à l'égard du subordonné (1) que de l'objet de la délégation (2).

1- Conditions relatives au délégataire

286- Bien établies par la jurisprudence, les conditions de validité de la délégation de pouvoirs requièrent des exigences strictes. Outre l'autonomie du délégataire, celui-ci doit disposer de l'autorité, de la compétence, ainsi que des moyens nécessaires à l'accomplissement de la mission qui lui a été confiée.

Il convient de rappeler au préalable que le mécanisme de la délégation est un mode d'organisation et de gestion qui suppose que l'entreprise ait une taille suffisante pour justifier que le dirigeant ne soit plus en mesure de veiller, seul, au respect de la réglementation. En ce sens, une ancienne circulaire de la Chancellerie excluait déjà le recours à ce mécanisme dans les entreprises de petite taille, de type artisanal¹¹⁴⁰.

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette exclusion sans pour autant indiquer un seuil à compter duquel une délégation efficace serait concevable comme mode d'organisation et de gestion de l'entreprise ; ce qui laisse une certaine marge d'appréciation aux juges du fond¹¹⁴¹.

D'une manière générale, pour être exonératoire, la délégation doit satisfaire à un critère de précision sur le niveau de compétence du délégataire, sur les moyens mis à sa disposition pour l'accomplissement de sa mission, et même sur sa rémunération¹¹⁴².

C'est le cas en matière de délégation relative aux obligations fiscales pour le pouvoir de signer les chèques en paiement des dettes fiscales de l'entreprise. Cette délégation est privée de son effet exonératoire si elle ne mentionne pas ce pouvoir de signer ou de payer les impôts et les taxes de l'entreprise¹¹⁴³.

De même, la jurisprudence est particulièrement attentive aux moyens alloués au délégataire pour l'exercice de sa fonction, notamment lorsque la délégation est générale et vise « *toute la partie exploitation activité de la société, dans le respect de la réglementation*¹¹⁴⁴ », les moyens doivent être en adéquation avec l'ampleur de la tâche déléguée¹¹⁴⁵.

En outre, la délégation doit avoir été acceptée par le délégataire, puisqu'il avait été déjà jugé qu'une simple note de service, non acceptée expressément par ses destinataires, ne valait pas délégation de pouvoirs¹¹⁴⁶. Cette exigence d'une acceptation expresse a été réitérée par la chambre criminelle¹¹⁴⁷.

Quant à la chambre sociale de la Cour de cassation, elle considère qu'une acceptation implicite pourrait résulter d'une représentation effective du chef d'entreprise par le salarié. Bien que l'on demeure dans le domaine de l'implicite, rien n'empêche le juge pénal de retenir ce mode de preuve de l'acceptation de la délégation par le salarié¹¹⁴⁸.

¹¹³⁹ - Cass. crim., 17 février 2004, pourvoi n° 03-81.687.

¹¹⁴⁰ - Circulaire du garde des Sceaux du 2 mai 1977.

¹¹⁴¹ - Cass. crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 06-85.638.

¹¹⁴² - Cass. crim., 21 février 2006, pourvoi n° 05-84.365.

¹¹⁴³ - Cass. crim., 27 septembre 2006, précité.

¹¹⁴⁴ - Cass. crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 05-82.082.

¹¹⁴⁵ - Cass. crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 05-82.082.

¹¹⁴⁶ - Cass. crim., 13 septembre 2005, pourvoi n° 05-80.035 ; voir A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5^e éd., LexisNexis 2012, p. 193.

¹¹⁴⁷ - Cass. crim., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-87.590, Bull. Joly Sociétés 2007. 1256, § 331, note D. CHILSTEIN.

¹¹⁴⁸ - Cass. soc., 4 avril 2007, JCP S 2007. 1574, note A. MARTINON, et JCP G 2007. I. 203, n° 7, obs. A. MARTINON ; JSL 2007, n° 212, p. 16 et s., note M.-CH. HALLER.

La chambre criminelle a rappelé que l'évaluation de l'efficacité et de la portée de la délégation de pouvoirs relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.¹¹⁴⁹ Ainsi, la Haute juridiction a jugé que l'existence incontestée et habituelle de délégation de pouvoirs pour des chantiers confiés à une entreprise ne permettait nullement de raisonner par analogie pour un nouveau chantier de cette entreprise, et qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier au cas par cas la validité ainsi que la portée de la délégation dont se prévaut le dirigeant¹¹⁵⁰.

Enfin, il est opportun de rappeler que la chambre criminelle a imposé une condition de validité supplémentaire qui requiert que le délégataire appartienne au personnel de l'entreprise et soit lié au dirigeant par une subordination hiérarchique¹¹⁵¹. Ainsi, la chambre criminelle a jugé que « *si dans une importante société la surveillance des véhicules peut être déléguée à un directeur responsable dépendant directement de l'entreprise, le prévenu ne saurait, par analogie, faire état du contrat passé avec le fabricant pour l'entretien des pneumatiques en vue d'échapper à la responsabilité pénale qui lui incombe personnellement en ce qui concerne les contraventions aux règles techniques de mise en circulation des véhicules de société*¹¹⁵². » De la même manière, la Haute juridiction a invalidé la délégation de pouvoirs alléguée par l'administrateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce dans une procédure collective, au profit du dirigeant, en dénonçant l'absence de relation d'autorité hiérarchique¹¹⁵³.

Essentielle dans la délégation de pouvoirs, la relation de subordination entre le délégant et le délégataire est toutefois interprétée de manière souple. C'est le cas en matière de groupe de sociétés où la jurisprudence considère que le délégataire peut être valablement désigné dans l'une des sociétés composant le groupe, sans impérativement avoir un lien de subordination directe avec le délégant. C'est ainsi que la chambre criminelle a reconnu le caractère exonératoire de la délégation de pouvoirs consentie par le dirigeant d'un groupe de sociétés à l'un des dirigeants d'une société du groupe, avec lequel il entretenait une relation de subordination, en considérant que « *rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe, sur lequel il exerce son autorité hiérarchique*¹¹⁵⁴. » Inversement, la Haute juridiction a invalidé la délégation de pouvoir consentie, en matière d'hygiène et de sécurité, au gérant d'une des sociétés du groupe au motif que la délégation n'indique pas si le délégataire exerçait une fonction quelconque au sein de cette société et qu'on ne pouvait donc constater l'existence d'un lien de préposition ou de subordination¹¹⁵⁵.

Ces décisions révèlent indiscutablement une attribution souple de la qualité de délégataire qui, dans le cadre d'un groupe de sociétés, n'est pas obligatoirement un subordonné direct du dirigeant. Le délégataire peut exercer ses fonctions au sein de l'une des autres sociétés du groupe et peut être délégué pour l'ensemble du groupe. Toutefois, une délégation de pouvoirs à une personne étrangère à l'entreprise reste prohibée¹¹⁵⁶.

Une délégation de pouvoirs à une personne compétente, disposant de l'autorité et des moyens nécessaires, et entretenant une relation d'autorité hiérarchique avec le délégant constitue les conditions de validité d'une délégation selon la jurisprudence. Mais pour décharger le dirigeant de sa responsabilité pénale, la délégation doit avoir un objet partiel et précis.

2- Conditions relatives à l'objet de la délégation

¹¹⁴⁹ - *Ibid.*

¹¹⁵⁰ - Cass. crim., 8 novembre 2005, pourvoi n° 04-87.304.

¹¹⁵¹ - J. PRADEL et A. VARINARD, « Les grands arrêts du droit pénal général », 9^e éd., DALLOZ, 2014, n°37 ; M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4^e éd., PUF, 2000, p.61.

¹¹⁵² - Cass. crim. 6 mai 1964, D. 1964. 652, note R. SAVATIER.

¹¹⁵³ - Cass. crim. 28 novembre 1995, Dr. pén. 1996, n°164, comm. J-H. ROBERT.

¹¹⁵⁴ - Cass. crim. 26 mai 1994, Dr. soc. 1995. 344, obs. A. COEURET.

¹¹⁵⁵ - Cass. crim. 7 février 1995, RJS 1995 n°657.

¹¹⁵⁶ - G. CLEMENT et J-P. VINCENTINI, « *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière pénale* », LPA 22 octobre 2001, n°210, p.8 ; A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5^e éd., LexisNexis, 2012, p. 187 et s.

287- Pour être exonératoire, les juridictions répressives exigent que la délégation soit partielle et précise. Cette exigence est explicitement requise¹¹⁵⁷. Le dirigeant ne peut, en aucune circonstance, consentir une délégation portant sur la totalité de ses pouvoirs. Seules des fonctions déterminées peuvent faire l'objet d'une délégation, puisque certaines charges ne peuvent être transmises, restant personnelles au dirigeant. C'est pour cette raison que l'objet de la délégation doit également être précis¹¹⁵⁸. De la sorte, le délégataire a une connaissance précise de l'étendue de sa mission, et les juridictions répressives peuvent identifier, avec certitude, la personne sur laquelle pèse la responsabilité pénale¹¹⁵⁹, c'est-à-dire, le détenteur effectif du pouvoir dans le domaine concerné. Ainsi, la chambre criminelle considère qu'une délégation formulée de manière trop générale ne peut être exonératoire en confirmant une décision d'appel qui avait refusé de reconnaître « *une mission générale de surveillance et d'organisation des mesures de sécurité sur les chantiers comme une délégation expresse du chef d'entreprise en l'absence d'instructions précises de ce dernier de nature à l'exonérer de sa responsabilité* »¹¹⁶⁰. » Dans le même sens, il a été jugé qu'un document trop général dans ses termes ne remplissait pas les conditions requises pour constituer une délégation de pouvoirs exonératoire pour le dirigeant¹¹⁶¹.

En encadrant la délégation de pouvoirs, la jurisprudence vise à éviter « *un détournement de pouvoir qui tendrait à rendre illusoire le transfert de responsabilité et qui aboutirait à ce résultat injuste d'imposer à un subalterne un devoir de surveillance qu'il n'est pas en mesure de remplir utilement* »¹¹⁶². » Pour le dirigeant, le mécanisme de la délégation de pouvoirs est un moyen de s'exonérer de sa responsabilité pénale. Seulement, cet effet exonératoire est rigoureusement encadré.

III- LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT

288- Si la délégation de pouvoirs permet au dirigeant de transférer sa responsabilité pénale, l'effet exonératoire n'est cependant pas automatique. L'efficacité exonératoire n'est pas seulement déterminée par le respect des conditions de validité imposées. Dans certains cas, le législateur exclut toute possibilité de délégation (A). C'est également le cas lorsque le dirigeant participe personnellement à la réalisation de l'infraction (B).

A- L'exclusion de la délégation de pouvoirs pour le dirigeant

289- La délégation de pouvoirs est en principe admise dans tous les domaines. Son champ d'application a été généralisé¹¹⁶³ par les arrêts du 11 mars 1993¹¹⁶⁴. La chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé dans ces décisions un principe de portée générale selon lequel la délégation de pouvoirs est exonératoire en toutes matières à l'égard du chef d'entreprise si elle régulièrement consentie par ce dernier¹¹⁶⁵.

Cependant, en dépit de cette admission générale, le dirigeant ne peut pas toujours recourir à la délégation de pouvoirs, cette dernière lui étant prohibée dans plusieurs cas. C'est le cas lorsque la

¹¹⁵⁷- G. CLEMENT et J-P. VINCENTINI, « *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière pénale* », LPA 22 octobre 2001, n°210, p. 11 ; M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4^e éd., PUF, 2000, p.62-63.

¹¹⁵⁸- G. CLEMENT et J-P. VINCENTINI, *Op. cit.* ; M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Op. cit.*

¹¹⁵⁹- Cass. crim. 12 avril 2005, Bull. crim. n°129, RSC 2005. 864, obs. A. CERF-HOLLENDER.

¹¹⁶⁰- Cass. crim. 28 janvier 1975, Bull. crim. n°32.

¹¹⁶¹- Cass. crim. 2 février 1993, Dr. pén. 1993, n°139, comm. J-H. ROBERT.

¹¹⁶²- A. LEGAL, « *La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise* », Mélanges offerts à J. BRETHER de la GRESSAYE, éd., BIÈRE, Bordeaux 1967, p. 477-491.

¹¹⁶³- M-E. CARTIER sous Cass. crim. 11 mars 1993, Bull. Joly 1993, p.669.

¹¹⁶⁴- Cass. crim. 11 mars 1993, Dr. pén. 1994 n°39, comm. J-H. ROBERT ; Bull. Joly 1993, p.666, note M-E. CARTIER.

¹¹⁶⁵- D. BAYET, « *La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts de plénière de la chambre criminelle* », Gaz. Pal. 1993.1.923.

loi le lui interdit (1), que la délégation porte sur une tâche considérée comme relevant de ses attributs propres (2), ou que la jurisprudence considère qu'elle n'est pas justifiée (c).

1- En vertu d'une loi

290- Le chef d'entreprise ne peut recourir au mécanisme de la délégation lorsque le législateur lui en fait l'interdiction. D'origine jurisprudentielle, cette limite est prévue par les arrêts du 11 mars 1993 qui excluent la délégation « dans les cas où la loi en dispose autrement. » Or, aucune disposition législative ne fait interdiction au dirigeant de déléguer ses pouvoirs¹¹⁶⁶, même si aucune ne l'y autorise non plus expressément. La Cour de cassation ne se montre pas plus explicite non plus sur le sens à accorder à cette limite.

Néanmoins, certains auteurs considèrent que le dirigeant ne peut recourir à la délégation de pouvoirs lorsque la loi énumère expressément et limitativement les personnes responsables¹¹⁶⁷. C'est le cas en droit pénal des sociétés de toutes les dispositions qui ne s'adressent qu'aux gérants, au président, aux administrateurs ou aux directeurs généraux d'une société anonyme. De même, en droit pénal du travail, certaines dispositions désignent expressément l'employeur ou encore le chef d'établissement. Cette conception doctrinale réduit considérablement l'efficacité de la délégation de pouvoirs en limitant son application aux incriminations qui sont définies de manière suffisamment large pour inclure le délégataire dans le cercle des auteurs.

De même, lorsque la délégation porte sur des obligations relevant des attributs propres au chef d'entreprise, elle perd son caractère exonératoire.

2- À raison des attributs propres au dirigeant

291- La généralisation du domaine d'application de la délégation de pouvoirs par les arrêts du 11 mars 1993 avait semblé mettre un terme à la distinction entre les obligations propres au dirigeant, qui ne peuvent être transférées, et les autres qui sont déléguables¹¹⁶⁸. Cependant, des décisions ultérieures ont démontré que la Cour de cassation n'avait pas renoncé à exclure les attributs propres au dirigeant du champ d'application de la délégation de pouvoirs. Elle considère qu'en raison de leur importance, certains actes et décisions doivent être personnellement assumés par le dirigeant. Cette conception juridique de l'entreprise, particulièrement déconnectée des difficultés pratiques pouvant découler de l'organisation de cette dernière, conduit la chambre criminelle à considérer qu'une délégation, même régulièrement consentie par le dirigeant, ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale, si elle porte sur ses « pouvoirs propres ». C'est ainsi que le dirigeant voit sa responsabilité pénale maintenue en dépit de l'existence d'une délégation de pouvoirs pour certains délits d'entraves commis par défaut de consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou du comité d'entreprise¹¹⁶⁹. D'une manière plus large, sa responsabilité pénale est maintenue pour toutes les décisions considérées par la jurisprudence comme relevant de son pouvoir propre de direction¹¹⁷⁰. Seulement, il reste à déterminer le contenu exact de la notion de « pouvoirs propres » et à savoir si cette position jurisprudentielle sera étendue à des infractions autres que le délit d'entrave. Sur le premier point, certains auteurs estiment que le dirigeant est tenu de veiller personnellement à tout ce qui touche à l'organisation et à la marche générale de

¹¹⁶⁶- G. CLEMENT et J-P. VINCENTINI, « *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière pénale* » *Op. cit.*, p. 5-13.

¹¹⁶⁷- C. MASCALA, « *La délégation : une cause d'exonération de responsabilité pénale des dirigeants* », Bull. Joly 1998, p.95.

¹¹⁶⁸- A. COEURET, « *Les propositions Espace judiciaire européen unifié confrontées à la situation en France* », RSC 1997. 295, p. 304.

¹¹⁶⁹- Cass. crim. 15 mars 1994, n°93-82.109, Bull. crim. n°100 ; D. 1995. 30, note Y. REINHARD ; Dr. pénal 1994, n°142, obs. J.-H. ROBERT ; Cass. crim. 14 octobre 2003, n°03-81.366, Bull. crim. n°190 ; RSC 2004. 367 ; Cass. crim. 3 mars 1998, n°96-85.098, Bull. crim. n°81.

¹¹⁷⁰- Cass. crim. 15 mai 2007, n°06-84.318, Bull. crim. n°126 ; Cass. crim. 6 novembre 2007, n°06-86.027, Bull. crim. n°266 ; Dr. soc. 2008. 449, obs. F. DUQUESNE, RSC 2008. 349, obs. A. CERF-HOLLENDER.

l'entreprise et ne peut donc valablement déléguer ses pouvoirs dans ces domaines¹¹⁷¹.

Cependant, il ne fait aucun doute que la conception – la plus large – qui consisterait à qualifier de pouvoirs propres tous ceux que le code du travail confie de manière exclusive au chef d'entreprise aurait pour conséquence de réduire à peu de chose la délégation de pouvoirs comme cause d'exonération de la responsabilité pénale pour ce dernier. À notre sens, il serait préférable d'opter pour une solution médiane qui consisterait à considérer comme « pouvoirs propres » ceux exclusifs relatifs à la direction globale de l'entreprise.

En définitive, la capacité du dirigeant à veiller seul au respect de la réglementation au regard des caractéristiques structurelles de son entreprise est souverainement appréciée par le juge. Cette appréciation judiciaire est parfois en totale déconnexion avec la réalité et la complexité de l'organisation de l'entreprise par le dirigeant. Prétextant parfois de la notion floue de « pouvoirs propres » au dirigeant, la jurisprudence prive la délégation de pouvoirs de son effet exonératoire lorsqu'elle considère que cette dernière porte sur des compétences personnelles du dirigeant. Juges de la nécessité et de l'opportunité de la délégation de pouvoirs, les magistrats disposent d'une marge d'appréciation considérable d'autant plus qu'ils n'ont dégagé aucun critère permettant d'apprécier l'importance de l'entreprise. De la sorte, ils entretiennent un flou opportun sur les frontières de la nécessité et de l'opportunité de la délégation de pouvoirs par le dirigeant. Cette situation constitue souvent un facteur d'incertitude relative¹¹⁷² et de risque pénal pour le chef d'entreprise dès lors que dans certaines poursuites la faute personnelle de ce dernier paraît reposer sur le constat préalable d'un défaut de délégation¹¹⁷³.

La délégation de pouvoirs n'est donc pas exonératoire pour le dirigeant lorsqu'elle est prohibée par une disposition législative, ou qu'elle porte sur des compétences considérées par la jurisprudence comme propres au dirigeant. Il en est de même lorsque ce dernier participe personnellement à la commission de l'infraction.

B- L'exclusion de la délégation de pouvoirs pour participation personnelle du dirigeant à l'infraction

292- Les arrêts du 11 mars 1993 énoncent que dans l'hypothèse où le dirigeant a personnellement pris part à la commission de l'infraction, la délégation de pouvoirs en tant que cause de transfert de la responsabilité pénale du dirigeant à son subordonné doit être exclue. Ce cas d'exclusion est facile à cerner. Il se rencontre dès lors qu'il est établi que le dirigeant est l'auteur matériel de l'infraction, qui lui est alors imputable en application du principe de la personnalité de la responsabilité pénale posé par l'article 121-1 du code pénal¹¹⁷⁴.

De même, l'immixtion du dirigeant dans les fonctions du subordonné, ainsi que toute obligation pour le subordonné de s'en référer au dirigeant pour l'exécution de sa mission, font disparaître l'effet exonératoire de la délégation, dès lors que l'infraction s'est réalisée dans le domaine des pouvoirs qui avaient été délégués¹¹⁷⁵.

En effet, le dirigeant peut voir sa responsabilité pénale engagée lorsqu'il a lui-même commis une faute ayant concouru à la réalisation de l'infraction¹¹⁷⁶. Souvent, il s'agit d'une faute d'imprudence ou de négligence¹¹⁷⁷. Ainsi, lorsqu'un salarié est victime d'un accident du travail résultant d'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité, le chef d'entreprise peut être condamné sur le fondement des articles 221-6, 222-19 et 222-20 du nouveau Code pénal pour homicide involontaire

¹¹⁷¹- M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, « *Droit pénal des affaires* », 4^e éd., PUF, 2000, p.62.

¹¹⁷²- A. COEURET et E. FORTIS, « *Droit pénal du travail* », 5^e éd., LexisNexis, 2012, n°293 et s.

¹¹⁷³- Cass. crim. 16 janvier 1979, *Droit ouvrier* 1979, p. 394.

¹¹⁷⁴- Cass. crim. 20 mai 2003, n°02-84.307, *Bull. crim.* n°101 ; RSC 2003. 808, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

¹¹⁷⁵- Cass. crim. 20 mars 2007, BEYER Déménagements, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 953, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2007, p.590, note B. BOULOC.

¹¹⁷⁶- Cass. crim. 20 mars 1995, *Bull. crim.* n°114. Voir aussi Cass. crim. 12 juin 2007, pourvoi n° 06-85.279 ; ou encore Cass. crim. 17 septembre 2002, *Dr. pénal* 2003. 9, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2003. 339, obs. R. OTTENHOF.

¹¹⁷⁷- M. DELMAS-MARTY, « *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du « fait d'autrui » ou du décideur?* », *J.C.P.* 1985. I. 3128, n°36, v. 143.

ou atteinte involontaire à l'intégrité physique, si une faute personnelle peut être établie à son encontre¹¹⁷⁸.

Si la délégation de pouvoirs permet d'opérer un transfert de responsabilité pénale au profit du dirigeant, il reste cependant que ce mécanisme est rigoureusement encadré par la jurisprudence et ne permet pas toujours à ce dernier de s'exonérer de sa responsabilité en raison notamment de compétences considérées comme intrinsèques à sa fonction. De même, lorsqu'elle est exonératoire la délégation ne produit d'effet qu'à l'égard du dirigeant. La répression pénale continue de s'exercer et change seulement de point d'application.

Il reste que l'impunité réduite dont fait l'objet le régime pénal du dirigeant se manifeste aussi par la quasi-imprescriptibilité de l'action publique pour les infractions commises par ce dernier.

SECTION IV : LA QUASI-IMPRESCRIPTIBILITÉ DES INFRACTIONS COMMISES PAR LE DIRIGEANT

293- Hormis les crimes contre l'humanité¹¹⁷⁹, toutes les infractions peuvent se prescrire. L'affirmation de ce principe a conduit le législateur à préciser les délais de prescription : soit en principe dix ans pour les crimes, trois ans pour les délits et un an pour les contraventions.

Les justifications de cette « indulgence légale » en matière pénale sont multiples. D'une manière générale, la prescription de l'action publique comme de la peine s'explique par l'oubli de l'infraction dans le public et le souvenir de celle-ci chez le coupable¹¹⁸⁰ : les remords et l'inquiétude de ce dernier, tout comme la prudence dont il a intérêt à faire preuve pour ne pas attirer l'attention, justifient l'extinction du droit de poursuivre ; dès lors, la prescription apparaît comme un instrument de politique criminelle. Concernant le cas particulier de l'action publique, la prescription se justifie aussi pour d'autres raisons. D'abord, des poursuites trop tardives ne sont jamais qu'un constat d'échec des autorités policières et judiciaires, ce qui peut inquiéter le public et favoriser une crise de confiance quant à l'efficacité des institutions. Ensuite, la prescription n'est autre que la sanction de la négligence des autorités qui, incapables d'agir à temps, perdent leurs prérogatives ; de plus, l'atténuation progressive de l'atteinte à la sécurité publique est une réalité. Enfin, plus le temps passe, et plus le risque d'erreur judiciaire est grand : le dépérissement des preuves est inéluctable car les indices matériels disparaissent et les témoignages sont moins fiables.

Toutefois, il est possible d'observer une hostilité particulièrement vive à la prescription notamment pour les infractions commises par le dirigeant en droit pénal des affaires. Il est vrai que le contexte est particulier : la spécificité de la délinquance d'affaires a conduit le législateur à aménager des règles procédurales classiques, notamment des règles de preuve et de compétence¹¹⁸¹. L'action publique elle-même a donné lieu à la consécration de règles dérogatoires, qu'il s'agisse de l'accomplissement de formalités préalables¹¹⁸² ou de la nécessité d'une plainte¹¹⁸³. Fallait-il aller jusqu'au bout de cette logique et consacrer un particularisme de la prescription des infractions d'affaires ? Certainement, mais avec mesure. Une telle spécificité s'impose puisque l'application du droit commun peut se traduire par des impunités choquantes et inadmissibles, les infractions d'affaires étant souvent cachées ou, à tout le moins, difficiles à déceler. Mais c'est alors au législateur d'intervenir, et non pas au juge qui ne saurait se substituer à lui, conformément au

¹¹⁷⁸- Cass. crim. 15 octobre 1970, Dr. social 1970, p. 733 ; Cass. crim. 20 septembre 1980, Bull. crim., n°237 ; Cass. crim. 23 octobre 1984, Bull. crim., n°316.

¹¹⁷⁹- Article L. 213-5 Code pénal.

¹¹⁸⁰- J. LARGUIER, « *Procédure pénale* », 23e éd., Mémentos DALLOZ, 2014, p. 76.

¹¹⁸¹- Une grande place est laissée aux agents de l'administration (art. L. 511-11 c. consom. ; L. 621-21 Code mon. et fin. ; L. 511-4 Code mon. et fin. ; art. L. 511-10 et s., L. 311-36 et c. consom.)

¹¹⁸²- Article L4721-4 ou art. L. 244-2 Code séc. soc.

¹¹⁸³- Art. 1741 CGI.

principe de la légalité¹¹⁸⁴. Or, jusqu'ici, c'est essentiellement la jurisprudence qui a aménagé les règles relatives à la prescription pénale.

En fait, la prescription en elle-même n'a jamais véritablement été mise en cause : ce sont ses modalités qui posent problème. La prescription peut être interrompue par tout acte d'instruction ou de poursuite¹¹⁸⁵ : il en est ainsi de la transmission d'une procédure aux fins de transaction¹¹⁸⁶ ou encore des procès-verbaux dressés en matière économique¹¹⁸⁷. On remarquera qu'il existe une certaine tendance à multiplier les cas d'interruption de la prescription, ce qui a pour effet direct d'en prolonger le délai¹¹⁸⁸. Cependant, la question centrale est celle du point de départ du délai de la prescription: la règle générale est que la prescription commence à courir le jour de la réalisation de l'infraction¹¹⁸⁹. Mais la date à laquelle l'infraction est censée avoir été commise diffère selon les cas : pour les infractions instantanées, parce qu'elles s'exécutent de façon immédiate, le point de départ de la prescription est fixé au jour de l'acte délictueux¹¹⁹⁰; en revanche, pour les infractions continues, puisqu'elles supposent moins un acte qu'une « activité » délictueuse, la prescription commence à courir le jour où cet état délictueux cesse. Ces règles classiques, qui *a priori* ne devraient pas susciter de difficultés d'interprétation, ne sont pas scrupuleusement respectées par les juges, surtout dans le domaine de la délinquance d'affaires. La jurisprudence s'inscrit dans une perspective d'hostilité à la prescription: l'intention est louable puisqu'il s'agit de mettre en oeuvre une répression efficace mais le procédé peut être inacceptable compte tenu des principes qui régissent la matière pénale, et surtout des enjeux au regard des libertés qui ont conduit à l'adoption de ces principes. Le principe de l'interprétation stricte¹¹⁹¹, corollaire du principe de la légalité, peut gêner l'efficacité de la répression mais il s'impose dans un Etat de droit. Or, de ce point de vue, l'évolution du droit positif peut sembler inquiétante, qu'il s'agisse d'infractions d'affaires *stricto sensu* ou de certaines infractions de droit commun fréquemment commises dans le monde des affaires : dans certains cas, la prescription est simplement retardée au dernier acte litigieux (I), ce qui, bien que préoccupant dans certains cas, ne paraît pas trop grave puisque le retard n'est au plus que de quelques mois ; dans d'autres, elle est largement différée (II), de sorte que nous sommes en présence d'une quasi-imprescriptibilité de l'action publique beaucoup plus critiquable.

I- LA PRESCRIPTION JUSTE REPORTÉE

294- Le retard de la prescription est compréhensible pour les infractions continues compte tenu de la nature même de ces infractions. Mais il est anormal que des infractions, par nature instantanées, soient considérées comme continues à seule fin de retarder la prescription. Le retard est fondé dans le premier cas (A), mais infondé dans l'autre (B).

A-Un report fondé

295- Concernant les infractions continues, le fait de retarder le point de départ du délai de prescription au jour où l'activité délictueuse cesse¹¹⁹² est légitime. La règle s'impose car, contrairement aux infractions instantanées qui sont réalisées en un trait de temps, les infractions

1184- Article 34 de la Constitution de 1958.

1185- Art. 7 c. pr. pén. *Adde* art. 6, al. 2, c. pr. pén.

1186- Cass. crim., 28 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 306 ; 17 nov. 1980, *Bull. crim.* n° 302.

1187- Cass. crim. 16 déc. 1976, *JCP* 1977, II, n° 18601, obs. J.-C. Soyer et A. Decocq ; *D.* 1977, *Jur.* p. 163, note B. Bouloc ; *Rev. sociétés* 1977, p. 288, obs. M. Delmas- Marty ; 13 mai 1985, *Bull. crim.*, n° 181.

1188- M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, t. 1, PUF (Thémis), 3^e éd., 1990, p. 217 ; Cass. crim., 22 oct. 1970, *Rev. sociétés* 1971, p. 399, obs. B. Bouloc ; *Rev. science crim.* 1971, p. 699 ; CA Paris, 7 juill. 1975, *JCP* 1975, II, n° 18225, note H. Guérin.

1189- art. 7 et 8 c. pr. pén.

1190- Cass. crim., 30 déc. 1953, *Bull. crim.*, n° 356 ; CA Aix, 12 janv. 1954, *JCP* 1954, II, n° 8040, note J. Savatier.

1191- Art. 111-4 c. pén.

1192- Cass. crim., 19 févr. 1957, *Bull. crim.*, n° 166 ; 6 févr. 1969, *JCP* 1969, II, n° 16004, note P. Chambon ; 17 mai 1983, *Bull. crim.*, n° 142 ; 24 janv. 1990, *D.* 1990, *Somm.* p. 376, obs. J. Pradel ; 20 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 202.

continues se distinguent par le fait que l'activité infractionnelle se prolonge dans le temps. Dans ces hypothèses, les actes constitutifs légaux de l'infraction se caractérisent par une certaine durée¹¹⁹³ : c'est dire que l'infraction n'est consommée qu'à partir du moment où la situation criminelle prend fin, la durée de l'acte d'exécution étant incluse dans la définition de l'infraction. Or, les textes précisent que la prescription ne commence à courir que le jour de la commission de l'infraction¹¹⁹⁴ : en définitive, au sens technique du terme, la prescription n'est même pas véritablement retardée puisqu'elle va courir le jour où l'infraction est « commise », ou plus précisément lorsque celle-ci est juridiquement constituée ; le retard n'étant donc qu'apparent et sa légitimité ne peut, dès lors, être mise en cause. Il en va ainsi pour les infractions successives¹¹⁹⁵, caractérisées par le fait qu'elles supposent une volonté coupable se renouvelant à chaque manifestation de l'infraction. Ainsi, le refus de se conformer à des obligations de faire ou de détruire, en particulier celui d'un entrepreneur de se conformer aux arrêtés lui imposant certains travaux, est une infraction successive qui se renouvelle tant que ces obligations n'ont pas été satisfaites. Une solution similaire est consacrée pour le refus d'obtempérer : la contravention de défaut d'obtempérer à des arrêtés et règlements de police ordonnant des démolitions ou des suppressions se renouvelle tant que l'obligation imposée n'a pas été accomplie ; par conséquent, l'infraction ne commence à se prescrire que par l'exécution¹¹⁹⁶. Lorsque le législateur met à la charge du délinquant une obligation d'agir, diverses possibilités doivent être envisagées : d'abord, si aucun terme n'est fixé, la prescription de l'action publique court à partir du moment où cesse le comportement illicite¹¹⁹⁷. Ensuite, si un délai est prévu, son écoulement fixe le jour de consommation de l'infraction¹¹⁹⁸, le délai de prescription courant à son expiration ; enfin, il en est de même si le délai, bien que non mentionné expressément, peut se déduire de l'obligation en cause¹¹⁹⁹. La légitimité de ces retards ne semble pas pouvoir être mise en cause compte tenu de la nature même des infractions : mais il en est tout autrement dans d'autres hypothèses.

B- Un report infondé

296- Le retard est infondé lorsqu'on est en présence d'infractions qui, bien qu'instantanées, sont considérées comme continues afin de repousser le point de départ du délai de prescription de l'action publique. Cette multiplication des délits continus, fréquente dans le domaine des infractions commises par le dirigeant, est significative de l'hostilité traditionnelle à la prescription. Il est vrai que la nature instantanée ou continue d'une infraction est déterminée par la loi ou par la jurisprudence, et cela n'est pas toujours conforme à la logique¹²⁰⁰. En l'absence de critères vraiment fiables, la distinction peut être délicate, d'autant plus que parfois le législateur « brouille les pistes » en admettant que, selon les cas, une même infraction puisse être instantanée et continue¹²⁰¹. Toutefois, il semble que l'on ne puisse imputer la continuité de l'infraction au délinquant que dans la mesure où ce dernier l'a provoquée par des actes de volonté réitérée¹²⁰². Mais il n'est pas toujours facile de distinguer, par exemple entre les infractions permanentes - qui sont instantanées - et les infractions successives - qui sont continues -, surtout lorsque les effets se prolongent grâce à l'inaction délibérée du délinquant.

1193- M. DONNIER, Les infractions continues, *Rev. science crim.* 1958, p. 764.

1194- Art. 7 et 8 c. pr. pén.

1195- Il est vrai que ces infractions sont continues. Même solution pour les infractions d'habitude, J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 71.

1196- Cass. crim., 17 oct. 1908, *Bull. crim.*, n° 392.

1197- E. JOLY-SIBUET et Y. REINHARD, *Infractions relatives à la législation des sociétés*, *J.-Cl. Pénal*, Ann., Fasc. 10, n° 18.

1198- *Ibid.*

1199- Le délai pour le défaut de convocation à l'assemblée (L. 242-11 Code de com.) court du jour de tenue de celle-ci.

1200- J. LARGUIER, *Droit pénal général*, 22e éd., DALLOZ, 2014, p. 62.

1201- P. CONTE, *Droit pénal général*, 22e éd., DALLOZ, 2014, n°205.

1202- R. MERLE et A. VITU, *Droit pénal général*, Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997, n°461.

Mais, malgré de légitimes hésitations face à des situations aussi particulières que marginales, il est anormal que des infractions instantanées soient considérées comme continues. A cet égard, l'exemple le plus significatif est celui de l'escroquerie aboutissant à l'obtention d'un titre donnant droit à des versements périodiques : la jurisprudence estime que le point de départ du délai de prescription est le jour du dernier versement, voyant dans ces hypothèses des manoeuvres frauduleuses répétées, formant un tout indivisible et provoquant des remises successives¹²⁰³. Même si le juge apporte ainsi une intéressante contribution à la notion « d'opérations juridiques complexes¹²⁰⁴ », la démarche est critiquable compte tenu de la nature réelle de l'infraction : l'escroquerie est une infraction instantanée¹²⁰⁵; le point de départ du délai de prescription, qui ne saurait être indéfiniment retardé, ne peut donc être que le jour de la remise¹²⁰⁶. Il est vrai que l'application d'un tel principe est plus facile dans l'hypothèse d'une escroquerie simple où des manoeuvres ponctuelles sont suivies d'une remise unique, mais il ne doit pas pour autant être écarté dès lors que l'escroquerie est complexe. L'idée que des remises successives provoquées par des manoeuvres multiples forment un tout indivisible n'est pas totalement convaincante : d'une part, cela revient à nier le caractère instantané de l'infraction ; d'autre part, il s'agit là de la mise en oeuvre d'un plan unique, ce qui devait être pris en compte tout comme dans le cadre d'une contrefaçon, et pour les mêmes raisons.

Parfois, la multiplication des délits continus prend une forme différente. C'est ainsi que certaines infractions instantanées se renouvellent à chaque fait, et ainsi la prescription ne pourra véritablement courir qu'à partir du dernier fait¹²⁰⁷. Ainsi, l'usage de faux est une infraction instantanée, mais se renouvelant à chaque fait positif d'usage, ce qui interrompt la prescription¹²⁰⁸. Les délits d'obstacle à l'action d'organes de contrôle comme l'AMF, les commissaires aux comptes ou les agents compétents en matière d'infractions économiques, sont des infractions instantanées : ce sont des infractions de commission fondées sur un refus, et non des infractions d'omission ayant un caractère continu; mais dans certains cas l'infraction apparaît progressivement, et celle-ci n'est constituée que si les refus réitérés de communiquer certaines pièces trahissent la mauvaise foi du dirigeant¹²⁰⁹. Il convient d'observer qu'en matière d'entrave à l'exercice des fonctions de membre du comité d'entreprise, les juges estiment que l'infraction résultant d'un refus de réintégration se prolonge jusqu'au jour de la réintégration¹²¹⁰. Cette jurisprudence concernait l'application d'une loi d'amnistie, mais la même solution pourrait être envisagée quant au point de départ du délai de prescription de l'action publique¹²¹¹. En matière de contrefaçon des marques, une solution intéressante a été retenue : chaque fait incriminé (fabrication, usage, vente) est un délit distinct, et il importe peu qu'il se répète en grand nombre car il constitue chez son auteur la mise en oeuvre d'un plan unique¹²¹². Pour les contrefaçons¹²¹³, et malgré une forte volonté répressive¹²¹⁴, le principe reste que les délits se prescrivent conformément au droit commun, le délai partant selon les cas du jour de la reproduction ou de la représentation, du jour du dernier acte de diffusion ou de débit¹²¹⁵.

1203- Cass. crim., 1^{er} févr. 1993, *Dr. pén.* 1993, n° 158, obs. M. Véron ; 28 mars 1994, *Dr. pén.* 1994, n° 137 (2^e arrêt), obs. J.-H. Robert ; 20 juin 1994, *Dr. pén.* 1994, n° 260, obs. M. Véron ; *Rev. science crim.* 1995, p. 103, obs. R. Ottenhof.

1204- R. OTTENHOF, obs. préc.

1205- Cass. crim., 7 janv. 1944, *S.* 1944, 1, *Jur.* p. 112 ; 22 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 307 ; *Rev. science crim.* 1985, p. 309, obs. P. Bouzat.

1206- Cass. crim., 16 févr. 1965, *Bull. crim.*, n° 279 ; 20 mars 1984, *D.* 1984, *IR* p. 433, obs. J.M.R. ; 27 mai 1991, *Dr. pén.* 1991, n° 285.

1207- G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 83.

1208- Cass. crim., 8 juill. 1971, *Bull. crim.*, n° 227 ; 15 nov. 1973, *Bull. crim.*, n° 422 ; 12 nov. 1979, *Bull. crim.*, n° 313.

1209- M. DELMAS-MARTY, t. 1, *op. cit.*, p. 214.

1210- Cass. crim., 28 mai 1968, *D.* 1969, *Jur.* p. 471, note J.-M. Verdier.

1211- M. DELMAS-MARTY, t. 1, *op. cit.*, p. 216.

1212- *Ibid.*

1213- Art. L. 335-2 c. propr. intell.

1214- L. n° 94-102 du 5 févr. 1994.

1215- TGI Paris, 27 févr. 1990, *RIDA* oct. 1990, p. 316.

Cependant, même si une décision a pu affirmer que la contrefaçon constitue un délit continu¹²¹⁶, l'affirmation peut paraître trop abrupte pour emporter la conviction¹²¹⁷.

Le cas de la banqueroute est particulier car, selon le moment où l'infraction est apparue, les règles applicables sont différentes. La prescription de l'action publique ne court que du jour du jugement prononçant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire lorsque les faits sont apparus avant cette date¹²¹⁸. Ce n'est donc pas la date de la commission de l'infraction qui est prise en compte, ce qui est significatif d'un léger retard quant au calcul de la prescription. Sous l'empire de la loi de 1967, c'est la date de la cessation des paiements qui était le point de repère, et non pas celle du jugement d'ouverture¹²¹⁹. La solution nouvelle est une conséquence de l'abandon de la faillite virtuelle voulue par le législateur de 1985. On remarquera que la répression de la banqueroute est facilitée : c'est le jour où la décision de justice a acquis force de chose jugée qui est pris en compte, ce qui a pour conséquence de retarder davantage encore le point de départ du délai de prescription. S'agissant du moment de la prise en considération des actes répréhensibles, l'art. 210 de la loi de 1985 fait référence à la date où ces actes sont non pas commis mais « apparus »..., ce qui est significatif d'une certaine contamination de l'infraction de banqueroute par celle d'abus de biens sociaux¹²²⁰. Le fait que la prescription puisse être retardée n'est pas nécessairement critiquable, le retard étant parfois légitime. Lorsqu'il ne l'est pas, il en va autrement dans la mesure où le juge pénal ne saurait interpréter extensivement les textes. Certes, les impératifs de la répression doivent être pris en considération, et cela peut aboutir à l'adoption de règles dérogatoires, mais c'est alors au législateur d'intervenir. D'ailleurs, dans un souci de réalisme et d'efficacité, le législateur retarde quelquefois le délai de prescription. D'abord, pour l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, c'est le jour de la condamnation à laquelle le dirigeant a voulu se soustraire qui est retenu, ou s'il est postérieur, celui du dernier acte ayant pour objet cette organisation¹²²¹. Ensuite, en matière de sécurité sociale, pour le non-paiement des cotisations, le délai de prescription court à compter de l'expiration du délai d'un mois suivant l'avertissement ou la mise en demeure du débiteur¹²²². Enfin, pour l'usure, c'est le jour de la dernière perception d'intérêt ou de capital¹²²³ alors pourtant que c'est un délit instantané, puisque l'infraction est réalisée par les taux fixés par la convention initiale¹²²⁴. Le point de départ du délai de prescription est quand même retardé car les actes d'exécution sont considérés comme des infractions successives, qui donc se renouvellent à chaque règlement effectué par la victime; toute nouvelle perception postérieure étant génératrice d'un délit distinct¹²²⁵, cela permet de préserver les droits de l'emprunteur¹²²⁶. Cette politique législative peut être critiquée sur le principe, mais elle ne heurte pas les garanties fondamentales de la matière pénale puisque le retard est ainsi légalisé.

Mais dans toutes ces hypothèses, il ne s'agit que de simples retards : pour préoccupant que cela puisse paraître, de telles pratiques ne sont pas pour autant trop inquiétantes, encore que certains retards soient condamnables. En revanche, il existe des situations plus graves car les magistrats n'hésitent pas à différer plus largement la prescription.

II. LA PRESCRIPTION VÉRITABLEMENT PARALYSÉE

1216- CA Paris, 11 juin 1990, *Juris-Data*, n° 023217.

1217- A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, LITEC, 1994, n° 799.

1218- Art. 210 L. 25 janv. 1985. Si les faits sont postérieurs au jugement d'ouverture.

1219- P. ROBERT, Le point de départ du délai de la prescription en matière de banqueroute, *JCP* 1967, I, n° 2053.

1220- M.-C. SORDINO, *Le délit de banqueroute*, Litec, 1996, n° 223.

1221- Art. 314-8, al. 3, c. pén. La quasi-imprescriptibilité fut envisagée (*JOAN CR*, 10 déc. 1977, p. 8546), puis rejetée (*JO Sénat CR*, 10 mai 1978, p. 710). M. Culioli, *Rép. pén. Dalloz*, v° *Insolvabilité frauduleuse*, n° 124.

1222- Art. 244-7 CSS.

1223- Art. L. 341-50 c. consomm.

1224- CA Paris, 11 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 1, *Jur.* p. 131, note J.-P. Marchi.

1225- Cass. crim., 15 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 1, *Somm.* p. 313.

1226- W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 7e éd., DALLOZ, 2012, n°145.

297- Ici, ce n'est plus un simple retard que l'on peut observer par rapport au jour de la commission de l'infraction. Afin d'assurer une répression efficace, la prescription est très largement différée, de sorte que l'on est en présence d'une quasi-imprescriptibilité. Or, l'imprescriptibilité de l'action publique est une règle exceptionnelle, exclusivement réservée à des infractions d'une extrême gravité comme les crimes contre l'humanité. À l'évidence, ces crimes ne sont pas de même nature que les délits commis par le dirigeant et il n'y a aucune commune mesure entre ces divers comportements. Il y a une cohérence dans l'échelle des valeurs à protéger qui doit être respectée. C'est dire que la généralisation d'une quasi-imprescriptibilité de fait de l'action publique (A) que l'on observe en droit positif est critiquable, et une intervention législative destinée à mieux préciser les règles de la prescription devient une nécessité (B).

A- La généralisation d'une quasi-imprescriptibilité

298- Dans certains cas, et malgré le caractère instantané de l'infraction, le point de départ du délai de prescription de l'action publique est reporté de façon telle qu'une imprescriptibilité de fait est alors consacrée¹²²⁷. En effet, les juges repoussent ce point de départ au jour où le délit est apparu ou aurait pu être objectivement constaté, et dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique : cette jurisprudence suscite des controverses, les critiques les plus vives portant principalement sur son caractère illégal et sur le risque d'arbitraire qui en découle, et subsidiairement sur le sens de la formule consacrée.

L'illégalité de la jurisprudence a été mise en évidence¹²²⁸. Cette pratique judiciaire est contraire au principe de la légalité et à son corollaire, l'interprétation stricte des textes de droit pénal : les juges eux-mêmes ont rappelé, depuis longtemps et avec force, qu'ils ne peuvent procéder par voie d'extension ou d'analogie¹²²⁹ et qu'un texte répressif doit être interprété strictement¹²³⁰; le nouveau code pénal indique d'ailleurs que la loi pénale est d'interprétation stricte (art. 111-4). Or, ce principe n'a guère été respecté concernant la prescription. Les textes précisant que le point de départ du délai de est le jour de la commission de l'infraction¹²³¹ sont clairs, et ne pouvaient donc pas, de ce fait, donner lieu à interprétation. Aucune analyse rationnelle ne peut légitimer une telle jurisprudence, d'autant plus qu'il n'est pas possible d'invoquer une quelconque lacune législative qu'il aurait été opportun de combler : le juge s'est ainsi substitué au législateur en élaborant une solution qu'il estimait préférable à celle retenue par la loi¹²³², ce qui est pour le moins surprenant, surtout en matière pénale. Une telle solution comporte aussi un risque d'arbitraire car toute infraction est plus ou moins susceptible d'être décelée¹²³³. Ce risque est d'autant plus préoccupant que la substitution de la découverte à la commission de l'infraction peut se généraliser, la liste des infractions en cause n'étant pas limitative. On peut le craindre, d'autant plus que la seule limite imposée par la Cour de cassation est que les juges du fond doivent énoncer les faits d'apparition et le constat de l'existence de l'infraction, la date ne devant pas être hypothétique¹²³⁴; c'est bien la moindre des choses, mais l'on observera que cette concession est de pure forme. Malgré tout, le point de départ du délai de prescription est à géométrie variable¹²³⁵; ce qui est critiquable.

1227- Cass. crim., 15 avr. 1991, *RJDA* 1991, p. 602 ; 13 janv. 1970, *Bull. crim.*, n° 20.

1228- M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2e éd., ELLIPSE, 2013, n° 292.

1229- Cass. crim., 8 sept. 1809, *S.* 1809/1811, 1, *Jur.* p. 106 ; 11 juin 1965, *Bull. crim.*, n° 152 ; 7 mai 1969, *D.* 1969, *Jur.* p. 481.

1230- Cass. crim., 6 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 153.

1231- Art. 7 s. c. pr. pén.

1232- C. FREYRIA, *Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires*, *JCP éd. E* 1996, I, n° 563, n° 3.

1233- M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 292.

1234- Cass. crim., 20 juill. 1977, *Bull. crim.*, n° 267 ; 20 nov. 1978, inédit. *Adde* 13 janv. 1970, *Bull. crim.*, n° 20 ; *D.* 1970, *Jur.* p. 345, note J.M.R. ; 25 nov. 1975, *Bull. crim.* n° 257 ; *JCP* 1976, II, n° 18476, note M. Delmas-Marty ; 28 juill. 1993, *Dr. pén.* 1993, *Comm.* n° 89.

1235- M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 211.

La formulation même de l'exigence jurisprudentielle entraîne des difficultés quant au sens qu'il convient de lui donner. Pour certains auteurs, le délai de prescription part du jour où l'infraction est dénoncée au parquet¹²³⁶; pour d'autres, c'est plutôt à compter du moment où la malversation est connue¹²³⁷. La première analyse semble plus séduisante car c'est bien à partir du moment où le ministère public est informé que l'action publique peut être déclenchée : la solution inverse revenant à faire courir le délai de prescription à partir du jour de son apparition rendrait inutile la précision apportée ultérieurement par la jurisprudence ; cette orientation répond d'ailleurs à une certaine logique, allant dans le sens d'une quasi-imprescriptibilité de l'action publique, ce qui la rend d'autant plus critiquable.

C'est autour de l'abus de biens sociaux que s'est cristallisé le débat sur la quasi-imprescriptibilité de l'action publique : cette infraction est sans doute la plus médiatique, mais ce n'est ni la première, ni la seule, à être concernée par le report du point de départ du délai de prescription. La première infraction qui a donné lieu à une telle solution est l'abus de confiance. Il y a soixante ans, la Chambre criminelle de la Cour de cassation décidait que si l'auteur d'une telle infraction dissimule ses détournements par des manoeuvres dilatoires, empêchant ainsi de constater les éléments de l'infraction, le délai de prescription ne court qu'à partir du moment où l'infraction est constatée¹²³⁸. Depuis lors, la jurisprudence est constante en ce sens, et s'est même radicalisée : c'est au jour où le détournement est apparu et a pu être constaté que court le délai de prescription; par la suite, afin de mieux servir encore les intérêts de la répression, la Chambre criminelle a précisé que le point de départ du délai de prescription de l'action publique doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté « dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique¹²³⁹ ». Cette solution s'explique par le caractère occulte et clandestin du délit : la partie poursuivante étant dans l'impossibilité d'agir en raison de son ignorance, le souci de sévérité et d'efficacité de la répression a conduit les juges à agir dans ce sens. Ceux-ci n'ont pas voulu courir le risque que de telles infractions soient découvertes longtemps après leur réalisation, lorsque la prescription est acquise. Mais la position de la jurisprudence est critiquable, d'autant que le principe de l'interprétation stricte des textes n'est pas respecté: selon les textes, la prescription commence à courir le jour où l'infraction est consommée; or, la dissimulation ne prolonge pas l'activité délictueuse, et la connaissance de cette activité n'a aucune incidence sur l'infraction. C'est dire que l'abus de confiance n'est pas une infraction continue, et ne peut être considérée comme telle par les juges car alors le principe de la légalité imposant que seul le législateur puisse déterminer les éléments constitutifs d'une infraction serait violé¹²⁴⁰. De plus, la référence à l'apparition de l'infraction est trop vague car on peut se demander si l'on doit prendre en compte la date du détournement ou celle du préjudice¹²⁴¹.

D'autres infractions, pour des raisons similaires tenant à la clandestinité des faits, sont également concernées par la quasi-imprescriptibilité de l'action publique. C'est ainsi que concernant le détournement de gage lorsqu'il a lieu sans dépossession¹²⁴², les juges ont étendu la solution retenue pour l'abus de confiance¹²⁴³. Il en est de même pour la publicité trompeuse qui est pourtant une

1236- M.-A. FRISON-ROCHE, « Abus de biens sociaux : quelques règles de prescription », *Le Monde*, 6 janv. 1996, p. 11.

1237- C. DUCOULOUX-FAVARD, Abus de biens sociaux : une prescription butoir pour qui, pour quoi ?, *Petites affiches*, 14 févr. 1996, p. 15 ; C. Freyria, art. préc., n° 12.

1238- Cass. crim., 4 janv. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, *Jur.* p. 353 ; *Rev. science crim.* 1936, p. 86, obs. Carrive.

1239- Cass. crim., 6 oct. 1955, *Bull. crim.*, n° 378 ; 28 janv. 1959, *Bull. crim.*, n° 71 ; 16 mars 1970, *D.* 1970, *Jur.* p. 498, note J.-M. R. ; 19 oct. 1971, *Bull. crim.* n° 267 ; 18 juill. 1974, *Bull. crim.*, n° 258 ; 19 févr. 1975, *Bull. crim.*, n° 58 ; 10 mars 1976, *Bull. crim.*, n° 88 ; 7 déc. 1976, *Bull. crim.*, n° 350 ; 26 janv. 1977, *Bull. crim.*, n° 35 ; 11 févr. 1981, *Bull. crim.* n° 53 ; 29 oct. 1984, *Bull. crim.*, n° 323 ; 3 janv. 1985, *Bull. crim.*, n° 5 ; 26 févr. 1990, *Dr. pén.* 1990, *Comm.* n° 191 ; 14 avr. 1993, *D.* 1993, *Jur.* p. 616, note H. Fenaux ; 30 nov. 1993, *Dr. pén.* 1994, *Comm.* n° 110, obs. M. Véron ; *Rev. science crim.* 1996, p. 378, obs. R. Ottenhof.

1240- L'idée a été avancée : A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, thèse, Paris, 1966, p. 117.

1241- R. OTTENHOF, obs. préc.

1242- Dans le cas contraire, l'abandon de l'objet remis en gage date le détournement : Cass. crim., 24 janv. 1968, *Bull. crim.*, n° 24 ; *JCP* 1968, II, n° 15424.

1243- CA Bordeaux, 9 oct. 1962, *JCP* 1963, II, n° 13128, note J. Larguier.

infraction instantanée¹²⁴⁴. Outre la critique générale tenant au non-respect du principe de légalité, la règle consacrée par la jurisprudence paraît bien surprenante : d'une part, la publicité trompeuse fait partie des sanctions pénales du code de la consommation qui traite aussi des fraudes et falsifications dont il est acquis que le point de départ du délai de prescription court le jour de la livraison et non pas de celui de la découverte de la tromperie¹²⁴⁵; d'autre part, l'art. L. 132-1 c. consomm. précise que le délit est constitué par l'annonceur dès que la publicité est faite, reçue ou perçue en France, et la logique voudrait que la localisation du délit inspire la même solution temporelle¹²⁴⁶. La jurisprudence n'en a pas décidé ainsi, et la solution retenue peut, de plus, donner lieu à des résultats curieux dans l'hypothèse d'une double qualification : il est en effet possible de retenir pour les mêmes faits la qualification de publicité trompeuse et d'escroquerie¹²⁴⁷, et alors le point de départ de la prescription sera différent.

L'imprescriptibilité concerne aussi la banqueroute, du moins lorsque les faits répréhensibles sont postérieurs au jugement d'ouverture. Sous l'empire du droit antérieur la courrait à compter du jour de la commission des faits infractionnels¹²⁴⁸. Le législateur de 1985 s'est intéressé uniquement aux faits apparus avant le jugement d'ouverture. Cependant, ce silence législatif ne saurait être analysé comme une volonté d'abandonner toute répression ; même si la dépenalisation est à l'ordre du jour, notamment dans le domaine des « faillites¹²⁴⁹ », une telle analyse est inacceptable ; il s'agit de faits dont la gravité impose la poursuite, ce qui est d'ailleurs conforme à l'esprit de la dépenalisation puisque, si l'intervention du droit pénal doit être moins fréquente, elle doit en contrepartie être encore plus efficace lorsque la gravité des faits l'impose. Si donc on retient la nécessité de la répression, deux solutions sont envisageables : d'une part, par référence à la solution ancienne, on peut estimer que la prescription commence à courir au jour de la commission des faits ; d'autre part, par référence aux règles consacrées en matière de publicité trompeuse ou d'abus de biens sociaux, on peut penser que c'est le jour où les faits sont apparus qui doit être retenu comme point de départ du délai de prescription. Cette dernière solution semble être retenue, d'autant plus que l'art. 210 qui certes concerne le cas des faits antérieurs au jugement d'ouverture vise cependant le jour où les faits sont « apparus ». Une conception extensive paraît consacrée¹²⁵⁰, un parallèle étant fait avec des infractions comme l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux puisque l'idée que le fait répréhensible soit apparu « dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » a été avancée¹²⁵¹. Sans doute aurait-il été plus sage, s'agissant de la de la banqueroute, de s'aligner, non pas sur l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux, mais sur l'insolvabilité frauduleuse. Cela permettrait non seulement d'éviter une quasi-imprescriptibilité de fait peu compatible avec les principes fondamentaux, mais aussi de réaliser une unité de solution qui peut sembler logique¹²⁵². C'est l'infraction d'abus de biens sociaux qui a suscité les plus vives controverses au regard de la prescription de l'action publique¹²⁵³. Sans doute le développement actuel d'un contentieux très médiatisé mêlant politique et affaires n'est-il pas étranger à cet état de fait. Il reste que les règles

1244- Cass. crim., 30 mai 1989, *Bull. crim.*, n° 226 ; 20 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, *Somm.* p. 101.

1245- Cass. crim., 10 juin 1980, *Bull. crim.*, n° 183 ; *adde* 21 nov. 1983, *Bull. crim.*, n° 303 ; *JCP* 1984, II, n° 20267, note Boccara.

1246- C. FREYRIA, art. préc., n° 7.

1247- Cass. crim., 10 mai 1978, *D.* 1978, *IR* p. 348, obs. G. Roujou de Boubée.

1248- Cass. crim., 25 févr. 1958, *D.* 1958, p. 373 ; *JCP* 1958, II, n° 10740, note P. Bouzat ; *Gaz. Pal.* 1958, 1, *Jur.* p. 378.

1249- F. DERRIDA, La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *Rev. science crim.* 1989, p. 658.

1250- F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, DALLOZ, 3^e éd., 1991, n° 623.

1251- J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, 11e éd., Armand Colin, 2004, p. 428.

1252- F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, n°623.

1253- J. LARGUIER, Le point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux, *Mélanges Secrétan*, 1964, p. 159 s. ; X. de ROUX et K. BOURGATCHEV, L'abus de biens : derniers excès, *Bull. Joly* 1995, p. 1025 ; B. BOULOC, Le dévoiement de l'abus de biens sociaux, *RJ com.* 1995, p. 301 ; C. COHEN, La prescription en question, *Gaz. Pal.* 1995, 2, *Doctr.* p. 1059 ; M. VÉRON, L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive, *Gaz. Pal.* 1996, 1, *Doctr.* p. 623.

jurisprudentielles extensives consacrées notamment en matière d'abus de confiance ont été étendues à l'abus de biens sociaux : d'abord, la Cour de cassation a retenu le jour où le délit est apparu et a pu être constaté¹²⁵⁴; ensuite, elle a précisé que cette date devait s'entendre au jour où le délit est apparu et a pu être constaté « dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique¹²⁵⁵ », sa détermination relevant en outre du pouvoir d'appréciation souverain des tribunaux, ce qui peut présenter le risque d'un certain arbitraire¹²⁵⁶.

Les raisons de l'extension jurisprudentielle sont diverses. C'est, naturellement, la clandestinité des faits qui imposait une telle attitude. Mais cette approche n'est pas totalement satisfaisante car la jurisprudence reporte aussi le point de départ du délai de prescription même si les agissements ne sont pas clandestins¹²⁵⁷. C'est dire que la notion de clandestinité ne peut, à elle seule, justifier le régime dérogatoire relatif à la prescription de sorte qu'en l'absence d'autres explications la solution jurisprudentielle paraît bien critiquable puisqu'elle traduit un certain arbitraire judiciaire contraire aux grands principes. On observera - ce qui traduit une certaine gêne - que les juges ont tenté de justifier les solutions particulières en visant la nature spéciale de l'abus de biens sociaux, son existence ne pouvant être constatée que par la réalisation de circonstances extérieures à son exécution : mais l'explication n'est guère convaincante en raison de sa trop grande imprécision. On a pu aussi mettre en évidence que l'instantanéité de l'infraction n'est pas aussi claire qu'on pourrait le penser¹²⁵⁸, mais le caractère instantané de l'abus de biens sociaux ne peut être contesté¹²⁵⁹: le fait que ce délit puisse être commis à l'occasion de relations contractuelles qui sont continues ne change rien aux données du problème¹²⁶⁰.

De plus, tout comme pour l'abus de confiance, apparaît ici le risque d'un dédoublement du point de départ de la prescription en fonction des différentes catégories de victimes. Selon les situations et les pouvoirs d'investigation des victimes, l'usage abusif peut apparaître à des dates différentes¹²⁶¹: la notion d'ignorance des agissements infractionnels paraît ainsi bien relative, et c'est à l'égard des mêmes parties que deux points de départ du délai de prescription peuvent être retenus¹²⁶²; une telle pluralité de délais est inacceptable, et dans ces conditions, si le souci de la répression doit primer, mieux vaut supprimer purement et simplement la prescription¹²⁶³.

Ainsi, la solution jurisprudentielle est particulièrement critiquable sur le plan des principes¹²⁶⁴. De plus, on comprend mal des différences de régime avec d'autres infractions liées aux affaires dont la

1254- CA Paris, 30 juin 1961, *JCP* 1962, II, n° 12783, note P. Kahn ; *D.* 1962, *Jur.* p. 393, note A. Touffait et J.-B. Herzog ; CA Bordeaux, 24 mai 1964, *JCP* 1964, II, n° 3648, note J. Larguier ; Cass. crim., 20 juill. 1967, *Bull. crim.* n° 267 ; CA Paris, 12 janv. 1965, *D.* 1965, *Jur.* p. 687, note F. Goré ; 18 mai 1965, *Gaz. Pal.* 1965, 2, *Jur.* p. 260 ; CA Rennes, 26 juin 1962, *JCP* 1962, II, n° 12830 ; 7 déc. 1967, *Bull. crim.*, n° 321 ; *D.* 1968, *Jur.* p. 617, note J.M.R. ; 13 janv. 1970, *D.* 1970, *Jur.* 345, note J.-M. R. ; *Rev. science crim.* 1970, p. 657, obs. P. Bouzat ; *Rev. sociétés* 1970, p. 474 ; 25 nov. 1975, *Bull. crim.*, n° 257 ; *D.* 1976, *Jur.* p. 222, note A. Honorat ; *JCP* 1976, II, n° 18476, note M. Delmas-Marty ; *Rev. sociétés* 1976, p. 655, note B. Bouloc ; 7 déc. 1976, *Bull. crim.* n° 350 ; 20 juill. 1977, *Bull. crim.*, n° 267 ; 12 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 189.

1255- Cass. crim., 10 août 1981, *Bull. crim.*, n° 244 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 368, obs. B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, *Jur.* p. 696 ; 17 nov. 1986, *Bull. crim.*, n° 342 ; CA Paris, 17 déc. 1990, *Rev. science crim.* 1992, p. 92 ; 27 juill. 1993, *Dr. pén.* 1994, *Comm.* n° 89, obs. J. - H. Robert ; 30 nov. 1993, *Dr. pén.* 1994, *Comm.* n° 110, obs. M. Véron.

1256- Le risque subsiste même si les pouvoirs des juges du fond sont quelque peu tempérés par le fait que la date où le délit est apparu et a pu être constatée ne doit pas être hypothétique.

1257- CA Paris, 30 juin 1961, préc. ; 12 janv. 1965, *D.* 1965, *Jur.* p. 690 note F. Goré.

1258- J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 159.

1259- La jurisprudence l'admet sans équivoque, et seule une décision ancienne et isolée est allée en sens contraire : T. corr. Seine, 31 oct. 1963, *Gaz. Pal.* 1964, 1, *Jur.* p. 173.

1260- V. cependant l'argumentation de P. Kahn, note préc.

1261- Il a été observé que l'on peut retenir : pour le conseil d'administration, le jour de la réunion où le détournement est passé en écritures comptables ; pour les actionnaires, le jour de la réunion de l'AG ordinaire pour l'approbation des comptes et l'examen du bilan ; pour les créanciers lésés, la date du dépôt de bilan ou les investigations de l'administrateur judiciaire : M. DELMAS-MARTY, t. 1, *op. cit.*, p. 211.

1262- G. SOUSI, Le délit d'abus des biens et du crédit de la société, *Mémoire DES Lyon*, 1970, p. 185.

1263- A. CHAVANNE, *Travaux Assoc. Capitant*, 1967, p. 140.

1264- C. DUCOULOUX-FAVARD, art. préc., n° 20 ; F. DOMINGUEZ, Le délit d'abus de biens sociaux : sa prescription peut-elle être de trois ans ?, *Vie jud.* 26 nov. 1995, p. 2.

recherche est tout aussi difficile et qui pourtant donnent lieu, soit à un simple retard de la prescription, soit à l'application des règles classiques : il en va ainsi du « délit d'ingérence » dont la prescription court du jour de la prise d'intérêt¹²⁶⁵, et de la corruption qui se prescrit, non pas le jour de la révélation des faits délictueux mais à compter de celui de la perception illicite des dons¹²⁶⁶; c'est encore la perception qui est déterminante pour fixer le point de départ de la prescription du trafic d'influence¹²⁶⁷. D'ailleurs, exception faite de l'abus de biens sociaux, le droit pénal des sociétés se caractérise par une application raisonnable des règles de la prescription : le délit d'abus de pouvoirs est réputé consommé le jour où il a été fait usage des voix et votes émis ; la majoration frauduleuse des apports en nature l'est le jour où l'apport est approuvé par l'assemblée générale; pour la distribution de dividendes fictifs, c'est le jour où le dividende est mis à disposition des actionnaires ; enfin, c'est au jour de l'opération matérielle de négociation d'actions que le délit de négociation irrégulière est constitué¹²⁶⁸.

Pour d'autres infractions d'affaires, et malgré des hésitations traduisant certaines tentations vers une quasi-imprescriptibilité, des solutions plus raisonnables ont été finalement retenues. Il en est ainsi pour la présentation ou la publication de comptes inexacts : dans un premier temps, les juges avaient pris l'habitude de reporter le point de départ du délai de prescription au jour de la constatation du délit, mais la Chambre criminelle a imposé une application plus stricte des règles de droit en précisant que le délit étant instantané, le délai de prescription commence à courir dès la publication ou la présentation des comptes¹²⁶⁹; la solution est d'autant plus remarquable que la seule lecture d'un bilan ne permet pas forcément de voir sa fausseté. Concernant les délits de faux et d'usage de faux, cette même juridiction a dû rappeler que ces infractions étant instantanées, la prescription commence à courir, non pas du jour de la découverte de l'existence de l'écrit argué de faux, mais de celui de l'établissement du faux pour la première infraction et du jour du dernier usage délictueux pour la seconde : la précision s'imposait dans la mesure où une certaine dérive tendait à apparaître¹²⁷⁰. Enfin, la Chambre criminelle a finalement refusé de retarder le point de départ du délai en matière de fraudes et de tromperies¹²⁷¹, à moins que le délit ne repose sur un contrat à exécution successive¹²⁷².

Dans le domaine des affaires, comme ailleurs, les impératifs de la répression doivent être pris en considération, et il faut se garder de tout angélisme dont seraient prompts à profiter les délinquants. Mais le respect du principe de la légalité s'impose aussi avec force : cette pratique judiciaire tendant à rendre, de fait, certaines infractions du dirigeant imprescriptibles est de ce point de vue critiquable. Sans doute les juges peuvent-ils être animés de bonnes intentions mais, si la répression doit être efficace, cela doit se faire dans le respect des principes fondamentaux, et en particulier de la légalité : c'est pourquoi, si les règles de la prescription doivent être aménagées, ce n'est pas aux juges mais au législateur d'intervenir.

B- Les contraintes de la réforme à venir

299- La prescription des infractions d'affaires, telle qu'elle a évolué dans notre droit positif, est marquée par une irréductible contradiction : d'un côté, elle existe, de l'autre, tout est fait pour ne pas avoir à l'appliquer. Il s'ensuit un régime compliqué, incohérent, manquant de lisibilité autant que de prévisibilité.

1265- Cass. crim., 13 déc. 1972, *Bull. crim.*, n° 391 ; 4 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 413.

1266- Cass. crim., 13 févr. 1969, *Bull. crim.*, n° 80 ; 7 oct. 1976, *Bull. crim.*, n° 285 ; *Rev. science crim.* 1977, p. 325, obs. A. Vitu.

1267- Cass. crim., 12 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 474.

1268- C. FREYRIA, art. préc., n° 6. *Idem* pour l'émission d'actions : W. JEANDIDIÉ, *op. cit.*, n° 252.

1269- Cass. crim., 18 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 109 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 85, obs. B. Bouloc ; 9 juill. 1996, *D.* 1996, IR p. 220

1270- Cass. crim., 3 mai 1993, *Bull. crim.*, n° 161.

1271- CA Rouen, 17 janv. 1979, *JCP* 1979, II, n° 19182, note M.-L. Rassat ; Cass. crim., 10 juin 1980, *Bull. crim.*, n° 183.

1272- Cass. crim., 21 nov. 1983, *Bull. crim.*, n° 303 ; *JCP* 1984, II, n° 20267, concl. Clerget, note Boccara.

Une réforme de la prescription en matière pénale est en cours et vise, à restituer au régime de la prescription un minimum de clarté et de prévisibilité. Elle a déjà été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 10 mars 2016, et fait l'objet d'un examen devant le Sénat. Nous nous garderons de commenter ici un texte non définitif pour l'heure.

Il nous paraît préférable de diriger le projecteur sur les contraintes que le législateur devrait prendre en compte pour remédier aux défauts que nous avons signalés plus haut. Nous nous limiterons à deux exigences, qui nous paraissent les plus importantes. La première est qu'il est souhaitable de définir un régime général de la prescription en limitant autant que faire se peut les exceptions. Cela n'exclut pas une prescription longue pour les infractions les plus graves, mais justifie que celle-ci étant admise, il ne soit pas recouru à des artifices pour la rendre encore plus longue. Nous ne regardons toutefois pas comme un artifice la prise en compte par le juge d'actes revêtant un caractère suspensif ou interruptif. La seconde exigence concerne les prescriptions longues. Il est indispensable ici de concilier, d'une part, le principe selon lequel il est nécessaire de rendre justice à la victime et, d'autre part, le problème pratique posé par le temps écoulé. En effet, quoi qu'on puisse en dire, le temps reste fatalement un obstacle à la manifestation de la vérité, quel que soit par ailleurs le besoin de justice exprimé par la société.

Dans tous les cas, les délits commis par le dirigeant doivent se prescrire au bout d'un certain temps. Pour ce qui est du point de départ du délai de prescription, une solution raisonnable consiste à faire une distinction selon qu'il y a eu ou non dissimulation de l'acte délictueux. Si ce n'est pas le cas, l'application des règles classiques s'impose : c'est le jour où les faits ont été commis qui est le point de départ du délai de la prescription triennale. Il n'y a, en effet, aucune raison pour ne pas appliquer strictement les dispositions générales des art. 7 et s. du Code de procédure pénale.

En revanche, s'il y a dissimulation, c'est-à-dire si les manoeuvres du prévenu ou son attitude dilatoire ont caché l'acte infractionnel, le législateur doit prévoir des règles dérogatoires. Dès lors que le dirigeant a pris quelques initiatives afin de garder secrète l'infraction pour éviter des poursuites, le point de départ du délai de la prescription doit être fixé au jour où les faits sont apparus ou constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Mais si trois ans ou plus se sont déjà écoulés depuis les faits, ce délai doit être de un an car, compte tenu du caractère tardif de la révélation, les autorités de poursuite doivent réagir rapidement ; dans le cas contraire, le délai serait de un an, plus le temps non encore écoulé pour atteindre lesdits trois ans. Cependant, il faut éviter toute imprescriptibilité de fait : il faut donc prévoir un « délai butoir » de dix ans, durée correspondant à la prescription de l'action publique en matière criminelle ; c'est dire que dix ans après la commission des faits, l'infraction est prescrite en toute hypothèse. Ainsi, le « délit d'affaires caché » serait assimilé à un crime de droit commun au regard des règles de la prescription : cela permet une répression efficace et mesurée tout en favorisant une pédagogie de la responsabilité en matière de criminalité d'affaires. On remarquera aussi que les droits des victimes sont sauvegardés puisque, par application du droit commun, l'action civile se prescrit au bout de trente ans. C'est dire qu'une prolongation démesurée de la vie de l'action publique ne présente même plus l'utilité de protéger les intérêts des victimes.

CONCLUSION DU TITRE II

300- La responsabilité pénale du dirigeant du dirigeant se caractérise par une prééminence de la répression. Cette prééminence procède de la combinaison de plusieurs facteurs. Il résulte d'abord de la multiplication des acteurs potentiellement responsables, facilitée par une attribution souple de la qualité de dirigeant. Ainsi, le dirigeant de fait est assimilé au dirigeant de droit. Cette politique répressive découle ensuite de la multiplication et de l'extension des incriminations visant ce dernier. Elle s'affirme aussi par la double incrimination pénale et administrative à laquelle est confronté le dirigeant. Enfin, le droit pénal des affaires laisse peu de place à l'impunité, le chef d'entreprise ne pouvant se prévaloir que très rarement des causes objectives ou subjectives d'irresponsabilité pénale, ces dernières ayant une portée restreinte en infractions d'affaires. Et même si le dirigeant agit dans le cadre de ses fonctions pour le compte de la personne morale, l'introduction de la responsabilité pénale de cette dernière n'aura pas pour effet d'alléger significativement son statut pénal, la possibilité d'un cumul des responsabilités étant prévu et majoritairement pratiqué par les juridictions répressives. Le dirigeant ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité pénale qu'en déléguant ses pouvoirs. À cet égard, les conditions de validité de la délégation sont restrictivement appréciées par la jurisprudence. C'est donc peu dire que le dirigeant est pénalement « encerclé », car il lui est particulièrement difficile d'échapper à la sanction.

Cette furie répressive génère des effets pervers. D'abord, elle paralyse le dirigeant dans la direction efficace de son entreprise. Ensuite, le recours excessif à l'arme pénale éclipse à la vue du législateur les sanctions alternatives à la répression pénale. De même, lorsqu'il fait l'objet d'une procédure pénale, la simple mise en examen du dirigeant est médiatiquement présentée comme une condamnation. Ce traitement médiatique porte atteinte non seulement à sa réputation, mais également à l'image de son entreprise. Enfin, au sein même de son entreprise, le dirigeant fait l'objet de menace pénale de la part des autres acteurs de la société, cette menace visant davantage à inverser les rapports de force en interne qu'à obtenir une réelle répression pénale.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

301- Compte tenu de ce qui précède, il ressort que la responsabilité pénale du dirigeant, en droit pénal des affaires, présente d'importantes déficiences tant au niveau de l'incrimination que de la répression.

S'agissant de l'incrimination, elle présente d'abord des déficiences substantielles qui se manifestent par une altération conceptuelle de l'élément légal, conséquence d'un système normatif déficient. L'incrimination présente ensuite des déficiences fonctionnelles qui se traduisent par une méconnaissance du principe d'interprétation stricte de la norme pénale et par une violation des règles relatives aux conflits de lois dans le temps. Enfin, des déficiences formelles qui révèlent une altération de l'élément matériel ainsi qu'un effacement de l'élément moral. Ces défaillances reflètent un affaiblissement du principe de la légalité criminelle et portent gravement atteinte à la sécurité juridique à laquelle peut légitimement aspirer le dirigeant.

S'agissant de la répression pénale dont fait l'objet ce dernier, elle révèle deux écueils majeurs. D'une part, elle se révèle prééminente. Cette prééminence se manifeste par la multiplication des acteurs potentiellement responsables, la prolifération et l'extension des infractions, ainsi que la double incrimination pénale et administrative. Cet excès répressif entrave le dirigeant dans la conduite efficace de son entreprise et emporte des conséquences désastreuses tant à l'égard de son honneur que de l'image de son entreprise.

D'autre part, cette furie répressive ne laisse qu'une place réduite à l'impunité. En effet, le dirigeant ne peut que très rarement invoquer les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité pour s'exonérer de sa responsabilité, leur impact étant extrêmement limité à son égard. De même, l'effet exonératoire de la délégation de pouvoirs est sévèrement apprécié par les juridictions répressives.

La cause de ces insuffisances est à rechercher, selon nous, dans le défaut de construction cohérente de la répression. Cette carence de cohérence est liée à l'utilisation qui est souvent faite de la sanction pénale. Par essence, elle est réduite à une fonction rétributive. Seulement, l'autorité à laquelle il échoit de déterminer les agissements répréhensibles a trop déconnecté la sanction de la gravité réelle des comportements. La répression pénale a perdu son caractère subsidiaire et n'est

plus réservée aux seuls agissements les plus graves. Le législateur a entendu en faire un commode instrument de police générale du droit pénal des affaires. Seulement, cette vision est erronée car loger à la même enseigne pénale le dirigeant négligent et le dirigeant malhonnête révèle un manque de pragmatisme et de lucidité dans le traitement de la délinquance économique. La lisibilité de l'interdit pénal s'en trouve affectée, suscitant l'incompréhension et un sentiment légitime d'injustice.

Ainsi, si le législateur a longtemps entretenu l'illusion qu'en accompagnant toutes les obligations du dirigeant d'une sanction pénale, ces dernières seraient respectées, il doit à présent accepter l'échec de cette politique sommaire. La responsabilité pénale du dirigeant doit être repensée avec cohérence, au profit de sanctions alternatives.

PARTIE II

ANALYSE CONSTRUCTIVE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT

302- Signe des temps marqués par l'inflation législative, le doyen CARBONNIER recommandait, à la suite de MONTESQUIEU¹²⁷³, de ne désormais légiférer que d'une main tremblante et s'emploie à « *persuader le législateur qu'il n'est pas moins législateur quand il repousse la tentation de légiférer.*¹²⁷⁴ » Le législateur devrait s'inspirer de ces deux éminents conseils. Si l'intangibilité n'est pas une spécificité intrinsèque de la loi en général, il faut cependant qu'une abrogation massive et peu mûrie ne produise des conséquences encore plus néfastes que celles de la législation antérieure. L'objectif n'est pas de faire passer le dirigeant d'un statut surpénalisé à un statut permissif, mais de redéfinir les critères d'une répression pénale efficace, de manière à parvenir à une répression justifiée et mesurée.

Ainsi, si une dépenalisation du droit des affaires s'impose, il ne faut envisager celle-ci que dans une cohérence d'ensemble et avec beaucoup d'habileté. Après l'analyse critique de l'attribution de la responsabilité pénale au dirigeant, il s'agit de procéder à présent à la critique constructive de la répression pénale visant ce dernier

Certes, les comportements frauduleux commis dans la vie des affaires encourent une sanction pénale, de même que le recours à des incriminations spécifiques peut s'avérer l'unique moyen de garantir leur répression effective. Cependant, seuls des critères précis et restrictivement définis doivent impérativement régir la distinction des comportements du dirigeant qui justifient un recours à la répression pénale et ceux qui ne semblent devoir relever que d'une sanction civile.

Une approche restrictive semble doublement s'imposer. D'une part, au regard du principe d'économie qui doit gouverner le droit pénal et qui en fait un droit à vocation subsidiaire, il est

¹²⁷³ - MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Lettres CXXIX : « *Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelques fois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante : on y doit observer tant de solennités et apporter tant de précautions que le peuple en conclut tout naturellement que les lois sont biens saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger.* »

¹²⁷⁴ - J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois 1979, p. 277.

souhaitable que le droit pénal commun trouve à s'appliquer chaque fois que l'efficacité de la répression ne justifie pas de recourir à un régime spécifique. Ceci garantirait le principe d'égalité devant la peine. D'autre part, la définition de principes restrictifs permettrait d'obtenir une réduction significative du nombre d'infractions visant le dirigeant. Il s'agit là d'une mesure impérative car un nombre considérable d'infractions s'avèrent absurdes, et de ce fait, ne sont pas sanctionnées. En se focalisant essentiellement sur l'abus de biens sociaux, la jurisprudence semble déjà considérer ces délits comme superflus et inefficaces.

Ainsi, des critères précis doivent présider à l'identification des agissements du dirigeant qui justifient le recours à la sanction pénale et ceux qui, au contraire, appellent un traitement alternatif (Titre I). Ces critères semblent essentiels à une redéfinition de la responsabilité pénale du dirigeant en droit pénal des affaires. Et, c'est bien là que réside toute la difficulté. Toutefois, selon nous, ces critères sont à rechercher dans la nature même du droit pénal, ainsi que dans celle des différentes matières où ce droit a vocation à intervenir. Puis, une fois ces critères établis, il conviendra d'examiner la question des sanctions alternatives à la répression pénale du dirigeant (Titre II).

TITRE I

LA REDÉFINITION DES CRITÈRES DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DIRIGEANT

303- La détermination des critères devant présider au recours de la sanction pénale à l'égard du dirigeant doit s'opérer sur des bases cohérentes et réalistes. La sanction pénale ne peut continuer à être perçue par le législateur comme une simple outil de police générale, car l'inobservation de règles purement commerciales ne peut relever de la compétence de la norme pénale. Cette règle, fréquemment défendue par la doctrine, a prévalu dans les différentes approches de dépénalisation suggérées ces dernières années. L'apport de ces suggestions est certes utile mais insuffisant. Une approche plus globale semble indispensable, car la détermination des critères devant gouverner la répression pénale du dirigeant suppose au préalable de bien appréhender la fonction originelle du droit pénal, d'une part (Chapitre I), et de prendre en considération le fait que le droit pénal des affaires dispose également d'intérêts propres que la sanction pénale doit uniquement s'attacher à protéger, d'autre part (Chapitre II).

Chapitre I

Le critère de la gravité en droit pénal

304- Théoriquement, les critères de la répression pénale doivent permettre d'établir une démarcation entre les comportements du dirigeant relevant réellement du droit répressif et ceux devant être soumis à des sanctions alternatives. S'agissant de sa fonction originelle, rappelons que le droit pénal n'a vocation à punir que les agissements graves et moralement répréhensibles, mettant en danger les valeurs essentielles de la société dont il importe de garantir le respect. Aussi, convient-il, pour sanctionner le dirigeant, de retenir le critère de la gravité de la transgression en droit pénal. Seul ce critère permettra d'apporter une réponse pénale aussi bien justifiée (Section I) que proportionnée (Section II).

SECTION I : LE CRITÈRE D'UNE RÉPRESSION PÉNALE JUSTIFIÉE

305- Les infractions visant le dirigeant en droit pénal des sociétés se distinguent par leur remarquable longévité. Depuis au moins la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, ces incriminations se maintiennent pour la majorité, s'étendent parfois à d'autres formes sociales, et pour l'essentiel, démontrent une incroyable résilience aux aléas d'une codification ou d'une

suppression ponctuelle, sans pour autant avoir vocation à recevoir application un jour. Il s'agit là du constat d'une large ineffectivité qui pose la question de l'utilité réelle du droit pénal pour le droit des sociétés. À cet égard, si le législateur a toujours été convaincu, la doctrine, quant à elle, s'est toujours montrée plus sceptique, dénonçant davantage l'excès que le principe d'un recours au droit pénal. Cependant, il semble bien que ces deux positions ne soient pas incompatibles, car de la mesure avec laquelle est utilisée la répression pénale dépend sa justification.

Il s'agira donc de démontrer que la répression pénale du dirigeant en droit pénal des sociétés peut être justifiée à la double condition d'être nécessaire (I) et suffisante (II).

I- UNE RÉPRESSION NÉCESSAIRE

306- D'une manière « omnitemporelle », les agissements considérés comme contrevenant aux valeurs essentielles d'une société ont toujours engendré une réaction du corps social sous la forme d'une sanction. Comme dans la majorité des pays, l'organisation de cette réaction sociale échoit désormais à l'État seul qui dispose du monopole de la répression¹²⁷⁵ qu'il exerce, en amont, par la détermination des comportements susceptibles de faire l'objet de sanction, et en aval, par le prononcé et l'exécution des sanctions prononcées. Il existe de nombreuses écoles prétendant justifier ce pouvoir de punir. D'aucunes se fondent sur les notions abstraites d'utilité de la sanction, d'expiation ou de dangerosité de l'individu, tandis que les autres se fondent sur l'observation concrète des criminels ou de leur milieu de vie.

Cependant, il ne s'agit nullement ici de prendre position en faveur de l'une ou l'autre de ces écoles, notre objectif n'étant pas de tenter d'expliquer pourquoi il est légitime d'infliger une peine. En effet, ce n'est point la légitimité du pouvoir de sanctionner qui focalise notre réflexion, mais la compréhension des comportements du dirigeant qui déclenchent le système répressif. La démarche suivie se fonde sur la définition du fait criminel et se veut donc strictement positiviste, en raison du défaut de critères unanimement admis et permettant d'opérer une distinction entre les agissements devant relever de la sanction pénale et ceux encourant d'autres types de sanctions¹²⁷⁶, et même ceux qu'il convient simplement de rectifier dans leurs effets. Ainsi, « *sont pénales les sanctions qu'il plaît au législateur de qualifier ainsi.*¹²⁷⁷ » Cette liberté n'est pas sans conséquence sur la détermination des comportements pénalement sanctionnés et explique la cohabitation entre un droit pénal de protection et un droit pénal de direction (A). Cependant, cette classification traditionnelle permettant d'appréhender les infractions économiques en majorité, n'est pas la seule possible. Il existe, plus particulièrement en droit des sociétés, une autre classification entre délits « naturels » et délits « artificiels » (B), ce qui permet de proposer une approche plus appropriée à la matière (C).

A- En droit pénal économique : entre droit pénal de protection et droit pénal de direction

307- Il s'agit d'une distinction doctrinale qui tend à traduire en matière criminelle la distinction en matière civile équivalente entre ordre public économique de protection et ordre public économique de direction. En droit civil comme en droit répressif, ces distinctions traduisent deux approches différentes des interventions de l'État, l'une protectionniste (1) et l'autre dirigiste (2). La distinction entre ces deux approches n'est pas sans incidence (3).

¹²⁷⁵- Selon un schéma évolutionniste largement admis, une phase primitive de réaction par la vengeance a succédé à la phase de la justice privée, marquée d'abord par l'instauration de la loi du Talion qui règlemente la vengeance par une règle proportionnelle, puis par l'imposition d'une composition pécuniaire. Finalement, l'époque moderne serait celle du monopole étatique de la répression par le biais de la justice publique (G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Op. cit., n°56 et s.)

¹²⁷⁶- Cependant, de l'avis majoritaire de la doctrine, une telle démarcation serait malaisée à opérer et on ne pourra véritablement définir que les caractéristiques principales et constantes du crime. Voir à ce sujet, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, t. 1, 7^e éd., CUJAS 1997, n°5-7.

¹²⁷⁷- J-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5^e éd., PUF, 2001, p. 55.

1- Le droit pénal de protection

308- Cette distinction traduit une conception libérale du rôle de l'État dont l'intervention en matière économique ne doit viser qu'à garantir les conditions nécessaires au bon fonctionnement de l'économie de marché. Sa fonction est d'être protecteur en sanctionnant les abus éventuels des dirigeants et en rétablissant l'équilibre entre ces derniers et les autres acteurs économiques. Dans cette perspective, le droit pénal de protection est « *l'ensemble des règles du droit pénal qui tendent à assurer, sous la menace de sanctions répressives, le libre jeu des structures économiques capitalistes et la protection des individus dans la conclusion et l'exécution des rapports économiques qu'ils nouent librement entre eux.*¹²⁷⁸ »

En matière de sociétés, les associés et les créanciers sont les principales catégories pénalement protégées contre les dirigeants indécents. Cette protection a toujours été largement admise sans que soit remise en cause l'économie libérale. Ainsi, le doyen HAMEL estimait que « *le droit des affaires est un droit où les citoyens se battent avec les armes du monde des affaires et le ministère public doit rester en dehors de ces bagarres. Oui, mais à la condition que les armes soient égales et que l'une des parties n'est pas en fait la possibilité de donner des coups interdits. Or, sur le terrain des sociétés anonymes, il en va autrement; l'actionnaire est un capitaliste ou un épargnant qui n'est pas en mesure d'entrer dans la lutte avec des armes égales à celles dont dispose le fondateur ou l'administrateur. De là l'utilité des sanctions pénales.*¹²⁷⁹ »

2- Le droit pénal de direction

309- Contrairement au droit pénal de protection, le droit pénal de direction traduit une conception dirigiste de l'État dans le domaine économique. Dans cette hypothèse, l'objet de la sanction pénale n'est plus alors de garantir l'équilibre entre les dirigeants et les autres acteurs de la vie économique, mais d'imposer une vision économique donnée. Dès lors, le droit pénal est dessaisi de sa fonction originelle d'arbitre pour être mis au service d'une politique économique globale dont il doit être la sentinelle. Ainsi perçu, le droit pénal de direction se définit comme « *l'ensemble des dispositions du droit criminel destinées à sanctionner les textes qui, dans le cadre de la politique d'ensemble de l'État, réglementent la production, la distribution et la consommation des biens, l'utilisation des services, enfin, les moyens assurant l'échange et l'emploi de ces biens ou services.*¹²⁸⁰ »

3- Incidence de la distinction en droit pénal des sociétés

310- La distinction entre droit pénal de protection et droit pénal de direction a incontestablement un écho en droit pénal des sociétés. Ainsi, l'on peut considérer comme relevant du droit pénal de protection, certains délits visant le dirigeant et portant atteinte, soit à la propriété, tels que l'abus de biens sociaux, la majoration frauduleuse d'apports en nature, soit à la foi publique, tels que la simulation de souscription ou de versement, la publication de bilan inexact. En revanche, relèvent du droit pénal de direction, ceux visant le dirigeant et touchant à la constitution de la société, à la tenue des comptes, à la modification du capital, aux prises de participations réciproques et à la dissolution¹²⁸¹.

Cependant, cette distinction, que l'on retrouve également au niveau de la définition formelle des infractions, reste relative, car de nombreux délits, tout en assurant la protection de catégories particulières d'individus, visent également à promouvoir un certain ordre économique. Ainsi, en dépit de sa pertinence, elle présente des insuffisances, dont la première sans doute est son caractère

¹²⁷⁸- A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, tome 2, 6e éd., CUJAS, 1982, n°737.

¹²⁷⁹- J. HAMEL, préface au *Droit pénal spécial des sociétés anonymes, Étude de droit commercial*, ouvrage collectif, DALLOZ, 1955, p. 12.

¹²⁸⁰- A. VITU, *Op. cit.*, n°738.

¹²⁸¹- M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 4e éd. Refondue, PUF 2000, p.

général.

Il en ressort alors que l'affirmation selon laquelle les délits relevant du droit pénal de protection auraient une légitimité supérieure à ceux relevant du droit pénal de direction dont la nécessité semble plus contingente, doit être soumise à une forte réserve.

B- Distinction entre délits naturels et délits artificiels

311- Cette autre distinction procède d'une préoccupation à la fois sociologique, philosophique et juridique sur la nature du crime. Il s'agit de savoir si ce dernier est une entité indépendante préexistante à sa condamnation par la société et à sa qualification juridique, une sorte de « *mal en soi* » ou, si à l'inverse, il est le produit de la réprobation sociale et qualifié de crime pour cette raison, une sorte de « *mal conventionnel*.¹²⁸² » Auteur de cette distinction¹²⁸³ au XIXe siècle, GAROFALO considère que les crimes naturels sont ceux qui atteignent les sentiments moraux les plus universels tels que l'atteinte à l'intégrité physique ou morale, à la probité élémentaire (atteintes à la propriété, pratiques frauduleuses.) Quant aux délits artificiels, ils seraient, par hypothèse, fluctuants et propres à un ordre social donné. Logiquement, la sociologie opte pour la thèse du crime conventionnel qui consiste à désigner comme un crime ce qu'il est convenu de considérer comme tel. L'on rejoint ainsi la définition positiviste du crime. D'une manière générale, cette distinction a le mérite de rejoindre la perception populaire qui condamne très différemment les délits naturels et les délits artificiels. D'une manière plus particulière, cette conception s'applique très nettement aux délits de sociétés. Les délits naturels seraient donc constitués par des agissements heurtant les valeurs morales élémentaires tels que des infractions s'apparentant au vol (l'abus de biens sociaux ou encore abus de confiance), au faux (simulation de souscriptions ou de versements, ou la publication de faits faux. Le reste relève davantage de délits artificiels.

Si certains auteurs rejettent d'emblée cette distinction¹²⁸⁴, elle nous semble néanmoins globalement juste. Ainsi, selon W. JEANDIDIER qui adopte une approche strictement positiviste postulant une parfaite égalité de nature entre les infractions, « *le droit positif est le droit en vigueur à un moment donné. Toute incrimination de droit positif, quelle qu'elle soit, est édictée pour la protection de l'ordre social. Il n'y a pas à ce titre d'infractions de plus ou moins grande valeur ; et il n'y a pas de délinquant et de demi ou mini délinquant. Celui qui commet une infraction dans le domaine des affaires est un délinquant à part entière. Abstraitement, il s'est dressé contre le corps social. Concrètement, ses agissements peuvent même être autrement préjudiciables que ceux d'un voyou ou d'un gangster. Quel est en vérité le plus nocif ? L'assassin d'une vieille dame qui lui vole ses économies, ou le promoteur véreux qui accule à la ruine des centaines de familles ?*¹²⁸⁵ »

Seulement, même sur un plan strictement positiviste, cette analyse paraît contestable. D'abord, au regard de l'article 111-1 du Code pénal qui prévoit que « *les infractions sont classées, suivant leur gravité, en crimes délits et contraventions.* » De même, cette hiérarchie entre les infractions, fondées sur la gravité, se retrouve au niveau des sanctions, dont la gradation est, pour partie, fonction de la gravité des fautes qu'elles punissent. Ensuite, le nouveau Code pénal établit une hiérarchie entre les valeurs protégées : les infractions contre les personnes précèdent celles contre les biens. Puis, viennent ensuite celles contre la Nation, l'État et la paix publique. Ces distinctions législatives démontrent manifestement que les atteintes à l'ordre social sont juridiquement d'une inégale gravité. C'est la raison pour laquelle il est difficilement compréhensible que, contrairement à un crime de sang qui est une infraction protégeant la vie et qui se prescrit néanmoins par 10 ans, l'abus de biens de biens sociaux, qui est une infraction protégeant les biens, et donc de gravité juridique inférieure, se retrouve aujourd'hui imprescriptible en raison du régime spécifique de prescription qui lui a été « confectionné » par la jurisprudence. C'est peu dire que cette situation est totalement absurde.

¹²⁸² - Expressions de R. MERLE et A. VITU, *Droit pénal général*, Op. cit., n°8.

¹²⁸³ - GAROFALO, *La criminologie*, 5e éd., ALCAN, cité par R. MERLE et A. VITU, *ibid.*

¹²⁸⁴ - W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Op. cit., n°45, p. 58.

¹²⁸⁵ - *Ibid.*

Cependant, la distinction entre délits naturels et délits artificiels peut être difficilement mise en œuvre en raison de l'incertitude affectant son fondement moral. Ainsi, en droit des sociétés, certains délits ne sont que des dérivés de délits de droit commun. En de telles circonstances, la difficulté est de savoir s'ils relèvent de la catégorie des délits naturels en raison du délit de droit commun dont ils émanent, ou si au contraire, ils relèvent des délits artificiels par la spécificité de leur définition.

Ainsi, delà de certains comportements traditionnellement considérés comme frauduleux, les frontières de l'interdit naturel et de l'interdit conventionnel se brouillent, le comportement autorisé et celui interdit étant totalement soumis à des appréciations subjectives. Or, il serait inconcevable de fonder une politique criminelle sur l'unique perception morale de la valeur répréhensible des actes. De surcroît, le droit pénal artificiel occupe une place considérable et sa légitimité en de nombreux domaines n'est pas remise en cause, ne serait-ce qu'en raison de ses incidences économiques. Ainsi, le droit pénal des affaires, domaine de prédilection du droit pénal artificiel, s'applique à des comportements dont le coût financier est parfois estimé au décuple de la criminalité de droit commun¹²⁸⁶. Pourtant, il ne fait aucun doute que sa suppression susciterait une réprobation sociale, ce qui révèle bien l'interaction entre le « naturel » et « l'artificiel. »

Dans ces conditions, une autre distinction semble préférable, fondée cette fois davantage sur la fonction reconnue à la peine que sur la nature de l'acte.

C- La distinction entre droit pénal de rétribution et droit pénal de régulation

312- Cette distinction repose sur la fonction de la peine (1) et se vérifie au niveau des éléments constitutifs de l'infraction (2).

1- Distinction fondée sur la fonction de la peine

313- La majorité des théories criminologiques se basent sur l'appréhension directe de l'acte criminel pour essayer de l'isoler d'autres comportements déviants. Cette démarche suscite une vaste réflexion pluridisciplinaire. Aussi, semble-t-il plus approprié, dans une réflexion spécifique à la science criminelle, de partir de la peine dont l'étude est l'objet même du droit pénal. Il s'agirait ainsi, dans un renversement de perspective, de partir de comportements juridiquement sanctionnés, et de considérer la raison pour laquelle une peine s'attache à leur commission, plutôt que de rechercher la raison pour laquelle un comportement doit être sanctionné; ce qui aboutit à une analyse basée sur la fonction dévolue à la peine. Dans cette perspective, il semble possible de suggérer une distinction entre droit pénal de rétribution et droit pénal de régulation.

314- *Droit pénal de rétribution.* Relève du droit pénal de rétribution l'infraction dont la peine est spécifiquement destinée à punir la faute morale que constitue sa commission. La peine vise donc ici une finalité expiatoire, celle de la culpabilité¹²⁸⁷.

En droit des sociétés, ces délits sanctionnent les comportements – par nature – frauduleux des dirigeants tels que l'abus de biens sociaux, la majoration frauduleuse d'apports en nature, la simulation de souscription ou de versement, la répartition de dividendes fictifs au moyen d'un inventaire frauduleux, ou encore la présentation d'un bilan infidèle en vue de dissimuler la situation réelle de l'entreprise.

315- *Le droit pénal de régulation.* À l'inverse du droit pénal de rétribution, le droit pénal de régulation ne vise pas une fonction de châtement. Il conçoit la peine comme une pénalité faisant abstraction de toute considération de culpabilité. Relève donc du droit pénal de régulation le délit dont la peine est infligée dans l'optique principale de sanctionner la violation d'une règle

¹²⁸⁶ - W. JEANDIDIER, *Op. cit.*, n°47, p. 56.

¹²⁸⁷ - Par "*culpabilité*", il faut entendre la commission d'une faute dans son acception morale et non pénale, la faute pénale étant plus large en ce qu'elle résulte aussi bien d'un comportement intentionnel que non intentionnel (délits involontaires pourtant réprimés en dépit de la bonne foi de leur auteur.)

arbitraire¹²⁸⁸ imposée pour le bon fonctionnement d'un ensemble complexe. Dans cette perspective, la peine ne vise qu'à garantir l'effectivité de la norme dont elle sanctionne la transgression. Il s'agit donc d'un droit pénal « amoral », sa peine n'ayant pas pour objet la protection d'une valeur considérée comme essentielle par l'ordre social, mais essentiellement la défense d'une règle portant sur des choses – par nature – relativement indifférentes. Le droit pénal de régulation compte de nombreuses infractions telles que l'émission d'actions avant l'immatriculation ou la négociation d'actions de numéraires n'étant pas restées sous une forme nominative.

2- Distinction au regard des éléments constitutifs de l'infraction

316- D'inspiration canonique et adopté par le droit laïc, la fonction rétributive de la peine est classique et perdure en droit moderne. Le droit pénal rétributif requiert la présence de l'élément intentionnel pour que l'infraction soit caractérisée. Selon le degré de culpabilité de l'auteur du délit, la peine est susceptible d'être individualisée par le juge au regard de la gravité de la faute¹²⁸⁹. Cette insistance à établir l'élément moral du délit est la condition impérative de sa fonction de rétribution. À l'inverse, l'on peut noter l'indifférence du droit pénal de régulation à l'état psychologique du délinquant : l'incrimination se contente le plus souvent d'opérer un renvoi vers un texte extra pénal dont la violation tient lieu de définition du délit. De ce fait, aucune précision n'est donnée sur la faute requise, qui se confond avec le seul fait infractionnel et aboutit, en pratique à un délit matériel. Or, majoritairement, les infractions visant le dirigeant sont des infractions matérielles qui requièrent la seule constatation de l'élément matériel pour être caractérisées. Cette situation est dénoncée par la doctrine¹²⁹⁰ qui considère que ce type d'incrimination visant le dirigeant ne laisse aucune place à la faute intentionnelle, d'imprudence ou purement matérielle que l'on exige, en l'occurrence, du dirigeant. Un tel silence est d'autant plus préjudiciable pour les dirigeants que la tendance de la Cour de cassation est de considérer qu'en l'absence de précision sur l'élément moral, l'infraction doit être considérée comme matérielle, quelle que soit la peine encourue¹²⁹¹.

La démarcation entre droit pénal de rétribution et droit pénal de régulation s'observe également au niveau de l'élément matériel de l'infraction. Lorsque la peine est rétributive, le fait punissable est presque toujours un acte positif consistant à faire ce que la loi interdit. En revanche, lorsque la peine ne vise qu'à garantir l'effectivité d'une disposition régulatrice, l'élément matériel consistera le plus souvent en une abstention consistant à ne pas faire ce que la loi impose de faire. Or, majoritairement, les nombreux délits visant le dirigeant en droit des sociétés sont des délits d'omission. Ces derniers se caractérisent par une définition très insuffisante de l'infraction dans la mesure où, bien souvent, celle-ci ne figure que dans un texte non pénal qui n'a donc pas été conçu pour prévoir une telle sanction. Ainsi, la doctrine pénaliste dénonce souvent la carence de précision dans la définition de l'élément matériel constitutif de l'infraction, cette définition ne présentant pas la précision requise pour une incrimination pénale¹²⁹².

Au regard de ce qui précède, il ressort que le droit pénal moderne s'est transformé en un droit « fourre-tout », servant tant à sanctionner le dirigeant qu'à lui imposer une orientation économique. L'ensemble des distinctions présentées tend en réalité, à faire apparaître, sous des angles différents, la réalité d'une divergence entre un droit pénal classique avec une forte connotation morale guidée par un impératif de justice, et un droit pénal économique avec une forte connotation amoral et guidé par un impératif de simple police¹²⁹³. Dans chacune des distinctions présentées, le droit pénal ne semble réellement remplir sa fonction originelle que quand il est utilisé pour sanctionner des

¹²⁸⁸ - À ne pas entendre au sens péjoratif.

¹²⁸⁹ - Sur le principe de proportionnalité, Cons. const., 30 décembre 1997, décembre 97-395, RSC 1998, p. 358, obs. J-F. SEUVIC

¹²⁹⁰ - A. VITU, *Op. cit.*, n° 746.

¹²⁹¹ - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Op. cit.*, p. 236.

¹²⁹² - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI, *Op. cit.*; A. VITU et R. MERLE, *Op. cit.*

¹²⁹³ - Sur le caractère amoral du droit pénal économique, A. VITU, *Op. cit.*, n° 741.

comportements graves et moralement répréhensibles du dirigeant, c'est-à-dire, quand il est naturel et remplit une fonction de protection de l'ordre social, en recourant à une peine rétributive. En effet, il est parfaitement légitime que le dirigeant, qui présente délibérément un bilan infidèle, simule une souscription ou un versement, ou encore abuse des biens de la société, soit sanctionné, car posant des actes immoraux, contraires aux valeurs défendues par la société. Il serait cependant excessif de conclure à l'inutilité du droit pénal de direction, de régulation ou encore du droit pénal artificiel qui, utilisé intempestivement, entrave le dirigeant dans la conduite efficace de son entreprise et paralyse l'économie. En effet, tout artificiel, dirigiste, amoral, dévoyé et accessoirisé qu'il soit, ce droit pénal reste néanmoins utile lorsqu'il n'existe pas d'autres alternatives adaptées et efficaces contre les comportements néfastes de certains dirigeants.

II- UNE RÉPRESSION SUFFISANTE

317- Le droit pénal des sociétés a connu une ascension fulgurante en raison de la multiplication des comportements frauduleux de certains dirigeants qui l'ont rendu nécessaire aux yeux des épargnants abusés, d'une opinion publique indignée par les scandales financiers successifs. Lorsque le législateur légifère sous l'émotion ou sous la pression de l'opinion publique, l'élaboration de nouvelles infractions constitue en général une solution de commodité (A). Le recours à la voie pénale se justifie par la spécificité de sa dimension coercitive, et par l'insuffisance, dans certaines situations, d'une sanction civile (B).

A- Fondement historique et sociologique de la répression pénale du dirigeant

318- Ces justifications sont d'ordres historique (1), d'une part, et sociologique (2), d'autre part.

1- L'affirmation historique

319- La montée en puissance du droit pénal a été rythmée par les scandales successifs qui en ont révélé la nécessité. Historiquement, ce droit est donc constitué par une agrégation de textes adoptés sous la pression des événements. Ainsi, le XIXe siècle et la première moitié du XXe siècle connurent des scandales retentissants – *Union générale, Panama, Hanau, Rochette, Oustric, Stavisky* – suscitant la réprobation publique et une réaction législative. Les excès connus par les commandites ont inspiré les dispositions pénales des lois du 17 juillet 1856 et du 24 juillet 1867 et, l'affaire STAVISKY, moins d'un an après les faits, a suscité l'adoption d'une quinzaine de décrets-lois relatifs aux sociétés, dont la plupart, repris par la loi de 1966, constituent encore le fondement du droit pénal des sociétés actuel.

Cette relation entre malversations financières et augmentations des normes pénales révèle le poids de l'opinion publique sur l'évolution du droit pénal des sociétés. La nécessité d'apporter une réponse pénale suffisante à certains agissements répréhensibles explique le recours au droit pénal, perçu comme seul susceptible de tempérer la réaction sociale. La doctrine parle alors de « *droit pénal magique*.¹²⁹⁴ »

2- L'affirmation sociologique

320- Lorsque la menace pénale vise davantage à donner l'illusion d'une réaction politique à des agissements graves ou répétés qui menacent la quiétude sociale qu'à recevoir une réelle application, la norme pénale perd son sens. C'est le cas lorsque le gouvernement décide de légiférer, chaque fois qu'un dirigeant fait la une des journaux pour des raisons de malversations financières, ou même

¹²⁹⁴- M. DELMAS-MARTY, *L'enjeu d'un code pénal, Réflexions sur l'inflation des lois pénales en France*, in Mélanges offerts à R. LEGROS, éd. De l'Université de Bruxelles 1985, p. 165 et s.

simplement pour des questions de rémunérations excessives. Il s'agit alors du droit pénal magique initialement évoqué qui est cette « *sorte d'exorcisme législatif où le texte de loi n'a plus qu'une valeur incantatoire.*¹²⁹⁵ » Cette pénalisation « virtuelle » qui ne fait qu'affaiblir l'autorité du droit pénal¹²⁹⁶, a souvent été relevée et dénoncée par la doctrine qui observe que : « *le législateur peut avoir recours à la criminalisation en tant que solution apparente d'un problème social. Il subit souvent la pression de "l'opinion publique" ou de groupes qui l'incitent à maîtriser certains phénomènes indésirables alors qu'il ne dispose d'aucun moyen efficace pour le faire ou qu'il ne veut pas subvenir aux frais ainsi engendrés. Dans ces conditions, il peut criminaliser l'action afin d'apaiser l'opinion. L'opération réussit souvent en raison des croyances peu réalistes largement répandues dans la société au sujet du fonctionnement pénal.*¹²⁹⁷ »

Cette corrélation historique entre les malversations et la multiplication des infractions d'affaires permet d'induire que certains délits sont le fruit de cette criminalisation virtuelle dont le dirigeant fait parfois l'objet. Une fois estompées les circonstances conjoncturelles ayant déclenché leur adoption, ces infractions sont théoriquement maintenues en droit positif, mais en pratique, ne reçoivent jamais application, d'autant que d'autres normes ont parfois pu les priver partiellement de leur intérêt.

Généralement, une pression sociale constante s'exerce en faveur d'un recours massif à l'arme pénale en matière de société, la pénalisation étant souvent perçue comme la seule réplique adéquate, y compris par les juridictions répressives qui ont parfois cherché la plus large interprétation à un texte en vue de retenir le dirigeant dans les liens de la responsabilité pénale. La jurisprudence relative à l'imprescriptibilité de fait du délit d'abus de biens sociaux, en toute méconnaissance des règles de procédure pénale illustre cette réprobation persistante du corps social envers les dirigeants, exprimée par la voie judiciaire.

Cette dimension sociologique est essentielle dans l'appréciation des intérêts méritant une protection pénale. Le droit pénal moderne se caractérise par un déplacement des valeurs protégées. Ainsi, BAUDELAIRE ne serait plus condamné¹²⁹⁸, mais désormais, « *ce que l'on redoute et ce que l'on blâme, ce sont les nuisances imputables à ceux qui détiennent la puissance économique ou la compétence technique. Chaque génération a ses épouvantails.*¹²⁹⁹ » Le droit pénal a donc une dimension symbolique en ce qu'il est censé incriminer les comportements socialement intolérables d'une société et d'une époque donnée, et leur destiner la répression la plus sévère. Malgré son aspect technique et particulariste, les sanctions infligées au dirigeant par le droit pénal des sociétés reposent en partie sur cette réprobation sociale bien réelle qui est une explication de sa forte résilience depuis une quarantaine d'années. Pourtant, au même moment, nombre d'infractions, notamment dans les domaines privés, ont été totalement décriminalisées.

Cependant, au-delà de ces considérations sociologiques, le recours à la sanction pénale peut aussi être perçu comme la seule forme de sanction suffisante sur le plan juridique.

B- Fondement juridique de la répression pénale du dirigeant

321- Sur le plan juridique, la répression pénale du dirigeant en droit des sociétés se justifie par l'inaptitude du droit civil à proposer une véritable sanction ou une sanction satisfaisante. Ainsi, ni la responsabilité civile (1) – qui apparaît davantage comme réparatrice – ni les principales sanctions civiles (2) ne semblent suffisantes.

1- L'inadéquation de la responsabilité civile réparatrice

322- La responsabilité civile vise à réparer le dommage causé à autrui par un fait, et non à réprimer

¹²⁹⁵ - *Ibid.*

¹²⁹⁶ - J-H. ROBERT, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, in *L'obligation*, APD 2000, t. 44, p. 161.

¹²⁹⁷ - Conseil de l'Europe, *Rapport sur la décriminalisation*, 1980, p. 105.

¹²⁹⁸ - D'ailleurs sa condamnation a été révisée par la chambre criminelle dans un arrêt du 31 mai 1949, D. 1949. 348.

¹²⁹⁹ - R. MERLE et A. VITU, *Op. cit.*, p.28.

un agissement. Il est vrai que le droit romain, qui connaissait des actions mixtes, n'opérait pas une nette distinction entre les deux types de sanctions. Cependant, l'idée d'une peine privée ne s'est jamais imposée dans notre droit comme un principe effectif¹³⁰⁰. Aussi, la réparation que permet d'obtenir la responsabilité civile n'a-t-elle pas une dimension répressive, mais essentiellement compensatoire. Cette responsabilité vise à restaurer la situation antérieure par l'indemnisation. La réparation du préjudice est intégrale, mais ne peut l'excéder. La gravité de la faute commise n'a aucune répercussion sur le quantum des dommages-intérêts¹³⁰¹. La responsabilité pénale ne vise donc à punir. Et même le fondement de la faute, par le biais duquel la responsabilité civile et la responsabilité pénale sont liées, tend à s'effacer, concurrencé par des fondements plus objectifs tels que le risque ou la garantie.

La rigueur de ces principes est souvent mise à l'épreuve en pratique. Ainsi, il apparaît que l'appréciation de la gravité de la faute a souvent une répercussion directe sur le montant de l'indemnisation – expression irrépressible d'un instinct de proportionnalité¹³⁰² – notamment en cas de préjudice moral ou de coresponsabilité. Cependant, il est aussi certain qu'en dépit de son rejet de principe, l'idée de peine privée persiste sous le couvert du pouvoir souverain reconnu aux juridictions du fond dans l'évaluation du préjudice. Ainsi, en droit des sociétés, la responsabilité civile du dirigeant s'apparente parfois à une sanction. C'est le cas, par exemple, en matière d'irrégularités de constitution où les juges peuvent retenir la responsabilité des fondateurs et des premiers organes d'administration sans caractériser la négligence, l'irrégularité suffisant à constituer la faute¹³⁰³.

Toutefois, si la responsabilité civile du dirigeant semble parfois imprégnée de l'idée de sanction, c'est bien souvent par dérogation aux règles régissant l'évaluation de la réparation. Ces exceptions ne suffisent d'ailleurs pas à modifier la dimension essentiellement indemnitaire de la responsabilité civile.

2- L'insuffisance des sanctions civiles¹³⁰⁴

323- Si la responsabilité civile est théoriquement inapte à apporter une réponse répressive, les sanctions civiles sont, quant à elles, dotées d'une dimension répressive très limitée. Parmi les sanctions les plus fréquentes du droit commun, l'on peut mentionner l'annulation, la révocation, l'inopposabilité, la déchéance, la règle du *nemo auditur*, l'astreinte et l'amende civile. En matière de sociétés, outre la nullité, le législateur a prévu la suppression du droit de vote en de nombreuses hypothèses¹³⁰⁵. L'on peut également mentionner l'inexistence de la personnalité morale de l'entreprise en cas de méconnaissance des règles relatives à la publicité¹³⁰⁶, la perte du droit de vote

¹³⁰⁰ - S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface G. VINEY, LGDJ, 1995; M. CRÉMIEUX, *Réflexions sur la peine privée moderne*, Études offertes à P. KAYSER, PUAM 1979, tome 1.

¹³⁰¹ - Le principe est exprimé dans l'adage *In lege Aquilia levissima culpa venit*, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., LITEC, 1999, p. 330.

¹³⁰² - J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, 22e éd., PUF 2000, n° 288.

¹³⁰³ - Article L. 210-8 du Code de commerce.

¹³⁰⁴ - Le qualificatif "civil" est à appréhender dans une large acception. Les sanctions civiles englobent dans cette perspective les sanctions commerciales. En revanche, les sanctions administratives, très présentes en droit boursier, n'existent pas en droit des sociétés entendu au sens strict. Par ailleurs, elles relèvent de la matière pénale, conformément à la jurisprudence de la CEDH admise par le Conseil d'État (CE, Ass., 14 février 1996, Maubleu, RFDA 1996, p. 1186 et s., concl. M. SANSON) et par la Cour de Cassation (Ass. plén., 5 février 1999, Oury, Revue droit bancaire et de la bourse 1999, p. 32). Pour ces raisons, les sanctions administratives ne seront pas ici abordées.

¹³⁰⁵ - C'est le cas lorsque l'actionnaire n'effectue pas les versements exigibles sur ses titres (article L. 228-29 Code de commerce), ne déclare pas la réunion entre ses mains de certificats de droit de vote et de certificats d'investissement (article L. 228-30 Code de commerce), ne déclare pas sa prise de participation significative ou ne respecte pas sa déclaration d'intention (article L. 233-14 Code de commerce), ne présente pas ses titres au regroupement (article L. 228-6 Code de commerce), ainsi que pour les actions souscrites, acquises ou prises en gage par la société (article L. 225-111 Code de commerce). La suppression du droit de vote sanctionne le non-respect de l'obligation d'identifier les actionnaires étrangers. Le droit des entreprises en difficulté y recourt également pour écarter de la prise de décision les dirigeants nuisibles à l'intérêt de l'entreprise (articles L. 621-59 et L. 625-9 Code de commerce.)

¹³⁰⁶ - Article L. 210-6 Code de commerce.

double ou du dividende majoré en cas de non respect de la forme nominative obligatoire¹³⁰⁷, l'exclusion de l'actionnaire qui viole certaines de ses obligations impératives¹³⁰⁸, ou encore l'injonction de faire sous astreinte introduite par la loi NRE du 15 mai 2001, notamment en cas de violation d'une obligation d'information¹³⁰⁹ ou de non-respect de l'énonciation de certaines mentions formelles sur les actes et documents émanant de la société¹³¹⁰. L'avantage de la sanction civile réside souvent dans sa capacité d'adaptation à la particularité et à l'intensité de la transgression. Ainsi, en cas de violation par l'actionnaire des obligations afférentes à la libération de son apport, la sanction civile vise à le priver de l'utilité de ses actions puis, à défaut d'exécution volontaire, du statut d'associé. Cela revient à le sanctionner progressivement en commençant par où il a failli. À l'inverse, la répression pénale n'a qu'un mode, celui de la peine, dont la variété, en matière de sociétés, demeure limitée en l'absence de peines complémentaires et accessoires. Compte tenu de son adaptabilité au comportement répréhensible du dirigeant, il est évident que la sanction civile, dont la spécificité demeure compatible avec toutes les évolutions, prévaut sur l'inflexibilité de la sanction pénale, dont la modulation s'opère généralement par la fixation du quantum de la peine.

Seulement, la sanction civile est dotée d'une force répressive limitée à l'égard du dirigeant, et ne peut rivaliser avec la sanction pénale lorsque la sanction ne doit pas seulement se contenter de s'adapter à la transgression, mais doit aussi garantir une double fonction de rétribution et de dissuasion. En effet, la spécificité de la peine réside dans ses dimensions afflictive et avilissante¹³¹¹ dont elle tient sa force et sa supériorité sur les autres formes de sanctions. Ces fonctions de la peine se perçoivent encore mieux lorsque l'on constate que la répression pénale peut être accompagnée de sanctions civiles. Cette double réprobation montre à l'évidence que les deux sanctions ne visent pas le même objectif, chacune remplissant une fonction distincte¹³¹². Ainsi, alors que la sanction civile déploie souvent ses effets pour neutraliser la violation de la règle, la sanction pénale se focalise davantage sur la punition de l'auteur d'un agissement moralement répréhensible. Dans le premier cas, c'est l'acte qui est sanctionné, tandis que dans le second, c'est l'auteur qui est puni. De même, la dimension civile de la sanction induit qu'elle vise essentiellement à régir des intérêts privés, alors que la sanction pénale tend à garantir le respect de l'ordre social.

Ces considérations théoriques révèlent, à l'évidence, que c'est la dimension coercitive de la sanction pénale qui justifie son utilisation, lorsque la gravité du comportement du dirigeant rend indispensable une sanction d'une sévérité suffisante et outrepassant les capacités répressives réduites du droit civil. Il existe donc un seuil d'intervention de la répression pénale, celle-ci étant placée au sommet de la hiérarchie des sanctions. Il en résulte donc un principe d'économie, ainsi qu'un principe de subsidiarité de la sanction pénale. Cette dernière ne peut se justifier que pour les actes portant le plus gravement préjudice à l'ordre social, et de manière subsidiaire, par défaut, pour les dirigeants qui ne peuvent être suffisamment sanctionnés civilement.

Cependant, si la pénalisation du comportement du dirigeant peut être justifiée en de pareilles circonstances, elle perd toute légitimité, si elle ne s'exerce pas avec mesure.

SECTION II- LE CRITÈRE D'UNE RÉPRESSION PÉNALE MESURÉE

¹³⁰⁷ - Article L. 225-124 Code de commerce.

¹³⁰⁸ - Par exemple, l'obligation pour l'actionnaire de libérer la partie restante de son apport; à défaut, la société peut procéder à l'exécution en bourse, et si les actions ne sont pas cotées, aux enchères publiques ou par notaire, article L. 228-27 Code de commerce. Mais l'exclusion peut aussi concerner l'actionnaire qui n'a pas porté ses actions au regroupement (article L. 228-6 Code de commerce.)

¹³⁰⁹ - Article L. 238-1 1° Code de commerce.

¹³¹⁰ - Article L. 238-3 Code de commerce.

¹³¹¹ - Même si le nouveau code pénal ne le mentionne plus expressément, la doctrine estime que toute peine pénale est intrinsèquement afflictive et infamante. À cet sujet, G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Op. cit.*, n° 473.

¹³¹² - Quant à la sanction administrative, par son appartenance à la matière pénale, elle est à considérer comme une sanction pénale.

324- Nous venons d'examiner les conditions théoriques d'une répression pénale justifiée du dirigeant. D'une part, il y a la nécessité impérieuse d'apporter une sanction suffisante à un comportement répréhensible. D'autre part, il y a l'inaptitude des autres moyens d'y parvenir efficacement. Dans la réalité, le législateur a souvent fait abstraction de ces exigences primaires en méconnaissant le principe d'économie de la sanction pénale notamment à l'égard du dirigeant. C'est donc le critère de la mesure qu'il convient à présent d'examiner. Pour que la répression pénale subie par ce dernier soit justifiée, elle doit être strictement nécessaire, ce qui signifie qu'elle doit déférer au principe d'économie en étant employée avec parcimonie. Il s'agit là d'un principe constitutionnel affirmé pour l'ensemble du droit pénal (I) et qu'il conviendrait de transposer en droit pénal des sociétés pour le dirigeant (II).

I- NÉCESSITÉ D'UNE RÉPRESSION MESURÉE EN DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

325- Récemment « réhabilité » par le Conseil constitutionnel (A), le principe de nécessité de la sanction pénale tend à être de plus en plus affirmé (B).

A- La « réhabilitation » du principe de nécessité de la peine

326- L'élaboration des infractions pénales est en principe soumise aux dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui prévoit que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.* » Dans son œuvre, MONTESQUIEU avait déjà évoqué l'idée, en opérant une première distinction entre le droit pénal naturel et le droit pénal artificiel. À cet égard, il affirmait que « *toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n'est pas pur acte de puissance; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort.*¹³¹³ » Cependant, en dépit de son caractère primordial et de la force de la prescription adressée au législateur, l'injonction posée dans cet article était restée lettre morte tant qu'aucune autorité n'avait décidé d'en affirmer la valeur. Du fait de l'avènement, en 1970, du Conseil constitutionnel en tant que protecteur des droits et libertés¹³¹⁴, l'article 8 fut progressivement transformé en principe à valeur constitutionnelle au regard duquel devait s'apprécier la conformité de la loi à la Constitution. Ce pouvoir, dont la juridiction constitutionnelle s'est elle-même dotée, revêt une dimension éminemment politique en ce qu'il lui permet d'apprécier l'opportunité pour le législateur de légiférer, ainsi la proportionnalité de la peine prévue à la gravité de la faute. Après avoir hésité un temps à mettre en œuvre cette puissante prérogative¹³¹⁵, le Conseil constitutionnel pratique désormais de la nécessité et de la proportionnalité de la peine.

B- L'interférence entre les principes de nécessité et de proportionnalité de la peine

327- Une peine ne peut être considérée comme légitime, selon la jurisprudence constitutionnelle, que si elle est proportionnée à la gravité du comportement. La marge de manœuvre du législateur dans la détermination du montant d'une peine est donc limitée par cette exigence. Ce dernier ne

¹³¹³- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XIX, 14.

¹³¹⁴- À la suite des décisions du 19 juin 1970 (Cons. const., décembre n°70-39 DC, Rec. p. 15) et du 16 juillet 1971 (Cons. const., décembre n°71-44 DC, Rec. p. 29.)

¹³¹⁵- Dans sa décision du 19-20 janvier 1981 (*JO* du 22 janvier, p. 308), après avoir expressément affirmé la valeur constitutionnelle de l'article 8, le Conseil s'était empressé d'ajouter qu'il ne lui appartient pas de « *substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci.* » La juridiction constitutionnelle semblait vouloir limiter son contrôle à la disproportion entre l'infraction et la sanction encourue. Cependant, elle a finalement levé les restrictions auxquelles elle s'était astreinte pour exercer pleinement son contrôle d'après les prescriptions de l'article 8 (Cons. const., décembre du 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *JO* du 1er août 1989, p. 9676.

peut fixer une peine qui ne serait pas explicitement plafonnée¹³¹⁶. De même, il ne peut prévoir une peine qui serait « *manifestement disproportionnée* » au regard du comportement qu'il a entendu punir¹³¹⁷. Par ailleurs, le législateur est encadré par le principe de nécessité de la peine. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à censurer des peines qu'il ne juge pas nécessaires.

Notons qu'il n'est pas aisé d'établir une distinction entre la proportionnalité et la nécessité, l'interaction entre les deux notions étant si forte qu'elle s'apparente davantage à une appréciation d'ensemble. La mesure de la peine est fonction de sa nécessité et inversement, une peine disproportionnée fait douter de la nécessité de réprimer le comportement¹³¹⁸.

328- Conséquence de ces impératifs constitutionnels. Si la loi du 24 juillet 1966 avait été soumise à ces exigences constitutionnelles, il est à parier que le régime de la responsabilité pénale du dirigeant eut été moins sévère. En effet, la consécration des principes de nécessité et de proportionnalité est beaucoup trop récente pour savoir quel usage en sera fait par le Conseil. Toutefois, l'on peut anticiper avec certitude qu'il sera très mesuré, voire très exceptionnel pour l'appréciation de la nécessité. L'abrogation récente du délit d'initié – même s'il n'émane pas de la loi de 1966 – par le Conseil¹³¹⁹ (18 mars 2015) pour atteinte au principe du non bis in idem en est un signal. En rappelant que le même fait ne peut être doublement poursuivi et sanctionné, la juridiction constitutionnelle exerce implicitement un contrôle sur la nécessité et la proportionnalité de la peine, autrement, elle ne peut juger excessive la double répression administrative et pénale du délit d'initié. En se conformant au principe du non bis in idem, le Conseil constitutionnel invite implicitement à une répression pénale proportionnelle et mesurée du dirigeant poursuivi de ce chef. L'on peut d'ores et déjà voir y voir l'affirmation d'une volonté de juguler l'inflation en rappelant au législateur que tout recours à la sanction pénale doit être soumis au critère de la légitimité, et que, même s'il l'était, la peine doit être adaptée à la gravité du comportement. En ce sens, le principe a sans doute vocation à exercer une influence sur le législateur ne souhaitant pas voir sa loi retoquée et, pour les lois déjà adoptées, l'inciter à reconsidérer la nécessité de certaines incriminations¹³²⁰. Ces mêmes exigences doivent être transposées en droit pénal des sociétés à l'égard du dirigeant¹³²¹.

II- NÉCESSITÉ D'UNE RÉPRESSION MESURÉE EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

329- La répression pénale du dirigeant en droit des affaires ne peut être perçue comme légitime que si elle est mesurée, et cette mesure s'évalue au regard de sa nécessité. Deux critères doivent être pris en considération. D'une part, il est impératif de reconnaître que les dirigeants aux agissements frauduleux sont plus à blâmer que ceux dont les comportements n'ont de répréhensible que d'avoir transgressé une règle amoral (A). D'autre part, le droit pénal des sociétés ne doit pas être systématiquement utilisé à l'encontre de ces derniers tant que le droit pénal commun se révèle suffisant (B).

A- La prééminence de la répression de la fraude sur celle de l'inefficacité

330- Le droit pénal des sociétés ne doit pas être pensé comme une branche autonome du droit pénal qui aurait vocation à se conformer aux exigences techniques spécifiques à la matière qu'il

¹³¹⁶- Cons. const., décembre du 28 juillet 1989, précité.

¹³¹⁷- Cons. const., décembre du 30 décembre 1987, DC 87-237, JO 31 décembre, p. 15761; décembre du 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, JO du 18 janvier 2002, p. 1053.

¹³¹⁸- Cons. const. 27 juillet 2000, DC 2000-433, JO du 2 août 2000, p. 11922.

¹³¹⁹- Décision n° 2014-453 /454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.

¹³²⁰- J. LEAUTÉ, *Droit pénal et démocratie*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueil d'études en hommage à M. ANCEL, tome 2, Pédone 1975, p. 153.

¹³²¹- R. VATINET a montré qu'il existe déjà, en droit des sociétés, un principe de proportionnalité, y compris en matière pénale dans le cas de l'abus de bien sociaux qui suppose de la juridiction répressive une démarche téléologique : *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés?*, Petites Affiches du 30 septembre 1998, n° 117, p. 58 et s.

accompagne. Il reste un supplétif du droit pénal commun appliqué aux sociétés et doit foncièrement s'en tenir à la distinction morale entre le dirigeant loyal et le dirigeant malhonnête (1), sans pour autant que soit exclue la possibilité d'incriminer des agissements étrangers à toute considération morale (2).

1- La nécessaire distinction entre le dirigeant loyal et le dirigeant malhonnête

331- Seule la gravité inhérente au comportement répréhensible, ou plus rarement, l'insuffisance de sanctions civiles pour un acte gravement préjudiciable peut faire apparaître la nécessité d'une sanction pénale. Cet acte peut exiger une peine rétributive. Le champ d'application légitime de la répression pénale ne devrait donc se limiter qu'aux comportements du dirigeant qui ont une dimension intrinsèquement malhonnête et exclure, par conséquent, ceux qui n'ont de répréhensible que la violation d'une règle imposée. L'acte malhonnête du dirigeant devrait être pénalement réprimé alors que l'acte qui n'est pas malhonnête mais qui est illégal ne devrait appeler qu'une réponse civile. Une telle approche avait été prônée par Monsieur G. CANIVET, ancien Premier Président de la Cour de cassation, qui estimait qu'« *il faudrait ne sanctionner pénalement que lorsque la volonté délictuelle est avérée ou lorsque la faute est d'une gravité telle que les conséquences dommageables ne pouvaient être ignorées, autrement dit un retour à une compréhension morale de la culpabilité pénale. Les autres comportements fautifs relèveraient alors d'autres modes de régulation fondés par exemple, sur une satisfaction plus efficace des droits des victimes.*¹³²² » Cette approche devrait, selon nous, constituer le sous-bassement de l'imputation de la responsabilité pénale au dirigeant en matière de sociétés. Ainsi que l'avait affirmé le doyen HAMEL, « *il faut que le mobile frauduleux soit toujours à la base de la répression pénale et que l'homme d'affaires ne soit frappé de sanctions correctionnelles que s'il a vraiment agi dans une intention de fraude. Si cette intention fait défaut, la sanction civile des dommages-intérêts doit suffire à punir l'incapable ou l'imprudent.*¹³²³ » Cette analyse a été également soutenue en doctrine, de manière moins tranchée, par d'éminents auteurs. Alors que certains dénoncent une confusion regrettable existant entre toutes les infractions, provoquée par l'absence de différenciation au regard de la gravité des comportements¹³²⁴, d'autres désapprouvent l'assimilation sans discernement de l'incompétence, de l'ignorance ou encore de la témérité à des agissements intrinsèquement frauduleux¹³²⁵. Toutes ces critiques convergent sur la nécessité d'opérer au sein des infractions de société une nette distinction entre celles qui portent atteinte à la probité, au sens de large du terme, et celles qui ne portent atteinte qu'à la norme juridique¹³²⁶, car « *l'explosion répressive est incohérente (et) il serait temps de réserver au droit pénal les comportements les plus blâmables et les plus dangereux.*¹³²⁷ » On ne peut que souscrire à cette exigence de différenciation, tant il est vrai qu'entre ces deux types de comportements, il existe une différence incontestable de nature qui se traduit, conceptuellement, par l'antinomie fondamentale unique que traduisent les oppositions entre délits naturels et délits artificiels, entre droit pénal de protection et droit pénal de direction, entre droit pénal de rétribution et droit pénal de régulation. Il est vrai que l'axe central de la répression pénale exercée à l'encontre des dirigeants en matière de sociétés est constitué par les infractions à caractère frauduleux. Cependant, l'on ne pourrait s'en satisfaire.

2- La nécessaire réduction des infractions de régulation

332- Si l'on admet la possibilité d'infractions de régulation (a) – infractions visant à imposer une

¹³²² - G. CANIVET, *La justice des années 2000 devra s'adapter aux atteintes de la société*, JCP 2000, I, 192.

¹³²³ - J. HAMEL, *précité*, p. 12.

¹³²⁴ - M. DELMAS-MARTY, *Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales*, RSC, 1977, p. 511.

¹³²⁵ - A. CHAVANE, *Le droit des sociétés et le droit pénal général*, RSC, 1963, p. 689; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., n°18.

¹³²⁶ - G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La sanction en droit économique français*, Annales Faculté de droit de Toulouse 1972, p. 174.

¹³²⁷ - W. JEANDIDIER, *Op. cit.*, p. 75.

orientation aux dirigeants dans la gestion de leurs entreprises – il convient de reconnaître également que ces dernières procèdent d'une logique basée sur l'efficacité et non la morale (b), d'où leurs limites (c).

a- L'admission des infractions de régulation

333- En dehors des comportements malhonnêtes, il peut s'avérer utile de maintenir, à l'égard du dirigeant, certaines infractions étrangères à toutes considérations morales, lorsque ces délits sont indispensables au bon fonctionnement de la société et lorsque les sanctions civiles se révèlent insuffisantes ou inopportunes. Ainsi, de nombreuses infractions ne visent qu'à garantir le respect de règles dont l'objet est d'imposer au dirigeant un cadre d'organisation de la société dans la perspective de ses fonctions de technique d'organisation du partenariat, de l'entreprise et du patrimoine¹³²⁸. Il est vrai que lorsqu'elles ne sont pas supplétives, ces dispositions ont déjà une autorité qui justifie totalement que leur transgression soit réprimée. Néanmoins, dans certaines situations, il peut être utile de les associer à une sanction pénale pour en assurer plus efficacement le respect. Ainsi, sont pénalement sanctionnées l'obligation d'établir l'inventaire, de fournir un rapport de gestion et des comptes annuels, de désigner un commissaire aux comptes, de respecter les incompatibilités et interdictions légales relatives à la désignation des commissaires aux apports et aux comptes, ou encore de convoquer l'assemblée générale extraordinaire en cas de pertes de la moitié du capital au minimum. L'on comprend naturellement que l'objectif poursuivi en pénalisant ces obligations est d'astreindre et d'inciter le dirigeant et non pas de le punir. D'ailleurs, les condamnations prononcées en ce sens sont à appréhender comme autant d'échecs au regard des objectifs visés par le législateur. Cependant, au nombre de ces infractions qui sont souvent des manquements à des obligations de faire, certaines pourraient être efficacement remplacées par des sanctions civiles et notamment par une injonction de faire sous astreinte, mécanisme doté d'une force dissuasive bien plus efficace qu'une improbable condamnation pénale du dirigeant. En revanche, dans l'hypothèse où une telle alternative ne serait pas envisageable ou adaptée – ce qui est le cas lorsqu'il ne s'agit pas d'une obligation de faire, comme par exemple l'interdiction pour les sociétés par actions simplifiées de faire appel à l'épargne publique – le recours à l'arme pénale retrouve toute sa légitimité, pour peu que la sanction soit mesurée.

b- L'analyse économique de la sanction pénale

334- Dans cette même conception utilitaire et dissuasive de la peine, il faut aussi prendre en considération le caractère économique de la sanction pénale, primordial en matière de société¹³²⁹. Si l'on part du principe selon lequel le dirigeant rationnel poursuit l'intérêt de son entreprise en violant la loi, cette dernière sera davantage observée dès lors que sa transgression est susceptible d'engendrer des conséquences financières excédant largement les bénéfiques escomptés de la commission de l'infraction. Cette approche rationnelle d'origine américaine, élaborée à l'image de la théorie microéconomique appréhende la nécessité d'une sanction pénale sous un angle économique¹³³⁰. L'une des conséquences les plus intéressantes de cette approche est de légitimer une répression pénale sévère du dirigeant pour des comportements peu susceptibles d'avoir un impact ou d'être découverts¹³³¹, ou encore pour lesquels la probabilité d'une action en

¹³²⁸ - Au sujet de ces trois fonctions, M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17 éd. LITEC, 2004, p. 15 à 17.

¹³²⁹ - C'est l'orientation proposée sur la place de la répression pénale en droit britannique des sociétés : S. DEAKIN, *Economic Effects of Criminal and Civil Sanctions in the context of Company Law*, *Research note for the DTI Company Law Review*, 2000.

¹³³⁰ - E. MACKAAY, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, *Rev. internationale de droit économique*, 1986, tome 1, p. 43 et s.

¹³³¹ - L'approche selon la probabilité de découverte du comportement répréhensible est exposée par L. BENZONI, in *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, Actes du Colloque du 7 juin 2000 organisé par la DGCCRF, PA du 28 décembre 2000, p. 21) : "Cette probabilité devrait être incluse dans une politique de sanction qui se veut

responsabilité de la part d'un particulier est extrêmement ténue. Cela revient, en partie, à fixer la peine au regard des coûts de détection de l'agissement incriminé. Plus improbable est sa détection, plus considérable est sa peine. C'est l'application de la théorie des coûts de transaction. L'approche semble parfaitement cohérente, l'idée étant de contraindre le dirigeant à renoncer à ces agissements infractionnels en lui rappelant les lourdes conséquences certaines d'un comportement certes soumis à une hypothèse de détection incertaine. En droit boursier, jusqu'à son abrogation par le Conseil constitutionnel, le délit d'initié était l'illustration de cette approche, par la peine du décuple du bénéfice réalisé qui était encourue¹³³². Une approche économique identique, mais davantage centrée sur le coût à l'économie, est également perceptible en droit de la concurrence¹³³³.

c- Déficiences de l'analyse économique de la sanction pénale

335- Limites de l'intimidation pénale. La première déficience d'une telle analyse réside dans les limites de l'intimidation pénale. En effet, si l'on ne peut contester la cohérence de cette approche qui tire sa force de persuasion de sa démonstration mathématique, il reste cependant que cette évidence n'est qu'apparente. Sur le seul plan de la logique suivie, le raisonnement a omis d'intégrer d'autres paramètres et surtout la réalité judiciaire dans la mise en œuvre de la répression. Ainsi, si la répression accrue vise à pallier la difficulté de détection du comportement infractionnel, il reste cependant bien établi que plus une répression est sévère, moins elle sera effectivement prononcée par les juridictions répressives¹³³⁴. Cette variable a pour conséquence paradoxale que la force intimidatrice de la peine peut finalement être affectée par cette sévérité même qui devait l'engendrer¹³³⁵.

336- Risque d'invertir la logique de l'intérêt et celle de l'autorité de principe de la sanction pénale. La seconde déficience de l'analyse économique de la sanction pénale réside dans l'insuffisante prise en compte de la dimension morale que revêt la méconnaissance de la loi. En effet, c'est l'autorité de principe attachée à une règle impérative et non l'absence d'intérêt à la transgresser qui devrait théoriquement dissuader le dirigeant de violer la loi. Par le rejet de l'idée de comportement moralement répréhensible, le calcul de l'intérêt du dirigeant à la transgression¹³³⁶ est de nature à affecter l'autorité intrinsèque à toute règle impérative et, par ricochet, celle du droit en général. Ainsi, « *il y a une effet paradoxalement criminogène de la considération de l'efficacité. En effet, l'opérateur (comprendre le dirigeant) est défini comme un délinquant rationnel. Ce qui supprime le primat moral et l'impératif de respect des lois crée une éducation perverse à la délinquance rationnelle. Cette ambiguïté est cristallisée dans la montée en puissance de la déontologie, qui devient concurrente ou, à tout le moins, complémentaire du droit, comme s'il fallait désormais un corps de règles non juridiques, pour que soit exprimée quelque part la règle morale élémentaire*¹³³⁷ ... »

efficace. Le calcul est théoriquement simple : il suffit de diviser le montant de la sanction par la probabilité d'être condamné. Si les entreprises se font prendre une fois sur deux (probabilité de 0,5), le montant de l'amende calculé selon le mécanisme décrit ci-dessous doit alors être multiplié par deux. Plus la probabilité de se faire prendre est faible (elle tend vers zéro), plus le montant effectif de la sanction devrait être élevé. En effet, on peut considérer que, dès lors que la probabilité de se faire prendre est inférieure à 1 (on ne se fait donc pas prendre à tous les coups), une entreprise peut adopter sciemment un comportement abusif en intégrant cette probabilité. Si la politique de sanction se veut réellement répressive et dissuasive, elle se doit donc d'inclure cette probabilité : son montant est alors supérieur au montant calculé précédemment.»

¹³³²- Article L. 465-1 Code monétaire et financier (abrogé le 18 mars 2015 par le Conseil constitutionnel.) M-E. GOUNOT, *Application de l'analyse économique du droit aux opérations d'initiés*, RSC 2000, p. 335.

¹³³³- Favorables à cette approche G. CANIVET et L. VOGEL, *Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence*, RJDA 1993, p. 599.

¹³³⁴- A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, op. cit., n° 742.

¹³³⁵- S. DEAKIN, *précité*, p. 2.

¹³³⁶- B. RUDDEN et P. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, Revue internationale de droit comparé 1986, p. 1015 et s.

¹³³⁷- M-A. FRISON-ROCHE, *L'efficacité des décisions en matière de concurrence*, in *L'efficacité des décisions en droit*

337- La sanction pénale vidée de son sens. La troisième déficience de l'approche économique de la sanction pénale infligée au dirigeant concerne l'indifférence de la logique d'efficacité à la nature des intérêts protégés. L'efficacité vise à rechercher une meilleure adaptation des moyens à l'atteinte d'un objectif. Elle se développe donc sur le plan de la technique juridique. Une telle analyse requiert inéluctablement une neutralité de la sanction pénale, perçue comme un moyen au service de l'optimisation d'un objectif, un outil abstrait, en dehors de toute considération avec la valeur inhérente des règles dont il est censé garantir le respect. Dans ces conditions, les sanctions pénales apparaissent davantage comme des « *mesures individuelles coercitives, sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir des infractions que leur état rend probables.* » La sanction pénale ne serait donc pas une peine connotée moralement mais une mesure de sûreté destinée à prévenir la commission du délit au détriment de l'économie. L'état dangereux serait ici l'état rationnel du dirigeant, par hypothèse, enclin à enfreindre la règle posée, mais à même d'évaluer le ratio coût/avantage de cette transgression. Or, ce postulat basé sur l'efficacité semble erroné, car la répression pénale ne peut être perçue un instrument neutre. L'on ne peut dissocier l'instrument utilisé de la finalité recherchée, de même que toutes les finalités recherchées ne justifient pas un recours à la sanction pénale, même si l'efficacité impose d'y recourir. La sanction pénale reste fondamentalement le gardien de l'ordre social¹³³⁸. Seule l'importance de la valeur protégée doit déterminer l'importance des moyens mis en œuvre, et la voie répressive est incontestablement un moyen important, voire le plus important. Dans ces conditions, l'efficacité économique et la logique des coûts ne peuvent seules déterminer la nécessité et l'intensité de la répression pénale. En d'autres termes, l'utilitarisme économique peut être un bon serviteur, mais risque d'être toujours un mauvais maître. Il ne doit pas conduire à déconnecter la peine de la gravité effective du comportement, car « *la peine possède une propension naturelle à s'autogérer, pour ainsi dire, à s'éprendre narcissiquement d'elle-même, en oubliant la relation causale qui est sa raison d'être.*¹³³⁹ »

En définitive, si les infractions de régulation peuvent parfois se prévaloir d'une légitimité à l'égard du dirigeant, ce n'est qu'au regard de l'importance des intérêts que le législateur souhaite protéger des agissements de ce dernier. En conséquence, ces infractions ne doivent qu'être limitativement prévues, au risque de priver les intérêts pénalement protégés de toute lisibilité, car « *la portée morale et la signification sociale des peines tendent à disparaître ou tout au moins à s'estomper. Peu à peu se crée une accoutumance aux comportements illicites.*¹³⁴⁰ »

B- L'insuffisance de la sanction pénale de droit commun

338- L'utilisation de la sanction pénale spéciale à l'encontre du dirigeant doit être soumise au principe de subsidiarité qui requiert de constater la défaillance de la sanction pénale générale pour légitimer l'intervention d'une incrimination spéciale plus adéquate au comportement. La justification d'une infraction spécifique à une matière donnée est tributaire de l'utilité que présente son élaboration pour l'adaptation de la répression pénale.

L'examen des causes de l'insuffisance de la sanction pénale de droit commun (1) sous le prisme de l'abus de biens sociaux (2) révèle un dédoublement entre ce dernier et l'abus de confiance (3).

1- Les causes

339- Le rejet des incriminations larges. L'insuffisance peut être appréhendée de deux manières différentes, soit comme absence, soit comme carence. L'absence de disposition pénale générale

de la concurrence, Colloque précité de la DGCCRF, p. 4

¹³³⁸ - J. PINATEL, *Infractions et valeurs morales*, RSC 1972, p. 664 et s.

¹³³⁹ - J. CARBONNIER, *La peine décrochée du délit*, in *Mélanges offerts à R. LEGROS*, Bruxelles 1985, p. 23.

¹³⁴⁰ - G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La sanction en droit pénal économique français*, op. cit. p. 174.

conduira inéluctablement à adopter des mesures spécifiques. Il en est souvent ainsi des infractions de régulation dont la dimension artificielle explique qu'aucune infraction de droit commun ne s'en rapproche véritablement.

S'agissant de la carence, elle procède de l'inadaptation du texte général pour englober dans son champ d'application des comportements voisins mais dont la sanction serait problématique ou impossible sans élargir les qualifications. Il s'agit essentiellement des infractions spécifiques ayant un caractère frauduleux qui sont les plus susceptibles de converger vers des infractions de droit commun. Néanmoins, il est d'usage en droit étranger, que le législateur s'abstienne de multiplier les infractions spécifiques aux sociétés pour ne fonder la répression que sur les seules dispositions pénales de droit commun. Il en est ainsi en droit germanique où escroquerie et abus de confiance sont les deux principaux applicables au dirigeant en matière de sociétés¹³⁴¹, de même qu'en droit britannique où l'abus de biens sociaux n'existe pas en tant qu'infraction autonome, mais est sanctionné en tant que vol¹³⁴². Cependant, cette situation procède d'une appréhension très peu rigoureuse du principe de légalité qui permet au législateur d'élaborer des incriminations larges et au juge d'en faire une interprétation extensive. Généralement, dans ces systèmes juridiques, très peu d'infractions sont voisines des domaines naturels d'infractions de droit commun. À l'inverse, en droit français, le principe de légalité, ainsi que son corollaire, le principe d'interprétation stricte, rejettent les incriminations larges. Les infractions visant le dirigeant, en droit pénal des sociétés, sont donc nées de cette contrainte et de la nécessité de resserrer les mailles du filet répressif pour l'adapter aux particularités de l'entreprise. Certes, les infractions spécifiques y sont considérables. Toutefois, il faut y voir la marque d'une option juridique libérale de notre modèle qui donne sa préférence à un grand nombre d'infractions spécifiques mais précises plutôt qu'à un petit nombre d'infractions générales mais larges¹³⁴³. Il ne faut cependant pas percevoir à travers ce libéralisme une volonté d'assouplir la rigueur du droit pénal général par bienveillance à l'égard des dirigeants. Bien au contraire, le droit pénal des sociétés se distingue par sa sévérité¹³⁴⁴, du moins théoriquement, et surtout, il ne fait pas obstacle à l'application des dispositions pénales de droit commun lorsque le comportement du dirigeant est susceptible de recevoir la qualification d'une infraction ordinaire protégeant d'autres intérêts. Il en est ainsi de la possibilité pour le dirigeant de cumuler les qualifications d'abus de biens sociaux avec celles de faux, usage de faux et d'escroquerie¹³⁴⁵. En ce sens, le droit pénal des sociétés élargit le champ de la répression pénale en s'adaptant aux spécificités sociétaires.

2- Le cas de l'abus de biens sociaux

340- L'abus de biens sociaux à la rescousse de l'abus de l'abus de confiance. Le délit d'abus de biens sociaux révèle la nécessité d'un droit pénal des sociétés utile à l'affinement du droit pénal commun. En effet, longtemps, les comportements préjudiciables des dirigeants n'ont été sanctionnés qu'au titre de l'abus de confiance prévu par l'article 408 de l'ancien Code pénal. Cette répression était confrontée à de sérieux obstacles qui ont été progressivement résorbés par la jurisprudence. En effet, l'abus ne pouvait être retenu que dans le cadre de six contrats limitativement énumérés et au nombre desquels ne figurait pas le contrat de société. La jurisprudence a dû alors assimiler ce contrat à un mandat général donné par les associés aux dirigeants¹³⁴⁶. D'autres difficultés ont contraint la jurisprudence à opérer une interprétation

¹³⁴¹- Article 266 du Code pénal sur l'abus de confiance, *Untreue*, et paragraphe 263 StGB pour l'escroquerie, *Betrug*.

¹³⁴²- *Theft Act 1968*.

¹³⁴³- J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11e éd., ARMAND COLIN, 2004, n° 338.

¹³⁴⁴- A. VITU, *Regards sur le droit pénal des sociétés*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, Études dédiées à R. ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 247. L'auteur souligne de surcroît que cette sévérité s'accompagne de moyens procéduraux outrepassant le droit commun, notamment pour la prescription de l'action publique en matière d'abus de biens sociaux. Dans le même sens, B. BOULOC note que l'abus de biens sociaux est plus sévèrement réprimé que l'abus de confiance dont il s'inspire, *La liberté et le droit pénal*, *Rev. sociétés* 1989, p. 377.

¹³⁴⁵- Cass. crim. 19 octobre 1987, Bull. crim. n° 353.

¹³⁴⁶- Cass. crim. 31 mars 1933, Bull. crim. n° 70; cass. crim. 5 mars 1937, Bull. crim. n° 44, *Gaz. Pal.* 1937, 2, 69.

extensive. Cela a été le cas des questions relatives à la nature des « choses » détournées, qui ne pouvaient être que corporelles et mobilières, mais aussi de l'exigence d'un détournement ou d'une dissipation, notions plus restrictives que celle d'usage. Si cette interprétation extensive visait à garantir l'effectivité de la répression, elle contrariait cependant la rigueur découlant du principe de légalité¹³⁴⁷ par une « construction prétorienne audacieuse¹³⁴⁸ », sans toutefois permettre d'appréhender tous les dirigeants indéliques. Dénoncée par la doctrine, cette jurisprudence appelait donc une réaction législative. C'est ainsi que par un décret-loi du 8 août 1935, le délit d'abus de biens sociaux fut créé, repris ensuite par la loi du 24 juillet 1966, puis finalement inscrit dans le nouveau Code de commerce. Cette incrimination spécifique visait à donner une base légale permettant de sanctionner les usages abusifs très nombreux qui échappaient à la qualification d'abus de confiance comme le fait de donner à bail un immeuble social à un prix trop faible en contrepartie d'une commission¹³⁴⁹, l'usage sans interversion de la possession¹³⁵⁰, ou encore l'usage du crédit social, comme dans l'hypothèse du cautionnement par la société des dettes personnelles du dirigeant.

3- L'abus de biens sociaux : une réplique superflue de l'abus de confiance

341- S'il est certain que l'abus de biens sociaux visait à pallier les lacunes de l'abus de confiance – et d'ailleurs à ce titre, il est incohérent qu'il ne s'applique encore maintenant qu'à certaines formes sociales¹³⁵¹ – il reste néanmoins qu'une disposition spécifique n'est utile que si elle sanctionne des comportements distincts de ceux réprimés par une infraction plus générale. Or, depuis sa modification par le nouveau Code pénal, l'incrimination d'abus de confiance¹³⁵² a vu son champ d'application élargi. Cet élargissement a pour conséquence de priver l'infraction spécifique d'abus de biens sociaux de son utilité. Il suffit de constater combien l'abus de biens sociaux est caractéristique de la manière dont les lacunes du droit pénal général peuvent imposer l'élaboration d'infractions spécifiques. Cependant, cette carence ne doit pas seulement justifier la création de l'infraction spéciale. Elle doit aussi en conditionner la légitimité tout au long de son existence. Or, dès lors que les insuffisances qui avaient nécessité sa création ont quasiment disparu, rien ne justifie plus qu'un même agissement relève systématiquement de deux infractions quasi identiques. Seules des différences minimales distinguent aujourd'hui l'abus de biens sociaux de l'abus de confiance.

Ainsi, si comme nous l'avons indiqué, c'est le critère de la nécessité qui doit présider à la décision de sanctionner pénalement un agissement, c'est, en revanche, le critère de l'utilité, pour une répression plus adéquate, qui doit légitimer, en matière pénale, la création d'une infraction spécifique évoluant dans le sillage direct d'une infraction générale. À défaut, en matière de sociétés, le dirigeant continuera de faire l'objet d'un agrégat d'infractions spécifiques injustifiées, voire injustes, lorsque la peine encourue dépend moins du comportement poursuivi que de la concurrence de textes servant à le sanctionner¹³⁵³. En effet, « *il est conforme aux exigences de justice et d'égalité des citoyens devant la loi de ne définir que des infractions en principe applicables à tous,*

¹³⁴⁷ - Affaire de la *Société commerciale de l'ouest Africain* (SCOA) Paris, 16 mai 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, p. 363 confirmée par cass. crim. 5 mars 1937, précité.

¹³⁴⁸ - Expression de P. GARRAUD, *Semaine Juridique* 1939, 1, p. 98.

¹³⁴⁹ - Cité par W. JEANDIDIER, *Jurisc. Sociétés Traité*, Fasc. 132-20, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, n° 2.

¹³⁵⁰ - Il s'agit du passage de la possession précaire à une possession véritable impliquant un pouvoir de propriétaire.

¹³⁵¹ - Ne sont pas concernées par le délit d'abus de biens sociaux, les sociétés en nom collectif, en commandite simple, en participation et les sociétés de fait, ainsi que les associations.

¹³⁵² - Article L. 314-1 du Code pénal.

¹³⁵³ - Cette situation aboutit à la systématisation du concours idéal d'infractions, résultat d'un conflit de qualifications possibles. En présence d'abus de biens sociaux et d'abus de confiance, les juges doivent retenir l'abus de biens sociaux, délit le plus lourdement sanctionné des deux. Cependant, cette concurrence de textes est inopportune en ce que dans la plupart des cas, elle double les poursuites potentielles pour un même fait. Et lorsque l'une des qualifications n'aura pu être retenue, il restera toujours possible de se rabattre sur l'autre afin de tenter d'obtenir la condamnation du dirigeant.

*l'institution d'infractions spéciales constituant une dangereuse politique criminelle.*¹³⁵⁴ »

En définitive, pour déterminer la nécessité d'une sanction pénale à l'égard du dirigeant en matière de sociétés, il convient de procéder méthodiquement. Une distinction s'impose entre le dirigeant malhonnête et le dirigeant loyal. Pour les agissements dont le caractère frauduleux n'est pas évident, la sanction pénale ne sera légitime que si elle se révèle strictement nécessaire, cette nécessité s'appréciant au regard de la gravité de l'acte, ainsi que de l'insuffisance des sanctions civiles.

S'agissant des agissements malhonnêtes, la répression pénale s'impose comme une évidence. Toutefois, la répression spécifique n'est justifiée que par son utilité qui doit procéder de l'absence ou de l'insuffisance de la sanction pénale de droit commun. Au final, toutes ces infractions ne devraient viser à sanctionner que le dirigeant qui porte une « *atteinte véritable à l'ordre social, avec l'intention de la réaliser.* »¹³⁵⁵

Pourtant, ces considérations théoriques élémentaires ne sont guère mises en œuvre en réalité, à commencer par la nécessaire distinction entre le dirigeant malhonnête et celui loyal. Appliqué à la législation pénale des sociétés, ce premier critère aurait pourtant le mérite de révéler l'absurdité de nombre d'infractions spécifiques, qui plus est jamais réprimées. Mais, si le législateur d'hier était très peu soucieux du principe d'économie de la sanction pénale, celui d'aujourd'hui se montre très peu préoccupé par le souci de remettre en question cette panoplie d'infractions spécifiques. Il y a une trentaine d'années, J. LEAUTÉ avait déjà suggéré une mesure destinée à lutter contre l'inertie du législateur dans le maintien du dispositif pénal existant. Outre pour l'instauration d'un débat de politique criminelle en début de chaque législature, l'auteur militait principalement pour une réévaluation périodique qui consisterait pour le Parlement à faire l'inventaire des infractions existantes en début de législature, et à décider ensuite de leur maintien, de leur abrogation, ou encore de leur modification¹³⁵⁶. La multiplication des sanctions pénales, leur éclatement, l'impossibilité de les recenser précisément, ont fini par triompher de cette proposition car, avec près de 15.000 infractions (selon la table NATINF de 1999), même une législature entièrement et exclusivement consacrée à cette besogne n'y parviendrait pas.

Néanmoins, la poursuite d'une moindre pénalisation en matière de sociétés ne demeure pas moins impérative, ne serait-ce que pour accorder le droit positif à la réalité répressive.

La répression pénale du dirigeant en droit des affaires, en général, et en droit des sociétés, en particulier, est une nécessité. Cependant, pour être légitime, cette répression doit être justifiée et mesurée.

Mais, si le droit pénal apporte sa force de coercition aux matières qu'il est censé défendre, il appartient à ces dernières de lui désigner les obligations à protéger.

¹³⁵⁴ - B. BOULOC, *La liberté et le droit pénal*, op. cit., p. 394.

¹³⁵⁵ - B. BOULOC, *Faut-il réformer le droit pénal des sociétés?*, Rev. sociétés 2000, p. 138.

¹³⁵⁶ - J. LEAUTÉ, *Droit pénal et démocratie*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueil d'études en hommage à M. ANCEL, t. 2, Pédone 1975, p. 153.

Chapitre II

Les critères propres au droit pénal des affaires

342- Si le droit pénal apporte son concours répressif au droit des affaires, il revient à ce dernier de lui indiquer les points d'application de la répression pénale, c'est-à-dire, les valeurs à protéger. Aussi, convient-il, pour sanctionner le dirigeant, de retenir, le critère des atteintes aux droits fondamentaux des salariés en droit pénal du travail (Section I), le critère des atteintes à l'intégrité du consentement du consommateur en droit pénal de la consommation (Section II) et celui de l'intérêt protégé en droit des sociétés (Section III). De même, dans un contexte de moralisation de la vie publique, l'on examinera l'émergence d'un nouveau critère relatif à l'encadrement de la rémunération des dirigeants (Section IV)¹³⁵⁷.

SECTION I : LE CRITÈRE RELATIF AUX DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX DU SALARIÉ EN DROIT PÉNAL DU TRAVAIL

343- Il est largement admis que le droit du travail a un caractère impératif et pour certains « tout le droit du travail est d'ordre public.¹³⁵⁸ » Ce caractère impératif se trouve d'ailleurs renforcé par certaines sanctions civiles restitutives - les nullités - et surtout par un ensemble particulièrement

¹³⁵⁷ - Le choix du droit pénal du travail, du droit pénal de la consommation et du droit pénal des sociétés procède de la nécessité d'étudier les critères de la répression en droit pénal des affaires en partant de ses composantes les plus classiques.

¹³⁵⁸ - A. JEAMMAUD, « *La notion d'effectivité en droit* », deuxième journée d'échange sur l'évolution des pratiques professionnelles de l'Inspection du travail, Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, Marcy-l'Étoile, 29 et 30 novembre 2001.

impressionnant de sanctions pénales. À cet égard, il est remarquable que « la législation sociale [...] est presque toute entière assortie de sanctions pénales. L'on dénombre ainsi dans le Code du travail - sans compter les nombreuses dispositions non codifiées - un peu plus de cent-cinquante articles d'incrimination figurant à la fin de chacun de ses neuf livres et à peu près également répartis entre les délits et les contraventions. Ces articles d'incrimination recouvrent en fait un nombre incalculable d'infractions. Dans ces conditions, l'on peut légitimement se demander si cette inflation de dispositions pénales, mélangeant aussi bien l'essentiel que l'accessoire, n'est pas, dans une certaine mesure, de nature à affaiblir le droit du travail, voire à le priver quelque peu de sens, alors qu'en principe, « le droit répressif correspond à ce qui est le cœur, le centre de la conscience commune. »

Or, malgré l'omniprésence de la sanction pénale, il est malheureusement établi que le droit du travail, est un droit peu effectif. Au-delà de l'inflation de textes et de leur complexité juridique et technique sans cesse croissante, l'une des explications qui peut, sans doute, être avancée réside dans le fait que les mesures prévues pour assurer son application sont parfois inadaptées, soit en raison de la faiblesse des sanctions à l'égard du dirigeant, soit en raison de leur timide application par le juge à l'égard de ce dernier, soit enfin en raison de l'insuffisance des moyens dont dispose l'Inspection du travail, laquelle se montre d'ailleurs généralement assez peu répressive. Une certaine inadéquation de la répression pénale en droit du travail tient aussi au fait qu'elle a pour vocation principale de punir l'auteur de la violation de la règle de droit, alors que, tant s'en faut, le respect de cette règle n'est généralement pas assuré par la simple application mécanique de la contrainte et de la crainte que la sanction pénale est censée exercer. Dès lors, il est permis de s'interroger sur la pertinence sociale de cette furie répressive.

Pour tenter de faire évoluer cette situation dans le sens d'une plus grande effectivité du droit du travail, il convient de redéfinir les critères devant présider au recours à la sanction pénale en droit du travail (I), d'une part, et d'envisager un développement maîtrisé de la sanction administrative (II), d'autre part.

I- UN RECENTRAGE DE LA SANCTION PÉNALE SUR LES ATTEINTES AUX DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX DU SALARIÉ

344- Réserver la sanction pénale aux seules atteintes aux droits fondamentaux des salariés (A) impose parallèlement une mise en cohérence de cette catégorie de sanctions (B)

A- Les atteintes aux droits fondamentaux du salarié

345- Une approche plus réaliste de la sanction pénale consistant à la réserver aux atteintes les plus graves et les plus inacceptables à des droits fondamentaux des salariés, permettrait sans doute de garantir plus efficacement l'effectivité du droit du travail. Que l'on ne se méprenne pas sur le sens de cette orientation : il n'est nullement question de s'engager dans la voie d'une dépénalisation effrénée du droit du travail. En effet, le caractère déshonorant et infamant de la condamnation pénale trouve sa juste place en droit du travail, mais encore faut-il que l'employeur coupable d'une violation ait conscience d'être un délinquant à part entière au même titre que tout délinquant de droit commun. À cet égard, l'exemplarité du procès pénal est incontestablement de nature à permettre une telle prise de conscience mais à la condition qu'il s'agisse d'infractions suffisamment graves. Il s'agit donc davantage de recentrer la sanction pénale sur ce qui est essentiel au droit du travail.

Sur ce point, la plupart des acteurs sociaux et l'Inspection du travail elle-même dans sa grande majorité s'accordent aujourd'hui à penser qu'il est nécessaire de réserver la sanction pénale aux dispositions du Code du travail qui sont d'ordre public et sont relatives, d'une part, aux droits et libertés fondamentaux du salarié (1), et à l'intégrité physique de ce dernier (2), d'autre part.

1- La protection des droits et libertés fondamentaux du salarié

346- Les droits et libertés fondamentaux du salarié se trouvent protégés par des dispositions relatives au licenciement discriminatoire, au harcèlement moral et sexuel, à l'exercice du droit de grève, à l'exercice d'un mandat par un salarié protégé et par des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

347- Protection contre le licenciement discriminatoire. L'article L. 1132-1 du Code du travail interdit tout licenciement d'un salarié « *en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme...* ».

L'article 1132-3 ajoute qu'aucun salarié ne peut être licencié « *pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.* »

Interprétant ces dispositions, la Cour de cassation a jugé que si l'article L. 1132-1 interdit tout licenciement prononcé en raison de la situation de famille du salarié, ce texte « ne distingue pas selon le lien matrimonial ou le lien familial. Il s'ensuit qu'une cour d'appel décide exactement que ce texte interdit le licenciement d'un salarié reposant sur le lien de filiation l'unissant à un autre salarié de l'entreprise¹³⁵⁹.

En revanche, la Cour a considéré que les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail ne sont pas applicables lorsque le licenciement a été prononcé à raison du trouble objectif causé, selon l'employeur, par le comportement du salarié¹³⁶⁰. En l'espèce, l'employeur avait licencié une salariée au motif que le comportement de son conjoint, étranger à l'entreprise, entraînait des conséquences dommageables pour cette dernière.

De même, « s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public.¹³⁶¹ »

Dans cette affaire, un salarié avait été embauché en qualité de boucher. Deux ans après son affectation au rayon boucherie, « il s'est avisé qu'il était en contact avec de la viande de porc et, estimant que cette situation n'était pas compatible avec sa confession musulmane, il a demandé à son employeur de le muter dans un autre service ». Face au refus exprimé par son employeur, le salarié avait pris acte de la rupture de son contrat de travail en invoquant un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale a également jugé que lorsqu'un salarié tient publiquement des propos offensants et injurieux à l'encontre de plusieurs chefs d'États, son licenciement pour faute grave motivé par un manquement à son obligation de réserve se trouve justifié. L'intéressé ne saurait prétendre, en pareil cas, avoir été licencié en raison de ses opinions politiques¹³⁶².

Pour rapporter la preuve du motif discriminatoire de son licenciement, le salarié doit, conformément aux dispositions de l'article 1134-1, simplement présenter « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

Si la charge de la preuve pèse pour l'essentiel sur l'employeur, la Cour de cassation considère néanmoins que la simple allégation par le salarié de ce que son licenciement aurait pour cause son activité syndicale ne saurait justifier son annulation sur le fondement de l'article L. 1132-1 du Code

¹³⁵⁹ - Cass. soc. 1er juin 1999, Bull. civ. V, n° 249, JCP, éd. E, 1999, p. 1929, note M. MINÉ.

¹³⁶⁰ - Cass. soc. 14 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 369.

¹³⁶¹ - Cass. soc. 24 mars 1998, Dr. soc. 1998.614, obs. J. SAVATIER, Bull. civ. V, n° 171.

¹³⁶² - Cass. soc. 6 octobre 1993, n° 91-45.053, M. Ghoneim c/ Syrian Arab Airlines, O. DE TISSOT, *La liberté d'expression des opinions politiques d'un salarié*, Dr. soc. 1994.353.

du travail¹³⁶³.

348- Protection contre le travail dissimulé (Loi MACRON¹³⁶⁴). Inévitablement, l'articulation entre la répression administrative - souhaitée car estimée plus efficace - et la répression pénale - omniprésente dans la lutte engagée contre le travail illégal - se pose au risque de rendre particulièrement complexe la compréhension de la portée de la sanction administrative à l'égard de la sanction pénale. C'est là une question que la loi « Macron » a volontairement délaissé pour privilégier l'efficacité de la sanction administrative sur la sanction pénale. En témoignent les modifications apportées à la mesure de fermeture qui peut, à la fois, être administrative et judiciaire. Ainsi, antérieurement à la loi « Macron », l'article L. 8272-2 du code du travail, issu de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, avait conféré à l'autorité administrative le pouvoir d'ordonner la fermeture provisoire de l'établissement ayant servi à commettre l'une des infractions prévues aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1 du code du travail, à savoir les délits de travail dissimulé, de marchandage, de prêt illicite de main-d'œuvre et d'emploi d'étranger sans titre de travail. Déjà modifié par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, l'article L. 8272-2 du code du travail a, de nouveau, été modifié par la loi du 6 août dernier.

Désormais, il résulte dudit article que « la mesure de fermeture temporaire est levée de plein droit en cas de décision de relaxe ou de non-lieu. Lorsqu'une fermeture administrative temporaire a été décidée par l'autorité administrative avant un jugement pénal, sa durée s'impute sur la durée de la peine complémentaire de fermeture mentionnée au 4° de l'article 131-39 du code pénal, pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, prononcée, le cas échéant, par la juridiction pénale.

349- Protection contre le harcèlement moral et sexuel. La protection contre le harcèlement moral est inscrite aux articles L. 1152-1 et suivants du Code du travail.

Aux termes de l'article L. 1152-2, aucun salarié ne peut être licencié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. Le dernier alinéa précise, quant à lui, que toute rupture du contrat de travail qui en résulterait est nulle de plein.

Des dispositions similaires sont prévues en matière de harcèlement sexuel par l'article L. 1153-1 du Code du travail. En application de ce texte, aucun salarié ne peut être licencié « pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ». En outre, aucun salarié ne peut être licencié pour avoir témoigné de ces agissements ou les avoir relatés.

Cette nouvelle rédaction issue de la loi du 17 janvier 2002, a élargi la définition du harcèlement sexuel, mettant fin à la désignation restrictive des personnes susceptibles de s'y livrer. Dans son ancienne version, datant de la loi du 2 novembre 1992, cet article disposait qu'aucun « salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ». En d'autres termes, le harcèlement sexuel reposait sur un abus d'autorité. Il supposait qu'une personne utilise sa position hiérarchique pour obtenir des faveurs sexuelles, en procédant par exemple à un chantage à l'emploi ou à la promotion¹³⁶⁵.

Cette condition ayant disparu, un tel comportement peut être caractérisé entre deux collègues de

¹³⁶³- Cass. soc. 3 avril 2002, n° 00-42.583, Mateo c/ Barral, RJS 6/2002, n° 697.

¹³⁶⁴- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹³⁶⁵- M. MINÉ et F. SARAMITO, *Le harcèlement sexuel*, Dr. ouvrier 1997.48.

travail situés au même rang hiérarchique, voire même entre un subalterne au comportement trop pressant et son supérieur hiérarchique.

Pour faciliter la preuve de l'existence d'un harcèlement, qu'il soit de nature morale ou sexuelle, le législateur avait initialement prévu, comme en matière de discrimination, que le salarié « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

Ce régime probatoire particulièrement favorable au salarié est issu de la directive communautaire n° 97/80 du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve en matière de discrimination sexuelle. Si le législateur français est ainsi en conformité avec le droit communautaire, le juge national chargé d'appliquer ces dispositions doit prendre en compte les réserves d'interprétation émises en la matière par le Conseil constitutionnel¹³⁶⁶. En effet, dans sa décision du 12 janvier 2002, la Haute juridiction a estimé que « *les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard [...] procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail ; qu'ainsi, la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée, [...] par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige ; que, sous ces strictes réserves d'interprétation, les articles 158 et 169 ne méconnaissent pas le principe constitutionnel du respect des droits de la défense.*¹³⁶⁷ »

Souhaitant sans doute prendre en compte les réserves émises par le Conseil constitutionnel, le législateur a modifié, par la loi du 3 janvier 2003, la version originelle de l'article L. 1154-1. Ce texte impose désormais au salarié d'établir « *des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement* ». Au-delà d'une formulation différente, il n'est pas certain que le nouveau texte se montre plus exigeant à l'égard du demandeur.

350- La protection du droit de grève. Droit à valeur constitutionnelle, l'exercice du droit de grève fait l'objet de toutes les attentions du législateur. L'article L. 2511-1 du Code du travail énonce en effet que « *la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde imputable au salarié.* » Le troisième alinéa prévoit quant à lui que tout licenciement prononcé en violation de cette règle « est nul de plein droit. » En outre, l'article L. 1132-1 dispose qu'aucun salarié ne peut être licencié « en raison de l'exercice normal du droit de grève. »

En application de ces textes, « *la nullité du licenciement d'un salarié gréviste n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève; elle s'étend à tout licenciement d'un salarié prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève à laquelle il participe et qui ne peut être qualifié de faute lourde.*¹³⁶⁸ » En l'espèce, le salarié gréviste, employé en qualité de sapeur-pompier, avait été licencié pour faute grave au motif qu'il avait introduit dans l'entreprise dans laquelle il était détaché, un autre salarié de son employeur qui devait participer à une réunion de négociation avec la direction de la société.

351- Protection de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé. Le licenciement de certains salariés est soumis à une procédure particulière en raison du statut protecteur dont ils bénéficient. Cette protection concerne notamment les titulaires de mandats électifs dans l'entreprise (délégués du personnel, membres du CE et du CHSCT), les représentants des organisations syndicales dans

¹³⁶⁶. Cons. const. n° 2001-455 du 12 janvier 2002.

¹³⁶⁷. Ibid.

¹³⁶⁸. Cass. soc. 22 janvier 1992, Bull. civ. V, n° 19.

l'entreprise (délégués syndicaux, représentants syndicaux au CE), les conseillers prud'homaux ainsi que les conseillers des salariés. La violation de ce statut protecteur ou l'annulation de l'autorisation de licenciement accordée par l'inspecteur du travail entraîne la nullité du licenciement de l'intéressé. À titre d'exemple, l'annulation d'une candidature à une fonction représentative du personnel n'a pas d'effet sur le statut protecteur, la perte de la qualité de salarié protégé intervenant à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé. Il en résulte que le licenciement intervenu sans autorisation administrative avant la décision d'annulation de la candidature, est prononcé en violation du statut protecteur et que le salarié a droit, outre la réparation du préjudice consécutif à celui-ci, à la réparation du préjudice né du licenciement nul¹³⁶⁹.

En revanche, n'est pas nul le licenciement d'un salarié dont l'autorisation administrative donnée au licenciement a été annulée au motif qu'il n'avait plus la qualité de salarié protégé quand cette autorisation a été accordée, ce dont il résultait que le licenciement n'avait pas à être soumis à autorisation¹³⁷⁰.

352- L'apport de la loi MACRON à la réforme du délit d'entrave. De la loi dite « Macron », a résulté la réforme des délits d'entrave, réforme bien timide puisque les textes nouveaux se contentent de distinguer en deux alinéas l'atteinte, d'une part, à la désignation des représentants punie d'un emprisonnement identique tandis que la peine d'amende est doublée et l'atteinte, d'autre part, à l'exercice régulier des fonctions desdits représentants punie uniquement d'une peine d'amende dont le montant est doublé¹³⁷¹. La peine d'emprisonnement ayant été supprimée dans le cas de l'atteinte au fonctionnement, l'on peut redouter que cette suppression soit appréhendée comme une méconnaissance d'un des droits et libertés fondamentaux du salarié.

353- Égalité professionnelle entre hommes et femmes. Conformément aux dispositions de l'article L. 1146-1 du Code du travail, « est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce dernier ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent code relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice.¹³⁷² »

2- Protection de l'intégrité physique du salarié

354- Les dispositions relatives à la protection de l'intégrité physique du salarié intéressent le salarié victime d'un accident ou d'une maladie de droit commun, le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et la salariée en état de grossesse.

355- Protection du salarié victime d'un accident ou d'une maladie de droit commun. Sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail, l'article L. 1132-1 interdit tout licenciement d'un salarié « en raison de son état de santé ou de son handicap ».

En application de ce principe, en l'absence de constatation par le médecin du travail de l'inaptitude du salarié à reprendre l'emploi précédemment occupé ou tout emploi dans l'entreprise, le licenciement prononcé au seul motif d'un classement en invalidité de la deuxième catégorie est nul¹³⁷³.

Par ailleurs, « s'il est exact que la visite de reprise met fin à la suspension du contrat de travail,

¹³⁶⁹ - Cass. soc. 28 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 396.

¹³⁷⁰ - Cass. soc. 10 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 435.

¹³⁷¹ - Cf. article 262 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13537. Les anciens textes étaient porteurs d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 €.

¹³⁷² - Cass. soc. 28 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 395 ; A. SUPIOT, *La protection du droit d'agir en justice*, Dr. soc. 1985.774.

¹³⁷³ - Cass. soc. 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 88 ; 13 janvier 1998, *ibid.* V, n° 9.

l'employeur ne peut néanmoins envisager de rompre le contrat de travail du salarié déclaré inapte à son poste de travail en raison de l'impossibilité de le reclasser que si l'inaptitude a été constatée conformément aux dispositions de l'article R. 4624-31 du Code du travail qui prévoit que, sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail présente un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude du salarié au poste de travail qu'après une étude de ce poste et des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines. Le licenciement prononcé en méconnaissance de ces dispositions est nul en application de l'article L. 1132-1 du Code du travail.¹³⁷⁴ »

En outre, il appartient à l'employeur, lorsque l'inaptitude n'a pas été constatée dans les conditions prévues à l'article R. 4624-31 du code du travail, de faire subir au salarié, dans le délai de quinze jours, le second examen médical prévu par ce texte. Le licenciement prononcé en contravention de ces dispositions est nul.¹³⁷⁵ »

Il importe enfin de rappeler que les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail n'interdisent pas à l'employeur de procéder au licenciement du salarié, non en raison de son état de santé, mais en raison du trouble que son absence prolongée ou ses absences répétées apportent au bon fonctionnement de l'entreprise et de la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif.

356- Protection du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Comme son nom l'indique, l'accident du travail ou la maladie professionnelle trouve son origine dans l'exercice d'une activité professionnelle. Par conséquent, il est normal que l'entreprise en assume les conséquences. À ce titre, l'exécution du contrat de travail du salarié victime d'un accident ou d'une maladie de cette nature est suspendue pendant toute la durée de l'arrêt de travail ou de la maladie ainsi que, le cas échéant, pendant le délai d'attente et la durée du stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle que doit suivre le salarié¹³⁷⁶.

Au cours de ces périodes de suspension, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie « soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat.¹³⁷⁷ » Le dernier alinéa de ce texte énonce que « toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions du présent article est nulle. » Le dernier alinéa de ce texte énonce que « toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions du présent article est nulle ».

La suspension de l'exécution du contrat de travail dure jusqu'à la visite médicale de reprise. Elle ne peut prendre fin tant que cette visite obligatoire n'a pas été effectuée, peu important que l'arrêt de travail médicalement prescrit soit arrivé à son terme¹³⁷⁸ ou que la Sécurité sociale ait cessé de prendre en charge le salarié au titre des accidents du travail¹³⁷⁹.

Par conséquent, si, à la suite d'un accident du travail, le salarié reprend son activité sans avoir été soumis à la visite médicale prévue aux trois premiers alinéas de l'article R. 4624-31 du Code du travail, son licenciement est nul pour avoir été nécessairement prononcé au cours de la période de suspension de son contrat de travail¹³⁸⁰.

En l'absence d'une faute grave du salarié ou de l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident, la protection dont bénéficie le salarié dans son emploi pendant la période de suspension, interdit à l'employeur de poursuivre une procédure de licenciement qui aurait été engagée antérieurement à l'arrêt de travail¹³⁸¹. Tel est le cas par exemple,

¹³⁷⁴ - Cass. soc. 16 février 1999, Bull. civ. V, n° 76.

¹³⁷⁵ - Cass. soc. 16 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 393.

¹³⁷⁶ - Article L. 122-32-1 Code du travail.

¹³⁷⁷ - Article L.122-32-2 Code du travail.

¹³⁷⁸ - Cass. soc. 22 mars 1989, Bull. civ. V, n° 235.

¹³⁷⁹ - Cass. soc. 15 février 1995, n° 91-40.923, Mme Lacombe c/ Ducros et fils.

¹³⁸⁰ - Cass. soc. 10 novembre 1998, Bull. civ. V, n° 481.

¹³⁸¹ - Cass. soc. 10 mai 1995, Bull. civ. V, n° 150.

lorsque l'accident a eu lieu après l'entretien préalable¹³⁸².

En revanche, le licenciement notifié après la période de suspension ne peut être annulé au motif que la procédure a été engagée pendant cette période de suspension¹³⁸³.

357- Protection de la salariée en état de grossesse. Aux termes de l'article L. 1225-4 du Code du travail, « *aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit en application de l'article L. 1132-1 du même code, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes* », sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse.

En application de ce principe, lorsque les juges du fond constatent que la lettre de licenciement ne mentionne pas l'un des motifs exigés par l'article L. 1225-4 du code du travail, ils doivent prononcer la nullité du licenciement¹³⁸⁴.

De même, en l'absence de faute grave, est nul le licenciement d'une salariée qui intervient trois jours après la fin de son congé maternité, l'intéressée bénéficiant d'une période de protection de quatre semaines à l'issue de cette période¹³⁸⁵.

Afin de bénéficier de ces dispositions protectrices, la salariée doit remettre à l'employeur un certificat médical attestant de son état de grossesse et de la date présumée de l'accouchement. Ce certificat médical doit être remis à l'employeur contre récépissé ou envoyé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Toutefois, l'accomplissement de ces formalités n'est pas une condition du bénéfice de la protection contre le licenciement, mais un moyen de preuve de l'état de grossesse de la salariée. C'est pourquoi, la salariée qui aurait omis d'envoyer à son employeur son certificat médical peut bénéficier de la protection contre le licenciement si elle parvient à prouver que l'employeur a eu connaissance de son état de grossesse. À titre d'exemple, « la remise ou l'envoi par la salariée [...] d'un certificat médical attestant son état de grossesse et la date présumée de son accouchement ne constitue pas une formalité substantielle et [...] pour que la salariée bénéficie de la protection légale, il suffit en fait que l'employeur ait été informé de son état de grossesse ». En l'espèce, l'employeur avait eu connaissance de l'état de grossesse par la production d'un avis de prolongation d'arrêt de travail portant la mention « repos supplémentaire maternité.¹³⁸⁶ »

L'alinéa 2 de l'article L. 1225-4 du Code du travail dispose par ailleurs, que, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail, « *le licenciement d'une salariée est annulé si, dans un délai de quinze jours à compter de la notification, l'intéressé envoie à son employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit un certificat médical justifiant qu'elle est en état de grossesse, soit une attestation justifiant l'arrivée à son foyer dans un délai de quinze jours, d'un enfant placé en vue de son adoption.* » En pareil cas, l'annulation du licenciement est destinée à priver d'effet la décision de l'employeur qui ignorait l'état de grossesse de la salariée ou l'arrivée d'un enfant en vue de son adoption. Cette mesure n'étant pas la sanction de la violation, par l'employeur, des dispositions relatives à la protection de la maternité, ce dernier n'encourt pas les sanctions civiles prévues à l'article L. 1225-72 du Code du travail et les sanctions pénales de l'article R. 1227-6 du même code.

En revanche, si, informé dans les quinze jours suivant la notification, l'employeur maintient sa décision de licencier la salariée, il méconnaît l'interdiction qui lui est faite de licencier une salariée en état de grossesse médicalement constaté. Il s'expose alors aux sanctions encourues au titre de la nullité du licenciement.

Pendant toute la durée du congé maternité ou d'adoption, la salariée bénéficie d'une protection absolue contre le licenciement. Cela signifie que l'employeur ne peut notifier ou « signifier » la

¹³⁸² - Cass. soc. 8 octobre 1991, Bull. civ. V, n° 398, D. 1991, IR 241.

¹³⁸³ - Cass. soc. 17 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 14.

¹³⁸⁴ - Cass. soc. 24 octobre 2000, Bull. civ. V, n° 343.

¹³⁸⁵ - Cass. soc. 9 octobre 2001, Bull. civ. V, n° 314.

¹³⁸⁶ - Cass. soc. 3 juin 1997, n° 94-40.841, Société TS Endurance c/ Mme Tubek.

décision de licencier pendant cette période. De même, la rupture du contrat ne peut prendre effet pendant la durée du congé. Lorsqu'un licenciement a été notifié avant le départ de la salariée en congé de maternité ou d'adoption, la date de rupture du contrat de travail est reportée jusqu'à la reprise du travail de l'intéressée¹³⁸⁷.

En application de cette règle, tout licenciement notifié ou qui prend effet pendant le congé maternité ou d'adoption est nul de plein droit. Cette interdiction ne supporte aucune exception. Par conséquent, l'employeur ne peut prononcer le licenciement pendant cette période en se fondant sur une faute grave de la salariée ou sur l'impossibilité de maintenir le contrat. Il devra attendre l'expiration de la période de protection pour notifier le licenciement. Ce principe ne lui interdit pas cependant, d'engager la procédure de licenciement au cours de cette période.

À ces droits et libertés fondamentaux énumérés qui sont les principaux, l'on peut rajouter le respect des garanties de salaire minimum, de paiement du salaire et de ses accessoires, des durées maximales de travail et des règles relatives au repos et aux congés, ainsi que l'interdiction du travail des jeunes et des apprentis, de toutes formes de travail précaire, du trafic de main-d'œuvre et du travail dissimulé.

L'ensemble de ces droits et libertés fondamentaux nous semblent constituer les principaux critères devant être pénalement protégés. Eu égard au degré de gravité que revêtent nécessairement les atteintes aux critères ainsi définis, les manquements du dirigeant devraient tout naturellement conduire à l'application de sanctions pénales.

B- La mise en cohérence des sanctions pénales

358- Si, ainsi qu'il vient d'être dit, la sanction pénale à l'égard du dirigeant devait être réservée aux atteintes les plus graves, ce recentrage impliquerait de procéder à une mise en cohérence de cette catégorie de sanctions dans le Code du travail (1), ainsi qu'au regard des dispositions dans le Code pénal (2).

1- La mise en cohérence des sanctions pénales dans le Code du travail

359- Le recentrage des sanctions pénales à l'égard de l'employeur sur les atteintes aux droits fondamentaux des salariés imposerait nécessairement de reconsidérer la place occupée par les contraventions dans le Code du travail. Dans cette perspective, l'application des critères ci-dessus définis devrait conduire à une double orientation : d'une part, le champ d'application des contraventions pourrait être progressivement réduit (a); d'autre part, il devrait être, inversement, procédé à la correctionnalisation de certaines contraventions existantes (b).

a- Une réduction du champ d'application des contraventions

360- Dans un premier temps, cette réduction progressive du champ d'application des contraventions devrait concerner celles des deuxième, troisième, et quatrième classes¹³⁸⁸ censées réprimer des infractions relativement mineures.

Ces contraventions pourraient faire l'objet d'une transformation en amendes administratives, selon les modalités ci-dessous envisagées.

Dans un second temps, et à la condition que l'expérimentation du système de l'amende administrative appliqué aux contraventions de la deuxième à la quatrième classes ait fait preuve de son efficacité, il serait alors possible d'envisager la transformation des contraventions de la cinquième classe en amendes administratives.

Enfin, une telle réforme des sanctions pénales offrirait l'opportunité de procéder à une suppression de celles d'entre elles qui sont manifestement devenues inutiles car visant à réprimer la violation de

¹³⁸⁷- Article L. 122-27 Code du travail.

¹³⁸⁸- Le Code du travail ne comporte pas de contravention de première classe.

dispositions législatives ou réglementaires obsolètes, à l'exemple de la contravention de cinquième classe prévue par l'article R. 1227-6 du Code du travail, en tant qu'elle réprime notamment les infractions aux dispositions des articles L. 1225-29 à 1225-33 dudit code relatives, respectivement, aux « *conditions auxquelles doit satisfaire le local où la mère sera admise à allaiter son enfant* » et à la mise en demeure aux « *chefs d'établissement occupant plus de cent femmes de plus de quinze ans [...] d'installer dans leurs établissements ou à proximité, des chambres d'allaitement* ».

b- Une correctionnalisation de certaines contraventions

361- Certaines infractions, actuellement punies de peines contraventionnelles, portent manifestement atteinte aux critères fondamentaux précédemment définis. Il en est ainsi, par exemple, des infractions prévues en matière d'apprentissage par les articles R. 6226-1 à R. 6226-10 du Code du travail punies des peines de contravention de quatrième et cinquième classes, des infractions relatives au travail de nuit des jeunes travailleurs (article L. 3163-2 du Code du travail), l'article R. 1321-2 ne sanctionnant la violation des interdictions que de la peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe, ou encore des infractions en matière de paiement de salaire - lesquelles recouvrent notamment le défaut de paiement de salaire - prévues par l'article R. 3246-1 et seulement punies de l'amende prévue pour les contraventions de troisième classe (450 € au plus). Pour être en parfaite cohérence avec le système proposé, de telles infractions commises par l'employeur devraient faire l'objet d'une correctionnalisation.

2- Une mise en cohérence avec les dispositions du Code pénal

362- La mise en cohérence des sanctions pénales prévues par le Code du travail, telles que reconfigurées selon les principes ci-dessus définis, avec les dispositions du nouveau Code pénal nécessiterait d'envisager, d'une part, une revalorisation du quantum de certaines peines délictuelles (a) et, d'autre part, un élargissement maîtrisé de la responsabilité pénale des personnes morales (b).

a- Une revalorisation de certaines peines délictuelles

363- Il y a lieu d'observer que les dispositions répressives du Code du travail, en matière délictuelle, prévoient, pour la plupart, des peines d'amendes dont le quantum dépasse rarement 3 750 € et, en cas de récidive, 7 500 €. Ce quantum des peines apparaît particulièrement faible au regard de celui désormais prévu par le nouveau Code pénal. L'on relève, en effet, que les peines prévues en matière correctionnelle par le Code pénal débutent, pour les plus faibles d'entre elles, à six mois d'emprisonnement et à 7 500 € d'amende. Si le quantum des peines prévues par le Code du travail est inférieur à celui des peines prévues par le Code pénal, c'est que la majeure partie des textes codifiés sont antérieurs au nouveau Code pénal. Néanmoins, le quantum de la peine d'amende délictuelle fixé à 3 750 € dans le Code du travail n'est pas étranger au nouveau Code pénal puisque la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, dite loi d'adaptation, a, dans son article 30, inséré dans le Code de procédure pénale un article 381 relatif à la compétence du tribunal correctionnel et dont le second alinéa dispose que « *sont des délits les infractions que la loi punit d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende supérieure ou égale à 3 750 €* ». Cette même loi d'adaptation a, dans son article 329, tiré toutes les conséquences de ce nouveau seuil en relevant à 3 750 € le montant des amendes prévues par tous les textes et codes - dont le Code du travail - autres que le Code pénal. Seuls donc les nouveaux délits institués postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal tendent à s'aligner sur les peines prévues par ce dernier¹³⁸⁹.

L'inconvénient de la faiblesse du quantum des peines est qu'elle introduit, inconsciemment mais inévitablement, dans l'esprit des magistrats, tant du parquet que du siège, l'idée que les infractions commises par le dirigeant en droit du travail présentent un caractère de gravité bien moindre que celles prévues et réprimées par le Code pénal. Aussi le juge peut-il être enclin, dans l'exercice de

¹³⁸⁹- V. par ex. l'article L. 8224-1 du Code du travail réprimant le travail dissimulé.

son pouvoir de personnalisation des peines, à prononcer des peines d'amendes d'un montant extrêmement faible dès lors que, l'article d'incrimination ne prévoyant qu'un faible quantum, l'infraction commise par l'employeur ne présente nécessairement qu'un trouble minime à l'ordre public social. Nul doute qu'une telle faiblesse du quantum des peines contribue à un affaiblissement du droit du travail et, par voie de conséquence, des sanctions pénales susceptibles d'être prononcées à l'égard du dirigeant indélicat.

La revalorisation du quantum des peines délictuelles prévues par le Code du travail répondrait donc à la nécessité d'harmoniser celles-ci avec les peines prévues par le Code pénal et de faire en sorte que les délits en droit du travail ne finissent par apparaître, au fil du temps, et par comparaison à ceux envisagés par le Code pénal, comme des infractions mineures. L'écart serait encore plus flagrant et deviendrait inacceptable si, comme il est proposé plus haut, il devait être procédé à un recentrage de la sanction pénale sur les atteintes aux droits fondamentaux des salariés, le quantum de la peine n'étant plus alors en cohérence avec le critère de gravité des violations.

Cette revalorisation du quantum des peines d'amende et d'emprisonnement, et par voie de conséquence des peines de récidive, ne saurait être inférieure à un an d'emprisonnement et à 7 500 € d'amende.

b- Une responsabilité pénale accrue des personnes morales

364- Suite à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, l'article 121-2 du Code pénal pose désormais, en son premier alinéa, le principe selon lequel les personnes morales sont responsables des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Son troisième alinéa, résultant de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, précise 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* ».

En vertu des dispositions de cet article, il est donc parfaitement possible d'envisager une implication pénale accrue des personnes morales pour les infractions commises en droit du travail pour son compte par ses organes ou représentants, la répression de ces dernières visant généralement davantage le dirigeant que la personne morale.

Il n'est pas indifférent d'observer que, s'agissant des peines correctionnelles encourues par les personnes morales, l'article 131-37 du Code pénal dispose qu'il s'agit de l'amende et, dans les cas expressément prévus par la loi, des peines énumérées par l'article 131-39. Or, selon l'article 131-38, « le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction ». À cet égard, il ne fait guère de doute que le taux de l'amende applicable aux personnes morales semble plus dissuasif que celui applicable aux dirigeants et, pour certaines infractions présentant un caractère économique, il peut s'avérer particulièrement adapté à la nature de l'infraction commise. Par ailleurs, l'article 131-39 du Code pénal prévoit un ensemble de peines, autres que l'amende, qui peuvent se révéler particulièrement dissuasives pour une entreprise (dissolution, interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, affichage ou diffusion de la décision prononcée, etc.)

Il convient donc de veiller davantage à l'effectivité de ces dispositions – s'agissant notamment du cumul des responsabilités – et d'inciter les juridictions répressives à y recourir de manière plus accrue, notamment lorsque l'infraction commise par le dirigeant porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié, la responsabilité pénale de la personne morale n'excluant pas celle des dirigeants dans les conditions prévues à l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal. S'agissant des délits non intentionnellement commis par le dirigeant, la chambre criminelle a posé le principe selon lequel « il résulte des articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal, tant dans leur rédaction

antérieure à la loi du 10 juillet 2000 que dans celle issue de cette loi, que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité 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 ». Elle en a déduit que ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui, dans des poursuites contre une société pour blessures involontaires causées à l'un de ses salariés, prononce la relaxe de la personne morale, « après avoir relevé des éléments de fait caractérisant un manque mentaux prescriptions de l'article 5 du décret du 8 janvier 1965, sans rechercher si, au-delà de la faute de négligence retenue à l'encontre du salarié définitivement condamné, ce manquement n'était pas dû pour partie à un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou, le cas échéant, à son délégataire en matière de sécurité et susceptible, nonobstant l'absence de faute délibérée ou caractérisée, d'engager la responsabilité pénale de la société¹³⁹⁰. En d'autres termes, en matière de délits non intentionnels, la circonstance que la responsabilité pénale des personnes physiques ne peut être retenue en l'absence d'une faute délibérée ou caractérisée ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité pénale de la personne morale puisse être néanmoins engagée. Ce glissement de la responsabilité pénale des personnes physiques vers les personnes morales devrait donc inciter à élargir le champ d'application de la mise en jeu de la responsabilité des personnes morales en droit du travail.

Cette responsabilité se justifie davantage lorsqu'il s'agit de sanctionner des délits intentionnellement commis par le dirigeant pour le compte de l'entreprise.

Il reste cependant que la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale ne doit en aucun cas aboutir à un affaiblissement ou à une dilution de la responsabilité pénale des personnes physiques, voire à une substitution de responsabilité.

Dans ce domaine, il convient donc de se garder de toute systématisation et c'est pourquoi la responsabilité pénale des personnes morales devrait être avant tout réservée aux infractions à forts enjeux économiques ou lorsque les pratiques illicites procèdent d'un « choix de stratégie » de l'entreprise¹³⁹¹.

II- UN DÉVELOPPEMENT MESURÉ DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE

365- Le Conseil d'État définit la sanction administrative comme « *une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique* » et qui « *inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements*¹³⁹². » La sanction administrative a donc une finalité répressive. Entrent ainsi dans cette catégorie les amendes administratives, dont le caractère punitif ne fait aucun doute, mais aussi d'autres mesures administratives présentant un caractère particulièrement contraignant telles que les injonctions et mises en demeure sous astreinte fixant un délai pour satisfaire aux obligations légales¹³⁹³, et les mesures d'interdiction.

Contrairement à bien d'autres pays, « la France n'a pas développé à l'excès les régimes de sanction administrative¹³⁹⁴ » - et ceci est particulièrement vrai endroit du travail - alors qu'il ne fait plus aucun doute aujourd'hui que cette voie mérite d'être renforcée puisque « *la sanction administrative a fait la preuve de son efficacité*¹³⁹⁵ » et qu'elle a été parfaitement légitimée tant par la Cour européenne des droits de l'Homme que par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, dès lors

¹³⁹⁰ - Cass. crim., 24 octobre 2000, *Bull. crim.*, n° 308, p. 913.

¹³⁹¹ - Cass. crim., 17 juin 2003, n° 02-84.224 (fausse sous-traitance).

¹³⁹² - « *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions* », Les études du Conseil d'État, pp. 35-36, *La Documentation Française*, 1995.

¹³⁹³ - H-M. CRUCIS, « *Santions administratives* », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 108-40, n° 56.

¹³⁹⁴ - J. QUASTANA, « *La sanction administrative est-elle encore une décision de l'Administration ?* », *AJDA*, « *Les sanctions administratives, actualité et perspectives* », n° spécial, octobre 2001, p. 146.

¹³⁹⁵ - R. DENOIX DE SAINT-MARC, vice-président du Conseil d'État, conclusion du colloque organisé les 2 et 3 avril 2001 par la Direction des libertés publiques du Ministère de l'Intérieur (*AJDA*, n° spécial, préc. *op. cit.* p. 150).

qu'elle est assortie de toutes les garanties protectrices pour le justiciable.

Il faut cependant raison garder et éviter autant l'écueil de l'instauration quasi systématique de sanctions pénales - comme c'est trop souvent le cas actuellement en droit du travail - que le développement effréné de sanctions administratives. La solution ne réside certainement pas davantage dans le « tout administratif » que dans le « tout pénal » et il apparaît donc plus judicieux de réaliser un juste équilibre entre les deux catégories de sanctions en instituant un système tout à la fois lisible, cohérent et crédible.

Ainsi, alors que la sanction pénale devrait être réservée, selon le système proposé plus haut à l'atteinte portée aux droits fondamentaux des salariés nécessitant une protection absolue de la société, la sanction administrative - entendue au sens le plus large comme englobant aussi bien la sanction-mesure punitive que la sanction-mesure coercitive - devrait, à l'inverse, être dévolue, d'une part, aux infractions mineures constituées par la violation d'obligations formelles, dès lorsqu'elles n'affectent en rien les droits fondamentaux des salariés, et, d'autre part, aux infractions impliquant une intervention immédiate de l'administration en vue de les faire cesser en raison du risque qu'elles font peser sur les travailleurs. Autrement dit, un développement mesuré de la sanction administrative pourrait être envisagé chaque fois que cette forme de sanction apparaît plus efficace que la sanction pénale, notamment au regard de la rapidité de sa mise en œuvre, et, surtout, chaque fois qu'elle est de nature à contraindre le dirigeant à mettre diligemment un terme à une situation irrégulière.

Dans cette perspective, deux orientations pourraient être retenues : d'une part, un développement progressif de l'amende administrative en remplacement de certaines contraventions (A), et l'instauration de sanctions administratives coercitives, d'autre part (B).

A- Le développement progressif de l'amende administrative

366- Si le système de l'amende administrative¹³⁹⁶ est désormais envisagé par la réforme de l'inspection du travail récemment adoptée par décret en 2014¹³⁹⁷ et entrée en vigueur en janvier 2015, il était totalement absent en droit du travail, alors qu'elle est largement pratiquée par des voisins européens, qu'il s'agisse par exemple de l'Allemagne, de l'Espagne, du Portugal ou de la Grèce.

Selon cette nouvelle réforme, le parquet, ainsi que la partie civile, conservent la possibilité d'exercer des poursuites à l'encontre des dirigeants responsables des manquements, même si le gouvernement, dans le cadre d'une ordonnance, devra rechercher comment conjuguer cette orientation avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel qui limite davantage la possibilité d'un cumul de poursuites administratives et judiciaires. De même, un nombre marginal de procès-verbaux donnent effectivement lieu à poursuites. Le procès en dépénalisation, largement répandu, contre cette réforme n'est donc pas fondé. L'on critique l'atteinte d'un symbole qui, en réalité, n'est pas touché, en préférant se priver d'un renforcement effectif de la capacité de sanctionner quand c'est nécessaire.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, le recentrage de la sanction pénale sur les atteintes aux droits fondamentaux des salariés pourrait conduire à une réduction progressive du champ des infractions actuellement punies de peines contraventionnelles et à leur remplacement par des amendes administratives. La mise en œuvre d'une telle réforme devrait nécessairement passer par une phase d'expérimentation de trois années maximum portant sur un nombre réduit d'infractions, parmi celles les plus fréquemment rencontrées, et à l'issue de laquelle il conviendrait d'évaluer l'impact de la mesure à partir de plusieurs critères portant sur le processus d'édition de l'amende, sur le volume du contentieux administratif qu'est susceptible de générer l'instauration d'un tel système, et, surtout, sur les résultats obtenus, l'objectif à atteindre étant la disparition de l'infraction.

¹³⁹⁶- V. par ex. les articles L. 227-3 et L. 227-4 du Code de l'aviation civile, L. 521-18 et L. 581-26 du Code de l'environnement et L. 331-7 du Code rural.

¹³⁹⁷- Décret n° 2014-359 du 20 mars 2014 relatif à l'organisation du système d'inspection du travail.

La transformation des contraventions en amendes administratives impose de préciser les modalités de fixation du montant de celles-ci (1), de déterminer l'autorité administrative habilitée à les infliger (2), de fixer les règles procédurales (3) et d'envisager les voies de recours ouvertes contre cette sanction (4).

1- Les modalités de fixation du montant des amendes

367- Le système de l'amende forfaitaire devrait être formellement écarté et il faudrait lui préférer celui de l'amende dont le montant est modulable dans la limite d'un plafond, plus conforme au principe de proportionnalité, c'est-à-dire à la nécessité « de proportionner la répression à la gravité du manquement », principe qui « doit pareillement recevoir application [...] pour l'une quelconque des sanctions pécuniaires¹³⁹⁸ », et au principe de l'individualisation ou de la personnalité des peines¹³⁹⁹. Selon la nouvelle réforme de l'inspection du travail, le montant de l'amende ne pourra excéder 2.000 € par infraction¹⁴⁰⁰.

Il est, en effet, indispensable que l'autorité administrative puisse disposer d'un pouvoir d'appréciation quant au montant de l'amende administrative à infliger au contrevenant en tenant compte de sa situation individuelle et des circonstances particulières de chaque espèce, et dans la limite du quantum maximum prévu par le texte.

Quant au quantum de l'amende administrative fixé par le texte, il devrait varier en fonction de la nature et de la gravité du manquement et il serait possible, sur ce point, d'adopter comme critère de choix la distinction actuelle faite selon la classe de la contravention en matière.

2- L'autorité administrative habilitée à infliger l'amende

368- Selon les jurisprudences européenne et nationale, l'application d'une sanction administrative relève de « l'accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

L'application de ce principe devrait nécessairement conduire à une séparation de la fonction de constatation de l'infraction, réservée aux inspecteurs et aux contrôleurs du travail, de la fonction de jugement (prononcé de l'amende administrative), laquelle devrait être confiée aux directeurs départementaux du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

L'autorité administrative indépendante prévue dans le cadre de la nouvelle réforme est la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) à qui échoit le prononcé de l'amende après constatation de l'infraction par un agent de constatation. Mais les employeurs aussi ont des droits au respect desquels l'autorité administrative devra veiller.

3- Les règles procédurales

369- La constatation de l'infraction étant faite par les agents de contrôle, conformément aux dispositions de l'article L. 8112-1 du Code du travail, le prononcé de la sanction par les directeurs départementaux ne devrait intervenir qu'au terme d'une procédure contradictoire garantissant le respect des droits de la défense et par une décision dûment motivée, à l'instar de ce qu'exige le Conseil d'État pour la pénalité prévue par l'article L. 323-8-6 du Code du travail en matière d'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, laquelle « a le caractère d'une sanction.¹⁴⁰¹ »

4- Les voies de recours

¹³⁹⁸- Cons. const. 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC - Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

¹³⁹⁹- CE. sect. 22 novembre 2000, *Société Crédit agricole Indosuez Chevreaux*, n° 207697.

¹⁴⁰⁰- V. Décret n° 2014-359 du 20 mars 2014, précité.

¹⁴⁰¹- CE. sect. 4 juin 1997, *Société Cap Ile-de-France*, Rec. p. 203.

370- Comme toute décision administrative, la décision infligeant la sanction pourrait faire l'objet des recours administratifs de droit commun, lesquels sont facultatifs, c'est-à-dire soit un recours gracieux devant le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, auteur de la décision, soit un recours hiérarchique devant le ministre chargé du Travail, l'exercice du pouvoir hiérarchique par le ministre sur les décisions prises par les autorités qui lui sont subordonnées étant un « principe général du droit public.¹⁴⁰² »

Par ailleurs, cette décision serait toujours susceptible d'un recours contentieux devant le tribunal administratif et, sur ce point, la voie du recours de pleine juridiction devrait être privilégiée, la Cour européenne des droits de l'Homme considérant que les sanctions administratives susceptibles d'être intégrées dans la matière pénale – ce qui est assurément le cas de l'amende administrative - doivent être soumises au contrôle d'un « organe judiciaire de pleine juridiction.¹⁴⁰³ » En effet, l'on sait que « lorsque le recours contre les sanctions administratives est qualifié par la loi de recours de pleine juridiction, le juge administratif a le pouvoir non seulement de contrôler l'adéquation de la sanction au manquement commis mais aussi de se substituer éventuellement à l'administration pour fixer la sanction adéquate¹⁴⁰⁴ ».

Enfin, conformément aux dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, la décision infligeant l'amende administrative pourrait toujours faire l'objet d'une demande de suspension de son exécution adressée au juge des référés du tribunal administratif.

B- La création de sanctions administratives coercitives

371- À côté des amendes administratives qui, comme les amendes pénales, ont un caractère répressif, il conviendrait d'instaurer d'autres sanctions administratives dont la finalité serait avant tout de contraindre les dirigeants contrevenants à se conformer à leurs obligations légales. Ainsi, pourraient être envisagés, d'une part, la création d'une mise en demeure sous astreinte (1) et, d'autre part, le développement de mesures d'arrêt ou d'interdiction temporaires (2).

1- La création d'une mise en demeure sous astreinte

372- Hors les cas des mises en demeure de caractère particulier, telles que celles imposant une vérification (article L. 4723-1 du Code du travail) ou prescrivant de faire procéder à des analyses de produits (article L. 4411-1), la très grande majorité des mises en demeure adressées par les inspecteurs et les contrôleurs du travail, notamment celles prévues par l'article L. 4721-4 du Code du travail en hygiène et sécurité, sont des mises en demeure de « mise en conformité », c'est-à-dire visant à contraindre les chefs d'établissement à se conformer à la réglementation. Ces mises en demeure sont souvent précédées de lettres d'observations, lesquelles résultent de la seule pratique professionnelle des agents de contrôle et qui sont généralement très nombreuses. Une mise en demeure est, en principe, plus contraignante que la lettre d'observations en raison de son caractère comminatoire et du risque encouru de sanction pénale puisque, si elle n'est pas suivie d'effets, l'agent de contrôle peut alors dresser procès-verbal des infractions qu'il a constatées et qui n'ont pas disparu.

Cependant, si la mise en demeure est contraignante, elle ne présente pas pour autant un caractère coercitif suffisamment affirmé.

Or, si selon le premier alinéa de l'article L. 8112-1 du Code du travail, « *les inspecteurs du travail sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des lois et règlements non codifiés relatifs au régime du travail, ainsi qu'à celles des conventions et accords collectifs de travail répondant aux conditions fixées au titre III du livre I dudit code* », encore faut-il qu'ils aient

¹⁴⁰²- CE. sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec. p. 413

¹⁴⁰³- CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c./ Belgique* ; 23 octobre 1995, *Gradinger c./ Autriche*.

¹⁴⁰⁴- F. MODERNE, « *Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens* », *RFDA*, janvier-février 1997, op. cit. p. 14.

à leur disposition des moyens adaptés à l'exercice de cette mission, c'est-à-dire suffisamment coercitifs pour obtenir des chefs d'établissement le respect desdites dispositions, sans avoir nécessairement à s'engager dans la voie de la répression en recourant au procès-verbal de constatation des infractions, conformément aux dispositions de l'article L. 8113-7 du même code.

À cet égard, l'instauration dans le Code du travail d'une mise en demeure de se conformer à la réglementation, de portée générale, c'est-à-dire visant l'ensemble des dispositions envisagées à l'article L. 8112-1 précité et assortie d'une astreinte journalière en cas d'inexécution des obligations dans le délai imparti dans la mise en demeure, pourrait constituer l'un des moyens de renforcer le pouvoir de coercition dont les inspecteurs et les contrôleurs du travail doivent nécessairement disposer pour mener à bien leur mission. Le recouvrement de l'astreinte serait assuré par les directeurs départementaux du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Si la mise en demeure sous astreinte n'est pas inconnue du droit français¹⁴⁰⁵, il est cependant totalement absent en droit du travail, contrairement à d'autres pays tels que l'Allemagne¹⁴⁰⁶.

Les mises en demeure et injonctions sous astreinte étant considérées comme des « sanctions administratives¹⁴⁰⁷ », l'instauration d'une telle mise en demeure devrait être assortie de toutes les garanties de procédure visant à assurer le respect des droits de la défense et du droit à un recours effectif selon les modalités ci-dessus envisagées pour les amendes administratives.

2- Le développement de mesures d'arrêt ou d'interdiction temporaires

373- L'efficacité de l'arrêt temporaire de travaux sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics, dit « arrêt de chantier », prévu par l'article L. 231-12, I, du Code du travail, n'est plus à démontrer. Cette décision administrative prise par les inspecteurs du travail et les contrôleurs du travail, par délégation de l'inspecteur dont ils relèvent et sous son autorité, permet de faire cesser des situations de danger grave et imminent résultant d'un défaut de protection contre les chutes de hauteur, contre les risques d'ensevelissement ou contre les risques d'inhalation de poussières d'amianté liés aux opérations de confinement ou de retrait d'amianté, la reprise d'activité n'étant possible qu'après retour à la conformité. L'on sait combien cette procédure est « mise en œuvre avec discernement¹⁴⁰⁸ » par les inspecteurs et les contrôleurs du travail, et il est important de souligner que, malgré le nombre relativement élevé de décisions prises chaque année, le contentieux est quasiment nul¹⁴⁰⁹; ce qui laisse à penser que la mesure est aujourd'hui relativement bien acceptée par les employeurs concernés.

L'arrêt temporaire de travaux présente un triple caractère. D'abord et avant tout, il constitue une mesure conservatoire de sauvegarde en ce qu'il a pour finalité première d'extraire le salarié d'une situation de travail présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé et dont il ne s'est pas lui-même retiré conformément aux dispositions de l'article L. 4131-1 du Code du travail. Il est donc, à ce titre, un excellent moyen de prévention. Ensuite, il est une mesure coercitive en ce sens que la décision de reprise des travaux est subordonnée à la mise en œuvre par l'employeur ou son représentant de « mesures [...] prises pour faire cesser la situation de danger grave et imminent ». Le pouvoir contraignant de la mesure se révèle être particulièrement efficace puisque, dans la quasi-totalité des situations rencontrées, la mise en conformité est très rapidement assurée. Enfin, dès lors qu'il emporte pour effet l'interdiction de poursuivre l'exécution des travaux, l'arrêt temporaire de travaux entre dans la catégorie des sanctions administratives¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁵ - V. p. ex. les articles L. 521-17 et 521-18, et L. 581-28 et L. 581-30 du Code de l'environnement.

¹⁴⁰⁶ - J. MICHEL, *Op. cit.* tome 2, pp. 12 et s.

¹⁴⁰⁷ - V. par ex. la section 4 (sanctions administratives) du chapitre 1 du titre II du livre V du Code de l'environnement sous la quelle figurent les articles L. 521-17 et L. 521-18 précités

¹⁴⁰⁸ - « *Conditions de travail. Bilan 1995* », p. 84, Ministère du Travail et des Affaires sociales.

¹⁴⁰⁹ - Source, Direction des relations du travail, Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale

¹⁴¹⁰ - « *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions* » dont la table analytique des textes prévoyant des sanctions administratives mentionne l'arrêt des travaux, *Les études du Conseil d'Etat, La Documentation française*, 1995.

L'article 188 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, tout en refondant l'article L. 4731-1 du Code du travail, a aussi instauré, dans son II, un arrêt temporaire d'activité lorsque « les salariés se trouvent dans une situation dangereuse résultant d'une exposition à une substance chimique cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction... ». On doit cependant déplorer l'impossibilité pour les inspecteurs et les contrôleurs du travail de mettre en œuvre cette procédure en l'absence d'intervention du décret en Conseil d'État prévu au V de l'article L. 4731-1 précité et qui est nécessaire à son application.

Puisque l'arrêt temporaire de travaux sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics a ainsi fait la preuve d'une réelle efficacité depuis sa création en 1991¹⁴¹¹, il devrait inciter le législateur à développer davantage ce type de mesure qui est de nature à assurer l'effectivité du droit du travail. Ainsi, des mesures administratives d'interdiction temporaires d'activité pourraient se substituer aux actuelles procédures de référé civil initiées par les inspecteurs du travail, et en particulier au référé hygiène et sécurité prévu par l'article L. 263-1 du Code du travail et qui est si peu pratiqué en raison, essentiellement, de la lourdeur et de la complexité de la procédure.

De manière plus générale, l'Inspection du travail devrait se voir confier le pouvoir d'ordonner elle-même toute mesure de nature à faire cesser un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité des travailleurs et, notamment, le pouvoir d'ordonner la mise hors service des machines ou leur immobilisation, le pouvoir de suspendre ou d'interdire l'activité, le pouvoir d'ordonner la fermeture temporaire de l'atelier ou du chantier concerné, assorti du pouvoir d'interdire la présence sur les lieux de travailleurs ainsi que de celui d'apposer des scellés, et, s'agissant d'opérations de bâtiment ou de génie civil, le pouvoir d'exiger la mise en œuvre d'une coordination en matière de sécurité et de santé sur le chantier ou l'élaboration d'un plan général de coordination.

Une telle réforme aurait le mérite d'aligner la législation française sur celles de la plupart des autres États membres de l'Union européenne qui, en droit du travail, et quels que soient par ailleurs leurs traditions juridiques et leurs systèmes d'Inspection du travail - généraliste, comme la nôtre, ou spécialiste - ont depuis longtemps déjà adopté des mesures de ce type¹⁴¹².

Bien évidemment, le contentieux de ces décisions administratives devrait tout naturellement relever de la compétence de la juridiction administrative et, à cet égard, l'on ne peut manquer de souligner combien les nouvelles procédures de référé en matière administrative (référé suspension de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative et référé liberté de l'article L. 521-2), tant par les pouvoirs qu'elles confèrent au juge des référés du tribunal administratif que par leur extrême célérité, sont de nature à préserver pleinement les droits des personnes visées par une mesure d'interdiction temporaire et offrent des garanties totalement équivalentes à celles qui gouvernent les procédures de référé introduites devant le président du Tribunal de grande instance.

S'il est vrai que le législateur et la jurisprudence ont, ces dernières années, renforcé la sanction civile en droit du travail, notamment par l'extension des cas de nullité du licenciement, pour autant, la seule sanction civile, même renforcée, ne contribue qu'insuffisamment à l'amélioration de l'effectivité du droit. L'instauration d'une sanction civile, qui est de nature purement privée, ne saurait donc faire échec à celle d'une sanction ayant un caractère répressif, et devant, comme telle, être mise en œuvre au nom de l'intérêt général. Cette seconde catégorie de sanction implique d'effectuer un choix entre la sanction administrative et la sanction pénale. Or, force est de constater que ce choix est trop rarement opéré en droit du travail. En effet, dès qu'une règle nouvelle est édictée par la loi ou le règlement, elle est quasi systématiquement assortie d'une sanction pénale, le choix ne portant, en définitive, que sur la qualification à donner à l'infraction : délit ou contravention.

Si la sanction pénale est historiquement apparue comme la seule à même d'assurer la protection efficace de la partie la plus faible au contrat de travail, le temps paraît aujourd'hui venu de sortir de cette logique du « tout pénal », qui a de surcroît amplement montré ses limites, et de privilégier un

¹⁴¹¹- Loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail.

¹⁴¹²- J. MICHEL, Op. cit. tome 2, pp. 29 et s.

autre mode de régulation en développant le recours à des mesures administratives ayant pour finalité autant la coercition et, par conséquent, la prévention (mises en demeure assorties d'astreintes, arrêts temporaires d'activité), que la répression proprement dite (amende administrative). À cet égard, la mise en œuvre des critères dégagés plus haut et relatifs aux droits et libertés fondamentaux du salarié, imposerait de redéfinir préalablement, en droit du travail, les obligations du dirigeant qui doivent nécessairement continuer de relever de la sanction pénale, et celles à l'inverse, qui doivent relever de la sanction administrative. Et c'est bien évidemment au législateur et aux partenaires sociaux que doit revenir le soin de définir chacun de ces périmètres pour entreprendre les réformes qui s'imposent afin de rendre plus effectif le droit du travail.

SECTION II : LES CRITÈRES RELATIFS À LA SÉCURITÉ À LA SANTÉ ET AU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR EN DROIT PÉNAL DE LA CONSOMMATION

374- Les apports de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (Loi HAMON). Désormais, la notion de consommateur bénéficie d'une définition légale issue du droit européen. Il s'agit de « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale¹⁴¹³. La loi *Hamon* apporte des dispositions nouvelles en matière d'obligations précontractuelles d'information, de contrats conclus à distance et hors établissement et de conditions générales des contrats¹⁴¹⁴, lesquelles résultent d'une transposition de la directive n° 2011/88/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs. Des études ont montré la volonté du législateur de profiter de cette transposition pour développer une consommation durable et responsable¹⁴¹⁵ et pour renforcer, notamment dans les secteurs de la banque et de l'assurance, la mobilité des consommateurs¹⁴¹⁶. Législation destinée à « garantir l'effectivité de la règle de droit », comme l'indique l'exposé des motifs, la loi relative à la consommation se singularise aussi par l'action de groupe¹⁴¹⁷, ainsi que par les sanctions assortissant les règles protectrices qui, certes, moins médiatiques, devraient cependant contribuer à une meilleure protection du consommateur. Ce sont à ces « réactions du droit à une violation de la règle juridique¹⁴¹⁸ », telles que prévues par la loi relative à la consommation, que cette chronique va se consacrer.

Le renforcement de l'effectivité du droit de la consommation passe d'abord par une nette aggravation de certaines sanctions pénales en vue de « rendre plus dissuasif le dispositif pénal actuel¹⁴¹⁹ ». L'effectivité s'illustre également à travers la création de sanctions administratives, prononcées par la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCRRF). Celles-ci assortissent désormais un certain nombre d'obligations du professionnel dont celles issues de la transposition de la directive relative aux droits des consommateurs. Le législateur disposait en effet en la matière d'une liberté à condition que les sanctions choisies soient effectives, proportionnées et dissuasives¹⁴²⁰. Enfin, tant la transposition de la directive, que les initiatives nationales ont pour effet de diversifier le panel de sanctions civiles.

¹⁴¹³- Article préliminaire.

¹⁴¹⁴- C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur* » : D. 2014, p. 879.

¹⁴¹⁵- G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « *La consommation responsable* », in « *Enjeux de la réforme du droit de la consommation* » : LPA 27 juin 2014, p. 15.

¹⁴¹⁶- H. AUBRY, « *La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation : de réels apports pour la protection des consommateurs* » : RLDC 2014/115, p. 8.

¹⁴¹⁷- Voir M. BACACHE, « *Introduction de l'action de groupe en droit français* » : JCP G 2014, 377 ; V. REBEYROL, « *La nouvelle action de groupe* » : D. 2014, p. 940.

¹⁴¹⁸- F. FENOUILLET et C. CHAINAIS (dir.), « *Présentation et conclusions de la recherche collective* », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction entre technique et politique*, DALLOZ, 2012, p. XXII.

¹⁴¹⁹- *Exposé des motifs*.

¹⁴²⁰- Dir. n° 2011/83/UE, 25 octobre 2011, article 24.

La loi *Hamon*, par ses apports, constitue donc incontestablement l'une des plus importantes lois visant à renforcer la protection du consommateur. Aussi, nous a-t-il semblé pertinent d'en faire le centre de notre étude. Sous le prisme de cette loi, nous dégagerons les critères devant présider, en droit de la consommation, au recours à la sanction pénale, en opérant une distinction entre les obligations du dirigeant (ici le professionnel) dont la transgression nécessite une répression pénale (I) et celles dont la violation peut relever de sanctions alternatives ou complémentaires à la sanction pénale (II).

I- LES CRITÈRES NÉCESSITANT UNE PROTECTION PÉNALE

375- L'objectif poursuivi par les règles constitutives du droit de la consommation s'inscrit clairement dans une logique caractérisant l'existence d'un ordre public de protection, puisqu'il s'agit de remédier au déséquilibre caractérisant les relations entre professionnels et consommateurs, de protéger ces derniers contre la puissance économique des premiers et de prévenir les abus qui peuvent en découler. En outre, ces règles ont une portée collective, puisqu'elles tendent à garantir le respect d'une communauté d'intérêts et participent directement à la défense de l'intérêt collectif des consommateurs (notion interprétée, par ailleurs, largement par la jurisprudence et qui excède la seule sphère du droit de la consommation). Le recours à la voie pénale apparaît ainsi pleinement justifié, lorsqu'une ou plusieurs des conditions suivantes sont réunies.

D'abord, les agissements en cause sont susceptibles de porter gravement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et, notamment, à ceux des plus vulnérables d'entre eux, de les fragiliser financièrement, voire même psychologiquement.

Ensuite, ils sont préjudiciables non seulement aux consommateurs mais aussi aux professionnels, en causant un trouble grave à l'ordre public économique, pouvant aller jusqu'à déstabiliser un marché déterminé ;

Enfin, l'effectivité des règles prohibant ou encadrant les pratiques ou agissements susvisés et l'indemnisation des victimes de telles pratiques ne peut être garantie par d'autres moyens.

A partir de cette grille de lecture, il apparaît déjà clairement que, parmi les règles protégeant les intérêts économiques et juridiques des consommateurs, celles interdisant ou réglementant les pratiques commerciales des professionnels à l'égard des consommateurs requièrent impérativement une protection pénale.

Au regard de la loi *Hamon*, si le critère relatif à la bonne foi du dirigeant (ici le professionnel) est, à juste titre, prépondérant (A), il semble conditionner ceux relatifs au respect du formalisme informatif (B) et du droit de rétractation (C).

A- Le critère relatif à la loyauté du professionnel

376- Dans le cortège des propositions destinées à dépénaliser la vie des affaires, les infractions qui sanctionnent les pratiques frauduleuses, trompeuses ou agressives avaient été présentées parmi celles dont la dépénalisation paraissait « légitimement impossible¹⁴²¹ » pour des raisons éthiques tant les comportements ainsi sanctionnés font l'objet d'un consensus de la part des citoyens et des acteurs économiques. Le droit pénal est en effet réputé « exemplaire » pour montrer « l'importance attachée à la règle de fond.¹⁴²² » Il n'est dès lors pas surprenant que le législateur ait fait le choix de maintenir le dispositif pénal assortissant les comportements déloyaux dont il a cependant amélioré le caractère dissuasif.

377- *Fraudes et falsifications.* L'affaire de la *fausse viande de bœuf*, laquelle était en réalité de la viande de cheval, a permis d'emporter la conviction quant à la nécessité de réévaluer le niveau des peines applicables en matière de fraudes et falsifications. La peine de deux ans d'emprisonnement et/ou de 37 500 euros pour le dirigeant apparaissait peu dissuasive et sans proportion avec le

¹⁴²¹- J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, Doc. fr., 2008, p. 21.

¹⁴²²- F. FENOUILLET et C. CHAINAIS (dir.), *Op. cit.* p. XXIX.

montant des bénéfices illicites susceptibles d'être réalisés. L'article 130 de la loi *Hamon* multiplie par dix l'amende de l'article L. 213-1 qui s'élève à 300 000 euros, cependant que la peine d'emprisonnement, qui est désormais cumulative, est inchangée. Les peines sont aggravées lorsque le délit a eu pour conséquences d'être nuisible à l'homme ou à l'animal¹⁴²³. L'aggravation concerne également les délits connexes¹⁴²⁴. Le montant de l'amende peut en outre être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du profit illicite, à « 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres annuels connus à la date des faits.¹⁴²⁵ »

378- Pratiques commerciales déloyales. Au titre des comportements déloyaux sanctionnés pénalement, les pratiques commerciales déloyales présentent une spécificité. Contrairement aux fraudes et falsifications, elles ne sont pas, en l'état du droit positif, conçues comme des infractions pénales mais comme des comportements interdits par une directive européenne de protection des consommateurs – la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. L'interdiction générale des pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle et altérant le comportement économique du consommateur¹⁴²⁶ a été transposée à l'article L. 120-1, sans être assortie de sanction¹⁴²⁷, le législateur français ayant certainement conçu cette disposition comme une « annonce » des pratiques trompeuses et agressives, prévues par la directive. En revanche, le législateur avait fait le choix, ainsi qu'il en avait la possibilité¹⁴²⁸, d'assortir de sanctions pénales, les types de pratiques déloyales que constituent les pratiques trompeuses et les pratiques agressives. Plus précisément, il avait conservé le dispositif, hérité de l'ancien délit de publicité trompeuse, qui sanctionnait les pratiques trompeuses par référence au délit de tromperie¹⁴²⁹. Le procédé révélait à cet égard que le législateur français avait interprété les pratiques commerciales déloyales comme un « prolongement de la publicité trompeuse » sans percevoir leur originalité et les bouleversements que le dispositif était de nature à susciter¹⁴³⁰. La référence au délit de tromperie est supprimée par la loi *Hamon*. Les pratiques trompeuses, dont la caractérisation est redéfinie pour celles qui se caractérisent par des omissions¹⁴³¹, sont désormais sanctionnées de manière autonome. Par ailleurs, et le constat vaut également pour les pratiques agressives, l'article 130 de la loi *Hamon* alourdit considérablement les peines, celles-ci s'élevant à une amende de 300 000 euros et un emprisonnement de deux ans¹⁴³² contre, auparavant, 37 500 euros et/ou deux ans pour les pratiques trompeuses et deux ans et 150 000 euros pour les pratiques agressives¹⁴³³. En outre, l'amende « peut être portée de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. » Cette aggravation vaut également pour les comportements déloyaux que constituent les ventes à la boule de neige. Anciennement puni d'une amende de 4 500 euros et un emprisonnement d'un an, le procédé encourt désormais une amende de 300 000 euros et un emprisonnement de deux ans. Là

¹⁴²³ - Art. L. 213-2-1.

¹⁴²⁴ - L. n° 2014-344, 17 mars 2014, article 131.

¹⁴²⁵ - Article L. 213-1, al. 2.

¹⁴²⁶ - Dir. n° 2005/29/CE, 11 mai 2005, article 5.

¹⁴²⁷ - D. FENOUILLET, « *Loi du 3 janvier 2008, pratiques commerciales déloyales, trompeuses, agressives* » : RDC 2008, p. 345 et s., spéc. p. 350.

¹⁴²⁸ - Dir. n° 2005/29/CE, 11 mai 2005, article 11.

¹⁴²⁹ - Article L. 121-6 anc. : « Les pratiques commerciales trompeuses sont punies des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 121-6. »

¹⁴³⁰ - C. AUBERT DE VINCELLES, « *Le Code de la consommation à l'épreuve de nouvelles notions. L'exemple des pratiques commerciales déloyales* », in C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Les 20 ans du Code de la consommation. Nouveaux enjeux*, Lextenso, 2013, p. 19 et s.

¹⁴³¹ - Sur l'insuffisance de la transposition, v. C. AUBERT DE VINCELLES, « *La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* », op. cit n° 4 et s.

¹⁴³² - Articles L. 121-6 et L. 122-12 modifiés.

¹⁴³³ - L'alourdissement vaut également pour les infractions en matière de délivrance de labels, d'indications géographiques protégées, de mentions « agriculture biologique » ou de certificats de conformité de produits agricoles et de denrées alimentaires.

encore, l'amende peut être proportionnée au chiffre d'affaires¹⁴³⁴. Quant à l'abus de faiblesse, sa double incrimination, dans le Code pénal¹⁴³⁵ et dans le Code de la consommation qui en limite le domaine d'application à certaines pratiques commerciales telles que le démarchage¹⁴³⁶ ou l'urgence¹⁴³⁷, est maintenue. En revanche, et ainsi que le suggérait le rapport *Coulon*, « dans un souci de cohérence¹⁴³⁸ », la loi relative à la consommation procède à un alignement des peines de l'infraction du Code de la consommation sur celles similaires du Code pénal avec trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, peines auxquelles s'ajoute la possibilité de moduler l'amende en fonction du chiffre d'affaires¹⁴³⁹. L'abus de faiblesse s'enrichit en outre d'une nouvelle sanction civile, tenant à la nullité du contrat. Alors que l'article 131 aggravant les sanctions pénales en matière de fraudes et falsifications n'avait pas été critiqué devant le Conseil constitutionnel, l'article 130 a été déféré au motif que ces sanctions, par leur caractère disproportionné, pouvaient mettre en péril l'activité des entreprises et porter atteinte à la liberté d'entreprendre. Cependant, le Conseil constitutionnel a rejeté la critique en observant que les sanctions pénales dont le montant était, pour certaines, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise « présentent un lien avec les manquements constatés. » Il a été remarqué que « cette observation fait écho¹⁴⁴⁰ » à la décision relative à la loi sur la fraude fiscale¹⁴⁴¹ par laquelle le Conseil a invalidé les dispositions qui élevaient le montant de l'amende applicable aux personnes morales¹⁴⁴² au motif de l'absence de « lien » entre l'infraction et le chiffre d'affaires. Dans sa décision relative à la loi *Hamon*, le Conseil constitutionnel énonce cependant une réserve, issue d'une jurisprudence constante¹⁴⁴³, tenant à ce que « lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. » Aussi indique-t-il « qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence. » L'aggravation des peines est également manifeste à l'égard du droit pénal, auquel le législateur recourt pour assurer non plus la sanction de comportements déloyaux mais le respect d'une technique de protection des consommateurs que constitue le formalisme informatif.

B- Le critère relatif au respect du formalisme informatif

379- Contrats conclus dans un contexte contractuel spécifique. Dès l'adoption des premières grandes lois protectrices des consommateurs – lois sur le démarchage à domicile et sur le crédit –, le législateur a eu recours au droit pénal non pas pour « pallier l'insuffisance de sanctions civiles » mais « pour permettre la mise en place de nouvelles techniques de protection du consentement jusqu'à présent inconnues du droit civil¹⁴⁴⁴, le consentement constituant le socle du contrat, et par conséquent, l'épicentre du droit de la consommation. La sanction pénale intervient ainsi au titre d'auxiliaire du droit de la consommation. L'utilisation de ce droit pénal dit « sanctionnateur », qui n'est d'ailleurs pas l'apanage du droit de la consommation, peut être critiquable lorsqu'elle est excessive dans la mesure où une telle fonction accessoire du droit pénal est loin d'en constituer l'essence¹⁴⁴⁵. Elle est cependant en recul, à l'égard du formalisme informatif, technique pilier de

¹⁴³⁴ - Article L. 122-7 modifié.

¹⁴³⁵ - Article 223-15-2. Code pénal.

¹⁴³⁶ - Article L. 122-8 et L. 122-9.

¹⁴³⁷ - Article L. 122-9.

¹⁴³⁸ - J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 41.

¹⁴³⁹ - Article L. 122-8.

¹⁴⁴⁰ - S. DETRAZ, « *Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions* » : LPA 27 juin 2014, p. 22.

¹⁴⁴¹ - Décembre n° 2013-679 DC, 4 décembre 2013.

¹⁴⁴² - Pour les infractions les plus graves ayant procuré un profit.

¹⁴⁴³ - S. DETRAZ, « *Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions* », op. cit.

¹⁴⁴⁴ - J.-P. PIZZIO, « *Droit de la consommation et lois pénales récentes* » : LPA 1985, n° 52, p. 99.

¹⁴⁴⁵ - N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Thèse,

protection des consommateurs qui se caractérise par la remise d'un écrit comportant des mentions obligatoires. À l'occasion de la transposition du dispositif du régime du contrat à distance et du contrat hors établissement, la loi *Hamon* a en effet supprimé la sanction pénale qui assortissait le non-respect du formalisme informatif en matière de contrat conclu par démarchage¹⁴⁴⁶ pour la remplacer par une amende administrative¹⁴⁴⁷ qui vient ainsi doubler la nullité, maintenue, du contrat conclu en violation des exigences informatives. Ce recul de la répression pénale, s'agissant d'un droit essentiel du consommateur, est à déplorer.

380- Contrats portant sur une prestation spécifique. Le recours à la sanction pénale persiste pour assurer l'observation du formalisme informatif des contrats d'utilisation de biens à temps partagé et de leurs dérivés où l'amende sanctionnant un dispositif informatif non conforme est utilement multipliée par dix, passant de 15 000 à 150 000 euros¹⁴⁴⁸, afin d'être réellement dissuasive. Elle vient ainsi s'adjoindre à la nullité du contrat, laquelle est inchangée¹⁴⁴⁹. Le phénomène est similaire à l'égard du contrat d'achat de métaux précieux, qui fait son entrée dans le Code de la consommation pour être soumis à un formalisme informatif et à un droit de rétractation. Ce régime protecteur classique en droit de la consommation présente ici une double originalité. La première tient à sa fonction, laquelle est instrumentalisée aux fins de lutter contre les effets pervers liés à l'attractivité du coût de l'or. La seconde est son destinataire : le « consommateur-vendeur¹⁴⁵⁰ », notion qui apparaît donc pour la première fois dans le code destiné le plus souvent à l'acheteur d'un bien ou d'un service. Si le manquement au formalisme informatif encadrant le contrat d'achat de métaux précieux est assorti des mêmes sanctions que le *time share*¹⁴⁵¹, s'y ajoute une amende administrative, laquelle vient uniquement sanctionner le défaut d'affichage des prix proposés prévu à l'article L. 121-99. Le législateur a donc fait le choix, certainement en raison des objectifs spécifiques assignés à cette réglementation, de recourir à trois sanctions de nature différente : civile, pénale et administrative. Le risque de dispersion des contentieux est flagrant mais compensé par l'intérêt présenté par chacune des sanctions. L'amende administrative conditionne la possibilité pour la DGCCRF de procéder à une injonction en cas de défaut d'obtempération du professionnel, laquelle paraît adaptée à ce type de manquement. La sanction pénale, dès lors qu'elle est très lourde, est susceptible d'opérer sa fonction dissuasive et d'inciter le professionnel à respecter le formalisme informatif destiné ici à laisser une trace du commerce des métaux précieux. Enfin, la nullité du contrat est appropriée, le consommateur ayant intérêt à obtenir restitution de l'or dont il a pu se séparer faute d'une information suffisante. Le régime de ce contrat est d'autant plus protecteur qu'il offre également au consommateur une faculté de rétractation, technique de protection des consommateurs dont l'effectivité est également assurée par la sanction pénale.

C- Le critère relatif au respect du droit de rétractation

381- Contrats conclus dans un contexte spécifique. Le recours au droit pénal sanctionnateur pour assurer l'effectivité de cette technique de protection des consommateurs que constitue le droit de rétractation n'est pas nouveau. Estimant que la remise d'une somme d'argent pouvait être de nature à brider la volonté du consommateur de se rétracter, le législateur avait déjà, lorsque le contexte contractuel s'y prête, assorti d'une sanction pénale l'interdiction de recevoir une contrepartie de la part du consommateur pendant un certain délai. La menace pénale intervient pour sanctionner non pas l'inobservation de la faculté de rétractation mais le paiement qui nuit à l'exercice de cette

Université Paris I, préf J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2000, t. 326, n^{os} 321 et s.

¹⁴⁴⁶ - Article L. 121-28 anc. : emprisonnement d'un an et/ou une amende de 3 750 euros.

¹⁴⁴⁷ - S. DETRAZ, *op cit.*

¹⁴⁴⁸ - Article L. 121-79-2. Il en est de même en cas de publicité relative à ce type de contrat non conforme aux exigences de l'article L. 121-62.

¹⁴⁴⁹ - Article L. 121-79-5.

¹⁴⁵⁰ - Article L. 121-100.

¹⁴⁵¹ - Il s'agit d'un contrat conclu pour plusieurs années qui confère à un particulier le droit d'utiliser un bien immobilier pour une période déterminée de l'année.

faculté. Le dispositif, qui existait pour le *time share*, est renforcé puisque l'amende en la matière passe de 30 000 à 150 000 euros¹⁴⁵². Il est également maintenu en cas de démarchage à domicile¹⁴⁵³, comme le suggérait le rapport *Coulon*¹⁴⁵⁴, à l'occasion de la transposition du régime du droit de rétractation issu de la directive de 2011. Dans les contrats hors établissement, le droit pénal assure, comme auparavant, l'effectivité de l'exercice du droit de rétractation en sanctionnant l'absence de remise au démarché du formulaire type de rétractation avec l'exemplaire du contrat¹⁴⁵⁵. Il continue aussi à sanctionner le professionnel qui reçoit une contrepartie pendant un délai de sept jours¹⁴⁵⁶. Aussi le consommateur ne peut-il exécuter le contrat pendant ce délai, alors que par l'effet d'une disposition nouvelle, le professionnel peut s'exécuter dès la conclusion du contrat, à condition donc de ne pas être rémunéré immédiatement. L'aggravation de la sanction pénale à l'égard de ces deux types de comportements, qui passe d'un emprisonnement d'un à deux ans et d'une amende de 3 750 à 150 000 euros, les deux peines étant désormais cumulatives¹⁴⁵⁷, contribue d'autant à l'amélioration de l'effectivité du droit de rétractation. La loi *Hamon* s'est également aidée du droit pénal pour assurer l'effectivité de la renonciation au droit de rétractation, dont le régime est nouveau en droit interne. En matière de contrats conclus à distance et hors établissement, le droit de rétractation s'éteint dès le commencement d'exécution d'un téléchargement numérique¹⁴⁵⁸, à la condition que le consommateur ait expressément donné son accord préalable et renoncé à son droit de rétractation¹⁴⁵⁹. En matière de contrats hors établissement, réputés plus dangereux que les contrats à distance, le législateur a assorti ce formalisme spécial des mêmes peines que celles encourues en cas de défaut d'effectivité de l'exercice de ce droit. L'objectif est ici d'assurer que la renonciation à la protection s'effectue en connaissance de cause. En revanche, la sanction pénale n'a pas été utilisée pour assortir le formalisme spécial présidant à l'extinction du droit de rétractation lorsque la prestation de service est pleinement exécutée. La sanction est ici de nature civile.

382- Contrats portant sur une prestation spécifique. Dans la logique du dispositif pénal existant en matière de rétractation, la loi relative à la consommation fait encourir une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 150 000 euros¹⁴⁶⁰ au professionnel qui prive d'effectivité ce droit désormais offert au consommateur-vendeur de métaux précieux. La peine sanctionne le défaut de remise du formulaire de rétractation¹⁴⁶¹ et la violation, pendant le délai de rétractation restreint à 24 heures à compter de la signature du contrat¹⁴⁶², de la suspension de l'exécution des obligations contractuelles, qui est ici bilatérale, contrairement à ce qui existe pour les contrats hors établissement.

Il ressort que le droit pénal a vocation à intervenir en droit de la consommation afin de protéger efficacement le consentement du consommateur contre les fraudes du professionnel. Dans sa dimension normative, en matière de fraudes notamment, la sanction pénale, même si elle devrait, du fait de son aggravation, se révéler dissuasive, présente en outre l'intérêt de permettre la recherche des preuves par les contrôles de la DGCCRF. Il avait été ainsi relevé qu'il est généralement impossible à un acheteur de déceler une fraude, notamment lorsqu'elle réside dans une tromperie sur la composition d'un produit, sa nature, son origine¹⁴⁶³. Aussi, « ce n'est pas la sanction pénale

¹⁴⁵² - Article L. 121-79-3.

¹⁴⁵³ - Voir article L. 121-28 anc.

¹⁴⁵⁴ - J.-M. COULON (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 41.

¹⁴⁵⁵ - Obligation prévue à l'article L. 121-18-1.

¹⁴⁵⁶ - Interdiction prévue à l'article L. 121-18-2.

¹⁴⁵⁷ - Article L. 121-23. L'alinéa 2 de ce texte autorise le consommateur qui s'est constitué partie civile à demander devant la juridiction répressive « une somme égale au montant des paiements effectués ou des effets souscrits, sans préjudice de tous dommages et intérêts ».

¹⁴⁵⁸ - Article L. 121-21-8, 13°.

¹⁴⁵⁹ - Article L. 121-18-1, pour le contrat hors établissement, et L. 121-19-2, al. 2, pour le contrat à distance.

¹⁴⁶⁰ - Article L. 121-104, al. 1^{er}.

¹⁴⁶¹ - Obligation prévue à l'article L. 121-101.

¹⁴⁶² - Article L. 121-102.

¹⁴⁶³ - C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions*

elle-même dans la nature de sa peine qui permet l'efficacité, mais le processus de recherche qu'elle implique et dont elle est la seule à bénéficier. » Cette efficacité se retrouve à l'égard du droit pénal sanctionnateur, à ceci près que le consommateur a généralement conscience de l'illicéité du comportement du professionnel et porte plainte, ce qui permet après coup de prouver le non-respect du droit de rétractation, ou du formalisme informatif. Il reste que, dans ces domaines, comme à l'égard de certains comportements déloyaux du professionnel, l'effectivité de la protection du consommateur individuel passe par le maintien de sanctions civiles, lesquelles sont dans la loi *Hamon* profondément diversifiées.

II- LE RECOURS AUX SANCTIONS ALTERNATIVES OU COMPLÉMENTAIRES À LA SANCTION PÉNALE

383- Il n'est pas interdit pour la mise en œuvre de certaines dispositions du droit de la consommation, qui généralement sont considérées comme des règles de forme, d'envisager certaines voies d'évolution pour l'avenir, alternatives ou complémentaires à la voie pénale.

Ces orientations doivent cependant satisfaire à un triple niveau d'exigence : d'abord, le maintien d'un niveau élevé de protection des consommateurs, ensuite, la garantie de l'effectivité du droit de la consommation, puis enfin, la mise en place, de mesures civiles appropriées et efficaces garantissant les droits des consommateurs et de nature à sauvegarder leurs intérêts économiques, en leur permettant, notamment, d'obtenir facilement réparation des préjudices subis.

Cette exploration de la voie civile est d'autant plus opportune, qu'il convient de rappeler que l'article 34 de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a introduit dans le code de la consommation un article L. 141-3 reconnaissant au juge la possibilité de soulever d'office toutes les dispositions de ce code dans les litiges nés de son application.

D'ores et déjà un certain nombre d'obligations mentionnées dans le code de la consommation et s'imposant au professionnel sont incluses dans le champ « civil ». Pour l'essentiel, il s'agit de dispositions relatives aux conditions générales des contrats de consommation (arrhes et acomptes, clauses abusives, garanties des biens de consommation, reconduction des contrats).

Cependant, certaines obligations imposées aux professionnels par des dispositions du code de la consommation sont pénalement sanctionnées alors même qu'elles relèvent du champ « contractuel ». Traditionnellement, le droit des obligations contractuelles relève du domaine civil. Néanmoins, s'agissant du droit de la consommation, qui, pour certaines de ses dispositions, constitue un droit dérogatoire au droit général des contrats, le champ « contractuel » ne peut être le seul critère du choix de la voie civile.

Il convient, en effet, d'affiner encore plus ce critère et de distinguer au sein du domaine « contractuel » deux domaines bien distincts : d'une part, la violation d'obligations se traduisant par une remise en cause de droits fondamentaux reconnus aux consommateurs et générant de graves préjudices à leur détriment. Dans ce cas, un régime de sanction pénale doit être maintenu. A ce titre, les règles spéciales de formation et d'exécution des contrats conclus par les consommateurs dans le domaine du *time-share*, de la vente à distance (lequel inclut le commerce électronique) ou encore de la fourniture d'énergie requièrent le maintien d'une protection pénale. Dans les deux derniers cas, il en va, également, de la confiance des consommateurs, s'agissant, respectivement, dans le premier cas, d'un secteur d'activité en pleine expansion et dans le second, d'un secteur nouvellement ouvert à la concurrence et touchant à des besoins essentiels; d'autre part, l'on peut mentionner les dispositions purement formelles. Ces dernières doivent davantage relever de sanctions civiles.

Une dépénalisation paraît possible pour les manquements à un certain nombre de règles imposant un formalisme contractuel dans les relations entre professionnels et consommateurs, dans des domaines où les infractions constatées sont peu nombreuses et pour lesquels une sanction civile constitue une alternative crédible et dissuasive préférable à une sanction pénale. Sont concernées, d'une part, les règles de forme encadrant les contrats de crédit à la consommation, s'agissant de celles concernant l'offre préalable de crédit. Il est préférable de supprimer la sanction pénale et de

ne retenir que celle déjà prévue au plan civil, la déchéance du droit aux intérêts. Cette dernière sanction peut se révéler suffisamment dissuasive à l'égard des prêteurs pour assurer le respect des dispositions en vigueur; d'autre part, les règles de forme encadrant les contrats de crédit immobilier. Il convient de signaler qu'il s'agit là d'opérations portant sur des enjeux financiers majeurs pour les ménages et par conséquent méritant d'être plus nuancé. En revanche, il conviendrait de renforcer les sanctions civiles proposées comme alternatives aux sanctions pénales en prévoyant la déchéance totale du droit aux intérêts en cas de non-respect des règles relatives au formalisme contractuel (à l'exception cependant de l'absence de date ou de mention d'une date inexacte sur l'offre de prêt).

L'analyse de la loi relative à la consommation permet de mettre en lumière, bien qu'elles ne soient pas toutes explicites, les sanctions civiles classiques, incarnées par la nullité (A) et la responsabilité civile (B), aux côtés desquelles apparaissent, de façon plus originale, le droit de résolution unilatérale du consommateur (C) ainsi que des sanctions civiles financières (D). Par ailleurs, cette loi instaure également des amendes administratives (E).

A- La nullité

384- Si certaines obligations du professionnel sont expressément sanctionnées par la nullité (1), le silence de la loi dans d'autres hypothèses incite à s'interroger sur les cas de nullité virtuelle (2).

1- Nullité textuelle

385- Selon les hypothèses, ce sont les clauses (a) ou le contrat en son entier (b) qui sont frappés par la nullité prévue par la loi relative à la consommation.

a- Nullité des clauses

386- Nullité des clauses de renonciation à un droit. L'ordre public qui caractérise les dispositions protectrices des consommateurs de la loi justifie la nullité des clauses par lesquelles la partie protégée renoncerait à ses droits. Cette technique a été utilisée par la loi *Hamon* à l'égard de deux droits de nature très différente : le droit de rétractation et le droit de se joindre à une action de groupe. Ainsi, dès lors qu'un droit de rétractation est octroyé au consommateur, la clause d'abandon de ce droit est frappée de nullité. La sanction existait déjà dans les contrats de *time share*¹⁴⁶⁴ et dans les contrats conclus par démarchage à domicile¹⁴⁶⁵ mais non pour les contrats conclus à distance. Elle est logiquement étendue à ces derniers¹⁴⁶⁶ et introduite dans le nouveau dispositif régissant les contrats d'achat de métaux précieux¹⁴⁶⁷. Le législateur a également sanctionné le fait de renoncer au droit de se joindre à une action de groupe. Est réputée non écrite toute clause ayant « pour objet ou effet » « d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe.¹⁴⁶⁸ » La sanction n'est donc pas ici la nullité, mais la fiction du réputé non écrit. Cette forme de nullité partielle est cependant en théorie plus efficace puisqu'elle opère de plein droit, sans intervention judiciaire¹⁴⁶⁹. Comme en matière de clause abusive, le résultat de la clause est « indifférent.¹⁴⁷⁰ » Pourra être réputée non écrite une stipulation qui, au moment de la conclusion du contrat, avait pour objectif d'interdire la participation à une action de groupe, même si elle n'a pas produit cet effet. Le mécanisme devrait s'appliquer aux clauses de recours bilatéral à l'arbitrage qui fleurissent depuis

¹⁴⁶⁴- Article L. 121-79 qui répute non écrite la clause de renonciation.

¹⁴⁶⁵- Article L. 121-25 anc.

¹⁴⁶⁶- Article L. 121-21.

¹⁴⁶⁷- Article L. 121-102.

¹⁴⁶⁸- Article L. 423-35.

¹⁴⁶⁹- S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, ECONOMICA, coll. Recherches juridiques, 2006, t. 13, n^{os} 138 et s.

¹⁴⁷⁰- C-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse Paris II, 2013, n^o 144.

l'adoption de la loi *Hamon*. Cependant, la similitude avec ces clauses abusives s'arrête là puisque sur le terrain du déséquilibre significatif, cette stipulation qui pourrait s'analyser comme celle ayant pour objet ou effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur » serait une clause « grise », laissant au professionnel la possibilité d'apporter la preuve contraire de sa licéité.

387- Clauses abusives réputées non écrites. La loi relative à la consommation a pour effet de renforcer la sanction des clauses abusives¹⁴⁷¹, et ce à trois points de vue. En premier lieu, elle améliore le caractère préventif de la sanction puisque la stipulation d'une clause figurant dans la liste « noire » est désormais passible d'une amende administrative. En deuxième lieu, elle renforce la mise en œuvre de cette sanction. En conformité, bien que partielle, avec le droit européen¹⁴⁷², le juge a désormais l'obligation, et non plus la faculté, d'écarter d'office, sous réserve du respect du contradictoire, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat¹⁴⁷³. En troisième lieu, elle étend le champ d'application de la sanction. L'article L. 421-6, alinéa 2, prévoyait déjà que, dans le cas d'une action en cessation de clauses abusives initiée par une association de consommateurs, le juge peut ordonner, au besoin sous astreinte une suppression matérielle de la clause, dans le modèle type de contrat faisant l'objet de l'action. La loi relative à la consommation a ajouté à ce texte un nouvel alinéa aux termes duquel le juge peut déclarer que cette clause est « réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés. » Un ajout identique a été fait à l'article L. 421-2 dans le cas d'une cessation de clause illicite intervenant à l'occasion d'une action civile¹⁴⁷⁴. Le nouvel effet *erga omnes* de l'action en cessation, qui vient, en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴⁷⁵, briser une jurisprudence interne contraire¹⁴⁷⁶, permet donc de faire rayonner la sanction du réputé non écrit aux clauses abusives contenues dans les contrats individuels conclus antérieurement à la décision du juge, même s'ils ne sont plus proposés. Cette sanction se révèle plus adaptée que ne l'aurait été une suppression matérielle.

b- Nullité du contrat

388- Nullité du contrat conclu à la suite d'une pratique déloyale. La nullité du contrat conclu à la suite d'une pratique déloyale est la sanction la plus adaptée pour la victime qui n'aurait pas contracté en l'absence du comportement malhonnête du professionnel. Aussi peut-on saluer l'extension de cette règle qui existait déjà en matière de pratique commerciale agressive¹⁴⁷⁷, au cas du contrat conclu à la suite d'un abus de faiblesse¹⁴⁷⁸.

389- Nullité du contrat conclu en violation du formalisme informatif. Le formalisme informatif présente, avec le droit de rétractation, la particularité de constituer une technique fondamentale de protection des consommateurs. Aussi n'est-il pas étonnant de constater qu'outre la sanction pénale qui assortit, malgré un certain recul, la violation de ce dispositif protecteur, le législateur continue à

¹⁴⁷¹- Par « commodité », on rattachera également ici le réputé non écrit au mécanisme de la nullité partielle, même s'ils ne sont pas identiques.

¹⁴⁷²- C. AUBERT DE VINCELLES, « *La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* », op. cit.

¹⁴⁷³- Article L. 141-4.

¹⁴⁷⁴- Enfin, et toujours au titre des dispositions nouvelles issues de la loi *Hamon*, la DGCCRF peut solliciter du juge une décision analogue à l'occasion de son action en suppression de clause illicite ou abusive qu'elle détenait déjà : voir article L. 141-1, VIII.

¹⁴⁷⁵- CJUE, 26 avril 2012, n° C-472/10, Invitel : D. 2013, p. 945, obs. E. POILLOT ; RTD eur. 2012, p. 666, obs. C. AUBERT DE VINCELLES.

¹⁴⁷⁶- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2005, nos 03-13779 et 03-16935 : D. 2005, p. 2836, obs. S. AMRANI MEKKI.

¹⁴⁷⁷- Article L. 122-15.

¹⁴⁷⁸- Article L. 122-8.

prévoir que le défaut de mentions obligatoires entache de nullité le contrat ainsi formé. L'automatisme de la sanction opère indépendamment d'un vice du consentement, montrant ainsi l'abstraction de la protection offerte par le droit de la consommation dans le domaine contractuel¹⁴⁷⁹. La nullité qui assortissait déjà le contrat dépourvu des mentions obligatoires en matière de démarchage¹⁴⁸⁰ est maintenue. Ainsi, lorsque la convention est conclue hors établissement, l'exemplaire du contrat doit rappeler, à peine de nullité¹⁴⁸¹, les informations précontractuelles qui avaient déjà été fournies au consommateur dans un premier document¹⁴⁸². Lorsque le contrat est conclu à distance, la nullité est uniquement prévue pour les contrats conclus par voie électronique aux fins de sanctionner le formalisme destiné à faire prendre conscience au consommateur de son obligation de payer. Il est ainsi prévu que « le professionnel veille à ce que le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. À cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte, à peine de nullité, la mention claire et lisible : “commande avec obligation de paiement” ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement.¹⁴⁸³ » Le droit interne traduit ainsi par la nullité l'expression utilisée par le législateur européen selon laquelle « le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande¹⁴⁸⁴ », en écho avec la sanction européenne des clauses abusives, celles-ci ne liant pas les consommateurs¹⁴⁸⁵. Enfin, la technique du formalisme informatif ayant été utilisée pour réglementer le contrat d'achat de métaux précieux, il est logique qu'outre les peines d'ordre pénal qui menacent le professionnel, la nullité sanctionne le contrat dépourvu des mentions obligatoires imposées par la loi¹⁴⁸⁶. En revanche, bien que devant comporter également un certain nombre d'« informations », dont la forme n'est cependant pas imposée, les contrats relatifs au gaz de pétrole liquéfié n'encourent pas, le cas échéant, la nullité¹⁴⁸⁷. Les restitutions, qui découlent de cette sanction, ne seraient cependant pas adaptées à ce genre de convention. Il reste que le silence de la loi soulève la question de la nullité virtuelle du contrat.

2- Nullité virtuelle

390- Comme dans le dispositif antérieur, l'obligation générale précontractuelle d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et services n'est pas assortie de sanction spécifique autre que les sanctions pénales qui s'appliquent en cas de délit de fraude ainsi que celles prévues en matière de manquement à l'affichage sur le prix¹⁴⁸⁸. Tout au plus la loi a-t-elle résolu le cas où le professionnel a omis de s'engager sur un délai, contrairement à ce que lui impose le nouvel article L. 111-1, 3^o¹⁴⁸⁹. L'article L. 138-1, alinéa 2, issu de la transposition de la directive, oblige alors le professionnel à livrer ou exécuter la prestation au plus tard trente jours après la conclusion du contrat¹⁴⁹⁰. L'absence de sanction peut s'expliquer par la circonstance que, contrairement à ce qui

¹⁴⁷⁹ - P. STOFFEL-MUNCK, « *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation* » : RTD com. 2012, p. 705 et s.

¹⁴⁸⁰ - Article L. 121-23 anc.

¹⁴⁸¹ - Article L. 121-18-1.

¹⁴⁸² - Sur la non-conformité à la directive n° 2011/83/UE, v. C. AUBERT DE VINCELLES, « *La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* », op. cit. n° 30.

¹⁴⁸³ - Article L. 121-19-3, al. 2.

¹⁴⁸⁴ - Dir. 2011/83/UE, 25 octobre 2011, article 8.2.

¹⁴⁸⁵ - Dir. n° 93/13/CEE, 5 avril 1993, article 6.1.

¹⁴⁸⁶ - Article L. 121-101.

¹⁴⁸⁷ - Article L. 121-107.

¹⁴⁸⁸ - N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), 2011, n°s 278 et s.

¹⁴⁸⁹ - Article L. 111-1, 3^o : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible (...) en l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel [il] s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service. »

¹⁴⁹⁰ - La nouvelle disposition est moins protectrice que la règle introduite par le droit français pour les contrats à

est prévu dans les contrats spécifiquement réglementés, le législateur ne soumet pas l'obligation générale d'information à un formalisme spécifique. La seule exigence réside dans la lisibilité et la compréhensibilité des informations communiquées. La question de la nullité du contrat se pose donc de nouveau.

391- Nullité du contrat sur le fondement des vices du consentement. Si le consommateur prouve que le manquement à la nouvelle obligation générale précontractuelle d'information a vicié son consentement, la sanction est celle de la nullité du contrat. Ainsi en sera-t-il si le défaut d'information provoque une erreur au sens de l'article 1110 du Code civil ou qu'il est constitutif d'une réticence dolosive au sens de l'article 1116 du Code civil. La nullité du contrat devrait alors être assortie, le cas échéant, de dommages et intérêts. Encore faut-il que la preuve de ce vice du consentement soit apportée par le consommateur¹⁴⁹¹.

392- Nullité du contrat en l'absence de vice du consentement ? En droit commun des contrats, le manquement au devoir d'information, sans intention de tromper ou sans que le créancier ait été victime d'une erreur, engage uniquement la responsabilité civile du débiteur¹⁴⁹². En droit de la consommation, la question se pose de savoir si l'ordre public de protection affirmé par la loi *Hamon* pour les dispositions concernant l'obligation générale précontractuelle d'information¹⁴⁹³, justifierait que le défaut d'information rende le contrat annulable, indépendamment d'un vice du consentement. Selon certains auteurs, il faudrait admettre le prononcé de la nullité relative dès lors qu'il s'agit de la violation d'une règle d'ordre public¹⁴⁹⁴. Il est cependant possible d'adopter une position plus nuancée, par référence à la théorie de PLANIOL et RIPERT, selon laquelle, dans le silence de la loi, la nullité virtuelle ne doit être prononcée que « lorsque l'intérêt qu'elle vise à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction et est mis assez gravement en danger par l'inobservation de la loi.¹⁴⁹⁵ » À cet égard, il a été montré que « le caractère d'ordre public [d'une disposition] ne justifie en rien le recours à la nullité du contrat (...) car il ne fait que renseigner sur le domaine de cette disposition et son caractère impératif.¹⁴⁹⁶ » La nullité serait d'ailleurs moins adaptée aux règles qui imposent un comportement, qu'à celles qui en interdisent un¹⁴⁹⁷. En droit interne, la Cour de cassation procède en la matière au cas par cas¹⁴⁹⁸. En droit européen, si la Cour de justice considère que le juge national dispose d'une faculté mais non d'une obligation de relever d'office la violation d'une mention informative obligatoire, sans faire état d'un quelconque vice du consentement¹⁴⁹⁹, elle ne se prononce pas sur le point de savoir si le juge pourrait d'office prononcer la nullité du contrat. La Cour indique qu'il s'agit là d'une sanction dont la détermination relève de la marge d'appréciation des autorités nationales, « pour autant que celle-

distance, qui prévoyait, dans l'ancien article L. 121-20-3, qu'à défaut d'information sur la date d'exécution, celle-ci était considérée être celle de la conclusion du contrat.

¹⁴⁹¹ - Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2009, n° 08-19303, D. La cour d'appel avait retenu qu'un manquement du professionnel à son obligation de renseignement sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation avait provoqué une erreur du consommateur. La Cour de cassation rejette le pourvoi : « la cour d'appel en a souverainement déduit que la société ICD n'avait pas rempli son obligation de renseignement et que M. X et M^{me} Y... étaient en droit d'invoquer le vice de leur consentement donné par erreur sur des informations erronées relatives aux qualités substantielles du matériel vendu en considération desquelles les parties avaient contracté. »

¹⁴⁹² - Sur la distinction entre les deux fondements, v. CA Rennes, 17 octobre 2003 : Contrats, conc., consom. 2004, comm. 85, obs. G. RAYMOND.

¹⁴⁹³ - Cass. com., 11 octobre 2011, n° 10-21698, D.

¹⁴⁹⁴ - J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, LGDJ, Traité de droit civil, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., 2013, n° 1546.

¹⁴⁹⁵ - Article L. 111-7 : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

¹⁴⁹⁶ - J. CALAIS-AULOY, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC*, DALLOZ, 2006, p. 75 et s., spéc. p. 86 ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, ARMAND COLIN, 2^e éd., 2010.

¹⁴⁹⁷ - M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., t. VI, par P. ESMEIN, 1954, n° 295.

¹⁴⁹⁸ - C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse précitée, n°s 230 et s., spéc. n° 234.

¹⁴⁹⁹ - *Ibid.*, n°s 230 et s.

ci soit exercée en conformité avec l'objectif de la directive afin de sauvegarder la protection reconnue aux consommateurs dans des conditions adéquates par rapport aux circonstances propres de l'espèce.¹⁵⁰⁰ » La nullité du contrat ne devrait donc pas être systématique. Son prononcé se justifierait lorsqu'elle constitue une mesure « appropriée (...) en ce qu'elle sanctionne la méconnaissance d'une obligation dont le respect (...) est essentiel aux fins de la formation de la volonté du consommateur et de la réalisation du niveau de protection voulu par le législateur communautaire.¹⁵⁰¹ » Les solutions sont plus nettes à l'égard de la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel pour défaut d'information.

B- La responsabilité civile

393- La responsabilité civile sanctionne de façon classique les manquements à une obligation du professionnel ayant causé un préjudice individuel au consommateur (1). Par l'introduction de l'action de groupe, elle est également étendue aux cas de préjudices patrimoniaux de masse (2).

1- La responsabilité du professionnel en cas de préjudice individuel

394- La responsabilité civile du professionnel peut être engagée dès lors qu'un préjudice a été causé au consommateur. Il n'est donc pas question de passer en revue tous les cas potentiels de mise en œuvre mais uniquement ceux qui se trouvent accrus ou réaffirmés par la loi *Hamon*¹⁵⁰².

395- Responsabilité délictuelle en cas de manquement du professionnel à une obligation précontractuelle d'information. La loi *Hamon* a pour effet d'accroître les obligations précontractuelles d'information du professionnel. Dès lors, les cas où la responsabilité délictuelle de ce dernier peut être mise en œuvre deviennent potentiellement plus nombreux, permettant ainsi au consommateur d'obtenir réparation du préjudice causé par le défaut d'information ou l'insuffisance d'information¹⁵⁰³. Le droit de la consommation ne diffère pas ici du droit commun des contrats, et des projets de réforme qui vont également en ce sens¹⁵⁰⁴.

396- Responsabilité contractuelle en cas de défaut de délivrance des pièces détachées. Dans un souci d'améliorer la réparabilité et la durabilité des produits, la loi relative à la consommation double l'information précontractuelle sur la disponibilité des pièces détachées d'une obligation, qui pèse sur le fabricant ou l'importateur, de fournir obligatoirement aux vendeurs professionnels ou aux réparateurs, agréés ou non, qui le demandent lesdites pièces détachées¹⁵⁰⁵. Si cette obligation de résultat devrait donc faciliter la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du fabricant et de l'importateur dans leurs relations avec les vendeurs et réparateurs, elle est cependant de nature à servir également les intérêts des consommateurs. L'obligation du vendeur professionnel de répercuter au consommateur l'information qu'il a reçue du fabricant ou de l'importateur de la période de disponibilité des pièces détachées n'était en effet jusqu'alors pas assortie de sanction.

397- Responsabilité de plein droit du professionnel contractant à distance. La transposition du

¹⁵⁰⁰- N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), 2011, n° 282.

¹⁵⁰¹- CJUE, 17 décembre 2009, n° C-227/08, Eva Martín Martín.

¹⁵⁰²- V. par ex. pour l'action en responsabilité civile en matière de pratiques commerciales déloyales, C. AUBERT DE VINCELLES, « *Le Code de la consommation à l'épreuve de nouvelles notions. L'exemple des pratiques commerciales déloyales* », op. cit. n° 21.

¹⁵⁰³- Il appartient au consommateur de prouver le lien causal entre ce manquement et son préjudice : Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005, n° 03-19603.

¹⁵⁰⁴- Projet de réforme de droit des contrats (version officielle, juillet 2008), article 50, al. 4 ; J. GHESTIN (dir.), « *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats* » : LPA 12 février 2009, p. 42 et s., article 50 (par Y.-M. SERINET) ; F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, DALLOZ, coll. Thèmes et commentaires, 2011, article 34.

¹⁵⁰⁵- Article L. 111-3.

régime des contrats à distance et hors établissement issu de la directive n° 2011/83/UE a laissé subsister la responsabilité sans faute, ou objective, du professionnel, qui est « responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. » Cette responsabilité contractuelle du fait d'autrui, dont l'étendue est particulièrement large et qui est propre au droit interne français¹⁵⁰⁶, sanctionne l'inexécution ou la mauvaise exécution du professionnel contractant à distance tout en facilitant les recours du consommateur, en permettant de les diriger vers le cocontractant direct. Si ces hypothèses de mise en œuvre de la responsabilité du professionnel ne sont pas nouvelles, il en est, en revanche, différemment en ce qui concerne la responsabilité du professionnel en cas de préjudices patrimoniaux de masse.

2 – La responsabilité du professionnel en cas de préjudices patrimoniaux de masse

398- L'action de groupe introduite par la loi *Hamon* est conçue comme une action en responsabilité civile intentée par une association de consommateurs agréée. Indépendamment des particularités d'ordre procédural¹⁵⁰⁷, deux spécificités de la responsabilité du professionnel méritent d'être soulignées. La première réside dans la limitation des dommages réparables aux préjudices individuels « patrimoniaux résultant des dommages matériels ». Sont donc exclus les préjudices extrapatrimoniaux, corporels, ainsi que les préjudices patrimoniaux résultant d'un dommage corporel. La seconde tient à la définition de la faute du professionnel qui résulte soit d'un manquement à ses obligations « légales ou contractuelles » à l'occasion de « la vente de biens ou de la fourniture de services », soit de « pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du Livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Le champ couvert par la définition de la faute n'est donc pas limité matériellement par le manquement à une disposition du Code de la consommation¹⁵⁰⁸ mais par la qualité de l'auteur du manquement – un professionnel – et de la victime – un consommateur, entendu au sens du nouvel article préliminaire du Code de la consommation, excluant le non-professionnel. En outre, en réservant l'action à la réparation des préjudices subis par des « consommateurs placés dans une situation similaire ou identique¹⁵⁰⁹ et ayant pour cause commune un manquement » d'un professionnel¹⁵¹⁰, le dispositif pose une exigence d'identité ou de similitude qui « renvoie ainsi, non pas aux préjudices subis, mais au fait générateur de responsabilité, à la faute commise par le responsable.¹⁵¹¹ » L'action de groupe devrait permettre soit une réparation en nature du préjudice, telle que, par exemple, la réparation ou le remplacement du bien, soit l'allocation de dommages-intérêts¹⁵¹².

En conclusion de ces développements sur la responsabilité du professionnel, il apparaît qu'à la suite de la censure par le Conseil constitutionnel des dispositions visant à la création d'un fichier recensant les crédits à la consommation accordés aux particuliers, un cas de responsabilité n'a pas été introduit en droit français : la responsabilité civile des prêteurs en présence de crédits excessifs accordés aux consommateurs. En effet, comme l'a relevé M^{me} Aubry, ledit fichier n'aurait certainement pas eu pour unique fonction de permettre au prêteur de connaître le niveau d'endettement du consommateur, sans que l'octroi d'un crédit excessif ait de conséquences. La création d'un tel fichier aurait sans doute conduit les juges à admettre plus facilement la

¹⁵⁰⁶- N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAU, *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), 2011, n°s 796 et s.

¹⁵⁰⁷- V. REBEYROL, « *La nouvelle action de groupe* », op. cit.

¹⁵⁰⁸- C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur* », op. cit. n° 39.

¹⁵⁰⁹- Les consommateurs doivent être au préalable identifiés s'agissant de la procédure d'action de groupe simplifiée.

¹⁵¹⁰- Article L. 423-1.

¹⁵¹¹- M. BACACHE, « *Introduction de l'action de groupe en droit français* », op. cit.

¹⁵¹²- Article L. 423-3.

responsabilité des prêteurs en présence de crédits excessifs, responsabilité qui, en l'état du droit positif, est écartée du fait du principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client¹⁵¹³.

Aux côtés de la nullité et de la responsabilité du professionnel qui sont classiques, deux sanctions civiles plus originales sont prévues par la loi *Hamon* : les sanctions civiles financières ainsi que le droit de résolution unilatérale du consommateur.

C- Le droit de résolution unilatérale du consommateur

399- Effectivité renforcée à l'égard des contrats tacitement reconductibles. Afin de faciliter la résiliation par le consommateur de ses engagements tacitement reconductibles, l'article L. 136-1, issu de la loi *Chatel* n° 2005-67 du 28 janvier 2005, met à la charge du prestataire de services une obligation d'informer, en temps utile, son cocontractant de sa faculté de ne pas reconduire le contrat¹⁵¹⁴. L'article L. 136-1 précise que lorsque cette information n'a pas été adressée au consommateur, ce dernier « peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction. » La sanction du défaut d'information consiste donc en un droit de résiliation unilatérale dont l'efficacité tient à ce qu'il fait échec aux clauses pénales qui sanctionneraient la résiliation avant le terme de la période en cours et qu'il s'exerce sans préavis. Malheureusement, cette sanction était restée inefficace du fait précisément de l'ignorance de son existence par le consommateur. La loi *Hamon* y remédie en obligeant désormais le professionnel à reproduire dans les contrats de services, le contenu de l'article L. 136-1¹⁵¹⁵. On aura ici reconnu la technique de l'information sur les dispositions légales de protection par le biais d'une reproduction de celles-ci, analogue à ce qui existe en matière de garantie des vices cachés dans les contrats de garantie¹⁵¹⁶.

400- Aménagement à l'égard du défaut de livraison. Le nouveau chapitre intitulé « Livraison et transfert de risque¹⁵¹⁷ », introduit de manière à transposer la directive n° 2011/83/UE, reprend l'essentiel de l'ancien article L. 114-1. Le non-respect du délai d'exécution fait donc naître, comme auparavant, un droit à la résolution unilatérale du contrat qui s'exerce par lettre recommandée avec accusé de réception ou, ce qui est une nouveauté, « par un écrit sur un autre support durable.¹⁵¹⁸ » Cette sanction « aux fins de disparition du contrat¹⁵¹⁹ », du fait de la marginalisation du juge qu'elle opère, manifeste que le droit de la consommation connaît, comme le droit commun des contrats, une « privatisation des sanctions.¹⁵²⁰ » Cependant est désormais aménagée une phase préalable exigée par la directive consistant en une mise en demeure du professionnel, selon les mêmes modalités, de s'exécuter dans un « délai supplémentaire raisonnable ». Cette mise en demeure est écartée en cas de refus d'exécution par le professionnel. Elle l'est également en cas de caractère « essentiel » de la date d'exécution pour le consommateur, lequel résulte soit des circonstances qui entourent la conclusion du contrat¹⁵²¹, soit d'une demande préalable expresse du consommateur. À ces règles

¹⁵¹³ - H. AUBRY : D. 2014, *Panorama Droit de la consommation*, p. 1297 et s., spéc., p. 1305 ainsi que l'analyse de CJUE, 27 mars 2014, n° C-565/12, LCL, qui estime que la sanction française du manquement à l'obligation de vérifier la solvabilité de l'emprunteur n'est pas suffisante.

¹⁵¹⁴ - Article L. 136-1.

¹⁵¹⁵ - Article L. 136-2.

¹⁵¹⁶ - Les dispositions des articles 1614 et 148 du Code civil doivent être impérativement reproduites : voir article L. 211-15, tel que modifié par la loi *Hamon*.

¹⁵¹⁷ - C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur* », op. cit. n° 33.

¹⁵¹⁸ - Article L. 138-2.

¹⁵¹⁹ - C. AUBERT DE VINCELLES et J. ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire. Les sanctions de l'inexécution du contrat*, ECONOMICA, 2006, p. 20.

¹⁵²⁰ - D. MAZEAUD, « *Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes* », in F. FENOUILLET et C. CHAINAIS, *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction entre technique et politique*, op. cit., p. 235 et s., spéc. p. 240.

¹⁵²¹ - Par exemple, la livraison d'un sapin pour Noël.

issues de la directive, la transposition ajoute, en cas de résolution du contrat, un délai de restitution des sommes versées de quatorze jours, assorti, en cas de non-respect, d'intérêts moratoires spécifiques¹⁵²². La transposition de la directive permet enfin d'introduire en droit de la consommation des sanctions civiles pécuniaires originales.

D – Les sanctions civiles pécuniaires

401- Issues pour la plupart de la transposition de la directive n° 2011/83/UE, un certain nombre de dispositions relèvent des sanctions, sans pour autant être ainsi qualifiées. Elles consistent, à l'égard du professionnel, soit à mettre à sa charge des coûts qui devraient être en principe supportés par le consommateur, soit à le priver des restitutions auxquelles il aurait pu prétendre.

402- *Prise en charge des coûts incombant au consommateur.* Lorsque le professionnel a omis d'informer le consommateur qu'il revient à ce dernier de supporter les frais de renvoi du bien en cas de rétractation¹⁵²³, ces coûts sont mis à la charge du professionnel¹⁵²⁴. Ce transfert de coûts est particulièrement adapté à l'obligation d'information dont il assure la sanction.

403- *Déchéance du droit aux restitutions.* Transposant la directive n° 2011/83/UE, la loi *Hamon* autorise désormais le professionnel à exécuter le contrat pendant le délai de rétractation même pour des services conclus hors établissement, contrairement au droit antérieur¹⁵²⁵. Cette exécution doit cependant respecter un certain formalisme pour les contrats de services et le téléchargement numérique, en raison des risques qu'elle fait peser sur la perte du droit de rétractation. Ainsi, avant toute exécution d'un contrat de services pendant le délai de rétractation, le professionnel doit recueillir « la demande expresse » du consommateur « sur papier ou sur support durable.¹⁵²⁶ » L'exécution du service n'empêche pas le consommateur de se rétracter, sauf à ce qu'il restitue un équivalent en valeur, proportionnellement au prix convenu dans le contrat et à l'exécution partielle commencée avant la fin du délai de rétractation¹⁵²⁷. Le droit de rétractation ne s'éteint que lorsque le service est pleinement exécuté¹⁵²⁸. En revanche, ce droit s'éteint dès le commencement d'exécution d'un téléchargement numérique, à la condition, là encore, du respect d'un formalisme spécial préalable au début d'exécution, consistant en un accord et un renoncement « exprès » du consommateur à son droit de rétractation¹⁵²⁹. Lorsque le contrat est conclu hors établissement, l'accord doit être mentionné dans l'exemplaire de la convention remise au consommateur¹⁵³⁰. Lorsque le contrat est conclu à distance, l'accord doit être confirmé dans le contrat adressé sur un support durable¹⁵³¹. En indiquant qu'« aucune somme n'est due par le consommateur ayant exercé son droit de rétractation » si le formalisme en question n'a pas été respecté¹⁵³², le législateur sanctionne par une déchéance de son droit aux restitutions le professionnel qui a failli au formalisme protecteur du consommateur.

Enfin, dans le prolongement de cette privation des restitutions, le professionnel doit supporter la dépréciation du bien qui serait renvoyé par le consommateur pendant la prorogation du délai de

¹⁵²²- Article L. 138-3 : « Lorsque le contrat est résolu dans les conditions prévues à l'article L. 138-2, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, au plus tard dans les 14 jours suivant la date à laquelle le contrat a été dénoncé. La somme versée par le consommateur est de plein droit majorée de 10 % si le remboursement intervient au plus tard 30 jours au-delà de ce terme, de 20 % jusqu'à 60 jours et de 50 % ultérieurement ».

¹⁵²³- Article L. 121-17, I, 3°.

¹⁵²⁴- Article L. 121-21-3.

¹⁵²⁵- Article L. 121-26.

¹⁵²⁶- Article L. 121-21-5, al. 1^{er}.

¹⁵²⁷- Article L. 121-21-5, al. 2.

¹⁵²⁸- Article L. 121-21-8, 1°.

¹⁵²⁹- Article L. 121-21-8, 13°.

¹⁵³⁰- Article L. 121-18-1.

¹⁵³¹- Article L. 121-19-2.

¹⁵³²- Articles L. 121-21-5, al. 3, pour les contrats de services, et L. 121-21-6, pour les contrats de fourniture de contenu numérique.

rétractation à douze mois, prorogation qui vient sanctionner le défaut d'information précontractuelle portant sur ce droit de rétractation¹⁵³³.

L'efficacité de ces sanctions pécuniaires réside dans la déchéance à laquelle elles aboutissent : le professionnel perd une somme d'argent à laquelle il pouvait prétendre. Le dispositif est d'une autre nature, lorsque le professionnel est tenu de rembourser le consommateur des sommes versées à raison de son « absence d'opposition expresse (...) à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées¹⁵³⁴ », en d'autres termes à raison des cases pré-cochées. Dans ce cas, en effet, le professionnel restitue une somme indue, faute de consentement du consommateur.

Aux sanctions pénales et civiles, s'ajoutent désormais des sanctions administratives qui constituent l'une des grandes innovations de la loi *Hamon*.

E- La création de sanctions administratives

404- Outre l'affermissement par la loi nouvelle de ses pouvoirs d'enquête et de constatation des infractions et des manquements¹⁵³⁵, la DGCCRF se voit dotée de nouveaux pouvoirs de sanctions, qu'il s'agisse des amendes sanctionnant l'inexécution, par les professionnels, des injonctions administratives (1)) ou de celles sanctionnant leurs manquements (2).

1- Amendes sanctionnant les manquements

405- Dans un but d'effectivité de la règle de droit, la loi *Hamon* instaure des sanctions administratives, présentées comme une « alternative aux sanctions pénales et civiles en cas de non-respect de certaines dispositions du droit de la consommation.¹⁵³⁶ » Dans quelques cas, toutefois, ainsi que n'a pas manqué de le relever le Conseil constitutionnel, l'amende administrative n'est pas alternative mais cumulative aux sanctions pénales et civiles. Un certain nombre de manquements sont ainsi désormais passibles, « directement », sans passer par la voie d'une injonction, d'une amende administrative dont le montant est généralement de 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, ou de 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale¹⁵³⁷. Ainsi, relèvent de la fourchette « basse » la violation des obligations précontractuelles d'information qu'elles soient générales¹⁵³⁸, spécifiques aux contrats réglementés à raison de leur contexte – à distance ou hors établissement¹⁵³⁹ –, ou figurant dans les opérations d'achats de métaux précieux. Sont également passibles d'une amende ne pouvant excéder 15 000 euros, l'insertion d'une clause abusive dite « noire¹⁵⁴⁰ », les

¹⁵³³ - Article L. 121-21-3, al. 3 : le professionnel perd en effet, lorsqu'il n'a pas informé le consommateur de son droit de rétractation, le droit dont il dispose d'engager la responsabilité du consommateur en cas de dépréciation du bien retourné résultant de manipulations autres que celles nécessaires à la vérification de sa conformité et à son fonctionnement. À cet égard, la transposition de la directive permet d'introduire pour la première fois dans le Code de la consommation une sanction du consommateur, autre qu'une déchéance de ses droits, qui existe déjà en matière de surendettement (article L. 333-2). La directive consacre sur ce point la jurisprudence de CJUE, 3 septembre 2009, n° C-489/07, Messner : D. 2010, p. 790, obs. E. POILLOT; RDC 2010, p. 643, note C. AUBERT DE VINCELLES. Sur la transposition, v. C. AUBERT DE VINCELLES, « *La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* », op. cit. n° 35.

¹⁵³⁴ - Article L. 114-1.

¹⁵³⁵ - S. DETRAZ, « *Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions* », op. cit.

¹⁵³⁶ - Exposé des motifs.

¹⁵³⁷ - V. l'article 114 de la loi qui vient assortir d'amendes administratives les dispositions du Code de la consommation non modifiées par la loi. Pour les règles nouvelles, issues de la loi, les amendes administratives sont prévues au fur et à mesure des textes.

¹⁵³⁸ - V. notamment les articles L. 111-6 pour l'obligation précontractuelle d'information générale, L. 113-3-2 pour l'information sur le prix, L. 121-103 pour l'affichage du prix et L. 114-2 pour les cases pré-cochées.

¹⁵³⁹ - V. notamment article L. 121-22, al. 1^{er}, pour les contrats conclus à distance ou hors établissement.

¹⁵⁴⁰ - Article L. 132-2.

manquements aux dispositions sur la garantie de conformité¹⁵⁴¹ et le service après-vente¹⁵⁴². En revanche, relèvent de la fourchette « haute » tout manquement aux dispositions encadrant le droit de rétractation¹⁵⁴³ ou l'opposition au démarchage téléphonique¹⁵⁴⁴.

Alors que le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires suggérait une extension des pouvoirs d'injonction de la DGCCRF, il était réticent quant à conférer un pouvoir de sanctions à cette administration, notamment parce que les entreprises ne bénéficieraient pas des mêmes garanties procédurales. C'est précisément un des arguments qui avaient été avancés devant le Conseil constitutionnel. Ce dernier le rejette, estimant que la procédure prévue à l'article L. 141-1-2 est conforme au principe du respect des droits de la défense. La décision relève que : « dans chaque cas, l'injonction adressée au professionnel de se conformer à ses obligations ou de cesser tout comportement illicite survient après une procédure contradictoire ; que l'administration, avant de prononcer une sanction, informe le professionnel mis en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'il peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix ; que l'administration doit également inviter le professionnel dans un délai de soixante jours à présenter ses observations écrites et le cas échéant ses observations orales ; qu'au terme du délai, l'autorité administrative peut prononcer l'amende par une décision motivée. » Le Conseil observe cependant « qu'il appartiendra au juge administratif, compétent pour connaître du contentieux de ces sanctions administratives, de veiller au respect de la procédure prévue par le législateur.¹⁵⁴⁵ »

Parmi les comportements qui ne sont pas passibles d'amendes administratives, deux d'entre eux méritent notamment d'être signalés. Il s'agit, d'une part, des pratiques déloyales, c'est-à-dire à la fois les pratiques interdites au sens de l'article L. 120-1, les pratiques trompeuses et les pratiques agressives. Cependant, une exception est faite pour les publicités, concours et jeux par voie électronique¹⁵⁴⁶ et les loteries publicitaires¹⁵⁴⁷ qui, conçus par le législateur français comme des pratiques commerciales spécifiques, sont passibles d'une amende administrative. D'autre part, hormis l'insertion d'une clause abusive dite « noire », les manquements aux dispositions concernant les conditions générales des contrats ne sont pas davantage passibles d'amendes administratives. L'éviction de l'amende est ici surprenante. Certes inadaptée pour certains manquements, tels que la livraison, elle aurait pu utilement sanctionner la violation de l'absence de mention des dispositions sur la garantie ou la non-reproduction de l'article L. 136-1 sur la faculté de non-reconduction des contrats de services. Cela est d'autant plus regrettable que l'existence d'amendes administratives ou de sanctions pénales conditionne le prononcé d'amendes en cas d'inexécution des injonctions de l'administration.

2- Amendes sanctionnant l'inexécution des injonctions de l'administration

406- La DGCCRF était déjà investie par l'ancien article L. 141-1, V, de pouvoirs d'enjoindre aux professionnels de se conformer à un certain nombre d'obligations issues du Code de la consommation – celles énumérées à l'ancien article L. 141-1, I, II et III –, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite. Ces pouvoirs étaient conçus comme des avertissements adressés aux contrevenants et destinés à les inciter à rectifier leurs comportements. Ils tiraient leur efficacité d'un risque d'une transmission au parquet. Deux nouveautés assortissent ces pouvoirs d'injonction qui doivent, comme auparavant, être mis en œuvre dans le respect du contradictoire et assortis d'un délai raisonnable d'exécution¹⁵⁴⁸. Ils sont en effet étendus et désormais assortis de

¹⁵⁴¹ - Article L. 211-16-1.

¹⁵⁴² - Article L. 211-23.

¹⁵⁴³ - Article L. 121-22, al. 2.

¹⁵⁴⁴ - Article L. 121-34-1.

¹⁵⁴⁵ - Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

¹⁵⁴⁶ - Article L. 121-15-3.

¹⁵⁴⁷ - Article L. 121-41.

¹⁵⁴⁸ - Article L. 141-1, VII.

sanctions.

407- Extension des pouvoirs d'injonctions existants. Ainsi que le suggérait le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires, les pouvoirs d'injonction de l'administration sont élargis à un certain nombre de dispositions qui, jusqu'à présent, y échappaient¹⁵⁴⁹. En matière de crédit à la consommation, les injonctions, limitées auparavant aux crédits affectés, aux opérations de découvert en compte et à l'application des sanctions sont généralisées à tous les textes sur le crédit à la consommation¹⁵⁵⁰. En matière de crédit immobilier, le phénomène est identique¹⁵⁵¹, les pouvoirs ne se limitant plus au respect des textes sur les sanctions en la matière.

En dehors du crédit, une grande partie du droit contractuel de la consommation qui ne relevait pas des prérogatives de la DGCCRF entre désormais dans le champ de sa compétence. Le constat est saisissant à l'égard du chapitre concernant l'obligation générale d'information précontractuelle, qui est dans son ensemble susceptible d'injonctions en cas de manquement¹⁵⁵², et non plus seulement en ses dispositions concernant le prix et les conditions de vente. Il en est de même à l'égard des dispositions concernant les conditions générales des contrats qui relèvent désormais toutes du champ d'intervention de la DGCCRF¹⁵⁵³, lequel se limitait jusqu'alors aux règles sur l'interprétation et la forme des contrats, sur la reconduction et sur les clauses abusives. S'agissant de ces dernières, le rôle de la DGCCRF est étendu puisque, outre sa nouvelle compétence pour prononcer une amende administrative en cas d'insertion d'une clause dite « noire », ses traditionnels pouvoirs d'enjoindre au professionnel de supprimer une telle clause ou de saisir les juridictions civiles et administratives aux fins d'obtenir une telle suppression sont accrus, le premier parce qu'il peut désormais faire l'objet d'une publicité¹⁵⁵⁴ et le second parce qu'il peut être assorti d'un effet *erga omnes*¹⁵⁵⁵. Tout le champ contractuel de la consommation est donc désormais susceptible d'injonctions de l'administration puisque la loi a logiquement, maintenu ces pouvoirs qui existaient pour les règles relatives à la garantie de conformité¹⁵⁵⁶, les contrats réglementés à raison de leur contexte – contrats à distance et hors établissement¹⁵⁵⁷ –, ou de leur objet – *time share*¹⁵⁵⁸, fourniture d'électricité et de gaz¹⁵⁵⁹. Elle a également étendu ces pouvoirs aux contrats qui font leur entrée dans le Code de la consommation – transactions dans les foires et salons¹⁵⁶⁰. Enfin, est créée une injonction spécifique de nature à renforcer la sécurité du commerce électronique. Lorsqu'un professionnel est dans l'incapacité manifeste de respecter ses engagements en matière de contrat à distance – livraison d'un bien ou fourniture d'une prestation de service –, qu'ils soient à sa charge ou à celle de tiers, la DGCCRF peut lui enjoindre de ne plus prendre aucun paiement avant l'exécution de ses obligations et d'informer le consommateur de l'injonction dont il a fait l'objet¹⁵⁶¹. Le défaut d'obtempération à cette injonction peut donner lieu à une saisine du juge aux fins d'ordonner sous astreinte la suspension de la prise de paiement¹⁵⁶². En outre, la DGCCRF peut désormais saisir le juge des référés aux fins d'obtenir la cessation d'un service de communication en ligne, tel que prévue par l'article 6.8 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Enfin, les pratiques déloyales sur le fondement des critères généraux de la déloyauté¹⁵⁶³, les

¹⁵⁴⁹- J.-M. COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, op. cit, p. 28.

¹⁵⁵⁰- Article L. 141-1, I, 4°.

¹⁵⁵¹- Article L. 141-1, I, 5°.

¹⁵⁵²- Article L. 141-1, II, 1°.

¹⁵⁵³- Article L. 141-1, II, 4°, 5°..

¹⁵⁵⁴- Article L. 132-2, al. 2.

¹⁵⁵⁵- Article L. 141-1, VIII, 1°.

¹⁵⁵⁶- Par combinaison des articles L. 141-1, VII et L. 141-1, II, 6°.

¹⁵⁵⁷- Par combinaison des articles L. 141-1, VII et L. 141-1, I, 2°.

¹⁵⁵⁸- Par combinaison des articles L. 141-1, VII et L. 141-1, I, 2°.

¹⁵⁵⁹- Article L. 141-1, I, 2°.

¹⁵⁶⁰- Article L. 141-1, II, 2°.

¹⁵⁶¹- Article L. 141-1-1.

¹⁵⁶²- Article L. 141-1-1.

¹⁵⁶³- Article L. 120-1.

pratiques trompeuses¹⁵⁶⁴ ou agressives¹⁵⁶⁵ peuvent, comme auparavant, faire l'objet d'injonctions¹⁵⁶⁶.

408- Renforcement de l'efficacité des injonctions par la création d'amendes sanctionnant leur inexécution. La seconde nouveauté caractérisant les pouvoirs d'injonction réside dans les conséquences attachées à leur inexécution. Dès lors que le manquement ayant justifié l'injonction est sanctionné soit par une amende administrative, soit par une sanction pénale, le défaut d'obtempération à l'injonction dans le délai imparti peut être assorti d'une amende administrative, dont le prononcé se déroule dans les conditions de l'article L. 141-1-2, qui ont été considérées comme conformes au principe du contradictoire.

Le montant de l'amende, qui ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, varie en fonction de la peine assortissant le manquement objet de l'injonction¹⁵⁶⁷. Il en résulte que les comportements qui ne sont pas sanctionnés par une amende administrative ou par une sanction pénale, tels que, par exemple, les pratiques déloyales sur le fondement des critères généraux ou les manquements aux conditions générales des contrats autres que les clauses abusives, peuvent certes faire l'objet d'une injonction mais resteront impunis par la DGCCRF en cas de défaut d'obtempération. Cette différence de régime n'est pas de nature à faciliter la tâche des inspecteurs de la DGCCRF. Enfin, comme auparavant, la DGCCRF dispose du pouvoir de saisir, le cas échéant, la juridiction civile aux fins d'ordonner la cessation des agissements illicites¹⁵⁶⁸. Elle recourt assez rarement à cette prérogative, ce qui renforce d'autant l'intérêt des amendes administratives.

Un certain nombre d'arguments ont été opposés à la création d'amendes administratives. À celui tiré de l'absence de garanties procédurales suffisantes pour les entreprises, rejeté par le Conseil constitutionnel, s'ajoute celui du défaut de véritable dépenalisation provoqué par ces amendes. M. Detraz a ainsi montré que le régime général de cette « répression administrative », institué à l'article L. 141-1-2, « emprunte ses conceptions et règles au droit pénal » : règle pénale du quintuple pour les amendes infligées aux personnes morales ; variation des amendes qui instaure ainsi des manquements contraventionnels et des manquements correctionnels ; règle du cumul plafonné en cas de concours avec une sanction pénale ; délai de prescription de l'action évoquant la prescription de l'action publique ; procédure validée par le Conseil constitutionnel à l'aune des principes pénaux contenus dans la Déclaration des droits de l'Homme, l'amende administrative étant une sanction ayant le caractère d'une punition¹⁵⁶⁹. Et l'auteur d'en conclure que la DGCCRF, « pour utiliser la terminologie pénale, cumule les fonctions de police judiciaire et administrative, de poursuite, d'instruction, de jugement et de mise à exécution. » Un autre argument qui a été invoqué est celui de l'opacité des sanctions dès lors que la décision prononcée par l'administration « peut » (et non « doit ») être publiée¹⁵⁷⁰. Cette absence d'obligation s'inscrit d'ailleurs dans la lignée du prononcé des amendes, lequel est toujours facultatif. Il sera peut-être dès lors difficile de déceler la politique des sanctions qui sera déterminée par la DGCCRF. Ces arguments traduisent cependant le « prix à payer » pour améliorer l'effectivité des droits des consommateurs. Il n'en demeure pas moins que l'objectif d'efficacité et de déjudiciarisation de la sanction pourrait rester difficile à réaliser en cas de contestation des professionnels, le contentieux n'étant alors que déplacé des juridictions civiles aux juridictions administratives, voire, pour certains manquements, éclaté entre trois types de juridictions. En tout état de cause, la cohérence de l'action législative impose désormais au pouvoir politique d'augmenter de façon significative le nombre des inspecteurs de la DGCCRF, faute de quoi la promotion de l'effectivité des droits des consommateurs, affichée par la présente loi, ne

¹⁵⁶⁴ - Article L. 121-1.

¹⁵⁶⁵ - Article L. 122-11.

¹⁵⁶⁶ - Ces pratiques sont respectivement visées par les 1^o, 2^o et 3^o de l'article L. 141-1, I.

¹⁵⁶⁷ - Article L. 141-1, VII.

¹⁵⁶⁸ - Article L. 141-1, VIII, 2^o.

¹⁵⁶⁹ - S. DETRAZ, « Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », op. cit. p. 22.

¹⁵⁷⁰ - Article L. 141-1-2.

pourra être atteinte.

Plus fondamentalement, la triple nature des sanctions qui assortissent désormais les dispositions du droit de la consommation confirme la nécessité de réserver une haute protection à la sécurité, à la santé, et à l'intégrité du consentement du consommateur face aux comportements frauduleux de certains dirigeants (professionnels indéliçats.) Seuls donc ces critères doivent justifier le recours à la sanction pénale, renforcée le cas échéant, par une sanction civile ou une sanction administrative. Ainsi, l'intervention de l'administration dans la sphère contractuelle est de nature à insuffler une finalité commune à ces dispositions de nature différente, qui tiendrait à « la collectivisation de la finalité de la protection¹⁵⁷¹ », collectivisation qui gagne donc désormais la matière contractuelle. Le droit contractuel de la consommation apparaît ainsi comme le modèle d'un nouvel ordre public, lequel ne se cantonne plus à la défense d'un intérêt individuel mais assure également, par le truchement de celui-ci, la protection de l'intérêt général.

Cependant, même si cela procède d'un objectif noble, Il reste que l'on peut déplorer l'affaiblissement entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction, le droit pénal étant omniprésent en matière de consommation.

SECTION III- LES CRITÈRES RELATIFS À L'INTERET PROTÉGÉ EN DROIT PÉNAL DES SOCIÉTÉS¹⁵⁷²

409- Ainsi que nous l'avons indiqué, la répression pénale du dirigeant en droit des sociétés devrait se limiter aux infractions intentionnelles portant gravement atteinte aux valeurs essentielles de l'entreprise. Étant l'outil le plus coercitif affecté au service du respect du droit, la sanction pénale ne doit être employée que pour garantir le respect de ces seules valeurs et non celui d'obligations moins impérieuses, voire parfois absurdes. Il convient donc de déterminer à présent les critères des intérêts devant faire l'objet d'une protection pénale en matière de sociétés.

Ces derniers sont à rechercher dans la nature même de la société. Ainsi, s'il est possible de définir la société comme un « *groupement de personnes à but lucratif*¹⁵⁷³ » au regard de l'article 1832 du Code civil, il convient de voir dans cette définition les intérêts les plus essentiels de la société. Il s'agit avant tout de la finalité lucrative de la société. La poursuite de ce dessein induit l'existence d'un patrimoine social auxquels des actes frauduleux de dirigeants malhonnêtes ne doivent pas porter préjudice (I). Cependant, la société est aussi une association de personnes. Et, comme dans un système démocratique¹⁵⁷⁴, l'organisation de la société est structurée autour des droits reconnus aux associés. Le respect de ces droits constitue aussi l'une des exigences les plus primordiales auxquelles les dirigeants ne doivent guère porter atteinte (II). Par ailleurs, la base de la société est la confiance, de laquelle découle *l'affectio societatis*. Cette dernière garantit la solidité de l'entreprise. Les obligations fiduciaires imposées à ses dirigeants représentent également un intérêt majeur dans son bon fonctionnement (III). Enfin, à l'ensemble de ces intérêts majeurs découlant de la nature même de la société se rajoute un autre : celui de la fiabilité du contrôle des commissaires aux comptes (IV) dont la mission revêt une importance de plus en plus considérable dans le fonctionnement des sociétés modernes.

I- LE CRITÈRE RELATIF À LA PROTECTION DU PATRIMOINE SOCIAL

¹⁵⁷¹- J. ROCHFELD, « *Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'Homme* », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. p. 849.

¹⁵⁷²- Concernant ces critères, nous avons repris l'analyse effectuée par M. HASCHKE-DOURNAUX, in *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, thèse, Université Paris II, LGDJ, 2005.

¹⁵⁷³- Formule empruntée à M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 10 éd. LITEC, 1997, p. 6 et s. Toutefois, la formule n'est pas reprise dans les éditions les plus récentes.

¹⁵⁷⁴- Y. GUYON, *La société anonyme, une démocratie parfaite!* in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA, DALLOZ 2001, p. 133 et s.

410- La préservation du patrimoine social s'impose à un double titre. D'une part, le patrimoine est le moyen pour la société de parvenir à la réalisation de son objet social. À ce titre, il importe prioritairement de le protéger de la dissipation ou d'utilisations abusives ou frauduleuses par ses dirigeants (A). Mais le patrimoine social est aussi le gage des créanciers et cette considération justifie également sa mise sous protection par le droit pénal (B).

A- La protection du patrimoine social bien propre de la société

411- Le patrimoine de la société ne peut se confondre avec celui des associés. Ce principe impératif de dissociation est le garant du respect de l'intégrité du patrimoine (1). Mais en pratique, ce dernier peut faire l'objet d'utilisations abusives ou frauduleuses de la part des dirigeants qui en ont la charge. Dans cette perspective, l'abus de biens sociaux, par sa définition axée sur l'intérêt social, se présente comme un rempart pour le patrimoine social contre l'éventualité de telles velléités (2).

1- Le principe de séparation du patrimoine de la société et du patrimoine des associés

412- Par son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, toute société¹⁵⁷⁵ se voit pourvue de la personnalité morale¹⁵⁷⁶ et, par conséquent, d'un patrimoine propre, distinct de celui des associés. Ce patrimoine, comme celui des personnes physiques, est composé de *l'ensemble de ses biens et obligations envisagés comme formant une universalité de droit*¹⁵⁷⁷.

Selon le principe de dissociation des patrimoines, les associés ne peuvent être considérés comme copropriétaires des biens qu'ils apportent à la société. Seule, la personne morale en est propriétaire¹⁵⁷⁸. Les droits des associés sont donc toujours meubles¹⁵⁷⁹, même dans l'hypothèse de l'apport d'un immeuble à la société. Ces derniers ne sont titulaires que d'un droit de créances à l'encontre de la personne morale et d'une double vocation à percevoir périodiquement une part des bénéfices, et à la dissolution de la société, une part du patrimoine. De même, la société n'est pas tenue des dettes personnelles des associés et inversement, les associés ne peuvent être liés par les dettes de la société, à l'exception des associés de sociétés de personnes qui sont personnellement, indéfiniment et solidairement responsables sur leur propre patrimoine des dettes de la société. Cette séparation des patrimoines explique aussi l'impossibilité d'une compensation entre les dettes et créances de la société et celles des associés. Ainsi, un créancier de la société ne pourra compenser sa créance par une dette qu'il a à l'égard d'un associé.

Au regard de cette impérative et stricte séparation, les dirigeants sociaux ont l'obligation de gérer le patrimoine social dans l'intérêt exclusif de la société. Or, ces derniers peuvent être tentés de faire illégitimement usage des biens de la sociétés comme de leurs biens propres, en voulant, par exemple, faire payer leurs dettes personnelles par la société, ou encore disposer de ses biens mobiliers ou immobiliers à des fins personnelles. Menacé dans ces conditions par les dirigeants qui en ont la charge, il convient de soumettre le patrimoine social à une protection rigoureuse. Dans cette perspective, l'article 1^{er} du Protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* », ainsi que l'a appelé la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁵⁸⁰.

2- La préservation du patrimoine social

413- *L'abus de biens sociaux en rempart du patrimoine social.* Ainsi que nous l'avions

¹⁵⁷⁵ - À l'exception des sociétés non immatriculées comme celles en participation ou encore celles créées de fait.

¹⁵⁷⁶ - Article 1842 du Code civil et L. 210-6 Code de commerce.

¹⁵⁷⁷ - Suivant la théorie abstraite d'AUBRY et RAU, ce patrimoine se compose d'un actif (le fonds de commerce, les immeubles, le matériel, les créances, etc) et d'un passif (le capital social et les dettes).

¹⁵⁷⁸ - Cass. com. 4 décembre 1963, Bull. civ. III, n° 521.

¹⁵⁷⁹ - Article 529 Code civil.

¹⁵⁸⁰ - Cass. crim. 12 novembre 1990, Bull. crim. n° 377; Rev. sociétés 1992, note G. ROUJOU DE BOUBÉE, p. 39.

précédemment dit, l'abus de biens sociaux est l'infraction la plus connue en droit des sociétés, celle qui fait l'objet du plus grand nombre de condamnations et des sanctions les plus sévères. Elle est l'incrimination spécifiquement élaborée pour protéger le patrimoine et est applicable à la majorité des formes sociales, même si elle fait l'objet d'une exclusion injustifiée pour les sociétés de personnes et nous y reviendrons.

L'incrimination souligne en particulier la finalité de l'infraction en ce qu'elle requiert un acte contraire à l'intérêt social. La notion est sujette à de multiples approches et reproches¹⁵⁸¹. Cependant, elle a le mérite d'insister sur le fait que le caractère préjudiciable du comportement du dirigeant poursuivi doit être apprécié au regard de l'intérêt exclusif de la société. La raison de cette spécification est que la personne morale est la seule victime du préjudice qui résulte de la commission du délit d'abus de biens sociaux par ses dirigeants. La jurisprudence relative à la recevabilité de l'action civile fondée sur ce délit est désormais en accord avec la personnalité morale, en n'acceptant désormais plus que l'action de la société ou celle intentée en son nom, et en rejetant celle de tout autre demandeur¹⁵⁸². De la même manière, il n'échoit pas aux associés d'apprécier le caractère contraire ou non à l'intérêt social de l'usage effectué par le dirigeant. À cet égard, seul les juridictions répressives sont habilitées à y procéder. La jurisprudence juge ainsi totalement inopérant l'accord antérieurement donné par les associés à la réalisation de l'acte par le dirigeant, ou le quitus de l'assemblée générale après sa commission¹⁵⁸³.

Il convient de noter que le délit d'abus de biens sociaux peut également intervenir dans la catégorie des atteintes aux relations fiduciaires dans la mesure où certains dirigeants sociaux, par leurs comportements frauduleux, portent atteinte à la confiance placée en eux. D'ailleurs avant la création de ce délit spécifique au droit des sociétés, les juridictions répressives ont longtemps appliqué l'article 408 du Code pénal, relatif à l'abus de confiance, aux dirigeants qui violaient leurs obligations fiduciaires.

Cependant, dans son rôle de protecteur du patrimoine social, l'abus de biens sociaux n'est étonnamment pas applicable à toutes les formes sociales, engendrant ainsi une disparité de traitement relative à ces dernières.

414- Exclusion du délit d'abus de biens sociaux. L'infraction, ainsi que nous l'avons mentionné, vise en principe à protéger le patrimoine social de toute utilisation abusive ou illégitime par les dirigeants sociaux. Pourtant, les sociétés en nom collectif sont exclues de son champ d'application¹⁵⁸⁴. Il s'agit là d'une exception surprenante. Tout en relevant l'absurdité de cette exclusion, certains auteurs l'expliquent par « *l'idée qu'une protection de la minorité ou des créanciers ne s'impose que lorsque la société présente une certaine importance et qu'il n'existe pas de confusion, en pratique, entre le patrimoine social et celui des dirigeants.*¹⁵⁸⁵ » Si ce raisonnement semble bien être celui du législateur, il n'en paraît pas moins inexact. En effet, « *l'abus de biens sociaux n'a pas pour finalité de protéger certains associés ou créanciers, mais la société.*¹⁵⁸⁶ » En outre, la confusion en pratique entre les patrimoines de la société et du dirigeant est exclusivement dépendante de la solvabilité de ce dernier¹⁵⁸⁷. Si le dirigeant n'est pas solvable, c'est bien le patrimoine de la société – et par ricochet celui des autres associés – qui sera soumis à un préjudice du fait des utilisations abusives.

Cette disparité dans la sanction pénale de l'abus de biens sociaux ne nous semble donc pas pouvoir se justifier. Certes, l'usage abusif des biens de la société en nom collectif ne restera pas pour autant

¹⁵⁸¹ - A. COURET, *L'intérêt social*, Cah. dr. entr. 1996, suppl. n° 4, p. 1 et s.

¹⁵⁸² - Cass. crim. 13 décembre 2000, Bull. crim. n° 373 et 378, précités.

¹⁵⁸³ - Cass. crim. 8 mars 1967, D. 1967, note A. DALSA, p. 586; cass. crim. 30 septembre 1991, Rev. sociétés 1992, note B. BOULOC, p. 356; cass. crim. 12 décembre 1994, Bull. Joly 1995, p. 427.

¹⁵⁸⁴ - Cass. crim. 3 octobre 1963, D. 1963, p. 734, la responsabilité pénale du gérant d'une société en nom collectif ne peut être recherchée du chef d'abus de biens sociaux, quand bien même il aurait effectué des prélèvements importants.

¹⁵⁸⁵ - M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 4e éd. PUF, 2000, P. 344.

¹⁵⁸⁶ - W. JEANDIDIER, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, *Jurisc. Sociétés Traité*, Fasc. 132-20 n° 4.

¹⁵⁸⁷ - *Ibid.*

impuni, l'abus de confiance permettant le plus souvent de sanctionner une telle pratique¹⁵⁸⁸. Toutefois, il n'est pas acceptable que les mêmes faits encourrent des sanctions différentes, car cette différence de traitement porte atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale. De même, pour éviter que la société en nom collectif, déjà « prisée » pour son opacité comptable et ses avantages fiscaux¹⁵⁸⁹, ne soit également appréciée pour cette particularité pénale, il est souhaitable le champ d'application du délit d'abus de biens sociaux soit étendu aux sociétés de personnes. Cette unification permettrait en outre d'éviter, dans de nombreuses hypothèses, que les dirigeants sociaux soient doublement exposés aux poursuites pour un même comportement abusif, car, l'abus de biens sociaux et l'abus de confiance étant deux infractions distinctes, la relaxe du chef d'abus de confiance ne met pas obstacle à la poursuite du dirigeant pour abus de biens sociaux¹⁵⁹⁰.

Cette infraction vise donc à protéger la société contre tout préjudice porté à son patrimoine par ses dirigeants. Le nombre considérable de condamnations du chef de ce délit, au regard de celles prononcées pour les autres délits en matière de sociétés, s'explique par l'importance cardinale du patrimoine pour garantir l'activité et la pérennité de l'entreprise. La préservation de cet intérêt, déjà essentiel en lui-même, se double d'une deuxième légitimation liée à l'autre caractéristique du patrimoine social : celle de constituer le gage des créanciers.

B- La protection du patrimoine social gage des créanciers sociaux

415- La protection du patrimoine pendant la vie de la société. Si la protection du patrimoine en tant que moyen pour assurer l'activité et la pérennité de la société s'impose, il importe également de le préserver en tant que gage des créanciers. L'actif du patrimoine social est en effet le gage des créanciers sociaux. C'est d'ailleurs la première fonction du capital social que de constituer la rançon de la limitation de responsabilité des associés¹⁵⁹¹, même si le droit de gage des créanciers est plus large puisqu'il recouvre l'ensemble de l'actif social. Le terme de « gage » peut prêter à confusion si l'on l'entend au sens de sûreté spéciale, synonyme de nantissement. L'expression « gage », est à comprendre au sens du droit de gage général que possède tout créancier sur les biens de son débiteur¹⁵⁹². Ce droit de gage a une importance d'autant plus grande dans les sociétés à responsabilité limitée que les créanciers n'ont de recours qu'envers la société et non les associés.

Il est donc important de préserver le patrimoine social également dans cette perspective. En ce sens, le délit d'abus de biens sociaux vise aussi à défendre les intérêts des créanciers sociaux, comme l'a expressément affirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation qui considère que cette infraction « a pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle.¹⁵⁹³ » Pourtant, les juridictions répressives opposent constamment une fin de non-recevoir à l'action civile des créanciers, leur préjudice, à le supposer établi, ne pouvant qu'être indirect¹⁵⁹⁴. Pour autant, il faut relever que cette volonté de protection des créanciers sociaux, affirmée par la Cour de cassation, prend toute sa dimension dans l'extension jurisprudentielle du champ d'application du délit d'abus de biens sociaux à une EURL¹⁵⁹⁵.

416- La protection du patrimoine lors du redressement ou de la liquidation judiciaire de la

¹⁵⁸⁸ - Cass. crim. 4 septembre 1996, Bull. Joly 1997, note N. RONTCHEVSKY p. 107.

¹⁵⁸⁹ - Il semble que ce fut le cas de M. Bernard TAPIE; voir à cet égard, M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17e éd. LITEC, 2004, p. 470.

¹⁵⁹⁰ - Cass. crim. 2 avril 1990, Bull. crim. n° 141; D. 1990, somm. p. 375, obs. J. PRADEL.

¹⁵⁹¹ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, par M. GERMAIN, 18e éd., LGDJ, 2002, n° 1396.

¹⁵⁹² - Articles 2092 et 2093 Code civil.

¹⁵⁹³ - Cass. crim. 19 octobre 1971, Bull. crim. n° 272; cass. crim. 13 septembre 1991, Rev. sociétés 1992, note B. BOULOC, p. 356.

¹⁵⁹⁴ - Cass. crim. 24 avril 1971, Bull. crim. n° 117; Rev. sociétés 1971, note B. BOULOC, p. 608; cass. crim. 9 novembre 1992, Bull. crim. n° 361, Bull. Joly 1993, p. 317.

¹⁵⁹⁵ - Cass. crim. 14 juin 1993, Bull. crim. n° 208; Bull. Joly 1993, note B. SAINTOURENS, p. 1139.

société. Lorsque l'entreprise se retrouve en difficulté, la vigilance doit encore être accrue à l'égard du patrimoine social que les dirigeants peuvent être tentés de dissiper à leur profit, la faillite menaçant. Ceci explique la répression pénale de plusieurs comportements possibles du dirigeant et notamment le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur, ou encore l'augmentation frauduleuse de son passif¹⁵⁹⁶. Dès lors, tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine de la société débitrice par son dirigeant après la cessation des paiements et en fraude des droits des créanciers, constitue le délit de banqueroute par détournement d'actif¹⁵⁹⁷. De la même manière, voit sa responsabilité pénale engagée pour banqueroute par augmentation frauduleuse de passif, le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire qui viole la décision ayant autorisé la poursuite de l'activité de la société afin de liquider le stock, en procédant à l'achat de marchandises qui sont demeurées impayées bien qu'elles aient été revendues¹⁵⁹⁸.

Aux infractions antérieurement mentionnées, il faut ajouter la distribution par les dirigeants de dividendes fictifs qui porte préjudice au patrimoine social par une répartition indue en l'absence de bénéfices. Il en ressort explicitement que le patrimoine social est soumis à des protections rigoureuses. L'importance de ces infractions reflète celle qui s'attache à la préservation du patrimoine de l'entreprise, pour la double raison qu'il conditionne toute l'activité de la société et qu'il constitue le principal gage concret des créanciers sociaux. Cette dualité justifie que les dirigeants sociaux puissent être poursuivis concomitamment des chefs de banqueroute et d'abus de biens sociaux. L'on comprend alors aisément que le respect de l'intégrité et de l'affectation du patrimoine social constitue un critère essentiel du droit des sociétés et qu'à ce titre, il justifie pleinement d'une protection pénale rigoureuse.

II- LE CRITÈRE RELATIF À LA PROTECTION DES DROITS DES ASSOCIÉS

417- Le fonctionnement harmonieux de l'entreprise procède de la qualité des règles de son organisation et notamment du respect des droits reconnus aux associés. Au regard de la propriété de leurs actions ou parts sociales, ces derniers se voient reconnaître des prérogatives de nature très variée. À côté des prérogatives politiques (A) qui sont les plus importantes et qui s'exercent par le droit de vote, il existe celles financières (B) et patrimoniales (C) qui sont certes importantes, mais dotées d'une moindre force.

A- La préservation des droits politiques

418- Le droit de vote sacré. À l'instar du citoyen qui intervient dans la vie de la cité, l'associé est investi de droits politiques¹⁵⁹⁹ qui lui permettent de ne pas être cantonné au simple rôle de bailleur de fonds et d'intervenir directement dans la vie de l'entreprise par son implication dans les décisions stratégiques et sur la gestion des dirigeants.

Le droit de vote est l'outil privilégié de cette intervention de l'associé dans la vie de la société. Longtemps, cette prérogative a été considérée comme l'un des droits clés de l'associé, comme « *l'une des vaches sacrées du droit des sociétés*.¹⁶⁰⁰ » Le législateur n'en a que vaguement posé le principe à l'article 1844 du Code civil : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. » En revanche, la jurisprudence a consacré plus explicitement l'importance de cette prérogative en posant que « *le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action ; (...) si son exercice peut être réglementé dans une certaine mesure par les statuts, il ne saurait en aucun cas être supprimé*.¹⁶⁰¹ » Plus formellement encore, dans une autre décision, la Cour a estimé que « *l'assistance et le vote des actionnaires aux délibérations*

¹⁵⁹⁶ - Article L. 626-2 2° et 3° Code de commerce.

¹⁵⁹⁷ - Cass. crim. 11 mai 1985, Bull. crim. n° 172.

¹⁵⁹⁸ - Cass. crim. 16 juin 1999, RJDA 1999, n° 980.

¹⁵⁹⁹ - Y. GUYON, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁰⁰ - A. VIANDIER, *Observations sur les conventions de vote*, JCP 1986, éd. E, 15405.

¹⁶⁰¹ - Cass. civ. 7 avril 1932, DH 1933, note CORDONNIER, p. 153.

constituent un attribut essentiel de l'actionnaire.¹⁶⁰² »

419- Le droit de vote désacralisé. Malgré l'importance du droit de vote, la loi lui reconnaît néanmoins certaines exceptions. Ainsi, dans les sociétés anonymes, les statuts peuvent subordonner la participation aux assemblées¹⁶⁰³ à la possession d'un minimum d'actions. De même que le droit de vote peut aussi être temporairement supprimé¹⁶⁰⁴. Cependant, la principale atteinte au droit de vote fut assurément la possibilité introduite par la loi du 15 juillet 1978 de créer des actions à dividende prioritaire sans droit de vote¹⁶⁰⁵, ce qui rapproche fortement les statuts d'actionnaire et d'obligataire. De la même manière, la loi permet de fractionner les droits intrinsèquement attachés à l'action par la création de certificats d'investissement représentatifs des droits pécuniaires de l'actionnaire sur les dividendes et le boni de liquidation et de certificats de droits de vote, représentatifs du seul droit politique¹⁶⁰⁶.

Ces nombreuses exceptions ont fini par désacraliser le droit de vote¹⁶⁰⁷, de telle sorte que l'on pouvait légitimement s'interroger sur le point de savoir si le droit de vote constituait encore un attribut essentiel de l'associé¹⁶⁰⁸. Sur ce point, il avait déjà été considéré, il y a quelques années, que « le droit d'intervention dans les affaires sociales », conception plus vaste devait être substitué au droit de vote comme étant l'un des éléments du critère de la notion d'associé¹⁶⁰⁹. Dans sa décision du 4 janvier 1994 dite arrêt *de Gaste*, relative au droit de vote du nu-proprétaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a semblé aller dans ce sens en opérant une distinction entre le droit de vote et le droit de participer aux décisions collectives : le premier pouvant être totalement transmis à l'usufruitier par les statuts, le second restant attribué au nu-proprétaire¹⁶¹⁰.

420- Le droit de vote resacralisé. Cependant, dans une autre décision du 9 février 1999, la chambre commerciale parut vouloir freiner cette tendance à la désacralisation du droit de vote¹⁶¹¹. Se fondant sur l'article 1844 1° et 2° du Code civil, l'arrêt pose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions.*¹⁶¹² » Il ressort donc de cette décision que le droit de l'associé n'est pas cantonné à la participation aux décisions collectives, mais qu'il recouvre également celui de voter.

En ce qui nous concerne, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le droit de vote constitue une prérogative fondamentale de l'associé. Le rôle désormais plus actif des investisseurs collectifs ou institutionnels, ainsi que des associations d'actionnaires s'exerce d'ailleurs par le droit de vote, ce qui assure à ce dernier une renaissance certaine¹⁶¹³. Cette position est également partagée par la doctrine selon laquelle, en dépit d'une certaine banalisation du droit de vote, ce dernier mérite encore d'être recensé parmi les droits essentiels de l'actionnaire¹⁶¹⁴, et doit, de ce fait, être efficacement protégé.

421- La préservation du droit de vote et du droit de participer aux décisions collectives. Si dans les grandes sociétés, les associés se comportent bien souvent comme de simples investisseurs demeurant volontairement en dehors de la vie sociale, la protection qu'il convient néanmoins de garantir à leurs droits politiques ne peut se fonder sur cette réalité et doit d'abord prendre en

¹⁶⁰²- Req. 23 juin 1941, Journ. sociétés 1943, note R. D., p. 209.

¹⁶⁰³- Article L. 225-112 Code de commerce.

¹⁶⁰⁴- Articles L. 225-10, 225-40, 225-88, 225-101, 225-111, et 228-29 du Code de commerce.

¹⁶⁰⁵- Articles L. 225-126 et L. 228-11 à L. 228-20 Code de commerce.

¹⁶⁰⁶- Articles L. 228-30 et s Code de commerce.

¹⁶⁰⁷- P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 7e éd., PRÉCIS DALLOZ 2000, n°306, p. 348.

¹⁶⁰⁸- J.-J. DAIGRE, *Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé*, JCP 1996, éd. E, 575, p. 317.

¹⁶⁰⁹- A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préface F. TERRÉ, LGDJ 1978, p. 168 et s.

¹⁶¹⁰- *Defrénois*, 1994, obs. P. LE CANNU.

¹⁶¹¹- H. HOVASSE, *Coup d'arrêt à la "désacralisation" du droit de vote?*, Dr. sociétés mai 1999, p. 3.

¹⁶¹²- Rev. sociétés 1999, note P. LE CANNU, p. 81.

¹⁶¹³- Y. GUYON, *La société anonyme, une démocratie parfaite!* op. cit. n° 9.

¹⁶¹⁴- G. RIPERT et R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*, op cit., p. 381; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *droit commercial général et sociétés*, 12e éd. ECONOMICA, 2003, n° 307, p. 316.

considération l'importance théorique que revêtent ces droits dans le fonctionnement de la société. L'assemblée ordinaire nomme et révoque les administrateurs, approuve les comptes, décide la répartition des bénéfices, ratifie les conventions relatives aux dirigeants. L'assemblée extraordinaire peut notamment modifier le capital, l'objet social, la durée, le nom de la société, ou encore approuver les fusions et les scissions. S'il peut paraître excessif de qualifier le droit de vote d'« *arme absolue*¹⁶¹⁵ », ce dernier demeure néanmoins la base des décisions essentielles de la société. Aussi, l'admission de la nullité des délibérations d'assemblées générales d'actionnaires prises en méconnaissance des dispositions régissant les droits de vote, énoncée dans la loi de sécurité financière à l'article L. 235-2-1 du Code de commerce, mérite-t-elle d'être approuvée. En effet, s'il est vrai que, dans certaines hypothèses, la nullité peut paraître dangereuse, elle demeure cependant la seule réponse adaptée à la transgression des dispositions relatives au droit de vote. La répression pénale visant les dirigeants membres du bureau de l'assemblée¹⁶¹⁶, une amende insuffisamment dissuasive, était en effet inapte à assurer efficacement l'observation des dispositions relatives aux droits de vote, et notamment, ne permettait guère d'y remédier en cas violation notable. L'annulation d'une délibération gravement entachée est parfaitement fondée. Cependant, il est à déplorer que la nullité prévue soit impérative, ne laissant au juge aucun pouvoir d'appréciation sur la proportionnalité de l'annulation à la gravité réelle de la transgression. Il est toutefois satisfaisant que la régularisation soit possible dans cette hypothèse. Elle permet d'éviter l'annulation et, pour la favoriser, les juridictions commerciales sont habilitées à fixer un délai pour y procéder¹⁶¹⁷. Cette possibilité réduit significativement les risques pour la sécurité juridique.

Ainsi, parmi les droits politiques, seuls le droit de participer aux assemblées et le droit de vote nous paraissent pouvoir justifier une protection pénale contre les agissements répréhensibles des dirigeants. En effet, la violation de ces droits peut être considérée comme portant un préjudice grave au fonctionnement de la société. À l'inverse, la méconnaissance par les dirigeants des droits d'information et de communication, qui constituent des prérogatives accessoires à l'exercice éclairé du droit de vote, ne semble pas revêtir la même gravité. Il est possible de faire le parallèle avec le consentement dans le cadre contractuel. En la matière, les agissements véritablement frauduleux sont passibles d'une sanction pénale – escroquerie par usage de fausse qualité, chantage, etc – tandis que l'information incomplète n'est en soi sanctionnée que par la nullité pour dol. Il convient, par voie de cohérence, d'admettre la même solution en matière d'information des associés et ce, d'autant plus que la répression pénale, pas vraiment nécessaire, est surtout inadaptée. En effet, la sanction postérieure du dirigeant qui s'abstient de communiquer les documents requis n'améliore nullement, à l'évidence, le déficit d'information des associés. Seules les sanctions civiles sont efficaces, car permettant de rectifier l'irrégularité par la communication effective des documents.

Ainsi, l'abrogation par la loi de sécurité financière de l'article L. 242-9 2° du Code de commerce sanctionnant le fait de voter dans une assemblée en ayant usurpé la qualité d'actionnaire est fort contestable. En dehors du fait qu'elle semble peu cohérente au regard du maintien des autres délits prévus par la même disposition, cette suppression ne laisse comme seule sanction à ce comportement que la nullité, encore que cette sanction n'est pas absolument certaine¹⁶¹⁸. Dans cette hypothèse, le recours à la nullité peut sembler inopportun pour les actionnaires, surtout si le résultat

¹⁶¹⁵- Y. GUYON, *Op. cit.*, n° 17.

¹⁶¹⁶- Ancien article L. 242-16 Code de commerce.

¹⁶¹⁷- Article L. 235-4 Code de commerce.

¹⁶¹⁸- Il semble que le motif de la dépénalisation de cette infraction était son remplacement par la nullité (Voir à ce sujet la justification avancée au soutien de cet amendement, Sénat, amend. n° 331 du projet de loi de sécurité financière; dans le même sens, le rapport de l'Assemblée nationale n° 807, par F. GOULARD, p. 432). Cependant, il n'est pas certain que l'article L. 235-2-1 du Code de commerce permette la nullité dans cette hypothèse. En effet, il vise exclusivement la nullité des délibérations prises en violation des dispositions régissant le droit de vote attaché aux actions. Il n'y a pas de doute que les comportements anciennement incriminés par l'article L. 242-16 puissent entraîner la nullité. Cependant, s'agissant de l'usurpation de la qualité d'actionnaire, la réponse est plus incertaine. En effet, ce ne sont pas les dispositions régissant le droit de vote attaché aux actions qui sont violées, mais c'est le fait même d'être propriétaire d'actions qui est remis en cause. L'admission de la nullité sur ce fondement suppose, pour le moins, une interprétation extensive de l'article L. 235-2-1.

du vote n'a pas été affecté par ce comportement frauduleux. En outre, dans la majorité des cas, la remise en cause de la délibération litigieuse ne sanctionnera en rien l'auteur des faits, qui, par hypothèse, n'est pas actionnaire. Surtout, s'arroger la qualité d'actionnaire lors d'un vote est un agissement frauduleux visant à corrompre les résultats du scrutin. Le caractère répréhensible de la manœuvre légitime en soi le recours à la répression pénale. Par ailleurs, en ne pénalisant plus cette usurpation de qualité, le législateur y incite indirectement, le bénéfice à en retirer dans l'hypothèse où elle ne serait pas découverte n'étant plus compensé par la menace d'une sanction.

B- La préservation des droits financiers

422- La faible protection pénale des droits financiers. Aux termes de l'article 1832 du Code civil, les associés ont « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* » La vocation financière des associés porte sur les bénéfices, les réserves¹⁶¹⁹ et sur le boni de liquidation. Le droit aux dividendes est de loin le plus important par la rémunération périodique du capital investi qui en résulte en cas de bénéfices de la société.

Mais pour important que paraisse ce droit, il ne fait l'objet que d'une faible protection pénale. S'il existe bien le délit de répartition de dividendes fictifs, ce dernier ne vise néanmoins pas la défense des droits financiers des associés, d'autant plus que, dans cette hypothèse, les dividendes ou bénéfices distribués n'existent pas¹⁶²⁰. Les sommes distribuées sont donc nécessairement prélevées sur le capital social. C'est alors la société qui est victime de cette infraction, et c'est pour cette raison qu'elle est la seule protégée par cette incrimination. Bien au contraire, les associés peuvent être contraints à restituer les sommes indûment perçues en cas de connaissance du caractère irrégulier de la répartition¹⁶²¹.

423- La protection civile des droits financiers. La faible protection pénale des droits financiers des associés peut surprendre. Cependant, cette situation nous semble parfaitement justifiée au regard de la faible gravité des préjudices qui peuvent leur être portés. En effet, si l'objectif financier des associés est intrinsèque à l'essence même du contrat de société, la loi ne semble pas considérer que l'égalité soit « l'âme » de ce contrat¹⁶²² et autorise les clauses d'inégalité de traitement. Cela revient à considérer que la question relative aux droits financiers des associés relève de la seule sphère contractuelle et ne constitue pas une donnée essentielle dans la logique du contrat de société. Comme la lésion qui n'est pas une cause générale de rescision des contrats, la loi n'intervient que dans des situations spécifiques, celle de l'excès d'inégalité que constituent les clauses léonines et pour lesquelles l'article 1844-1 2° du Code civil prévoit qu'elles doivent être réputées non écrites¹⁶²³. Cette protection civile n'est d'ailleurs pas cantonnée aux stipulations du contrat social. Elle s'étend aux dispositions contenues dans un acte postérieur¹⁶²⁴, le caractère léonin d'un contrat ne s'appréciant pas au regard de la nature de l'acte mais de son objet¹⁶²⁵.

Par ailleurs, une autre atteinte aux droits financiers peut se commettre par la mise en réserve systématique des bénéfices. L'affectation au poste de réserves, légitime en soi, peut toutefois porter atteinte au droit personnel de l'actionnaire sur les bénéfices, s'il est pratiqué indéfiniment par les actionnaires majoritaires. La protection des intérêts financiers des associés, minoritaires en l'espèce, passe alors par l'appréciation judiciaire de la finalité de la constitution de ces réserves. Si celle-ci est motivée par l'intérêt social, la décision est légitime, l'intérêt social primant sur l'intérêt des associés. En revanche, la démarche est constitutive d'un abus de majorité, s'il est établi que la décision de l'assemblée générale « *a été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans*

¹⁶¹⁹ - Droit protégé en cas d'augmentation du capital par la prime d'émission des actions nouvelles.

¹⁶²⁰ - Articles L. 241-3 2° et L. 242-6 1° Code de commerce.

¹⁶²¹ - Articles L. 223-40 et L. 232-17 Code de commerce.

¹⁶²² - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 57.

¹⁶²³ - H. LE NABASQUE, et M. BARBIER, *Les clauses léonines : Droit des sociétés, Actes pratiques* septembre octobre 1996, n° 9.

¹⁶²⁴ - Paris, 5 décembre 1983, D. 1984, IR, p. 52.

¹⁶²⁵ - Paris, 22 octobre 1996, Bull. Joly 1997, note P. LE CANNU, p. 15.

*l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.*¹⁶²⁶ » Ces derniers, lésés, peuvent donc engager une action en nullité de la délibération à l'encontre de la société, ainsi qu'une action à l'encontre des actionnaires majoritaires pour réparation du préjudice subi¹⁶²⁷.

Cependant, il existe des situations dans lesquelles la protection pénale des droits financiers des associés peut s'avérer indispensable. C'est le cas, lorsqu'à l'occasion d'une augmentation de capital, les dirigeants adoptent des comportements qui tendent à priver les actionnaires, même potentiels, de leurs droits dans le patrimoine de la société, précisément sur les réserves antérieurement constituées. La loi de sécurité financière a cependant abrogé cette infraction prévue à l'article L. 242-19 du Code de commerce concomitamment à son infraction jumelle de l'article L. 242-18. De manière identique, les deux incriminations ciblaient diverses atteintes portées par les dirigeants au droit de souscription des actionnaires, des titulaires ou porteurs de bons de souscription ou d'obligations convertibles ou échangeables lors d'une augmentation de capital. La différence essentielle entre ces deux infractions résidait dans le fait que l'une constituait un délit involontaire, alors que la seconde ne pouvait être qu'intentionnelle et requérait d'établir à l'égard des dirigeants l'existence un dol spécial, le délit devant avoir été commis « *en vue de priver soit les actionnaires ou certains d'entre eux, soit les titulaires ou porteurs de bons de souscription ou d'obligations convertibles ou échangeables, ou certains d'entre eux, d'une part de leurs droits dans le patrimoine de la société.* » Si l'abrogation de l'article L. 242-18 peut paraître justifiée, celle en revanche de l'article L. 242-19 est fort contestable, s'agissant de l'incrimination d'un comportement gravement frauduleux de la part des dirigeants. Cette dimension était d'ailleurs explicitement révélée par la peine encourue, l'une des plus élevées du droit des sociétés, soit cinq ans d'emprisonnement et une amende de 75.000 €, comme l'abus de biens sociaux ou la distribution de dividendes fictifs. L'assimilation erronée des deux infractions a sans doute conduit le législateur à les abroger simultanément, comme tend à le montrer l'absence de justification spécifique tant dans les rapports parlementaires que dans les débats¹⁶²⁸.

En définitive, si les droits financiers des associés sont assurément essentiels, leur protection pénale contre toute atteinte des dirigeants n'est guère justifiée, en dehors de l'importante exception précédemment mentionnée. En effet, l'égalité n'est pas un principe essentiel et seuls des excès d'inégalité peuvent porter préjudice à ces prérogatives. Cependant, s'agissant d'agissements abusifs et non frauduleux en soi de la part des dirigeants, les mécanismes ordinaires du droit civil, nullité et responsabilité, paraissent aussi bien adaptés que suffisants.

C- La préservation des droits patrimoniaux

424- L'absence et l'inutilité d'une protection pénale. Les droits patrimoniaux des associés sont constitués par la propriété des biens meubles par détermination de la loi que constituent les parts sociales et les actions¹⁶²⁹. Ces prérogatives, pour de multiples raisons, ne font l'objet d'aucune protection pénale spécifique. D'abord, le législateur a davantage préféré réserver la protection aux droits politiques inhérents à la propriété des titres qu'à ces derniers- mêmes. Ensuite, et surtout, les droits sociaux sont des biens meubles ordinaires dont la protection relève du droit civil et du droit pénal commun. Il est ainsi possible de poursuivre le dirigeant du chef d'abus de confiance pour le détournement de titres¹⁶³⁰, et ce, même si ces droits sont dématérialisés¹⁶³¹. Enfin, le législateur a

¹⁶²⁶- Cass. com. 6 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 171; Rev. sociétés 1990, note Y. CHARTIER, p. 606.

¹⁶²⁷- Cass. com. 6 juin 1990, précité.

¹⁶²⁸- Cette suppression résulte de l'amendement n° 331 proposé par le sénateur J. OUDIN et le groupe UMP et n'a pas été mentionnée dans le rapport initial du sénat réalisé par P. MARINI. À l'Assemblée nationale, le rapport de F. GOULARD ne mentionne les abrogations qu'en bloc et se limite à des considérations générales (Rapport sur le projet de loi de sécurité financière, AN n° 807, p. 432-433). Le compte-rendu des débats montre également qu'aucune discussion spécifique n'a été menée sur chacune des abrogations effectuées.

¹⁶²⁹- Article 529 Code civil.

¹⁶³⁰- L'article 314-1 du Code pénal mentionne expressément, parmi les bien pouvant faire l'objet d'un détournement,,

décidé de protéger pénalement plutôt les droits patrimoniaux de la société elle-même que ceux des associés. La jurisprudence n'apparaît pas davantage favorable à reconnaître une protection pénale aux droits patrimoniaux des associés en déclarant irrecevable leur action civile en cas d'abus de biens sociaux de la part des dirigeants, au motif que la dépréciation des titres découlant des agissements frauduleux de ces derniers constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même¹⁶³². Cette position s'aligne sur celle de la chambre commerciale qui considère de longue date que les associés ne sont pas fondés à agir en responsabilité civile contre leurs dirigeants pour demander réparation de la dépréciation de leurs titres¹⁶³³ intervenue en raison de leurs comportements délictueux.

III- LE CRITÈRE RELATIF À LA PROTECTION DE LA CONFIANCE DANS LES DIRIGEANTS

425- La vie économique repose sur la confiance réciproque de ses acteurs¹⁶³⁴. La rapidité des opérations, leur fréquence, leur caractère complexe impliquent, pour atteindre le profit commun, de travailler ensemble dans un climat exempt de toute suspicion. À son niveau, le droit commercial vise à susciter cette confiance en conciliant les impératifs de rapidité, de simplicité, mais aussi de sécurité. L'importance du recours au crédit, élément central dans la vie économique, le requiert impérativement¹⁶³⁵.

Cette confiance est tout aussi essentielle à l'égard des acteurs extérieurs, car pouvant être vital à l'entreprise. C'est particulièrement le cas des entreprises cotées en bourse dont la valeur des actions intègre, pour un large part, une appréciation subjective. Les phénomènes de krachs boursiers, paniques provoquées par une déperdition de confiance généralisée, révèlent l'importance de ce critère psychologique. Il est un fait établi que le fonctionnement des marchés financiers est largement tributaire de la confiance qu'ils inspirent aux investisseurs. L'utilisation délictueuse d'une information privilégiée¹⁶³⁶ rompt l'égalité entre les opérateurs et porte préjudice à la confiance des investisseurs dans la sécurité et la transparence du marché¹⁶³⁷. L'incrimination du délit d'initié – abrogée depuis le 18 mars 2015 par le Conseil constitutionnel au profit du manquement d'initié en droit pénal administratif – vise à protéger cette confiance¹⁶³⁸.

Cependant, la confiance est avant tout nécessaire dans les relations internes à la société. C'est d'abord le cas entre associés. Par hypothèse, ces derniers sont fortement unis par la volonté de travailler en commun (*l'affectio societatis*) mais aussi par la confiance mutuelle (*l'affectio fraternitatis*.) Mais, en pratique, pour de nombreuses formes sociales, la réalité est toute autre. Cependant, ces deux valeurs constituent au moins le mythe fondateur de la notion de société et indiquent aux associés que la confiance renforce leur association et en conditionne la pérennité.

Au-delà des rapports entre associés, c'est dans les relations entre associés et dirigeants que les rapports de confiance sont le plus marqués. Les dirigeants se voient attribuer des pouvoirs considérables au nom de cette confiance, laquelle doit guider leurs actions.

“les valeurs”, ce qui englobe les valeurs mobilières.

¹⁶³¹- Cass. crim. 30 mai 1996, BJB 1996, note P. LE CANNU, p. 597; Rev. sociétés 1996, note B. BOULOC, p. 806.

¹⁶³²- Cass. crim. 13 décembre 2000, précité.

¹⁶³³- Cass. com. 26 janvier 1970, JCP 1970, II, 16385, note Y. GUYON; cass. com. 1er avril 1997, RTD com. 1997, obs. B. PETIT et Y. REINHARD, p. 647.

¹⁶³⁴- M- J. CAMPANA, *Le doute et la confiance en droit des affaires*, in *Le doute et le droit*, Philosophie et théorie générale du droit, sous la direction de F. TERRÉ, DALLOZ, 1994, p. 79.

¹⁶³⁵- J. CARBONNIER définit le crédit comme incarnant “la confiance contractuelle”, in *Cours de sociologie juridique*, ronéoté 1972-1973, p. 115, cité par M-J. CAMPANA, *ibid*.

¹⁶³⁶- Article L. 465-1 1° Code monétaire et financier, anciennement sanctionnée à l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967.

¹⁶³⁷- La directive européenne n° 89/592 du 13 novembre 1989 indique que “le bon fonctionnement d'un marché est dans une large mesure tributaire de la confiance que celui-ci inspire aux investisseurs (...) les opérations d'initiés (...) sont de nature à remettre en question cette confiance.”

¹⁶³⁸- A. VIANDIER, *Observations sur le délit d'utilisation d'une information privilégiée*, Bull. Joly 1992, p. 253; J-F. RENUCCI, *Le délit d'initié*, Que sais-je? n°2989, PUF, p. 3.

Il est donc évident que les dirigeants sont débiteurs d'importantes obligations fiduciaires envers la société et les associés. Pour autant, l'origine de ces obligations n'est pas précisément identifiée. Mais, il nous semble qu'elle est à rechercher dans la nature des relations qui unissent dirigeants et associés (A). Sur cette base, l'on pourra alors préciser l'étendue des obligations fiduciaires des dirigeants sociaux (B). Mais si le dirigeant, au regard de ses fonctions, est tenu d'agir exclusivement dans l'intérêt de la société, de sorte que la poursuite d'intérêts personnel peut conduire à une situation de conflit d'intérêts contraire à la confiance qui lui est accordée et qu'il doit défendre, doit-on pour autant le priver de toute opportunité d'affaires? La question fera l'objet d'un examen de droit comparé (C).

A- Le fondement des obligations fiduciaires des dirigeants

426- La question de la qualité de mandataire des dirigeants sociaux. Choisis par la communauté des associés, les dirigeants sociaux sont missionnés pour gérer, administrer et organiser la direction de la société dans l'intérêt de celle-ci. Si pendant longtemps, ces derniers ont été considérés comme des mandataires sociaux, cette qualification, découlant de la conception contractuelle de la société, est depuis quelques années critiquée. Deux principaux arguments sont couramment utilisés. Selon le premier, en dépit de leur désignation par le collège des associés, les dirigeants tiennent essentiellement leurs pouvoirs de la loi. Selon le deuxième argument, l'exercice de leurs fonctions ne rentre pas exactement dans le cadre de la qualification du mandat telle qu'elle résulte de l'article 1984 du Code civil. Selon les dispositions de ce dernier en effet, les dirigeants sociaux ne peuvent être les mandataires des associés dans la mesure où ils interviennent au nom et dans l'intérêt de la société. Mais ils ne peuvent non plus être les mandataires de la société puisque, s'agissant d'une personne morale, elle n'est pas dotée d'une volonté propre, et par conséquent, ne peut conférer à une personne la mission de agir dans son intérêt et en son nom¹⁶³⁹.

Aussi, si la dénomination de « mandat social » reste utilisée, ce ne serait que par une exagération de langage et cette terminologie devrait de manière plus appropriée être entendue comme signifiant que les dirigeants sociaux exercent une mission pour le compte de la société au nom de laquelle ils sont habilités à agir en raison de leur nomination par les associés¹⁶⁴⁰. C'est la raison pour laquelle, bien que la loi¹⁶⁴¹ et la jurisprudence¹⁶⁴² recourent encore parfois au terme de mandat, la doctrine majoritaire préfère plutôt évoquer la notion d'« *organes sociaux* »¹⁶⁴³. Pour certains auteurs, l'habilitation des dirigeants procéderait d'une « *représentation originale de la personne morale par les organes que la loi a institués* »¹⁶⁴⁴. Cette analyse est par ailleurs partagée par la doctrine civiliste¹⁶⁴⁵.

Cependant, la question n'est pas encore définitivement résorbée et alimente toujours la réflexion doctrinale. En réalité, elle est à mettre en lien avec le débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société. À cet égard, l'accumulation de dispositions impératives ne nous semble pas suffisante pour opérer la transformation du contrat en institution, une notion pour le reste floue et sans utilité concrète. Il est dès lors permis de douter que les arguments qui s'opposent à la qualification des dirigeants en tant que mandataires sociaux soient effectivement incontestables.

427- Première critique : les dirigeants sont des « organes légaux. » La première des deux raisons avancées contre la thèse du mandat résiderait dans le fait que les dirigeants tiennent leur habilitation de la loi et que les associés ne peuvent y porter atteinte. L'argument est fort contestable. Certes, la

¹⁶³⁹ - M. GIBIRILA, *Le dirigeant de sociétés*, LITEC, 1995, p. 12.

¹⁶⁴⁰ - *Dirigeants de sociétés commerciales*, 2e éd., éd. FRANCIS LEFEBVRE 2002, n° 40, p. 14.

¹⁶⁴¹ - Articles L. 225-21, L. 225-25 et L. 225-53 Code de commerce.

¹⁶⁴² - Paris, 5 mars 1999, Bull. Joly 1999, note P. LE CANNU, p. 686.

¹⁶⁴³ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*, op. cit., n°1149, p. 113; Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, op. cit., n° 323, p. 342.

¹⁶⁴⁴ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *ibid*; P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 9e éd., PRÉCIS DALLOZ 2003, n°94, p.122.

¹⁶⁴⁵ - F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., PRÉCIS DALLOZ, 2013.

détermination par la loi de pouvoirs impératifs atténuée significativement la dimension contractuelle, mais ces dispositions visent fondamentalement à encadrer les pouvoirs des dirigeants. Pour autant, il n'en demeure pas moins que ce sont les associés qui procèdent à la désignation de ces dirigeants, et non la loi. Par voie de conséquence, l'origine de leur mission a bel et bien un fondement contractuel, dans lequel l'*intuitu personae* joue un rôle essentiel. Par ailleurs, les associés conservent la possibilité de contrôler les pouvoirs des dirigeants par les clauses statutaires faisant interdiction à ces derniers de passer certains actes ou en leur imposant une autorisation préalable des associés ou d'un organe de contrôle. C'est donc incontestablement un fondement contractuel qui est à l'origine des pouvoirs des dirigeants sociaux, la loi n'intervenant réellement que dans un deuxième temps pour définir les règles régissant leurs fonctions, une fois ces derniers désignés. Le caractère légal de ces fonctions ne permet pas de qualifier les dirigeants d'organes légaux, car « *c'est oublier que le but de ces règles est uniquement d'assurer la protection des tiers ; dans les rapports actionnaires-dirigeants, c'est bien la notion de mandat qui l'emporte.*¹⁶⁴⁶ »

428- Deuxième critique : l'obstacle de la personnalité morale. Le deuxième argument semble plus consistant. Il réside dans l'idée que les dirigeants ne pourraient être les mandataires des associés puisqu'ils agissent exclusivement au nom et dans l'intérêt de la société. À l'inverse, ils ne pourraient pas non plus être considérés comme les mandataires de la société étant entendu que, n'étant pas dotée de volonté propre, celle-ci ne peut leur donner mandat de la représenter. Cet argument semble imparable au regard d'une stricte définition de la notion de mandat.

Cependant, l'argument paraît plus fragile si l'on outrepassé ces conditions spécifiques pour se référer à la spécificité tenant à la technique d'organisation affectée à une fin. En effet, si les associés ont décidé de constituer une société, c'est précisément parce qu'ils ont admis la supériorité de l'organisation sociétariaire sur l'activité individuelle pour atteindre la finalité désirée¹⁶⁴⁷. En confiant leurs intérêts à la société, les associés s'en dessaisissent à son profit et lui confient la mission de les faire prospérer. De la même manière, qu'il y a une fusion dans le capital social des divers biens apportés, les intérêts multiples des associés se retrouvent relégués au second plan, au profit des prérogatives liées à leurs titres, et sont remplacés par l'intérêt unique de la société qui outrepassé la somme des intérêts individuels de chaque associé¹⁶⁴⁸. La société se retrouve par conséquent être le moyen privilégié de garantir l'efficacité du « complexe de contrats¹⁶⁴⁹ » qui en est le fondement. Pour le reste, il convient de ne pas se laisser déborder par l'anthropomorphisme de la société¹⁶⁵⁰ qui reste avant tout une fiction légale. Dans cette perspective, les actes accomplis par les dirigeants visent avant tout à permettre aux associés la réalisation des objectifs qu'ils sont assignés à la société. Le fait que les dirigeants agissent au nom et pour l'intérêt de la société, et que cet intérêt ne se confond pas avec celui des actionnaires¹⁶⁵¹, n'est que la résultante de l'adoption de la technique sociétariaire, pacte réifié¹⁶⁵² et centralisateur d'intérêts individuels regroupés.

De surcroît, il convient d'observer que l'obstacle qu'est censée constituer la personnalité morale de la société pour justifier le rejet de la thèse relative au mandat n'avait pas semblé majeur à la doctrine traditionnelle. Dès le XIXe siècle, cette personnalité est reconnue à la société alors que prospère dans le même temps la théorie du dirigeant-mandataire¹⁶⁵³. Les assemblées générales

¹⁶⁴⁶- A. COURET, *Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, Rev. sociétés 1984, p. 243 et s.

¹⁶⁴⁷- G. RIPERT et R. ROBLOT, n° 1135, p. 103 : « (La société) est mue par le seul intérêt; elle n'a qu'un but, la conquête des bénéfices ou la réalisation d'économies, et elle apporte à cette conquête la supériorité que lui donne son impassibilité devant tous les sentiments moraux. »

¹⁶⁴⁸- Même dans le cas de l'EURL, il est admis que l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt de l'associé unique, distinction qui justifie notamment la répression de l'abus de biens sociaux.

¹⁶⁴⁹- A. COURET, op. cit., n° 6.

¹⁶⁵⁰- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n° 164, p. 77; dans le même sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., *ibid.*

¹⁶⁵¹- Paris, 15 mars 2000, JCP 2000, II, 10366, note A. VIANDIER.

¹⁶⁵²- A. COURET, Op. cit., n° 6.

¹⁶⁵³- P. ESMEIN, *L'administration des sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940*, Gaz. Pal. 1940, 2, doct. 90.

d'actionnaires prenaient même le soin d'énumérer tous les pouvoirs de ces mandataires. Aussi, est-il envisageable de « *reconstruire les bases du droit français autour de la pratique des sociétés anonymes avant 1867, où l'édifice tenait grâce au mandat.*¹⁶⁵⁴ » Il est vrai que depuis lors, un carcan législatif est venu encadrer fortement la matière, la modifiant substantiellement. Cependant, selon nous, cet agrégat législatif n'a eu d'autre effet que d'organiser les pouvoirs des dirigeants et n'a pas pu aboutir à la transformation du mandat contractuel des dirigeants en mandat institutionnel. Au surplus, la difficulté tenant à la personnalité morale se pose en termes similaires en matière d'associations déclarées. Or, la Cour de cassation a expressément considéré que le président d'une association est un mandataire de cette personne morale¹⁶⁵⁵. La personnalité morale ne semble pas donc constituer un obstacle à l'idée selon laquelle les dirigeants sont des mandataires sociaux. Cette thèse a d'ailleurs été avancée en doctrine, même si celle-ci reste minoritaire¹⁶⁵⁶ et considère que « *la professionnalisation des dirigeants milite plutôt pour la reconnaissance d'un « contrat de direction » plus spécifique.*¹⁶⁵⁷ » Cette évolution serait conforme à la logique de la théorie nord-américaine de l'agence, qui inspire pour partie le concept de *corporate governance*, et selon laquelle le dirigeant est perçu comme un mandataire¹⁶⁵⁸.

Certes, le mandat social ne peut être parfaitement qualifié de mandat au sens de l'article 1984 du Code civil (même si une interprétation littérale de cette disposition ne s'y oppose pas de manière formelle¹⁶⁵⁹). Il s'agirait plutôt d'un mandat spécial, tel que la loi l'admet dans certains domaines¹⁶⁶⁰. Cette conception serait d'ailleurs en accord avec l'idée selon laquelle la société serait un contrat spécial. La particularité résiderait en quelque sorte dans l'aspect spécifique de la personnalité morale. Dans cette perspective, les dirigeants sont les mandataires des associés ; et pour accomplir leur mission dans l'intérêt de ces derniers, ils doivent agir dans l'intérêt et pour le compte de la société, entité juridique créée par les associés afin de parvenir à la réalisation de leurs objectifs. À cet égard, la qualification de mandat spécial permettrait de justifier une autre particularité au regard de la stricte définition du mandat : le caractère non systématique de la révocation *ad nutum* des dirigeants sociaux¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁴ - P. LE CANNU, *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions*, Bull. Joly 1995, note 19, p. 643.

¹⁶⁵⁵ - Civ. 1ere, 5 février 1991, Bull. civ. I, n° 45.

¹⁶⁵⁶ - S. ASENSIO, Le dirigeant de société, un mandataire "spécial" d'intérêt commun, Rev. sociétés 2000, p. 683; A. COURET, Op. cit., *ibid.*

¹⁶⁵⁷ - P. LE CANNU, note sous arrêt, Paris, 5 mars 1999, *op. cit.*

¹⁶⁵⁸ - A. COURET, Op. cit., n° 11 et s.

¹⁶⁵⁹ - Aux termes de l'article 1984 du Code civil, "*le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.*" Littéralement, l'on peut avoir l'impression que le texte distingue le mandant de la personne qui donne le pouvoir de faire quelque chose à une autre. Cette formulation pourrait ainsi paraître accréditer l'idée qu'une personne, autre que le mandant, puisse être admise à agir au nom de celui-ci, afin de lui désigner un mandataire chargé d'agir pour son compte, comme les associés le feraient à l'égard de la société. Mais, en réalité, cet argument littéral est à écarter. Ce serait forcer le sens du texte que de lui prêter cette signification alors que cette rédaction n'est vraisemblablement due qu'à la volonté d'alléger le style en évitant la répétition du terme de "mandant".

¹⁶⁶⁰ - L'on entend par là non pas le mandat donné pour une ou plusieurs opérations déterminées, par opposition au mandat général, mais le fait que le mandat des dirigeants soit d'un type particulier tel qu'il en existe en matière de mandats professionnels, comme celui d'agent commercial (D. 23 mars 1958, L. 25 juin 1991), d'agent de change ou de sociétés de bourse (L. 22 janvier 1988), de VRP (article L. 751-1 et s Code du travail.)

¹⁶⁶¹ - La question de la révocation des dirigeants constitue une objection qui pourrait s'opposer à la qualification de mandataire social. En effet, le mode de révocation des dirigeants ne s'accorde pas toujours avec celui des mandataires. La particularité du mandat est d'être révocable *ad nutum* par le mandataire, c'est-à-dire sans préavis, ni précision de motif, ni indemnités (article 2004 du Code civil.) Pour les dirigeants, ce mode de révocation ne concerne que les administrateurs, le président du conseil d'administration, ainsi que les membres du conseil de surveillance des sociétés anonymes, sous réserve de le faire toutefois dans les formes régulières et sans abus de droit. En revanche, le gérant de SARL et de société en nom collectif, les membres du directoire et, depuis la loi NRE, le directeur général et le directeur général délégué sont révoqués pour juste motif (concernant le directeur général, la révocation *ad nutum* demeure toutefois possible lorsque celui-ci cumule ses fonctions avec celles de président du conseil d'administration.) Dans ce dernier cas, il ne serait pas possible de considérer ces dirigeants comme des mandataires. Cet obstacle peut être levé. En effet, afin de contrebalancer la liberté de révocation

Ainsi qu'il a été montré, il est donc alors possible de considérer le dirigeant social comme un mandataire spécial. De cette qualification résultent les obligations fiduciaires spécifiques de ce dernier.

B- Les obligations fiduciaires des dirigeants sociaux

429- Les devoirs fiduciaires des dirigeants tendent à être de plus en plus explicitement consacrés par voies législative et jurisprudentielle. Il convient au préalable de préciser le contenu de ces obligations avant d'évoquer les dispositions qui visent à en garantir le respect (1) et qui apparaissent comme révélatrices de leur importance (2).

1- Nature des obligations fiduciaires des dirigeants

430- La coexistence des obligations fiduciaires. Une des principales caractéristiques du mandat, contrat fortement influencé par le critère de *l'intuitu personae*, est la mise à la charge du mandataire d'importants devoirs fiduciaires.

En matière de mandat social, les associés ont accordé leur confiance aux dirigeants. En amont, c'est la confiance en leurs compétences et leur loyauté qui déterminent le choix des associés dans le processus de désignation des dirigeants. En aval, c'est la confiance dans la bonne gestion de la société qui décidera de leur maintien aux responsabilités.

Cette confiance donnée génère en contrepartie des obligations. Dans ce domaine, de nombreuses législations étrangères, notamment anglo-saxonnes, attachent une importance toute particulière aux responsabilités fiduciaires¹⁶⁶² qui ont inspiré les principes de *corporate governance*. Aux Etats-Unis, par exemple, les obligations fiduciaires reposent sur un double impératif de *loyauté (duty of loyalty)* ou *duty of fair dealing*, qui leur fait principalement interdiction de créer un conflit d'intérêts en leur intérêt personnel et celui de la société, et de *diligence (duty of care)*, consistant pour le dirigeant à agir avec bonne foi, compétence et soin dans l'exécution de sa fonction.

Certes, l'exigence de devoirs de loyauté (a) et de diligence (b) ne se retrouve pas expressément dans notre législation. Cependant, la jurisprudence, approuvée par la doctrine, en reconnaît l'existence, tout particulièrement dans le contrat de mandat¹⁶⁶³. De ces deux devoirs, celui de loyauté est le plus rigoureusement préservé.

a- L'obligation de loyauté

431- Origines de l'obligation. Si la référence expresse à l'existence d'une obligation de loyauté demeure relativement récente en droit des sociétés, sa source inspiratrice est cependant ancienne. L'on peut y déceler une émanation de l'exigence générale de bonne foi qui doit prévaloir en matière contractuelle.

L'exigence et l'existence d'une obligation de loyauté entre associés semblent plutôt évidentes. Fondée sur un contrat, le bon fonctionnement de la société requiert de la part de chaque partie au contrat le respect de l'obligation générale de bonne foi posée à l'article 1134 3° du Code civil, ainsi

reconnue au mandant, la jurisprudence a admis que le mandataire peut être révoqué pour juste motif lorsque le mandat est dit d'intérêt commun; tel est le cas lorsque le mandat sert aussi bien les intérêts du mandant que du mandataire. On pourrait alors considérer que les dirigeants révocables pour juste motif le sont parce que le mandat est d'intérêt commun. À l'appui de cette idée, l'on peut avancer l'article 1833 du Code civil selon lequel "toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés." Mais cette hypothèse supposerait que les dirigeants soient associés, ce qui n'est pas toujours le cas. La révocation pour juste motif ne peut donc se justifier par la présence d'un mandat d'intérêt commun (contra, S. ASENSIO, op. cit., p. 702 et s.) Il semble alors préférable de fonder ce particularisme au regard du régime ordinaire du mandat sur l'idée du mandat spécial dont la possibilité de déroger au caractère systématique de la révocation ad nutum serait l'un des aspects.

¹⁶⁶² - Pour une comparaison des exigences américaines et françaises, N. DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droits des États-Unis d'Amérique et droit français*, Thèse Orléans, 1994.

¹⁶⁶³ - P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Bibl. dr. entr. t. 20, LITEC, 1988, p. 84 et s.

que l'observation de « toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » fondée sur l'article 1135 du Code civil. À toutes les étapes du contrat, de sa formation à son exécution¹⁶⁶⁴, chaque cocontractant est tenu à une obligation de loyauté consistant à ne pas tromper l'autre, en adoptant une aptitude cohérente et en mettant fidèlement en œuvre ses engagements¹⁶⁶⁵. À cette obligation générale, s'ajoute une obligation de coopération, imposée dans tout contrat et variable en fonction de l'objet de celui-ci, mais qui, en matière de sociétés, revêt une importance particulière. En effet, « *le contrat de société, avec son affectio societatis, apparaît comme le domaine naturel d'application d'un tel devoir.*¹⁶⁶⁶ » Le prérequis au sein d'une société de l'*affectio fraternitatis*¹⁶⁶⁷ insiste encore sur l'intensité de la loyauté qui doit régir les relations entre associés. Par ailleurs, une preuve supplémentaire de l'importance de l'obligation de loyauté émane des dispositions de l'article 1833 du Code civil aux termes desquelles « *toute société doit (...) être constituée dans l'intérêt commun des associés.*¹⁶⁶⁸ » L'intérêt commun, qui peut être défini comme « *l'intérêt de chaque associé de retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel*¹⁶⁶⁹ » et qui ne doit pas être confondu avec l'intérêt social¹⁶⁷⁰, sous-entend une obligation de loyauté. En effet, la préservation de l'intérêt commun implique un comportement loyal de la part de chaque associé. C'est ce qu'illustre la situation du délit d'abus de majorité dans laquelle l'atteinte à l'intérêt commun est la conséquence d'un comportement déloyal de la part des actionnaires majoritaires.

432- Consécration de l'obligation. En revanche, la référence explicite à un devoir de loyauté des dirigeants sociaux est beaucoup plus récente. Il peut pourtant se fonder aussi sur l'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre du contrat. De manière tout aussi général, il peut également émaner du pouvoir donné aux dirigeants, pouvoir qui ne doit pas être détourné de son objectif originel¹⁶⁷¹. Cependant, c'est principalement le contrat de mandat qui, à notre sens, fonde l'existence du devoir de loyauté des dirigeants sociaux, au regard de la nature spécifique des obligations pesant sur le mandataire¹⁶⁷².

Plus explicitement, la jurisprudence a consacré l'existence d'un devoir général de loyauté des dirigeants sociaux. Par une décision du 27 février 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé expressément que ces derniers étaient tenus d'un tel devoir *envers les associés*¹⁶⁷³. La même formule a été reprise dans un arrêt du 12 mai 2004¹⁶⁷⁴. Identiquement, par un second arrêt en date du 24 février 1998, la Cour de cassation a posé que les dirigeants étaient également tenus d'un devoir de loyauté *envers l'entreprise*¹⁶⁷⁵. Ce principe, largement plébiscité en doctrine¹⁶⁷⁶, nous semble devoir être rattaché à l'idée de mandat, et la référence à l'entreprise ne nous semble pas invalider cette analyse, entendu que le mandat du dirigeant a pour objet la gestion de l'entreprise.

Il convient de noter à cet égard que la chambre commerciale emploie indifféremment – et c'est ce que nous faisons depuis le début de cette analyse – tantôt le terme de « *devoir de loyauté* » comme

¹⁶⁶⁴ - Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989.

¹⁶⁶⁵ - F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 47.

¹⁶⁶⁶ - *Ibid.*

¹⁶⁶⁷ - Y. GUYON, *La fraternité dans le droit des sociétés*, Rev. sociétés 1989, p. 439.

¹⁶⁶⁸ - D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, JCP 1994, éd. E, I, 404.

¹⁶⁶⁹ - *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ - *Ibid.*

¹⁶⁷¹ - E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, ECONOMICA, 1985.

¹⁶⁷² - P-H. ANTONMATTEI, et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. LexisNexis, 2013, n°484.

¹⁶⁷³ - Bull. civ. IV, n° 65; JCP 1996, II, 22665, note J. GHESTIN.

¹⁶⁷⁴ - Bull. civ. IV, n° 94; D. 2004, obs. A. LIENHARD, p. 1599.

¹⁶⁷⁵ - Bull. civ. IV, n° 86; Rev. sociétés 1998, note M-L. COQUELET, p. 546.

¹⁶⁷⁶ - H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p. 273; J-J. DAIGRE, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, in Mélanges Pierre BÉZARD, *Le juge et le droit de l'économie*, Petites Affiches MONTCHRESTIEN 2002, p. 79; J-J. CAUSSAIN, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français*, in Actes du colloque du 28 octobre 1999, *Le devoir de loyauté en droit des affaires*, Gaz. Pal. du 3 au 5 décembre 2000, p. 66.

dans l'arrêt du 27 février 1996, tantôt celui d' « *obligation de loyauté* » comme dans la décision du 24 février 1998. La doctrine semble davantage recourir à celui de « *devoir*. » La différence entre les deux – s'il y en a une – réside en principe dans le pouvoir juridique de contrainte et de sanction qui n'est reconnu qu'aux seules obligations juridiques. Néanmoins, même en évoquant le « *devoir de loyauté* », la Cour de cassation a bien tenu à sanctionner juridiquement cette exigence. L'on est donc amené à penser qu'aux yeux de cette dernière, l'emploi de ces termes est indifférent. En ce qui nous concerne, l'impératif de loyauté en matière de sociétés peut s'appréhender comme une sorte de « *devoir absolu* » qui imposerait un comportement honnête et droit, mais qui ne pourrait être véritablement analysé juridiquement qu'*a posteriori*, par l'obligation de répondre à sa violation. De même, outre la jurisprudence, le législateur tend également à admettre l'existence d'un tel devoir en matière de sociétés. Ainsi, la loi NRE du 15 mai 2001 a substantiellement modifié la matière des conventions dites « *réglementées* » sous le titre de *prévention des conflits d'intérêts*. Même si le résultat obtenu n'est pas très satisfaisant¹⁶⁷⁷, cette évolution tend néanmoins à souligner l'importance croissante reconnue aux impératifs fiduciaires qui doivent gouverner la conduite des dirigeants et vise à aligner le droit français sur la logique anglo-américaine en la matière.

b- L'obligation de diligence

433- Bien que l'exigence d'un devoir de diligence soit moins évoquée en doctrine et que la jurisprudence n'en fasse pas cas, quelques auteurs s'y réfèrent parfois¹⁶⁷⁸. Il est vrai que l'obligation de diligence, avec une moindre connotation morale, est aussi plus difficile à cerner que ne l'est celle de loyauté. Aussi, selon certains auteurs, le devoir de diligence et de loyauté serait plutôt la manifestation d'un même principe. L'obligation fiduciaire aurait deux facettes¹⁶⁷⁹ et serait, en quelque sorte, une « *obligation bicéphale*.¹⁶⁸⁰ » À notre sens, au contraire, il semble que les deux obligations doivent être appréhendées de manière distincte. En effet, alors que le devoir de loyauté fait interdiction aux dirigeants notamment de créer des conflits d'intérêts entre les intérêts de la société et leurs intérêts personnels, le devoir de diligence leur impose, quant à lui, d'agir avec compétence, habileté et attention. Le comportement négligent du dirigeant porte ainsi atteinte à l'obligation de diligence qui lui incombe. Sa transgression relève de la responsabilité civile et sera punie au travers de la notion de faute de gestion de l'article L. 225-251 du Code de commerce¹⁶⁸¹.

2- Prévention de la violation des obligations fiduciaires des dirigeants

434- Forts de la confiance des associés et munis des pouvoirs qui leurs sont attribués, les dirigeants peuvent avoir tendance à abuser de leur position pour servir leurs propres intérêts ou à ne pas accomplir convenablement ou loyalement leurs fonctions. Il convient d'observer avec quelle intensité le droit positif souligne l'importance de leurs obligations fiduciaires par les mécanismes qu'il met en œuvre, en amont, pour prévenir leur transgression. La loi prévoit en effet des mesures destinées à éviter les conflits d'intérêts entre les dirigeants et la société. Ainsi, certaines dispositions légales visent à encadrer par une procédure l'accomplissement de certains actes (a), tandis que d'autres formulent des interdictions (b).

a- Les dispositions d'encadrement

435- Par leurs pouvoirs, les dirigeants sont en mesure d'imposer à la société, dans leur intérêt

¹⁶⁷⁷ - R. VATINET, *Les conventions réglementées*, Rev. sociétés 2001, p. 561 et s.

¹⁶⁷⁸ - E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1998; Y. GUYON, Op. cit., n°324, p. 343.

¹⁶⁷⁹ - P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000.

¹⁶⁸⁰ - *Ibid.*

¹⁶⁸¹ - L'administrateur qui se désintéresserait totalement de son mandat et qui ne prendrait aucune part à la gestion de la société commettrait une faute de surveillance constitutive d'une faute de gestion, Paris, 8 mars 1958, D. 1958, 342, E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, op. cit.

personnel, des contrats qui lui seraient préjudiciables. À l'interdiction de toute convention en dirigeants et sociétés, la loi a préféré l'encadrement. Ainsi, l'article L. 225-38 du Code de commerce impose une autorisation préalable au regard des personnes et de la nature de l'acte¹⁶⁸². Pour n'en mentionner que les lignes majeures¹⁶⁸³, les personnes concernées sont principalement les dirigeants et, dans une moindre mesure, les actionnaires disposant d'une fraction de votes supérieures à 5% ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Les actes concernés sont exclusivement les conventions. La procédure à suivre s'est complexifiée et compte désormais cinq étapes¹⁶⁸⁴. De même, fait l'objet d'un encadrement, l'intégration dans le patrimoine de la société de biens appartenant à un associé. Ainsi, l'apport en nature ou la stipulation d'avantages particuliers doivent faire l'objet de la procédure particulière d'évaluation et d'approbation par l'assemblée générale¹⁶⁸⁵. Il en est de même à propos de la vente par un actionnaire d'un de ses biens à la société, si cette vente intervient dans les deux ans de son immatriculation et si la valeur du bien est au moins égale à un dixième du capital social¹⁶⁸⁶. Dans tous les cas, et afin d'éviter les conflits d'intérêts, la loi suspend le droit de l'intéressé de prendre part au vote.

b- Les dispositions d'interdiction

436- Certaines conventions présentent des risques plus importants et la loi préfère les prohiber totalement. Ainsi les dispositions de l'article L. 225-43 du Code de commerce font interdiction aux dirigeants (les administrateurs, les représentants permanents des personnes morales administratrices, le président, les directeurs généraux, ainsi que le conjoint, les ascendants et descendants de ces personnes) de se faire consentir par la société, des emprunts ou des découverts, ou de faire cautionner ou avaliser par cette dernière des engagements envers des tiers. La sanction est la nullité absolue des opérations proscrites.

Outre les prescriptions afférentes aux incompatibilités professionnelles et au cumul de mandats sociaux, la loi fait interdiction aux personnes tombant sous le coup de certaines sanctions pénales¹⁶⁸⁷, frappées de faillite personnelle ou de mesures de substitutions à celle-ci¹⁶⁸⁸, de diriger, administrer ou gérer une société.

En conclusion, il semble que pèse principalement sur le dirigeant, une double obligation de loyauté et de diligence. Cependant, il convient de s'interroger sur le point de savoir si cette double exigence doit inéluctablement priver le dirigeant de toute opportunité d'affaires.

C- La question du conflit d'intérêt en droit comparé

437- Certaines opportunités d'affaires placent le dirigeant qui voudrait s'en saisir en situation de conflit d'intérêts. Son intérêt individuel et l'intérêt social dont il a la charge s'opposent et la société risque de se trouver privée d'une opération lucrative qui lui revient. A la différence de nombreuses législations étrangères, le droit français des sociétés n'encadre pas la captation d'opportunités sociales par le dirigeant. Si l'exigence de loyauté permet de pallier cette absence, la difficulté à

¹⁶⁸²- L'article précité est relatif aux sociétés anonymes à conseil d'administration. Il trouve ses équivalents aux articles L. 225-86 Code de commerce pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance et L. 223-19 Code de commerce pour les SARL.

¹⁶⁸³- R. VATINET, Les conventions réglementées, op. cit., *ibid*.

¹⁶⁸⁴- L'information du conseil d'administration par l'intéressé, l'obtention de l'autorisation du conseil, l'information des commissaires aux comptes sur l'autorisation accordée, la rédaction et la mise à disposition des actionnaires d'un rapport spécial des commissaires aux comptes et l'approbation de la convention à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire.

¹⁶⁸⁵- Articles L. 225-8 et L. 225-147 Code de commerce.

¹⁶⁸⁶- Article L. 225-101 Code de commerce.

¹⁶⁸⁷- Article 6 du décret-loi du 8 août 1935.

¹⁶⁸⁸- Articles L. 625-2 et L. 625-8 Code de commerce.

caractériser les opportunités privilégiées crée une situation incertaine. Une procédure de révélation peut être envisagée. Bien que d'une efficacité préventive limitée, elle renforcerait la sécurité juridique sans entamer l'exigence de moralisation du droit des affaires.

Saisir une opportunité d'affaires¹⁶⁸⁹, c'est profiter d'une occasion de s'engager dans une opération ou une activité. Pour un dirigeant, cette perspective suscite certaines difficultés¹⁶⁹⁰. En sa qualité de mandataire social, il est tenu d'agir dans l'intérêt social, de sorte que la poursuite de ses intérêts personnels peut conduire à une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis de la société. Une parcelle de la richesse sociale potentielle risque d'être captée par le dirigeant.

Doit-on pour autant purement et simplement empêcher le dirigeant de saisir toute opportunité d'affaires ? Il convient plutôt de préciser les opportunités qui doivent revenir à la société et celles que le dirigeant peut légitimement appréhender. Opérer cette répartition logique se révèle malaisé lorsque l'on considère les événements en cause : opération évoquée lors d'un dîner en ville ou secrétée par le réseau, *curriculum vitae* d'un candidat aux qualifications recherchées, panneau pour la vente d'un terrain stratégiquement situé, matière première sur le point de s'apprécier, etc. Dans cette liste, certaines opportunités de dégager un profit sont plus sociétales que d'autres. Développer pour des clients une version modifiée d'un produit déjà distribué par la société prolonge sans conteste l'activité naturelle de celle-ci : l'opportunité doit alors revenir à la société. Cela vaut-il si l'opportunité représente un écart stratégique à la rentabilité incertaine ? Ou si l'opportunité ne découle ni de l'exercice des fonctions du dirigeant ni des biens ou informations de l'entreprise ?

Classiquement, et faute de reconnaître une possible obligation « d'exclusivité » à la charge du dirigeant, la sanction des comportements parasites se fonde sur l'interdiction de la concurrence déloyale. Ce fondement ne rend toutefois pas compte de ce que le conflit d'intérêts lié aux opportunités d'affaires touche l'intérêt social. Cette particularité est en revanche prise en compte dans la véritable interdiction de capter une opportunité d'affaires énoncée par la chambre commerciale le 15 novembre 2011. Elle y affirme que l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité¹⁶⁹¹.

L'intérêt privé ne doit donc pas contrarier l'intérêt social – donc supérieur – qui est en jeu : « une morale des affaires qui s'emploie à restaurer la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires déviations¹⁶⁹². »

L'approche adoptée par la Cour de cassation fondée sur l'obligation de loyauté témoigne de son

¹⁶⁸⁹ - « *corporate opportunities* » selon la terminologie anglaise parfois retenue.

¹⁶⁹⁰ - D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, 2^e éd., 2004, n° 16; J.-Y. MARTIN, *Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société*, thèse, Université Paris I, 1981; M. CORRADI, *Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté*, Bull. Joly Sociétés 2011, § 54 ; D. WILLERMAIN, *Les corporate opportunities* (notamment au sein des groupes de sociétés), Revue de droit commercial belge 2005/5.

¹⁶⁹¹ - L'arrêt du 15 novembre 2011, n° 10-15.049, *S^é DL finances*, en fournit une illustration (JCP E 2011, n° 50, p. 16, note A. COURET et B. DONDERO; D. 2012. 134, , note T. FAVARIO ; Bull. Joly Sociétés 2012, § 116, note H. LE NABASQUE; Dr. sociétés 2012, n° 2, p. 21, note M. ROUSSILLE; CCC 2012, n° 2, p. 39, obs. M. MALAURIE; Gaz. Pal. 2012, n° 41, p. 19, note. B. SAINTOURENS; Rev. sociétés 2012. 292, , note L. GODON; RTD com. 2012. 134 et 137, , obs. A. CONSTANTIN.) En l'espèce, une société réalise la phase initiale d'un programme de construction immobilière. La seconde phase est confiée par le client à une autre société, dont le dirigeant se trouve être le gérant de la société initialement retenue. Les associés écartés de la deuxième phase reprochent au gérant (et à l'un de leur co-associé - mais cette dimension de l'arrêt abondamment commentée et qui confirme une ligne jurisprudentielle établie ne sera pas abordée ici) « d'avoir détourné à leur profit les bénéfices de la première tranche du programme immobilier ». Ils l'assignent en paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale. La cour d'appel rejette la demande en réparation : elle juge que les deux opérations de construction sont « *distinctes* » l'une de l'autre. Au visa de l'art. L. 223-22 Code de commerce, la Cour de cassation juge que les motifs invoqués par les juges du fond sont « *impropres à exclure tout manquement [du gérant] à l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur lui en raison de sa qualité de gérant* ». La juridiction régulatrice précise le contenu de cette obligation en soulignant qu'elle « *interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité* ». En conséquence, les demandes d'indemnisation des associés à l'égard du gérant doivent être reconsidérées.

¹⁶⁹² - B. OPPETIT, *Ethique et vie des affaires*, Mélanges Colomer, 1993, p. 319 s., spéc. p. 331.

attention à cette dimension¹⁶⁹³. Le détournement d'un gain social potentiel se trouve pris en compte à travers la sanction *ex post* et non comme risque. Pour cette raison, et à défaut de créer une communauté d'intérêts entre la société et le dirigeant qui permettrait de prévenir la captation, la solution apparaît comme une source d'incertitudes et donc d'insécurité juridique¹⁶⁹⁴. L'attrait d'une approche alternative se renforce à la lumière du droit comparé : les conditions dans lesquelles les dirigeants peuvent exploiter des opportunités d'affaires sont encadrées sur le fondement du conflit d'intérêts depuis le tout début du XX^e siècle en Angleterre où les solutions ont été codifiées dans le *Company Act* de 2006 et aux Etats-Unis où le droit des sociétés diffère d'Etat à Etat mais trouve une inspiration commune dans les *Principles of corporate governance* proposé en 2002 par le *American Law Institute (ALI Principles)*¹⁶⁹⁵. Les législations allemande¹⁶⁹⁶, et, plus récemment, italienne¹⁶⁹⁷, comme d'ailleurs celles d'autres pays de tradition de droit civil telle l'Espagne¹⁶⁹⁸, les ont aussi précisées.

Encore faut-il identifier les situations dans lesquelles une opportunité mérite d'être qualifiée d'opportunité sociétaire et doit bénéficier à la société de manière privilégiée. Il convient, conformément à une logique d'efficacité économique, de préciser à quelles conditions il pourrait être opportun d'autoriser le dirigeant à s'en saisir. L'édition de règles organisant une gestion préalable du conflit d'intérêts supposerait de passer d'une culture de l'interdiction à une culture de l'autorisation, de la rigidité de l'abstention à la possibilité d'une procéduralisation, du principe abstrait de la liberté d'entreprendre à son organisation concrète. Même si leur efficacité préventive est modeste¹⁶⁹⁹, ce sont là autant d'évolutions déjà entamées et que pourrait hâter la pression du droit comparé, lequel fournit une source d'inspiration tant pour caractériser les opportunités d'affaires litigieuses car privilégiées (1) que pour façonner un traitement en permettant la régulation (2).

1- Critères des opportunités privilégiées

438- Une prise d'intérêt fait naître un conflit d'intérêts à une double condition. Il faut que la personne individuellement intéressée par l'opportunité soit, elle-même, en charge de l'intérêt de la société. Au surplus, il faut aussi que l'opportunité considérée ne soit pas librement appréhendable

¹⁶⁹³- La loyauté représente le corollaire d'une sécurité juridique fondée sur « *le comportement attendu des hommes* » (L. AYNÈS, « *Synthèse* », *Loyauté et impartialité en droit des affaires*, Actes du 37^e colloque Droit et Commerce, 31 mars-1^{er} avril 2012, Gaz. Pal. 23 mai 2012, spéc. p. 86).

¹⁶⁹⁴- Par exemple, bons de souscription d'action, intéressement, etc.

¹⁶⁹⁵- En droit britannique, P. DAVID, *Gower and Davies' principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, p. 599 s., et l'arrêt fondateur *Ass vs Benham* (1891) 2 Ch. 244, ainsi que les arrêts de référence (*landmark cases*), *Cook vs Deeks* [1916] 1 AC 554, *Regal (Hastings) Ltd vs Gulliver* [1967] 2 AC 134, et *Bhullar vs Bhullar* [2003] 2 BCLC 241 ; en droit américain, J. H. CHOPER, J. C. COFFEE, Jr., R. J. GILSON, *Cases and materials on corporations*, 7^e éd., 2008, NY, Aspen Publishers, et les arrêts de principe, *Guth vs Loft*, 5 1 3rd 503 (1939), *Sinclair Oil vs Levien*, 280 A 2nd 717 (1971), et *Broz vs Cellular Information Systems, Inc.*, Delaware SC 673 A 2nd 148 (1996). V. aussi A. CAHN et D. DONALD, *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 332 s.

¹⁶⁹⁶- *Aktiengesetz*, § 88(1) : « à défaut d'autorisation du conseil de surveillance, les membres du directoire ne peuvent, ni pour leur compte ni pour celui d'un tiers, conclure une convention à laquelle la société est partie ou qui porte atteinte à la société » : la jurisprudence joue un rôle important, V. J. WEISSER, *Corporate Opportunities zom Schutz des Geschäftschancen des Unternehens im deutsche und im US-amerikanischen Recht*, Heymann, Köln, 1991.

¹⁶⁹⁷- En 2003, a été introduit dans le *Codice civile* l'art. 2391 en vertu duquel : « [l'administrateur] est réputé responsable des dommages causés à la société lorsqu'il utilise à son profit ou pour celui d'un tiers des données, informations ou des opportunités d'affaires dont il a eu connaissance durant l'exercice de son mandat ».

¹⁶⁹⁸- En 2010, a été introduit dans la *Ley de sociedades de capital* espagnole l'art. 228 en vertu duquel : « un administrateur n'est autorisé à réaliser pour son profit direct ou indirect aucun investissement et aucune autre opération touchant aux biens de la société et dont il aurait pris connaissance durant son mandat, dès lors que l'investissement ou les opérations ont été proposés à la société ou que celle-ci y a un intérêt »

¹⁶⁹⁹- Un référé-interdiction pour défaut d'autorisation n'est possible que si des informations particulières sont disponibles.

mais revienne en principe à la société, c'est-à-dire qu'elle soit « privilégiée ». Afin d'examiner les caractères de telles opportunités, il convient d'étudier, d'une part, les critères forgeant le caractère privilégié d'une opportunité (a), d'autre part, le périmètre des personnes concernées (b).

a - Critères d'identification

439- La définition des opportunités d'affaires privilégiées laisse apparaître une tension. D'un côté, le périmètre doit être suffisamment étendu pour protéger l'intérêt social. De l'autre, il doit être assez restreint pour limiter le coût économique lié au gel d'opportunités, que la société ne pourrait finalement pas exploiter et qui, à l'échelle macro-économique, sont autant de gains potentiels non réalisés.

A première vue, deux critères peuvent justifier l'inclusion dans le périmètre privilégié : la manière dont l'opportunité a été obtenue et, alternativement, son contenu.

D'abord, si l'opportunité a été repérée au cours de la mission de gestion de la société, ou grâce à la mise en œuvre de connaissances, techniques ou moyens spécifiques à la société, la possibilité d'en poursuivre l'exploitation et le gain éventuel devrait pouvoir revenir à la société. Le droit positif est en ce sens et puise dans le droit des sociétés, avec la notion d'abus de biens sociaux en particulier¹⁷⁰⁰, ainsi que, sous forme d'inspiration¹⁷⁰¹, dans le régime des inventions de salariés (en vertu de l'art. L. 611-7 CPI, les inventions salariales sont attribuables à l'employeur en raison des circonstances ou moyens mis en œuvre).

Les conditions dans lesquelles une opportunité est détectée, et notamment la circonstance d'un dirigeant agissant dans le cadre de ses missions, constituent des indices pertinents. Le droit anglais retient un tel indice¹⁷⁰². Cet indice est également visé dans les *ALI Principles of corporate governance*¹⁷⁰³, et se trouve retenu dans beaucoup d'Etats américains, en particulier, dans celui, emblématique, du Delaware¹⁷⁰⁴. Ce critère apparaît toutefois trop étroit pour protéger convenablement l'intérêt social, puisque le mandat du dirigeant s'étend à la recherche d'opportunités stratégiquement judicieuses pour la société, peu important à cet égard les moyens employés. Un critère alternatif s'impose donc : l'objet de l'opportunité. Le droit anglais a progressivement pris en compte ce critère à travers le *line of business test*¹⁷⁰⁵ en vertu duquel toute opportunité qui entre dans la ligne d'activité sociale, ou dans celle que le dirigeant a en charge de développer, doit être réservée à la société. La solution a été confirmée en 2003 par l'arrêt *Bhullar vs Bhullar*¹⁷⁰⁶ et affirmée : la ligne d'activité suspicieuse est celle qui intéresse effectivement la société, ou pourrait l'intéresser. Savoir si, en pratique, la société a les moyens de poursuivre l'opportunité est indifférent¹⁷⁰⁷. Cette solution a été reprise par le *Company Act* de 2006¹⁷⁰⁸. Le critère est encore

¹⁷⁰⁰ - Cass. crim. 12 janv 2005, n° 04-83.991; en l'espèce, il a été jugé que commet un délit d'abus de biens sociaux un gérant non salarié qui dépose à son nom personnel une enveloppe Soleau concernant une invention qui était le résultat de la conception et du travail effectué au sein de la société (RTD com. 2006. 350, obs. J.-C. GALLOUX).

¹⁷⁰¹ - Lamy droit commercial 2011, n° 1859.

¹⁷⁰² - *Regal (Hastings) Ltd vs Gulliver*, préc. : la *House Fof Lords* retint la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société pour le profit réalisé sur le fondement que « *that what the directors did was so related to the affairs of the company that it can properly be said to have been done in the course of their management and in utilisation of their opportunities and special knowledge as directors* » (Lord MacMilan, [1967] A.C. 153). En l'espèce, les dirigeants avaient décidé de ne pas donner, en qualité de dirigeants de la société, la garantie exigée par le cocontractant et de ne pas chercher à recapitaliser la société, condition alternative posée par le cocontractant ; ils avaient ensuite pris part à l'acquisition envisagée en tant qu'actionnaire du véhicule d'acquisition.

¹⁷⁰³ - *ALI Corporate Law Principles*, 5 § 5.

¹⁷⁰⁴ - L'arrêt de référence est *Guth vs Loft, Inc.*, 5 A 2d 503, 510 (Del. 1939), statuant sur le cas d'un dirigeant d'un fabricant de bonbons qui profita à titre personnel de la possibilité d'acheter à bas prix la recette du Pepsi Cola.

¹⁷⁰⁵ - *Industrial Development Consultants Ltd vs Cooley* [1972] 1 WLR 443.

¹⁷⁰⁶ - Précité.

¹⁷⁰⁷ - En ce sens, D. PRENTICE, J. PAYNE, *The corporate opportunity doctrine*, *Law Quaterly Review* 2004. 198.

¹⁷⁰⁸ - L'article L. 175 (2) dispose que « *it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity* ».

large car tout ce qui a une valeur économique est susceptible d'intéresser la société dont le but est précisément le profit. En résumé, en droit anglais, le dirigeant doit toujours s'attendre à voir sa responsabilité mise en jeu, le principe du *no conflict* revenant finalement à une solution guère éloignée de l'application du principe de *no profit*.

En droit français, la prise en compte du lien entre l'opportunité et l'activité de la société apparaît en filigrane dans l'arrêt du 15 novembre 2011¹⁷⁰⁹. La chambre commerciale relève en effet que le marché litigieux appartenait au « *même domaine d'activité* ». Toutefois, les contours de ce critère demeurent à préciser.

L'on peut admettre, comme les juges de cassation, que l'opportunité correspondant à l'activité même de la société est naturellement privilégiée. Au-delà, certains « objets » suffisamment proches justifient sans doute également ce caractère. Comment définir cette zone grise ? La démarche pourrait être empruntée au droit des baux commerciaux. Le preneur se voit en effet reconnaître un droit à exploiter une activité connexe ou complémentaire à l'activité autorisée dans le bail (désécialisation partielle)¹⁷¹⁰ lorsqu'il existe une similitude, dépendance ou un autre rapport étroit ou d'accessoire entre les deux activités. En transposant, l'opportunité d'un développement vers l'embouteillage apparaît accessoire à son objet pour un producteur de boissons et la production de boissons aux fruits une opportunité complémentaire pour un producteur de sodas. S'y ajoute le cas où l'activité fait partie de celles qui sont recherchées par la société, ce que le rapport de gestion permettra d'établir.

Il faut cependant se montrer vigilant face à la force d'attraction potentielle de la notion d'opportunité d'affaires. On pourrait en effet l'étendre à tout développement venant dans l'orbite du dirigeant et que la société pourrait le cas échéant exploiter, sans exiger que la société ne soit déjà engagée dans ce type d'affaires ou ne cherche à le faire. Un exemple¹⁷¹¹ : l'administrateur (dirigeant non exécutif) d'une société dont l'activité est dans le domaine des services apprend au cours d'une conversation sur un parcours de golf qu'il lui serait possible d'investir dans un projet de restaurant. Est-il justifié qu'un tel projet entre dans le champ des opportunités d'affaires privilégiées ? La qualification ne doit-elle pas être limitée aux activités présentement poursuivies ou recherchées par la société ? A défaut de cette exigence, tout projet lucratif venant à la connaissance du dirigeant intégrerait la catégorie des opportunités privilégiées, ce qui n'est ni juridiquement nécessaire ni économiquement souhaitable. C'est donc plutôt l'objet social réel qui devrait être pris en compte. Le modèle de développement d'une entreprise évoluant, il semble opportun de se référer aux décisions de l'organe de direction ou aux rapports annuels explicitant la stratégie suivie plutôt qu'aux statuts.

Quoi qu'il en soit, il est possible d'observer dans les différents systèmes juridiques une extension du domaine des opportunités d'affaires privilégiées. Si le problème des conflits d'intérêts nourrit les questionnements depuis plusieurs décennies déjà, on peut souscrire à l'idée que « *cette sévérité nouvelle est contemporaine d'un contexte économique de crise, laquelle a pu servir de révélateur aux mauvais comportements de certains dirigeants*¹⁷¹². »

b - Personnes concernées

440- Les opportunités d'affaires privilégiées représentent un gain potentiel pour la société ; les détourner suppose de paralyser le processus de décision interne ou de dissimuler la réalité de l'opportunité aux organes compétents au mépris d'une exigence d'information. Ainsi, la captation fautive représente-t-elle nécessairement le fait d'une personne disposant au sein de la société d'un pouvoir de décision, ou, au moins, d'un devoir d'information.

¹⁷⁰⁹ - La Cour de cassation appuie sa critique du comportement du gérant sur le fait de « *négocier un marché dans le même domaine d'activité* ».

¹⁷¹⁰ - Article L. 145-47 Code de commerce.

¹⁷¹¹ - Rapp. *Wilkinson vs West Coast Capital* [2007] BCC 717.

¹⁷¹² - V. MAGNIER, *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?*, Bull. Joly Sociétés 2012. 75. Rapp. sur l'attention à accorder dans ce type de réflexions à la « *vie des affaires* », M. GERMAIN, *Morale et droit des affaires*, in D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, *Droit et morale*, DALLOZ, 2011, p. 183.

D'abord, un pouvoir institutionnel de décision revient aux dirigeants dits exécutifs¹⁷¹³, c'est-à-dire les personnes aptes à prendre des décisions au nom et pour le compte de la société et ainsi à même de poursuivre concrètement les opportunités sociales. L'arrêt de novembre 2011 déjà évoqué formule une solution pour le « gérant » : fondée sur les obligations propres aux dirigeants en général, elle peut être transposée aux autres types de société et plus exactement à tout mandataire à qui est confié un pouvoir de direction, soit le gérant de société à responsabilité limitée (SARL), société civile ou en nom collectif, voire le président de la société par actions simplifiée (SAS) dépourvue d'autres organes de direction et le directeur général dans la société anonyme (SA).

Ensuite, la réflexion stratégique, et notamment la sélection des opportunités à concrétiser, participent de la gestion interne de l'entreprise, à laquelle s'associe, aux côtés des dirigeants exécutifs, le conseil d'administration dans les SA. On pourrait objecter que, depuis la réforme opérée par la loi « nouvelles régulations économiques » (NRE), les membres du conseil ne « gèrent » pas la société. On sait qu'ils ont malgré tout été reconnus comme des dirigeants de droit au sens des procédures collectives¹⁷¹⁴ et ils sont à ce titre soumis aux exigences imposées aux dirigeants envers la société¹⁷¹⁵, cela d'autant plus naturellement que la dimension collégiale du conseil tend à ne plus faire obstacle à l'individualisation de la responsabilité des administrateurs¹⁷¹⁶. S'il n'est pas attendu des membres du conseil qu'ils recherchent des opportunités pour la société, ils ne doivent pas soustraire à la société des opportunités pour leur bénéfice direct ou indirect. Le cumul fréquent des mandats dans des sociétés dont les activités se recoupent crée, notamment dans le contexte de groupes de sociétés ou de portefeuilles d'investissement, des situations de conflit d'intérêts particulièrement marquées¹⁷¹⁷. Plus généralement, certaines personnes (physiques ou morales) sont en situation d'influencer, voire de décider des choix stratégiques de la société, et sont, par ailleurs, à l'instar des initiés primaires en matière de délit d'initié¹⁷¹⁸, susceptibles d'avoir connaissance d'opportunités sociales les intéressant directement ou indirectement (à travers une autre société dirigée ou contrôlée, qui appartient, ou non, au même groupe : les situations envisageables sont variées).

Les membres du directoire sont responsables de la marche de l'entreprise : leur organe, collégial, a pour attribution générale d'être investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Ces pouvoirs sont identiques à ceux du directeur général dans une société de type classique¹⁷¹⁹. Par analogie, le régime précédemment décrit doit être appliqué. En revanche, les membres du conseil de surveillance ne sont, au sens des procédures collectives, pas considérés comme des dirigeants¹⁷²⁰ et n'encourent donc aucune responsabilité en raison de leurs actes de gestion¹⁷²¹.

À un degré moindre, tout cadre de l'entreprise ayant connaissance des questions stratégiques se trouve potentiellement dans une situation de conflit d'intérêts. À l'instar des *ALI Principles of*

¹⁷¹³ - Pour emprunter une terminologie admise, voir Y. CHAPUT, *L'émergence du dirigeant exécutif*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 221.

¹⁷¹⁴ - Cass. com. 30 mai 2011, n° 09-13.975, D. 2011. 1551, obs. A. LIENHARD; JCP E 2011. 1655, note A. COURET et B. DONDERO; Rev. sociétés 2011. 521, obs. P. ROUSEL GALLE.

¹⁷¹⁵ - La réglementation sur les conventions réglementées leur est d'ailleurs applicable, article L. 225-38 Code de commerce

¹⁷¹⁶ - Une présomption simple de faute individuelle des administrateurs a été reconnue par Cass. com. 30 mars 2010, *Crédit Martiniquais*, Bull. civ. IV, n° 69 ; RTD com. 2010. 377, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; D. 2010. 1678, note B. DONDERO, 1116, obs. R. SALOMON, 2673, obs. P. DELBECQUE 2802, obs. J.-C. HALLOUIN, et 2011. 1645, obs. H. SYNDET ; Rev. sociétés 2010. 304, note P. LE CANNU.

¹⁷¹⁷ - Et particulièrement délicates à appréhender car la notion d'intérêt de groupe peut venir aménager les contours de l'intérêt social.

¹⁷¹⁸ - Article L. 465-1, al. 1^{er}, Code monétaire et financier, désormais abrogé.

¹⁷¹⁹ - Article L. 225-56 Code de commerce.

¹⁷²⁰ - P. MERLE, *Sociétés commerciales*, DALLOZ, 15^e éd., 2012, n° 453. Il faut souligner que le statut des membres du conseil de surveillance se révèle en conséquence attirant pour les partenaires de la société qui ne veulent pas prendre le risque d'engager leur responsabilité, au titre d'opportunités d'affaires captées.

¹⁷²¹ - Article L. 225-257, al. 1^{er} Code de commerce.

*corporate governance*¹⁷²², il n'est pas rare que le droit américain étende les règles relatives aux *corporate opportunities* aux « *senior executives* », soit le directeur financier et les contrôleurs de gestion, le trésorier et le secrétaire du conseil. Le pouvoir d'un tel collaborateur rattaché à la direction est réel dans les prises de décision. En tant que tel, il est tenu par un devoir de loyauté et une interdiction de faire concurrence. Lui imposer également un statut de dirigeant renforce la protection de la société contre la captation des opportunités. La notion de cadre dirigeant définie à l'article L. 3111-2, alinéa 2, du code du travail pourrait aider à embrasser la catégorie juridique des personnes visées. Outre un critère d'autonomie d'organisation et de décision, la participation à la direction de l'entreprise est requise¹⁷²³, si bien que se trouvent en pratique désignés les cadres qui exercent un ensemble de prérogatives de l'employeur sans avoir besoin d'autorisations préalables. Les contours de la catégorie sont casuistiques (le juge doit vérifier les conditions réelles d'emploi sans s'arrêter au titre du salarié). Sont notamment concernés les membres du comité de direction, organe en charge de décisions stratégiques et regroupant, à côté des mandataires sociaux, des salariés, dénommés fréquemment par le titre de directeur adjoint, en charge de branches.

Ainsi, les conflits d'intérêts liés aux opportunités d'affaires sont circonscrits au domaine défini, *ratione materiae*, par les opportunités privilégiées et, *ratione personae*, par les dirigeants et cadres dirigeants. Ces conflits doivent donc faire l'objet d'une régulation.

2 - Régulation des opportunités privilégiées

441- Il est envisageable d'autoriser un dirigeant à se saisir d'une opportunité d'affaires privilégiée en encadrant cette possibilité par une procédure destinée à éviter le conflit d'intérêts. Plusieurs modalités sont concevables pour une telle procédure (a), son efficacité requérant des sanctions adaptées (b).

a- Procédure

442- Le comportement du dirigeant intéressé peut être apprécié judiciairement *a posteriori*. L'arrêt du 15 novembre 2011 précité se place dans cette perspective, sur le fondement du devoir de « loyauté et de fidélité » du dirigeant envers la société. Toutefois, la sécurité juridique, primordiale en droit des affaires, oriente vers la mise en place d'une procédure de nature plus préventive. La gouvernance, les enjeux et la pression de l'opinion sont tels que les sociétés ne devraient pas rechigner à une telle démarche volontaire. Ainsi, mettre en place un processus permettant le contrôle, c'est anticiper le problème et ainsi limiter le risque de préjudice à la réputation et ses coûts associés. Un tel processus contractuel pourra de plus être relayé par la loi. L'exigence de révélation fonde ce type de procédure et peut se doubler d'une demande d'autorisation.

Contrairement à nombre de droits étrangers¹⁷²⁴, le droit français ne prévoit aucune exigence générale de révéler les conflits d'intérêts, mais uniquement des obligations ponctuelles¹⁷²⁵. Si la transparence gagne du terrain¹⁷²⁶, en pratique, les conflits restent trop souvent dans l'ombre¹⁷²⁷. Or

¹⁷²²- *ALI Principles*, § 1.27 et § 1.33.

¹⁷²³- Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-24.412, D. 2012. 1167, note P. LOKIEC; JCP E 2012. 1175, note A. COURET et B. DONDERO; Bull. Joly Sociétés 2012, § 175, note G. AUZÉRO.

¹⁷²⁴- Voir notamment en droit anglais Section 175 du *Company Act* de 2006 (*duty to avoid conflicts of interest*) : cette exigence a pour source deux principes traditionnels du droit d'*equity*, complément à la *common law* assouplissant ponctuellement les solutions de celle-ci : le *no conflict* et le *no profit rules* applicables aux dirigeants (*directors*) ; en droit belge, article 60 du code des sociétés : « *si un administrateur a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration, il doit le communiquer aux autres administrateurs avant la délibération au conseil d'administration* ».

¹⁷²⁵- Peuvent notamment être cités les cas de la révélation des avantages particuliers ou de l'information sur les conventions encadrées.

¹⁷²⁶- La loi NRE du 15 mai 2001 ainsi que la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière ont contribué à insuffler une culture de transparence.

¹⁷²⁷- Ainsi, un administrateur ou un actionnaire n'est-il pas tenu de révéler l'ampleur de ses participations dans d'autres

le partage d'informations procède de la logique de communauté d'intérêts propre au groupement. Il constitue une suite nécessaire du devoir de loyauté lorsque l'intérêt individuel d'un membre au sein d'un organe du groupement vient faire écran à l'intérêt légitime poursuivi en tant qu'organe¹⁷²⁸. Le dirigeant partagé entre son intérêt personnel et celui de la société trahit, en se taisant, son mandat et viole nécessairement le devoir de loyauté : le dirigeant doit sincérité à la société. Notons que le régime des inventions de salariés déjà évoqué abrite une obligation générale et immédiate d'information de l'employeur de l'existence du bien intellectuel¹⁷²⁹.

Certes, la controverse relative à la rigidité qu'entraîne le devoir de révélation du dirigeant incite à cet égard à une certaine prudence¹⁷³⁰. Reste qu'il est loisible à la société d'organiser en son sein un devoir de révélation : le dirigeant doit alors informer la société de l'existence de l'opportunité d'affaires et de l'avantage qu'il espère en tirer personnellement. L'information présente sincèrement les faiblesses et les atouts de l'affaire, ainsi que les potentialités de gains, faute de quoi elle est inutile. Le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF, source d'inspiration pour le législateur, et force d'influence pour les entreprises voire les juridictions, vient au soutien de cette proposition¹⁷³¹.

Ensuite, sur le plan formel, insérer l'exigence de révélation dans une charte déontologique est une solution utile en termes de visibilité vis-à-vis des tiers, mais la force obligatoire en demeure limitée. L'exigence peut aussi figurer dans un règlement intérieur : document en principe infrastatutaire et contractuel, il peut aussi lier automatiquement les dirigeants, y compris non associés, dès lors que l'acte de nomination le prévoit¹⁷³².

Enfin, la procédure peut être plus ou moins formalisée. L'information peut être simplement suivie d'un délai durant lequel le dirigeant s'abstient d'appréhender l'opportunité, laissant ainsi à la société la possibilité de manifester son opposition (à défaut, l'autorisation sera réputée implicite). C'est la solution du droit anglais. Au contraire, obligation peut être faite au dirigeant de solliciter une autorisation expresse de la société pour appréhender l'opportunité à titre personnel. Telle est la solution des *ALI Principles* américains¹⁷³³. Comme l'intéressé prend le risque de perdre le bénéfice de l'opportunité en ébruitant son existence¹⁷³⁴, certaines modalités, plus réalistes et adaptées au rythme des affaires, sont préférables : approbation par le conseil plutôt que par l'assemblée dès que possible, convocation d'urgence pour statuer sous vingt-quatre heures à l'instar de ce que la pratique a développé en matière de déclaration de soupçon Tracfin, etc. En tous les cas, par analogie avec le régime des conventions réglementées, et par exception au principe de l'intangibilité du droit de vote de l'associé¹⁷³⁵, l'intéressé doit être privé de son droit de vote.

b - Sanction

sociétés, hors procédure des franchissements de seuil. Voir cependant, Cass. soc. 12 janvier 2012, n° 10.20-600, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 184, édictant pour le salarié une obligation d'information fondée sur la loyauté (création d'une société commerciale prestataire de la société employeur, à l'insu du président et du conseil d'administration de l'employeur).

¹⁷²⁸ - De manière comparable, le devoir de bonne foi prévu à l'article 1134, al. 3 Code civil impose une obligation d'information dans les contrats d'échange qui est utile au jeu véritable de l'autonomie de la volonté.

¹⁷²⁹ - Article L. 611-7, 3°, et s. voir N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010, n° 441 s.

¹⁷³⁰ - Cass. com. 4 novembre 2010, n° 09-12.716, et Reims, 2 novembre 2011, JCP 2011. 1432, n° 5, obs. J. BÉGUIN ; D. 2010. 2939 et 2011. 3029, obs. T. CLAY.

¹⁷³¹ - Article 17 du code : « (...) *L'administrateur a l'obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même potentiel et doit s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante* ».

¹⁷³² - S. SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?*, Rev. sociétés 2011. 331.

¹⁷³³ - § 5.05.

¹⁷³⁴ - B. DONDÉRO, *La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'étranger*, Gaz. Pal. 11 février 2012. 13, spéc. n° 22.

¹⁷³⁵ - Posé par l'article 1844 Code civil, ce principe connaît comme quelques exceptions, au service de la prévention des conflits d'intérêts, avec l'interdiction de voter sur les conventions réglementées, les avantages particuliers et les apports en industrie. De manière plus contestable, la loi Warsmann n° 2012-387 du 22 mars 2012 utilise une telle interdiction dans un objectif de sanction d'une irrégularité (art. L. 225-150 nouv. Code de commerce), Voir critiques H. LE NABASQUE, Bull. Joly Sociétés 2012, § 220.

443- Si la procédure mise en place n'a pas été respectée, outre une possible révocation, le dirigeant pourrait encourir des sanctions de nature civile voire pénale suite à une action sociale *ut universi* ou *singuli*.

D'abord, au vu du droit positif, une procédure prétorienne de régulation des conflits sanctionnée par la responsabilité civile pourrait se développer à partir de l'exigence de loyauté. Que la Cour de cassation paraisse inaugurer une faute spéciale de prise déloyale d'intérêt signale son volontarisme, lequel pourrait s'apparenter à un souhait de rattrapage¹⁷³⁶. Les contours de l'opportunité d'affaires étant difficiles à cerner, les dirigeants seraient-ils à même de souscrire une assurance ? La réponse tient à la compatibilité d'un tel contrat avec l'interdiction d'assurer les comportements intentionnels¹⁷³⁷, ceux-ci étant conçus de manière étroite comme adoptés de manière à provoquer le dommage dont réparation est ensuite demandée¹⁷³⁸. Il faut toutefois souligner que, depuis 2000, la Cour de cassation abandonne au juge du fond l'appréciation du caractère intentionnel d'une faute au sens du code des assurances¹⁷³⁹, ce qui enlève en certitude à la solution.

Ensuite, plus concrètement, le préjudice subi correspond à une perte de chance. A strictement parler, il s'agit non de celle d'exploiter l'opportunité d'affaires litigieuse¹⁷⁴⁰, mais de négocier le contrat relatif à celle-ci ou de soumissionner au marché considéré. Il revient au juge du fond de procéder à une évaluation complexe : prendre en considération la probabilité que la société ait réellement été en mesure d'exploiter l'opportunité privilégiée litigieuse (et les coûts associés) crée un aléa moral (le dirigeant perd toute incitation à faire tout son possible pour que la société soit à même de se saisir de l'opportunité). Toutefois, indemniser, comme en droit américain, la société en lui rétrocédant l'intégralité des profits réalisés par le dirigeant, est une solution que n'autorise pas le droit français. De fait, hormis les rares cas où une fonction de peine privée est reconnue à la responsabilité civile, seul le préjudice peut être réparé¹⁷⁴¹.

Est-il possible d'aller plus loin et d'envisager la substitution de la société au sein de l'accord portant sur l'opportunité d'affaires selon un mécanisme comparable à celui de l'exécution forcée des promesses ? La proposition est difficile à soutenir dans la mesure où, ici, le cocontractant n'a pas consenti à se lier à la société, n'a pas pré-agréé celle-ci. Forcer le consentement de ce cocontractant au nom de la sanction de son éventuelle mauvaise foi n'est pas conforme au régime du droit commun des contrats.

De même, la solution retenue par certains Etats américains, selon laquelle l'actif né de l'opportunité d'affaires indûment appropriée fait l'objet d'un *constructive trust* au bénéfice de la société, n'est pas directement transposable. Il s'agit d'une « fiducie implicite » qui ne peut être accueillie dans notre système où la fiducie a un statut de contrat solennel¹⁷⁴².

Par ailleurs, le délit d'usage abusif des biens et du crédit de la société¹⁷⁴³, et, plus largement, d'abus

¹⁷³⁶ - En l'espèce, la simple référence générale à l'obligation de loyauté et fidélité eût semblé une réponse plus mesurée pour mettre en cause l'arrêt d'appel, Voir A. COURET et B. DONDÉRO, note précitée, JCP E 2011, n° 50, p. 16, n° 20.

¹⁷³⁷ - Article L. 113-1 Code des assurances.

¹⁷³⁸ - J. GHESTIN, *Traité de droit civil* : G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011.

¹⁷³⁹ - Civ. 1^{re}, 4 juillet 2000, n° 98-10.744, RGDA 2000. 1055, note J. KULLMANN ; D. 2001. 1614, obs. J. BONNARD.

¹⁷⁴⁰ - Laquelle peut elle-même présenter une dimension aléatoire, sur le plan économique et juridique, sur cette question, Voir A.-C. MULLER, *Aléa et marchés financiers*, in *L'aléa, Journées nationales de l'Association Capitant*, DALLOZ, 2011, p. 75.

¹⁷⁴¹ - J. GHESTIN, *Traité de droit civil* : G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008, n°s 40 s. En faveur de la reconnaissance de la peine privée, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995 ; en faveur de la reconnaissance d'une action en « réparation-expiation » à côté de l'actuelle action en réparation-compensation, C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, DALLOZ, 2005.

¹⁷⁴² - Code civil, articles 2018 (mentions obligatoires) et 2019 (enregistrement et acte notarié dans plusieurs cas). V. aussi L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, LEXTENSO, 4^e éd., 2009, n°s 779 s.

¹⁷⁴³ - Le domaine de cette incrimination est circonscrit aux sociétés par actions et à responsabilité limitée. Le « bien » visé par l'article 314-1 Code pénal n'est pas nécessairement corporel, Cass. crim. 22 septembre 2004, Bull. crim., n° 218 (à propos du détournement d'un projet de borne informatique), RPDP 2005. 239, obs. V. MALABAT ; D. 2005. 411, note B. DE LAMY, et 962, obs. J. RAYNARD ; AJ pénal 2005. 22, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; RSC 2005. 852,

de confiance¹⁷⁴⁴, est apte à sanctionner le devoir de loyauté auquel les dirigeants sont tenus¹⁷⁴⁵. Quelles que soient les hésitations que l'on peut avoir sur les frontières de la notion d'opportunité d'affaires, celle-ci a partie liée avec le « crédit » de la société : soit elle survient à la faveur de ce crédit (la bonne réputation de l'entreprise attire des invitations à participer à des appels d'offre), soit elle pourrait renforcer celui-ci (un développement stratégique pour l'entreprise contribue à renforcer ses résultats). Aussi, lorsque le dirigeant usurpe une opportunité d'affaires dans son intérêt, commet-il un abus : au mieux, il opère un parasitage, au pire, il crée un manque à gagner au détriment de la société, à chaque fois à des fins personnelles. Dès lors qu'il a conscience du caractère contraire à l'intérêt social de ses agissements et la volonté d'enfreindre la loi, un abus de crédit paraît pouvoir être caractérisé¹⁷⁴⁶.

Le dirigeant en situation de conflits d'intérêts peut alternativement s'abstenir d'agir (selon l'option favorisée par le droit positif) ou décider d'agir, mais en révélant au préalable l'intérêt en conflit afin d'obtenir une autorisation implicite ou expresse. L'impératif de loyauté pourrait se traduire par une procédure de révélation et régulation des conflits d'intérêts soulevés par les opportunités d'affaires, sur le modèle de la procédure dite des conventions réglementées. En dépit d'une efficacité préventive seulement relative, elle serait de nature à accroître la lisibilité du système et à donner confiance aux investisseurs. De surcroît, elle répondrait au souhait d'harmonisation du gouvernement d'entreprise¹⁷⁴⁷, dans un objectif de rétablissement¹⁷⁴⁸ de la confiance sur les marchés financiers à l'échelle de l'Union et au-delà.

Par voie de conséquence, il est opportun de constater la nécessité de mieux encadrer les conflits d'intérêts auxquels peuvent être confrontés les dirigeants, en proposant un cadre légal plus transparent tel que la procédure de révélation. Cette régulation aurait le mérite de contribuer au critère sociétaire de protection de la confiance dans les dirigeants.

Cependant, « la confiance n'excluant pas le contrôle », il convient d'examiner à présent le critère sociétaire relatif à la protection de la fiabilité du contrôle.

IV- LE CRITÈRE RELATIF À LA PROTECTION DE LA FIABILITÉ DU CONTRÔLE

444- Le recours à des commissaires aux comptes a été prescrit dans le cadre de la société anonyme par la loi du 24 juillet 1867. Depuis lors, l'institution a largement extrapolé ce cadre initial pour s'appliquer à de nombreuses autres formes sociales¹⁷⁴⁹ ainsi qu'à des personnes morales autres que les sociétés, comme certaines entreprises publiques ou certaines associations subventionnées par les pouvoirs publics. Il ne s'agit donc plus d'une mesure exclusivement spécifique aux sociétés mais, plus généralement, aux groupements d'une certaine importance. Les commissaires aux comptes ne seront donc que sommairement évoqués pour ce qui concerne leur intervention dans le cadre du fonctionnement des sociétés.

Le domaine d'intervention de ces derniers au sein des sociétés n'a cessé de se développer. Le

obs. R. OTTENHOF; RTD civ. 2005. 164, obs. T. REVET; RTD com. 2005. 179, obs. B. BOULOC.

¹⁷⁴⁴- R. OLLARD, *Du sens de l'évolution de l'abus de confiance...*, Dr. pénal, avril 2012, étude 9.

¹⁷⁴⁵- Articles 425, 4^e, et 437, 3^e Code pénal ; articles L. 241-13 et L. 242-6 Code des sociétés.

¹⁷⁴⁶- W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., DALLOZ, 2000, n^o 263 s. Un auteur retient que le fait que l'opportunité d'affaires n'ait pas intégré le patrimoine de la société empêche de qualifier l'usurpation dont elle est l'objet d'abus de bien (K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse, Université Rennes I, 2011, n^o 364) ; cet argument ne conduit pas à écarter l'abus de crédit ou de confiance.

¹⁷⁴⁷- Voir Consultation publique de la Commission européenne : « *le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE* », COM (2011) 164 final.

¹⁷⁴⁸- Voir par exemple K. HOPT, *Comparative corporate governance : the State of the art and international regulation*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, 1.

¹⁷⁴⁹- La présence de commissaires aux comptes est requise dans les sociétés anonymes, les sociétés en commandites par actions et les SAS. Cette présence s'impose également dans d'autres formes sociales lorsqu'elles dépassent deux des trois seuils économiques fixés par l'article 12 du décret du 23 mars 1967. C'est le cas pour les SARL, les sociétés en commandite simple, les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles faisant appel à l'épargne publique ou encore les GIE.

contrôle de l'administration dont ils sont chargés fait d'eux des rouages essentiels du fonctionnement régulier de toute société tenue d'en désigner. Il n'est donc pas excessif de considérer la protection de la crédibilité de leur contrôle comme un intérêt majeur du droit des sociétés pouvant justifier une protection. Cette protection se développe suivant deux axes : la protection des prérogatives des organes de contrôle (A) et celle de la confiance dans les organes de contrôle (B).

A- La protection des pouvoirs des organes de contrôle

445- Les commissaires aux comptes sont chargés de veiller en permanence à la régularité et à la sincérité de la situation comptable et financière de la société. Dans cette perspective, ils sont dotés de pouvoirs importants. Ainsi, à toute époque de l'année¹⁷⁵⁰, ils peuvent procéder aux opérations de vérification et de contrôle qu'ils jugent opportunes et peuvent se faire communiquer sur place tous les documents qu'ils estiment utiles au déroulement de leur mission¹⁷⁵¹. Il est évident que de tels contrôles peuvent s'avérer embarrassants pour les dirigeants indécents tentés d'y faire obstacle. Aussi, pour garantir l'efficacité des contrôles, le droit pénal protège-t-il les pouvoirs des commissaires aux comptes par des infractions spécifiques¹⁷⁵² et réprime principalement le fait, pour les dirigeants d'une personne morale tenue de désigner un commissaire aux comptes, ou toute personne au service d'une telle personne morale, de faire obstacle aux vérifications et contrôles des commissaires aux comptes ou de leur refuser l'accès à toutes pièces utiles au bon déroulement de leur mission¹⁷⁵³.

Il pèse également sur les commissaires aux comptes une mission d'information des associés, des porteurs de titres participatifs, des organes de gestion et du comité d'entreprise. Dans certaines circonstances, ils ont l'obligation d'établir des rapports spéciaux destinés aux assemblées, notamment au sujet des conventions passées entre les dirigeants et la société¹⁷⁵⁴. La loi du 1^{er} mars 1984 portant sur la prévention des difficultés des entreprises fait également obligation aux commissaires aux comptes d'alerter les dirigeants lorsqu'ils relèvent un fait de nature à porter atteinte à la pérennité de l'exploitation¹⁷⁵⁵. Pour finir, ils ont surtout une obligation de dénonciation au procureur de la République des faits délictueux dont ils auraient eu connaissance lors de leurs opérations de vérification ou de contrôle¹⁷⁵⁶.

B- La protection de la confiance dans les organes de contrôle

446- La confiance dans les organes de contrôle est une exigence inhérente à leur mission. En effet, nommés par les associés, les commissaires aux comptes ont, à l'instar des dirigeants, longtemps été considérés comme des mandataires en ce qui concerne leur responsabilité¹⁷⁵⁷. Mais, à l'opposé des dirigeants, cette qualification n'est pas applicable aux commissaires qui n'agissent ni pour le compte, ni au nom des associés, ni de la société, mais dans l'intérêt général des multiples intervenants gravitant autour de celle-ci : dirigeants et associés certes, mais également salariés, créanciers, fournisseurs, clients, administration fiscale, ministère public, Autorité des marchés financiers, etc. Il s'agit véritablement de « *fonctionnaires de la sociétés, investis d'une mission légale de surveillance des comptes et des conséquences de la gestion.* »¹⁷⁵⁸ Aussi, lorsque la loi

¹⁷⁵⁰- Paris, 16 octobre 1979, JCP 1980, II, 19321, note Y. GUYON.

¹⁷⁵¹- Article L. 225-236 1^o Code de commerce, voir cass. soc. 24 mars 1988, Rev. sociétés 1988, p. 414.

¹⁷⁵²- Articles L. 820-4 à L. 820-7 Code de commerce.

¹⁷⁵³- Article L. 820-4 2^o Code de commerce.

¹⁷⁵⁴- Article L. 225-40 3^o Code de commerce.

¹⁷⁵⁵- Article L. 234-1 Code de commerce.

¹⁷⁵⁶- Article L. 225-240 2^o Code de commerce.

¹⁷⁵⁷- L'article 43 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait en effet que « *l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat.* »

¹⁷⁵⁸- G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., n^o 1720.

recourt au terme de « mandat ¹⁷⁵⁹ », ce n'est que par référence à sa fonction électorale et non véritablement au contrat de mandat.

L'origine des obligations fiduciaires des commissaires aux comptes est donc moins à chercher dans leur statut que dans la finalité de leur mission ¹⁷⁶⁰. L'institution des commissaires aux comptes repose entièrement sur la confiance que l'on doit avoir dans le sérieux et la loyauté prévalant dans l'accomplissement de leur mission. Il importe donc que l'on puisse avoir l'assurance que l'exercice de leur mission se déroulera avec toute la diligence, la compétence, la probité et l'indépendance que l'on est en droit d'exiger d'un professionnel qualifié ¹⁷⁶¹. Appartenant à une profession réglementée, les commissaires aux comptes doivent ainsi présenter des garanties de moralité suffisantes ¹⁷⁶² et prêter, devant la Cour d'appel dont ils dépendent, « *le serment de remplir les devoirs de leur profession avec honneur et probité et de respecter et de faire respecter les lois.* ¹⁷⁶³ » La loi NRE du 15 mai 2001 et surtout la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 ont considérablement renforcé les exigences en matière de déontologie ¹⁷⁶⁴ et d'indépendance ¹⁷⁶⁵. L'effort s'est particulièrement porté sur les conditions d'indépendance des commissaires aux comptes, notamment quant à leur nomination, à la prévention des conflits d'intérêts et au développement des rapports entre commissaires aux comptes de personnes faisant appel à l'épargne publique et l'Autorité des marchés financiers ¹⁷⁶⁶.

Aux termes de notre analyse, deux critères fondamentaux semblent devoir présider à la répression pénale du dirigeant en droit des sociétés, l'un relatif à la gravité de la transgression en droit pénal, et l'autre à l'intérêt protégé en droit des sociétés. Cependant, force est d'observer l'émergence d'un nouveau critère surtout justifiée par la mondialisation de la compétition entre les entreprises et la conjoncture économique et relatif à l'encadrement de la rémunération des dirigeants.

SECTION IV- LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS : UN CRITÈRE ÉMERGENT ?

447- *Objet de l'étude.* L'on pourrait, de prime abord, s'interroger sur la nécessité d'ériger la rémunération des dirigeants sociaux en un critère sociétairier jouissant d'une protection pénale autonome alors que la question semble pouvoir, à première vue, être corrélée au critère précédemment évoqué de protection de la confiance dans les dirigeants sociaux. La toile de fond serait que, soumis à une obligation de loyauté et de diligence, contrepartie nécessaire de la confiance octroyée par les associés, le dirigeant loyal, prioritairement soucieux de l'intérêt de son entreprise et de celui de ses mandants, devrait s'autoréguler dans la détermination de sa rémunération qui, apparaissant excessive et injustifiée, risquerait de compromettre la confiance des associés et, par le fait même, de porter atteinte à l'investissement. Cependant, la question est autrement plus complexe. D'une part, parce que la notion d'excès induit celle de référence, de repère ou encore de seuil, laquelle peut se révéler très fluctuante au regard de critères sociétaux mobiles. Dans cette perspective, la rémunération excessive, ou présentée comme telle, perçue par le dirigeant d'une société peut ne pas revêtir le même caractère excessif à l'aune des critères d'une autre société. D'autre part, ainsi que nous l'avons soutenu, le droit pénal, pour remplir sa fonction originelle, doit être un droit pénal naturel, un droit pénal de protection, ou enfin un droit pénal de rétribution. Or, peut-on déduire de la seule rémunération, excessive au regard de l'opinion publique, le caractère immoral ou répréhensible de cette dernière? Cela pourrait revenir à considérer arbitrairement des dirigeants performants et donc récompensés proportionnellement à leur

¹⁷⁵⁹- Article L. 225-229 Code de commerce.

¹⁷⁶⁰- WISNER, *Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes*, Rev. sociétés 1968, p. 371.

¹⁷⁶¹- Y. GUYON, Op. cit., n° 371, p. 401.

¹⁷⁶²- Article 3 2° du décret du 12 août 1969.

¹⁷⁶³- Article L. 822-3 Code de commerce.

¹⁷⁶⁴- Article L. 822-16 Code de commerce.

¹⁷⁶⁵- Articles L. 822-9 à L. 822-16 Code de commerce.

¹⁷⁶⁶- T. GRANIER, *La réforme du contrôle légal par la loi de sécurité financière*, in *La loi de sécurité financière*, Centre de recherches en droit financier Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), n° spécial P.A. n° 228 du 14 novembre 2003, p. 82 et s.

compétence, comme des dirigeants malhonnêtes et déloyaux, et inversement, des dirigeants médiocres et donc rémunérés en conséquence, comme des dirigeants vertueux et loyaux. Ce qui ne serait, à l'évidence, qu'un fallacieux raccourci qui serait réduit à pénaliser le mérite et à plébisciter la médiocrité, si nous empruntons ce même raccourci rigide et dénué de toute nuance.

Par ailleurs, dans un contexte féroce de compétition internationale entre sociétés et donc entre législations, la rémunération des dirigeants semble davantage gouvernée par des règles inhérentes à la logique du marché que par des critères traditionnels de droit et de morale.

L'objet de la présente section est alors de s'interroger sur le point de savoir si le critère sociétaire relatif à l'encadrement de la rémunération des dirigeants mérite une protection pénale autonome au regard de sa spécificité et de son importance croissante, ou au contraire, doit demeurer sous la protection pénale indirecte des obligations fiduciaires pesant sur les dirigeants.

L'émergence de ce nouveau critère relatif à la rémunération est favorisée par le contexte actuel de globalisation, ainsi que par le climat de suspicion généralisée prévalant dans le monde des affaires suite aux nombreuses malversations qui sont le fait d'un nombre marginal de dirigeants. En effet, la mondialisation, en hissant la compétition entre sociétés à un échelon planétaire, a donné naissance à un marché global des dirigeants¹⁷⁶⁷. Dans ce contexte, le statut que le droit leur réserve constitue, à leur égard, un élément d'attraction ou de répulsion. Inéluctable dans un contexte de mondialisation, ce phénomène illustre la mise en compétition des normes juridiques qui seront alors départagées à l'aune de leur capacité d'attraction¹⁷⁶⁸.

448- Les limites que le droit peut apporter à la libre fixation de la rémunération des dirigeants constituent à l'évidence des critères déterminants, particulièrement au sein des sociétés de dimension internationale. Dès lors, si les contraintes juridiques, fruit de l'intervention des pouvoirs publics, sont susceptibles d'entraver l'attrait des sociétés françaises, la rémunération des dirigeants semble, dans cette optique, devoir être guidée par des considérations de marché. Néanmoins, cette problématique constitue un sujet sociétal épineux ayant fourni son lot d'affaires et d'émois médiatisés. Les excès constatés dans la fixation de la rémunération, étalés sur la place publique, ont conduit à la stigmatisation de certaines pratiques. À l'inverse, dans cette perspective-ci, la matière paraît devoir tolérer une intrusion des pouvoirs publics au nom d'impératifs de justice et de cohésion sociale. Tirillée entre ces considérations contradictoires, l'intervention même du droit et plus encore le sens de son intervention sont sujets à caution et à discussion.

Les instruments normatifs traditionnels relatifs aux rémunérations excessives des dirigeants sociaux et constituant le « droit positif de l'excès », lois, règlements et jurisprudence au premier chef, ont pourtant, dans une certaine mesure, investi la matière. Illustrant cet interventionnisme législatif, la récente loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁷⁶⁹, par le jeu de son article 229, retouche et durcit le régime applicable aux retraites chapeau¹⁷⁷⁰.

Cependant, du fait de ses contraintes propres, la problématique de la rémunération des dirigeants sociaux se révèle particulièrement propice à la mise en œuvre de procédés normatifs alternatifs.

449- Cette problématique se rattache plus généralement à celle du statut des dirigeants, classiquement régi par les dispositions des codes civil et de commerce. Contre toute attente, cet ensemble de textes est insuffisant à saisir l'intégralité des normes influençant la détermination de leur rémunération. Pour preuve, la plupart des manuels de droit des sociétés se réfère à des dispositions contenues dans des codes de gouvernement d'entreprise¹⁷⁷¹. Cela met en lumière un

¹⁷⁶⁷ - *Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales, L'encadrement des retraites chapeau*, décembre 2014, articles 1.3.2, p. 9.

¹⁷⁶⁸ - Colloque dédié à La compétitivité de la règle de droit, *Rev. Droit & Affaires*, vol. 11, Université Panthéon-Assas, avril 2014, p. 127.

¹⁷⁶⁹ - Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, JO 7 août 2015, p. 13537.

¹⁷⁷⁰ - B. FRANÇOIS, *Vers un nouvel encadrement des retraites chapeau*, *Rev. sociétés* 2015. 266; P. LE CANNU, *Les retraites chapeau, bref état des questions*, *Bull. Joly sociétés* 2015, n°4, p.209.

¹⁷⁷¹ - A. COURET, B. ZABALA, A. CHARVÉRIAT, *Sociétés commerciales*, *Mémento Francis Lefebvre*, 2015, n° 41043 et 42570 ; P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Tome 2, *ECONOMICA*, 2011, n°

phénomène d'importance majeure pour le droit contemporain des sociétés. À côté des règles émises par les sources traditionnelles du droit et que nous avons désignées sous l'expression de droit positif de l'excès, prospère un corps de normes souples¹⁷⁷², élaborées et compilées par des associations professionnelles, se prononçant sur des thématiques classiques du droit des sociétés. Parce qu'il est indéniable que les acteurs de la matière s'y réfèrent¹⁷⁷³, l'on ne saurait ignorer ces règles sous « *peine de condamner le droit des sociétés à manquer un pan entier de la réalité.*¹⁷⁷⁴ »

L'émergence de ces codes de gouvernement d'entreprise renvoie à un phénomène plus global de montée en puissance de la *soft Law*, ou droit souple¹⁷⁷⁵, observable dans toutes les branches du droit et dans la plupart des systèmes juridiques. Prenant vie sur une multitude de supports¹⁷⁷⁶, ces règles se caractérisent par leur « absence de force apparente¹⁷⁷⁷ » et ne peuvent être sanctionnées par l'ordre étatique. La manifestation la plus édifiante de ce phénomène en droit des sociétés réside dans l'édiction de codes dits de bonne conduite, de gouvernance ou encore de gouvernement d'entreprise¹⁷⁷⁸.

L'influence de la doctrine du « gouvernement d'entreprise¹⁷⁷⁹ » a été déterminante dans l'apparition de ces codifications privées¹⁷⁸⁰. L'expression de *corporate governance*, traduite par les termes de gouvernement d'entreprise, renvoie à un courant idéologique¹⁷⁸¹ d'« origine anglo-américaine¹⁷⁸² » qui a fortement influencé les évolutions du droit des sociétés en Europe au cours des deux dernières décennies. Partant du postulat d'un déficit de pouvoir effectif de l'actionnariat, cette mouvance prône une rationalisation du fonctionnement des sociétés au service des actionnaires. Elle vise notamment à asseoir leur primauté sur les dirigeants. L'impulsion de ce mouvement a été interne aux entreprises, au monde professionnel¹⁷⁸³ et il s'est propagé indépendamment de toute initiative étatique¹⁷⁸⁴. Conséquence directe de cela, le gouvernement d'entreprise présente le particularisme de renvoyer initialement à un ensemble de normes dont l'élaboration n'a pas emprunté les canaux traditionnels d'édiction de la règle juridique, attestant par-là que la production normative ne constitue pas un monopole étatique¹⁷⁸⁵. Le développement de cette idéologie s'est ainsi accompagné d'une formulation par des entités privées¹⁷⁸⁶ de normes qui ont été compilées dans des codes, tant par souci de lisibilité que par volonté d'assimilation aux textes législatifs et réglementaires¹⁷⁸⁷.

450- À l'inverse d'autres États¹⁷⁸⁸, il n'existe pas en France de code de référence officiel¹⁷⁸⁹. Les

1287 s. ; V. MAGNIER, *Gouvernance des sociétés cotées*, Rép. droit des sociétés, DALLOZ, 2014, n° 59 ; P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, PRÉCIS DALLOZ, 18^e éd., 2015, n° 59.

¹⁷⁷²- C. THIBIERGE, *Le droit souple*, RTD civ. 2003. 599.

¹⁷⁷³- Y. PACLOT, *La juridicité du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Rev. sociétés. 2011. 395, n° 1.

¹⁷⁷⁴- X. DIEUX, *De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens*, in *Droit, morale et marché*, Bruylant, 2013, p. 81, n° 2.

¹⁷⁷⁵- Conseil d'État, *Le droit souple*, Rapport public, EDCE, n° 64, Doc. fr., 2013, p. 61 ; C. THIBIERGE, *Le droit souple*, op. cit..

¹⁷⁷⁶- O. FILALI, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, RTD civ. 1995. 509.

¹⁷⁷⁷- J.-M. JACQUET, *L'émergence du droit souple*, *Mélanges B. OPPETIT*, LITEC, 2009, p. 331, n° 16.

¹⁷⁷⁸- Les appellations diffèrent mais recouvrent une même réalité.

¹⁷⁷⁹- A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise*, D. 1995. 163<HYPE/>.

¹⁷⁸⁰- A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, RID éco. 2002. 339, n° 23.

¹⁷⁸¹- P. BISSARA, *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise »*, Rev. sociétés 1998. 6.

¹⁷⁸²- V. MAGNIER, *Gouvernance des sociétés cotées*, Rép. droit des sociétés, DALLOZ, 2014, n° 1.

¹⁷⁸³- J.-B. POULLE, *Les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne*, RTDF, n° 1/2, 2009, p. 73, n° 6.

¹⁷⁸⁴- A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, op. cit. n° 7.

¹⁷⁸⁵- O. FILALI, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, préc., op. cit., p. 511.

¹⁷⁸⁶- A. PIETRANCOSTA, *Enforcement of corporate governance codes : a legal perspective*, RTDF 2011. 27.

¹⁷⁸⁷- O. FILALI, Op. cit., p. 514.

¹⁷⁸⁸- J.-B. POULLE, *L'apparition du principe se conformer ou s'expliquer en droit français*, RTDF 2008, n° 1, p. 41, spéc. p. 43, à l'exemple du Royaume-Uni où l'accès aux marchés est conditionné à l'adhésion au *combined code*.

¹⁷⁸⁹- V. MAGNIER, *Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe-l'oeil*, JCP E 2008, n°

sociétés peuvent librement opter pour celui qui leur sied le mieux, ce qui constitue un gage accru de souplesse. L'on dénombre deux compilations de ce type : les codes AFEP-MEDEF et MIDDLENEXT, tous deux émanant d'associations professionnelles à destination des sociétés cotées¹⁷⁹⁰. Le premier, fruit d'un assemblage de recommandations et rapports menés sous l'égide du MEDEF¹⁷⁹¹, constitue assurément le code de référence « officieux¹⁷⁹² ». Quant au code MIDDLENEXT, il se présente comme le « complément d'autres codes¹⁷⁹³ », sa particularité étant de s'adresser à des sociétés cotées de tailles petites et moyennes. Comme l'atteste la dernière révision d'ampleur du code AFEP-MEDEF intervenue en juin 2013¹⁷⁹⁴, à l'instar de celle annoncée pour l'année 2016¹⁷⁹⁵, la problématique de la rémunération des dirigeants sociaux constitue un thème de prédilection du gouvernement d'entreprise¹⁷⁹⁶, la révision intervenue en novembre 2015 ayant été une révision a minima notamment au sujet de la rémunération des dirigeants sociaux. En effet, concernant cette dernière, seules les dispositions relatives aux retraites dites « chapeau » ont fait l'objet de révision afin d'intégrer les apports de la loi du 6 août 2015.

451- La notion de rémunération des dirigeants renvoie à la contrepartie allouée pour « l'exercice des fonctions de direction » d'une société¹⁷⁹⁷. Protéiforme, elle peut se matérialiser dans l'attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions¹⁷⁹⁸ ou dans la remise d'actions de performance¹⁷⁹⁹. En tout état de cause, la rémunération finale des dirigeants est bien souvent la somme de diverses composantes. Elle inclut une rémunération permanente, contrepartie directe de l'exercice des fonctions sociales, usuellement constituée d'une part fixe et d'une part variable¹⁸⁰⁰. Au-delà, des événements ponctuels peuvent constituer des faits générateurs de rémunération. L'ingéniosité de la pratique se manifeste dans des techniques contractuelles permettant de lier l'attribution d'indemnités par la société à certains événements déterminés : la prise des fonctions, récompensée par des « *golden hellos*¹⁸⁰¹ », ou encore la cessation pouvant entraîner pêle-mêle le versement de « *golden parachutes*¹⁸⁰² », d'un complément de retraite¹⁸⁰³ ou d'une indemnité de non-concurrence. La rémunération que peut percevoir un dirigeant au titre d'un éventuel contrat de travail conclu avec la société ne sera pas concernée par cette étude. En effet, dans une hypothèse de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, le salaire perçu par le dirigeant tient lieu de contrepartie à l'exercice

280, p. 3.

¹⁷⁹⁰ - Bien que chacun d'eux ne manque pas de préciser, dans leurs éditos respectifs, que ces principes de bonne gouvernance sont transposables aux sociétés non cotées.

¹⁷⁹¹ - J. SIMON, *Origine et évolutions du gouvernement d'entreprise à la française de 1995 à nos jours*, Mélanges BISSARA, ANSA, 2003, spéc. p. 314 ; A. LIENHARD, *Rémunération des dirigeants : recommandations AFEP-MEDEF*, D. actu. 7 octobre 2008.

¹⁷⁹² - V. MAGNIER, Y. PACLOT, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées*, Études et commentaires, n° 13, D. 2009. 1027; P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Tome 2, ECONOMICA, 2011, n° 1265.

¹⁷⁹³ - Voir Édito du code Middlednext.

¹⁷⁹⁴ - B. DONDERO, *Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ*, Rev. sociétés 2014. 7, n° 13. Ce code a également été modifié, dans une moindre mesure, en novembre 2015. Concernant la rémunération des dirigeants sociaux, seules les dispositions relatives aux retraites dites « chapeau » ont fait l'objet de modifications afin de prendre en compte les apports de la loi du 6 août 2015. Voir C. CARDON, *Une révision a minima du code AFEP-MEDEF (pour le moment)*, Bull. Joly Bourse, n°1, p.32.

¹⁷⁹⁵ - Une réforme du code AFEP-MEDEF, concernant notamment la rémunération des dirigeants, est annoncée au cours de l'année 2016. Voir B. FRANÇOIS, *Rémunérations des dirigeants : des réformes à venir*, Rev. sociétés 2016. 164

¹⁷⁹⁶ - En ce sens, P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit. n° 326.

¹⁷⁹⁷ - L. AMIEL-COSTE, *Rémunération des dirigeants sociaux*, Rép. droit des sociétés, DALLOZ, 2014, n° 1.

¹⁷⁹⁸ - Aussi connues sous l'appellation anglo-saxonne de *stock-options*.

¹⁷⁹⁹ - Cela correspond à l'attribution d'actions gratuites. Voir A. COURET, B. ZABALA, A. CHARVÉRIAT, *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefebvre, 2015, n° 69402.

¹⁸⁰⁰ - P. et P. Didier, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit. n° 326.

¹⁸⁰¹ - B. DONDERO, *Les golden hellos : le salut impossible ?* Bull. Joly 2008. 514.

¹⁸⁰² - P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1290 ; J. EL AHDAB, *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparé*, Rev. sociétés 2004. 18.

¹⁸⁰³ - Aussi connus sous l'appellation de « retraites chapeau » et relevant de l'art. L. 137-11 Code sécurité sociale.

des tâches visées par le contrat de travail et non pas aux fonctions de direction sociale¹⁸⁰⁴.

Cette rémunération spécifique échoit aux dirigeants détenteurs du pouvoir de représentation de la société au sein des diverses formes sociales. En sont également bénéficiaires les dirigeants non détenteurs de ce pouvoir, à savoir les administrateurs de société anonyme, dont le premier d'entre eux, le président du conseil d'administration, en cas de dissociation des fonctions de présidence et de direction de la société, ainsi que les membres du conseil de surveillance de société anonyme¹⁸⁰⁵. Ils seront de ce fait inclus dans l'étude.

452- La prétention normative des différents codes de conduite ne saurait être niée¹⁸⁰⁶. Bien que l'on constate parfois une gradation dans la formulation¹⁸⁰⁷, les nombreux énoncés prescriptifs, à l'instar de ceux qui se trouvent dans la loi ou le règlement, confirment cette intention. Si les dispositions de droit positif et de droit souple nourrissent toutes deux une volonté de modeler les comportements en matière de rémunération des dirigeants, elles œuvrent alors sur un terrain similaire voire concurrent. Si les récentes affaires, voire les scandales, concernant la rémunération des dirigeants incitent à la prévention de l'excès, le choix des moyens soulève cependant quelques difficultés. Sur ce point, en effet, le choix des moyens risque de susciter des controverses : ceux qui préconisent une intervention législative en vue de l'adoption de dispositions légales impératives s'opposent à ceux qui sont partisans d'un maximum de liberté¹⁸⁰⁸.

453- La dimension internationale des opérateurs économiques qui sont principalement intéressés par cette question paraît toutefois de nature à limiter, en ce domaine, la perspective d'une réglementation minutieuse et d'ordre public. Car la pratique des rémunérations exorbitantes est surtout le fait de grandes sociétés, appartenant souvent à des groupes multinationaux. Dans ce contexte, les éventuelles réformes de notre droit national ne peuvent avoir que des résultats limités, dès lors que les responsables de ces pratiques ont la faculté d'utiliser certaines échappatoires susceptibles de leur éviter les rigueurs de la loi française. D'autant que ces responsables sont évidemment tentés de procéder à des comparaisons entre leurs revenus et ceux qui sont attribués aux dirigeants de sociétés étrangères, en particulier de sociétés américaines. Sur le marché mondial, il est possible, en effet, de connaître le prix des services équivalents. C'est donc à partir de ces données qu'il convient d'envisager le problème de la prévention de l'excès.

Le droit positif de l'excès bénéficie d'incontestables atouts laissant présumer de sa prééminence. Il jaillit des sources traditionnelles du droit dotées de la légitimité politique et de la force de la tradition. De plus, les dispositions qui en émanent bénéficient du renfort de l'appareil étatique en cas de violation. Le droit souple, aussi qualifié de « mou » ou « flou¹⁸⁰⁹ », épithètes peu valorisants, ne paraît pas de prime abord de nature à rivaliser. Les considérations propres à la thématique sont toutefois de nature à relativiser cet *a priori*. L'avènement du droit souple relève d'un processus intériorisé par le monde professionnel. Par conséquent, les principes du gouvernement d'entreprise ont le notable avantage de poser des garde-fous sans pour autant entraver les rouages du marché et

¹⁸⁰⁴ - Ces fonctions de direction sociale ne peuvent être déléguées à un tiers par le biais d'une convention de management. Sur cette thématique, voir l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 octobre 2012 (n° 11-23.376). A. REYGROBELLET, *La fin des conventions de management ?*, Rev. sociétés 2013. 160.

¹⁸⁰⁵ - L'on peut également inclure les organes dirigeants de société par actions simplifiée désignés par les statuts.

¹⁸⁰⁶ - Il s'agit d'un élément constitutif de la définition donnée par le Conseil d'État dans le cadre de son étude annuelle pour 2013. Les instruments de droit souple ont « pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », p. 61. À cet égard, deux décisions récentes du Conseil d'État (CE 21 mars 2016, n° 368082 et n° 390023) attestent d'une reconnaissance accrue de la normativité et de l'effectivité des normes de droit souple puisque le Conseil étend, sous certaines conditions, le domaine du contrôle de légalité des actes de droit souple.

¹⁸⁰⁷ - B. DONDERO, *Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ*, op. cit. n° 9.

¹⁸⁰⁸ - Les *news* de l'économie, Challenges.fr, septembre 2003 - n° 207 - L'Enquête, interview : Gérard Augustin-Normand, Oui à une loi qui encadre les rémunérations, qui préconise une loi impérative limitant la rémunération des PDG. Certains députés préconisent aussi l'intervention du législateur dans le domaine de la rémunération des dirigeants. À l'inverse, le MEDEF prône la liberté.

¹⁸⁰⁹ - C. THIBIERGE, *Le droit souple*, op. cit. p. 599.

l'attractivité des sociétés. Contre toute attente, le droit souple constitue un *outsider* remarquable dans une perspective d'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux. L'objet de cette étude consistera en une mise en balance des dispositions de droit positif et de droit souple¹⁸¹⁰ relativement à la rémunération des dirigeants sociaux. L'on interrogera ainsi les dispositifs proposés aux fins d'encadrement de la rémunération des dirigeants (I) mais également les sanctions attachées à leur violation (II).

I- LES DISPOSITIFS ENCADRANT LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS

454- L'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux suppose au premier chef la prévention des rémunérations excessives¹⁸¹¹. Cet excès revêt un caractère contingent puisqu'il se mesure toujours à l'aune d'une « référence¹⁸¹² » et induit, par conséquent, une appréciation *in concreto*. Néanmoins, lorsque des dispositifs spécifiques sont érigés, leur violation permet, en elle-même, de présumer du caractère excessif de la rémunération octroyée.

Dans cette perspective, les dispositions de droit positif seront passées au crible. Le bilan en demi-teinte qui sera dressé mettra en lumière ses carences (A). Au terme d'une démarche similaire l'on ne pourra, à l'inverse, que constater les sérieuses avancées du droit souple (B).

A- Les carences du droit positif de l'excès

455- Une évolution déterminante dans l'appréhension de la rémunération des dirigeants sociaux s'est produite à l'aube des années 2000 (1) et a débouché sur l'introduction de dispositifs législatifs visant à juguler leur caractère excessif (2).

1- L'évolution de l'approche des rémunérations des dirigeants sociaux

456- *Le silence initial des textes.* La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, tout comme son décret d'application, est relativement silencieuse sur la rémunération des dirigeants sociaux¹⁸¹³. Il apparaît ainsi que le législateur n'a pas entendu encadrer les modalités de détermination de leur rémunération, qu'elle soit permanente ou ponctuelle. De cette abstention transparaît une volonté originelle de non-immixtion dans le contrat de société et son corollaire, la souveraineté de l'organe désigné afin de déterminer la rémunération.

457- *Le tournant des années 2000.* Ce choix de nature politique semble depuis une quinzaine d'années quelque peu remis en cause. Un état d'esprit nouveau semble habiter les gouvernements successifs et se traduit par une ambition affichée visant à limiter les rémunérations des dirigeants sociaux¹⁸¹⁴. Ce changement de perspective s'explique par divers facteurs entremêlés qu'il s'agira d'isoler. En premier lieu, cela coïncide avec la pénétration en Europe des idées issues de la *corporate governance*. La thématique de la rémunération des dirigeants sociaux est naturellement concernée par ce mouvement car une rétribution excessive apparaît comme une manifestation de la capacité des dirigeants à faire prévaloir leurs intérêts personnels sur ceux de la société et des actionnaires¹⁸¹⁵. En second lieu, ce tournant prend sa source dans les multiples affaires générées par

¹⁸¹⁰- La problématique du caractère juridique ou non de ce dernier ne sera pas abordée car celle-ci a pour effet de fausser le débat en postulant une infériorité du droit souple par rapport au droit dur.

¹⁸¹¹- Toutefois, comme le souligne P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 326 : « il n'existe aucune définition légale de la rémunération normale ou excessive ».

¹⁸¹²- F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. sociétés 2004. 795, n° 4.

¹⁸¹³- L. AMIEL-COSTE, *Rémunération des dirigeants sociaux*, op. cit. n° 4; P. LE CANNU, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés*, Mélanges AEDBF-France, Banque éditeur, 1997, p. 247.

¹⁸¹⁴- A. VIANDIER, *L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux*, JCP E 2013, n° 29, 1416, n° 1-2.

¹⁸¹⁵- A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, Mélanges P. BISSARA, ANSA,

les rémunérations excessives de dirigeants en France et outre-Atlantique. Ces abus récurrents ont heurté l'opinion publique mettant à mal le parti initialement pris de l'indifférence législative. Bien que la conjonction de ces deux tendances ait pu faire bouger les lignes, les logiques qui en sont issues sont loin d'être assimilables car la doctrine du gouvernement d'entreprise a pour boussole la satisfaction de l'intérêt des actionnaires¹⁸¹⁶.

2- Les dispositifs législatifs encadrant les rémunérations des dirigeants sociaux

458- Il existe un droit positif de l'excès (a). Ainsi, certains textes commerciaux et fiscaux visent, directement ou indirectement, le caractère excessif de la rémunération des dirigeants (b). Mais, dans le domaine des sociétés, c'est surtout la jurisprudence qui a dégagé les règles et reconnu les principes qui participent à la constatation comme à la sanction de cet excès.

a- Les critères de l'excès dégagés par le droit positif

459- La constatation de l'excès. La constatation d'une rémunération excessive induit l'existence d'une référence. L'excès découle, en effet, du dépassement de la limite au-delà de laquelle la rémunération doit être considérée comme excessive. Seulement, l'établissement d'une telle limite soulève quelques difficultés.

460- Les difficultés de la constatation. La première difficulté réside dans le fait que la jurisprudence commerciale sanctionne indirectement la rémunération excessive sur le fondement du droit des sociétés, mais ne la condamne pas en tant que telle. En d'autres termes, elle applique, dans le domaine de l'excès, des textes qui sont conçus pour d'autres raisons. Ce qui est, pour elle, une nécessité car il n'existe pas de dispositions légales qui visent expressément le caractère excessif de la rémunération. Certes, la Cour de cassation a réussi, en interprétant *a contrario* l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 - devenu l'article L. 225-38 du code de commerce -, à se prononcer, à titre principal, sur la manifestation de ce caractère. Mais ses décisions, qui concernent le seul problème de la compétence du conseil d'administration de la société anonyme, ne sont pas suffisamment nombreuses pour apporter une réponse précise aux diverses interrogations que suscite la constatation de l'excès.

L'utilisation par les tribunaux des dispositions du droit des sociétés pour annuler les rémunérations excessives ou pour condamner leurs bénéficiaires ou ceux qui les ont indûment fixées, paraît, en outre, de nature à créer une certaine confusion dans l'approche de l'excès. Ce qui a pour effet d'aggraver les difficultés. Ainsi, lorsqu'une juridiction condamne un dirigeant sur le fondement de l'abus de biens sociaux - ce qui est souvent le cas -, on est parfois tenté d'en conclure que cette infraction confère un caractère excessif à la rémunération contestée. Ce qui n'est pas toujours exact. A la vérité, si, dans cette hypothèse, l'excès côtoie nécessairement l'abus, celui-ci peut très bien exister sans la présence de celui-là ; car il n'est pas indispensable que l'usage abusif soit quantitativement excessif pour que le droit pénal soit valablement mis en œuvre¹⁸¹⁷. La même remarque s'impose dans toutes les circonstances où la jurisprudence se fonde sur la faute de gestion, l'abus de majorité, la disparition de *l'affectio societatis* ou l'entrave à la libre révocation des dirigeants sociaux, pour sanctionner l'octroi de rémunérations excessives. Dans tous ces cas, les juridictions procèdent à la mise en œuvre des règles du droit des sociétés dans la circonstance particulière d'un excès strictement quantitatif. Mais elles ne se prononcent pas directement et principalement sur le contenu de celui-ci, car elles ne l'envisagent pas en tant que tel. L'examen de leurs décisions suppose, par conséquent, une ventilation de leurs motifs, afin d'en extraire les rares

2013, p. 143, spéc. p. 152.

¹⁸¹⁶ - A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, op. cit., n° 14.

¹⁸¹⁷ - Les dispositions de l'article L. 242-6, alinéa 3, du Code de commerce n'utilisent aucun critère de quantité. Qu'elle soit excessive ou non, l'attribution d'une rémunération peut donc constituer un abus de biens sociaux, dans la mesure où ses éléments constitutifs sont constatés.

arguments qui portent indirectement sur le caractère excessif des rémunérations.

La deuxième difficulté résulte de la coexistence du droit commercial et du droit fiscal. Ce dernier, nous l'avons vu, vise expressément les rémunérations excessives. Là encore, cette coexistence est susceptible de créer certaines confusions qu'il convient préalablement de dénoncer. Car la jurisprudence administrative statue souvent sur la constatation de l'excès. Ce qui pourrait inciter à l'extrapolation dans le domaine des sociétés. Or, le droit fiscal ne se prête pas toujours à cet exercice. Il est, en effet, conçu pour l'accomplissement d'une finalité spécifique : en l'occurrence, faire la part entre les charges de l'entreprise qui sont raisonnablement déductibles et celles qui, par leur caractère excessif, ne sont plus considérées comme telles dès lors qu'elles témoignent d'un acte anormal de gestion.

Sans condamner pour autant le raisonnement par analogie qui paraît de nature à permettre une certaine transposition de la jurisprudence administrative dans la résolution des problèmes commerciaux, la difficulté consiste précisément à distinguer les solutions fiscales qui sont utilisables de celles qui ne le sont pas.

Enfin, la troisième difficulté procède de l'évaluation relative de la rémunération. Pour être excessive, en effet, la valeur de celle-ci doit dépasser les limites de ce qui est acceptable. La constatation de l'excès impose, par conséquent, la comparaison de cette valeur et de ces limites qui représentent des références de normalité.

D'où la difficulté qui consiste à rechercher et faire usage de ces références lorsqu'elles sont variables avec le temps. Certaines évoluent sans cesse, dans la mesure où elles résultent de la situation particulière de l'entreprise. La jurisprudence révèle notamment que les résultats économiques, qui sont purement conjoncturels, servent souvent d'indicateurs dans la détermination du caractère excessif d'une rémunération. La relativité de son évaluation peut influencer alors sur l'appréciation de l'excès, qui risque parfois de fluctuer avec un ou plusieurs facteurs de la comparaison. Ce qui rend délicate la perspective d'une démarche préventive.

Ceci étant, ni la loi commerciale, ni la loi fiscale ne prévoient les règles ou les éléments qui permettraient de tracer cette limite. La jurisprudence a dû, par conséquent, suppléer à l'insuffisance des textes. Mais elle n'a pas pour autant clarifié la situation juridique, car les critères qu'elle utilise se caractérisent, non seulement par leur diversité, mais encore par les incertitudes de leur éventuelle mobilité.

461- La diversité des critères. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'elle se fonde, pour qualifier une rémunération d'excessive, sur plusieurs critères de comparaison. Il s'agit là des références ou des limites au-delà desquelles cette rémunération cesse d'être normale. Ces critères servent, par conséquent, à l'appréciation quantitative et relative de l'excès.

Mais la même jurisprudence ne se contente pas, en général, de cette seule comparaison. Pour constater son caractère excessif, elle invoque aussi les conséquences dommageables du versement de la rémunération, en particulier lorsque ce versement porte atteinte à l'intérêt social. En d'autres termes, il apparaît que les tribunaux se déterminent à partir d'un cumul de critères, les critères de préjudice venant s'ajouter aux premiers critères.

462- Les critères de comparaison. La jurisprudence utilise, en général, deux critères de comparaison. Dans la plupart des cas, les décisions portant sur le caractère excessif de la rémunération des dirigeants se réfèrent, en effet, non seulement à la situation économique de la société, mais encore aux services rendus par le dirigeant concerné, compte tenu de sa qualité professionnelle.

La situation économique de la société représente, pour la jurisprudence commerciale ou criminelle, le critère essentiel. C'est ainsi que les juges du fond, dont les décisions sont validées par la chambre commerciale, constatent régulièrement les excès en se référant, soit partiellement, soit globalement, à cette situation.

Dans le premier cas, l'appréciation de la rémunération procède d'une comparaison entre la valeur de celle-ci et certains éléments qui participent des ressources de la société ou qui caractérisent l'état de

ses finances, tels que les bénéfices réalisés¹⁸¹⁸, le chiffre d'affaires¹⁸¹⁹, l'activité¹⁸²⁰, l'importance du capital social¹⁸²¹, les résultats de l'exercice¹⁸²², ou les liquidités de la trésorerie¹⁸²³. Dans le second cas, l'excès de rémunération se révèle au regard de la « situation de la société », envisagée dans son ensemble¹⁸²⁴, de sa « situation financière¹⁸²⁵ », de ses « capacités financières¹⁸²⁶ », de sa « dégradation financière¹⁸²⁷ », de sa « situation obérée.¹⁸²⁸ »

De telles références concernant la situation économique de la société figurent dans presque tous les arrêts de la Cour de cassation¹⁸²⁹. Cette situation constitue bien, par conséquent, un critère essentiel dans la recherche de l'excès. Il n'en est pas de même, cependant, dans le domaine fiscal.

La jurisprudence fiscale considère, en effet, que ce terme de comparaison ne saurait suffire, à lui seul, à établir le caractère normal d'une rémunération¹⁸³⁰ et que son utilisation n'est pas, en outre, une nécessité : cela résulte d'un certain nombre d'arrêts qui déclarent expressément que les rémunérations versées par une société doivent être appréciées, non par un simple rapprochement de leur montant global et du montant des bénéfices ou du chiffre d'affaires de celle-ci, mais de façon distincte pour chacun des dirigeants concernés, sans que cette évaluation individuelle fasse d'ailleurs obstacle à ce qu'il soit également tenu compte des circonstances touchant au fonctionnement d'ensemble de cette société¹⁸³¹. Cette jurisprudence s'explique aisément par le fait que le droit fiscal ne poursuit pas, en l'occurrence, les mêmes finalités que le droit commercial. Alors que l'application de celui-ci participe à la protection de l'investissement privé, la mise en

¹⁸¹⁸- Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64, qui constate que l'engagement envers le dirigeant bénéficiaire de la rémunération concernée « n'était pas non plus excessif par rapport tant aux bénéfices réalisés par la société qu'à la masse des salaires versés à son personnel ».

¹⁸¹⁹- CA Riom 15 novembre 1989 et sur pourvoi Cass. crim. 3 juin 1991, ed. Fr. Lefebvre, n° 14779, qui constate que le salaire du gérant d'une SARL « apparaît particulièrement élevé si l'on considère qu'était en baisse le chiffre d'affaires [...] ».

¹⁸²⁰- CA Grenoble 6 mai 1964, D. 1964, p. 783, note A. DALSACE, qui se réfère à « l'activité sociale et au chiffre d'affaires » ; Cass. com. 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995, n° 1048, qui envisage le caractère excessif de la rémunération en faisant état de « l'activité de la société en constante régression depuis 1985 ».

¹⁸²¹- CA Paris 26 juin 1998, RJDA 12/1998, n° 1370, qui décide que la rémunération n'est pas excessive au regard du principe de la libre révocabilité des dirigeants, « tant en raison de l'importance [du] capital que des résultats sur les trois exercices précédents ».

¹⁸²²- CA Paris 26 juin 1998, préc., et Cass. com. 9 janvier 1996, ed. Fr. Lefebvre, préc., n° 1017, qui constate que la rémunération équivalait à 61 % de la perte d'un exercice et à 19 % de la perte de l'exercice suivant.

¹⁸²³- Cass. crim. 13 décembre 1988, Bull. crim. n° 429, concernant un abus de biens sociaux, qui considère le fait que le versement de la rémunération a eu pour « conséquence de priver de liquidités la trésorerie de la société », comme étant l'un des aspects de son caractère excessif.

¹⁸²⁴- Cass. com. 11 juillet 1995, ed. Fr. Lefebvre, préc., n° 17006, qui qualifie les rémunérations concernées de « manifestation excessives eu égard à la situation de la société ».

¹⁸²⁵- Cass. com. 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 194 qui précise que la rémunération du dirigeant était excessive et portait atteinte au principe de la libre révocabilité, parce que « la situation financière de la société ne lui permettait pas de supporter le versement trimestriel de ces compléments de retraite ».

¹⁸²⁶- Cass. com., 2 juin 1987, éd. Fr. Lefebvre, préc., n° 2900, qui constate que l'indemnité forfaitaire de départ qui devait être versée au dirigeant représente « une telle charge pour la société-mère au regard de ses capacités financières, qu'elle aboutit à la dissuader d'exercer la plénitude de ses prérogatives d'associée majoritaire au sein de la filiale ».

¹⁸²⁷- Cass. crim. 8 février 1988, ed. Fr. Lefebvre, préc. n° 14774, qui valide la condamnation d'un président de SA pour avoir augmenté une rémunération jugée d'excessive, « alors que l'intéressé ne pouvait ignorer la dégradation financière de la société ».

¹⁸²⁸- Cass. com. 11 juin 1996, ed. Fr. Lefebvre, préc., n° 17026, qui envisage le caractère excessif et fautif de la rémunération du gérant d'une SARL au regard de la « situation obérée de la société ».

¹⁸²⁹- Voir cependant, Cass. crim. 12 décembre 1994, éd. Fr. Lefebvre, préc., n° 14786, qui considère que le caractère excessif de la rémunération résulte, en l'espèce, du caractère fictif des prestations du dirigeant : la rémunération « correspondant à des prestations en majorités fictives » était « donc manifestement excessive. »

¹⁸³⁰- CE 21 octobre 1985, RJF 12/1985 n° 1526 : en l'espèce, la rémunération d'un dirigeant ayant progressé dans le même temps que les résultats de l'entreprise, le Conseil d'Etat approuve l'administration d'avoir procédé à une redressement fiscal, dans la mesure où le bénéficiaire ne prouve pas que les sommes perçues en supplément avaient « une autre justification que l'augmentation des bénéfices de l'entreprise ».

¹⁸³¹- CE 9 octobre 1961, *Dupont*, Lebon p. 545 ; CE 23 mai 1962, *Dupont*, Lebon p. 602 ; CE 28 janvier 1966, *Dupont*, Lebon p. 178 ; CE 11 mars 1966, *Dupont*, Lebon p. 299.

œuvre de celui-là sanctionne les actes anormaux de gestion, qui consistent à gonfler artificiellement la rémunération afin d'obtenir une réduction indue des bénéfices imposables. Bien que les services fiscaux puissent faire référence, s'ils le jugent utile, à la situation de l'entreprise, celle-ci ne doit pas constituer, pour eux, l'essentiel de leur préoccupation. Car la question qu'ils se posent est la suivante : les versements effectués par la société correspondent-ils à la rémunération d'un travail effectif, c'est-à-dire au prix des services rendus et de la qualité du prestataire, et par le fait même, sont-ils réellement des charges normales que l'entreprise peut valablement déduire de ses bénéfices ? Cette question, nous le voyons, suppose que le fisc s'intéresse principalement à l'activité du dirigeant concerné.

Les services effectifs rendus par le dirigeant concerné, compte tenu de sa qualité professionnelle, constituent, pour la jurisprudence commerciale ou criminelle, l'un des critères fondamentaux dans l'appréciation du caractère excessif de la rémunération. Les tribunaux l'utilisent cumulativement avec le critère de la situation économique de la société.

C'est ainsi que l'absence d'une contrepartie normale figure toujours, de manière expresse ou tacite¹⁸³², dans les motifs des décisions qui sanctionnent une rémunération excessive. Les juges du fond se déterminent, en effet, en considération du travail effectif du dirigeant¹⁸³³, de l'importance de ses activités¹⁸³⁴, de ses qualités professionnelles et de ses responsabilités¹⁸³⁵, des résultats de sa gestion¹⁸³⁶, de la masse des salaires versés au personnel de la société¹⁸³⁷, ou des rémunérations sont pratiquées, pour des fonctions similaires, dans des entreprises de la région¹⁸³⁸.

La Cour de cassation a clairement précisé le rôle joué par le critère des services rendus dans le domaine de la retraite complémentaire. Selon la Cour, cette retraite ne représente véritablement un « complément de rémunération » que lorsque les conditions suivantes sont réunies. D'une part, celle-ci doit être la contrepartie des services particuliers rendus à la société par le dirigeant durant l'exercice de ses fonctions. D'autre part, son montant doit être proportionné à ces services et ne pas constituer une charge excessive pour ladite société. A défaut, l'octroi de cette pension doit être

¹⁸³²- L'absence de contrepartie normale résulte tacitement des circonstances lorsque la juridiction, généralement répressive, constate qu'une rémunération est « fictive » - il n'y a pas alors de contrepartie - ou que le dirigeant a commis des fautes de gestion telles que sa rémunération ne saurait être considérée comme étant la contrepartie de sa qualité professionnelle. V. par ex., Cass. crim. 12 décembre 1994, préc. note 28 ; Cass. com. 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995, n° 1048, qui constate que le gérant d'une SARL a commis une faute de gestion en doublant sa rémunération et en poursuivant, *dans son intérêt personnel*, une activité déficitaire ; Cass. com. 11 juillet 1995, préc., note 23, qui relève aussi la faute de gestion d'un PDG qui, percevant des rémunérations manifestement excessives, « a poursuivi l'exploitation déficitaire de la société pendant plus de quatre ans pour préserver [...] les avantages qui leur étaient liés » ; Cass. com. 11 juin 1996, préc. note 27, qui statue sur les mêmes circonstances. Dans tous ces cas, le dirigeant agit pour son compte personnel et non pas dans l'intérêt de la société : sa rémunération n'a donc pas pour celle-ci de contrepartie effective.

¹⁸³³- Cass. crim. 30 septembre 1991, RJDA 1/1992, n° 44 qui valide la condamnation d'un gérant de SARL qui percevait des « rémunérations fixes considérables » alors que « l'absentéisme de ce gérant dans la société était patent ». Cette jurisprudence est parfaitement compatible avec les affirmations de la chambre commerciale selon lesquelles « la rémunération des gérants de SARL ayant pour cause la fonction assumée », il n'y a pas lieu de rechercher l'incidence des activités exercées pour leur compte personnel (Cass. com. 21 février 1995, Juris-data n° 001887). Car la rémunération se fonde aussi sur les responsabilités qui résultent de la fonction

¹⁸³⁴- CA Paris 17 novembre 1981, ed. Fr. Lefebvre, préc., n° 14179, qui constate que le salaire du dirigeant « apparaît excessif au regard des tâches réduites lui incombant » ; CA Riom 15 novembre 1989 et, sur pourvoi, Cass. crim. 3 juin 1991, n° 14779, qui décide que « la rémunération d'un gérant [doit], même lorsqu'elle est régulièrement fixée par l'assemblée des associés, être proportionnée à son activité réelle »

¹⁸³⁵- CA Riom du 15 novembre 1989, qui considère aussi que la rémunération du gérant doit être « proportionnée [...] à sa compétence [...] ».

¹⁸³⁶- L'arrêt de la Cour d'appel de Riom préc. constate, en outre, que « les résultats obtenus rendaient pour le moins contestables les compétences de gestionnaire de l'intéressé ».

¹⁸³⁷- Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64, qui constate que l'engagement à verser un complément de retraite au dirigeant « n'était pas non plus excessif par rapport tant aux bénéfices réalisés par la société qu'à la masse des salaires versés à son personnel ».

¹⁸³⁸- CA Grenoble 6 mai 1964, D. 1964, p. 783, note A. DALSACE, qui ordonne, à propos d'une affaire portant sur des rémunérations exagérées consenties aux dirigeants d'une société, une mission d'expertise afin, notamment, de « rechercher quelles sont les rémunérations pratiquées dans la région dans des entreprises et pour des fonctions similaires[...] ».

considéré, non pas comme une rémunération mais comme une indemnité particulière dont la nature est celle d'une libéralité¹⁸³⁹.

La même jurisprudence souligne, en outre, la complémentarité des critères des services rendus et de la situation économique de la société. En effet, le montant de la rémunération doit être apprécié, non seulement par rapport à la réalité de ces services, mais encore par rapport aux possibilités financières de ladite société qui ne doit pas supporter une « charge excessive. » La nécessité d'un cumul des critères de comparaison résulte, par conséquent, des motifs non équivoques des arrêts de la Cour de cassation.

Ces constatations ne valent pas, bien entendu, dans le domaine fiscal. Car les services des impôts ne sont pas tenus, pour qualifier une rémunération d'excessive, de recourir au critère de la situation économique de la société. On doit, au contraire, noter le rôle fondamental que joue, en ce domaine, le critère de la réalité du service rendu¹⁸⁴⁰. Ainsi, l'article 39-1-1° du CGI lui-même dispose que les rémunérations ne sont déductibles qu'autant qu'elles « correspondent à un travail effectif » et ne sont « pas excessives eu égard à l'importance du service rendu ». En droit fiscal, l'effectivité du service procède, par conséquent, de la loi. Ce qui implique des comparaisons, notamment avec les rémunérations qui sont versées dans la même entreprise ou dans d'autres entreprises de la région pour les mêmes services ou des services similaires¹⁸⁴¹ ou avec celles perçues par les personnes les mieux rémunérées ou, d'une façon globale, avec la masse salariale de l'entreprise¹⁸⁴².

Cette divergence entre le droit commercial et le droit fiscal est encore plus évidente lorsque l'on envisage les critères de préjudice qui participent à la constatation de l'excès.

463- Les critères de préjudice. Le préjudice - actuel ou potentiel - causé par le versement de la

¹⁸³⁹- Cass. com. 24 octobre 2000, RJDA 2/2001, n° 177 ; Cass. com. 10 février 1998, RJDA 5/1998, n° 611 ; Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ IV, n° 64. Voir G. LYON-CAEN, *Encore la rémunération des PDG*, D. Affaires 1996, p. 162 et s., qui considère que lorsque les conditions ne sont pas réunies pour constituer un « complément de retraite », elle doit être requalifiée en libéralité ; voir notamment, la note 20 de son article qui cite en ce sens un arrêt du 15 juillet 1987, D. 1987, IR p. 202. Voir aussi ed. Fr. Lefebvre, précité, n° 7253 : « A défaut [du respect des conditions], l'octroi de cette pension doit être considéré [...] comme une indemnité particulière versée à l'intéressé qui s'analyse comme une libéralité ».

¹⁸⁴⁰- La jurisprudence fiscale attache une importance capitale au critère du service rendu. C'est ainsi qu'elle décide que c'est dans tous les cas à l'entreprise qu'il appartient de justifier qu'il y a eu travail effectif ; CE 23 juin 1986, n° 48465, Dr. fisc. 1986, n° 49 ; CE 2 mars 1988, RJF 4/1988, n° 412 . Voir les décisions citées au Juriscl. fiscal, Impôts directs, Traité, t. 10, Fasc. 1141, n° 94. V. aussi P. SERLOOTEN, *Rémunération du dirigeant - Liberté et impôt*, JCP E 2001, n° 3, p. 7 et s. : « Parmi les divers éléments permettant de caractériser une rémunération excessive, figurent notamment les aptitudes personnelles et professionnelles du dirigeant ainsi que l'étendue de son activité et la réalité du service rendu [...] » (p. 9 et note 4 pour les références). Voir aussi ed. Fr. Lefebvre précitée, *Rémunération des dirigeants, Régime fiscal*, n° 1034 : « Il n'y a lieu de s'attacher à la notion de travail effectif pour relever que la rémunération perçue est excessive que dans la mesure où l'ensemble de cette rémunération apparaît exagérée eu égard à l'importance réelle du travail effectué ». Voir de même, Mémento Pratique Francis Lefebvre, Fiscal, 2003, n° 2065, qui range en premier « la qualification professionnelle et l'importance de l'activité déployée par le dirigeant ».

¹⁸⁴¹- P. SERLOOTEN, *op. cit.* p. 9, qui énumère parmi les éléments permettant de caractériser une rémunération excessive, « la politique salariale de la société et la rémunération d'emploi identique dans l'entreprise [...] », et la note 6 pour les références. Voir aussi ed. Fr. Lefebvre précitée, n° 2065, qui précise à ce propos que « parmi les critères habituellement retenus, on peut citer notamment [...] le niveau des rémunérations des personnes occupant des emplois analogues dans des entreprises similaires de la région [...] ».

¹⁸⁴²- P. SERLOOTEN, *op. cit.*, p. 9, qui constate que, parmi les critères utilisés, « la référence aux rémunérations versées aux autres membres du personnel paraît en revanche plus efficace. Les rémunérations des dirigeants peuvent être appréciées de façon plus globale par rapport à la masse salariale de l'entreprise mais aussi aux rémunérations perçues par les personnes les mieux rémunérées ». Voir aussi les nombreux exemples jurisprudentiels qui sont fournis par cet auteur à ce propos. L'article 210 *sexies* du CGI a d'ailleurs consacré, pour ce qui concerne les jetons de présence, le critère de comparaison avec les personnes les mieux rémunérées : cet article dispose, en effet, que « les jetons de présence alloués au titre d'un exercice aux membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés anonymes sont déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dans la limite de 5 % du produit obtenu en multipliant la moyenne des rémunérations déductibles attribuées au cours de cet exercice aux salariés les mieux rémunérés de l'entreprise par le nombre des membres composant le conseil », c'est l'article 39-5 du CGI qui définit les « personnes les mieux rémunérées ».

rémunération du dirigeant concerné, constitue l'un des critères de l'excès. D'une manière générale, il procède soit d'une décision ou d'agissements contraires à l'intérêt social, soit d'une atteinte aux règles fondamentales d'existence ou de fonctionnement de la société.

La fixation ou le versement d'une rémunération excessive peut résulter de décisions contraires à l'intérêt social. C'est le cas, par exemple, lorsque l'organe compétent détermine la valeur de cette rémunération dans le seul intérêt de son bénéficiaire qui, dans cette hypothèse, dispose de la majorité des voix. En pareil cas, il s'agit d'un abus de majorité qui est susceptible de causer un dommage à la société. La jurisprudence commerciale ou criminelle révèle que c'est la perspective de ce dommage qui participe à la qualification de l'excès, et que le critère du préjudice se cumule avec les deux critères de comparaison¹⁸⁴³.

La constatation d'agissements contraires à l'intérêt social résulte souvent, de manière implicite, du caractère excessif de la rémunération. C'est le cas, par exemple, lorsque le paiement de celle-ci a directement pour effet de mettre la société en difficulté financière et, parfois même, en redressement ou en liquidation judiciaire¹⁸⁴⁴, lorsqu'il réalise un abus de biens sociaux, ou lorsqu'il implique certaines conséquences fiscales. Dans toutes ces situations, le critère du préjudice est effectivement utilisé par les tribunaux puisque ce préjudice constitue la cause essentielle de la constatation comme de la sanction de l'excès.

Quant au droit fiscal, il dispose - dans l'article 39-5 du CGI - que les dépenses afférentes aux rémunérations ne sont déductibles que dans la mesure où elles ne sont pas excessives et ont été engagées « dans l'intérêt direct de l'entreprise.¹⁸⁴⁵ » Il en résulte que ces rémunérations ne doivent jamais être contraires à l'intérêt social à peine d'être réintégrées dans le montant des bénéfices de la société. Il s'agit là d'un critère légal¹⁸⁴⁶, qui permet aux services fiscaux de constater et de sanctionner les rémunérations anormales. Mais les dommages qui découlent du comportement des dirigeants envers leur propre société, ne représentent pas pour ces services une préoccupation majeure. Car le seul préjudice qui les intéresse est celui que le contribuable est susceptible de causer au Trésor.

Le préjudice peut aussi résider dans une atteinte aux règles fondamentales d'existence ou de fonctionnement de la société. En pareil cas, les décisions ou les stipulations qui fixent la rémunération des dirigeants altèrent la nature de la société concernée ou constituent des entraves indirectes à l'exercice des pouvoirs légaux de ses organes de contrôle et de direction.

La jurisprudence commerciale ou criminelle tient compte de cette forme de préjudice pour constater et pour sanctionner les excès. C'est ainsi qu'elle apprécie fréquemment le caractère excessif d'une rémunération au regard du principe de la libre révocation des dirigeants de société. Cette jurisprudence annule les clauses ou les décisions prévoyant, soit une indemnité forfaitaire de départ ou une pension de retraite - qui peuvent avoir la nature d'un complément de rémunération¹⁸⁴⁷, soit le

¹⁸⁴³ - CA Grenoble 6 mai 1964, D. 1964, p. 783, note A. DALSACE, qui ordonne une mission d'expertise pour apprécier le caractère excessif d'une rémunération, afin notamment de « dire s'il est conforme à l'intérêt social, dans une entreprise de ce genre, d'allouer à un président-directeur général une rémunération proportionnelle à l'ensemble du chiffre d'affaires, sans tenir compte du bénéfice effectivement réalisé ». L'excès doit, en effet, porter préjudice à « l'intérêt social ». Cette jurisprudence est, d'ailleurs, constante depuis très longtemps. Voir par exemple, CA Pau 24 décembre 1935, Journ. soc. 1937, p. 302, qui rappelle que « les pouvoirs de l'assemblée générale s'exercent dans l'intérêt social et ne peuvent avoir pour effet de détruire au profit de certains associés l'économie du pacte social ». La Cour qui statuait à propos d'une augmentation des rémunérations des gérants qui avait « réduit de moitié les bénéfices de la société » et risquait « en cas de nouveau fléchissement des affaires de la société, d'absorber entièrement ceux-ci », fait donc état du préjudice à "l'intérêt social" pour annuler la décision de l'assemblée générale.

¹⁸⁴⁴ - Pour des cas dans lesquels le paiement de rémunérations excessives a contribué à l'insuffisance d'actif et à la cessation des paiements, voir par exemple, Cass. com. 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995, n° 1048. Voir aussi Cass. com. 11 juillet 1995 et 9 janvier 1996, cités *in* ed. Fr. Lefebvre, précitée, n° 17006 et 17017.

¹⁸⁴⁵ - CGI, article 39-5, al. 3. Là encore, c'est à l'entreprise qu'incombe la charge de prouver que les dépenses « ont été engagées dans l'intérêt direct de l'entreprise ».

¹⁸⁴⁶ - Ce critère légal participe au contrôle fiscal des rémunérations des dirigeants. Voir à ce propos, ed. Fr. Lefebvre, précité, n° 9710.

¹⁸⁴⁷ - S'agissant de la retraite complémentaire, ainsi que nous l'avons vu *supra*, n° 9 et note 39, celle-ci s'analyse comme

reclassement, dans une autre fonction, du dirigeant révoqué, dans la mesure où elles représentent une charge financière ou une contrainte « si importante » pour la société qu'elles constituent un obstacle à la révocation de ce dirigeant¹⁸⁴⁸. Les nombreuses décisions qui se prononcent sur l'indemnité forfaitaire se fondent manifestement sur la confrontation entre le montant de celle-ci et les possibilités financières de la société concernée. Ce n'est que lorsque ce montant paraît excessif par rapport à ces possibilités qu'il est alors préjudiciable à la liberté de révoquer. Par le fait même, cet excès doit être sanctionné. Au contraire, l'indemnité forfaitaire est parfaitement licite dès lors, par exemple, que la somme qui doit être versée au dirigeant, « n'est pas de nature à peser sur la décision de révocation, tant en raison de l'importance du capital [de la société] que de ses résultats sur les trois exercices précédents.¹⁸⁴⁹ » Quant au reclassement dans une autre fonction, il s'agit souvent de l'utilisation d'un contrat de travail pour parvenir à l'indemnisation du préjudice causé au dirigeant par sa révocation ou pour faire échec à celle-ci. Les tribunaux sanctionnent aussi cette pratique dès lors que la contrainte qui en résulte pour la société revêt un caractère excessif¹⁸⁵⁰.

Dans tous ces cas, cette jurisprudence utilise donc comme critère de l'excès la perspective d'un préjudice à la règle de libre révocabilité. Quel que soit le montant de la somme à verser au titre de la rémunération, celle-ci est normale ou excessive en fonction de la charge financière ou de la contrainte qu'elle représente pour la société, eu égard à ses facultés spécifiques. L'approche est, en l'occurrence, essentiellement relative et le rapport entre cette somme et ces facultés trace la limite au-delà de laquelle la rémunération devient excessive, c'est-à-dire contraire à la liberté de révocation.

Mais le dommage peut aussi procéder, de manière exceptionnelle, d'une atteinte aux règles fondamentales d'existence de la société. Une affaire portée devant la Cour d'appel de Nîmes fournit un exemple édifiant du rôle que peut jouer la considération de ce préjudice dans l'appréciation du caractère excessif de la rémunération. En l'espèce, l'importance de cette rémunération, au regard des facultés de la société, avait eu pour effet de faire échapper le gérant d'une SARL aux risques de pertes sociales et, par le fait même, avait engendré la disparition de l'*affectio societatis*. En conséquence, après avoir constaté que la somme à verser était « excessive », la Cour a prononcé l'annulation de ladite société¹⁸⁵¹. Bien entendu, ce critère n'est jamais utilisé par la jurisprudence fiscale car celle-ci prévoit des sanctions de la rémunération excessive qui ne remettent pas en cause

un complément de rémunération, lorsqu'elle remplit certaines conditions (si elle est la contrepartie proportionnelle des services rendus et qu'elle n'est pas excessive. Quant à l'indemnité de départ, si elle a été prévue expressément par les statuts ou lors de la nomination du président ou du directeur général, et si elle n'est pas excessive au regard du principe de la libre révocabilité, elle peut être aussi considérée comme un complément de rémunération; voir à ce propos, L. AMIEL-COSME, Rép. Sociétés Dalloz, t. IV, juin 2002, n° 44 et s.

¹⁸⁴⁸ - Cass. com. 2 juin 1987, Bull. civ. IV, p. 100, n° 131 ; Cass. com. 1^{er} juillet 1987, Bull. civ. IV, p. 142, n° 194 ; CA Versailles 11 juillet 1991, RJDA 12/1991, n° 1040 ; Cass. com. 4 juin 1996, RJDA 2/1997, n° 224. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 juillet 1996 a cependant privé d'effet la délibération du conseil d'administration qui avait décidé, au profit du président-directeur général, la reconnaissance par avance d'un droit à indemnité compensatrice du préjudice à naître de sa révocation, sans faire état du montant de cette indemnité au regard des possibilités financières de la société (CA Paris 5 juillet 1996, Bull. Joly 1996, p. 1028, note P. LE CANNU). Pour la Cour, cette sorte d'engagement semble donc, en lui-même, qualitativement contraire au principe de la libre révocabilité, c'est-à-dire qualitativement « excessif », sans qu'il soit nécessaire de l'apprécier quantitativement. Cette jurisprudence paraît isolée.

¹⁸⁴⁹ - CA Paris 26 juin 1998, RJDA 12/1998, n° 1370. Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris paraît revenir sur la jurisprudence de la même Cour telle qu'elle résultait de l'arrêt ci-dessus précité du 5 juillet 1996.

¹⁸⁵⁰ - Cass. soc. 30 mars 1999, RJDA 10/1999, n° 1094, qui déclare illicite le contrat de travail, conclu entre une société et son directeur général, prévoyant que, si la société mettait fin aux fonctions salariées de celui-ci, elle serait tenue de lui verser, en supplément de ses indemnités de licenciement et de préavis, une indemnité conventionnelle égale à la rémunération qu'il aurait dû recevoir jusqu'à son départ en retraite. Ce contrat de travail - conclu quatre jours avant la nomination du dirigeant - dissuade, en effet, la société, « en raison du coût qui en résulte pour elle, de révoquer le directeur général ». Cette adjonction du contrat de travail a donc pour effet de prévoir, au profit du directeur général, une indemnité de départ indirecte - parce que distincte juridiquement de sa rémunération de dirigeant - et manifestement excessive au regard du principe de la révocabilité. Il s'agit d'un « montage » ; voir à propos du « montage » qui consiste à verser une indemnité sous couvert d'un contrat de travail en cas de révocation d'un dirigeant, T. com. Paris 21 octobre 1996, RJDA 8-9/1997, n° 1051.

¹⁸⁵¹ - CA Nîmes 4 octobre 1973, Quot. jur. 9 janvier 1975. Il semblerait que ce cas de perte de l'*affectio societatis* puisse donner lieu à la constatation de la caducité du contrat de société.

l'existence même de la société contribuable.

464- La mobilité des critères. Les différents critères de l'excès se réfèrent à des paramètres essentiellement variables, tels que, par exemple, les bénéfices, le chiffre d'affaires, les facultés financières de la société ou les services rendus par le dirigeant concerné. Cette mobilité des références engendre une mobilité corrélative dans l'appréciation de la valeur au-delà de laquelle une rémunération peut être qualifiée d'excessive. Cela paraît normal : dans le cadre d'une estimation relative, celle-ci évolue nécessairement en fonction des fluctuations de l'un des termes de comparaison.

Ces considérations justifient la jurisprudence en la matière qui décide parfois que la rémunération, qui n'était pas excessive au jour de sa fixation par l'organe compétent, est susceptible de le devenir lorsque les circonstances ont, depuis ce jour, notablement changé.

Un certain nombre de décisions tiennent compte de cette mobilité des critères de l'excès. C'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation admet expressément qu'une pension viagère, régulièrement consentie à un ancien président en contrepartie des services rendus à la société, a valablement été supprimée par celle-ci aux motifs que cette pension « était devenue une charge excessive », étant donné les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise¹⁸⁵². En pareil cas, ce qui était normal au regard de la situation de la société, peut être considéré comme excessif lorsque cette situation se dégrade. De même, une jurisprudence constante condamne le dirigeant pour faute de gestion lorsque celui-ci n'a pas réduit son importante rémunération, en dépit des mauvais résultats de l'entreprise¹⁸⁵³. Cette faute de gestion est susceptible, en outre, de constituer un élément à charge dans le cadre d'un abus de biens sociaux. La Cour d'appel de Riom - dont l'arrêt a été validé par la chambre criminelle - l'a clairement affirmé, dans les motifs de sa décision, aux termes desquels « la rémunération d'un gérant doit, même lorsqu'elle est régulièrement fixée par l'assemblée des associés, être proportionnée [...] aux résultats et aux possibilités financières de la société, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque le montant des salaires perçus a été maintenu à un niveau ne tenant pas suffisamment compte [...] ni de la réduction de l'activité de la société [donc de son gérant], ni de ses possibilités financières¹⁸⁵⁴ [...] »

De même, la jurisprudence fiscale se réfère expressément à l'évolution des critères pour apprécier le caractère normal ou excessif des rémunérations. Elle décide ainsi qu'une augmentation notable de celles-ci peut être justifiée par l'accroissement rapide du chiffre d'affaires, et qu'inversement cette augmentation constitue un acte anormal de gestion lorsque la situation de la société se dégrade¹⁸⁵⁵. C'est alors essentiellement la mobilité du critère de référence qui conditionne la constatation de l'excès et, en conséquence, la mise en œuvre corrélative de la sanction fiscale.

b- Les dispositifs législatifs

465- Absence de plafonnement¹⁸⁵⁶. Il n'existe pas en droit français de plafond¹⁸⁵⁷ ou plus largement de dispositions directement afférentes au montant de la rémunération des dirigeants sociaux. Si dans

¹⁸⁵² - Cass. com. 24 octobre 2000, RJDA 2/2001, n° 177.

¹⁸⁵³ - V. CA Paris 17 novembre 1981, ed. Fr. Lefebvre, préc. n° 14 179, qui décide que la responsabilité du dirigeant pour faute de gestion peut être retenue « pour avoir perçu des salaires excessifs, alors que l'activité de l'entreprise allait en se dégradant ». Selon la cour, ce dirigeant aurait dû, dans un souci de bonne gestion, réduire en conséquence les charges salariales de la direction, d'autant que son salaire annuel apparaît excessif au regard des tâches réduites lui incombant. Voir aussi Cass. com. 9 janvier 1996 et 17 juillet 2001, *ibid.*, n° 17 017 et 17 086.

¹⁸⁵⁴ - CA Riom 15 novembre 1989 et, sur pourvoi, Cass. crim. 3 juin 1991, cités in ed. Fr. Lefebvre, préc. n° 14 779.

¹⁸⁵⁵ - Sur cette jurisprudence, voir P. SERLOOTEN, *Rémunération du dirigeant - Liberté et impôt*, JCP E 2001, n° 3, p. 9.

¹⁸⁵⁶ - Il existe toutefois un plafonnement de la rémunération des dirigeants d'entreprises publiques. Par voie décrétole, le gouvernement a limité à 450 000 € annuels la rémunération des dirigeants dans ces structures par le biais du décret n° 2012-915 du 26 juill. 2012 (JO 27 juill. 2012, p. 12283).

¹⁸⁵⁷ - B. DONDERO, *La rémunération des dirigeants sociaux*, in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la dir. de V. MAGNIER, LGDJ, 2010, p. 111, n° 8.

un contexte de surenchère, l'institution d'un plafonnement généralisé pour les sociétés semble avoir un instant été sérieusement envisagée au cours de l'année 2012¹⁸⁵⁸, cela ne s'est jamais concrétisé.

466- La lutte contre l'opacité des rémunérations. L'un des leviers de lutte contre le caractère excessif des rémunérations des dirigeants sociaux réside dans la promotion de la transparence des sommes octroyées. L'évidence veut que pour pouvoir influencer sur le montant de la rémunération, il faille en connaître la teneur. Au-delà, l'exposition des montants créerait une sorte d'auto-modération des dirigeants soumis au risque d'opprobre de la collectivité des actionnaires et même de la société entière. La montée en puissance des impératifs de transparence ne pouvait qu'influer sur la tradition française d'opacité¹⁸⁵⁹. L'influence de l'idéologie de la *corporate governance* est sur ce point patent¹⁸⁶⁰. En amont, elle a été réceptionnée par le rapport VIENOT II en 1999¹⁸⁶¹. La consécration législative n'a pas tardé¹⁸⁶². L'accessibilité nouvelle et l'éclairage médiatique braqué sur la rémunération des dirigeants sociaux eurent pour effet de mettre crument en lumière certaines pratiques sociales¹⁸⁶³.

467- L'encadrement des rémunérations générées par la cessation du mandat social. Symptomatiques des abus dénoncés, les indemnités de départ dont les dirigeants peuvent bénéficier à la suite d'accords conclus avec la société ont fait l'objet de toutes les stigmatisations. Afin de compenser la précarité du statut de dirigeant social de société anonyme notamment, révocable *ad nutum*¹⁸⁶⁴, il est fréquent pour ce dernier de conditionner sa venue à la garantie par la société d'un confortable parachute en cas d'activation du siège éjectable sur lequel il accepte volontairement de se placer. L'efficacité et la pérennité de ces accords sont assurées par leur nature contractuelle. Deux lois, séparées d'à peine deux années, faisant chacune suite à un scandale médiatisé¹⁸⁶⁵, sont venues encadrer ces indemnités dans les sociétés anonymes. La loi dite Breton¹⁸⁶⁶ soumet au contrôle des conventions réglementées¹⁸⁶⁷ « les engagements pris au bénéfice » des dirigeants « correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions.¹⁸⁶⁸ » Aussi, le conseil d'administration devra préalablement autoriser l'engagement en cause et celui-ci sera par la suite soumis à l'approbation de l'assemblée générale¹⁸⁶⁹. Quant à la loi du 21 août 2007, dite loi TEPA, elle a conditionné l'octroi de ces mêmes engagements à des « conditions de performance.¹⁸⁷⁰ » Le versement des sommes est désormais subordonné « à la constatation de la réalisation » de

¹⁸⁵⁸ - B. DONDERO, *Rémunération des dirigeants : annoncer, consulter ... légiférer ?* Gaz. Pal. 6 octobre 2012, n° 280, p. 3.

¹⁸⁵⁹ - A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, op. cit., n° 56 ; L. AMIEL-COSTE, *Rémunération des dirigeants sociaux*, op. cit., n° 55 s. Antérieurement à la loi NRE, il n'était possible d'obtenir, par l'intermédiaire du commissaire aux comptes, que le montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées (article L. 225-115, 4°).

¹⁸⁶⁰ - P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 293.

¹⁸⁶¹ - Rapport Vienot II paru en 1999 et mené sous l'impulsion du MEDEF.

¹⁸⁶² - Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁸⁶³ - Y. PACLOT, *Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question*, D. 2007. 1670, n° 24.

¹⁸⁶⁴ - Il en va ainsi pour les administrateurs (article L. 225-18 Code de commerce) et le président du conseil d'administration (article L. 225-47 Code de commerce).

¹⁸⁶⁵ - V. MAGNIER et Y. PACLOT, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées*, op. cit. p. 1027.

¹⁸⁶⁶ - Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et les sociétés par actions. V. H. HOVASSE, *La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et les sociétés par actions*, Dr. sociétés, n° 11, novembre 2005. Étude 13.

¹⁸⁶⁷ - La Cour de cassation affirme que « la détermination de la rémunération du gérant de société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention [...] » (Com. 4 mai 2010 n° 09-13.205). Cette solution énoncée à propos du gérant de SARL et du PDG de société anonyme (Com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, D. 2010. 1206, obs. A. Lienhard) semble, par analogie, transposable à tous les dirigeants.

¹⁸⁶⁸ - Articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 Code de commerce.

¹⁸⁶⁹ - Mesures prévues par les articles L. 225-38 et L. 225-41 Code de commerce.

¹⁸⁷⁰ - Loi n° 2007-1223 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat du 21 août 2007 (JO 22 août 2007, p. 13945, art. 17).

telles conditions¹⁸⁷¹. Le conseil d'administration ou de surveillance, tout puissant dans cette procédure, cumule les missions d'élaboration des critères de performance et de constatation de leur réalisation¹⁸⁷². Également générées par la cessation du mandat social, les retraites dites « chapeau » échappaient jusqu'à peu à cette double mesure¹⁸⁷³. Se fondant sur les préconisations d'un rapport de l'Inspection générale des finances et de celle des affaires sociales¹⁸⁷⁴, la loi du 6 août 2015¹⁸⁷⁵ ramène dans le giron des articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 les « engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale. » Elle impose ainsi le nécessaire suivi de la procédure des conventions réglementées, telle qu'aménagée par ces dispositions¹⁸⁷⁶, et soumet l'octroi de ces sommes à la satisfaction de conditions de performance¹⁸⁷⁷. Renforçant un peu plus l'encadrement de ces médiatiques engagements, les conseils se voient attribuer la tâche de déterminer annuellement l'accroissement des droits des dirigeants bénéficiaires, augmentation qui sera désormais plafonnée à 3% « de la rémunération annuelle servant de référence à la rente versée.¹⁸⁷⁸ »

Remarquons que ces mesures visent spécifiquement les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. La rémunération des dirigeants constitue donc une thématique qui met particulièrement en lumière le clivage entre sociétés cotées et non cotées. Elle confirme ainsi le caractère opérationnel de cette dichotomie et interroge sur l'artificialité de l'unité de notre corpus législatif et réglementaire en matière de sociétés¹⁸⁷⁹.

De l'état des lieux ainsi dressé, il ressort tant la timidité que la relative inefficacité du droit positif de l'excès dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux. En premier lieu, les effets bénéfiques de la transparence apparaissent très largement surestimés, l'impact de l'exposition des rémunérations étant peu concluant, voire contre-productif¹⁸⁸⁰. En second lieu, le caractère parcellaire de l'action législative, cantonnée à certains éléments de rémunération, est frappant. Ceci est révélateur des impératifs contradictoires entre lesquels sont tiraillés les gouvernements successifs, à savoir la volonté de répondre aux attentes de l'opinion publique mais aussi à la nécessité, incontestable dans un contexte de globalisation, de « préserver l'attractivité du territoire français.¹⁸⁸¹ »

B- Les progrès du droit souple

468- À l'instar de la démarche adoptée pour le droit dur, il sera dressé un état des lieux des « dispositions » relatives à la rémunération des dirigeants en s'appuyant ici sur les dispositions contenues dans les codes AFEP-MEDEF et Middledext. Par ce biais, la démonstration sera faite,

¹⁸⁷¹ - P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 451.

¹⁸⁷² - B. DONDERO, P. LE CANNU, *Encadrement des parachutes dorés par la loi TEPA*, RTD com. 2007. 764.

¹⁸⁷³ - Leur exemption découlait expressément du dernier alinéa de l'ancienne version des articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 Code de commerce.

¹⁸⁷⁴ - Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales, *L'encadrement des retraites chapeau*, décembre 2014, p.2.

¹⁸⁷⁵ - Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août 2015, p. 13537.

¹⁸⁷⁶ - La procédure présente certaines spécificités tenant notamment à la publicité des décisions et à l'individualisation des résolutions d'approbation des conventions. V. P. KLEIN, *Quel avenir pour les retraites « chapeau » ?* JCP E, n°28, 2015, 1351.

¹⁸⁷⁷ - B. FRANÇOIS, *Vers un nouvel encadrement des retraites chapeau*, Rev. sociétés 2015. 266; P. LE CANNU, *Les retraites chapeau, bref état des questions*, Bull. Joly sociétés 2015, n°4, p.209; D. VELARDOCCIO, *Adoption de la loi Macron : Réforme du droit des sociétés*, JCP E, n°30, 2015, act. 612.

¹⁸⁷⁸ - Articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1, al. 7, 8 et dernier.

¹⁸⁷⁹ - D. OHL, *Droit des sociétés cotées*, Lexis Nexis, 3^e édition, 2008; M.-A. FRISON-ROCHE, *La distinction entre sociétés cotées et société non cotées*, Mélanges AEDBF France, Banque éditeur, 1997, p. 197.

¹⁸⁸⁰ - V. MAGNIER, Y. PACLOT, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées*, op. cit., p. 1027; A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, Mélanges P. BISSARA, ANSA, 2013, p. 143, spéc. p. 155; P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., n° 440.

¹⁸⁸¹ - Voir la consultation publique sur la rémunération des dirigeants d'entreprise, menée par le Trésor en novembre 2012.

qu'en tout point, le droit souple est plus prolixe. Loin d'être une anomalie, ce constat semble inhérent à sa fonction. Sous peine de voir son utilité réduite à néant, le droit souple paraît, par essence, condamné à devancer le droit dur¹⁸⁸². À cet égard, les rapports qu'ils entretiennent seront analysés à travers le prisme de la rémunération des dirigeants sociaux. Se livrant à un véritable pas de deux, droit souple et droit dur, tour à tour, se précèdent, se complètent ou encore s'éclipsent. Traditionnellement, le droit souple joue le rôle de complément du droit dur (1). Toutefois, les circonstances ayant mené à l'introduction du mécanisme du *say on pay* dans le code AFEP-MEDEF interrogent sur le point de savoir si le droit souple ne constitue pas, dans certaines occurrences, un « substitut¹⁸⁸³ » au droit dur (2).

1- Le droit souple, complément du droit positif¹⁸⁸⁴

469- Complément d'une disposition législative. Les normes contenues dans les codes de gouvernement d'entreprise peuvent avoir pour objet de compléter des dispositions législatives. Dénués d'autonomie, ces énoncés n'ont alors de sens qu'en complément du dispositif légal. Ainsi, l'article 21 du code AFEP-MEDEF traite, comme l'indique son intitulé, de la rémunération des administrateurs. Après avoir rappelé la compétence du conseil d'administration pour la répartition des jetons de présence, le code pose des critères visant à guider cette répartition tels que « la participation des administrateurs au conseil et dans les comités¹⁸⁸⁵ », « le niveau de responsabilités encourues par les administrateurs » ou encore « le temps qu'ils doivent consacrer à leur fonction¹⁸⁸⁶ ». À cet égard, soit le code s'adonne à une explicitation de la volonté du législateur, les rédacteurs se posant alors en interprète privilégié de ce dernier, soit il procède à l'édiction de critères autonomes, hors de toute visée téléologique.

470- Complément du corpus législatif. Plus audacieux que les instruments juridiques classiques, les codes de conduite se présentent parfois comme des compléments du *corpus* législatif existant. Il ne s'agit plus dans cette optique de compléter une disposition législative précise mais de proposer des mesures sur des terrains inexplorés par la loi. Le droit souple se pose alors en conquérant défrichant des terrains vierges de propositions normatives.

À cet égard, les codes Middledext et AFEP-MEDEF listent des principes directeurs devant guider les conseils d'administration ou de surveillance lors de la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux¹⁸⁸⁷, les deux codes édictent des directives de nature à prévenir l'attribution de rémunérations excessives (*équilibre, mesure, cohérence*) et à accentuer la transparence de la rémunération (*transparence, lisibilité, intelligibilité*). Conformément à l'esprit innervant les codes de gouvernance, la généralité des prescriptions permet souplesse et flexibilité dans leur application au cas particulier¹⁸⁸⁸. Bien que ces principes paraissent concrètement peu contraignants car trop évanescents, le droit souple va ici indéniablement plus loin que les instruments juridiques classiques.

Au-delà, le code AFEP-MEDEF évoque méticuleusement chaque source de rémunération. Concernant la rémunération fixe, il pose un cadre temporel et des critères matériels encadrant sa progression¹⁸⁸⁹. Concernant la rémunération variable et « l'attribution d'options d'actions et d'actions

¹⁸⁸²- A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en trois mots et en anglais*, op. cit. p. 146

¹⁸⁸³- B. DONDERO, *Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ*, op. cit., n° 11.

¹⁸⁸⁴- Y. PACLOT, *La juridicité du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, op. cit., n° 21 ; Conseil d'État, *Le droit souple*, préc., p. 97.

¹⁸⁸⁵- Art. 21.1 du code AFEP-MEDEF.

¹⁸⁸⁶- Art. 21.2 du code AFEP-MEDEF.

¹⁸⁸⁷- Art. 23.1 du code AFEP-MEDEF et R2, p. 7 du code Middledext.

¹⁸⁸⁸- V. MAGNIER, *La gouvernance des grandes entreprises : la règle de droit étatique dépassée par la soft law ?*, op. cit., spéc. p. 183.

¹⁸⁸⁹- Art. 23.2.2 du code AFEP-MEDEF : « Elle ne doit en principe être revue qu'à échéances relativement longues, par exemple trois ans ». « Sa progression doit être liée à des événements affectant l'entreprise et tenir compte de la rémunération de la performance au travers des autres composantes de la rémunération ».

de performance¹⁸⁹⁰ », son principal apport est de corrélérer l'attribution de ces rémunérations à la performance du dirigeant¹⁸⁹¹. Sur la thématique des indemnités de départ, les codes de bonne gouvernance ont à nouveau pris les devants puisqu'ils érigent un plafond alors qu'il n'en est aucunement question dans la loi. Les indemnités ne doivent pas excéder un montant équivalent à deux ans de rémunération fixe ou variable¹⁸⁹². De plus, ils prohibent le versement de ces indemnités en cas de départ volontaire du dirigeant. L'on notera que la recommandation émise postérieurement par la Commission européenne sur la rémunération des dirigeants sociaux confirme les directions adoptées¹⁸⁹³. Enfin, la révision du code AFEP-MEDEF en juin 2013 a été l'occasion d'introduire des dispositions relatives aux *golden hellos* définis comme des « avantages versés à un mandataire social [...] par une société en contrepartie de sa prise de fonction¹⁸⁹⁴. » Alors que nul instrument juridique traditionnel n'encadre cette pratique, le code AFEP-MEDEF a été complété d'un article 23.2.5 énonçant que ce type d'indemnités ne peut être accordé « qu'à un nouveau dirigeant mandataire social venant d'une société extérieure au groupe¹⁸⁹⁵. » L'apport est certes modeste mais il a le mérite d'exister.

471- Devenir du droit souple. La question du devenir de ces normes se pose avec acuité. Ont-elles nécessairement vocation à « se durcir », à intégrer le droit positif¹⁸⁹⁶? L'on se doit de constater que dans la très grande majorité des cas, la nature souple de ces propositions persiste. En effet, si leur contenu constitue assurément une source d'inspiration pour les autorités publiques, leur changement de nature engendrerait une perte des précieux atouts que recèlent ces instruments normatifs, leur flexibilité et leur souplesse¹⁸⁹⁷. L'attrait de ces normes réside ainsi tout autant dans leur texture que dans leur contenu intrinsèque.

2- Le droit souple « substitut » au droit positif ?

472- Courant 2012, le gouvernement fit part de sa volonté de déposer un projet de loi traitant de la rémunération des dirigeants sociaux¹⁸⁹⁸. S'en suivit une consultation publique¹⁸⁹⁹. En son sein, un point significatif des hésitations gouvernementales était soumis aux consultés. Était formulée l'interrogation suivante : « Les mesures présentées dans le présent document doivent-elles être intégrées dans le projet de loi à venir ou serait-il préférable de compléter les codes de gouvernement d'entreprise avec les dispositions proposées qui n'y figurent pas ? ». Cela ne manque pas de susciter un certain étonnement surtout si on se replace dans la tradition, certes déjà chancelante, de légicentrisme inhérente au droit français¹⁹⁰⁰. Face à une problématique aussi épineuse que celle de la rémunération des dirigeants sociaux, le gouvernement paraît considérer le droit souple comme une alternative viable et équivalente au droit positif de l'excès¹⁹⁰¹. L'on peut ainsi mesurer le chemin parcouru et la révolution copernicienne opérée quant à la conception de la loi au sein de notre système juridique. Le projet de loi fut finalement avorté et l'introduction du *say on pay* eut lieu, non pas dans le code de commerce, mais dans le code AFEP-MEDEF, consacrant la nature

¹⁸⁹⁰ - Art. 23.2.3 et 23.2.4 du code AFEP-MEDEF.

¹⁸⁹¹ - Art. 23.2.4 du code AFEP-MEDEF.

¹⁸⁹² - Art. 23.2.5 du code AFEP-MEDEF et R3 du code Middlednext

¹⁸⁹³ - Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 (2009/385/CE), articles 3.2 et 3.5. V. B. LECOURT, *Rémunération des dirigeants sociaux : la Commission européenne publie deux recommandations*, Rev. sociétés 2009. 433.

¹⁸⁹⁴ - B. DONDERO, *Les golden hellos : le salut impossible ?* Bull. Joly 2008. 514.

¹⁸⁹⁵ - B. DONDERO, *Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ*, op. cit., n° 33 ; Y. PACLOT, *Gouvernance d'entreprise : la révision du code AFEP-MEDEF préférée à la loi*, Bull. Joly, septembre 2013, p. 556, spéc. p. 557.

¹⁸⁹⁶ - Conseil d'État, *Le droit souple*, préc., p. 91 ; J.-M. JACQUET, *L'émergence du droit souple*, op. cit., n° 54.

¹⁸⁹⁷ - IGF, IGAS, *L'encadrement des retraites chapeau*, préc., art. 2.2, p. 21.

¹⁸⁹⁸ - B. DONDERO, *Rémunération des dirigeants : annoncer, consulter ... légiférer ?* op. cit. p. 3.

¹⁸⁹⁹ - Y. PACLOT, *Vers l'encadrement des rémunérations dans le secteur privé !* op. cit. p. 690.

¹⁹⁰⁰ - P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 209 s.

¹⁹⁰¹ - A. VIANDIER, *L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux*, op. cit. n° 4, qui constate « une étrange absence de déférence pour le rôle de la loi comme facteur de progrès ».

souple du dispositif¹⁹⁰². Cette reculade des pouvoirs publics suscita son lot de réactions, approbatrices¹⁹⁰³ ou indignées¹⁹⁰⁴.

Là encore, il faut saisir dans ce feuilleton l'influence de l'idéologie du gouvernement d'entreprise et prendre conscience des mutations profondes qu'elle génère sur le schéma traditionnel des sources du droit¹⁹⁰⁵. Ce courant implique une « nécessité de ne pas intervenir uniquement ou principalement à coup de législation ». À l'inverse, il s'agit de « laisser la place à la pratique », de « consacrer l'autorégulation » et d'« instaurer des codes de conduite¹⁹⁰⁶. » La non-intervention du législateur se justifie par la préservation « de la capacité d'adaptation des entreprises à l'évolution de leur environnement¹⁹⁰⁷ », la flexibilité apparaissant comme un facteur de compétitivité de la règle de droit¹⁹⁰⁸.

473- Le mécanisme du *say on pay*. Issu de pratiques expérimentées outre-manche¹⁹⁰⁹, ce procédé, dont l'introduction était fortement souhaitée¹⁹¹⁰, vise à soumettre à l'avis de l'assemblée générale les rémunérations octroyées aux dirigeants sociaux. Dans l'hypothèse où un avis négatif serait émis, un communiqué du conseil doit être publié sur le site internet de la société mentionnant « les suites qu'il entend donner aux attentes exprimées par les actionnaires lors de l'assemblée générale.¹⁹¹¹ » Ce mécanisme, recommandé par la Commission européenne dès 2004¹⁹¹², réaffirme la subordination des dirigeants sociaux aux actionnaires, conformément à l'idéologie de la *corporate governance*. La réponse obligatoire à fournir en cas de désapprobation pourrait être à la source d'une remise en cause des rémunérations attribuées aux dirigeants. Mais encore faut-il qu'il y ait des désapprobations et que les conseils, tout comme l'intéressé, en tiennent compte alors même que rien ne les y oblige juridiquement¹⁹¹³.

Le résultat de la comparaison menée est éloquent. Substantiellement, le droit souple est bien plus ambitieux que le droit positif. Néanmoins, sa nature même induit une interrogation sur son efficacité. Certes, il est source de contraintes supplémentaires mais l'on peut s'interroger sur l'effectivité de ces dernières.

II- LA SANCTION DES DISPOSITIFS ENCADRANT LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS

474- La sanction du droit souple revêt une originalité indéniable car elle ne s'inscrit pas dans une perspective juridique (A). À l'inverse, les sanctions attachées au droit positif renvoient à tous les dispositifs permettant de l'imprimer sur la réalité des faits, avec le soutien de l'appareil étatique¹⁹¹⁴.

¹⁹⁰²- Le droit européen des sociétés pourrait bien bouleverser la nature de ce dispositif. Dès son plan d'action relatif au droit européen des sociétés de 2012, (Com (2012) 740), la Commission recommandait l'introduction, par le biais d'une directive, d'un vote des actionnaires sur la rémunération des dirigeants (art. 3.1). V. P.-H. CONAC, *Le contrôle de la rémunération (Say on Pay)*, Rev. sociétés 2013. 400. Un projet législatif en ce sens a été adopté par le Parlement européen le 7 mai dernier. L'adoption d'une telle directive induirait l'introduction du *say on pay* dans le corpus législatif et modifierait sa nature. Voir A. Lecourt, *Directive sur les droits des actionnaires, vers plus de transparence*, DALLOZ actu. 22 mai 2015 ; C. DONZEL-TABOUCOU, *Le principe « appliquer ou expliquer » en France Ou le droit à l'auto-édiction normative*, Rev. sociétés 2015. 347, n°39.

¹⁹⁰³- Y. PACLOT, *Gouvernance d'entreprise : la révision du code AFEP-MEDEF préférée à la loi*, op. cit., p. 556

¹⁹⁰⁴- E. DUBOIS et J. CHACORNAC, *Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés*, Bull. Joly, novembre 2013, p. 758.

¹⁹⁰⁵- A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, op. cit., n° 7.

¹⁹⁰⁶- D. COHEN, *Le gouvernement d'entreprise : une nécessité en droit français ?*, Mélanges P. BISSARA, ANSA, 2013, p. 161, n° 32.

¹⁹⁰⁷- J.-B. POULLE, *Les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne*, RTDF 2001, n° 1/2, p. 73, n° 3.

¹⁹⁰⁸- V. MAGNIER, *La gouvernance des grandes entreprises : la règle de droit étatique dépassée par la soft law ?*, Rev. Droit & Affaires, vol. 11, Université Panthéon-Assas, avril 2014, p. 180, spéc. p. 183.

¹⁹⁰⁹- A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, op. cit., p. 152.

¹⁹¹⁰- Y. PACLOT, *Gouvernance d'entreprise : la révision du code AFEP-MEDEF préférée à la loi*, op. cit., p. 556.

¹⁹¹¹- Art. 24.3 du code AFEP-MEDEF.

¹⁹¹²- Recommandation du 14 décembre 2004 (2004/913/CE), art. 4.2.

¹⁹¹³- B. DONDERO, *Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ*, préc., n° 24

¹⁹¹⁴- P. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986. 197.

À ce titre, le droit positif bénéficie d'une présomption d'efficacité qu'il faut néanmoins interroger à propos de la rémunération des dirigeants (B).

A- L'originalité de la sanction du droit souple

475- Il a déjà été souligné que la différence fondamentale entre le droit souple et le droit dur ne se situe pas dans leur caractère prescriptif ou dans leur prétention normative mais bien dans l'absence de caractère contraignant du droit souple, ce dernier se présentant, « *ab initio*, comme dépourvu de la force qui caractérise habituellement la règle de droit¹⁹¹⁵ [...] » Néanmoins, une absence de sanction juridique ne signifie pas une absence de toute sanction. Les ressorts du droit souple sont en effet distincts de ceux du droit dur car il s'inscrit dans un processus d'autorégulation et se fonde sur une sanction par le marché (1). Le principe *comply or explain*, parce qu'il induit une reconnaissance par le droit de cette sanction spécifique, s'insère dans cette logique (2).

1- Une sanction par le marché

476- En marge de l'ordre juridique, il existe un ordre normatif distinct, doté de rouages et d'un fonctionnement propres, prenant sa source dans le marché¹⁹¹⁶. La prétention de ce dernier « à se substituer aux systèmes traditionnels de régulation », depuis longtemps constatée¹⁹¹⁷, ne cesse de se vérifier. Les principes de bonne gouvernance contenus dans les différents codes sont tout entiers tournés vers le fonctionnement optimal du marché¹⁹¹⁸. La recherche « d'une primauté » de l'intérêt de l'actionnaire¹⁹¹⁹, fer de lance de la *corporate governance*, « optimise le fonctionnement » des sociétés et « protège les investisseurs¹⁹²⁰ » afin qu'ils retirent le meilleur profit de leur investissement. Le cercle vertueux est ainsi enclenché. L'efficacité de son fonctionnement alimente la confiance dans le marché, attire de nouveaux investisseurs, assure son maintien et garantit son expansion. Aussi, se soumettre volontairement aux principes de bonne gouvernance équivaut à un signal positif envoyé au marché. Leur respect « institue une espèce de label¹⁹²¹ » émanant des émetteurs de valeurs mobilières à destination des investisseurs. À l'inverse, ne pas y adhérer revient indirectement à entraver le bon fonctionnement du marché.

Cette violation sera susceptible de sanction. Le particularisme ici est qu'elle n'émanera pas de l'ordre étatique mais bien du marché, revêtant alors une nature économique¹⁹²². Concrètement, cela peut notamment se matérialiser dans une cession massive des titres de la société entraînant une chute corrélative du cours de bourse¹⁹²³. Pour certains, la légitimité d'une telle sanction est incontestable puisque, « lorsque l'on se trouve en présence d'un objectif de marché et de stimulation des bonnes pratiques [...], il n'est pas anormal au contraire que la sanction soit aussi celle du marché, principalement sinon exclusivement.¹⁹²⁴ »

L'efficacité de cette menace de sanction non juridique semble avérée¹⁹²⁵. La pratique atteste de la

¹⁹¹⁵ - J.-M. JACQUET, *L'émergence du droit souple*, op. cit., n° 20.

¹⁹¹⁶ - M.-A. FRISON-ROCHE, M. GERMAIN, *Droit, finance, Autorité. Les modes de régulation juridique propres aux autorités des marchés financiers*, Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris II, 1999.

¹⁹¹⁷ - P. BISSARA, *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise »*, op. cit. spéc. p. 20.

¹⁹¹⁸ - A. PIETRANCOSTA, *Enforcement of corporate governance codes : a legal perspective*, op. cit., p. 27.

¹⁹¹⁹ - P. BISSARA, op. cit., p. 13.

¹⁹²⁰ - M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et P. STROOBANT, *Les règles de bonne gouvernance dans le droit des sociétés et le droit économique*, in *Les sources du droit revisitées*, Volume 3, Université Saint Louis Bruxelles, 2012, p. 211, n° 8.

¹⁹²¹ - X. DIEUX, *De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens*, op. cit., p. 83.

¹⁹²² - Rapport d'activité du Haut comité du gouvernement d'entreprise, octobre 2014, p. 8.

¹⁹²³ - A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, op. cit., p. 147.

¹⁹²⁴ - X. DIEUX, *De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens*, op. cit., p. 99.

¹⁹²⁵ - Contra B. LECOURT, *Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne*, Rev. sociétés 2010. 127, spéc. p. 132.

force normative de ces instruments de droit souple¹⁹²⁶. Il est ainsi constaté que « les principes édictés par les codes de gouvernance en la matière [...] sont désormais rentrés dans les mœurs du fait de leur application large et spontanée.¹⁹²⁷ »

477- Autorégulation. Ces codes de gouvernance s'inscrivent dans un mouvement d'autorégulation qui prend le contre-pied de la logique traditionnelle de réglementation caractérisée par son extériorité à ses destinataires¹⁹²⁸. Concrètement, il s'agit « plutôt que d'imposer des règles de comportement par la voie législative ou réglementaire¹⁹²⁹ », « de confier la production des normes à ceux-là même qui en sont les destinataires. » L'autorégulation postule nécessairement le caractère souple des règles émises¹⁹³⁰ puisque les rédacteurs de ces règles n'ont pas le statut de source formelle du droit¹⁹³¹ et ne détiennent pas la capacité directe de produire des règles qui seront sanctionnées par l'appareil étatique.

Les principes de bonne gouvernance bénéficient du soutien actif de certains acteurs de marché. Cela ne surprend guère dès lors qu'ils œuvrent à un fonctionnement optimal de ce dernier. Ainsi, les puissants investisseurs institutionnels, notamment américains, véritable manne de financement, se sont fait les chantres de l'idéologie de la *corporate governance*. La volonté de les séduire conduit à un respect scrupuleux de ces principes.

Au-delà, les agences de conseil en vote¹⁹³², auprès desquelles certains actionnaires externalisent l'exercice de leur droit de vote, prônent un impact toujours plus fort des exigences de bonne gouvernance¹⁹³³. Ces agences, dont l'influence va croissante¹⁹³⁴, incitent leurs clients, par le biais de recommandations, rapports¹⁹³⁵ et conseils à voter en ce sens, notamment en matière de rémunération des dirigeants¹⁹³⁶.

Les associations professionnelles, l'AFEP et le MEDEF en tête, jouent également un rôle clé dans la promotion de leurs codes. C'est principalement par le biais de rapports, relatifs à leur mise en œuvre, que les associations encouragent traditionnellement à leur application. Franchissant un pas supplémentaire, il a été institué lors de la dernière révision du code AFEP-MEDEF un haut comité de suivi de son application¹⁹³⁷. L'avènement d'un organe doté d'une mission interprétative¹⁹³⁸, chargé du suivi de l'application du code¹⁹³⁹ et pouvant dénoncer sa violation¹⁹⁴⁰ ne peut qu'œuvrer à

¹⁹²⁶ - Y. PACLOT, *Vers l'encadrement des rémunérations dans le secteur privé*, Bull. Joly, octobre 2012, n° 422, p. 690.

¹⁹²⁷ - A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, op. cit., n° 32.

¹⁹²⁸ - E. BOURETZ, *Les défaillances de l'autorégulation*, RDBF, n° 5, septembre 2009, dossier 26, n° 11.

¹⁹²⁹ - M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et P. STROOBANT, *Les règles de bonne gouvernance dans le droit des sociétés et le droit économique*, in *Les sources du droit revisitées*, Volume 3, Université Saint Louis Bruxelles, 2012, p. 211, n° 8.

¹⁹³⁰ - X. DIEUX, *Réflexion sur l'autorégulation en droit des sociétés et en droit financier*, op. cit., p. 31.

¹⁹³¹ - Selon la catégorie identifiée par F. GENY, *Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif*, 2^e édition, 1932, Tome 2, n° 237.

¹⁹³² - Communiqué de presse de l'AMF du 18 mars 2011 faisant suite à la publication de la recommandation DOC-2011-06 relative aux agences de conseil en vote du 18 mars 2011 ; P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1295-1.

¹⁹³³ - P.-H. CONAC, I. URBAIN-PARLEANI, *L'encadrement de l'activité des agences de conseil en vote (proxy advisors)*, *Mélanges P. BISSARA*, ANSA, 2013, p. 127, n° 1 et 23.

¹⁹³⁴ - L'encadrement de l'activité de ces entités est un des points abordés par le plan d'action pour le droit européen des sociétés de la Commission en 2012 (art. 3.3). Voir P.-H. CONAC, *L'amélioration des règles applicables aux conseillers en vote (proxy advisors)*, *Rev. sociétés* 2013. 404.

¹⁹³⁵ - Voir le 18^e rapport de la société Proxinvest *Les Assemblées Générales 2014 des Sociétés Cotées françaises & Politique de vote*, www.proxinvest.fr ; B. FRANÇOIS, *Rapport Proxinvest sur les assemblées générales 2014*, *Rev. sociétés* 2015. 67.

¹⁹³⁶ - Voir par exemple le 17^e rapport de la société Proxinvest, daté de 2015 et dédié à « La Rémunération des dirigeants des sociétés du SBF 20 ».

¹⁹³⁷ - Art. 25.2 du code AFEP-MEDEF. V. L. JOBERT, *Mise en oeuvre des recommandations du Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP - MEDEF*, RDBF n° 6, novembre 2013, comm. 213.

¹⁹³⁸ - Voir le point 25.2 du code ainsi que son guide d'application élaboré par ce comité. B. François, *Guide d'application du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise*, *Rev. sociétés* 2014. 270; L. JOBERT, *Modalités d'application de la règle « say on pay »*, RDBF, n° 2, mars 2014, comm. 73.

¹⁹³⁹ - Son premier rapport d'activité date d'octobre 2014. Voir B. FRANÇOIS, *Rapport 2014 du Haut comité de*

la promotion des principes qu'il contient.

Enfin, le régulateur participe également de cette logique de sanction par le marché. L'Autorité des marchés financiers encourage au respect des principes de bonne gouvernance. Son action ne s'appuie pas, là encore, sur des ressorts juridiques puisque cette autorité ne sanctionne pas directement les contrevenants à ces principes¹⁹⁴¹. À l'inverse, le régulateur emprunte les voies du marché et use du levier de la transparence. Chaque année, il publie un rapport sur le gouvernement d'entreprise et les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées¹⁹⁴² dans lequel il n'hésite plus à nommer les acteurs ne fournissant pas d'explications suffisantes conformément à la pratique du *name and shame*¹⁹⁴³. En cela, il les expose et les livre à la sanction du marché.

L'exposé précédent fournit une explication fondamentale au fait que les codes de bonne gouvernance sont conçus dans la perspective des sociétés cotées. Pour que les normes énoncées s'imposent sous la menace d'une sanction du marché, encore faut-il y être soumis. Or, ce n'est pas directement le cas des sociétés dont les titres ne s'échangent pas sur des marchés financiers. Comme l'énonce le professeur COURET « la *corporate governance* est fondamentalement l'expression du poids des marchés sur le fonctionnement des sociétés. Dès l'instant où les sociétés ne sont pas soumises à la contrainte du marché, il est évident que les préoccupations découlant des pressions exercées sur ces marchés ne les concernent pas ou très peu.¹⁹⁴⁴ »

2- Le principe du « *comply or explain* », relais entre le marché et l'ordre juridique

478- La directive n° 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, transposée en droit français par la loi du 3 juillet 2008¹⁹⁴⁵, a signé l'avènement du désormais célèbre principe *comply or explain*¹⁹⁴⁶. La promotion de ce mécanisme d'origine anglaise, devenu le pivot autour duquel s'articule la mise en œuvre des principes du gouvernement d'entreprise, avait notamment été réalisée par le biais du rapport Winter commandé par les instances communautaires en 2002¹⁹⁴⁷ et relayée l'année suivante par la Commission dans une recommandation¹⁹⁴⁸.

L'exemple est topique du vecteur d'introduction que peut constituer l'Union européenne de procédés normatifs étrangers à notre tradition juridique¹⁹⁴⁹. Selon ce principe, les sociétés cotées doivent se référer et se conformer à un code de gouvernement d'entreprise. À défaut, elles devront édicter des exigences complémentaires à celles retenues par la loi tout en expliquant leur refus de se soumettre à un tel instrument¹⁹⁵⁰. Dans le cas d'une adhésion à un code de gouvernement d'entreprise, la prise de distance avec une ou plusieurs des dispositions du code devra être justifiée dans le rapport annuel

gouvernement d'entreprise, Rev. sociétés 2015. 65.

¹⁹⁴⁰ - Voir le point 25.2 et la possibilité de s'autosaisir en cas de non-respect par une société de l'obligation de fournir une explication suffisante.

¹⁹⁴¹ - A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, op. cit., p. 143.

¹⁹⁴² - B. FRANÇOIS, *Recommandation n° 2012-14 - Rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, Rev. sociétés 2013. 66; B. FRANÇOIS, *Rapport annuel de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants*, Rev. sociétés 2015. 68.

¹⁹⁴³ - A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, op. cit., p. 143.

¹⁹⁴⁴ - A. COURET, *La structure juridique des entreprises (corporate governance)*, op. cit., n° 94.

¹⁹⁴⁵ - Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, codifiée notamment aux art. L. 225-37 et L. 225-68 Code commerce. Voir C. CHAMPAUD, *Code de gouvernement d'entreprise. Adaptation du droit des sociétés à la directive 2006/46/CE. Obligation de se soumettre à un « code de gouvernement d'entreprise »*, RTD com. 2008. 563.

¹⁹⁴⁶ - J.-B. POULLE, *L'apparition du principe « se conformer ou s'expliquer » en droit français*, RTDF, n° 1, 2008, p. 41.

¹⁹⁴⁷ - Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, *Un cadre réglementaire moderne pour le droit des sociétés européen*, sous la dir. de J. WINTER, 4 novembre 2002, spéc. Recommandation III.1, p. 85-87 ; J.-B. POULLE, *L'apparition du principe « se conformer ou s'expliquer » en droit français*, op. cit. p. 42.

¹⁹⁴⁸ - Recommandation du 21 mai 2003, (Com 2003/284), v. p. 15 à 20.

¹⁹⁴⁹ - P. DEUMIER, *Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ?*, RTD civ. 2013. 79.

¹⁹⁵⁰ - Articles. L. 225-37, al. 7, et L. 225-68, al. 8 Code de commerce; C. DONZEL-TABAUCOU, *Le principe « appliquer ou expliquer » en France ou le droit à l'auto-édiction normative*, Rev. sociétés 2015. 347.

de la société. Le mécanisme que promeut ce principe est spécifique puisqu'il permet de ne pas appliquer une norme, certes de droit souple, sous réserve de s'en expliquer. Ce choix est une source évidente de flexibilité pour les entreprises, toujours dans une optique de compétitivité accrue dans un contexte mondialisé¹⁹⁵¹.

Ce mécanisme s'insère dans l'esprit du gouvernement d'entreprise et use de la logique de marché. Il ne sera en effet nullement question de sanctions juridiques en cas de non-respect de l'obligation d'adhérer à un code ou de s'expliquer. Bien au contraire, la transparence générée par ce dispositif a pour finalité d'exposer les contrevenants ou les récalcitrants au marché¹⁹⁵² afin que celui-ci fasse son œuvre et, le cas échéant, sanctionne. Dans le cas où la non-conformité aux principes se justifie par les particularités de la société, le contrevenant bénéficiera de l'indulgence et de la compréhension du marché. Mais dans l'hypothèse inverse, il s'expose à en subir les foudres¹⁹⁵³.

479- Dualité des normativités juridique et financière. Le caractère composite de ce dispositif, à « mi-chemin entre la liberté et la contrainte¹⁹⁵⁴ » lui confère une morphologie originale. Trouvant son assise dans la loi, instrument juridique emblématique, le manquement visé ne sera pas juridiquement sanctionné. Or une contrainte de cette nature constitue traditionnellement le critère du droit¹⁹⁵⁵.

Au-delà, consacrer ce principe revient implicitement à admettre la normativité du marché, c'est-à-dire sa capacité à modeler les comportements. Cela est également significatif d'une volonté des pouvoirs publics de se reposer sur ses rouages aux fins de régulation des comportements, évitant ainsi le recours aux traditionnels instruments de réglementation. Cela contribue indéniablement à atténuer la césure, jugée artificielle par certains¹⁹⁵⁶, entre droit dur et droit souple et plaide pour une complémentarité possible des deux logiques les habitant, l'une venant au soutien de l'autre.

Le bon fonctionnement du mécanisme est néanmoins subordonné à la fourniture effective d'explications par les acteurs de marché. À cet égard, les protagonistes du gouvernement d'entreprise ont saisi que cela pouvait constituer son talon d'Achille. Aussi, le renforcement des exigences en matière d'informations fournies est au cœur de leurs préoccupations. La modification opérée en 2013 du code AFEP-MEDEF¹⁹⁵⁷ et les divers rapports et recommandations de l'AMF en attestent au niveau national¹⁹⁵⁸. À l'échelon de l'Union européenne, le dernier plan d'action pour le droit européen des sociétés, émanant de la Commission¹⁹⁵⁹, ainsi que la recommandation datée du 9 avril 2014 relative à « la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise¹⁹⁶⁰ » confirment cette tendance.

480- Bilan. La sanction par le marché paraît ainsi revêtir de sérieux atouts. Elle peut tout d'abord apparaître comme plus efficace que la sanction juridique qui est intrinsèquement d'origine étatique. En effet, la mondialisation disqualifie les instruments normatifs rattachés à un cadre national. La sanction émanant du marché, dénuée de toute appartenance étatique, apparaît particulièrement

¹⁹⁵¹ - V. MAGNIER, *La gouvernance des grandes entreprises : la règle de droit étatique dépassée par la soft law ?*, op. cit., p. 183 ; J.-B. POULLE, *Réflexion sur le droit souple et sur le gouvernement d'entreprise. Sur le principe se conformer ou s'expliquer*, op. cit., p. 42.

¹⁹⁵² - P. DEUMIER, *Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ?*, op. cit. p. 81.

¹⁹⁵³ - A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, op. cit., p. 147.

¹⁹⁵⁴ - V. MAGNIER, *La gouvernance des grandes entreprises : la règle de droit étatique dépassée par la soft law ?*, op. cit., p. 184.

¹⁹⁵⁵ - P. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986. 19.

¹⁹⁵⁶ - X. DIEUX, *De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens*, op. cit., n° 2.

¹⁹⁵⁷ - Art. 25.1 du code AFEP-MEDEF.

¹⁹⁵⁸ - B. FRANÇOIS, *Recommandation AMF n° 2013-15 - Rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants*, Rev. sociétés 2014. 65 ; B. FRANÇOIS, *Recommandation 2012-14 - Rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants de sociétés cotées*, Rev. sociétés 2013. 66.

¹⁹⁵⁹ - Voir le dossier *Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés*, Rev. sociétés 2013. 391 ; B. LECOURT, *Un nouveau plan d'action en droit européen des sociétés*, Rev. sociétés 2013. 121.

¹⁹⁶⁰ - B. LECOURT, *Codes de gouvernement d'entreprise : recommandation de la Commission européenne sur le principe « appliquer ou expliquer »*, Rev. sociétés 2014. 683.

adaptée à ce contexte. En second lieu, le caractère dissuasif d'une telle sanction est réel, « la sanction du marché est en définitive la seule qui compte en matière économique et [...] la pire de toute.¹⁹⁶¹ » C'est parce qu'elle épouse les préoccupations des acteurs que cette sanction paraît efficiente en la matière. Néanmoins, deux observations sont de nature à minorer, dans une certaine mesure, ce constat. La première est que la structure de l'actionnariat peut avoir une influence déterminante quant à l'emprise de la sanction. Plus il est « dispersé » plus les dirigeants seront enclins à suivre les règles du marché car ils seront plus exposés à sa sanction¹⁹⁶². À l'inverse, lorsqu'il existe un actionnariat de référence important, ce qui est traditionnellement le cas en Europe¹⁹⁶³, les dirigeants, qui sont habituellement l'émanation de ce groupe d'actionnaires, se trouvent moins exposés et les principes de bonne gouvernance ont moins d'emprise sur eux. En second lieu, la sanction du marché reste une sanction totalement non juridique et ne peut donc déboucher sur l'annulation d'un contrat ou d'une résolution d'assemblée générale qui serait le support d'une rémunération excessive¹⁹⁶⁴.

B- L'insuffisance des sanctions du droit positif

481- Les sanctions attachées à la violation de dispositifs spécifiques visant à limiter les rémunérations excessives seront examinées (1). Au-delà, il existe des mécanismes juridiques non spécifiquement conçus à cette fin, mais pouvant être sollicités (2).

1- Le recours aux sanctions spécifiques

482- Sanction en cas de non-approbation de la convention. La finalité de l'application de la procédure des conventions réglementées aux engagements d'octroi d'indemnités de départ réside dans la soumission dudit accord à l'autorisation préalable du conseil d'administration et *in fine* à son approbation par l'assemblée générale¹⁹⁶⁵. De prime abord, ce dispositif apparaît bénéfique dans une optique de limitation de la rémunération car il confirme un équilibre des pouvoirs entre les organes dirigeants et l'assemblée générale dans le processus menant à sa détermination. Si la convention est susceptible d'être annulée dès lors qu'elle n'a pas été préalablement autorisée par le conseil d'administration et qu'elle a entraîné des conséquences préjudiciables pour la société, il n'en va pas de même en cas de non-approbation par l'assemblée générale¹⁹⁶⁶. Malgré le désaveu des actionnaires, elle ne peut être remise en cause. La Cour de cassation a affirmé cela de façon nette dans une hypothèse où le demandeur arguait que la convention non approuvée lui était inopposable. Elle a fermement rappelé que « *le seul défaut d'approbation par l'assemblée générale d'une convention souscrite entre la société et un de ses mandataires sociaux n'est pas, en soi, de nature à la priver d'effet.*¹⁹⁶⁷ »

La désapprobation des indemnités octroyées n'est pas un cas d'école même si elle reste rare en pratique¹⁹⁶⁸. Néanmoins, l'incapacité du vote des actionnaires à remettre en cause la rémunération nuit à l'effectivité de cette procédure.

¹⁹⁶¹- X. DIEUX, *De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens*, op. cit., n° 2.

¹⁹⁶²- A. COURET, *Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots*, op. cit., p. 147.

¹⁹⁶³- V. MAGNIER, *La gouvernance des grandes entreprises : la règle de droit étatique dépassée par la soft law ?*, op. cit., p. 185.

¹⁹⁶⁴- Y. PACLOT, *La juridicité du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, op. cit., n° 33.

¹⁹⁶⁵- A. VIANDIER, *La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées*, op. cit. n° 4.

¹⁹⁶⁶- Article L. 225-41 Code commerce.

¹⁹⁶⁷- Soc., 8 juillet 2009, n° 08-41.589, Rev. sociétés 2009. 823, note D. PORACCHIA; RTD com. 2009. 762, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

¹⁹⁶⁸- A. VIANDIER, *L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux*, op. cit. 32.

Le seul levier d'action des actionnaires réside par conséquent dans la mise à la charge du bénéficiaire de la rémunération des conséquences préjudiciables consécutives à la convention. La désapprobation semble alors bien peu dissuasive. À cet égard, la succession quasi immédiate de la loi TEPA n'est pas anodine, certains parlementaires reconnaissant peu après son entrée en vigueur la faiblesse et la timidité du mécanisme¹⁹⁶⁹.

483- Non-respect des conditions de performance. La loi TEPA a subordonné l'octroi d'« éléments de rémunération, indemnités et avantages » à des conditions de performance. L'article prévoit lui-même la sanction de sa violation. Ainsi, « Tout versement effectué en méconnaissance des dispositions du présent alinéa est nul de plein droit.¹⁹⁷⁰ » Le versement effectué sans que n'aient été constatées les conditions de performance auxquelles il était subordonné sera susceptible d'être remis en cause par la société qui pourra requérir la restitution des sommes du fait du caractère rétroactif de la nullité. À l'inverse, l'article ne précise pas le sort des indemnités versées sans qu'aucune condition de performance n'ait été préalablement fixée. Sur le fondement de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce, cette nullité devrait pouvoir être obtenue¹⁹⁷¹. Toutefois, l'adoption de conditions de performance peu exigeantes ou formelles ou encore un contrôle artificiel de leur réalisation pourrait éluder la mise en œuvre de ces sanctions et serait susceptible de réduire à néant l'efficacité de ce dispositif.

2- Le recours aux sanctions non spécifiques

484- Le relatif silence du droit des sociétés quant à la rémunération des dirigeants sociaux accouche d'une difficulté à fonder sur l'un de ses textes une sanction efficace. Toutefois, l'activation de mécanismes non spécifiquement conçus dans cette perspective reste possible. À ce titre, il existerait « de nombreux moyens juridiques de limiter la rémunération des dirigeants.¹⁹⁷² »

L'examen de la jurisprudence révèle que, dans la plupart des cas, le juge fonde sa décision sur des dispositions légales dont l'objet ne réside pas dans la condamnation de l'excès, mais que les sanctions prononcées se trouvent cependant justifiées par les conséquences de cet excès.

Le droit des sociétés en offre une première palette. La technique de l'abus de majorité¹⁹⁷³ pourra, en théorie, être sollicitée. Une délibération du conseil d'administration ou une résolution d'assemblée générale consacrant une rémunération excessive, adoptée grâce à l'influence déterminante du dirigeant bénéficiaire, pourra être sanctionnée dans le cas où elle pénalise les associés minoritaires et contrarie l'intérêt social¹⁹⁷⁴. La toile de fond sera bien souvent une société en difficulté financière dont les maigres ressources iront au dirigeant peu performant au lieu d'être mises en réserve ou distribués, l'excès fondant tant la rupture d'égalité que l'atteinte à l'intérêt de la société¹⁹⁷⁵. Cependant, les arrêts appliquant cette théorie en la matière ne sont pas légion. En effet, la caractérisation des conditions de l'abus de majorité, contrariété à l'intérêt des minoritaires et de la société au premier chef, n'est pas aisée¹⁹⁷⁶. Dans le cas spécifique des indemnités de départ, le

¹⁹⁶⁹- Rapport à l'Assemblée nationale n° 62, Gilles CARREZ, 5 juillet 2007, spéc. p. 290 : « *L'encadrement des conventions relatives à la rémunération des dirigeants, mis en place par la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie* » se serait « *d'ores et déjà révélé insuffisant [...]* ».

¹⁹⁷⁰- Articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 Code de commerce.

¹⁹⁷¹- A. COURET, B. ZABALA, A. CHARVÉRIAT, *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefebvre, 2015, n° 52730.

¹⁹⁷²- B. DONDERO, *Rémunérations des dirigeants : annoncer, consulter... légiférer ?*, op. cit., p. 3.

¹⁹⁷³- M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 604 ; A-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, Étude comparative des droits français et américains des sociétés*, DALLOZ, Thèmes et commentaire, 2009, n° 126.

¹⁹⁷⁴- Par le biais de la nullité de la délibération et/ou la mise à la charge des majoritaires de dommages et intérêts.

¹⁹⁷⁵- Voir la justification du Trib. com. Paris, 2^e ch., sect. A, 21 mai 1996, *Thouvenin c/ Caen*, Juris-Data n° 42179 ; Dr. sociétés 1996, n° 215, obs. D. VIDAL.

¹⁹⁷⁶- Voir par exemple l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 4 novembre 2014, n°13-24.889, refusant la qualification d'abus de majorité. P.-L. PERRIN, *Contrôle des rémunérations des dirigeants de SAS : les associés majoritaires reprennent la main*, Bull. Joly sociétés 2015, n°1, p.13 ; P. LE CANNU,

principe de révocabilité *ad nutum* est susceptible de fonder la nullité d'une convention qui conférerait une indemnité telle à un dirigeant qu'elle dissuaderait la société de le révoquer¹⁹⁷⁷. La contrariété à ce principe cardinal dépendra d'une mise en balance de la situation financière de la société et du montant de l'indemnité.

Au-delà, le droit civil peut venir sanctionner les rémunérations excessives. La classique responsabilité civile des dirigeants peut être mise en œuvre par des associés lésés puisque les premiers répondent des fautes de gestion qu'ils commettent. Or la perception d'une rémunération excessive peut recevoir une telle qualification¹⁹⁷⁸. Cette dernière sera à nouveau contingente aux fonctions concrètement exercées par les dirigeants et à la situation financière de la société¹⁹⁷⁹. De même, la théorie de la cause a pu être invoquée au soutien de la nullité d'une décision d'assemblée générale porteuse d'une rémunération excessive lorsque cette dernière constitue la contrepartie de fonctions non effectivement exercées¹⁹⁸⁰.

Le droit fiscal sanctionne également, avec ses propres armes, les rémunérations excessives. Sur le fondement combiné des articles 39, 1, 1°, et 111 du code général des impôts, ces rémunérations ne seront pas déduites du résultat en vue de la détermination du bénéfice net mais « réintégrées dans le bénéfice imposable¹⁹⁸¹ » tandis que le dirigeant sera lui imposé sur cette somme au régime des distributions de bénéfices.

Enfin, le recours aux qualifications pénales est également envisageable à travers les infractions d'abus de pouvoirs¹⁹⁸² ou d'abus de bien sociaux¹⁹⁸³. Cette seconde qualification dépendra là encore de la qualification *in concreto* d'un excès. Elle tiendra compte de la situation de la société puisque les rémunérations excessives seront appréciées à l'aune des ressources de la société¹⁹⁸⁴ et des fonctions effectivement exercées¹⁹⁸⁵.

485- La justification des sanctions. Cette justification semble résider dans l'influence découlant de l'excès de rémunération sur la nature juridique de celle-ci.

La jurisprudence commerciale ou pénale s'est déjà prononcée, de manière expresse ou tacite, sur cette influence lorsqu'elle a décidé qu'une rémunération peut changer de nature en devenant manifestement excessive.

C'est ainsi que la Cour de cassation a validé la décision des juges du fond qui avaient annulé la délibération du conseil d'administration d'une société anonyme, aux motifs que le calcul de la rémunération s'était basé sur le chiffre d'affaires et que, par le fait même, le montant de cette rémunération augmentait alors que les dividendes baissaient. Selon la Cour, ce mode de fixation de la rémunération n'étant pas « normal », celle-ci aurait dû être soumise à la procédure d'autorisation et de contrôle des conventions réglementées¹⁹⁸⁶. Alors que le conseil d'administration a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération de son président, et que cette détermination

Rémunération du président et conventions réglementées, RTD com. 2015. 117.

¹⁹⁷⁷ - Cass. com. 4 juin 1996, Bull. Joly 1996. 930, obs. COURET; Com. 26 mai 2004, n° 01-03.569, Bull. Joly 2004. 1407, obs. B. SAINTOURENS.

¹⁹⁷⁸ - A. COURET, B. ZABALA, A. CHARVÉRIAT, *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefebvre, 2015, n° 13958. Voir par exemple, Paris, 17 novembre 1981, *S^{té} des établissements Marlaud c/ Peyrot*; Bordeaux, 23 avril 2007, n° 05-432, RJDA 3/08 n° 288.

¹⁹⁷⁹ - P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 328.

¹⁹⁸⁰ - Cass. com. 9 novembre 1966, RTD com. 1967. 524, obs. R. HOUIN.

¹⁹⁸¹ - M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 604.

¹⁹⁸² - Article L. 242-6-4, 4° Code de commerce. En ce sens B. DONDERO, *La rémunération des dirigeants sociaux*, op. cit. n° 16.

¹⁹⁸³ - Article L. 242-6-4, 3° Code de commerce. Voir P. LE CANNU, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés*, op. cit., p. 251; Cass. com. 9 mai 1973, RTD com. 1973. 574, obs. R. HOUIN; Cass. crim. 12 décembre 1994, Bull. Joly 1995. 427, n° 150.

¹⁹⁸⁴ - Cass. com. 9 mai 1973, RTD com. 1973. 574, obs. R. HOUIN.

¹⁹⁸⁵ - Cass. crim. 6 octobre 1980, Rev. sociétés 1981. 133, obs. B. BOULOC.

¹⁹⁸⁶ - Cass. com. 2 mai 1983, Bull. civ. IV, n° 128; Rev. sociétés 1984, p. 755, note DIDIER. Sur renvoi, CA Versailles 15 mai 1985, D. 1987, p. 404, note BOIZARD. Il s'agit là d'un exemple de l'effet que peut avoir la mobilité des critères de l'excès, en l'occurrence la référence au chiffre d'affaires.

est présentée comme étant un acte unilatéral résultant du pouvoir institutionnel de cet organe¹⁹⁸⁷, l'excès a pour effet de changer ce processus et de transférer cette compétence. Ce n'est plus le conseil mais l'assemblée qui doit autoriser la fixation de la rémunération car cette fixation ne constitue plus un acte ordinaire d'administration de la société mais une convention qui risque de porter atteinte à l'intérêt social. Ce qui signifie que la rémunération excessive elle-même n'a plus la nature d'une « rémunération » au sens de l'article L. 225-47 du code de commerce.

De même, la chambre commerciale a plusieurs fois décidé que l'octroi d'une retraite complémentaire, dès lors qu'elle revêt un caractère excessif, ne doit plus être considéré comme la rémunération des services rendus par le dirigeant concerné, mais comme une indemnité particulière dont la nature serait celle d'une libéralité¹⁹⁸⁸. En d'autres termes, lorsque cette retraite est excessive au regard de ces services, cet excès a pour effet de modifier la nature juridique de la pension.

Cette jurisprudence pourrait ainsi fournir une justification des sanctions de la rémunération excessive. La doctrine s'est précisément interrogée sur le sens de cette justification. Elle a constaté que, lorsqu'elle présente un caractère excessif, cette rémunération cesse d'être la contrepartie non salariale de l'exercice effectif de l'activité de dirigeant, c'est-à-dire le revenu d'un « travail » non subordonné - pour se transformer en un revenu provenant du capital de la société. Car, « au-delà d'un certain seuil, la prétendue rémunération devient un prélèvement sur les bénéfices¹⁹⁸⁹ » ou sur l'actif social.

Cette analyse qui procède de la nature même de la rémunération justifie, par conséquent, les sanctions qui sont prononcées par les tribunaux. Sur le plan de la procédure, la compétence de l'assemblée s'explique par la gravité de la délibération qui fixe une rémunération dont le montant est excessif, car celle-ci, qui constitue alors un « prélèvement sur l'actif social, réduit d'autant ce qui revient de droit aux actionnaires ou [dans une autre conception de la gestion] ce qui doit aller au développement de l'entreprise.¹⁹⁹⁰ » Ce raisonnement, bien entendu, s'impose aussi dans le domaine pénal. La chambre criminelle considère, en effet, que la rémunération, par son caractère excessif, s'identifie à un détournement de l'actif social¹⁹⁹¹.

Le droit fiscal considère aussi qu'au-delà des limites de la normalité, la rémunération devient une distribution de revenus de capitaux mobiliers. Elle cesse donc d'être une rémunération proprement dite et ne peut, par conséquent, être admise comme une charge déductible. D'où la justification des sanctions et des redressements que son versement implique.

486- Bilan. Cet arsenal de mesures reste globalement peu utilisé¹⁹⁹². Leur travers commun réside dans le fait qu'elles n'ont pas été conçues dans une perspective directe de sanction des rémunérations excessives. Leur application supposera alors d'abandonner à un tiers l'appréciation du caractère excessif. La qualification de l'excès, qui sera à la source d'un abus de droit, d'une faute de gestion, d'un abus de pouvoirs ou de bien social, sera nécessairement évaluée par le juge ou par l'administration fiscale. Il en découle une incertitude dissuasive quant à l'existence ou non de cet excès qui dépendra alors des circonstances propres à chaque espèce. Au-delà et de façon généralisée sur cette thématique, l'on devine et discerne, en filigrane, une réticence des juges du fond à s'immiscer dans ce qui constitue, somme toute, une décision de gestion appartenant aux organes

¹⁹⁸⁷- Sur ce point, v. notamment E. DU PONTAVICE, *La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme*, Mélanges Bastian, Lib. Techniques, 1974, p. 177 ; J.-J. DAIGRE, *Réflexions sur le statut des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 1981, p. 497 ; A. PICAND-L'AMEZEC, *L'autorémunération du président du conseil d'administration*, Bull. Joly 1988, p. 319 et s. ; P. LE CANNU, *Rémunérations des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions*, Bull. Joly 1996, p. 567, § 203, n° 2.

¹⁹⁸⁸- Cass. com. 24 octobre 2000, RJDA 2/2001, n° 177 ; Cass. com. 10 février 1998, RJDA 5/1998, n° 611 ; Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64.

¹⁹⁸⁹- G. LYON-CAEN, *Encore la rémunération des PDG*, D. Affaires 1996, p. 165, n° 12.

¹⁹⁹⁰- *Ibid*, n° 13.

¹⁹⁹¹- Voir notamment, CA Paris 30 mars 1977, Rev. sociétés 1977, p. 470, note J. H. ; Cass. com. 9 novembre 1966, Bull. civ. III, n° 425 ; JCP 1967, II, 15250, note R.-D. M. ; CA Grenoble 6 mai 1964, D. 1964, p. 783, note DALSACE ; CA Pau 24 décembre 1935, ed. Fr. Lefebvre, préc., n° 7039.

¹⁹⁹²- B. DONDERO, *Rémunérations des dirigeants : annoncer, consulter... légiférer ?*, op. cit., p. 3.

sociaux¹⁹⁹³.

487- Conclusion. Au terme de cette étude, la plupart des *a priori* vole en éclats. En matière d'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux, la loi qui constitue traditionnellement l'instrument d'action privilégié sur la société se révèle hésitante et timorée.

Dans un contexte de compétition économique internationale, elle semble handicapée par ses caractéristiques traditionnelles, notamment son caractère général et abstrait, qui en font un instrument rigide risquant de nuire à l'attractivité du territoire national¹⁹⁹⁴. Quant au droit souple, phénomène normatif récent, il se révèle être une force de proposition d'une vivacité étonnante. Sa texture souple lui autorise des audaces que le droit dur ne peut se permettre par crainte d'ankyloser davantage les sociétés. Au-delà, l'origine interne au monde professionnel des normes émises et leur finalité de fonctionnement optimal du marché suscitent l'adhésion des acteurs, renforçant incontestablement leur légitimité. Concernant la sanction de la rémunération excessive, le droit souple, initialement suspecté d'inefficacité puisque son application semble reposer sur le bon vouloir de ses destinataires se révèle efficace car il s'insère dans la logique de marché¹⁹⁹⁵. À l'inverse, le droit positif se révèle peu efficace, la faiblesse des sanctions reflétant les hésitations des pouvoirs publics sur le principe même d'une réglementation, et a fortiori, d'une pénalisation de cette matière dans un contexte de compétition internationale féroce. L'autonomisation pénale du critère relatif à la rémunération des dirigeants sociaux ne semble donc ni envisageable, ni souhaitable, ce critère devant, selon nous demeurer sous la protection pénale des obligations fiduciaires pesant sur le dirigeant, car ces dernières requièrent déjà des dirigeants une obligation de loyauté qui leur impose tacitement de s'automodérer dans la détermination de leur rémunération de manière à préserver l'intérêt social.

Néanmoins, il n'est point question d'occulter les inconvénients du droit souple. Ce dernier souffre d'un « *déficit démocratique congénital*¹⁹⁹⁶ » puisqu'il est élaboré par le monde professionnel et pour le monde professionnel¹⁹⁹⁷. Or, la seule prise en compte d'objectifs de marché peut être dommageable dans une perspective plus globale de bon fonctionnement social. Emprunter les voies du marché, comme le fait le droit souple, constitue un jeu dangereux car cette institution ne poursuit que son seul intérêt et que celui-ci peut diverger de l'intérêt général. Pour ces raisons, le droit souple ne peut pas constituer un substitut viable au droit dur, mais il semble qu'il en soit, notamment en ce qui concerne l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux, un allié de poids. L'équilibre, selon nous, est à rechercher dans l'alliance du droit positif et du droit souple, le deuxième apportant son réalisme et son pragmatisme au premier, et lui indiquant les comportements à encadrer en matière de rémunération excessive des dirigeants sociaux.

Le comportement incriminé par le droit pénal des sociétés doit être intentionnel et porter une atteinte grave à l'une des valeurs essentielles au fonctionnement de la société que constitue l'intégrité du patrimoine, les droits reconnus aux associés, les obligations fiduciaires incombant aux dirigeants et la fiabilité du contrôle

Au terme de cette étude sur les critères de la répression pénale en droit pénal des affaires, il ressort qu'en vertu du principe d'économie de la sanction pénale, le droit pénal ne doit intervenir que pour sanctionner les comportements portant gravement atteinte aux valeurs morales. Cette vocation procède de sa fonction de droit pénal naturel, de droit pénal de protection et de droit pénal de rétribution. En sortant de son cadre naturel, le droit pénal doit conserver sa mission de veiller à la protection de critères essentiels pour les matières auxquelles il apporte son concours répressif. Aussi

¹⁹⁹³ - Voir en ce sens, D. VIDAL, note sous Trib. com. Paris, 2^e ch., sect. A, 21 mai 1996, Dr. sociétés, 1996, n° 215.

¹⁹⁹⁴ - V. MAGNIER, *La gouvernance des grandes entreprises : la règle de droit étatique dépassée par la soft law ?*, op. cit., p. 184.

¹⁹⁹⁵ - Sur les limites de cette efficacité, voir AMF, Rapport 2015 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants de sociétés cotées, 9 novembre 2015, p.5. L'Autorité y exprime ses réserves quant « à l'efficacité des règles du code AFEP-MEDEF [...] ».

¹⁹⁹⁶ - *Ibid*, p. 185.

¹⁹⁹⁷ - P. et P. DIDIER, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1265.

convient-il de retenir en droit pénal du travail, le critère relatif aux droits et libertés fondamentaux du salarié, en droit pénal de la consommation, le critère afférent à la protection de l'intégrité du consentement du consommateur, et en droit pénal des sociétés, celui relatif à l'intégrité du patrimoine social, aux obligations fiduciaires du dirigeant et aux droits des associés.

En dehors des transgressions graves des valeurs de la société, les agissements infractionnels véniels du dirigeant doivent relever de sanctions alternatives à la répression pénale.

CONCLUSION DU TITRE I

488- La question de la nécessité de la répression pénale du dirigeant en droit des affaires appelle une réponse nuancée. Par principe, la sanction pénale ne peut être écartée, car elle s'avère indispensable pour les comportements du dirigeant dont la gravité excède l'aptitude du droit civil à apporter une solution ou une sanction suffisantes. En revanche, la doctrine considère d'une manière unanime qu'une distinction fondamentale s'impose suivant que les faits incriminés sont intrinsèquement malhonnêtes ou qu'ils ne sont que transgressifs d'une règle amoral. C'est cette différenciation que nous avons désignée, d'après une approche fondée sur la peine encourue, sous les qualifications de droit pénal de rétribution et de droit pénal de régulation. En droit pénal des affaires, la légitimité du premier, qui procède des infractions fondamentales du droit pénal commun, est incontestable. *A contrario*, celle du second est directement liée à l'appréciation de sa stricte nécessité, laquelle est fonction de la gravité du comportement visé et de l'insuffisance d'une réponse autre que pénale. Cette analyse rejoint le principe constitutionnel de « nécessité de la peine » que la juridiction constitutionnelle tend de plus en plus à rappeler au législateur. En outre, même lorsque le principe d'une sanction pénale est admis pour un comportement du dirigeant, le recours à des incriminations spécifiques doit être subordonné à l'impossibilité de le réprimer au regard des incriminations du droit pénal commun. Cette dernière réserve s'avère essentielle pour éviter la prolifération d'infractions similaires dont les domaines se recouvrent sans que les peines encourues ne soient identiques, une situation portant atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale.

En définitive, la légitimité de la répression pénale du dirigeant en droit pénal des affaires est donc fonction de sa nécessité et de la mesure avec laquelle il y est fait recours. Au regard de cette double appréciation, nombreuses sont les infractions qui, n'ayant plus lieu d'être, ont vocation à disparaître. Afin que ce recul du droit pénal ne soit pas synonyme d'un droit des affaires permissif, différentes formes de recul sont envisageables, de la dépénalisation au sens strict à la décriminalisation qui correspond à l'abrogation de toute incrimination pour des faits antérieurement réprimés. Si cette tendance à la dépénalisation à l'égard du dirigeant semble très marquée en droit pénal des affaires, elle n'est cependant pas totalement exempte de critiques : soit que la dépénalisation n'ait été que de façade, soit qu'elle n'ait été effectuée qu'au profit d'un autre mode de sanction non moins rigoureux, sinon plus, comme en matière de consommation, soit encore qu'elle ait été réalisée par une suite d'« impulsions » législatives dénuées de cohérence, comme en matière de sociétés.

Ainsi, le critère issu de la gravité de la transgression permet d'offrir une légitimité à la répression pénale du dirigeant en droit pénal des affaires. En revanche, tous les comportements de ce dernier qui ne nécessitent pas une sanction pénale doivent être considérés comme relevant de sanctions alternatives à la répression pénale.

TITRE II

L'EFFICIENCE DES SANCTIONS CIVILES

489- Nous avons dressé le constat des lacunes de la répression pénale à l'égard du dirigeant en droit pénal des affaires et souligné l'importance de la rendre plus cohérente afin d'en garantir une plus grande effectivité. À la phase de redéfinition des critères de la répression pénale du dirigeant succède celle de suggestions d'évolution de la répression pénale du dirigeant en droit pénal des affaires. En effet, La création opportuniste du droit pénal des affaires au gré du contexte économique et des scandales financiers a provoqué une réponse inappropriée à la question de sa sanction, emportant le législateur et le juge dans une logique de répression excessive. Cette évolution est aujourd'hui impérative et semble devoir passer par une réhabilitation des sanctions alternatives à la répression pénale. Nous examinerons, d'une part, les sanctions utilisées en matière de procédure collective (Chapitre I), et les sanctions de substitution classiques, d'autre part (Chapitre II).

Chapitre I

L'efficacité des sanctions civiles spécifiques

490- La répression pénale du dirigeant est incontestablement en quête de légitimité. La création opportuniste du droit pénal des affaires au gré du contexte économique¹⁹⁹⁸ et des scandales financiers¹⁹⁹⁹ a provoqué une réponse improvisée du législateur à la question de la sanction. Or, force est de constater que, d'une manière générale, les ressources de la voie civile sont largement sous-exploitées en droit pénal des affaires où la fréquence des sanctions pénales théoriques restreint corrélativement la place allouée aux sanctions alternatives. C'est l'importance de ces dernières qu'il convient de réhabiliter en insistant plus particulièrement sur la bien meilleure efficacité de la sanction professionnelle (Section I) ou encore des sanctions patrimoniales telles que la responsabilité pour insuffisance d'actif (Section II).

1998- Au sortir de la guerre, l'État veut intervenir dans le monde économique : Ord. n° 45-1483, 30 juin 1945 relative aux prix ; Ord. n° 45-1484, 30 juin 1945, relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique. Plus récemment, la grande crise de 1929 plongeant le pays dans une période de marasme économique la pénalisation eut pour objectif de renforcer les obligations des sociétés. S'en est suivi le choix de la répression para-pénale en ce qui concerne les ententes abusives, les abus de position dominante et les concentrations.

1999- Procès du scandale de Panama : 20 mars 1893. J.-Y. Mollier, *Le Scandale de Panama*, Fayard, coll. Nouvelles études juridiques, 1991, Paris ; J. Garrigues, *Les Scandales de la République : de Panama à l'affaire Elf*, Robert Laffont, 2004 ; P. Jankowski, *Cette vilaine affaire Stavisky, Histoire d'un scandale politique*, Fayard, 2000 ; C. Goyard, « Un aspect de la police politique sous la Troisième République : l'enquête et le rôle de la Sûreté générale dans l'affaire Stavisky », in *L'État et sa police en France*, J. Aubert (dir.), Genève, Droz, 1979, p. 177-206 ; D. Bon, *L'affaire Stavisky*, De Vecchi, 2006 ; M. Barber, *Le Procès des Templiers*, Presses universitaires de Rennes, 2002, 307 p. (traduction d'un ouvrage anglais paru en 1978, qui a depuis lors été complété et réédité en 2006 : (en) *The Trial of the Templars*, Cambridge University Press, 2006, 398 p.) ; J. Théry, « Procès des templiers », in *Prier et combattre. Dictionnaire européen des ordres militaires au Moyen Âge*, (sous la dir.) N. Beriou et P. Josserand, Fayard, 2009, p. 743-751 ; J. Théry, « Une hérésie d'État. Philippe le Bel, le procès des « perfides templiers » et la pontificalisation de la royauté française » : *Médiévales*, 2011, n° 60, p. 157-186 ; Le dossier de l'affaire des Templiers, édité et traduit par G. Lizerand. Paris, H. Champion, 1923, 229 p. (Les Classiques de l'Histoire de France au moyen âge).

SECTION I : LA SANCTION PROFESSIONNELLE

491- La délinquance d'affaires est, à n'en point douter, une délinquance particulière de par la qualité de son auteur, mais également de par son cadre d'action. Une sanction est alors susceptible de traiter le phénomène qu'induit la délinquance d'affaires. Il s'agit de la sanction professionnelle. Cette dernière nous paraît totalement autonome et semble pouvoir se substituer à la répression pénale traditionnelle en abandonnant le caractère accessoire ou complémentaire qui lui est souvent attribué. La sanction professionnelle peut intervenir sous la forme d'une interdiction, d'une déchéance, d'une incapacité ou du retrait d'un droit et est doté d'un effet répressif ou assainissant, venant sanctionner le dirigeant en raison d'une infraction ou d'un manquement en lien avec sa profession dans le cadre de son patrimoine personnel ou professionnel²⁰⁰⁰ et permettant ainsi une nette évolution de la sanction en droit pénal des affaires.

L'adaptabilité de cette sanction au dirigeant ressort de sa nature même ainsi que de ses implications. En effet, par son essence, la sanction professionnelle s'attache aux aptitudes, compétences et pouvoirs licites dont jouit le dirigeant (I); par ses implications, elle offre une réponse pragmatique à la délinquance d'affaires (II).

I- UNE SANCTION ADAPTÉE AU DIRIGEANT

492- La nature même de la sanction professionnelle (A) ainsi que ses conséquences (B) démontrent à quel point cette sanction peut s'avérer redoutable et constituer une véritable alternative à la sanction pénale traditionnelle dont le dirigeant fait souvent l'objet.

A – La notion de sanction professionnelle

493- La sanction professionnelle en droit pénal des affaires recouvre trois hypothèses. D'abord, elle vient sanctionner directement l'infraction parce qu'elle a été commise « dans » ou « à l'aide » du monde des affaires. Ensuite, elle vient sanctionner indirectement l'infraction ou plutôt la condamnation à l'infraction parce que celle-ci a été révélatrice d'une faute ou simplement d'un manquement à une obligation professionnelle. Enfin, elle vient sanctionner, même en l'absence d'infraction, la faute ou le manquement professionnel.

La sanction professionnelle apparaît dès lors comme une mesure prise en considération de la personne et, plus particulièrement, prise en raison de la qualité de la personne. Cette qualité, le professionnel la tire de l'acquisition d'un droit protégé par une liberté : la liberté d'entreprendre dont découle le droit d'accéder et d'exercer la profession de son choix. Le droit acquis par l'individu, la sanction professionnelle vient sanctionner la structure même de ce droit subjectif, étant composé de la titularité, de la validité, de la faculté et du pouvoir, quatre notions qu'il convient de distinguer.

La titularité du droit engendre la sanction par le retrait. Le retrait de droit apparaît avec ce double objectif qui est tantôt de protéger les tiers ou l'environnement dans lequel évolue l'agent, tantôt de sanctionner directement ce dernier.

L'incapacité, sanction de la validité du droit, se distingue, quant à elle, selon qu'elle vise l'exercice ou la jouissance du droit. L'incapacité de jouissance comme l'incapacité d'exercice accompagne un comportement révélant une certaine inaptitude professionnelle à gérer les affaires, sauf que l'incapacité d'exercice sera doublée d'un système de représentation que n'aura pas l'incapacité de jouissance.

L'interdiction sanctionne, pour sa part, l'abus de pouvoir par l'éviction de la liberté d'exercice. L'interdiction a un objectif plus répressif révélant la volonté de « sanctionner par là où l'on a péché » et se trouve en lien direct avec la condamnation pénale. En effet, la condamnation pénale

2000- O. BALDES, *La sanction professionnelle en droit pénal des affaires : contribution à une théorie générale de la sanction*, thèse Aix-Marseille, 2012, p. 364, n° 311.

devient le fait générateur de l'interdiction, car celle-ci révèle non pas une faute de gestion, mais une indignité de la part de l'agent à évoluer dans ce secteur. Pour ce dernier, le monde des affaires devient criminogène et il utilise le milieu pour nourrir sa délinquance.

Enfin, la déchéance en ôtant l'instrument permettant la mise en œuvre effective du droit (en d'autres termes le pouvoir) se situe, le plus souvent, en second élément d'une première sanction professionnelle – interdiction ou incapacité – excepté le cas où le pseudo « droit » acquis par l'agent s'analyse finalement comme un pouvoir. La déchéance est une sanction tantôt du devoir, tantôt du pouvoir en ôtant au titulaire du droit les attributs de mise en œuvre effective de son droit.

Assurément, la sanction professionnelle s'apparente à une mesure privative ou restrictive d'un droit subjectif, en l'occurrence le droit d'accéder et d'exercer la profession de son choix. Toutefois, la profession se définissant comme « la fonction habituelle d'une personne qui constitue généralement la source de ses moyens d'existence²⁰⁰¹ » la sanction professionnelle touche également le patrimoine de l'agent. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a permis de confirmer ce double fondement et d'affirmer que la sanction professionnelle est une sanction privative ou restrictive d'un droit patrimonial. En effet, le droit en cause peut, d'abord, au titre de l'article 6 de la Conv. EDH, être analysé comme un bien (objet patrimonial), puis c'est la privation ou la restriction qui, au titre de l'article 1er du protocole additionnel n° 1, est considérée comme une atteinte au patrimoine²⁰⁰².

B – Les conséquences de la sanction professionnelle

494- Il ressort de la jurisprudence que la sanction professionnelle revêt un caractère autonome comportant des traits à la fois répressifs et assainissants. La sanction professionnelle dispose ainsi non seulement de règles détournées du régime de la sanction pénale, telles que celles relatives à l'extinction de la sanction, comprenant l'amnistie²⁰⁰³ ou encore la réhabilitation²⁰⁰⁴, ou celles régissant l'application de la loi pénale dans le temps²⁰⁰⁵, mais également de règles qui lui sont bien particulières.

Par exemple, le relèvement est une décision judiciaire propre aux sanctions professionnelles et ne concerne pas les peines au sens strict. Il permet ainsi de décharger une personne de l'interdiction, de la déchéance ou de l'incapacité qu'elle encourt de plein droit en raison de l'infraction qu'elle a commise, ou qui pèse sur elle à la suite d'une condamnation pénale²⁰⁰⁶. Cette institution illustre tout le pragmatisme qui marque ces mesures permettant une adaptabilité permanente et nécessaire de la sanction au délinquant d'affaires.

Par ailleurs, la sanction professionnelle dispose d'un régime bien spécifique en termes de violation de la sanction²⁰⁰⁷, lequel n'existe pas en matière de sanction pénale. Or, d'une manière générale, la

2001- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Profession.

2002- J.-F. FLAUSS, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (janvier-juin 1995) » : AJDA 1995, p. 127, spéc. p. 132 et « Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française » : RTDH 1995, p. 207 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme, contentieux européen*, LGDJ, 4e éd., 2010, p. 339, n° 368.

2003- L'amnistie est prévue aux articles 133-9 à 133-11 du Code pénal. Pour une application, v. par ex. : L. n°81-736, 4 août 1981, art. 13 ; L. n° 88-828, 20 juillet 1988, art. 14 ; L. n°95-884, 3 août 1995, art. 14 ; L. n° 2002-1062, 6 août 2002, p. 13647, art. 11.

2004- La réhabilitation est prévue aux articles 133-12 à 133-17 du Code pénal. Pour une application v. cass. crim. 14 oct. 1971, n° 71-90165 : Bull. crim., n° 266 ; D. 1972, p. 501, (1re espèce), note Roujou de Boubée.

2005- Pour une application v. cass. crim. 20 nov. 1989, n° 88-83257 – Cass. crim. 10 nov. 1999, n° 98-84852 : Bull. crim., n° 255 – Cass. ass. plén., 22 nov. 2002, n° 92-82460 : Bull. crim., n° 2 ; BICC, 1er févr. 2003, p. 5, avis Fréchède et rapp. Challe ; JCP G 2003, II, 10042, note W. Jeandidier ; Dr. pénal 2003, comm. n° 37, obs. J.-H. Robert ; Gaz. Pal. 2003, 2, p. 2424, note Y. Monnet ; RSC 2003, p. 325, obs. B. Bouloc – Cass. crim. 8 janv. 2003, n° 02-82555 : Bull. crim., n° 3 ; Dr. pénal 2003, comm. n° 47, obs. J.-H. Robert – Cass. crim. 8 nov. 2006, n° 05-85271, 05-85922, 06-81862 : Bull. crim., n° 280 ; D. 2007, actualités p. 10, obs. A. Lienhard.

2006- J.-P. DOUCET, *Le dictionnaire criminel*, éd. 2010, consultable en ligne :

<http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>, V° Relèvement

2007- C. pén. art. 434-39 à 434-41. Pour une application, v. Cass. crim. 10 nov. 2010, n° 09-86217 ; J.-H. Robert,

violation d'une sanction professionnelle devient le premier terme d'une nouvelle infraction²⁰⁰⁸.

Toutefois, si la sanction professionnelle se distingue par son régime de la sanction pénale, elle n'est pas moins respectueuse des principes intrinsèques à la sanction pénale. Elle dispose, en effet, d'un minimum de garanties accordées à « la » sanction dictée par les notions de « sanction n'ayant pas le caractère de punition » en opposition à la sanction ayant ce caractère et de « droit et obligation à caractère civil » en opposition à la notion de « matière pénale ». En effet, les sanctions professionnelles n'ayant pas un caractère de punition restent cependant des sanctions parce qu'elles touchent à la considération de la personne²⁰⁰⁹ et reçoivent la protection de l'article 6, § 1, en tant que « contestation sur des droits et obligations à caractère civil », dès lors qu'elles portent atteinte au droit à la profession²⁰¹⁰, le critère attractif de la patrimonialité²⁰¹¹ ayant favorisé cette approche jurisprudentielle. À ce titre, la sanction professionnelle, parce qu'elle est une sanction, doit, d'une part, respecter les droits de la défense et les règles minimales accordées à « la » sanction et, d'autre part, lorsqu'elle est accessoire, être proportionnelle et modulable²⁰¹².

En somme, la sanction professionnelle s'analyse comme la sanction la plus adaptée au monde des affaires, en quête de dépenalisation et de moralisation, permettant, ainsi, de faire évoluer le cadre de la sanction en matière de droit pénal des affaires.

II – La sanction professionnelle : une sanction ajustée au cadre de la délinquance d'affaires

495- La délinquance d'affaires ne peut être étudiée sans l'institution de la personne morale. La personne morale est retenue en droit pénal, au côté de la personne physique, comme un sujet de la sanction pénale. Or, il nous semble que la traduction de cette institution est erronée. La personne morale, impossible sujet de la sanction pénale (A), doit être redéfinie en tant qu'objet de la sanction professionnelle (B).

A – La personne morale impossible sujet de la sanction pénale

496- L'évolution de la sanction en droit pénal des affaires passe également par l'étude de la technique juridique qu'offre la personne morale. Alors que la personne physique, délinquant d'affaires, a fait l'objet d'études criminologiques, ce n'est pas le cas pour la personne morale. Seul le concept de corporate crime traduit une étude de la délinquance de l'entreprise. Encore faut-il rappeler que ce concept est né alors que les grandes entreprises américaines s'identifiaient le plus souvent à leurs dirigeants²⁰¹³. Il ressort plutôt de l'analyse de la délinquance d'affaires de la personne physique que la personne morale est tantôt utilisée comme outil de sa délinquance, tantôt comme milieu où s'exerce sa délinquance.

« La reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales est « une évolution logique

« Faiblesse de la répression » : Dr. pénal 2011, comm. n° 42.

2008- O. BALDES, *op. cit.*, n° 70 à 74

2009- Cons. const., 18 janv. 1978, n° 77-92 DC, Rec. p. 21.

2010- CEDH, 16 juill. 1971, Ringeisen c/ Autriche, n° 2614/65, Série A n° 13, p. 39, § 94 ; CEDH, 21 oct. 1997, n° 120/1996/732/938, Pierre-Bloch c/ France, Rec. 1997-VI, p. 2224, § 53, RFDA 1998, p. 999, note P. Jan ; AJDA 1998, p. 65, note L. Burgorgue-Larsen ; JTDE 1998, p. 106, note S. Priso. V. également, H. FAUPIN, « La Cour EDH prend position en matière de contentieux liés aux élections politiques » : JCP G 1998, 10079

2011- A. PERRIN, « Les professions réglementées » : Dr. adm. 2008, n° 8, étude 16. V. à ce sujet, CEDH, 26 nov.

1992, Lombardo c/ Italie, série A n° 249 – CEDH, 26 févr. 1996, Salesi c/ Italie, série A n° 275.

2012- Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC – Cass. crim. 22 sept. 2010, n° 10-85866. B. Bouloc, « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire » : D. 2011, n° 13, p. 929-930 ; J.-H. Robert, « La fin d'un pilori » :

Dr. pénal 2011, n° 2, p. 25-26. Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC – Cass. crim. 8 juill. 2010, n° 10-90077.

A. Lepage et H. Matsopoulou, « Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels » : JCP G 2010, 1147 ; J.-H. Robert, « Pronostics déçus » : Dr. pénal 2010, comm. n° 122. Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC – Cass. crim. 8 juill. 2010, n° 10-80203 (décision de renvoi).

2013- F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 393, n° 357.

de notre système répressif qui tend à faire coïncider personnalité des peines avec la responsabilité pénale²⁰¹⁴ ». Or, la responsabilité ne doit pas être confondue avec ses effets, c'est-à-dire la sanction. Ceci étant, par cette formule, l'auteur laisse une question en suspens : cette confusion ne traduit-elle pas l'idée que la mise en place de la responsabilité de la personne morale est en définitive une sanction déguisée ?

Si l'on revient à une définition stricte de la personne morale, on peut constater que cette figure juridique comporte deux objectifs : elle constitue, d'abord, un patrimoine professionnel, elle assure, ensuite, un transfert de pouvoirs.

Selon nous, la personne morale s'analyse en un bien patrimonial professionnel appartenant à un ou plusieurs actionnaires ou associés et dont le pouvoir de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler l'activité et le fonctionnement de l'entreprise sont délégués à une ou plusieurs personnes physiques appelées « agent délégué ».

En fait, la personne morale constitue une technique d'organisation du patrimoine²⁰¹⁵ : une universalité de biens devenue universalité de droit²⁰¹⁶ par la loi. Dans cette perspective, « le mécanisme de la personnalité morale n'est qu'une technique juridique parmi d'autres²⁰¹⁷ », un instrument d'organisation de l'entreprise, non la personnification d'un groupement de personnes » incarnant une réalité sociologique²⁰¹⁸. « Si la personnalité morale existe, c'est pour donner une autonomie juridique à une activité » avant tout²⁰¹⁹.

Dès lors, la personne morale ne peut se placer en tant que sujet de la sanction pénale, mais doit être comprise en tant qu'objet de la sanction professionnelle.

B – La personne morale, objet de la sanction professionnelle

497- Dans cette perspective, « la personne morale » doit être rétablie dans le Code pénal comme étant d'une part, une technique patrimoniale et d'autre part, une technique de délégation de pouvoirs de ce fait de responsabilité. Ainsi quelques solutions sont envisageables.

D'abord, il pourrait être procédé à l'abrogation de l'article 121-2 du Code pénal et à l'introduction d'une responsabilité pénale professionnelle par le biais d'une codification de la délégation de pouvoirs. Ainsi, il pourrait être envisagé une nouvelle rédaction de l'article 121-2 qui disposerait qu'une ou plusieurs personnes (associés/actionnaires/agent délégué), qui n'ont pas pris personnellement part à la réalisation de l'infraction, peuvent s'exonérer de leur responsabilité pénale professionnelle s'ils apportent la preuve qu'ils ont délégué leurs pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. Par ce texte, la délégation de pouvoirs deviendrait un acte important qui doit être réfléchi à tous les stades du potentiel transfert de pouvoir puisque l'agent délégué pourra engager la responsabilité professionnelle du déléguant²⁰²⁰.

2014- J.-Y. LASSALLE, « Réflexion à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant la responsabilité pénale » : JCP G 1993, II, 3695.

2015- P. MORVAN, « La personne morale maltraitée par le droit pénal », in Code pénal et code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire, Dalloz Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2010, p. 172 à 184.

2016- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2e éd., 1972, p. 469, n° 291.

2017- P. MORVAN, *op. cit.*, p. 172-184

2018- J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale » : RTD civ. 1993, p. 705, spéc. n° 85, p. 736. Également, v. J. PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit » : D. 1997, spéc. p. 106

2019- J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *op. cit.*, p. 714.

2020- Selon nous, dans le sens de la jurisprudence actuelle sur la personne morale : Cass. crim. 11 oct. n° 10-87212: D. 2011, p. 2841, note Rias ; JCP G 2011, 1385, J.-H. Robert ; BJS déc. 2011, p. 1009, n° 515, note J. Lasserre Capdeville – cass. crim. 11 avr. 2012, n° 10-86974 : BJS sept. 2012, p. 655, n° 346, note D. Chilstein. À l'inverse, on relèvera la décision de la chambre criminelle : Cass. crim. 15 févr. 2011, n° 10-85324: Dr. pénal 2011, comm. n° 62, note M. Véron – Cass. crim. 23 nov. 2010, n° 10-82057. V. not. J.-H. Robert « Fautes partagées » : Dr. pénal 2011, comm. n° 39 (2e espèce) : cet arrêt est relatif à la délégation de pouvoirs mais présente l'assimilation jurisprudentielle

Ensuite, il devient nécessaire d'introduire la faute professionnelle dans le Code pénal à la suite de l'article 121-3. Ainsi, sur le modèle de l'article L. 2123-34 du Code général des collectivités territoriales, il serait suggéré l'introduction dans le Code pénal d'un article 121-3-1 rédigé comme suit : « Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal, l'agent délégué ne peut être condamné sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il dispose ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie. La personne morale est tenue d'accorder sa protection à cette personne physique lorsque celle-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions ». Dès lors, par l'introduction de cet article dans le Code, c'est le système de la faute professionnelle qui se voit unifié revenant sur les notions de « fautes personnelles » et de « fautes détachables des fonctions » déjà connues du droit civil et du droit administratif. Ainsi, lors d'une faute non détachable des fonctions, la personne morale viendra en garantie de la personne physique déléguée qui sera, quant à elle, déchargée de la mise en œuvre de sa responsabilité personnelle. Très concrètement, en fonction de la nature de la faute commise, le gérant d'une SARL qui dispose également de parts sociales sera sanctionné soit sur son patrimoine personnel, soit sur son patrimoine professionnel que constitue la création de la personne morale.

Enfin, c'est l'introduction dans le Code pénal de la personne morale en tant que sanction patrimoniale à caractère professionnel qui doit être abordée. Nous proposons d'insérer dans le Titre III « Des peines », une sous-section ou plutôt par redécoupage du Code une section 8 « De la personne morale » avec un article 131-36-14 du Code pénal rédigé comme suit « en application des articles 121-2 et 121-3-1 du Code pénal, la personne morale est tenue d'accorder sa protection à l'agent délégué dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ». La personne morale pourra alors supporter les sanctions pénales qui lui sont destinées. À la suite de cet article 131-36-14 pourraient être maintenus les articles déjà existants selon une nouvelle numérotation. L'article 131-37 deviendrait l'article 131-36-15 et l'article 131-49 deviendrait l'article 131-36-29 du Code pénal. Une légère modification devra cependant être apportée. Les articles 131-37 et 131-40 (anciens) par exemple préciseraient non pas les peines criminelles et correctionnelles d'une part et contraventionnelles d'autre part encourues par la personne morale, mais « les peines qui pourront être supportées par celle-ci lorsque l'agent délégué fait l'objet de poursuites pénales criminelles et correctionnelles ou contraventionnelles à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ». Ainsi toutes les sanctions applicables aujourd'hui à la personne morale resteraient supportées par elle. C'est le système de responsabilité qui gagnerait en clarté

La sanction professionnelle, sanction patrimoniale à caractère personnel et/ou professionnel, se présente ainsi comme la sanction la plus adaptée aux spécificités de la délinquance d'affaires, tout en clarifiant une matière jusque-là disparate et confuse. En somme, la sanction professionnelle permet non seulement de faire évoluer la responsabilité pénale du dirigeant, qui apparaît comme se détachant nettement de la responsabilité pénale de droit commun, mais plus largement de faire évoluer le droit de la sanction au-delà des clivages traditionnels qu'il connaît.

SECTION II: LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT POUR INSSUFFISANCE D'ACTIF

498- L'action en comblement du passif a été créée par la loi du 16 novembre 1940 dans un souci de sévérité à l'égard des dirigeants de sociétés anonymes. Étendue au gérant de société à responsabilité

de la personne morale à son président ou à son directeur général. Aussi, selon nous, les jurisprudences récentes relatives à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale, loin de former un revirement de jurisprudence, remettent à jour les conditions d'engagement de leur responsabilité garantant d'une application non automatique de celle-ci.

limitée par le décret n° 53-706 du 9 août 1953, elle a été généralisée par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 à tous les dirigeants de personnes morales ayant un objet économique ou poursuivant, en droit ou en fait, un but lucratif²⁰²¹. À cette occasion, elle a nettement été assise sur une double présomption de faute et de causalité, dont le dirigeant ne pouvait se dégager qu'en prouvant qu'il avait apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires²⁰²². La loi du 25 janvier 1985 était revenue sur cette sévérité en supprimant la double présomption et en faisant reposer l'action sur la preuve de la réalisation des conditions du droit commun de la responsabilité civile : une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif²⁰²³. Cet adoucissement du sort des dirigeants était d'autant plus notable que l'action en contribution d'actif obéit depuis à un régime de faveur par rapport au droit commun : le tribunal a le pouvoir de ne pas prononcer de condamnation ou de moduler librement son montant²⁰²⁴.

La loi du 26 juillet 2005 a adapté l'action à la nouvelle procédure de sauvegarde et a procédé à quelques retouches quant à son régime²⁰²⁵. L'idée générale est de sanctionner une faute de gestion d'un ou de plusieurs dirigeants ayant contribué à l'insuffisance d'actif caractérisée, à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire de la personne morale. Aujourd'hui, l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement met le dirigeant à l'abri tant qu'il n'y a pas résolution du plan.

Mais la loi de 2005 n'est pas applicable immédiatement à l'action en comblement de passif pour les procédures ouvertes avant le 1^{er} janvier 2006. Il s'ensuit que l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi précitée, demeure applicable pour condamner les dirigeants au paiement de l'insuffisance d'actif d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective ouverte antérieurement au 1^{er} janvier 2006²⁰²⁶. Il faut à présent d'examiner les conditions de la responsabilité en insuffisance d'actif (I) avant d'en constater les conséquences pour le dirigeant (II).

I- LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

499- L'engagement de la responsabilité du dirigeant requiert trois conditions cumulatives : le constat d'une insuffisance d'actif (A) et d'une faute de gestion du dirigeant (B), ainsi qu'un lien de causalité entre cette dernière et l'insuffisance constatée (C). De plus, l'action doit être intentée dans le délai prescrit.

A- Le constat d'une insuffisance d'actif

500- L'insuffisance d'actif est la condition préalable à l'exercice de l'action en comblement du passif. C'est la condition de dommage, élément nécessaire de la trinité classique de la responsabilité civile. L'insuffisance d'actif, c'est la différence entre le passif et l'actif, donc le passif net : la fraction des dettes non couverte par les biens sociaux. Le passif résulte des créances vérifiées et admises. L'actif correspond à la valeur vénale du patrimoine social en cas de plan de redressement ou au produit résultant de sa réalisation en cas de liquidation judiciaire. Il ne saurait être tenu compte du seul prix de cession en cas de plan de cession, celui-ci pouvant être déterminé par des considérations totalement étrangères à la valeur réelle de l'entreprise. De manière générale, les

2021- L. 1967, art. 96.

2022- L. 1967, art. 99.

2023- C. com., anc. art. L. 624-3.

2024- J. GUYÉNOT [sous la dir. de], Une analyse des dispositions de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 en comparaison des dispositions de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, Rev. huissiers 1986. 1022)

2025- C. com., art. L. 651-2.

2026- Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-19.186, Bull. civ. IV, n° 258, D. 2007, AJ 86, obs. A. Lienhard, Rev. sociétés 2007. 416, note B. Saintourens, Act. pr. coll. 2007, n° 20.

dettes nées après le jugement d'ouverture n'entrent pas dans le passif pris en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actif pouvant être mis à la charge des dirigeants sociaux²⁰²⁷.

L'insuffisance d'actif se distingue de la simple cessation des paiements car elle compare tout le passif exigible à tout l'actif, disponible ou non²⁰²⁸. Sa preuve ne peut donc résulter des seuls éléments chiffrés du bilan déposé par les dirigeants, la notion d'insuffisance d'actif ne pouvant être ramenée à celle de cessation des paiements²⁰²⁹.

La constatation de l'insuffisance d'actif peut en être faite à tout moment, sans attendre la fin de la procédure. Il suffit que, même sans être chiffrée, elle soit certaine²⁰³⁰.

L'existence de l'insuffisance d'actif et son montant doivent être appréciés au moment où statue la juridiction saisie de l'action tendant à la faire supporter par le dirigeant²⁰³¹.

Mais encore faut-il avoir constaté une faute de gestion imputable au dirigeant.

B- La caractérisation d'une faute de gestion du dirigeant

501- L'article L. 651-2 du code de commerce dispose que le tribunal peut condamner un dirigeant « en cas de faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif ». La faute doit être caractérisée et prouvée : c'était l'une des principales innovations du texte de 1985 par rapport à l'article 99 de la loi de 1967 qui reposait sur une présomption de faute. La loi de 1985 est revenue à une règle plus orthodoxe, d'autant qu'elle ne fait ainsi que consacrer la pratique judiciaire antérieure. La loi du 26 juillet 2005 n'a pas remis en cause cet acquis²⁰³².

Selon le texte, il doit s'agir d'une faute de gestion. Faut-il l'entendre strictement et la distinguer de la violation de la loi ou des statuts ? Le législateur ne l'a certainement pas voulu et a retenu le concept de faute de gestion pour sa signification générale. Il s'agit de « **toute faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou omission.** »²⁰³³ **Une faute même légère suffit, une simple imprudence ou une négligence.** Mais la faute de gestion ne peut être déduite de la seule importance du passif social constaté²⁰³⁴. Il revient au juge du fond d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation à défaut de définition précise. L'application des textes antérieurs à la loi de 2005 en offre divers cas : défaut d'activité ou de diligence à la tête de la société²⁰³⁵, pour le non-respect des obligations légales de tenue d'assemblées générales et d'établissement des comptes²⁰³⁶, pour l'absence de libération du capital compte tenu de la situation de la société - surveillance insuffisante, pour une grande passivité et un manque de contrôle²⁰³⁷, pour comptabilité absente ou irrégulière qui ne permet pas d'apprécier la réalité économique de l'entreprise²⁰³⁸, pour gestion imprudente (pour le choix d'investissements inadaptés ou excessifs compte tenu des possibilités de financement²⁰³⁹, pour des détournements de fonds et des dépenses inconsidérées malgré

2027- Cass. com. 28 avr. 1998, RTD com. 1999. 187, obs. A. Laude, Defrénois 1998. 948, note P. Le Cannu, Rev. proc. coll. 2000. 49, n° 7, obs. J.-M. Deleneville.

2028- P. LE CANNU, La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde, Rev. sociétés 2005. 743.

2029- Cass. com. 4 déc. 1972, Rev. sociétés 1974. 126, note J. Hémard.

2030- Cass. com. 17 juill. 1956, RTD com. 1956. 693, obs. J. Rault, ibid. 1956. 729, obs. R. Houin ; 28 mai 1991, Rev. sociétés 1992. 373, note A. Honorat ; 25 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 32.

2031- Cass. com. 27 févr. 1978, Bull. civ. IV, n° 63, D. 1978, IR 334 ; 16 mars 1999, JCP 1999, panor. 843, RJDA 5/1999, n° 585.

2032- A. SAYAG et H. SERBAT, L'application du droit de la faillite. Éléments pour un bilan, 1981, coll. CREDA, Litec, p. 44 et s., 191 et s.

2033- G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 2, 17^e éd., 2004 par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, n° 3285.

2034- Cass. com. 19 janv. 1993, RJDA 7/1993, n° 660 ; 8 oct. 2003, RJDA 2/2004, n° 203.

2035- Cass. com. 31 janv. 1995, Bull. civ. IV, n° 29, RTD com. 1996. 543, obs. J.-Ph. Haëhl.

2036- Cass. com. 16 oct. 2001, RJDA 3/2002, n° 288.

2037- Cass. com. 25 mars 1997, Bull. Joly 1997. 799, note G. B. ; 8 oct. 2003, RJDA 2/2004, n° 202.

2038- CA Paris, 25 oct. 2002, RJDA 2/2003, n° 172.

2039- Cass. com. 19 mars 1996, RJDA 7/1996, n° 976.

l'endettement de la société pour des salaires injustifiés²⁰⁴⁰, pour des manoeuvres visant à transférer les risques financiers des autres sociétés du groupe à la société soumise à la procédure collective sans aucune contrepartie²⁰⁴¹, pour la poursuite d'une exploitation déficitaire sans prendre les mesures qui s'imposaient pour y mettre fin²⁰⁴². **Au regard de la très souple appréciation de la faute de gestion, le dirigeant peut très difficilement échapper aux mailles de la responsabilité pour insuffisance d'actif si sa gestion n'est pas saine.** L'enquête du juge-commissaire à l'ouverture de la procédure²⁰⁴³ sert souvent à les révéler.

La faute de gestion reprochée aux dirigeants doit avoir été commise avant le jugement d'ouverture du redressement judiciaire²⁰⁴⁴. Il ne peut en être autrement puisque l'insuffisance d'actif qui en résulte doit être elle-même antérieure ou concomitante à l'ouverture de la procédure. De plus, **il n'y a pas lieu de rechercher si les dirigeants fautifs ont ou non personnellement bénéficié de la poursuite de l'exploitation.**

C- Une corrélation entre l'insuffisance constatée et la faute du dirigeant

502- Sur ce point aussi, la loi de 1985 avait rompu avec la règle antérieure. Là où l'article 99 de la loi de 1967 retenait une présomption de causalité, la loi de 1985 exige désormais la preuve que la faute de gestion reprochée aux dirigeants a contribué à l'insuffisance d'actif. C'est exiger la caractérisation et la preuve d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

Mais **il suffit que la première ait contribué à la réalisation du second, ce qui exclut d'imposer la preuve d'une cause exclusive et directe.** La raison en est qu'il est difficile, voire **impossible d'établir le rapport de causalité qui existe entre une faute de gestion plus ou moins ancienne et une insuffisance d'actif qui peut être de plusieurs années postérieure. La notion de « contribution » n'a pas d'autre justification que d'éviter de rendre impossible la preuve de la causalité** : « Si l'on écrivait ayant causé cette insuffisance d'actif, on se heurterait pratiquement à une impossibilité de preuve. Ayant contribué signifie qu'il s'agit d'un des éléments intervenus dans le cadre de la création du passif.²⁰⁴⁵ » Une faute peut donc « entraîner la responsabilité de son auteur si elle figure parmi les causes qui ont conduit à l'insuffisance d'actif, même si elle n'en est pas la cause unique, voire la cause principale.²⁰⁴⁶ » **C'est la consécration légale de la théorie de l'équivalence des conditions²⁰⁴⁷.**

Le lien de causalité est donc apprécié très soupement. Ayant relevé que le dirigeant social poursuivi ne contestait pas que le défaut de déclaration des paiements dans le délai légal constituait une faute de gestion, la cour d'appel a pu en déduire que ce dirigeant ne contestait pas davantage que cette faute avait contribué à l'insuffisance d'actif²⁰⁴⁸.

D- Le délai de prescription

503- L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan²⁰⁴⁹. **Le moyen tiré de la prescription de l'action ne peut être soulevé d'office²⁰⁵⁰.** Il est à noter que l'absence de solidarité existant entre les dirigeants sociaux visés par une action en comblement de passif vient limiter l'effet interruptif de la prescription au seul

2040- Cass. com. 11 juill. 1995; 24 sept. 2003, RJDA 3/2004, n° 352.

2041- Cass. com. 27 juin 2006.

2042- Cass. com. 1^{er} juill. 1975, Rev. sociétés 1976. 499, note J.-P. Sortais.

2043- C. com., art. L. 623-2.

2044- Cass. com. 27 févr. 1978, D. 1978, IR 334, obs. A. Honorat.

2045- Rép. min. R. Badinter, JOAN 1984, p. 1382.

2046- G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* n° 3285.

2047- F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., 1991, Dalloz, n° 458.

2048- Cass. com. 14 nov. 2000, RJDA 3/2001, n° 347.

2049- C. com., art. L. 651-2, al. 2.

2050- Cass. com. 30 janv. 2007, n° 05-17.466, Juris-Data n° 037192.

dirigeant visé par l'assignation²⁰⁵¹. Cette solution s'explique, d'une part, par la règle selon laquelle les dirigeants ne seront solidairement obligés que si le tribunal le décide et, d'autre part, en application de l'article 1206 du code civil aux termes duquel les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. Les débiteurs n'étant pas légalement tenus solidairement avant que le tribunal ne le décide, l'effet interruptif lié à la solidarité ne joue pas.

De plus, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est indépendante de l'action spéciale en responsabilité ouverte par l'article L. 225-254 du code de commerce contre les dirigeants d'une société anonyme et de l'action générale en responsabilité civile extracontractuelle et se prescrit, aux termes de l'article L. 651-2, alinéa 3, du code de commerce, par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, sans considération de la date de commission des fautes de gestion reprochées au dirigeant poursuivi²⁰⁵².

Lorsqu'elle est engagée pour insuffisance d'actif, la responsabilité du dirigeant emporte des conséquences patrimoniales.

II- LES CONSÉQUENCES PATRIMONIALES DE CETTE RESPONSABILITÉ

504- Une fois le montant de la sanction prononcé (A), il est ensuite affecté (B). Si le dirigeant n'exécute pas la sentence, il est sanctionné (C). Par ailleurs, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif exclue celle en responsabilité civile de droit commun (D).

A- Appréciation du montant de la condamnation

505- À la différence du droit commun de la responsabilité civile, la loi de 1985 comme celle de 2005 ont confié au juge un pouvoir souverain d'appréciation en opportunité du montant de la condamnation. Il n'est pas tenu de réparer l'entier préjudice. Ce régime de faveur se justifiait sous l'empire de la loi de 1967 par l'existence d'une présomption de responsabilité dans l'article 99. Il se justifie aujourd'hui par la conception extensive de la causalité et par le fait que le montant du préjudice peut être sans commune mesure avec les forces contributives personnelles du dirigeant. **Ce pouvoir modérateur du juge est la confirmation du caractère « sanctionnateur » de l'action en comblement du passif**²⁰⁵³.

Le juge, en présence d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, conserve la faculté de ne pas condamner. S'il entre en condamnation, il peut moduler des sommes mises à la charge du dirigeant en décidant par exemple que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie. Il peut répartir librement les sommes mises à la charge de plusieurs dirigeants et tenir compte de la différence de gravité de leurs fautes respectives, de la différence de leurs rôles dans la personne morale, voire de la différence de leurs capacités contributives. Il peut les condamner individuellement ou avec solidarité, tous ou quelques-uns seulement. Depuis la loi du 26 juillet 2005, la déclaration de solidarité doit être motivée. L'appréciation des juges du fond n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation²⁰⁵⁴. Ainsi une cour d'appel a exactement déduit que le dirigeant représentant permanent d'une personne morale au conseil d'administration de la société pouvait être condamné à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles²⁰⁵⁵.

Il faut ici souligner que la solidarité n'étant pas de droit, l'effet interruptif de prescription ne joue pas à l'égard des autres dirigeants²⁰⁵⁶, ce que certains n'hésitent pas à critiquer dans la mesure où ce régime ferait de l'obligation non pas une obligation solidaire mais une obligation in solidum.

2051- Cass. com. 7 nov. 2006, n° 05-16.963, Bull. Joly 2007. 359, obs. F.-X. Lucas, Act. pr. coll. 2006, n° 253.

2052- Com. 8 avr. 2015, n° 13-28.512, D. 2015. Actu. 862, obs. Lienhard.

2053- J. GUYÉNOT [sous la dir. de], article préc.

2054- Cass. com. 4 juill. 1972, Bull. civ. IV, n° 216.

2055- Cass. com. 3 janv. 1995, Bull. Joly 1995. 266, note A. Couret.

2056- Cass. com. 7 nov. 2006, n° 05-16.693; Cass. com. 26 oct. 1999, n° 97-10.464.

La seule limite imposée au juge, limite supérieure, c'est celle de l'insuffisance d'actif²⁰⁵⁷. Ce maximum est une autre faveur faite aux dirigeants²⁰⁵⁸. L'insuffisance d'actif représente l'exact préjudice des créanciers (dettes de la personne morale), mais peut être différent du dommage subi par la personne morale. Ce dernier peut être bien supérieur comme lors de la perte d'un actif supérieur au montant du passif net, perte d'une chance de ne pas tomber en état de cessation des paiements, etc.), ce qui fait naître la question de l'exercice parallèle d'une action de droit commun.

Une fois le montant de la condamnation déterminé, il est affecté.

B- Affectation du montant de l'action

506- L'article L. 651-2, alinéa 3, du code de commerce précise que : « **Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa 1^{er} entrent dans le patrimoine du débiteur.** Ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc ».

507- Principe : entrée dans le patrimoine du débiteur. La suppression de la masse et de son patrimoine en 1985 a eu pour conséquence, ce qui ne pouvait aller autrement, que les sommes provenant de la condamnation des dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Bien que mécaniquement logique, compte tenu de la disparition du patrimoine de la masse, cette solution est paradoxale car, au résultat, c'est le débiteur fautif qui profite du produit de sa faute²⁰⁵⁹. En tout état de cause, l'intégration du produit de l'action au patrimoine du débiteur met un terme au débat antérieur sur l'application ou la non-application des privilèges.

508- Affectation des sommes aux créanciers au marc le franc. Sous l'empire de l'ancien texte, en cas de liquidation judiciaire ou de cession, la solution était simple et précise : le produit de l'action intentée contre les dirigeants était réparti entre tous les créanciers au marc le franc (anc. art. L. 624-3 dernier al.). Cette solution mettait, en cas de liquidation judiciaire ou de cession seulement, un terme à la jurisprudence antérieure qui, après revirement, avait fini par reconnaître aux créanciers le droit d'invoquer leurs privilèges sur ces sommes²⁰⁶⁰. La loi de 1985 imposait donc l'égalité entre les créanciers. Cette solution était néanmoins paradoxale au moment où la masse et son patrimoine n'existaient plus. Puisque ces sommes entrent de plein droit dans le patrimoine du débiteur, donc dans le gage général des créanciers, elles auraient dû subir le poids et la hiérarchie des privilèges. Telle n'était pas la solution du droit antérieur. La loi du 26 juillet 2005 a généralisé cette solution en prévoyant que les sommes seront réparties entre les créanciers au prorata de leurs créances²⁰⁶¹. Seuls seront payés par priorité les frais de justice auxquels est condamné le dirigeant²⁰⁶².

Cependant, le dirigeant peut être tenté de se soustraire à la sentence judiciaire.

C- Sanction de l'inexécution et de la condamnation

509- L'ancien article L. 624-4 du code de commerce disposait que le tribunal pouvait ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard des dirigeants à la charge desquels avait été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittaient pas de cette dette. Cette sanction a aujourd'hui disparu. En revanche, a été maintenue par la loi du 26 juillet 2005 la possibilité pour le tribunal de prononcer une condamnation à faillite personnelle ou une

2057- Cass. com. 21 janv. 2003, Act. pr. coll. 2003, n° 77.

2058- J. GUYÉNOT [sous la dir. de], article préc.

2059- V. la dénonciation argumentée de F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, op. cit., n° 411.

2060- Cass. com. 7 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 141, D. 1979. 431, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

2061- C. com., art. L. 651-2, al. 3.

2062- Art. L. 651-3, al. 4.

interdiction de gérer²⁰⁶³, avec privation du droit de vote dans les assemblées de la personne morale, le tribunal pouvant également imposer la cession forcée, de ses parts ou actions²⁰⁶⁴. Enfin, s'il s'est volontairement rendu totalement ou partiellement insolvable, il risque une sanction pénale²⁰⁶⁵.

D- Exclusion de la responsabilité civile de droit commun

510- Sous l'empire de la loi de 1967, on avait admis le cumul de l'action en responsabilité civile de droit commun contre les dirigeants avec l'action en comblement du passif de l'article 99²⁰⁶⁶. L'article 99 de la loi de 1967 se distinguait du droit commun de la responsabilité civile en reposant sur une double présomption, de faute et de causalité, et en accordant au tribunal un exceptionnel pouvoir modérateur de la réparation mise à la charge des dirigeants. On comprend que, dans ces conditions, on ne se soit pas opposé, au moins en principe, au cumul des deux actions. L'action en comblement du passif de l'article 99 de la loi de 1967 était une action spécifique venant doubler l'action du droit commun par des conditions plus favorables pour le demandeur, mais ne l'excluant pas. Aussi, la jurisprudence avait-elle admis que le syndic puisse agir contre les dirigeants fautifs soit sur le fondement de l'action spéciale en comblement du passif, soit sur le fondement des actions du droit commun ou du droit des sociétés, et que les tiers victimes des agissements des dirigeants pouvaient également agir sur le fondement des actions en responsabilité civile du droit commun et du droit des sociétés²⁰⁶⁷.

La loi de 1985, en alignant le régime de l'action en comblement du passif sur le droit commun de la responsabilité civile, par l'exigence de la preuve d'une faute et d'un lien de causalité, avait conduit la doctrine à proposer d'écarter le cumul des actions au profit de la seule action en comblement du passif²⁰⁶⁸. Cette proposition fut adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a, au cours du premier semestre 1995, opéré un revirement de jurisprudence et posé le nouveau principe du non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions du droit commun et du droit des sociétés²⁰⁶⁹.

511- *Revirement de jurisprudence.* Deux arrêts sont particulièrement importants. En premier lieu, celui rendu le 28 février 1995²⁰⁷⁰ qui décide « que, lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985, qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action au paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 » (actuel art. L. 223-22). Cet arrêt écarte l'application des actions en responsabilité des dirigeants prévues par le droit des sociétés, au profit exclusif de l'action en comblement du passif prévue par le droit des procédures collectives²⁰⁷¹. Il n'en est autrement que si l'action est fondée sur des faits postérieurs au jugement d'ouverture²⁰⁷². Un second arrêt de principe a été rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 20 juin 1995, qui réitère la

2063- C. com., art. L. 653-6 et L. 653-8.

2064- Art. L. 653-9.

2065- C. com., art. L. 654-14.

2066- J. GUYÉNOT [sous la dir. de], article préc.

2067- (Cass. com. 22 mai 1957, RTD com. 1957. 1015, obs. R. Houin ; 16 avr. 1991, Bull. Joly 1991. 705, note J.-J. Daigre).

2068- J.-J. DAIGRE, De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, Rev. sociétés 1988. 199.

2069- V. arrêts des 31 janv. 1995, 28 févr. 1995, 21 mars 1995, 9 mai 1995, 6 juin 1995 et 20 juin 1995; M.

C. PINIOT, Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, RJDA 7/1995, p. 639; J.-J. DAIGRE, Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun, Bull. Joly 1995. 953.

2070- Cass. com. 28 févr. 1995, D. 1995. 390, note F. Derrida, Bull. Joly 1995. 544.

2071- CA Chambéry, 12 sept. 2006, Rev. proc. coll. 2007. 91, n° 11.

2072- Cass. com. 14 mars 2000, Bull. civ. IV, n° 59, RTD com. 2000. 655, obs. C. Champaud et D. Danet, D. 2000, AJ 186, obs. A. Lienhard.

position précédente de la Cour et l'étend aux actions nées du droit commun de la responsabilité civile, qui sont également écartées au profit de l'action en comblement du passif²⁰⁷³. Il décide « que, lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de ladite loi, qui ouvrent aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles des articles 1382 et 1383 du code civil ». Le revirement, amorcé par les juridictions du fond, en particulier par la cour d'appel de Paris en 1992²⁰⁷⁴ a été ainsi consacré par la Cour de cassation. Désormais, le principe est celui de la primauté du droit des procédures collectives.

512- *Approbation.* Cette nouvelle jurisprudence doit être approuvée en droit et en équité.

En droit, le cumul n'était plus admissible depuis que la loi du 25 janvier 1985 avait réformé les conditions de fond de l'action en comblement du passif pour en faire une pure et simple action en responsabilité civile pour faute quant à sa nature. La loi du 25 janvier 1985 a repris à l'article L. 624-3 du code de commerce l'action improprement appelée comblement du passif, mais elle l'a fait en lui apportant des modifications substantielles. Là où l'article 99 de la loi de 1967 retenait une responsabilité de plein droit à l'égard des dirigeants, la loi de 1985 réinsérait l'action en comblement du passif dans le droit commun de la responsabilité civile en exigeant pour sa mise en oeuvre la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, ce qui revient à exiger la double preuve d'une faute et d'un lien de causalité, celle du préjudice étant par hypothèse réalisée par la constatation préalable d'une insuffisance d'actif. Mais, si l'ancien article L. 624-3 et le nouvel article L. 651-2 définissent la responsabilité des dirigeants sociaux dans l'insuffisance d'actif de leur société par application des principes généraux de la responsabilité civile, il reste que le régime et les effets de l'action en comblement du passif sont nettement différents de ceux de la responsabilité civile de droit commun. D'une part, au rang de sa mise en oeuvre, on doit noter que seuls le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le procureur de la République peuvent saisir le tribunal, ainsi que et à certaines conditions les créanciers contrôleurs, et que ni les anciens organes de la société, ni les associés *ut singuli*, ni les créanciers ne peuvent agir individuellement ; que même si une faute causale est prouvée, le tribunal peut ne pas condamner ou peut souverainement modérer la condamnation; que le montant de la condamnation est toujours limité à l'insuffisance d'actif et exclut tout autre chef de préjudice. D'autre part, au rang des effets de l'action, on doit remarquer que les sommes auxquelles les dirigeants peuvent être condamnés sont destinées à entrer dans le patrimoine de la société et sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc, ce qui est contraire au principe de droit commun de la distribution des deniers en fonction du rang des créanciers.

En équité, le maintien des actions en responsabilité du droit des sociétés et du droit commun n'était pas acceptable car il y a un subjectivisme inhérent à la notion de faute, d'autant plus qu'elle fait l'objet d'une appréciation *a posteriori*, subjectivisme encore plus grand s'agissant de la notion de faute de gestion. Celle-ci, en effet, ne peut recevoir *a priori* qu'une définition large et très imprécise. S'agissant de la conduite d'une entreprise et non pas simplement du comportement social d'un individu, les décisions de gestion sont par nature aléatoires et présentent un risque inévitable d'erreur dans la mesure où il s'agit toujours de faire un pari sur l'avenir et sur un environnement économique et social que personne ne maîtrise, surtout pas le dirigeant. Dans l'insuffisance d'actif d'une société en redressement judiciaire, il entre toujours plusieurs causes. Là, plus qu'en aucun autre domaine, les causalités sont enchevêtrées. Pour toutes ces raisons, il faut réserver au juge un

2073- Cass. com. 20 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 186, Bull. Joly 1995. 987, note B. Saintourens.

2074- CA Paris, 2 avr. 1992, RJDA 8-9/1992, n° 871; 17 avr. 1992, Bull. Joly 1992. 953, note J.-J. Daigre ; 9 sept. 1992,

RJDA 2/1993, n° 171; Pour une application, sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, du principe de non-cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif fondée sur les dispositions spéciales du livre VI du code de commerce avec les régimes de responsabilité civile de droit commun (Com. 19 nov. 2013, n° 12-16.099, D. 2013. Actu. 2767, obs. Lienhard.

pouvoir modérateur afin de lui permettre de se prononcer en toute équité.

513- Actions écartées. Dès lors, les actions suivantes doivent être écartées au profit de la seule action en comblement du passif : toute action des tiers fondée soit sur la responsabilité civile de droit commun des articles 1382 et 1383 du code civil, soit sur la responsabilité civile spéciale du droit des sociétés, de l'article 1850 du code civil pour toutes les sociétés civiles, des articles L. 223-22 et L. 225-251 du code de commerce pour les SARL et les sociétés par actions ; l'action sociale ut singuli des associés fondée sur les textes précédents du droit des sociétés. Enfin l'article L. 652-1 en son dernier alinéa précise que l'obligation aux dettes sociales ne peut se cumuler avec la responsabilité pour insuffisance d'actif.

514- Actions maintenues. Peuvent être exercées, en parallèle avec l'action en comblement du passif, les actions suivantes : l'action individuelle d'un créancier ou d'un associé en réparation d'un préjudice personnel distinct du préjudice collectif fondée sur une faute personnelle détachable des fonctions du dirigeant²⁰⁷⁵ ; l'action spéciale de l'administration fiscale fondée sur l'article L. 267 du livre des procédures fiscales²⁰⁷⁶ ; l'action en responsabilité pour gestion de fait d'une collectivité publique de l'article 60-XI de la loi du 23 février 1963 ; l'action civile devant une juridiction pénale contre un dirigeant coupable d'une infraction²⁰⁷⁷. Enfin, on écarte le non-cumul dès qu'aucune insuffisance d'actif n'est alléguée²⁰⁷⁸.

515- Maintien du non-cumul au-delà de la clôture de la procédure collective. Il reste une dernière question. Les actions du droit de la responsabilité civile ou du droit des sociétés retrouvent-elles leur empire lorsque cesse la procédure collective, à la suite de l'homologation d'un plan de redressement ou de la clôture de la liquidation judiciaire ? La réponse est délicate de prime abord. D'un côté, une réponse positive pourrait être donnée en constatant que la prééminence de l'action en comblement du passif est liée à l'existence d'une procédure collective en cours. La disparition de cette dernière devrait faire renaître les actions de droit commun et du droit des sociétés. Mais, outre que ce serait faire de ces diverses actions des actions à éclipse, ce qui est peu admissible en soi, cela reviendrait à faire fi de la prescription de l'action en comblement du passif, qui est de trois ans à compter du jugement qui résout le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. En effet, au terme de cette prescription, l'action en comblement du passif ne peut plus être exercée. Dès lors, les actions de droit commun ou de droit des sociétés ne doivent pas pouvoir s'y substituer. Plus encore, le fait que cette prescription se développe pendant plusieurs années après le jugement qui prononce la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement ou le jugement qui prononce la liquidation judiciaire, c'est-à-dire après la clôture de la procédure, démontre que l'action en comblement du passif déploie ses effets au-delà de la procédure collective. Il se produit donc nécessairement un effet d'extinction des actions de droit commun et du droit des sociétés dès lors que s'ouvre une procédure collective, comparable à l'effet de suspension des actions individuelles en paiement des créanciers, dont on sait qu'il se prolonge indéfiniment au-delà de la clôture de la procédure en vertu de l'article L. 643-11 (sauf les cas prévus par ce même article).

2075- Cass. com. 7 mars 2006, D. 2006, AJ 857, obs. A. Lienhard, Rev. sociétés 2006. 644, note J.-F. Barbieri ; CA Lyon, 22 févr. 2007, BICC n° 869, 15 avr. 2007.

2076- Cass. com. 9 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 331, Rev. sociétés 1998. 316, note J.-J. Daigre.

2077- J.-J. DAIGRE, note sous Cass. crim. 30 mai 1994, Bull. Joly 1994. 1205 ; adde : Cass. crim. 23 mai 1995, BRDA 1995, n° 15/6, p. 5.

2078- Cass. com. 28 mars 2000, Act. pr. coll. 2000, n° 113, obs. B. Saintourens.

Chapitre II

L'efficience des sanctions civiles classiques

516- L'abrogation de la sanction pénale de certaines dispositions du droit pénal des affaires ne serait pas synonyme de permissivité du législateur à l'égard du dirigeant. Loin s'en faut, puisque les alternatives classiques ont naturellement vocation à prendre le relai. D'une manière générale, nous l'avons dit, il est préférable que les comportements véniels du dirigeant n'appellent qu'une réparation et non une punition et donc ne relèvent que de la seule sphère civile.

Les alternatives classiques à la répression pénale offrent plusieurs solutions de substitution dont les sanctions civiles (Section I) et le mécanisme de la gouvernance (Section II).

SECTION I : LES SANCTIONS CIVILES DE DROIT COMMUN

517- Il existe, en droit des sociétés, plusieurs alternatives procédant de la voie civile et dotées d'une bien meilleure efficacité que la sanction pénale quant à l'objectif poursuivi par le législateur. La responsabilité civile du dirigeant ayant déjà fait l'objet de très nombreuses études, elle ne sera pas

ici abordée. Seuls les nullités (I), et le référé injonction de faire (II), seront ici examinés.

I- LES NULLITÉS

518- Alternatives classiques de droit commun, les nullités peuvent se révéler bien plus utiles qu'on ne le pense (A) pour peu qu'elles soient maniées d'une manière efficiente. Dans cette perspective, il convient de prêter une attention toute particulière à leurs causes (B) et à leur régime (C).

A- Utilité des nullités

519- *La nécessité d'articuler les sanctions visant le dirigeant en droit des sociétés.* La loi du 24 juillet 1966 était marquée par un dirigisme parfois excessif, notamment caractérisé par une multitude d'infractions pénales visant le dirigeant. Tout le monde s'accordait à dire que cette pénalisation à outrance du droit des sociétés n'était en rien justifiée, et pour cette raison les textes n'étaient la plupart du temps pas appliqués. Dans les années 2000, une vague de lois est venue réduire de façon conséquente le nombre d'infractions édictées dans le livre II du code de commerce. On peut notamment citer la loi du 15 mai 2001 dite loi sur les nouvelles régulations économiques, la loi du 1^{er} août 2003 dite loi sur la sécurité financière, la loi du 1^{er} août 2003 dite loi pour l'initiative économique ainsi que les ordonnances du 25 mars 2004 et du 24 juin 2004. Il s'est alors produit un effet de dominos tout à fait logique. La dépenalisation devait nécessairement s'accompagner de sanctions civiles afin d'assurer le respect de textes impératifs²⁰⁷⁹. Dans un premier temps, et principalement dans la loi du 1^{er} août 2003 dite loi sur la sécurité financière, le législateur a choisi de recourir à la sanction de droit commun, c'est-à-dire la nullité. Or, l'un des apports majeurs de la loi du 24 juillet 1966 a été de circonscrire autant que possible les hypothèses de nullité en droit des sociétés. En effet, dès lors qu'une décision interne de la société est susceptible d'être annulée, la nullité remet en cause de façon subséquente un certain nombre d'actes, ce qui génère une grande insécurité juridique²⁰⁸⁰. Si l'on ajoute à cela le fait que les délibérations d'associés font l'objet de nombreuses formalités, les hypothèses de nullité sont alors démultipliées. Cela a conduit le législateur à repenser l'architecture des sanctions visant les dirigeants en droit des sociétés. Tout en poursuivant la dépenalisation de ce droit, il a tenté de trouver des sanctions alternatives aux nullités, ou encore d'aménager le régime de ces dernières afin qu'elles ne soient prononcées que dans les cas les plus graves. La loi relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives poursuit donc dans cette voie, en tentant de procéder à des ajustements subtils pour parvenir à un équilibre plus acceptable des différentes sanctions. La nouvelle modification de l'article L. 225-149-3 du code de commerce, qui répartit les sanctions entre nullités obligatoires, nullités facultatives et injonctions de faire, en est la meilleure illustration.

L'étude des nullités autorise donc une réflexion en termes d'efficacité des règles imposées selon des modalités variables. C'est ainsi que, parfois, le législateur édicte la nullité pour remplacer des sanctions pénales antérieurement prévues contre les dirigeants, médiocrement appliquées²⁰⁸¹ et passablement efficaces à l'encontre du dirigeant, ou encore qu'il recourt à l'injonction de faire en d'autres hypothèses en fonction de considérations diverses ou de circonstances changeantes²⁰⁸². En effet, la multiplication des dispositions répressives devait, d'une part, avoir pour effet de dissuader le dirigeant de commettre certaines irrégularités, et d'autre part, de le sanctionner après l'infraction. Par ailleurs, la question de la nullité a été affectée par l'imprécision des dispositions législatives sur

²⁰⁷⁹ - P. LE CANNU, *Des sanctions pénales aux sanctions civiles* in P. BÉZART et D. TRICOT (dir.), *Le droit des sociétés pour 2004*, DALLOZ, 2004, p. 227.

²⁰⁸⁰ - P. LE CANNU, *La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés*, in *Le juge et le droit de l'économie* : Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, MONTCHRESTIEN, 2002, p.113.

²⁰⁸¹ - À propos de l'article L. 235-2-1 du Code de commerce, P. MERLE, *Sociétés commerciales*, 14e éd. DALLOZ, 2010, spéc. n° 486.

²⁰⁸² - L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse, Paris I, 1997,

ce point. Ce qui engendra une controverse sur l'étendue précise des cas de nullité²⁰⁸³.

Les liens entre nullité affectant les actes du dirigeant et droit pénal se sont retissés depuis que les partisans de la dépénalisation du droit des sociétés recommandent d'y recourir prioritairement²⁰⁸⁴. Jusqu'aux dépénalisations successives qu'a récemment connues la matière, la nullité a été assez peu utilisée. Dans les grandes lignes, le Code de commerce distingue trois types de nullités : d'abord, celle affectant les actes constitutifs de la société; ensuite, celle relative aux actes ou modifications statutaires si elle est expressément prévue ou fondée sur une cause de droit commun; enfin, celle touchant les actes ou délibérations relatifs au fonctionnement de la société²⁰⁸⁵. La question s'est posée de savoir si une disposition pénalement sanctionnée était nécessairement une disposition impérative. Dans l'affirmative, la nullité serait réduite à une fonction de véritable accessoire de la peine. Au regard du caractère peu tranché de la jurisprudence actuelle, aucune équation ne peut être définitivement formulée entre « disposition impérative » et sanction pénale²⁰⁸⁶. Dans tous les cas, le recours à la nullité en droit des sociétés démontre bien qu'une régulation des comportements infractionnels du dirigeant est possible sans un recours systématique au droit pénal, s'agissant surtout des agissements les plus véniels; ce qui pourrait justifier la dépénalisation de bon nombre de comportements.

Seulement, la crainte de l'insécurité juridique attachée à toute nullité n'a jamais été surmontée²⁰⁸⁷. De même, l'action en nullité n'est ouverte qu'aux personnes auxquelles la disposition violée par le dirigeant assure protection, et son prononcé pour violation d'une disposition impérative est subordonné à l'existence d'un grief²⁰⁸⁸. L'application en ce domaine de la théorie processuelles des nullités faisant grief est révélatrice de ce que la nullité vise prioritairement la protection des droits des associés. Dans cette perspective, pour être efficace, la nullité doit être absolue²⁰⁸⁹, car c'est généralement à cette condition qu'elle développe son principal effet qui réside dans l'effacement de l'acte juridique illicite. Il convient à présent de confronter la théorie des nullités à la réalité du contrat sociétaire.

L'article 1832 du code civil définit toujours la société comme un contrat. Depuis la réforme opérée par la loi du 11 juillet 1985²⁰⁹⁰, ce texte comporte pourtant aussi des allusions à l'institution et à l'entreprise. La loi reconnaît ainsi, aujourd'hui, que la nature juridique de la société n'est pas homogène. La matière des nullités elle-même est affectée par cette situation. La relation du phénomène sociétaire avec l'institution et l'entreprise entraîne ici des divergences par rapport au droit civil. En même temps, cependant, la persistance de l'élément contractuel empêche que la rupture ne soit totale. Il y a alors, juxtaposition de règles, dont le fondement et l'origine sont différents. Un tel système est donc nécessairement complexe. Mais il a été imposé par l'expérience. Du seul fait qu'elle s'exerce dans le cadre d'une personne morale, l'activité des associés n'est pas entièrement comparable à celle de contractants ordinaires. La remise en question d'une opération de société est souvent susceptible de porter préjudice à des tiers de bonne foi : créanciers, salariés, fournisseurs. Une action en annulation, qui serait engagée à des fins spéculatives, n'est pas, non plus, inconcevable. L'opportunité de la nullité, comme réplique à la transgression de la norme juridique par le dirigeant peut, dès lors, être compensée par des inconvénients, qui incitent à la priver de son automaticité habituelle.

²⁰⁸³ - M. GERMAIN, *De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article par l'article 360 de la loi de 1966*, Bull. Joly 1992, p. 491, spéc. p. 494.

²⁰⁸⁴ - M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op. cit. n° 544; M. AZAVANT, *La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. soc. 2003. 442.

²⁰⁸⁵ - Articles L. 235-1 Code de commerce et 1844-10 alinéa 3 du Code civil.

²⁰⁸⁶ - F. BARRIÈRE, *Ordre public et impérativité*, Rev. soc. 2007. 713.

²⁰⁸⁷ - J. FOYER, *La genèse de la loi sur les sociétés commerciales*, Rev. soc. 1996. 431 spéc. 432 qui s'interroge sur le fait de savoir comment assurer l'observation de ces prescriptions : « La nullité, elle fait plus de mal que de bien. »

²⁰⁸⁸ - Ch. mixte, 16 décembre 2005, JCP E, 2006. 2035, n° 9, obs. J-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, Rev. soc. 2006. 327, note B. SAINTOURENS.

²⁰⁸⁹ - C. HANNOUN, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, RTD com, 1993. 227.

²⁰⁹⁰ - D. 1985.393.

C'est pourquoi, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, déjà quelques dispositions, dérogoires au droit commun, avaient été prises. Une loi du 1^{er} août 1893²⁰⁹¹, puis un décret-loi du 30 octobre 1935²⁰⁹² avaient ainsi institué des mécanismes de régularisation des actes nuls et abrégé la prescription de l'action en nullité. De son côté, la jurisprudence avait développé la responsabilité des fondateurs et élaboré la théorie de la société de fait, afin de transformer l'annulation en simple dissolution sans rétroactivité²⁰⁹³. La loi du 24 juillet 1966 a systématisé ces mesures²⁰⁹⁴. La plupart d'entre elles ont été ensuite étendues aux sociétés civiles par la loi du 4 janvier 1978²⁰⁹⁵.

Pour autant, les solutions, dégagées par ces textes, ne sauraient être entièrement détachées de la théorie générale des obligations civiles. Le droit des sociétés abandonne, largement sans doute, la proposition simple selon laquelle un acte ne répondant pas aux conditions posées par la loi pour sa souscription est irrémédiablement privé d'efficacité. Mais cette différence ne suffit pas à exclure toute référence aux conceptions civilistes.

Le très ancien débat sur la différence entre nullité et inexistance a ainsi sa place en droit des sociétés, même s'il y débouche également sur une conclusion négative : à savoir, qu'à partir du moment où un acte a été passé et constate des engagements, il crée des obligations, au moins apparentes, que seule une décision d'annulation peut effacer²⁰⁹⁶.

Ainsi encore, la distinction entre nullités textuelles et nullités virtuelles se retrouve à propos des sociétés. Elle y a même plus d'importance qu'en droit civil. Dans ce dernier cas, le domaine des nullités textuelles est limité au mariage, où elles ont précisément été le point de départ de la théorie de l'inexistence. S'agissant des sociétés, en revanche, il est fréquent que l'annulation ne puisse être prononcée en dehors des hypothèses où la loi la prévoit formellement et l'influence du droit communautaire tendrait plutôt actuellement à renforcer cette tendance.

Dans un ordre d'idées similaires, on peut aussi remarquer que le droit des sociétés n'ignore pas l'opposition entre nullités absolues et nullités relatives. La portée pratique en est, sans doute, moindre qu'en droit civil, car le délai de prescription ne varie pas, ici, selon la nature de la nullité. L'intérêt de la distinction, en revanche, reparait quand il faut déterminer les titulaires de l'action ; et les critères utilisés à cet effet sont les mêmes qu'en droit civil.

Le droit des nullités de société n'est donc pas entièrement autonome. Il se détache à bien des égards du droit civil. Il conserve aussi des points de contact avec lui et la raison de cette dualité tient aux impératifs contradictoires, dont le législateur a dû tenir compte. Il est impossible de renoncer, sous prétexte d'efficacité, à faire respecter les dispositions, souvent formalistes, qu'impose une bonne organisation des sociétés. On ne saurait oublier, non plus, que le trouble apporté au déroulement de certaines opérations, pourtant contestables par une annulation, présente parfois plus d'inconvénients que d'avantages. La recherche de solutions médianes s'est donc imposée. Elle domine à la fois la manière dont sont définies les causes de nullité et les conséquences qui leur sont attachées.

B- Causes des nullités

520- L'activité des sociétés présente une continuité qui est la marque de leur caractère institutionnel. Les contrats restent habituellement isolés. S'ils sont révisés ou complétés, ces modifications se

²⁰⁹¹- DP 93.3.68.

²⁰⁹²- DP 1935.4.415.

²⁰⁹³- Cass. req. 2 juillet 1817, S. 1815-1818, chron. 341.

²⁰⁹⁴- Articles 6 et s. et 360 et s. ; D. 1966.265, *rect.* 400.

²⁰⁹⁵- D. 1978.69, *rect.* 260 ; C. civ., art. 1844-10 à 1844-17 nouv.

²⁰⁹⁶- Cass. com. 16 juin 1992, D. 1993.508, note L. COLLET, *Gaz. Pal.* 1992.2. panor. 255 et sur cet arrêt : P. LE CANNU, *Inexistence ou nullité des sociétés fictives*, *Bull. Joly* 1992.875 ; CA Paris, 1^{er} décembre 1992, *Rev. sociétés* 1993.132, obs. Y. GUYON ; CJCE 20 septembre 1990, RTD com. 1990.400. V. aussi, sur cette question, les études de P. DIENER, *Éthique et droit des affaires*, D. 1993, chron. 17, et D. HURSTEL, *Retour à l'éthique : quel est le bon chemin ?* D. 1993, chron. 239. V. *contra* : Cass. 1^{er} civ. 23 mai 1977, D. 1978.89, note JEANTIN ; Cass. 3^e civ. 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. DIENER. V. aussi Trav. ass. H. CAPITANT, 1961-1962, t. 14) sur inexistance, nullité, annulabilité des actes juridiques et P. ROUAST-BERTIER, *Société fictive et simulation*, *Rev. sociétés* 1993.726.

réalisent, en tous les cas, aux mêmes conditions que leur conclusion. Au contraire, le fonctionnement d'une société implique un enchaînement permanent d'opérations, qui, de plus, sont souvent soumises à des exigences de forme et de fond différentes. Les constitutions de sociétés ne relèvent pas du même régime que les modifications statutaires ultérieures. À leur tour, celles-ci ne sont pas entièrement assimilables aux délibérations et résolutions prises dans le cours habituel de la vie sociale. Les conditions de validité des actes passés dans ces différentes hypothèses étant distinctes, les causes de nullité pouvant les affecter le sont nécessairement aussi. Les textes, d'ailleurs, ne réglementent pas ces diverses nullités de façon identique. À leur suite, il convient d'envisager séparément, les questions relatives à la fondation des sociétés (1), à la modification des statuts (2) et aux délibérations ordinaires (3).

1- Nullités relatives à la constitution

521- C'est surtout à ce stade que l'annulation présente des inconvénients, puisqu'elle doit au moins, en principe, avoir pour conséquence la disparition complète de la société. Pour éviter ce résultat, deux méthodes sont théoriquement concevables. La législation française insiste, avant tout, sur la limitation des cas, dans lesquels le prononcé de la nullité par les tribunaux est possible et sur sa réparation *a posteriori*. Une autre solution est toutefois envisageable : elle consiste à faire vérifier, au moment de leur réalisation, les constitutions de sociétés par une autorité extérieure qui s'assurera de leur régularité. Le droit faisant néanmoins une certaine place à ce procédé, il convient de lui consacrer quelques observations liminaires.

Le contrôle des constitutions de sociétés est systématiquement organisé dans de nombreux pays étrangers où il est confié tantôt, comme en Allemagne, à un tribunal et tantôt, comme aux Pays-Bas, à un service administratif²⁰⁹⁷.

Des mesures similaires figuraient en France dans le projet de texte gouvernemental, qui devait aboutir au vote de la loi du 24 juillet 1966²⁰⁹⁸. Telle était, en effet, à la même époque la solution préconisée par la Commission économique européenne dans une proposition de directive en date du 21 février 1964²⁰⁹⁹. Les députés refusèrent, toutefois, de suivre sur ce point le gouvernement, qui renonça finalement à ce contrôle en raison des retards et des frais qu'il pouvait entraîner au moment de la fondation des sociétés²¹⁰⁰.

Cet abandon par le législateur français du principe du contrôle préalable devait, cependant, appeler rapidement un correctif. La directive européenne n° 68/151 du 9 mars 1968²¹⁰¹ reprit, en effet, les recommandations déjà formulées en ce sens par le projet de 1964. Pour mettre le droit français en harmonie avec ce texte, un décret n° 69-1177 du 24 décembre 1969²¹⁰² ajouta donc à l'article 16 du décret n° 67-237 du 23 mars 1967²¹⁰³, qui réglementait à l'époque le registre du commerce, une

²⁰⁹⁷ - C. DUCOULOUX-FAVARD, *Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien t. 1 : Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés en droit allemand et italien et la loi française du 24 juillet 1966*, 1969, LGDJ ; D. FALQUE, *Les nullités de constitution de sociétés*, thèse dactyl. Paris II, 1970 ; M. HAGÈGE, *Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé*, thèse dactyl., Paris II, 1977 ; J. MONÉGER, *Le contrôle de la constitution de l'entreprise, facteur de sa viabilité initiale*, thèse dactyl. Paris I, 1976.

²⁰⁹⁸ - F. GORÉ, *Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet du code français des sociétés*, *RTD com.* 1965.269.

²⁰⁹⁹ - R. SINAY, *La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français*, *Gaz. Pal.* 1965.1. doctr. 39 ; Ph. SIMON, *Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés*, *ibid.* 1965.1. doctr. 65 ; DELEAU, *Le contrôle judiciaire institué par l'article 4 du projet de loi sur la réforme des sociétés*, *Journ. agrées*, 1965.63.

²¹⁰⁰ - R. HOUIN et F. GORÉ, *La réforme des sociétés commerciales*, *D.* 1967, chron. 121 ; NGUYEN XUAN CHANH, *La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966*, *D.* 1966, chron. 27 ; D. BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés commerciales*, *JCP* 1967. I. 2121.

²¹⁰¹ - *D.* 1968.155.

²¹⁰² - *D.* 1970.18.

²¹⁰³ - *D.* 1967.157.

disposition subordonnant l'immatriculation de la société à l'accomplissement des formalités de constitution préalables²¹⁰⁴. Ultérieurement, le décret n° 67-237 du 23 mars 1967 a été abrogé. Mais un principe analogue a été repris par le décret n° 84-406 du 30 mai 1984²¹⁰⁵, qui l'a remplacé. L'article 30 de ce dernier texte dispose, en effet, que : « le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande. Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe (...) ». Le greffier est ainsi en droit de refuser l'immatriculation, s'il estime que la constitution est entachée d'une irrégularité. Il est, toutefois, nécessaire que cette décision, qui doit être rendue dans les cinq jours de la demande, soit motivée (article 30). Le requérant peut alors la contester devant le juge chargé de la surveillance du registre, qui statue par voie d'ordonnance sur requête (article 59). En outre, le décret n° 95-374 du 10 avril 1995²¹⁰⁶ ouvre à la société, dont la demande d'inscription a été rejetée, un autre recours devant le président du tribunal. Celui-ci peut alors, ou statuer seul par voie d'ordonnance, ou renvoyer l'affaire à une audience collégiale.

Toutefois, il convient de mentionner que la directive n° 68/151 du 9 mars 1968 a été abrogée et remplacée par la directive n° 2009/101 du 16 septembre 2009.

Bien que certains auteurs l'aient parfois contesté²¹⁰⁷, le droit français connaît donc, à travers les pouvoirs attribués au greffier, sous le contrôle du tribunal, au moment où il est procédé à l'immatriculation, une forme de contrôle préventif des nullités. La portée en reste, cependant, plus limitée que dans d'autres pays, où l'approbation donnée à la constitution vaut purge de toutes les irrégularités qui auraient pu l'affecter antérieurement. En France, au contraire, l'immatriculation n'est pas un obstacle à l'exercice d'une action en nullité. Il est vrai que l'éventualité en sera relativement rare, la loi ayant fait porter l'essentiel de ses efforts sur la réduction des causes permettant d'engager une telle instance.

De manière concordante, l'article 1844-10 du code civil et l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 prévoient, en effet, que la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition formelle de la loi. Le principe, toutefois, n'est pas énoncé exactement de manière identique par ces deux textes. Comme ils régissent en même temps les sociétés commerciales, il convient donc de rappeler leur teneur respective. L'article 1844-10 du code civil dispose que : « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er} et de l'une des causes de nullité des contrats en général ». Quant à l'article 360, alinéa 1^{er} de la loi du 24 juillet 1966, il énonce que : « La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement, ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs²¹⁰⁸. La nullité de la société ne peut non plus résulter de la nullité des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil. »

Malgré la volonté restrictive, dont ces textes procèdent, l'on peut constater que leurs dispositions combinées n'en retiennent pas moins une série relativement importante de causes de nullité. Cette mesure est, en effet, susceptible d'être entraînée par la violation de certaines dispositions - il est vrai rares - de la loi de 1966. Elle peut aussi être la conséquence de la méconnaissance des textes du code civil régissant, soit le contrat de société proprement dit, soit les conventions en général.

Cependant, il est permis de se demander, à l'heure actuelle, si, s'agissant tout au moins des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes, l'évolution du droit européen ne se traduira pas un jour par une réduction, beaucoup plus radicale, du nombre des nullités²¹⁰⁹.

²¹⁰⁴ - V. J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *La réforme de la réforme des sociétés commerciales*, D. 1970, chron. 45 ; R. SINAY, *La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français (suite...)*, *Gaz. Pal.* 1971.1, doct. 146.

²¹⁰⁵ - D. 1984.345.

²¹⁰⁶ - D. 1995.279, Décr. 30 mai 1984, art. 62-1 à 62-6 nouv.

²¹⁰⁷ - J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*

²¹⁰⁸ - Disposition rajoutée par l'Ord. 69-1176 du 20 décembre 1969, D. 1970.17.

²¹⁰⁹ - F. LECLERC, *Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing?*, *RJ com.* 1992, p. 322.

a- Nullités résultant de la loi du 24 juillet 1966

522- Il n'en existe, de manière incontestable, qu'une seule. Selon l'article 361 de la loi, le défaut d'accomplissement des formalités de publicité lors de la constitution d'une société en nom collectif, ou d'une société en commandite simple, n'a pas simplement pour effet de priver cette société de la personnalité morale comme c'est le cas dans les autres sociétés. Il entraîne la nullité du contrat de société lui-même. Cette disposition est héritée de l'article 58 de la loi du 24 juillet 1867, qui l'appliquait à toutes les sociétés. Mais elle n'a guère de raison d'être même ainsi restreinte, dans le régime actuel et son maintien s'explique en réalité par une inadvertance du législateur au moment des travaux préparatoires²¹¹⁰. Concrètement, sa mise en œuvre ne peut plus être qu'exceptionnelle. L'article 361, en effet, dispose que la nullité qu'il édicte est facultative pour le juge, dès lors qu'il n'y a pas eu fraude des associés²¹¹¹. Par ailleurs, si une instance était engagée, elle pourrait facilement être arrêtée, étant donné les facilités de régularisation offertes par la loi en cas de vice de forme. Un auteur considère même que ce texte ne viserait, en réalité, que l'omission de certaines formalités de constitution²¹¹². Se fondant sur une interprétation littérale de ses termes, il estime que la nullité serait encourue, non en cas de défaut d'immatriculation proprement dit, mais seulement d'immatriculation irrégulière consécutives à l'omission des publicités au sens strict, comme l'absence d'avis au *Journal d'annonces légales* et le défaut de dépôt de pièces au greffe du tribunal. Tel ne serait pas le cas, en revanche, pour l'absence d'insertion au *BODACC*, car la négligence n'est pas imputable en ce cas aux associés, mais au seul greffier du tribunal qui a procédé à l'immatriculation. Aucune décision de justice n'est jusqu'à présent venue confirmer ou infirmer cette opinion. Il ne semble d'ailleurs pas que les tribunaux n'aient jamais prononcé de nullité sur le fondement de l'article 361, dont la portée s'avère ainsi très limitée²¹¹³.

L'on se demande, par ailleurs, à propos de la loi du 24 juillet 1966 s'il convient de considérer comme instituant une véritable nullité la disposition de son article 80, alinéa 4. Elle figure parmi les textes relatifs à la constitution de la société anonyme avec appel public à l'épargne. Dans cette hypothèse, l'accord des associés n'est pas constaté par la signature des statuts. Il résulte de décisions prises dans le cadre d'une assemblée générale constitutive²¹¹⁴. L'article 81 prévoit que cette assemblée peut, à l'unanimité, réduire l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers, prévus dans le projet de statuts. Il précise, toutefois, que cette mesure de réduction doit faire, de la part des apporteurs en nature ou des bénéficiaires d'avantages particuliers concernés, l'objet d'une approbation expresse, mentionnée au procès-verbal. En l'absence d'une telle approbation, « la société n'est pas constituée ». Cette disposition avait été approuvée sans débats, lors du vote de la loi²¹¹⁵. Les auteurs hésitent, en revanche, quant à la signification qu'il convient de lui donner. L'on y a parfois vu une véritable cause de nullité. L'interprétation, la plus couramment admise à l'heure actuelle, paraît cependant être que l'article 80, alinéa 4 ne fait que tirer les conséquences du désaccord des associés sur le contrat qu'ils sont appelés à souscrire²¹¹⁶. Lorsque l'assemblée réduit la valeur des apports en nature ou le montant des avantages particuliers, elle modifie en réalité les termes initiaux des statuts rédigés par les fondateurs. Il est donc logique d'exiger que ce changement reçoive l'accord de ceux des associés, auxquels il porte préjudice, car on peut présumer que leur consentement avait été déterminé par la valeur, au départ attribuée à leurs apports en nature ou aux avantages particuliers, dont ils bénéficient²¹¹⁷.

Bien que l'hypothèse reste assez théorique, il ne serait, dès lors, par inconcevable qu'une société soit

²¹¹⁰- G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, no 753.

²¹¹¹- Cass. com. 13 février 1996, *Defrénois* 1996.1298.

²¹¹²- P. MACQUERON, *J.-Cl. sociétés* fasc. 32 A, n°19.

²¹¹³- V. pour un refus formel d'annulation, Cass. com. 13 février 1996, précité.

²¹¹⁴- L. 24 juillet 1966, art. 79, Décr. 23 mars 1967, art. 66 et s.

²¹¹⁵- AN 3 juin 1965, *JOAN* p. 1801 ; Sénat, 20 avril 1966 *JO Sénat* p. 199.

²¹¹⁶- P. MACQUERON, *J.-Cl. sociétés* fasc. 32-8, n° 22 et s.; J. MESTRE, Lamy (*sociétés*), n° 2393; MERCADAL et JANIN, *Mémento Lefebvre*, n° 3725.

²¹¹⁷- Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, n° 287.

immatriculée, après avoir réduit des avantages particuliers ou la valeur d'apports en nature, mais sans que la décision de l'assemblée constitutive ait été approuvée dans les formes légales par les associés intéressés. En ce cas, il y aurait bien nullité. La raison de cette nullité serait, toutefois, simplement un défaut de consentement, relevant du droit commun des contrats. C'est la raison pour laquelle l'utilité de l'article 80 a parfois été mise en doute par la doctrine²¹¹⁸. La remarque est fondée, dans la mesure où ce texte ne fait que reprendre le principe général, selon lequel un contrat, pour être valable, doit être effectivement approuvé par tous ceux qu'il oblige. Cependant, s'agissant d'une constitution de société avec appel public à l'épargne, le consentement des futurs associés s'exprime dans des formes inhabituelles à travers des résolutions d'assemblées générales où l'unanimité, habituellement, n'est pas indispensable. On peut donc comprendre que le législateur ait pris des mesures afin que soit garantie, dans ces conditions particulières, leur adhésion unanime au pacte social.

b- Nullités liées à la méconnaissance des dispositions régissant le contrat de société

523- Selon l'article 1844-10 du code civil : « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des articles 1832, 1832-1 et 1833 ». Cette disposition est issue de la loi du 4 janvier 1978. Mais elle ne fait qu'explicitement une solution, antérieurement admise. On a toujours considéré, en effet, que les conventions des associés devaient respecter la définition générale du contrat de société donnée par l'article 1832 du code civil. En d'autres termes, la société sera nulle, si elle ne réunit pas les divers éléments constitutifs, énumérés par ce texte. Telle est, tout au moins, la solution de principe. À l'heure actuelle, elle comporte parfois des aménagements et des atténuations. Il convient donc d'évoquer séparément les incidences, que peut avoir sur la validité d'une société la méconnaissance des diverses conditions, dont la formulation de la loi implique le respect.

524- Nombre d'associés. En général, une société doit comporter au moins deux associés et il lui est, sans restriction, permis d'en réunir davantage. Il existe, toutefois, plusieurs formes de sociétés dans lesquelles la loi impose une solution différente. La SARL peut ne compter qu'un seul associé, mais il ne faut pas, en revanche, qu'elle en regroupe plus de cinquante. Dans la société en commandite par actions, le nombre minimum imposé est de quatre et il est porté à sept dans la société par actions. C'est pourquoi l'article 1844-5, alinéa 1^{er} du code civil a pris des mesures pour éviter que la société ne soit dissoute, de plein droit, si, dans le cours de son existence, ces conditions de chiffre cessent d'être remplies. Mais ce texte ne vise pas l'hypothèse où, dès sa constitution, elle n'aurait pas comporté le nombre d'associés imposé par les textes. Un arrêt, rendu dans une espèce où la loi du 24 juillet 1867 précitée était encore applicable, a décidé qu'il y avait là un cas de nullité²¹¹⁹. La doctrine actuelle paraît plus hésitante²¹²⁰. La nullité semble pourtant pouvoir être admise sans risque comme principe, étant données les facilités de régularisation, dont les associés disposent par ailleurs (ici par recrutement de nouveaux associés ou éventuellement dans le cas des SARL la réduction de leur nombre). La question n'a cependant qu'assez peu de chances de se poser car, si l'irrégularité est apparente tout au moins, la demande d'immatriculation sera certainement refusée.

525- Apports. « La mise en commun des apports est une condition indispensable à la constitution d'une société.²¹²¹ » Sans cet investissement de départ, elle ne saurait en effet fonctionner. La nullité d'une société, à laquelle aucune espèce d'apport n'aurait été consentie, n'est donc pas contestée. Mais cette éventualité reste un peu théorique. En revanche, il est arrivé qu'un associé, après avoir promis un apport, refuse de le fournir. Dans ce cas, les arrêts hésitent sur la manière dont il convient

²¹¹⁸- J. HÉMAR, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.* t. 1, n° 758.

²¹¹⁹- Cass. com. 17 novembre 1969, *Bull. civ.* IV, n° 340, *JCP* 1970. II. 16.304.

²¹²⁰- J. MESTRE, *op. cit.*, n° 2402.

²¹²¹- Y. GUYON, *op. cit.*, n° 99.

de qualifier la situation. Certains ont admis que l'on était en présence d'une nullité²¹²². D'autres ont - semble-t-il, plus exactement - considéré qu'il s'agissait d'une hypothèse de résolution pour inexécution du contrat²¹²³.

Une situation assez proche, mais où l'existence d'une véritable nullité ne semble pas douteuse, est celle des apports dépourvus de valeur. L'exemple, le plus couramment révélé par la jurisprudence, est relatif à des biens grevés d'un passif, qui excède leur prix : immeubles hypothéqués²¹²⁴ ou fonds de commerce donnés en nantissement²¹²⁵. Il est aussi arrivé²¹²⁶ qu'un apport en nature soit consenti par un associé qui n'en est pas propriétaire, ou parce que le bien ne lui a jamais appartenu²¹²⁷ ou parce qu'il avait été revendu avant la constitution de la société²¹²⁸. La question qui se pose alors est celle de l'étendue de la nullité entraînée par cet apport irrégulier. La souscription de son auteur est certainement nulle, car la remise de titres, dont il bénéficierait, serait, en réalité, dépourvue de cause. Mais on se demande si la nullité s'étend ou non au contrat de société dans son ensemble. La question paraît dépendre de l'importance pour l'activité de la future société de l'apport, qui vient à lui faire défaut²¹²⁹. Si son fonctionnement reste possible grâce aux apports des autres associés, il n'y a pas de raison de l'annuler. En revanche, si le bien, dont elle se trouve privée, était indispensable à la réalisation de son objet (exploitation d'un fonds de commerce, par exemple), la nullité de l'apport s'étendra fatalement au contrat de société dans son ensemble²¹³⁰. Tout dépend donc finalement de la viabilité de la société malgré la carence de l'un des apporteurs.

526- Recherche et répartition des bénéfices. Jusqu'en 1978, le bénéfice était défini comme un gain positif en argent²¹³¹. Ceci permettrait donc de se demander s'il serait licite d'utiliser le cadre sociétaire pour des activités économiques au résultat moins direct, comme la fourniture aux adhérents du groupement de services en nature ou à prix réduit.

Il n'y a plus, actuellement, lieu de s'interroger sur ce point, puisque, depuis les réformes opérées par la loi du 4 janvier 1978, l'article 1832 du code civil autorise la constitution de sociétés en vue de réaliser de véritables bénéfices, comme de simples économies. La seule difficulté, encore concevable, pourrait donc être liée à la création de groupements entièrement désintéressés par leur objet, mais qui adopteraient la forme sociétaire : pour accroître leur capacité juridique ou échapper aux contrôles administratifs dont ils font parfois l'objet. La méconnaissance de l'article 1832 du code civil serait alors certaine. Mais elle n'aurait pas, pour autant, une nullité comme conséquence. Il y aurait simplement lieu de redonner au groupement sa véritable qualification, qui serait alors nécessairement celle d'une association. L'existence d'une société toutefois ne suppose pas seulement la recherche d'un profit. Elle implique, aussi, sa répartition entre les associés. En principe, celle-ci s'opère en fonction de la valeur des apports en numéraire et en nature. Mais l'article 1844-1 du code civil admet la licéité d'un aménagement conventionnel différent. Il est donc possible de prévoir dans les statuts une répartition inégale, malgré l'égalité des apports ou, inversement, une répartition égale malgré leur valeur différente²¹³². Toutefois, cette liberté

²¹²²- Cass. civ. 2e 27 octobre 1971, *Bull. civ.* II, n° 289, *Rev. sociétés* 1972.274, note B. BOULOC; Cass. com. 28 juin 1976, *Bull. civ.* IV, no 218, *Rev. sociétés* 1977.237, note J. HONORAT, *RTD com.* 1977.516, obs. R. HOUIN.

²¹²³- CA Aix en Provence, 10 avril 1974, *D.* 1974.563, note F. DERRIDA.

²¹²⁴- CA Douai, 6 août 1903, *DP* 1907.2.377; CA Paris, 21 décembre 1933, *DP* 1935.2.32.

²¹²⁵- CA Riom, 22 novembre 1928, *DP* 1930.2.121, note PIC.

²¹²⁶- Cass. civ. 22 février 1892, *DP* 94.1.147; CA Riom, 22 novembre 1928 et T. com. Toulouse, 19 décembre 1929, *DP* 1930.2.121, note PIC; CA Riom 2 mai 1932, *DP* 1934.2.36, note PIC; T. com. Honfleur, 20 novembre 1970, *JCP* 1971. II. 16628, note J. ROUSSEAU, *Rev. sociétés*, 1971.179, note J. HÉMARD, *D.* 1971. somm. 55.

²¹²⁷- T. civ. Metz 11 juillet 1951, *JCP* 1952. II. 7150, note D. BASTAIN; Cass. civ. 20 décembre 1911, *S.* 1914.1.81; rappr. CA Paris, 26 novembre 1885, *S.* 87.2.17, note LYON-CAEN et son pourvoi; Cass. req. 14 juin 1887, *S.* 87.1.407.

²¹²⁸- (Cass. civ. 10 mai 1949, *D.* 1949.227, note LENOAN, *S.* 1949.1.189, note BULTE, *JCP* 1949. II. 4972, note BECQUÉ.

²¹²⁹- Y. GUYON, *op. cit.* n° 99.

²¹³⁰- Cass. civ. 11 avril 1927, *DP* 1929.1.25, note PIC; Cass. com. 28 juin 1976, préc.

²¹³¹- Cass. ch. réun. 11 mars 1914, *DP* 1914.1.257, note L.S.; Cass. civ. 2 mars 1931, *DH* 1931.285.

²¹³²- Cass. 1re civ. 16 octobre 1990, *Bull. Joly* 1990.1029, note P. LE CANNU et antérieurement à la loi du 4 janvier

comporte une limite : il ne faut pas que certains associés s'attribuent la totalité des bénéfices ou s'exonèrent intégralement des pertes²¹³³. Dans le passé, la jurisprudence admettait que la méconnaissance de cette règle, connue sous le nom de prohibition des clauses léonines, entraînait la nullité de la société²¹³⁴. La solution était conforme à l'article 1172 du code civil. Mais elle comportait des inconvénients tels que les arrêts cherchaient parfois à l'éviter de manière indirecte : par exemple, en qualifiant celui qui se serait exonéré de toute participation aux pertes de prêteur et non d'associé²¹³⁵.

À l'heure actuelle, la question paraît résolue²¹³⁶ par l'article 1844-2, alinéa 1^{er} du code civil qui répute « non écrite » la clause léonine. Le contrat subsiste donc, mais sous une forme expurgée. Cette disposition entraîne ainsi, puisque les statuts ne comportent plus de stipulation particulière à ce sujet, le retour, en ce qui concerne la répartition des résultats, au principe posé par l'article 1844-1, alinéa 1^{er} : c'est-à-dire une répartition au prorata des apports²¹³⁷. Le droit des sociétés consacre donc ici la solution, admise par la jurisprudence, toutes les fois que figure dans un contrat une clause illicite, qui n'a pas joué de rôle déterminant dans sa conclusion. La nullité, en ce cas, n'est que partielle. Elle affecte exclusivement la clause prohibée et non le contrat en son entier²¹³⁸. Par rapport au droit commun, la règle que pose l'article 1844-1, alinéa 2 du code civil comporte, cependant, une particularité. Le législateur confère dans tous les cas à la nullité un caractère partiel. Il ne se préoccupe pas de savoir si la clause léonine a joué ou non un rôle décisif dans le consentement des associés qui en bénéficiaient. Son caractère accessoire est donc en quelque sorte présumé et la présomption n'est pas susceptible de preuve contraire, alors qu'en droit commun, le degré de solidarité existant entre la clause affectée par la nullité et le reste du contrat reste soumis à l'appréciation des tribunaux.

527- *Affectio societatis*. Bien que l'article 1832 du code civil n'y fasse pas allusion, il n'est pas contesté que l'*affectio societatis* est un élément indispensable à la validité du contrat de société. Son absence peut-elle, dès lors, constituer une cause de nullité? L'éventualité n'est pas à exclure. Toutefois, étant donné la nature particulière, avant tout psychologique, de cet élément, de telles nullités ne peuvent qu'être rares. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées à cet égard car, selon la manière dont se présente le débat, le rôle de l'*affectio societatis* dans la formation de la société est variable.

La situation la plus courante est, évidemment, celle d'une société régulièrement constituée et publiée. Dans ces conditions, l'existence de l'*affectio societatis* ne prête *a priori* guère à discussion. En signant les statuts, en exécutant les obligations qui en découlent et en faisant procéder à l'immatriculation, les associés manifestent sans équivoque un désir de collaboration, qui répond à la définition de l'*affectio societatis*. Dès lors qu'une telle volonté existe lors de sa fondation, la société se forme donc, en principe, régulièrement. Comme pour tout autre acte juridique, il faut, en effet, se placer alors à la date de souscription pour apprécier si les conditions de validité sont réunies.

Ceci n'empêche sans doute pas qu'un défaut d'*affectio societatis* puisse se faire jour, ultérieurement, dans le cours de la vie sociale. Mais, l'on entre en ce cas dans l'hypothèse de mésentente entre associés, qui constitue parfois une cause de dissolution anticipée de la société²¹³⁹ et non un motif d'annulation. Malgré cela, il n'est pas cependant entièrement exclu qu'une société puisse être

1978 : Cass. civ. 27 mars 1861, *DP* 61.1.161 ; Cass. req. 25 juin 1902, *DP* 1902.1.395.

²¹³³- V. pour l'analyse des clauses qui ont véritablement une telle conséquence : G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, no 780 et s.

²¹³⁴- Cass. civ. 2 mars 1931, *DH* 1931.285 ; Cass. req. 21 décembre 1937, *DH* 1938.67.

²¹³⁵- Cass. com. 12 décembre 1978, *Bull. civ.* IV, no 306, *D.* 1980, IR 161, obs. J.-Cl. BOUSQUET ; Cass. req. 20 décembre 1893, *DP* 93.1.224 ; Cass. civ. 16 juin 1863, *DP* 63.1.295.

²¹³⁶- V. Cependant l'analyse, à ce sujet, quelque peu nuancée de G. RIPERT et R. ROBLOT, t. 1, no 782.

²¹³⁷- Cass. 1^{re} civ. 26 janvier 1988, *Bull. Joly* 1988.197.

²¹³⁸- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, 2013, no 580 et s.; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 15e éd., ARMAND COLIN, 2012, p. 309 et s; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969.

²¹³⁹- Article 1844-7, 5^o Code civil.

déclarée nulle pour absence d'*affectio societatis*, en dépit de la régularité extérieure des conditions où elle a été fondée²¹⁴⁰. C'est ce qui se produit lorsque les associés, tout en effectuant les formalités de constitution, n'étaient pas animés par une réelle volonté associative. Il incombe naturellement au demandeur à l'action en nullité d'établir ce défaut de sincérité des prétendus associés²¹⁴¹, mais il peut le faire par tout moyen²¹⁴², son action étant, en réalité, fondée sur l'existence d'une fraude, parfois soulignée explicitement par les arrêts²¹⁴³. Dans ce cas, le défaut d'*affectio societatis* se combine donc avec une autre cause de nullité, relevant non plus de l'article 1832 du code civil, mais du droit commun des contrats. L'existence de la société était en réalité fictive²¹⁴⁴. Il y a eu simulation dans le but d'éluider l'application de certaines dispositions légales. Dans quelques espèces ayant donné lieu à jurisprudence, le but recherché en créant la société était de tourner les règles successorales sur la réserve²¹⁴⁵, dans d'autres, la législation du travail²¹⁴⁶ parfois, également, la législation sur l'usure²¹⁴⁷ ou encore de faire échec aux droits des créanciers²¹⁴⁸. Le fait que, dans de telles hypothèses, le fondement juridique de la nullité soit la simulation, se trouve, du reste, confirmé par les conséquences, que lui attache la jurisprudence. Selon le principe habituel en la matière²¹⁴⁹, elle reconnaît, en effet, au tiers, dont les droits ont été méconnus, la possibilité, en fonction de ses intérêts, d'invoquer l'existence de la société ou de n'en pas tenir compte²¹⁵⁰. En cas de conflit entre tiers, on tient cependant compte de l'apparence, constituée par la société, plutôt que de la réalité, caractérisée par son absence²¹⁵¹ : l'immatriculation au registre du commerce crée, en effet, en faveur du caractère régulier de la constitution, une présomption, à laquelle le public doit pouvoir se fier.

S'agissant de sociétés non immatriculées, les débats qui s'engagent parfois autour de l'*affectio societatis* se présentent dans des conditions un peu différentes, puisque la volonté des associés à cet égard ne s'est pas manifestée par des signes extérieurs. L'*affectio societatis* intervient alors dans l'appréciation portée par les tribunaux sur l'éventuelle existence d'une société. Mais on ne saurait pour autant dire que son absence soit, véritablement, une cause de nullité. Deux situations sont en effet susceptibles de se présenter à cet égard.

Souvent, on est en présence de conventions écrites, mais rédigées de manière ambiguë, voire d'accords purement verbaux, puisque l'existence d'une société créée de fait ou d'une société en participation peut être prouvée par tous moyens²¹⁵². La question, qui se pose alors, est donc de savoir quelle est la nature exacte du contrat passé ; et l'*affectio societatis* joue un rôle dans l'appréciation portée à ce sujet par les tribunaux. Si cet élément était réellement présent dans l'esprit des souscripteurs de l'acte, ils pourront être considérés comme associés de fait ou en participation. Mais, en son absence, leur accord pourra souvent se voir rattaché à un contrat de nature différente, dont il produira les effets. L'*affectio societatis* n'est donc pas alors un élément de validité du contrat, mais uniquement de sa qualification. Il a ainsi permis à des arrêts de faire la différence entre la société et des contrats tels que le métayage²¹⁵³, le prêt participatif²¹⁵⁴ ou le contrat de travail²¹⁵⁵.

²¹⁴⁰ - Cass. com. 6 octobre 1953, *D.* 1954.25, *S.* 1954.1.149, note J. ROBERT, *JCP*, éd. Cl, 1955.55505, *S.* 1954.1.149, note J. ROBERT ; CA Aix, 7 avril 1970, *JCP* 1970. II. 16466, *Rev. sociétés* 1971.576, note D. SCHMIDT et sur pourvoi : Cass. 1re civ. 20 octobre 1977, *Bull. civ.* I, no 270.

²¹⁴¹ - Cass. com. 4 juillet 1956, *Bull. civ.* III, no 202.

²¹⁴² - Cass. com. 19 mai 1969, *D.* 1969.711, *Bull. civ.* III, no 182 ; 21 mars 1977, *ibid.* IV, no 90.

²¹⁴³ - Cass. 3e civ. 22 juin 1976, *D.* 1977.619, note P. DIENER.

²¹⁴⁴ - V. ROUAST-BERTIER, *Société fictive et simulation*, *Rev. sociétés* 1993.726.

²¹⁴⁵ - Cass. 1re civ. 20 octobre 1971, *Bull. civ.* I, no 270 et aussi Cass. civ. 11 avril 1927, précité.

²¹⁴⁶ - CA Paris, 26 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.660, note A.P.S.

²¹⁴⁷ - Cass. com. 12 décembre 1978 précité.

²¹⁴⁸ - Cass. com. 2 juin 1987, *Bull. civ.* IV, no 132.

²¹⁴⁹ - V. DAGOT, *La simulation en droit privé*, 1967, LGDJ, spéc. no 296.

²¹⁵⁰ - Cass. com. 16 décembre 1954, *Bull. civ.* III, no 562.

²¹⁵¹ - Cass. com. 16 juin 1992, *Bull. civ.* no 243 ; Cass. soc. 14 décembre 1944, *S.* 1946.1.105, note PLAISANT.

²¹⁵² - Article 1871 Code civil.

²¹⁵³ - Cass. soc. 31 juillet 1950, *D.* 1951.149, note R. SAVATIER ; 14 juin 1956, *JCP* 1956. II. 9489, note J. LACOSTE ; 26 octobre 1959, *D.* 1960. somm. 24 ; Cass. 3e civ. 8 mai 1973, *Bull. civ.* III, no 324.

²¹⁵⁴ - Cass. com. 2 juin 1970, *Rev. sociétés* 1971.206, note B. BOULOC ; Cass. 1re civ. 27 février 1973, *Bull. civ.*, no 73 ;

De la même façon, la jurisprudence recourt souvent à l'*affectio societatis* quand il s'agit de distinguer la société et l'indivision²¹⁵⁶. La question s'est, dans quelques affaires, posée à propos des héritiers d'un commerçant qui continuaient l'exploitation du fonds sans procéder au partage. Les tribunaux tendent alors à considérer que si le fonds est simplement maintenu en activité dans sa forme initiale, les héritiers peuvent être considérés comme des propriétaires indivis. En revanche, une gestion plus dynamique, la réalisation d'emprunts pour l'extension du commerce sont des circonstances propres à les faire qualifier d'associés de fait²¹⁵⁷. L'on retrouve encore les mêmes discussions quand deux personnes procèdent à l'achat en commun d'un bien, spécialement d'un bien immobilier, sans indiquer avec précision le régime juridique qu'elles entendent appliquer à cette acquisition. En fonction de la présence ou de l'absence d'*affectio societatis*, l'opération ainsi réalisée sera considérée, tantôt comme une constitution de société créée de fait²¹⁵⁸ et tantôt comme une indivision conventionnelle²¹⁵⁹.

Bien que cela soit relativement rare, il peut pourtant arriver que l'absence d'*affectio societatis* ait des conséquences plus étendues et aboutisse, non au maintien de l'acte sous une qualification qui ne serait pas celle de société, mais à la constatation qu'il n'y a jamais eu de convention quelle qu'elle soit entre les personnes en cause. Mais les tribunaux, quand ils écartent ainsi l'existence de la société créée de fait, ne se bornent pas en général à constater le défaut d'*affectio societatis*. Ils relèvent aussi l'absence d'autres éléments caractéristiques du contrat de société, en particulier le défaut d'apports réels, au moins de la part du demandeur qui voudrait précisément se faire reconnaître des droits sur certains biens, en tant qu'associé de fait. Dans ce genre d'hypothèses, il n'y a donc, en réalité, jamais eu d'accord, même implicite, entre les parties. Les juges ne font rien d'autre que constater cet état de choses, sans même que la décision qu'ils rendent prononce une véritable annulation, puisqu'aucun acte ne concrétisait l'existence de la prétendue société créée de fait. Il serait alors permis de parler d'inexistence de la société, en donnant à cette formule son sens littéral, alors qu'habituellement elle sert plutôt à caractériser une forme aggravée de nullité.

On en arrive ainsi, finalement, quant à la place de l'*affectio societatis* dans la théorie des nullités à une constatation assez singulière. Cette notion joue un rôle déterminant dans la formation du contrat de société. Mais, en même temps, il est rare qu'elle puisse servir de justification et surtout de fondement exclusif à une décision d'annulation, le défaut d'*affectio societatis* n'étant que la conséquence d'une absence complète de consentement.

2- Des nullités relatives aux modifications statutaires

528- À un premier examen, les causes de nullité des actes modifiant les statuts devraient être similaires à celles affectant les constitutions de sociétés. En effet, l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 englobe les deux hypothèses dans la même formule et les soumet donc l'une comme l'autre à la règle selon laquelle l'annulation n'est encourue que dans la mesure où elle est formellement prévue par un texte²¹⁶⁰. Néanmoins, le régime de ces nullités présente quelques particularités, liées à

CA Paris, 21 février 1985, *Defrénois* 1986.1349, no 5, obs. J. HONORAT; Cass. com. 12 octobre 1993, *Bull. civ.* IV, no 330.

²¹⁵⁵- Cass. 1re civ. 27 novembre 1985, *Bull. civ.*, no 323 ; Cass. com. 5 novembre 1974, *Rev. sociétés* 1975.492, note Y. GUYON; 19 novembre 1962, *Bull. civ.* III, no 463.

²¹⁵⁶- P. CATALA, *L'indivision*, *Defrénois* 1979.3, spéc., no 11, 15 et 20 ; F. CAPORALE, *Société et indivision*, *Rev. sociétés* 1979.265 ; C. HOUIN-SAINT-ALARY, *Les caractères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil*, *RTD com.* 1979.645.

²¹⁵⁷- CA Paris, 1er mars 1962, *D.* 1962. somm. 114 ; 28 mai 1964, *JCP* 1964. II. 13916, note J.A. ; 3 mai 1969, *D.* 1969, somm. 69 ; CA Rennes, 24 octobre 1974, *D.* 1975, somm. 120 ; T. com. Marseille 15 mai 1945, *DP* 1946, somm. 8 ; Cass. com. 17 mai 1961, *Bull. civ.* III, no 221 ; 26 juin 1968, *ibid.* IV, no 210 ; 30 mars 1966, *ibid.*, III, no 183.

²¹⁵⁸- Cass. 1re civ. 2 mars 1959, *Bull. civ.* I, no 125 ; Cass. 17 juillet 1959, *ibid.* I, no 366 ; 11 décembre 1961, *ibid.* I, no 597 ; 26 juin 1968, *ibid.*, no 184 ; 9 juin 1971, *ibid.* no 192.

²¹⁵⁹- CA Paris, 24 février 1986, *Defrénois* 1986.1345, no 4 ; Cass. 1re civ. 11 janvier 1983, *JCP* 1984. II. 20127, note F. BOULANGER ; CA Nancy, 16 novembre 1961, *JCP* 1964. II. 13477, note P. VOIRIN; Cass. req. 30 juillet 1901, *S.* 1905.1.502 ; Cass. civ. 22 novembre 1852, *S.* 53.1.73.

²¹⁶⁰- Pour le rattachement du principe, voir CA Rennes, 11 mars 1970, *Bull. Joly* 1971.231.

une double raison : la directive no 68/151 du 9 mars 1968, qui vise uniquement la formation des sociétés, ne leur est pas applicable; le nombre des irrégularités, que la loi de 1966 sanctionne de manière explicite, par une nullité, est alors sensiblement plus élevé qu'en matière de constitution. La proportion respective des divers cas de nullité s'en trouve donc changée. Celles qui résultent directement de la violation d'une disposition de la législation sur les sociétés sont plus fréquentes qu'au moment de la fondation. En revanche, bien que les textes le prévoient aussi explicitement, il est plus rare qu'un acte portant changement des statuts soit annulé parce que méconnaissant les principes relatifs aux contrats en général.

Sur le régime des nullités en cas de modification de capital par les dirigeants, il convient de mentionner que l'article L. 149-3 du Code de commerce a été modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, article 20.

En général, s'agissant des nullités relatives aux modifications statutaires, il faut distinguer celles fondées sur des dispositions formelles de la loi de celles fondées sur les textes régissant les contrats.

a- Nullités fondées sur des dispositions formelles de la loi

529- Les modifications statutaires sont, au moins dans leur principe, le résultat de décisions prises par les associés dans le cadre d'assemblées spécialement convoquées à cet effet et auxquelles s'appliquent, le plus souvent, des conditions de quorum et de majorité particulières. La loi, dans le cadre des sociétés anonymes exclusivement, les qualifie d'extraordinaires. Mais la pratique étend cette expression à toutes les assemblées réunies, en vue d'apporter des changements au pacte social, quelle que soit la forme de la société. Généralement, ces opérations sont réglementées de manière assez minutieuse. En effet, alors que le contrat, qui fonde la société, a été approuvé par tous les associés, sa modification, au moins dans les types de sociétés les plus usuels n'a pas besoin d'être votée à l'unanimité. Une majorité spéciale suffit : 3/4 du capital dans les SARL, 2/3 dans les SA et encore, dans ce dernier cas, avec un quorum, qui est seulement d'un tiers sur première convocation et d'un quart sur la seconde. On comprend donc que des précautions aient été prises, en vue d'accorder malgré tout une certaine protection aux associés minoritaires, appelés à rester dans une société, dont les structures peuvent être changées contre leur gré par les dirigeants. C'est pourquoi, la nullité étant encore le plus sûr moyen de faire respecter la loi, le législateur, en ce cas, n'a pas hésité à y recourir. Mais la menace qui pèse ainsi sur les décisions prises irrégulièrement par les dirigeants est d'intensité variable. Ainsi, certains actes des dirigeants encourent parfois une nullité de plein droit, d'autres, en revanche, ne pourront voir leur nullité prononcée que par le juge.

α- Nullités de plein droit

530- L'on en trouve quelques-unes dans les dispositions régissant les SARL et un nombre sensiblement plus important celles applicables aux sociétés anonymes. Il convient donc de distinguer les deux hypothèses.

531- *Sarl.* Deux textes régissant ces sociétés prévoient, de manière explicite, que leur méconnaissance par les dirigeants est sanctionnée par une nullité.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 65 de la loi du 24 juillet 1966, « Les délibérations prises à défaut de désignation régulière du commissaire aux comptes ou sur le rapport de commissaires aux comptes nommés ou demeurés en fonction contrairement aux dispositions du présent article sont nulles ». Mais cette disposition, qui ne semble pas avoir donné lieu à jurisprudence, demeure nécessairement réduite dans sa portée, les SARL, n'étant qu'assez rarement obligées à se doter d'un commissaire aux comptes²¹⁶¹. De plus, l'action se trouve éteinte si la délibération est ratifiée par le rapport d'un commissaire aux comptes régulièrement désigné. Ajoutons que la règle s'applique aussi aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple, qui peuvent être appelées à

²¹⁶¹- L. 24 juillet 1966, art. 64, al. 2 et Décr. 23 mars 1966, art. 12 et 43.

désigner des commissaires aux comptes, dans les mêmes conditions que les SARL²¹⁶².

L'article 69 de la loi du 24 juillet 1966 qui régit les transformations de SARL en sociétés d'une autre forme indique que toute transformation effectuée en méconnaissance de ses dispositions est nulle. C'est en particulier ce qui a été décidé dans une espèce où il n'avait pas été procédé à la nomination du commissaire à la transformation, dont la désignation est prévue par ce texte²¹⁶³.

532- Sociétés par actions. Les prescriptions légales concernant les modifications statutaires, dont le non-respect est une cause de nullité de la décision prise, sont alors relativement nombreuses. L'article 173, alinéa 1^{er}, qui est le texte de principe en ce domaine dispose, en effet, que : « Les délibérations prises par les assemblées en violation des articles 153, 154, 155, 156, alinéas 1 et 4, articles 157, alinéa 2, 160 et 167 sont nulles ». Cette disposition sanctionne : la violation par les dirigeants des règles relatives à la compétence et aux conditions de quorum et de majorité dans les assemblées générales extraordinaires²¹⁶⁴, lorsque sont modifiées les prérogatives attachées à certaines catégories d'actions, les méconnaissances des dispositions²¹⁶⁵ sur les assemblées spéciales des actionnaires intéressés ; les irrégularités concernant l'ordre du jour²¹⁶⁶ et la feuille de présence²¹⁶⁷.

Deux nouveautés sont à signaler ici. Il s'agit, d'une part, de nouveaux cas de nullités obligatoires. La loi Sécurité financière du 1^{er} août 2003 (article 134) abroge des incriminations pénales visant les dirigeants qu'elle remplace par des nullités obligatoires. Il s'agit des décisions prises par ces derniers en violation des dispositions de la sous-section relative aux augmentations de capital (article L. 225-149-1), de l'octroi d'une rémunération aux représentants de la masse en violation des dispositions de l'article L. 228-56 (al. 3). Pour les valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres représentant une quotité du capital, il s'agit des délibérations prises en violation des articles L. 228-91, L. 228-93 et de l'article L. 228-95, al. dernier; des émissions d'obligations à lot non autorisée par la loi, l'action est ouverte au ministère public et à tout intéressé²¹⁶⁸.

D'autre part, il s'agit du retour de la nullité facultative. La loi du 31 mars 2006 assouplit le régime des nullités des délibérations prises par les dirigeants en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions²¹⁶⁹. Elle passe d'une nullité obligatoire imposée par la loi sur la sécurité financière à une nullité facultative. L'article L. 235-2-1 du code de commerce est désormais ainsi rédigé : « Les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées.²¹⁷⁰ »

En outre, indépendamment de la disposition générale de l'article 173, la nullité de certaines décisions affectant les statuts peut résulter de plusieurs textes particuliers édictant formellement cette sanction. Tel est le cas, s'agissant des : délibérations prises sur le rapport des commissaires aux comptes nommés ou irrégulièrement maintenus en fonction par les dirigeants, l'action, comme en matière de SARL, étant toutefois éteinte si une nouvelle délibération ratifiant la précédente intervient sur le rapport de commissaires, dont la désignation est régulière²¹⁷¹; augmentations de capital en numéraire votée avant la libération complète du capital initialement souscrit, sauf exception en faveur des salariés²¹⁷²; défauts de rapport du conseil d'administration (éventuellement du directoire) ou des commissaires aux comptes, préalablement au vote des actionnaires sur la

²¹⁶²- L. 24 juillet 1966, art. 17-1 et 17-2.

²¹⁶³- CA Paris, 18 novembre 1969, *D.* 1970.170, note GUYON, *JCP* 1970. II. 16303, note N. BERNARD.

²¹⁶⁴- Sur la question du caractère public ou secret du vote dans ces assemblées, V. CA Douai, 15 juillet 1948, *S.* 1949.2.109, note DALSACE, *JCP* 1949. II. 5057, note BASTIAN.

²¹⁶⁵- Article 156.

²¹⁶⁶- Article 160.

²¹⁶⁷- Article 167.

²¹⁶⁸- C. mon. fin., art. L. 213-6.

²¹⁶⁹- Article L. 235-2-1 du Code de commerce.

²¹⁷⁰- Article L. 235-2-1 Code de commerce, rédaction L. no 2006-387 du 31 mars 2006, article 23.

²¹⁷¹- Article 222.

²¹⁷²- Article 182, alinéa 1^{er}.

suppression du droit préférentiel de souscription²¹⁷³; émissions en méconnaissance des dispositions légales applicables en matière d'obligations convertibles et d'obligations échangeables en actions²¹⁷⁴; défauts d'approbation préalable de l'assemblée générale extraordinaire des obligataires en cas de fusion ou d'absorption de la société émettrice et création d'obligations échangeables ou convertibles²¹⁷⁵; en cas de transformation d'une société d'une autre forme en société anonyme : défaut d'approbation expresse par les associés du montant de l'actif social et de l'octroi d'avantages particuliers²¹⁷⁶.

Depuis la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988²¹⁷⁷, les fusions sont en revanche soumises à un régime spécifique, particulièrement restrictif en matière de nullités. L'annulation²¹⁷⁸ ne peut être prononcée que pour nullité des délibérations de l'une des deux assemblées qui ont décidé l'opération ou pour défaut de la déclaration de conformité prévue à l'alinéa 3 de l'article 374²¹⁷⁹.

Ici également, il convient de souligner qu'en matière de fusion, la déclaration de conformité a subi quelques modifications. En effet, La loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives modifie l'article L. 236-6 du code de commerce. Ce texte prévoit, dans sa nouvelle rédaction, désormais qu'à peine de nullité, seules les « sociétés anonymes et les sociétés européennes » [et non plus les « sociétés »] participant à une fusion ou à une scission, « ainsi que les sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne », sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements²¹⁸⁰.

β- Nullités facultatives

533- À côté des hypothèses où l'irrégularité entraîne automatiquement la nullité, l'on en rencontre d'autres où une faculté d'appréciation est laissée aux tribunaux par la loi. En fonction des données de l'espèce, ils peuvent éliminer ou maintenir certaines modifications statutaires adoptées irrégulièrement. Ces actes ne sont donc pas nuls. Ils sont simplement annulables.

Parmi ces nullités, il en est d'abord une qui est commune aux SARL et aux sociétés anonymes²¹⁸¹. Les dispositions dont il s'agit sont relatives aux formes et aux délais de convocation des associés. L'annulation est alors possible, sauf si tous les associés étaient présents ou représentés²¹⁸².

S'agissant des seules sociétés anonymes, la même solution se retrouve à propos du droit de communication des actionnaires prévu par les articles 168 et 169 de la loi du 24 juillet 1966, relatifs aux documents qui doivent leur être adressés par les dirigeants de la société avant les assemblées générales, lorsqu'ils en font la demande. D'après l'article 173, alinéa 2, « En cas de violation par les

²¹⁷³ - Article 186.

²¹⁷⁴ - Articles 194 à 208.

²¹⁷⁵ - Articles 197, al. 1er et 207, al. 1er.

²¹⁷⁶ - Article 72, al. 2.

²¹⁷⁷ - D. 1988.101.

²¹⁷⁸ - L. 24 juillet 1966, art. 368-1 nouv.

²¹⁷⁹ - Cass. com. 21 avril 1992, *Bull. Joly* 1992.683, note P. DEROUIN ; 15 févr. 1991, *Bull. civ. IV*, no 58, *Bull. Joly*, 1991.391, note P. DELEBECQUE; 10 octobre 1995, *RD aff.* 1995, no 7, p. 154, *Petites affiches* 13 décembre 1995, p. 15, note A. COURET et P. LE CANNU; CA Paris, 13 novembre 1990, *Rev. sociétés* 1991.137, note Y. GUYON, *RJDA* 1991, no 123, *RD bancaire* 1991.102, obs. M. JEANTIN et A. Viandier; CA Paris, 28 décembre 1992, *Bull. Joly* 1993.434, note P. LE CANNU; CA Lyon, 26 mai 1992, *ibid.* 1992.1272.

²¹⁸⁰ - L. no 2014-1545 du 20 décembre 2014, art. 23, II, 3o, JO 21 décembre.

²¹⁸¹ - L. 24 juillet 1966, art. 57, al. 5 et 159, al. 2.

²¹⁸² - Cass. com. 22 décembre 1969, *Bull. civ. IV*, no 391 ; Cass. com. 4 mars 1974, *D.* 1974.420, *Rev. sociétés* 1975.69, rejetant le pourvoi contre CA Colmar, 27 octobre 1972, *Rev. sociétés* 1973.318, note J. HÉMARD; CA Paris, 26 mars 1986, *Defrénois* 1987.616, no 4, obs. J. HONORAT; Cass. com. 6 juillet 1983, *D.* 1983, IR 476, *Rev. sociétés* 1984.76, note Y. GUYON; 28 février 1972, *Rev. sociétés* 1973.100 note B. BOULOC. Sur le pouvoir d'appréciation des juges, Cass. com. 23 octobre 1979, *Rev. sociétés* 1980.91, *Bull. civ. IV*, no 265 ; CA Paris, 8 avril 1986, *Bull. Joly* 1986.613.

dirigeants des dispositions des articles 168 et 169 ou du décret pris pour leur application²¹⁸³, l'assemblée générale peut être annulée.²¹⁸⁴ ».

A propos des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple, l'on retrouve relativement aux modifications statutaires une règle semblable à celle posée par la loi en matière de constitution²¹⁸⁵. Les omissions ou irrégularités entachant les formalités de publicités sont, dans le cas de ces sociétés, sanctionnées par une nullité, mais celle-ci reste facultative pour les tribunaux.

Enfin, l'article 60-1, dernier alinéa de la loi du 24 juillet 1966 déclare annulables les décisions prises par l'associé unique d'une EURL, contrairement aux dispositions des précédents alinéas du même texte.

b- Nullités fondées sur les textes régissant les contrats

534- À l'instar des statuts d'origine, les clauses modificatives, qui y sont introduites par la suite, doivent respecter les dispositions régissant les contrats et la formule vise également ici deux groupes de textes : ceux relatifs aux conditions de validité des conventions en général, d'une part, et ceux intéressant plus directement le contrat de sociétés, d'autre part.

535- Nullités tenant à la méconnaissance des règles applicables à l'ensemble des contrats. Des débats se sont surtout instaurés à propos des vices du consentement et des incapacités, bien que des questions sur la licéité ou la possibilité de l'objet, par exemple, soient aussi susceptibles de se poser à propos d'une modification statutaire ou encore d'un apport purement fictif. Néanmoins, dans les espèces où les tribunaux sont saisis, la demande en nullité semble avoir été constamment fondée sur le dol²¹⁸⁶, sur l'erreur²¹⁸⁷, ou même sur la violence²¹⁸⁸. Ces nullités soulèvent plusieurs questions déjà rencontrées à propos des constitutions de sociétés. S'agissant du dol, l'on se demande notamment s'il faut appliquer la règle selon laquelle il doit émaner de toutes les parties contractantes, en dehors de la victime. Dans une affaire relative à une augmentation de capital, l'arrêt qui a prononcé la nullité est parvenu à la justifier en faisant valoir que les manœuvres dolosives étaient l'œuvre des dirigeants de la société, qui avaient ainsi profité des agissements illégaux de ses représentants²¹⁸⁹. Mais les données du litige ne permettent pas toujours de développer un tel raisonnement.

La question se pose également de savoir si, en cas d'annulation, il faut tenir compte de la règle introduite par l'ordonnance du 20 décembre 1969 et selon laquelle, dans les SA et les SARL, les effets de la nullité sont limités à la personne, dont le consentement a été vicié. Bien que la question n'ait pas été posée avec netteté, la jurisprudence paraît plutôt hostile à cette solution et ce, pour une double raison. En premier lieu, l'article 360, tel que modifié par l'ordonnance précitée ne vise que « la nullité de la société ». En second lieu, cette disposition n'est qu'une conséquence de la directive n° 68/151 du 9 mars 1968, qui ne s'applique, on l'a vu, qu'aux constitutions de sociétés. De plus, la règle semble d'une application délicate en pratique. Il n'y a pas, au moins en principe, d'inconvénients à laisser une société se constituer entre des associés capables ou dont le consentement est intègre, tout en laissant en dehors d'elle des personnes incapables ou dont la manifestation de volonté a été viciée. En revanche, on voit mal comment une résolution d'assemblée modifiant des statuts pourrait s'appliquer à l'égard de certains votants et non d'autres, alors que tous restent associés. L'acte semble bien être indivisible et ne pouvoir qu'être, ou maintenu, ou annulé en entier.

²¹⁸³ - Décr. 23 mars 1967, art. 133, 135, 1387.

²¹⁸⁴ - Cass. com. 21 novembre 1967, *D.* 1969.89, note J. LACOMBE.

²¹⁸⁵ - L. 24 juillet 1966, art. 361.

²¹⁸⁶ - Cass. com. 26 avril 1971.

²¹⁸⁷ - Cass. com. 27 janvier 1982, *Rev. sociétés* 1982.825, note B. BOULOC, mais l'arrêt écarte le grief pour des raisons de fait.

²¹⁸⁸ - CA Paris, 19 mars 1981. *D.* 1981.405, concl. JEOL, *JCP* 1982. II. 19720, concl. JEOL, note Y. GUYON.

²¹⁸⁹ - Cass. com. 27 novembre 1972, précité.

536- Nullités résultant de la violation des dispositions sur le contrat de société. Ici encore, la méconnaissance des diverses exigences posées par l'article 1832 du code civil apparaît concevable, au même titre que lors de la fondation de la société : un apport en nature, réalisé à l'occasion d'une augmentation de capital, pourrait ainsi se révéler fictif. Pourtant la condition, dont la méconnaissance est alléguée, est, en réalité, à peu près invariablement l'*affectio societatis*. C'est en effet à cette notion que paraît bien se rattacher la jurisprudence sur les abus de majorité et de minorité, puisqu'elle invoque alors, non pas comme habituellement en matière d'abus de droit, l'article 1382 du code civil et la faute quasi délictuelle, mais l'article 1832 dudit code. La référence à ce texte implique que si des associés prennent (ou refusent de prendre, s'agissant des minoritaires) des décisions répondant au double critère de l'abus, c'est-à-dire à la fois contraires à l'intérêt social et prises dans leur intérêt exclusif, ils méconnaissent l'esprit de coopération, essence de l'*affectio societatis*²¹⁹⁰. Ces formes d'abus de droit se rencontrent dans le cadre d'assemblées ordinaires, mais elles sont tout aussi concevables à l'occasion d'assemblées extraordinaires et la jurisprudence les sanctionne au même titre, que l'abus ait été le fait des majoritaires ou des minoritaires.

S'agissant de l'abus de majorité, il a pu être relevé à propos d'opérations telles qu'un changement de forme sociale²¹⁹¹, une fusion²¹⁹², ou une augmentation de capital dans laquelle le principe d'égalité entre les actionnaires n'avait pas été respecté²¹⁹³. Mais il faut naturellement que la double condition antérieurement rappelée soit remplie. C'est pourquoi, il a été par exemple jugé qu'il n'y avait pas d'abus dans le fait de conférer la forme nominative à toutes les actions d'une société²¹⁹⁴ ou de procéder à une réduction de capital, dans laquelle l'actionnaire majoritaire perdait lui-même son investissement²¹⁹⁵.

Quant à l'abus de minorité, cette hypothèse est relativement rare. Le rapport de forces leur étant par définition défavorable, les minoritaires ont plus souvent à souffrir des abus de pouvoir des majoritaires que l'inverse. La jurisprudence a pourtant parfois sanctionné le fait de bloquer des modifications statutaires justifiées par l'intérêt de la société et n'entraînant pas de sacrifices pour les minoritaires, qui les refusaient. C'est en matière d'augmentation de capital que l'on rencontre avant tout des décisions en ce sens²¹⁹⁶. Mais cela ne signifie pas que les minoritaires soient systématiquement obligés d'accepter ce genre de mesure. Il a été au contraire plusieurs fois admis qu'ils pouvaient avoir des raisons légitimes de ne pas accepter une augmentation de capital²¹⁹⁷.

En conclusion, il convient de souligner que le système restrictif de nullité, institué par la loi, exclut que cette mesure puisse être prise dans toute hypothèse autre que celles qui viennent d'être énoncées. Certaines irrégularités des dirigeants, pourtant caractérisées, risquent par conséquent de n'être pas sanctionnées²¹⁹⁸. Ainsi, la loi annule d'assez nombreuses émissions irrégulières de titres

²¹⁹⁰- Sur l'abus de majorité, Cass. com. 18 avril 1961, *D.* 1961.661, *S.* 1961.1.257, note A. DALSACE, *JCP* 1961. II. 12164, note D.B.; 16 octobre 1963, *Gaz. Pal.* 1963.2.390 ; 22 avril 1976, *D.* 1977.4, note J.-C. BOUSQUET, *Gaz. Pal.* 1977.1.157, *RJ com.* 1977.93, note J. MESTRE, *Rev. sociétés* 1976.479, note D. SCHMIDT; Cass. 1re civ. 13 avril 1983, *Bull. Joly* 1983.512, *Gaz. Pal.* 1983.2. panorama 239, obs. J. DUPICHOT; Cass. com. 23 juin 1987, *Defrénois* 1987.604, obs. J. HONORAT, *Rev. sociétés* 1976.479 ; Cass. com. 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993.54, note P. LE CANNU; R. TROUILLAT, *L'abus de majorité dans les sociétés commerciales*, *RJ com.* 1977.81; sur l'abus de minorité, Cass. com. 9 mars 1993, *D.* 1993.363, note Y. GUYON, *JCP* 1993. II. 22107, note Y. PACLOT; M. BOIZARD, *L'abus de minorité*, *Rev. sociétés* 1988.365.

²¹⁹¹- T. com. Paris, 29 juin 1981, *Rev. sociétés* 1982.791, note P. GUILBERTEAU.

²¹⁹²- Cass. com. 7 juillet 1980, *Bull. civ.* IV, no 287.

²¹⁹³- T. com. Chartres, 15 janvier 1991, *Gaz. Pal.* 1991.1.211, note J.-P. MARCHI.

²¹⁹⁴- CA Rouen, 18 novembre 1958, *D.* 1959.286, note A. DALSACE.

²¹⁹⁵- CA Versailles, 7 juillet 1992, *RTD com.* 1993.101, obs. C. CHAMPAUD.

²¹⁹⁶- CA Lyon, 21 décembre 1984, *RJ com.* 1988.89, note VOLLE; CA Lyon, 25 juin 1987, *RTD com.* 1988.71, obs. Y. REINHARD, Cass. com. 9 mars 1993, précité.

²¹⁹⁷- CA Paris, 18 décembre 1985, *Rev. sociétés* 1986.118, obs. Y. GUYON; T. com. Paris 4 mai 1981, *RJ com.* 1982.10, note de FONTBRESSIN; CA Versailles, 25 novembre 1987, *BRDA* 1988 no12, p. 18 ; CA Bordeaux, 7 décembre 1989, *Rev. sociétés* 1990.478, obs. Y. GUYON; CA Paris, 26 juin 1990, *Rev. sociétés* 1990.613, note M. BOIZARD, *JCP* 1990. II. 21589, note M. GERMAIN, *Bull. Joly* 1990.755, note P. LE CANNU, *RTD. com.* 1990.594, obs. Y. REINHARD.

²¹⁹⁸- J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés* 1991.275, spéc. no 40 et s.

de sociétés anonymes, mais elle ne prévoit qu'une sanction pénale à l'encontre des dirigeants sociaux²¹⁹⁹ au cas, où contrairement aux dispositions de l'article 269-1, le nombre des actions à dividende prioritaire sans droit de vote dépasserait le quart du capital social. De même, la doctrine a souligné²²⁰⁰ la rédaction singulière de l'article 60 relatif aux changements de statuts dans les SARL. Après avoir prévu que les associés ne pourraient qu'à l'unanimité modifier la nationalité de la société, ce texte ajoute que : « Toutes autres modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite. Toutefois, en aucun cas, la majorité ne peut obliger un associé à augmenter son engagement social ». La seule nullité formellement édictée par ce texte est donc celle des stipulations statutaires, qui subordonneraient la modification des statuts à une majorité dépassant les trois quarts du capital. En revanche, cette sanction n'est pas formellement édictée si un changement statutaire était autorisé à une majorité inférieure à ce chiffre. Or la validité d'une telle décision semble pourtant difficile à admettre. De même, dans les sociétés en commandite par actions, l'article 259 énonce que : « La modification des statuts exige, sauf clause contraire, l'accord de tous les commandités ». Mais rien n'est prévu en cas de violation de cette disposition, dont il serait pourtant inconcevable qu'elle ne soit pas sanctionnée par une nullité. Enfin, il sera à présent constaté que les nullités des décisions collectives sont réglementées de manière assez différente dans le cadre des assemblées générales ordinaires. Comme certaines mesures, les révocations de dirigeants, sociaux notamment, peuvent être prises aussi bien dans le cadre d'assemblées extraordinaires qu'ordinaires, leur validité risque donc de dépendre, non de la gravité de l'irrégularité commise par ces derniers, mais uniquement de la nature de la formation qui aura voté la résolution.

3- Les nullités relatives aux décisions collectives ordinaires

537- Aux termes du dernier alinéa de l'article 360, « La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de la présente loi ou de celles qui régissent les contrats ». Cette formule présente à la fois des analogies et des différences avec celle qui régit les constitutions de sociétés et les modifications statutaires. Son domaine tout d'abord n'est pas le même, puisqu'elle vise précisément « les actes et délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ». Mais il reste à savoir ce que recouvre précisément cette expression qui ne détermine que de manière négative le champ d'application de la disposition en cause. Les conditions, auxquelles la nullité peut être prononcée, aussi sont différentes. Il n'est plus nécessaire qu'elle résulte d'une disposition légale explicite. Il suffit que soit méconnue par le dirigeant une disposition « impérative » de la loi. La formule est donc un peu moins restrictive que précédemment. Sa portée, en revanche, n'est pas aussi évidente et demande donc à être précisée. En dernier lieu, l'article 360, alinéa 2, fait référence, cette fois à l'instar de l'article 360, alinéa 1^{er}, aux causes de nullité des contrats en général. Le principe est déjà connu. Il suffira donc d'indiquer quelles peuvent être ses particularités d'application, quand il est appelé à jouer dans le cadre habituel du fonctionnement de la société.

a- Actes et délibérations visés par l'article 360, alinéa 2

538- L'article 1844-10 du code civil, dans la rédaction résultant de la loi du 4 janvier 1978, a apporté à la loi du 24 juillet 1966 une précision utile en visant « la nullité des actes ou délibérations des *organes* de la société²²⁰¹. » L'usage de ce terme inclut nécessairement certaines décisions ou accords dans le champ de l'article 360, alinéa 2, tout en en excluant certains autres. Mais la terminologie utilisée par la loi, malgré tout, fait place à quelques incertitudes.

²¹⁹⁹- L. 24 juillet 1966, art. 467.

²²⁰⁰- J.-P. LEGROS, *op. cit.* et également Y. GUYON, *op. cit.* no 509.

²²⁰¹- V. à ce sujet D. GRILLET-PONTON, *La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société*, *Rev. sociétés* 1984.259.

539- Actes et délibérations concernés. Il s'agit avant tout des mesures collectivement arrêtées dans le cadre des assemblées générales, ainsi que des conseils d'administration ou directoires et dont les travaux sont presque toujours entourés d'un certain formalisme. Les décisions prises par des individus ayant à eux seuls la qualité d'organe social, comme les gérants de sociétés en nom collectif, de SARL ou de sociétés en commandite, peuvent également être concernés, encore que leurs conditions de validité soient par la force des choses moins complexes, puisque les questions de quorum et de majorité ne se posent alors évidemment pas. Ainsi, à propos des sociétés en commandite par actions, l'article 256 dernier alinéa de la loi de 1966 dispose-t-il que : « sous réserve des dispositions de la présente section, le gérant a les mêmes obligations que le conseil d'administration d'une société anonyme ». Mais l'annulation de ses décisions sera cependant plus rare, en raison des conditions moins formelles dans lesquelles elles sont prises.

540- Actes et délibérations exclus. Inversement, ne sont certainement pas des actes et délibérations au sens de l'article 360, alinéa 2, les accords que les associés sont amenés à passer personnellement entre eux au sujet de la société, tels que les conventions de vote ou les pactes de préférence. Toutefois, la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994²²⁰² sur la société par actions simplifiées apporte, malgré tout, une exception notable à ce principe, en prévoyant la nullité de toute cession d'actions effectuée contrairement aux clauses statutaires, et dans les sociétés anonymes, certaines décisions ont même annulé des cessions réalisées en méconnaissance d'une clause de préemption inscrite dans les statuts²²⁰³. De même, ne saurait être annulée sur la base de l'article 360, alinéa 2, une réunion informelle de conseil d'administration ayant donné lieu à rédaction d'un procès-verbal, mais à laquelle aucune résolution n'a été prise²²⁰⁴.

541- Incertitudes. Des questions peuvent parfois se poser à propos de conventions passées au nom de la personne morale par ses dirigeants avec des tiers : est-on alors en présence « d'actes de société » ? Le plus souvent, la loi a réglé la difficulté. Elle précise à la fois que la société est engagée par des représentants légaux dans la limite de l'objet social ou même, s'agissant des SARL et des SA, en dehors de celui-ci à moins que l'autre partie au contrat n'ait été au courant de ce dépassement de pouvoirs et que les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux ne sont pas opposables aux tiers²²⁰⁵. Mais il arrive que les textes aient eux-mêmes imposé aux dirigeants la nécessité de se faire autoriser par certaines instances internes à la société avant d'agir et l'on peut alors se demander quelle sera la sanction d'un éventuel défaut d'autorisation. Parfois, la réponse est donnée formellement par les dispositions qui ont prévu ces formalités. Ainsi, les conventions visées à l'article 101 de la loi de 1966, lorsqu'elles n'ont pas été autorisées par le conseil d'administration, « peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société²²⁰⁶. » En revanche, ces mêmes conventions produisent leurs effets à l'égard des tiers, qu'elles aient été ou non approuvées par l'assemblée générale, « sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude ».

Toutefois, ces précisions font parfois défaut et la jurisprudence devient alors incertaine. C'est ce qui se produit à propos de l'article 98 de la loi de 1966, qui impose au président de la société anonyme d'obtenir l'autorisation du conseil d'administration avant de donner des cautionnements, avals et garanties au nom de la société. Dans la majorité des cas, l'absence de cette autorisation a été sanctionnée par une inopposabilité²²⁰⁷. Mais il est aussi arrivé que le cautionnement irrégulièrement

²²⁰²- D. 1994.91

²²⁰³- TGI Dijon, 8 mars 1977, *D.* 1977.482, note M. BOUSQUET, *JCP* 1977. II. 18722, note A. RABUT, *Rev. sociétés* 1977.279, note D. RANDOUX.

²²⁰⁴- Cass. com. 24 avril 1990, *Bull. Joly* 1990.532.

²²⁰⁵- V. pour les SNC, L. 24 juillet 1966, art. 14 ; pour les SARL, art. 49, pour les SA, art. 98, 113, 117, 124, 125 ; pour les commandites par actions, art. 255.

²²⁰⁶- Article 103.

²²⁰⁷- Cass. com. 28 avril 1987, *D.* 1988.341, note GRILLET-PONTON; 6 mai 1987, *Rev. sociétés* 1987.257; 11 juillet 1988, *ibid.* 1989.53, note P. DIDIER ; 8 novembre 1988, *Bull. civ.* IV, no 302, *JCP* 1989. II. 21230, note J-

souscrit par le président soit annulé²²⁰⁸.

b- Notion de « disposition impérative de la loi »

542- La condition de principe posée à l'annulation par l'article 360, alinéa 2, est différente et plus compréhensive que celle de l'article 360, alinéa 1^{er}. Il n'est plus nécessaire que cette mesure soit explicitement prévue par un texte. Elle est encourue toutes les fois qu'il y a eu violation « d'une disposition impérative de la loi ». Les cas de nullité ne sont donc plus enfermés dans une énumération limitative avec les risques d'omissions, d'ailleurs reconnus lors des travaux préparatoires que comporte un tel système²²⁰⁹. Ce que le droit gagne par là en flexibilité, il le perd toutefois en clarté. De fait, la jurisprudence s'est livrée sur la formule de l'article 360, alinéa 2, à un travail d'interprétation considérable. Il convient donc, à sa suite, d'en reprendre successivement chacun des termes.

543- *Le caractère impératif.* Une première difficulté tient au fait que ce mot revêt dans le droit plusieurs sens différents²²¹⁰. Il peut désigner un texte comportant un commandement positif d'accomplir un acte juridique ou un fait matériel (convocation d'une assemblée, nomination d'un commissaire aux comptes, accomplissement d'une publicité). Souvent aussi, on oppose la disposition impérative à la disposition supplétive : la première n'est pas susceptible d'être écartée par des stipulations contractuelles, la seconde, au contraire ne s'applique que dans le silence du contrat ou, s'agissant d'une société, des statuts. Pourtant, aucune de ces deux interprétations, couramment données au terme impératif, ne rend pleinement compte de la portée qu'il revêt ici²²¹¹. En réalité, il s'agit de savoir, en cas de méconnaissance d'une disposition de la loi, si le texte qui n'a pas été respecté présente une importance telle, que l'irrégularité commise doive être sanctionnée par une nullité. Le législateur a entendu réserver cette mesure à la violation des règles les plus importantes, tout en laissant aux tribunaux une marge d'appréciation relativement large aux fins de déterminer les cas concrets dans lesquels il y avait lieu d'y recourir. Toutefois, il a souvent fourni aux juges des repères dans cette recherche. La manière dont bon nombre de textes sont rédigés permet en effet facilement de reconnaître leur caractère impératif, si bien que les hypothèses où une interprétation reposant exclusivement sur l'esprit de la loi est nécessaire, sont, en réalité, rares.

Il ne faut pas perdre de vue tout d'abord qu'il existe, en matière d'actes et de délibérations concernant le fonctionnement courant des sociétés, un certain nombre de nullités textuelles. Le principe de ces nullités n'est pas, en effet, entièrement abandonné même si, à côté d'elles, il en existe d'autres à caractère plus implicite. C'est ce qui se produit, notamment, s'agissant des assemblées générales. Plusieurs articles de la loi de 1966, qui leur sont applicables, visent sans distinction les assemblées extraordinaires et les assemblées ordinaires. On retrouve donc, à propos de ces dernières, une série de nullités, tantôt obligatoires, tantôt facultatives pour le juge, qui ont déjà été évoquées à propos des modifications statutaires. Ceci concerne, dans les SARL comme dans les sociétés anonymes, les délibérations prises en l'absence de désignation régulière du commissaire aux comptes, de même qu'en méconnaissance des dispositions relatives aux formes et aux délais de convocation des associés²²¹².

Dans les sociétés anonymes, exclusivement, l'article 173 sanctionne par une nullité la violation d'une série de textes, qui sont relatifs aux assemblées ordinaires. C'est le cas pour ceux visant la

F. BARBIÉRI; 8 octobre 1991, *JCP* 1992. II. 21877, note J.-F. BARBIÉRI, *RTD com.* 1992.638, obs. Y. REINHARD; 15 octobre 1991, *Bull. civ.* IV, no 298, *D.* 1991, IR 252, *Rev. sociétés* 1992.57; 23 mars 1993, *Dr. sociétés* 1993.122, note H. LE NABASQUE; CA Versailles, 20 décembre 1998, *JCP* 1989. II. 21305, note P. ESTOUP.

²²⁰⁸ - CA Paris, 31 mars 1989, *D.* 1989. IR 169, *RTD com.* 1990.47, obs. C. CHAMPAUD.

²²⁰⁹ - Rap. AN, 1966, no 1886, p. 46.

²²¹⁰ - J.-P. LEGROS, *op. cit.*, p. 27.

²²¹¹ - J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.* t. 3, no 532.

²²¹² - L. 24 juillet 1966, art. 57, al. 5 et 159, al. 2.

compétence, le quorum et la majorité²²¹³, l'ordre du jour²²¹⁴, la feuille de présence²²¹⁵, le droit de communication d'actionnaires et enfin, s'agissant d'une question qui relève exclusivement cette fois des assemblées ordinaires, les émissions d'obligations²²¹⁶

Lorsqu'ils n'indiquent pas explicitement que leur inobservation aura une nullité pour conséquence, le caractère impératif de nombreux textes ressort nettement de la manière dont ils sont formulés. Une disposition est certainement impérative²²¹⁷ quand elle répute non écrite toute clause qui lui serait contraire²²¹⁸, ou énonce qu'un organe ne peut délibérer valablement que si certaines conditions sont remplies²²¹⁹. Sans être aussi nets, d'assez nombreux autres textes n'en utilisent pas moins des expressions permettant de leur reconnaître, de manière certaine, une valeur impérative. Ce sont tous ceux dans lesquels on trouve un commandement positif d'accomplir un acte, une formalité, marqué par le recours à des verbes comme « devoir²²²⁰ », ou « être tenu de²²²¹ ». Il en est de même, toutes les fois que la loi est rédigée en termes comportant une prohibition : interdiction pour les dirigeants des SA et des SARL de passer certaines conventions avec leur société²²²², dispositions relatives aux cumuls et incompatibilités de fonctions.

Il arrive pourtant que rien dans le libellé d'un texte ne permette d'en reconnaître exactement la portée. Seule l'interprétation jurisprudentielle peut alors permettre de savoir si sa violation entraîne ou non la nullité de l'acte ou de la délibération à laquelle il se rapporte²²²³. Il faudra, en ce cas, que les juges prennent en considération des critères tels que le caractère frauduleux ou non de l'opération en cause, l'importance de l'intérêt protégé, la sécurité des tiers. Ainsi, a-t-il été jugé que les résolutions votées par un conseil d'administration pouvaient être annulées, si le président ne joint pas à la convocation et à l'ordre du jour, adressés aux administrateurs, les documents leur permettant de se prononcer en connaissance de cause, bien que cet envoi de renseignements ne soit pas formellement imposé par les textes²²²⁴.

Il n'est donc pas possible de fournir une liste exhaustive de ces nullités, dont le fondement pourra d'ailleurs souvent être en même temps la méconnaissance de certaines règles sur les contrats en général, en particulier celles relatives à la fraude. Un exemple de ces incertitudes est donné par les irrégularités que la loi assortit d'une sanction pénale. La doctrine s'accorde à reconnaître qu'il ne suffit pas que des agissements soient constitutifs d'une infraction pour qu'une nullité affecte automatiquement sur le plan civil les opérations ainsi prohibées. Le droit civil et le droit pénal ne poursuivent pas, dit-on, exactement les mêmes objectifs. De plus, le législateur, en matière de sociétés, a souvent recouru à la menace de poursuites pénales, précisément pour n'avoir pas à prononcer la nullité²²²⁵. Mais ceci ne veut, évidemment, pas dire que la sanction pénale doive, automatiquement, écarter la sanction civile. Tout dépend de l'importance de la règle méconnue. Il n'est donc pas surprenant que l'on trouve en jurisprudence des solutions différentes. Il est possible de citer, à titre d'exemple, comme ayant écarté la nullité, un arrêt de la cour de Paris du 10 mai 1984²²²⁶, relatif à une assemblée générale tenue hors délai, car tardivement convoquée. La solution opposée a été en revanche retenue dans l'affaire déjà citée où avaient été méconnues les règles sur

²²¹³ - Article 155.

²²¹⁴ - Article 160.

²²¹⁵ - Article 167.

²²¹⁶ - Article 157 al. 2.

²²¹⁷ - J-P. LEGROS, *op. cit.* p. 288.

²²¹⁸ - L. 24 juillet 1966, art. 16, 18, 19, 22, 44, 45, 52, 57, 60, 275.

²²¹⁹ - Articles 100 et 139.

²²²⁰ - Articles 94, al. 2, 101, 143, 162.

²²²¹ - Articles 100, al. 4, 145, 146.

²²²² - Articles 51 et 106.

²²²³ - J. MESTRE, *Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*, *RJ com.* 1985.81.

²²²⁴ - Cass. com. 2 juillet 1985, *D.* 1986.351, note Y. LOUSSOUARN, *JCP* 1985. II. 20518, note A. VIANDIER, *Rev. sociétés* 1986.231, note P. LE CANNU, *Deffrénois* 1986.600, no 3, obs. J. HONORAT; 24 avril 1990, *Bull. civ.* IV, no 125, *RTD com.* 1990.416, obs. Y. REINHARD, *Bull. Joly* 1990.132, note P. LE CANNU.

²²²⁵ - J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*, t. 3, no 731; D. GRILLET-PONTON, *op. cit.* p. 292 et s. ; Lamy sociétés commerciales no 2424, *Memento sociétés*, Francis Lefebvre, no 3749.

²²²⁶ - *Bull. Joly* 1984.765.

les incompatibilités intéressant les commissaires aux comptes²²²⁷. La détermination dans tous ces cas du caractère impératif ou non de la disposition transgressée ne peut être que prétorienne²²²⁸.

544- Notion de « présente loi. » L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 délimite les compétences respectives du Parlement et du gouvernement, de manière telle que tout texte, de quelque importance, comporte à la fois une partie législative et une partie réglementaire. La loi du 24 juillet 1966 n'échappe pas à la règle. Elle est, on le sait, complétée par le décret du 23 mars 1967. Dès lors, la question qui s'est posée à propos de l'article 360, alinéa 2, a été la suivante : ce texte, en visant « la présente loi », inclut-il ou non les dispositions contenues dans son décret d'application ? Actuellement, la question, en droit positif du moins, est résolue. En revanche, il reste permis de se demander si, malgré la formule apparemment limitative utilisée par le législateur, la méconnaissance de certains textes extérieurs à la loi de 1966 n'est pas susceptible d'être sanctionnée par une nullité.

545- Décret n° 67-237 du 23 mars 1967. Bien que ce point ait été controversé à l'origine²²²⁹, la possibilité pour les tribunaux de prononcer une nullité sur la base de ce texte n'est plus discutable à l'heure actuelle, lorsque la loi de 1966 elle-même comporte une référence explicite aux dispositions réglementaires qui la complètent. C'est ce qui a été jugé à propos des articles 129 et suivants du décret sur l'ordre du jour et les résolutions présentées aux assemblées d'actionnaires, en raison de l'allusion qu'y fait l'article 160 de la loi²²³⁰. La solution devrait donc se retrouver même si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de le préciser dans toutes les hypothèses où l'on rencontre une formule de référence analogue²²³¹.

Est-il, en revanche, possible d'aller plus loin et de décider que la violation d'une disposition du décret, non explicitement visée par la loi, peut en raison de son caractère intrinsèquement impératif, être une source de nullité ? L'examen de la jurisprudence n'autorise pas de conclusion définitive. Un courant majoritaire d'arrêts paraît vouloir rejeter cette solution²²³². Un groupe, certes minoritaire mais non négligeable, adopte toutefois un point de vue contraire²²³³. Compte tenu de ces divergences que l'on observe jusque dans les décisions de la Cour de cassation elle-même, il est donc difficile de conclure.

546- Autres textes applicables aux sociétés. Il arrive que certaines sociétés spécialisées, tout en étant constituées dans l'une des formes prévues par la loi du 24 juillet 1966, soient en même temps soumises pour partie à d'autres dispositions²²³⁴. Il est donc possible de se demander comment situer ces textes régissant des formes sociales particulières par rapport à la formule restrictive de l'article 360, alinéa 2. En admettant qu'elle les vise, leur violation ne pourrait donner, semble-t-il, lieu à une annulation puisque cette sanction n'est prévue qu'en cas de violation de la loi de 1966 elle-même (et, éventuellement, de son décret d'application). Cependant, l'on peut estimer aussi que l'article 360 est

²²²⁷ - Cass. soc. 20 octobre 1976, *Rev. sociétés* 1977.277, note J.-G; V. aussi CA Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978.157, note G. GOURLAY, *Rev. sociétés* 1978.90, note J.H ; CA Montpellier 7 janvier 1980, *ibid.* 1980.737, note C. MOULY.

²²²⁸ - Y. GUYON, note sous Cass. com. 12 novembre 1969, *JCP* 1970. II. 16264

²²²⁹ - P. LE CANNU, *Rev. sociétés* 1982.293.

²²³⁰ - Cass. com. 12 mai 1975, *Rev. sociétés* 1976.337, note J.H. rejetant le pouvoir contre CA Basse-Terre, 26 mai 1973, *Rev. sociétés* 1975.290, note M. GUILBERTEAU; 15 avril 1982, *Bull. civ.* IV, no 122, *Rev. sociétés* 1983.343, note J.H. ; 7 mars 1984, *Bull. Joly* 1984.632 ; CA Versailles, 19 novembre 1986, *Bull. Joly* 1987.232, note L. FAUGEROLAS, *JCP*, éd. E, 1987. I. 16644, no 23, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

²²³¹ - L. 24 juill. 1966, art. 16, al. 2 ; art. 56, al. 2 et 4 ; art. 168, al. 1er ; art. 169.

²²³² - CA Paris, 3 décembre 1993, *Bull. Joly* 1994.299, note B. SAINTOURENS; CA Paris, 22 mai 1992, *Bull. Joly* 1992.1087 ; CA Agen, 9 novembre 1989, *Rev. sociétés* 1990.293, obs. Y. GUYON, *Bull. Joly* 1990.198 ; CA Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978.157, note G. GOURLAY, *JCP* 1978. II. 18923, note J.-C. BOUSQUET, *Rev. sociétés* 1978.90, note J.H. ; Cass. 1re civ. 31 octobre 1989, *Bull. Joly* 1990.93, note P. LE CANNU : ce dernier arrêt à propos d'une société civile régie par le Décr. no 78-704 du 3 juillet 1978, *D.* 1978.289.

²²³³ - (Cass. com. 26 octobre 1981, *Bull. civ.*, no 369 ; CA Versailles, 21 mai 1985, *Defrénois* 1986.607, no 5, obs. J. HONORAT; CA Aix, 31 janvier 1979, *Rev. sociétés* 1980.497, note M. GUILBERTEAU; et sur le décr. du 3 juillet 1978 : Cass. 1re civ. 4 octobre 1988, *Bull. civ.* I, no 271, *Bull. Joly* 1988.935

²²³⁴ - G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* t. 1, no 1643 et s.

limité dans sa portée au corps de textes où il s'intègre et que, dès lors, si une société est soumise parallèlement à des dispositions autres que celles de la loi de 1966, les conséquences de leur violation doivent s'apprécier indépendamment de cette loi, c'est-à-dire par rapport au droit commun des nullités. Un arrêt, au moins, a adopté ce dernier point de vue en prononçant une nullité sur le fondement de l'article 58 de la loi du 24 juillet 1867 dans une affaire où elle restait applicable, s'agissant d'une société coopérative²²³⁵. Mais cette décision isolée, même si elle est indicative, ne paraît pas encore permettre de conclusions absolues.

c- Nullités fondées sur la méconnaissance des dispositions régissant les contrats

547- La jurisprudence offre des exemples de telles nullités, mais en quantité relativement réduite. Ainsi, alors que des résolutions d'assemblées extraordinaires ont été attaquées pour vice de consentement ou incapacité, tel ne semble pas avoir été le cas s'agissant des assemblées ordinaires, bien que la situation soit analogue sur le plan des principes. Sans doute cette différence tient-elle simplement au fait que les enjeux pécuniaires d'une annulation sont alors moindres. En pratique du moins, les cas de nullité révélés par la jurisprudence paraissent donc se limiter à quelques hypothèses assez peu nombreuses.

α- Violation de statuts

548- L'annulation d'une résolution est-elle possible, lorsqu'elle est contraire à une clause statutaire ? La solution peut se justifier à partir de l'idée que, les contrats tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, leur non-respect doit entraîner les mêmes conséquences. La doctrine reste pourtant partagée à ce propos²²³⁶. La jurisprudence pour sa part semble favorable à la nullité²²³⁷. Mais cette solution doit, de toute façon, être limitée aux décisions intérieures à la société. Les tiers, en effet, ne sont pas liés par les statuts, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. La nullité d'un acte qu'ils auraient passé en contrariété avec une clause statutaire ne pourrait donc se poser qu'en cas de fraude ou de mauvaise foi de leur part.

β- Abus de majorité

549- L'abus de majorité est concevable au sein des instances collectives appelées à prendre des décisions dans le courant habituel de la vie sociale (assemblées générales, éventuellement conseil d'administration), tout comme dans les assemblées générales extraordinaires et il est sanctionné, si les mêmes conditions de fond sont réunies. L'abus de minorité, en revanche, n'est guère imaginable puisque toutes les résolutions sont alors votées à la moitié des voix plus une. En aucun cas, les associés minoritaires n'ont donc les moyens de faire obstacle à la volonté de la majorité et ceci explique sans doute la fréquence des conflits que les tribunaux ont dû arbitrer. Il n'y a pas de difficulté à reconnaître l'existence d'un abus de majorité, en présence de décisions qui avantagent sans contrepartie personnellement un dirigeant²²³⁸. Il en est de même lorsque sont systématiquement favorisées des sociétés où le groupe majoritaire a des intérêts prépondérants²²³⁹. D'autres situations

²²³⁵- Cass. com. 19 avril 1988, *Bull. civ. IV*, no 135. Pour les commentaires, V. J.-P. MORETTI, *Petites affiches* 2 mai 1988, P. LE CANNU, *Bull. Joly* 1988.485, J.-P. LEGROS, *op. cit.*, p. 305.

²²³⁶- Dans un sens défavorable à l'annulation, V. J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.* t. 3, no 743. Dans un sens favorable, V. Y. GUYON, *Assemblée d'actionnaires* ; J.-P. LEGROS, *La violation des statuts est-elle une cause de nullité?* *Dr sociétés* avril 1991, chron. 1.

²²³⁷- Cass. com. 20 novembre 1990, *Bull. civ. IV*, no 295, D. 1991, IR 299, *Gaz. Pal.* 1991.1. panor. 80; 6 mai 1974, D. 1975.102, note Y. GUYON, *JCP* 1975. II. 18000, note N. BERNARD; Rapp. Cass. com. 24 février 1975, *Bull. civ. IV*, no 46, *Rev. sociétés* 1976.92, note B. OPPETIT.

²²³⁸- CA Aix-en-Provence, 29 juin 1995, *JCP*, éd. E, 1996. panor. 47 ; CA Grenoble, 6 mai 1964, *Gaz. Pal.* 1964.2.208 : rémunération excessive ; Cass. com. 29 mai 1972, *JCP* 1973. II. 17337, note Y. GUYON: prise en charge du passif d'une filiale dont le président du conseil d'administration détenait la majorité du capital.

²²³⁹- Cass. com. 24 janvier 1995, *Bull. civ. IV*, no 27, D. 1995, IR 56, *Rev. sociétés* 1995.46, note M. JEANTIN, *Deffrénois* 1995.609, obs. J. HONORAT, *Dr sociétés* 1995, no 102, obs. VIDAL; CA Rouen, 17 mars 1970, *Gaz.*

en revanche restent plus délicates à apprécier.

Les minoritaires se plaignent ainsi souvent d'être privés de dividendes parce que la majorité met systématiquement en réserve les bénéfices réalisés par la société. Mais cette pratique n'est pas toujours condamnée par la jurisprudence, qui exige en outre habituellement que les réserves ainsi constituées aient été mal employées et n'aient finalement procuré aucune plus-value au titre²²⁴⁰.

Plus délicate est encore la question de l'abus de majorité dans les décisions relatives aux dirigeants sociaux. Les tribunaux ont parfois légalement le pouvoir d'exercer un contrôle en ce domaine lorsque la révocation doit être fondée sur de justes motifs²²⁴¹. Une destitution, qui serait à la fois contraire à l'intérêt social et décidée dans l'intérêt exclusif des majoritaires, ne répondrait manifestement pas à cette condition. L'abus de majorité pourrait donc être, en ce cas, sanctionné sous la qualification plus large et susceptible de s'appliquer à une autre hypothèse qu'est l'absence de motifs propres à rendre la révocation légitime. Mais souvent, la majorité dispose d'un pouvoir pratiquement discrétionnaire. La révocabilité *ad nutum* est la règle en ce qui concerne les présidents, administrateurs et directeurs généraux dans la société anonyme de type classique. Il en est de même dans la société à directoire, pour les membres du conseil de surveillance. Par ailleurs, la même liberté se retrouve toutes les fois qu'il s'agit, non plus de révoquer des dirigeants, mais de les élire ou renouveler leur mandat.

La question qui se pose est donc celle des limites de cette liberté : est-elle absolue ou est-elle contrôlée et dans ce cas, jusqu'à quel point l'est-elle ? Le principe d'un contrôle judiciaire restreint ressort en effet des arrêts assez nombreux, d'où il résulte que la révocation, même si elle est libre intrinsèquement, peut cependant devenir abusive, en raison des circonstances qui l'entourent : motivation injurieuse ou même inutile brusquerie. Mais ce sont là des données extérieures à la mesure elle-même. Or, en cas d'abus de majorité, il faut porter une appréciation sur ces mobiles - décision prise dans l'intérêt exclusif de certains associés - et même sur son opportunité puisqu'elle doit être contraire à l'intérêt social. Quoi qu'il en soit, ces difficultés ne semblent pas arrêter actuellement la jurisprudence. Dans une espèce au moins, la nomination de deux administrateurs a été annulée parce que destinée à renforcer l'emprise de la société sur un groupe familial²²⁴². Même si les révocations de dirigeants sociaux, et moins encore les refus de nomination, n'ont pas à être motivés, l'illégitimité des mobiles qui les inspirent peut en effet suffisamment ressortir des circonstances de la cause pour pouvoir être établie en justice. La jurisprudence administrative sur le détournement de pouvoirs fournit de nombreux exemples en ce sens et un auteur a justement souligné que cette notion pourrait trouver place en droit des sociétés²²⁴³. La bonne foi, qui doit présider à l'exécution des contrats, pourrait d'ailleurs aussi justifier l'instauration d'un contrôle en la matière. Mais la question de son étendue exacte reste naturellement, une fois que le principe est admis, à résoudre et la jurisprudence est encore trop rare pour fournir de véritables directives.

C- Le régime des nullités

550- Le terme de nullité est employé ici de manière un peu approximative. En effet, le désir de prévenir ce résultat a conduit le législateur à instituer un régime dans lequel la nullité apparaît,

Pal. 1970.2.236.

²²⁴⁰ - Cass. com. 6 juin 1990, *Bull. civ.* IV, no 171, D. 1992.56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE, *Bull. Joly* 1990.782, note P. LE CANNU, *Rev. sociétés* 1990.606, note Y. CHARTIER, *Deffrénois* 1991.615, no 4, obs. J. HONORAT; Cass. 1re civ. 13 avril 1983, préc., rejetant le pourvoi contre CA Paris, 25 novembre 1981, *Deffrénois* 1983.574, no 4, obs. J. HONORAT; Cass. com. 22 avril 1976, préc. V. en revanche pour des constitutions de réserves approuvées : Cass. com. 22 janvier 1991, *Deffrénois*, 1991.885, no 3, obs. P. LE CANNU, *Rev. sociétés* 1991.345 et sur renvoi CA Toulouse, 1er mars 1993, *Bull. Joly* 1994.57, note A. COURET; 23 juin 1987, *Deffrénois*, 1988.664, obs. J. HONORAT, *RTD com.* 1988.72, obs. Y. REINHARD; 16 octobre 1963, *Bull. civ.* III, no 423 ; Cass. com. 18 avril 1961, préc.

²²⁴¹ - P. LE CANNU, note sous CA Paris, 20 novembre 1980, *Rev. sociétés* 1981.583.

²²⁴² - Cass. com. 24 avril 1990, *Bull. Joly* 1990.532; à propos de cet arrêt, le commentaire de P. LE CANNU, *La protection des actionnaires minoritaires*, *Bull. Joly* 1990.511.

²²⁴³ - J.-P. LEGROS, *op. cit.*

souvent comme une menace destinée à inciter les auteurs (en particulier les dirigeants) de l'acte irrégulier à en éliminer les imperfections, plutôt que comme une sanction à caractère systématique. Nullité n'est donc pas en tout cas nécessairement synonyme d'annulation. Il existe ainsi des actions préventives en régularisation (1) distincte de l'action en nullité (2) proprement dite. Quant à celle-ci, elle n'aura pas nécessairement l'anéantissement de l'acte attaqué pour conséquence et, en tous cas, pas sa disparition rétroactive car elle présente, à la fois dans ses modalités et dans ses résultats, de nombreuses particularités par rapport au droit commun.

1- De l'action en régularisation

551- Il en existe trois, qui diffèrent par leur domaine comme par leur objet. La première tend à expurger les actes de sociétés, de certaines irrégularités, en obligeant les dirigeants qui en sont à l'origine, à les mettre en conformité avec la loi (a). La seconde, de nature plus complexe, est une sorte de mise en demeure adressée à la personne qui peut se prévaloir d'une nullité relative. Elle se trouve sommée, ou de confirmer l'acte, ou de faire valoir ses droits en justice à bref délai. Cette deuxième catégorie ne sera pas examinée dans la présente étude. Enfin une disposition légale particulière intéresse, non plus les irrégularités de constitution, mais les actes réalisés dans le cadre du fonctionnement de la société (b).

a- Mise en conformité avec la loi

552- Les articles 1839 du code civil et 6 de la loi du 24 juillet 1966 autorisent tout intéressé, y compris le ministère public à demander que soit ordonnée, au besoin sous astreinte, la régularisation des constitutions de sociétés, lorsque les statuts ne contiennent pas toutes les mentions légales et lorsque toutes les formalités prescrites par la loi n'ont pas été effectuées. Une incidente de ces textes montre que l'action qu'ils organisent est également possible en cas de modifications statutaires postérieures à la fondation. En revanche, la doctrine s'est souvent demandé quelles étaient exactement les irrégularités, dont ces dispositions permettaient la réparation et, en l'absence de jurisprudence, nombre d'incertitudes subsistent, aussi bien à propos de l'une que de l'autre des deux hypothèses qu'elles visent.

Apparemment, l'exercice de l'action ne devrait pas soulever de difficultés lorsqu'elle est destinée à compléter les statuts. Il s'agit alors d'y faire figurer les six mentions obligatoires dans toutes les sociétés²²⁴⁴, de même que quelques autres, qui varient selon la forme sociale : ainsi, dans les SARL, la répartition des parts²²⁴⁵ ou dans des sociétés telles que les SA, l'évaluation des apports en nature²²⁴⁶.

Il arrive toutefois que les statuts soient entachés d'une irrégularité qui n'est pas liée à l'insuffisance de leurs mentions, mais à la présence d'une clause réputée non écrite par la loi, comme le serait, par exemple, une clause léonine ou, dans les SARL, une clause d'agrément, qui ne serait pas conforme à l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966. Dans cette hypothèse, la question se pose alors de savoir s'il serait possible d'intenter « une action en régularisation négative²²⁴⁷ » à l'encontre des dirigeants auteurs afin de faire supprimer ces clauses. La loi ne le prévoit pas explicitement, puisqu'elle envisage seulement l'hypothèse où les statuts ont besoin d'être « complétés », mais cette extension semble bien conforme à son objectif, qui est plus largement d'assurer la conformité du contrat de société avec les textes, tout en évitant les nullités.

L'action est également ouverte en cas d'admission d'une formalité de constitution ou, par assimilation, d'une formalité imposée lors d'une modification statutaire. Mais il reste alors à s'entendre sur le sens de ce terme et c'est là que des divergences se font jour.

Étroitement entendu, le mot formalité évoque l'idée d'une démarche, d'une opération à réaliser auprès d'un service administratif ou judiciaire. Une insertion dans un journal d'annonces légales, la

²²⁴⁴- Article 1835 et L. 24 juillet 1966, article 2.

²²⁴⁵- Article 38, al. 3.

²²⁴⁶- Articles 40 et 86.

²²⁴⁷- Y. GUYON, *op. cit.* no 160.

présentation d'actes à l'enregistrement répondent à cette définition de la formalité. Mais elle est jugée un peu étroite par beaucoup d'auteurs²²⁴⁸ qui estiment possible d'y inclure certaines irrégularités de fond, telles que celles relatives à la libération immédiate d'une partie des apports dans les SARL et les SA ou le défaut de désignation d'un commissaire aux apports, quand la loi impose son intervention. Néanmoins, la mesure dans laquelle la régularisation est possible, au-delà des termes stricts de la loi, reste souvent incertaine et des controverses subsistent à propos d'assez nombreuses questions. On s'est notamment demandé s'il était possible d'obliger la société à se faire inscrire au registre du commerce. Certains auteurs le pensent²²⁴⁹. D'autres le contestent²²⁵⁰ en observant que, même s'il s'agit alors d'une formalité au sens strict, l'immatriculation n'a de sens que si les associés mènent à son terme leur projet initial et qu'il n'entre pas dans la mission des tribunaux de les y contraindre, en transformant une action en régularisation en action en exécution²²⁵¹.

De même, il existe des hésitations quant à l'extension de l'action à certaines irrégularités de fond. Peut-on, notamment, obliger les associés à augmenter le capital quand son chiffre n'atteint pas le montant prévu par la loi ou les forcer à recruter d'autres associés quand ils sont en nombre inférieur au minimum légal? Imposer de telles mesures reviendrait à accroître contre leur gré leurs engagements. Mais en sens inverse, certains auteurs²²⁵² soulignent qu'il serait opportun d'ouvrir la possibilité de faire disparaître, au moyen de l'action en régularisation, des vices qui ne peuvent être éliminés par la voie de l'action en nullité, faute d'être expressément assortis de cette sanction par la loi. Enfin, les auteurs sont partagés quant à la possibilité d'utiliser l'action en régularisation pour réparer une omission du dirigeant formellement sanctionnée par une nullité. Certains ont observé qu'il ne fallait pas créer de double emploi entre les dispositions relatives à la régularisation et celles qui visent les nullités²²⁵³. En sens contraire, il a été observé que les dispositions organisant l'action en régularisation ne font pas de distinction entre les irrégularités n'entraînant pas la nullité et celles qui comportent cette sanction²²⁵⁴. À première vue il est vrai, la discussion peut sembler un peu théorique puisque, même dans le cadre d'une instance en nullité, la réparation du vice reste le plus souvent possible. Cependant, il existe entre l'action en régularisation et l'action en nullité quelques différences qui pourraient conférer un intérêt pratique à l'exercice de l'une plutôt que de l'autre. Ainsi, l'action en régularisation est ouverte à tout intéressé, de même qu'au ministère public, alors que ce dernier ne peut agir en nullité que si l'ordre public est en cause. Ainsi encore, la durée de la prescription est dans les deux cas la même (trois ans) mais son point de départ est différent. Pour l'action en régularisation, il se situe lors de l'immatriculation de la société ou de l'inscription modificative au registre du commerce²²⁵⁵. Dans le cadre de l'action en nullité, la prescription commence à courir à dater du jour où la nullité est encourue²²⁵⁶. Il résulte de cette différence que l'action en régularisation ne se prescrit pas, tant que la société n'est pas immatriculée. Elle pourrait donc parfois survivre à l'action en nullité et permettre, à condition qu'on leur reconnaisse un domaine commun, la réparation d'un vice autrement impossible.

b- Régularisation d'actes du dirigeant relevant du fonctionnement de la société

553- Aux termes de l'article 366 de la loi du 24 juillet 1966 : « Lorsque la nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société est fondée sur la violation des règles de

²²⁴⁸ - J. HÉMAR, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*, t. 1, no 214 ; R. SINAY, *Rev. sociétés* 1966.217 ; J. MESTRE et D. FLORÈS, *Lamy Sociétés commerciales*, no 2463.

²²⁴⁹ - G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, t. 1, no 257.

²²⁵⁰ - J. HÉMAR, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.* t. 1, no 214.

²²⁵¹ - Y. GUYON, *op. cit.*, no 160.

²²⁵² - J. MESTRE et D. FLORÈS, *op. cit.*

²²⁵³ - D. BASTIAN, *JCP* 1967. I. 2121 ; G. RIVES, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1969.407, sous note no 6.

²²⁵⁴ - R. SINAY, *Rev. sociétés* 1966.246, n° 106 ; NGUYEN XUAN CHAN, *La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966*, *D.* 1968, chron. 27, no 37 ; G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, no 757.

²²⁵⁵ - L. 24 juillet 1966, art. 6, al. 2.

²²⁵⁶ - L. 24 juillet 1966, art. 367.

publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder, dans le délai fixé par décret. À défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité ». L'article 253 du décret du 23 mars 1967 complète cette disposition en indiquant que : « Le délai prévu à l'article 366 de la loi sur les sociétés commerciales est de trente jours à dater de la mise en demeure visée audit article. Le mandataire chargé d'accomplir la formalité de publicité, dans les conditions prévues à l'article 366 précité, est désigné par le président du tribunal de commerce, statuant en référé ». Concrètement, ces textes ne peuvent trouver à s'appliquer que de manière exceptionnelle. L'omission des formalités de publicité est, en règle générale, sanctionnée par une inopposabilité de l'acte aux tiers qu'il s'agit d'informer, non par une inopposabilité. Il en est autrement en cas de défaut d'immatriculation d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple²²⁵⁷. La régularisation de l'article 366 pourrait donc être mise en œuvre, si une société d'une autre forme, après s'être transformée en société en nom collectif ou en société en commandite simple, omettait de faire régulariser son inscription. L'éventualité semble quelque peu théorique.

2- De l'action en nullité

554- Il convient d'examiner ici l'exercice de l'action (a). À l'issue de ce dernier, le prononcé de la nullité peut rencontrer des obstacles (b) ou alors aboutir à la décision d'annulation (c).

a- L'exercice de l'action

555- La constatation de la nullité d'une société ou même d'une délibération sociale implique nécessairement une décision de justice²²⁵⁸.

556- Demandeur. En droit civil, la détermination des titulaires de l'action s'opère de manière différente, selon que la nullité est absolue ou relative. Le même principe est admis depuis longtemps en droit des sociétés²²⁵⁹ et il est repris par l'ensemble de la doctrine contemporaine²²⁶⁰, même si les auteurs soulignent que la différence entre les deux catégories de nullité est moins importante dans le domaine des sociétés que dans le cas des actes juridiques ordinaires, notamment en raison de l'existence d'un régime particulier de régularisation et de prescription. Selon le critère introduit dans le droit par JAPIOT²²⁶¹, la nullité sera donc relative toutes les fois que la règle méconnue vise à la protection d'un intérêt particulier et absolue quand il s'agit de protéger un intérêt général²²⁶². C'est donc à partir de ce critère général qu'il faut rechercher qui a ici la qualité de demandeur.

557- Nullités relatives. Le domaine de ces nullités est, comme en matière civile, lié aux incapacités de protection et aux vices de consentement²²⁶³. Beaucoup d'auteurs estiment qu'il faut admettre la même solution en cas de défaut complet de consentement²²⁶⁴, seuls les intérêts de la personne, dont

²²⁵⁷- L. 24 juillet 1966, art. 361.

²²⁵⁸- Cass. civ. 27 avril 1931, S. 1931.247 ; 4 mars 1926, S. 1926.1.246 ; Cass. req. 12 juin 1901, S. 1902.1.313.

²²⁵⁹- J. ESCARRA et J. RAULT, *Les sociétés commerciales*, t. 1, 1950, Sirey, no 158 ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7e éd., 1935, Sirey, t. 1, no 75 et s., no 774.

²²⁶⁰- P. MERLE, *Sociétés commerciales*, 4e éd., DALLOZ, no 69, *Lamy sociétés commerciales* no 2743, *Mémento sociétés*, Francis Lefebvre no 3761.

²²⁶¹- R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essais d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.

²²⁶²- Cass. com. 17 janvier 1989, D. 1989, IR 39, *Bull. Joly* 1989.247, note P. LE CANNU ; CA Pau, 9 juin 1987, *JCP*, éd. N, 1988, prat. no 649, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Cass. civ. 4 juin 1946, *JCP* 1947. II. 3518, note BASTIAN.

²²⁶³- J. HÉMAR, *Traité théorique et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, no 110 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* t. 1, no 755.

²²⁶⁴- J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, t. 1, no 334 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 1er vol., SIREY, 1961, no 126.

la volonté ne s'est pas manifestée, étant en cause. Ce point de vue toutefois ne fait pas l'unanimité en doctrine²²⁶⁵ et la jurisprudence, elle aussi, paraît divisée²²⁶⁶. En principe, seul l'associé protégé pourra donc se prévaloir de cette cause de nullité. Toutefois, il faut lui adjoindre, comme pour les autres nullités relatives, ses ayants cause universels ou à titre universel, ses créanciers personnels agissant par la voie de l'action oblique, éventuellement enfin les personnes habilitées à agir à sa place dans le cadre d'une procédure collective. Tout ceci n'est que l'application du droit commun des obligations. En revanche, et il y a là une spécificité des sociétés, le titulaire de l'action ne dispose pas seul du droit de déclencher le procès et surtout de la déclencher au moment où il veut : il peut être mis en demeure d'agir dans les six mois par toute personne intéressée, ce qui crée un rapprochement entre l'action en nullité relative et l'action en nullité absolue.

558- Nullités absolues. Le principe est alors que l'action est ouverte à toute personne qui justifie d'un intérêt légitime²²⁶⁷. Ses titulaires seront donc normalement, et comme la jurisprudence l'admet depuis longtemps, les associés²²⁶⁸, les dirigeants sociaux²²⁶⁹, les créanciers²²⁷⁰, le liquidateur²²⁷¹, le commissaire aux comptes²²⁷², à la condition, du moins, qu'il ne défende pas un intérêt strictement personnel²²⁷³.

Il existe toutefois une série d'hypothèses où la subordination du droit d'agir à la justification d'un intérêt légitime peut soulever des difficultés²²⁷⁴. L'action en nullité d'une émission d'obligations avec bons de souscription d'actions a, par exemple, été rejetée car les demandeurs n'établissaient ni que cette opération ait pu entamer le montant de leurs dividendes, ni porter atteinte au crédit de la société²²⁷⁵. Plusieurs arrêts ont aussi rejeté des demandes de nullité parce que leurs auteurs étaient des concurrents de la société, contre laquelle l'action était dirigée²²⁷⁶.

Il existe, en revanche, d'autres hypothèses où les solutions sont moins nettes. Dans quelle mesure, notamment, la participation du demandeur à l'irrégularité d'où résulte la nullité est-elle de nature à entraîner l'irrecevabilité de sa demande ? Un arrêt a rejeté ainsi une action en nullité intentée par un *scrutateur* qui avait refusé de signer un procès-verbal d'assemblée générale, pour ensuite faire valoir que cette assemblée était nulle, en raison d'une méconnaissance des dispositions de l'article 149 du décret du 23 mars 1967 qui dispose que le procès-verbal doit être signé par les membres du bureau²²⁷⁷. En revanche, le *fondateur* d'une société fictive a été admis à en invoquer la nullité²²⁷⁸, de même que l'associé qui avait participé au vote d'une résolution illégale²²⁷⁹. A fortiori, l'on ne saurait reprocher à un actionnaire de n'avoir pas protesté dès le vote de la résolution qu'il attaque par la

²²⁶⁵ - J. CARBONNIER, *Les obligations*, no 102; H. LÉON et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Les obligations*, MONTCHRESTIEN, 1998, no 261.

²²⁶⁶ - CA Paris, 8 juillet 1966, *Gaz. Pal.* 1967.1.33 ; Cass. req. 6 mai 1878, *DP* 80.1.12.

²²⁶⁷ - Art. 31 NCPC.

²²⁶⁸ - Cass. req. 21 juillet 1885, *S.* 85.1.448 ; Cass. civ. 1er février 1882, *DP* 82.1.21.

²²⁶⁹ - Cass. civ. 3 juin 1862, *DP* 63.1.24 ; 22 novembre 1869, *S.* 70.1.55.

²²⁷⁰ - Cass. req. 11 juillet 1928, *Journ. sociétés* 1930.13 ; Cass. req. 14 avril 1893, *DP* 94.1.91 ; CA Montpellier, 7 janvier 1980, *Rev. sociétés* 1980.737, note C. MOULY.

²²⁷¹ - Cass. com. 10 juillet 1961, *JCP* 1961. II. 12353, note J.R. ; Cass. req. 25 février 1881, *S.* 81.1.461.

²²⁷² - CA Paris, 21 janvier 1994, *Bull. Joly* 1994.375, note J-F. BARBIERI.

²²⁷³ - Cass. com. 17 janvier 1989, *Bull. Joly* 1989.247, note P. LE CANNU.

²²⁷⁴ - C. HANNOUN, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, RTD com, 1993. 227.

²²⁷⁵ - Cass. com. 15 juillet 1992, *Rev. sociétés* 1992.757, note P. LE CANNU, *JCP*, éd. E, 1992. I. 172, obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN, *Bull. Joly* 1992.1202, note J-F. BARBIÈRI, *Petites affiches* 1992, no 142, note L.C.

²²⁷⁶ - Cass. req. 19 janvier 1901, *S.* 1902.1.274 ; CA Paris, 5 juillet 1954, *D.* 1954.706 ; CA Paris, 26 mai 1967, *Gaz. Pal.* 1967.2.246, note R. BLANCHER ; T. civ. Seine, 19 juin 1957, *D.* 1958.67, note P. RAYNAUD.

²²⁷⁷ - Cass. com. 1er décembre 1975, *Bull. civ.* IV, no 287.

²²⁷⁸ - Cass. 3e civ. 22 juin 1976, préc. ; rapp. CA Paris, 20 octobre 1980, *JCP* 1981. II. 19602, concl. JÉOL, note F. TERRÉ, *Rev. sociétés* 1980.774, note A. VIANDIER, T. com. Marseille, 8 septembre 1983, *Rev. sociétés* 1984.80, note J. MESTRE.

²²⁷⁹ - CA Paris, 8 juillet 1982, *BRDA* 1982/21, p. 12 ; CA Paris, 15 mars 1985, *ibid.* 1985/15, p. 9 ; Cass. com. 19 avril 1988, pourvoi 86-11.231 cité par *Lamy sociétés commerciales*, no 2437.

suite²²⁸⁰ et la jurisprudence, antérieurement au vote de la loi de 1966, admettait dans le même ordre d'idées que l'action en nullité de la société pouvait être exercée, nonobstant les clauses statutaires subordonnant l'exercice, par les associés d'une action en justice contre la société à une autorisation de l'assemblée générale ou même à un préavis²²⁸¹. Cependant, un arrêt de la Cour de cassation a pu considérer, à l'inverse, qu'un actionnaire avait renoncé à contester une augmentation de capital dès lors, qu'au cours d'une assemblée générale ultérieure, il avait voté toutes les résolutions, dont celle comportant approbation des comptes dans lesquels il était fait état du nouveau montant du moment où la nullité est apparue et celui où l'action est exercée. De manière générale, la nullité risque plus de porter préjudice à l'associé en place qu'à celui qui a quitté la société²²⁸². Cependant, la demande en nullité d'une assemblée générale présentée par un ancien actionnaire a pu être admise car la résolution attaquée le privait de dividendes auxquels il estimait avoir droit²²⁸³.

En dernier lieu, se pose la question de l'intervention dans les affaires de nullité de sociétés, des divers organismes chargés de veiller à la sauvegarde des intérêts généraux. Contrairement à ce qui se produit dans le cas de l'action en régularisation, la loi ne comporte pas de disposition autorisant le ministère public à exercer, de manière générale, les actions en nullité. Son droit d'intervention sera donc limité aux hypothèses, assez rares, en matière de société, où l'ordre public serait en cause²²⁸⁴. Toutefois, la défense des intérêts généraux pourra parfois aujourd'hui être assurée par d'autres organismes tels que l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de la concurrence ou les associations d'actionnaires²²⁸⁵.

559- Le défendeur. Dès lors que la société est dotée de la personnalité morale, elle doit nécessairement être mise en cause, puisqu'autrement la décision qui serait rendue ne lui serait pas opposable²²⁸⁶. Il n'en serait autrement que si l'action était engagée contre une société non immatriculée en raison d'une nullité affectant le contrat de société lui-même. Alors, l'action devrait nécessairement être dirigée contre les associés personnellement²²⁸⁷.

La participation de la société au procès peut poser la question des personnes qui auront mission de la représenter. Tant qu'elle n'est pas dissoute, il s'agira de ses dirigeants ; si elle était en dissolution, ce serait le liquidateur statutaire ou légal. Dans ce dernier cas, la doctrine s'est toutefois posé la question suivante : que se passerait-il si le liquidateur décidait lui-même de demander la nullité ? L'on estime alors que la solution la plus adéquate serait de demander en justice la désignation d'un mandataire *ad litem* en vue de représenter la société défenderesse²²⁸⁸.

b- Obstacles au prononcé de la nullité

560- Le cours de l'instance en annulation peut se trouver arrêté par deux séries d'événements différents. La première est liée à l'application des dispositions générales régissant la procédure civile : il arrive que le défendeur soit en droit d'invoquer une fin de non-recevoir (a)²²⁸⁹. Mais le prononcé de la nullité est aussi parfois impossible pour une seconde raison, qui est, elle, spécifique au droit des sociétés, c'est la régularisation de l'acte attaqué pendant l'instance (b), au besoin à l'initiative du tribunal.

²²⁸⁰ - CA Aix, 13 janvier 1977, *Bull. Joly* 1977.537.

²²⁸¹ - Cass. civ. 20 décembre 1911, *DP* 1913.1.33, note CHÉRON, *S.* 1914.1.81, note WAHL.

²²⁸² - CA Paris, 25 avril 1990, *Rev. sociétés* 1990.425, note P. LE CANNU ; T. com. Paris, 23 février 1988, *JCP*, éd. E, 1988. II. 15242, note T. FORSBACH, concl. de SAINT-PULGENT ; T. com. Paris, 16 mars 1992, *Bull. Joly* 1992.527, note M. JEANTIN.

²²⁸³ - CA Paris, 15 mars 1985, *Dr. sociétés* 1985.147, note M. GERMAIN.

²²⁸⁴ - Article 423 NCPC.

²²⁸⁵ - C. HANNOUN, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, op. cit.

²²⁸⁶ - Cass. civ. 1^{er} août 1927, *DH* 1927.478 ; rappr. à propos d'une demande en dissolution anticipée d'une société, Cass. 1^{re} civ. 4 juillet 1995, *Bull. civ.* I, no 299, *Defrénois* 1996.660, obs. J. HONORAT.

²²⁸⁷ - V. MACQUERON, article préc. fasc. 32-B, no 37.

²²⁸⁸ - V. *Lamy sociétés commerciales* no 2436 ; P. MACQUERON, article préc. no 35.

²²⁸⁹ - Article 122 et s. NCPC.

α- Fins de non-recevoir

561- L'une d'entre elles a déjà été évoquée, à propos de la détermination des titulaires de l'action : il s'agit du défaut d'intérêt à agir. La question du défaut de qualité ne se posant guère en ce domaine, il reste donc à envisager la chose jugée et la prescription.

Pour que la chose jugée puisse être opposée valablement au défendeur, il faudra qu'elle réponde aux trois conditions posées par l'article 1351 du code civil, c'est-à-dire que la demande ait la même cause, le même objet et oppose les mêmes parties que la décision antérieure, dont l'autorité est invoquée. C'est pourquoi, le rejet d'une demande fondée sur une cause de nullité donnée ne rend pas irrecevable une nouvelle demande fondée sur une cause de nullité différente²²⁹⁰. De même, le rejet des prétentions d'un associé n'interdit pas leur reprise par un autre associé²²⁹¹ ou par un créancier d'associé dans le cadre d'une action oblique²²⁹². En d'autres termes, même si la multiplicité des personnes intéressées risque alors de multiplier les instances, le principe de relativité de la chose jugée s'applique sans restriction dans les litiges relatifs aux nullités de sociétés.

Le régime de la prescription, au contraire, présente d'assez nombreuses particularités par rapport au droit commun²²⁹³.

La durée du délai de prescription est uniformément fixée à trois ans²²⁹⁴, que la nullité soit absolue ou relative²²⁹⁵, sauf en matière de fusion où il existe un délai particulier de six mois à dater de la dernière inscription au RCS nécessitée par l'opération²²⁹⁶. Mais l'existence de cette prescription particulière aux sociétés suscite d'assez nombreuses controverses qui ne sont pas toutes éteintes.

Beaucoup de discussions se sont ainsi fait jour à propos des domaines respectifs de la prescription particulière aux sociétés et des règles de droit commun en la matière. Il semble acquis, dans cet ordre d'idées, que l'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* s'applique aux sociétés. La nullité d'une société ou d'un acte de société pourra donc toujours être invoquée par voie d'exception, même si l'action qui aurait permis de faire prononcer cette nullité est éteinte²²⁹⁷. Mais l'on rencontre d'autres hypothèses où la situation est plus incertaine. Un arrêt souvent cité²²⁹⁸ a ainsi limité l'application de la prescription de trois ans aux seuls actes susceptibles de régularisation²²⁹⁹; celle-ci ne jouerait donc pas s'agissant d'opérations interdites comme les conventions prévues par les articles 51 et 106 de la loi du 24 juillet 1966. Mais la Cour de cassation ne semble pas avoir eu l'occasion de prendre position sur ce problème. Le retour éventuel à la prescription trentenaire a aussi été discuté quand la société a été créée de manière purement fictive, en raison de l'inexistence alléguée d'une telle société. Un arrêt semblait favorable à cette thèse²³⁰⁰. Mais, la Cour de cassation a fait jouer la prescription triennale dans une telle hypothèse²³⁰¹.

En effet, l'exception de nullité peut être invoquée aussi longtemps que l'assemblée générale n'a pas eu connaissance de la convention litigieuse par le rapport spécial du commissaire aux comptes, pour une convention article 101 non approuvée par le conseil d'administration²³⁰². De même, la

²²⁹⁰ - Cass. com. 8 mars 1967, *Bull. civ.* III, no 106.

²²⁹¹ - Cass. req. 25 janvier 1881, *S.* 81.1.451.

²²⁹² - CA Grenoble, 28 décembre 1871, *S.* 72.2.37.

²²⁹³ - C. HANNOUN, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, RTD com, 1993. 47.

²²⁹⁴ - Articles 1844-14 Code civil, et L. 24 juillet 1966, article 367.

²²⁹⁵ - Cass. com. 17 juillet 1974, *Bull. civ.* IV, no 233, *Rev. sociétés* 1975.649 note J. HÉMARD, pour une application de ce délai à une société anonyme qui avait été créée avec un nombre insuffisant d'associés.

²²⁹⁶ - Article 367, al. 2 rajouté par L. 5 janvier 1988 préc.

²²⁹⁷ - Cass. com. 27 juin 1995, *Dr sociétés* 1995, no 220, note D. VIDAL; 10 juillet 1978, *ibid.* 1979.848, note I. BALENSI; 13 décembre 1976, *D.* 1977.375, note JEANTIN; 20 novembre 1990, *Bull. civ.* IV, no 295, *JCP*, éd. E, 1991. II. 195, note J-P. LEGROS, *Rev. sociétés* 1991.521, note M. PARIENTE.

²²⁹⁸ - CA Chambéry, 22 novembre 1976, *Rev. sociétés* 1977.259, note M. GUILBERTEAU.

²²⁹⁹ - Articles 362, 363, 365 et 366.

²³⁰⁰ - Cass. com. 22 juin 1976, *D.* 1977.619, note P. DIENER.

²³⁰¹ - Cass. com. 16 juin 1992, préc.

²³⁰² - Civ. 1re, 6 octobre 1998, *D. Affaires* 1998. 1821, obs. M.B.; *D.* 2000. Somm. 234.

prescription triennale tirée de l'article L. 235-9 du Code de commerce ne s'applique pas à l'action en nullité de la cession des actions fondée sur le vice du consentement dont le cessionnaire aurait été l'objet, en application des règles du droit commun de la formation des contrats²³⁰³. En outre, l'exception de nullité est perpétuelle, principe réaffirmé par la chambre commerciale²³⁰⁴.

En admettant que la prescription particulière aux sociétés s'applique, quelques problèmes sont aussi apparus à propos de son point de départ. La loi le fixe au jour où la nullité est encourue. Mais, en cas d'incapacité ou de vice du consentement, faut-il ou non tenir compte des dispositions de l'article 1304 du code civil qui retarde alors le départ de la prescription jusqu'à la date de la découverte du vice ou de la cessation de l'incapacité ? Un arrêt, au moins, s'est prononcé en ce sens²³⁰⁵ et la solution semble opportune, malgré les tendances restrictives du droit des sociétés, en matière de nullités, étant donné les facilités de régularisation particulières que la loi a prévues en ce cas.

L'on se demande aussi dans quelle mesure le délai, en certaines hypothèses particulières, peut véritablement commencer à courir. La question a souvent partagé les auteurs à propos de l'illicéité de l'objet social. Pour un important courant doctrinal, cette nullité qui, aux termes de la loi, n'est pas susceptible de régularisation²³⁰⁶ ne saurait non plus se prescrire, en raison du caractère permanent que présente l'infraction²³⁰⁷. Ce point de vue, auquel au moins un arrêt semble favorable²³⁰⁸ ne fait cependant pas l'unanimité²³⁰⁹ et la position prise par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Marleasing irait très nettement dans le sens de la prescriptibilité de cette cause de nullité. Pourtant, il serait paradoxal qu'une société, par le seul effet du temps écoulé, puisse se livrer, comme l'implique l'illicéité de son objet, à une activité prohibée. Si la jurisprudence venait un jour à admettre la prescription d'une telle nullité, peut-être faudrait-il, alors, rechercher s'il ne serait pas possible d'assurer le respect de la loi, en demandant la dissolution anticipée de la société pour justes motifs, solution qui, au moins, permettrait d'échapper aux contraintes de la directive du 9 mars 1968, puisque ce texte, ne s'applique qu'aux nullités.

La durée et le point de départ de la prescription étant connus, il reste à savoir si elle est susceptible d'être interrompue ou suspendue. Autrefois, les auteurs inclinaient à lui reconnaître le caractère d'un délai préfix²³¹⁰. La doctrine moderne, au contraire, a, en général, abandonné ce point de vue²³¹¹ qui ne semble plus correspondre à l'état du droit positif. Dans une décision relative au transport aérien, la Cour de cassation a, en effet, décidé que l'institution d'un délai préfix ne pouvait, en règle générale, résulter que d'une disposition formelle de la loi²³¹². Par ailleurs, elle a reconnu le caractère d'une véritable prescription au délai triennal institué par l'article 105, alinéa 1^{er} de la loi de 1966²³¹³. Enfin, une réponse ministérielle²³¹⁴ inspirée par la position de la jurisprudence est venue préciser qu'en l'absence de dispositions contraires, le délai de l'article 367 devait être considéré comme une véritable prescription.

β- Régularisation en cours d'instance

²³⁰³ - Paris, 19 septembre 2003, Bull. Joly 2004. 74, note MASSART, p. 113.

²³⁰⁴ - Com. 30 mai 2007, no 05-13.851, D. 2007. 1669. V. aussi Soc. 29 novembre 2006, Rev. sociétés 2007. 547, note J-F. BARBIÈRI.

²³⁰⁵ - CA Paris, 1^{er} décembre 1992, D. 1993, IR 55, Bull. Joly 1993.323, note B. SAINTOURENS.

²³⁰⁶ - L. 24 juillet 1966, article 362 et C. civ., article 1844-11.

²³⁰⁷ - Y. GUYON, *op. cit.*, t. 1, no 157; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, t. 1, no 758; J. LEBLOND, *Les actions en nullité en droit des sociétés*. Gaz. Pal. 1976. I. doctr. 79, *Lamy sociétés commerciales* no 2442.

²³⁰⁸ - CA Paris, 5 juillet 1988, Bull. Joly 1988.674, JCP, éd. E, 1988. I. 17837.

²³⁰⁹ - V. en sens opposé, D. BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés commerciales*, JCP 1967. I, doctr. 2121, no 170; J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*, t. 3, no 699; P. MACQUERON, article préc., no 55 et les références citées par cet auteur.

²³¹⁰ - C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7^e éd., 1935, Sirey, t. 1, n° 796; J. HÉMARD, *op. cit.*, no 518.

²³¹¹ - J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*, t. 3, no 702; *Lamy sociétés commerciales* no 2443, *Mémento Francis Lefebvre* no 3763.

²³¹² - Cass. ass. plén. 14 janvier 1977, D. 1977.89, concl. R. SCHMELCK.

²³¹³ - Cass. com. 24 février 1976, JCP 1976. II. 18506, note C. LUCAS DE LEYSSAC; 13 décembre 1976, préc.

²³¹⁴ - JOAN Q 26 janvier 1981, p. 373.

562- Plusieurs textes permettent de manière préventive, avant tout litige, la purge de certaines irrégularités ou même de véritables nullités, susceptibles d'entacher la constitution des sociétés comme les actes et délibérations ultérieurs. À côté de ces dispositions, toutes relatives à des vices de forme ou de fond déterminés, il en existe d'autres qui, cette fois, dans le cadre des instances en nullité, organisent un système de régularisation à caractère extrêmement général. Très souvent, ces mesures permettent donc d'arrêter le procès avant qu'il ne parvienne à son terme logique, c'est-à-dire la décision d'annulation.

563- Mécanisme de la régularisation. L'article 1844-11 du Code civil et l'article 362 de la loi du 24 juillet 1966 disposent tous deux que : « L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social ». Les possibilités de réparation ouvertes par cette formule sont donc extrêmement étendues. En réservant exclusivement l'hypothèse de l'illicéité de l'objet social, elle permet le rattrapage des nullités de fond comme de forme, de celles qui ne sont que relatives, comme de celles qui ont un caractère absolu.

La variété des causes de nullité, dont l'élimination est ainsi rendue possible, implique que la régularisation ne s'opérera pas toujours de la même façon. Là encore, la loi est conçue en termes larges. En effet, il suffit pour mettre fin à l'instance que la cause de nullité qui fonde la demande ait « cessé d'exister » au moment où le tribunal se prononce. Bien des solutions apparaissent donc concevables. Il n'est pas exclu tout d'abord que l'irrégularité, qui est à l'origine du litige, soit de celles qui permanent l'exercice d'une action en régularisation, indépendamment de tout procès en annulation. Cependant, si un tel procès était engagé, les divers modes de réparation prévus par la loi pourraient *a fortiori* s'être mis en œuvre : qu'il s'agisse de combler les lacunes d'actes incomplets, de réaliser une formalité omise par les dirigeants ou encore d'offrir au titulaire d'une action en nullité relative le choix entre la confirmation et le rachat de ses droits.

Le champ de l'action en nullité étant toutefois plus large, et même, selon certains, distinct de celui de l'action en régularisation, d'autres procédés peuvent naturellement assurer la mise en conformité de l'acte attaqué avec la loi. En admettant que le nombre d'associés devienne inférieur au minimum légal, en raison du vice de consentement ou de l'incapacité de l'un d'entre eux, le recrutement d'un nouvel associé serait possible. Si c'est le montant du capital qui est insuffisant, il suffira de réaliser de nouveaux apports pour atteindre le chiffre exigé par la loi. Lorsqu'une décision d'assemblée générale, extraordinaire aussi bien qu'ordinaire, n'est pas valable, elle pourra délibérer à nouveau, dans des conditions qui sont, cette fois, conformes à la loi.

Est-ce à dire que la régularisation est toujours praticable? L'on ne saurait pour autant l'affirmer. La loi l'interdit expressément, en cas d'illicéité de l'objet social. Mais il y a des hypothèses où la nature même du vice, dont l'acte est affecté, semble l'exclure. C'est le cas toutes les fois que l'on est en présence d'opérations à caractère fictif ou frauduleux : ou bien en effet une fois réitérées, elles présenteront le même défaut qu'à l'origine, ou bien, expurgées de ce défaut, elles perdront en réalité tout intérêt pratique pour leurs auteurs. En ce qui concerne les formalités, il ne faut pas oublier qu'elles n'ont souvent de sens qu'à la condition d'être effectuées à un moment déterminé, en particulier préalablement à certaines réunions. Si des convocations n'ont pas été adressées, si des documents n'ont pas été communiqués avant une séance de conseil d'administration ou la tenue d'une assemblée, leur envoi tardif ne saurait évidemment couvrir la nullité des délibérations qui ont suivi. La régularisation n'est pas, au sens strict, impossible, mais elle suppose la reprise intégrale de l'opération viciée par l'omission de la formalité initiale. Dans la majorité des cas, pourtant, les facilités de réparation offertes par la loi semblent devoir empêcher l'instance en nullité d'aller jusqu'à son terme. Toutefois cette régularisation tardive ne fait pas obstacle à la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants en cause²³¹⁵.

En termes pratiquement similaires, l'article 1844-13 du code civil et l'article 363 de la loi du

²³¹⁵- L. 24 juillet 1966, article 370, al. 2.

24 juillet 1966 disposent que : « Le tribunal, saisi d'une demande de nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités. Il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après l'exploit introductif d'instance²³¹⁶. » Ces délais sont une particularité procédurale des instances en nullité de société. Si l'on s'en tient aux principes habituels en la matière, la régularisation d'un acte nul pendant le déroulement du procès n'est pas inconcevable. L'intérêt à agir du demandeur disparaît, en effet, à la suite de cette régularisation, et la fin de non-recevoir, que constitue le défaut d'intérêt, peut être invoquée, jusqu'au moment où le juge statue²³¹⁷. Mais rien ne lui impose alors de respecter un délai minimum avant de se prononcer, ni ne l'invite à accorder, voire si nécessaire, à prolonger ce délai afin que le défendeur ait le temps de se mettre en règle. Le désir de sauver les actes nuls, qui caractérise le droit des sociétés, se manifeste une fois de plus à cette occasion. Le fait que la nullité existe n'implique pas forcément ici qu'elle soit effectivement prononcée. Une telle éventualité est, dans l'esprit du législateur, destinée à rester rare. De plus, l'annulation ne produira pas exactement en ce cas, les effets, qui sont normalement les siens en droit civil.

c- La décision d'annulation

564- Nous examinerons ici l'autorité de la décision (a), ainsi que ses conséquences (b).

α- L'autorité de la décision

565- L'article 1351 du code civil pose le principe de la relativité de l'autorité attachée à la chose jugée. Tel n'est cependant pas toujours le cas en droit des sociétés.

La décision, qui est rendue, a bien une autorité relative lorsqu'elle rejette la demande de nullité. Il s'ensuit que d'autres demandeurs pourraient éventuellement tenter un nouveau procès, fondé sur la même cause, sauf à engager éventuellement leur responsabilité pour abus de droit. Ainsi également, le demandeur, qui a été débouté en invoquant une cause de nullité donnée, est en droit d'engager ensuite une instance où il ferait état d'un autre motif d'annulation²³¹⁸.

La solution est, en revanche, différente lorsque l'annulation est prononcée. Une mesure de cette nature a, en effet, des conséquences objectives. Si c'est la société qui est annulée tout spécialement, elle ne peut disparaître à l'égard de certaines personnes, tout en continuant à exister vis-à-vis de certaines autres. Déjà sous l'empire de la loi de 1867, la jurisprudence a donc admis que les jugements d'annulation avaient une autorité absolue²³¹⁹. À la suite du vote de la loi de 1966, cette solution s'est trouvée implicitement confirmée par les dispositions du décret du 23 mars 1967 (art. 33, 38 et 43), reprises par l'article 23-3 du décret du 30 mai 1984 qui impose la publication au registre du commerce des décisions annulant une société, mais la rend par-là opposable aux tiers. De plus, afin d'éviter une remise en cause tardive de cette décision par une *tierce-opposition*, le délai pendant lequel cette voie de recours peut être exercée et qui est normalement de trente ans²³²⁰ se trouve alors ramené à six mois à dater de la publication du jugement au *BODACC*²³²¹.

L'exercice des autres voies de recours ne présente, par contre, aucune particularité, par rapport au régime de droit commun. L'appel et le pourvoi en cassation sont donc ouverts aux conditions habituelles.

β- Conséquences de l'annulation

²³¹⁶ - en cas de fusion, V. la disposition de l'article 366-1, L. 24 juillet 1966.

²³¹⁷ - Article 126 NCPC.

²³¹⁸ - Cass. com. 8 mars 1967, préc.

²³¹⁹ - Cass. req. 2 février 1873, *DP* 74.1.49, *S.* 73.1.306; Cass. req. 6 février 1893, *S.* 96.1.115; Cass. req. 16 mai 1938, *S.* 1939.1.292.

²³²⁰ - NCPC, art. 586.

²³²¹ - Décr. 23 mars 1967, art. 253-1.

566- Les conséquences de l'annulation prononcée par le tribunal varient suivant qu'elles touchent à l'existence de la société elle-même ou qu'elles n'affectent que des résolutions ou délibérations ultérieures.

567- Nullité des constitutions de société. Relations entre associés. Il résulte des articles 1844-15 du code civil et 368 de la loi du 24 juillet 1966, que la nullité opère sans rétroactivité et que la liquidation a lieu comme s'il s'agissait d'une dissolution anticipée ordonnée par décision de justice. Ces dispositions comportent une série de conséquences, qu'il convient de préciser.

Les droits et obligations résultant pour les associés du pacte social restent valables. Ils sont tenus de verser la fraction du capital social qu'ils n'ont pas encore libérée²³²². Les clauses pénales stipulées dans les statuts, en cas notamment d'actes de concurrence déloyale, continuent à s'appliquer²³²³. De façon identique, il a été jugé qu'une conversion de créance en actions devait produire ses effets malgré l'annulation²³²⁴, ou encore qu'un associé pouvait réclamer les avantages statutaires, qui lui avaient été consentis²³²⁵. La société ne perdant pas rétroactivement son existence, il s'ensuit aussi que le tribunal de commerce conserve, dans les litiges opposant les associés, la compétence qui lui est reconnue par l'article 634-2° du code commercial²³²⁶.

La liquidation s'opère conformément aux articles 402 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, applicables en cas de dissolution sur décision de justice. Le liquidateur est donc désigné dans les conditions prévues à l'article 406 et il procède à la réalisation de l'actif social comme s'il s'agissait d'une liquidation ordinaire. Les associés n'ont dès lors aucun droit à la reprise en nature de leurs apports, dont la vente par le liquidateur reste possible²³²⁷. En revanche, si les opérations de liquidation laissent un excédent d'actif, il sera partagé, conformément aux prévisions des statuts et au cas où le passif serait supérieur à l'actif, leur responsabilité personnelle serait appréciée en fonction de la forme donnée à la société dans les statuts²³²⁸.

Si, de manière générale, la nullité opère sans rétroactivité, le principe comporte, malgré tout, une série d'exceptions. Il résulte d'abord des termes de l'article 1844-16 du code civil et de l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966 que « (...) la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice de consentement est opposable même aux tiers par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence ». L'hypothèse visée par ces textes n'est donc pas celle de la nullité de la société elle-même, mais uniquement de la souscription d'un associé, qui n'aurait pas émis un consentement valable ou aurait été incapable. La principale conséquence de cette disposition est que cet associé pourra reprendre son apport entre les mains d'un tiers s'il a été aliéné²³²⁹ et que, de manière similaire, les sûretés, qui auraient été constituées sur le bien, ne lui seraient pas opposables²³³⁰.

Se pose toutefois la question de savoir si l'associé qui se trouve dans une telle situation conserve ou non ses droits sur le boni de liquidation, quand il en existe un. À première vue, la réponse devrait être négative, car seule la nullité de la société n'a pas un caractère rétroactif, mais non celle de la souscription. L'auteur de celle-ci étant censé n'avoir jamais fait partie de la société, il ne devrait pas avoir de droit sur le produit de son activité. C'est ce que, dans le cadre de dispositions différentes, la Cour de cassation avait autrefois décidé dans un premier temps²³³¹. Mais elle est ensuite revenue sur cette solution, en faisant valoir qu'elle procurait un enrichissement sans cause aux autres

²³²²- Cass. com. 10 juillet 1961, *Bull. civ.* III, no 321; Cass. civ. 8 novembre 1904, *DP* 1905.1.34; 15 novembre 1892, *S.* 93.1.364.

²³²³- Cass. req. 7 juillet 1879, *S.* 80.1.206.

²³²⁴- Cass. req. 19 juillet 1888, *DP* 89.345.

²³²⁵- Cass. req. 15 janvier 1889, *DP* 90.1.471.

²³²⁶- Cass. req. 16 juillet 1901, *DP* 1902.1.464.

²³²⁷- Cass. 2e civ. 27 octobre 1971, préc.; Cass. req. 29 mars 1898, *DP* 99.1.588; Cass. req. 19 juillet 1888, *S.* 91.1.59.

²³²⁸- CA Paris, 11 juillet 1990, *D.* 1990, IR 222, *Rev. sociétés* 1991.139, note Y. GUYON; Cass. com. 4 octobre 1966, *JCP* 1967. II. 15208, note TOUJAS; 28 mai 1968, *JCP* 1969. II. 1605, note J.D.

²³²⁹- V. dans le cadre des textes antérieurs, T. com. Alger, 30 janvier 1924, *Journ. sociétés* 1925.530.

²³³⁰- Y. GUYON, *op. cit.* no 146.

²³³¹- Cass. req. 6 janvier 1913, *Journ. sociétés* 1913.257.

associés²³³². Le débat n'est donc pas clos, alors surtout que la solution de l'arrêt de 1926 ne fait pas l'unanimité en doctrine²³³³.

Un arrêt a également admis la rétroactivité de la nullité dans une affaire où celle-ci était fondée sur une absence totale d'*affectio societatis*, le défaut de volonté de coopérer entre les associés étant exclusif de la formation d'un patrimoine social²³³⁴. À l'heure actuelle, l'on peut toutefois se demander si cette solution est encore compatible avec la jurisprudence, selon laquelle le défaut d'*affectio societatis* est un cas de nullité comme les autres et non une cause d'inexistence de la société²³³⁵.

La nullité, en revanche, semble bien être rétroactive, quand la société était contraire à l'ordre public car une convention présentant ce caractère ne saurait, même temporairement, être assortie d'effets²³³⁶.

La rétroactivité est aussi formellement prévue par une disposition fiscale, l'article 1961 du code général des impôts, qui prévoit la restitution des droits d'enregistrement perçus sur les actes annulés, résolus ou rescindés, à condition que le jugement ou l'arrêt qui statue en ce sens soit passé en force de chose jugée²³³⁷.

568- Tiers. En ce qui concerne, les tiers, l'article 1844-16 du code civil, reprenant les termes de l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966, énonce que : « Ni la société ni les tiers ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi²³³⁸. » La formule de l'article 369 comporte des conséquences certaines et d'autres qui restent controversées depuis les réformes de 1966 et 1978.

Nul ne conteste la possibilité pour les tiers de conserver les droits, qu'ils auraient acquis de bonne foi, de la société annulée. Il appartient donc au liquidateur de veiller à ce que les contrats souscrits pendant la vie sociale soient exécutés, les dettes, qui avaient été contractées, acquittées.

L'on se demande, en revanche, si les créanciers peuvent encore, comme c'était le cas jusqu'en 1966, décider à leur choix que la nullité sera ou non rétroactive, la préférence étant donnée, en cas de divergence, à ceux qui optaient en faveur de la rétroactivité. Ce point a été discuté dès le vote de la loi de 1966. Certains auteurs ont alors considéré que le nouveau texte n'apportait aucun changement par rapport aux dispositions antérieures²³³⁹. D'autres, au contraire, ont estimé que le maintien de la solution ancienne n'était pas compatible avec le principe introduit par l'article 368, selon lequel l'annulation produit les effets d'une dissolution anticipée²³⁴⁰. Désormais la mesure ne pourrait donc en aucun cas être rétroactive. La doctrine récente est dans l'ensemble favorable à cette interprétation²³⁴¹. Pourtant, la prudence s'impose surtout en l'absence de décision jurisprudentielle. La loi réserve expressément les droits des tiers de bonne foi. Dès lors, s'il est de leur intérêt que la nullité opère rétroactivement, l'on voit mal pourquoi on les priverait de cet avantage. La véritable difficulté se présente donc avant tout dans les hypothèses où il y a divergence entre les divers tiers intéressés. La dissolution, sans effet rétroactif, est dans l'ensemble favorable aux créanciers sociaux.

²³³² - Cass. civ. 16 avril 1926, *DH* 1926.318.

²³³³ - V. l'analyse critique qui en est faite par P. MACQUERON, article préc., no 114.

²³³⁴ - Cass. 3e civ. 8 janvier 1975, *Bull. civ.* III, no 2, *Rev. sociétés* 1976.301, note I. BALENSI.

²³³⁵ - Cass. com. 15 juillet 1992, préc.

²³³⁶ - En ce sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, t. 1, no 729, *Lamy sociétés commerciales*, no 2455.

²³³⁷ - V. en revanche, refusant le remboursement d'autres impositions liées à l'activité sociale : CE Société française des Nougats, 26 mars 1990, *Dr. fisc.* 1990.1799, no 2450, concl. MARTIN, *RTD com.* 1991.398 obs. Cl. CHAMPAUD.

²³³⁸ - V. à propos de la reconnaissance de la bonne foi de souscripteurs d'une émission de valeurs mobilières frappée de nullité : Cass. com. 15 juillet 1992 : *Rev. sociétés* 1992.757 note P. LE CANNU, *Petites affiches* 1992, no 142, note J. C.

²³³⁹ - D. BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés commerciales*, *JCP* 1967, doct. 2121 no 173; NGUYEN XUAN CHANH, *La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966*, *D.* 1968, chron. 27, no 52; R. RIVES, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1969.407, no 5; R. SINAY, *Rev. sociétés* 1966.246, no 90.

²³⁴⁰ - J. HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*, t. 3, no 714.

²³⁴¹ - P. ACQUERON, *op. cit.*, vol. 2, fasc. 32 B, no 122; *Mémento Francis Lefebvre*, no 3782 ; *Lamy sociétés commerciales*, no 2456.

La rétroactivité avantage, en revanche plutôt, les créanciers individuels des associés. Ce sont donc ces derniers qui, en cas de conflit, étaient préférés dans le régime antérieur à la loi de 1966, en vertu de l'idée selon laquelle, il y avait lieu, en présence d'un désaccord entre tiers, d'en revenir à la solution de droit commun en matière de nullités, qui est la rétroactivité. Or, du seul point de vue exégétique, il est permis de se demander si la primauté, ainsi donnée à la règle civiliste, se justifie encore en présence d'un texte faisant de l'absence de rétroactivité de la nullité la solution de principe. Déroger à cette disposition semble dépourvu d'inconvénients, si tous les tiers, dont la loi réserve par ailleurs les droits, y trouvent un avantage. Lorsqu'ils expriment des avis opposés, au contraire, il semblerait logique, en présence d'une disposition formelle du droit des sociétés, de donner la préséance à ce texte par rapport à la règle du droit civil.

Il est également possible d'observer dans le même sens que le droit actuel, entre deux catégories de personnes également lésées par une situation trompeuse, tend généralement à donner la préférence à celles qui invoquent l'apparence, surtout si elle est corroborée par une publicité, plutôt qu'à celles qui se prévalent du véritable état des choses²³⁴². Or, dans la mesure où ils ont traité avec une société immatriculée ce sont surtout les créanciers sociaux qui invoquent l'apparence qu'a eue cette société contre la réalité, c'est-à-dire son défaut de validité dont font état les créanciers personnels des associés. Il paraît donc que, dans un tel conflit, les droits des premiers doivent être sauvegardés avant ceux des seconds.

Les articles 1844-16 du code civil et 369 de la loi du 24 juillet 1966 apportent toutefois au principe d'inopposabilité de la nullité aux tiers de bonne foi qu'ils posent une exception : « La nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice de consentement est opposable, même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé, dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence ». En pratique, la portée de cette disposition protectrice peut cependant se trouver réduite en raison de ses interférences avec certains principes généraux du droit des nullités. Il a été jugé par exemple que les créanciers d'une société restaient en droit d'exiger la réalisation d'une augmentation de capital, en dépit des manœuvres dolosives l'ayant accompagnée, car le dol n'émanait pas de tous les associés à la fois²³⁴³. En l'espèce, il s'agissait d'un engagement pris à l'occasion d'une modification statutaire et non d'une constitution de société. Mais, en ce dernier cas, la solution serait la même. Malgré l'irrégularité des conditions de sa souscription, un associé peut ainsi être parfois paradoxalement tenu de s'acquitter des obligations en résultant.

569- Nullité des actes postérieurs à la constitution. La situation est en ce cas plus simple, puisqu'il n'est pas nécessaire de liquider le patrimoine social. L'annulation se traduit uniquement par un retour à l'état de choses existant avant que la délibération ou la résolution condamnée n'ait été prise. Il existe même d'assez nombreux cas où l'acte pourra être repris dans des conditions qui seront cette fois valables. Si un associé n'avait pas été régulièrement convoqué, il suffira de provoquer une nouvelle réunion, à laquelle il sera mis en mesure de participer. Lorsque le vote doit être précédé d'un rapport - du commissaire aux comptes en particulier - qui n'avait pas été fait, la délibération pourra, sans grande complication, être reprise après rédaction de ce document. Il n'en va pourtant pas toujours ainsi. Une résolution annulée pour abus de majorité, notamment, ne saurait être revotée dans les mêmes termes, sans encourir une nouvelle annulation.

La véritable difficulté liée à cette catégorie de nullités est cependant ailleurs. Elle apparaît lorsqu'en exécution de l'acte nul, ont été accomplis d'autres actes qui sont la conséquence du premier : conventions passées pour le compte de la société par un dirigeant dont la nomination est invalidée, valeurs mobilières émises à la suite d'une délibération annulée. En principe, de tels actes sont eux-mêmes viciés par la nullité affectant l'acte, dont ils procèdent. La nullité a donc, de ce point de vue, un effet rétroactif. Le droit civil s'efforce toutefois de tempérer cette conséquence par des mesures telles que, le maintien des actes d'administration réalisés par la personne dont les droits sont annulés, ou le recours à la théorie de l'apparence²³⁴⁴.

²³⁴² - J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil introduction générale*, LGDJ, 2000, no 802.

²³⁴³ - Cass. com. 18 juin 1973, préc.

²³⁴⁴ - P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, no 585; J. FLOUR et J-L. AUBERT, *op. cit.*, no 371 et s.

Le droit des sociétés va plus loin, grâce à la disposition de l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966 qui s'applique aussi bien aux nullités de constitution qu'à celles des actes ultérieurs. Un acte effectué à la suite d'une résolution ou d'une délibération nulle peut donc être maintenu dans l'intérêt des tiers de bonne foi. Il a été rencontré précédemment un exemple avec une émission de titres, reconnue valable, car les souscripteurs ne pouvaient se rendre compte de l'irrégularité des conditions dans lesquelles elle avait été décidée²³⁴⁵. Mais cette disposition ne peut jouer qu'en faveur de tiers. Elle n'est pas, selon une jurisprudence qui s'en tient strictement aux termes de la loi, applicable dans les rapports entre la société et les associés²³⁴⁶. Le même souci de sécurité des tiers explique la disposition relative aux nullités de fusion, qui a été introduite à l'article 368-1 de la loi du 24 juillet 1966 par la loi du 5 janvier 1988. En ce cas, la décision d'annulation : « est sans effet que les obligations nées à la charge ou au profit des sociétés auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prend effet la fusion et celle de la publication de la décision prononçant la nullité²³⁴⁷. » Quant au passif résultant de ces obligations, il reste à la charge des sociétés qui avaient participé à l'opération annulée.

II- LE RÉFÉRÉ INJONCTION DE FAIRE

570- Avant la loi du 22 mars 2012 de simplification du droit et d'allègement des démarches administratives (dite *Loi Warsmann II*), il existait trois types de référé injonction de faire prévus par la loi NRE : une injonction de communiquer des documents²³⁴⁸, de déposer des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés²³⁴⁹ et d'appeler le capital souscrit et non libéré²³⁵⁰. Les deux lois du 1^{er} août 2003 ont ajouté des injonctions concernant les obligations d'information mises à la charge du liquidateur²³⁵¹ et l'obligation du représentant légal de faire figurer des mentions obligatoires sur les actes et documents sociétaires²³⁵². Les ordonnances des 25 mars 2004 et du 24 juin 2004 prévoient, quant à elles, une injonction d'établissement de procès-verbaux de réunion²³⁵³, une injonction de communication aux actionnaires de documents préparatoires aux assemblées générales²³⁵⁴ et une injonction de convocation des assemblées spéciales²³⁵⁵. Parallèlement, des infractions pénales sont abrogées.

Au premier regard, il peut sembler que la loi NRE et les textes suivants retiennent des solutions en matière de communication de documents qui sont moins contraignantes que dans le régime précédent. En effet, la méthode du droit pénal est délaissée au profit d'une méthode de nature procédurale. Au lieu de réprimer les dirigeants dans l'hypothèse où un document n'est pas transmis aux associés, le législateur autorise ces derniers à mettre en œuvre une procédure rapide et en principe efficiente pour obtenir les informations souhaitées. Mais le régime pénal n'était quasiment pas appliqué et il existait en réalité une sorte d'impunité. La loi met en place des procédures d'injonction de faire spéciales (A) bien que la méthode répressive ne disparaisse pas entièrement. Ces procédures spéciales coexistent avec les procédures d'injonction de faire de droit commun (B).

A- La création de nouvelles injonctions de faire spéciales

571- L'institution des procédures d'injonction répond, à l'évidence, à l'évolution parallèle tendant à

²³⁴⁵- Cass. com. 15 juillet 1992, Rev. sociétés 1992.757, note P. LE CANNU, *Petites affiches*, 1992, no 142, note J. C., préc.

²³⁴⁶- CA Paris, 29 mars 1991, *Bull. Joly* 1991.534, note P. LE CANNU.

²³⁴⁷- Article 368-1, al. 2.

²³⁴⁸- C. com., art. L. 238-1.

²³⁴⁹- C. com., art. L. 123-5-1.

²³⁵⁰- C. civ., art. 1843-3.

²³⁵¹- C. com., art. L. 238-2 modifié par L. no 2003-706 de sécurité financière.

²³⁵²- C. com., art. L. 238-3 modifié par L. no 2003-721 pour l'initiative économique.

²³⁵³- C. com., art. L. 238-4 et L. 238-5.

²³⁵⁴- C. com., art. L. 238-1, al. 2.

²³⁵⁵- C. com., art. L. 238-6 nouv.

la dépenalisation du droit des affaires en général, et du droit des sociétés en particulier. Cependant, la substitution d'un système à un autre n'a pas été poussée à son terme. D'une part, les règles pénales ne disparaissent pas toutes; d'autre part, les injonctions n'ont pas vocation à remplacer le droit pénal. Il s'agit d'une simple amorce de dépenalisation (1) qui s'est amplifiée avec la loi du 22 mars 2012 de simplification (2) et d'une substitution progressive de la procédure d'injonction de faire (3).

1- Amorce d'une dépenalisation

572- La loi du 15 mai 2001 a été annoncée, puis souvent commentée, comme un texte déroulant la logique d'une dépenalisation, logique qui serait fondée sur la recherche de l'efficacité et de la modernité. La structure de son article 122 traduit nettement cet effet. Ainsi, la première partie de cet article crée le référé injonction de communiquer des documents et autres actes sociétaires. La seconde partie constitue une liste des infractions pénales du droit des sociétés abrogées. Les infractions en question sont nombreuses et diverses. Certaines concernant la non-communication de documents²³⁵⁶. D'autres sont liées aux opérations susceptibles d'intervenir sur le capital social (souscription, libération, amortissement). D'autres, enfin, concernent certains types de valeurs mobilières et, en particulier, les obligations (infraction à la prohibition de l'émission d'obligations ou de parts de fondateurs).

Sur le plan des principes, la dépenalisation de la vie des affaires est justifiée. **Elle procède de la prise de conscience que le fonctionnement des entreprises françaises en vase clos et la menace diffuse liée à l'existence systématique d'une sanction pénale ne peuvent plus être le cadre d'action raisonnable dans lequel évoluent les acteurs du jeu économique.** Prévalent désormais des mesures nuancées et adéquates²³⁵⁷. Cela ne signifie pas pour autant que toute règle pénale doive être écartée du droit des affaires. Un nombre restreint de règles d'ordre répressif peut d'ailleurs être une garantie de leur application.

La voie de la dépenalisation avait déjà été tracée en droit des procédures collectives avec la loi du 25 janvier 1985²³⁵⁸, et en droit de la concurrence avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, parachevée ensuite par la loi du 1^{er} juillet 1996²³⁵⁹. Le droit des sociétés se devait de rallier cette évolution, et la loi NRE s'est inscrite dans cette perspective. Il vaut d'ailleurs d'être noté qu'un arrêt précurseur de la Cour de cassation avait opéré une dépenalisation de fait en matière de dépôt des comptes sociaux auprès du greffe du tribunal compétent. À travers cette jurisprudence, la Cour autorisait tout intéressé à demander au président du tribunal de commerce statuant en référé de désigner un mandataire chargé d'accomplir lui-même la formalité, peu important que soit démontré ou non le caractère nécessaire de ce dépôt à la défense des intérêts du demandeur²³⁶⁰.

Les deux lois du 1^{er} août 2003 et les ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004 confirment l'évolution engagée avec la loi NRE. D'autres incriminations sont supprimées, liées notamment à la tenue des assemblées générales d'actionnaires²³⁶¹ ou d'obligataires²³⁶², ou à leur préparation²³⁶³, et aux opérations d'augmentation de capital²³⁶⁴. Une telle confirmation ne rend que plus nécessaire encore de délimiter exactement la portée de la réforme du droit des sociétés commodément désignée sous le terme de dépenalisation.

L'apport des textes évoqués ci-dessus doit être relativisé. Contrairement aux apparences, le droit pénal ne disparaît pas. De nombreuses dispositions législatives sont abrogées, sans que les infractions concernées ne soient également supprimées, puisque les textes du droit pénal général

²³⁵⁶- Par exemple, la non-communication de certains documents aux actionnaires avant l'assemblée générale - anc. art. L. 242-14.

²³⁵⁷- Y. GUYON, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, Rev. Pouvoirs no 55, 1990.

²³⁵⁸- W. JEANDIDIER, *Le droit pénal de la banqueroute ou les avatars de la pénalisation*, in RJ com., p. 131 et s.

²³⁵⁹- A. DECOCQ, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, in RJ com. préc., p. 89 et s.

²³⁶⁰- Cass. com. 15 juin 1999, Bull. civ. IV, no 132 et Rev. sociétés 1999.607, note P. FORTUIT.

²³⁶¹- Art. L. 242-9, L. 242-12 et 13 et L. 242-15 abrogés.

²³⁶²- Art. L. 245-11, 2o.

²³⁶³- Art. L. 242-14 abrogé.

²³⁶⁴- Art. L. 242-18 et L. 242-19 abrogés.

suffiraient à les appréhender. Par exemple, les articles L. 242-2 et L. 245-2 visant respectivement les délits de souscription fictive ou de diffusion de renseignement faux ou inexact par des prospectus sollicitant la souscription de valeurs mobilières concernent des agissements qui restent punissables sous d'autres qualifications telles que l'escroquerie ou le faux en écriture. Au titre des réformes plus récentes, il a été souligné combien la suppression de l'infraction de fausse déclaration dans la SARL²³⁶⁵ ne modifiait pas le droit positif, puisque les agissements entrant sous le coup de cette incrimination relèvent également de la qualification de droit commun de faux²³⁶⁶.

D'autres infractions abrogées n'avaient, en tout état de cause, plus guère de sens ou de consistance, telle l'infraction à la prohibition de l'émission de parts de fondateur de l'article L. 245-6 aujourd'hui abrogé. Aussi faut-il se rendre à l'évidence : la dépenalisation dont il est question n'est pas spectaculaire. À tout le moins, le terme de dépenalisation ne rend pas entièrement compte d'une évolution qui relève davantage d'une simplification du dispositif répressif.

2- Poursuite de la dépenalisation

573- La tendance du législateur à recourir aux sanctions civiles à l'égard du dirigeant s'est amplifiée avec la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Cette amplification passe par une réforme de l'injonction de faire en matière d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes (a) et par la création de nouvelles injonctions en dehors de toute augmentation de capital (b).

a- L'injonction de faire en matière d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes

574- Modification des injonctions dans le cadre d'une procédure d'augmentation de capital.

L'article L. 225-149-3 du code de commerce prévoit que, dans certaines hypothèses, le juge pourra enjoindre la société ou les organes concernés à exécuter certaines formalités qui n'auraient pas été respectées. Pour ce qui est de la procédure, le texte renvoie aux articles L. 238-1 et L. 238-6 du code de commerce. Il faut en retenir que, d'une part, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants de la société de communiquer un rapport, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication, et d'autre part, que tout actionnaire peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre au dirigeant de convoquer une assemblée ou désigner un mandataire chargé de procéder à cette convocation. Cependant, il n'est pas certain que toutes les hypothèses désormais visées par l'article L. 225-149-3 correspondent soit à la communication d'un rapport soit à la réunion d'une assemblée, ce qui n'est pas sans poser un problème de cohérence des textes. D'une façon générale, ces injonctions se font plus nombreuses mais, assez étrangement, certaines hypothèses qui permettaient jusqu'ici de demander une injonction au juge ont été supprimées. On peut même se demander s'il s'agit d'un oubli du législateur, qui aurait omis de rajouter les anciennes hypothèses d'injonctions. D'autres ont par ailleurs été ajoutées, parfois en dépit du bon sens le plus élémentaire.

575- Suppression du bénéfice de la procédure d'injonction. La loi a décidé de retirer le bénéfice de la procédure d'injonction de faire à certaines formalités qui en bénéficiaient jusque-là. Ainsi en est-il de l'obligation prévue à l'article L. 225-129-6, alinéa 2, de convoquer périodiquement une assemblée générale extraordinaire afin de statuer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés si le personnel détient moins de 3% du capital. Cette obligation est donc censée être sanctionnée par la nullité, mais dans la mesure où il n'y a rien à annuler, elle est désormais dénuée de toute sanction. De même, la mise à disposition des rapports complémentaires établis par le conseil d'administration ou le directoire en cas d'augmentation de capital avec délégation de pouvoir ou de compétence, prévus à l'article L. 225-129-5, ne peut plus

²³⁶⁵ - Art. L. 241-1.

²³⁶⁶ - A. LIENHARD, *Loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 : quoi de neuf pour les sociétés?*, D. 2003, chron. 1900.

donner lieu à injonction de faire. En revanche, les hypothèses prévues aux articles L. 225-136, 1^o, alinéa 2 (article qui avait entretemps été remanié par l'ordonnance du 22 janvier 2009) et L. 225-138, I, alinéa 2, sont maintenues, sachant que d'autres dispositions intégrées dans ces articles bénéficient désormais de la procédure d'injonction.

576- Extension du périmètre de la procédure d'injonction. La loi du 22 mars 2012 étend donc la procédure d'injonction, telle qu'elle est prévue et réglementée dans les articles L. 238-1 et L. 238-6, aux rapports et formalités prévus dans les articles suivants : l'article L. 225-129-2, le second alinéa de l'article L. 225-131, les 1^o et 2^o de l'article L. 225-136, les articles L. 225-138, L. 225-142 et L. 225-143, le dernier alinéa de l'article L. 225-144, les articles L. 225-145 à L. 225-147, le second alinéa de l'article L. 225-148, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 225-149 et l'article L. 225-149-2. Il faut rappeler que l'existence d'une procédure d'injonction n'empêche pas de déposer une éventuelle demande en nullité, qui sera alors facultative. De plus, l'étude de ces différentes hypothèses de recours à la procédure d'injonction ne fait que confirmer l'idée selon laquelle la rédaction de l'article L. 225-149-3 a subi des transformations inexplicables et injustifiables.

Le premier article visé par la loi est l'article L. 225-129-2, relatif aux augmentations de capital avec délégation de compétence. Les seules « formalités » qui pourraient éventuellement faire l'objet d'une injonction sont, d'une part, la constatation de la réalisation des augmentations de capital, et d'autre part, la modification consécutive des statuts.

En cas d'augmentation du capital par offre au public, moins de deux ans après la constitution sans offre au public d'une société, il est nécessaire de procéder à une vérification de l'actif et du passif ainsi que des avantages particuliers consentis²³⁶⁷. Cette vérification peut faire l'objet d'une injonction de faire. Bien entendu, cette injonction n'aura de sens que si elle est antérieure à la réalisation de l'augmentation de capital.

Par ailleurs, la détermination du prix en cas d'émission de titres de capital sans droit préférentiel de souscription par une offre au public doit parfois être précédée de la remise de rapports émanant du conseil d'administration ou du directoire et du commissaire aux comptes. Il est possible de recourir à la procédure d'injonction pour que ces rapports soient effectivement rédigés et remis, dans les conditions prévues aux 1^o et 2^o de l'article L. 225-136.

En cas d'augmentation de capital réservée à une ou plusieurs personnes nommément désignées ou à des catégories de personnes déterminées, il est nécessaire de voter la suppression du droit préférentiel de souscription. Un certain nombre de rapports rédigés par le conseil d'administration, le directoire ou le commissaire aux comptes doivent être présentés à l'assemblée générale extraordinaire²³⁶⁸. La procédure d'injonction peut être utilisée pour obtenir communication de ces rapports.

L'article L. 225-42 rappelle que la société est tenue d'accomplir, avant l'ouverture de la souscription, des formalités de publicité dont le contenu est précisé par décret. Il est désormais possible d'enjoindre à la société de satisfaire à ces obligations de publicité.

En cas d'augmentation de capital, le contrat de souscription, qui lie la société à l'acquéreur de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, doit être constaté par un bulletin de souscription²³⁶⁹. A défaut de délivrance de ce bulletin de souscription, il est maintenant possible d'utiliser la procédure d'injonction pour en obtenir la remise.

Le dernier alinéa de l'article L. 225-144 est censé pouvoir faire l'objet d'une injonction de faire. Le problème, c'est que cet alinéa ne fait référence à aucune formalité ni à aucun rapport dans la mesure où il dispose : « Si l'augmentation de capital n'est pas réalisée dans le délai de six mois à compter de l'ouverture de la souscription, il peut être fait application des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 225-11. » Le second alinéa de l'article L. 225-11 en question n'est pas d'une grande utilité, puisqu'il permet à tout souscripteur de demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs. L'on ne voit donc vraiment pas en

²³⁶⁷ - Art. L. 225-131, al. 2.

²³⁶⁸ - Art. L. 225-138.

²³⁶⁹ - Art. L. 225-143.

quoi la procédure d'injonction serait ici d'une quelconque utilité.

L'extension de la procédure d'injonction à l'article L. 225-145 du code de commerce n'est pas plus compréhensible, dans la mesure où cet article est relatif à la réalisation d'une augmentation de capital par une société offrant ses titres au public, la société ayant obtenu une garantie de bonne fin de la part d'un prestataire de services d'investissement. Si l'augmentation n'est pas entièrement souscrite, le prestataire souscrira personnellement à l'augmentation et pourra ensuite revendre les titres. De cette façon, le succès de l'augmentation de capital est assuré. Mais l'on ne voit vraiment pas ce qui, dans l'article L. 225-145, pourrait faire l'objet d'une injonction.

En cas d'augmentation de capital, l'augmentation est réalisée à la date du certificat du dépositaire des fonds²³⁷⁰. L'article L. 225-146 définit ce qu'est le certificat du dépositaire de fonds. Là encore, l'on ne voit pas bien quel rôle pourrait jouer la procédure d'injonction. Il serait possible d'enjoindre au dépositaire de constater la souscription et le dépôt des fonds, ou encore de remettre ledit certificat. Mais cela ne pose jamais de difficultés en pratique. Et de plus, le dépositaire des fonds n'est pas un dirigeant et ne peut donc être soumis à la procédure prévue à l'article L. 238-1 du code de commerce.

La procédure d'injonction devrait également s'étendre au rapport visé par l'article L. 225-147, à savoir le rapport établi par le commissaire aux apports en cas d'apport en nature. Mais là encore, il est difficile de concevoir l'extension de la procédure. Dans la mesure où ce sont les actionnaires qui peuvent désigner le commissaire aux apports, pourquoi ce dernier refuserait-il de délivrer son rapport ? De plus, le commissaire aux apports n'est pas un dirigeant au sens de l'article L. 238-1 du code de commerce. Il faut sans doute comprendre que, le rapport en nature devant être mis à la disposition des actionnaires huit jours avant la date de l'assemblée selon les dispositions réglementaires, le juge peut, en cas de carence des dirigeants, leur enjoindre de respecter cette formalité.

En cas d'offre publique d'échange, l'article L. 225-148 alinéa 2 prévoit que les commissaires aux comptes sont tenus d'exprimer leur avis sur les conditions et les conséquences de l'émission, à la fois dans le prospectus diffusé à l'occasion de la réalisation de l'augmentation de capital et dans le rapport établi à l'attention de la première assemblée générale ordinaire qui suit l'émission. Les commissaires aux comptes n'étant pas des dirigeants au sens de l'article L. 238-1, il faut une nouvelle fois estimer que les dirigeants sont tenus de communiquer les rapports en question, si besoin suite à une procédure d'injonction.

L'augmentation de capital résultant de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital n'est pas soumise au droit commun des augmentations de capital. Notamment, l'augmentation est réalisée par le simple exercice des droits conférés par les valeurs mobilières concernées. Il revient alors au conseil d'administration ou au directoire de constater le nombre et le montant nominal des actions et d'apporter les modifications nécessaires aux statuts. Cette obligation de constatation et de modification prévue à l'article L. 225-149, alinéa 3, est censée pouvoir faire l'objet d'une mesure d'injonction. L'on remarquera que, même si la mesure vise bien les dirigeants, il ne s'agit ni d'obtenir communication d'un document ni de convoquer une assemblée, seules hypothèses visées aux articles L. 238-1 et L. 238-6. Il faudrait alors comprendre que l'injonction porterait malgré tout ici sur la constatation de la réalisation de l'augmentation de capital et sur l'obligation de modifier les statuts.

Pour terminer, l'article L. 225-149-2 dispose que les droits attachés aux titres donnant accès au capital qui ont été utilisés ou qui ont été acquis par la société émettrice sont annulés par la société émettrice. La société est donc tenue, dans ces hypothèses, d'annuler les titres en question. Le renvoi opéré par l'article L. 225-149-3 suppose donc que l'on pourrait demander au juge d'enjoindre aux dirigeants de procéder à cette annulation. Encore une fois, l'on est en droit de se demander si cette procédure est ici bien justifiée.

b- La création de nouvelles injonctions en dehors de toute augmentation de capital

²³⁷⁰- Art. R. 225-135.

577- Indication de la dénomination sociale et du montant du capital social. En application de l'article R. 123-238 du code de commerce, les sociétés commerciales sont tenues d'indiquer dans les actes et documents destinés aux tiers, d'une part, la dénomination sociale de la société précédée ou suivie de la forme de la société ou du sigle correspondant, et d'autre part, le montant du capital social, sauf lorsqu'il s'agit d'une société à capital variable. Certains groupements spécifiques sont tenus aux mêmes obligations. L'article L. 238-3 du code de commerce autorisait jusqu'ici le ministère public ainsi que tout intéressé à demander au tribunal, ou au président du tribunal en référé, d'enjoindre sous astreinte au représentant légal de la société de porter sur tous les actes et documents émanant de la société la dénomination sociale, la forme de la société ainsi que le capital social. L'article modifié étend la solution aux sociétés anonymes à participation ouvrière et ajoute, concernant l'indication du capital social, que les sociétés à capital variable doivent mentionner les termes « à capital variable ». Il précise également que tout intéressé peut demander au juge d'enjoindre au représentant légal d'un GIE de porter sur tous les actes émanant de cette personne morale sa dénomination ainsi que la mention « groupement d'intérêt économique » ou le sigle correspondant.

578- Dépôt des comptes annuels. Les articles L. 232-21 à 232-23 du code de commerce imposent aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés par actions et aux sociétés en nom collectif - dont tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions - de déposer au greffe du tribunal dans le mois suivant l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale des actionnaires ou dans les deux mois suivant cette approbation lorsque ce dépôt est effectué par voie électronique, un certain nombre de documents afin qu'ils soient annexés au registre du commerce et des sociétés. Les documents en question comprennent les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, les rapports des commissaires aux comptes relatifs aux comptes et enfin le rapport du conseil de surveillance. Doivent également être déposées la proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée et la résolution d'affectation votée. L'article L. 232-24 du code de commerce, nouvellement créé, permet au greffier, lorsqu'il constate l'inexécution du dépôt de ces documents, d'informer le président du tribunal de commerce afin que celui-ci puisse user des pouvoirs qui lui sont reconnus à l'article L. 611-2 II du code de commerce. L'article en question permet au président du tribunal d'adresser aux dirigeants de la société une injonction de réaliser le dépôt dans un bref délai et sous astreinte. On comprend donc ici que le greffier, qui doit recueillir les dépôts des comptes annuels, pourra informer le président de la carence de certains dirigeants de sociétés, lequel aura alors les informations nécessaires pour mettre en œuvre la procédure d'injonction prévue à l'article L. 611-2 II. La solution doit être approuvée dans la mesure où de trop nombreuses sociétés ne procèdent pas à la publication de leurs comptes. Son application est tout de même conditionnée à la diligence du greffier et à celle du président du tribunal de commerce, qui ne sont pas tenus d'user de ces prérogatives. On peut s'interroger sur la portée de cette injonction. L'article L. 611-2 II ne vise que le dépôt des comptes annuels alors que les articles L. 232-21 et suivant font référence aux comptes mais également à d'autres documents. Faut-il interpréter l'article L. 232-24 comme étendant le pouvoir d'injonction du président du tribunal au dépôt de tous ces documents ? Mais dans ce cas-là, si l'on suit la logique du texte, l'extension ne serait possible que s'il est préalablement informé de la non-publication par le greffier. Cela incite à retenir que le pouvoir d'injonction exposé à l'article L. 611-2 II n'a pas été modifié.

579- Convocation des assemblées. Il a déjà été précisé que la loi du 22 mars 2012 avait modifié les articles L. 223-6 et L.225-100 du code de commerce, afin de rendre effective l'obligation de réunir une assemblée des associés ou des actionnaires dans les six mois suivant la clôture de l'exercice afin qu'elle se prononce sur l'approbation des comptes. Pour cela, le ministère public ainsi que toute personne intéressée - dans la SARL - ou tout actionnaire - dans la SA - peuvent demander en référé à ce que le juge soit enjoigne aux dirigeants de convoquer cette assemblée, soit désigne un mandataire pour y procéder.

3- Substitution progressive des injonctions de faire

580- L'innovation stratégique réside bel et bien dans cet ensemble de situations au regard desquelles une procédure d'injonction est désormais prévue et susceptible d'être engagée. Le régime des articles 122 et 123 de la loi NRE, pour n'évoquer que ces derniers, doit, de ce point de vue, être salué dans son principe. Il traduit, ainsi, une prise en considération cohérente des enjeux liés notamment à la communication de documents sociaux, et de la nature des intérêts qu'il importe de faire prévaloir. Il ne remplace pas le droit pénal mais s'articule avec celui-ci. Il peut intervenir en amont pour permettre ensuite une action pénale. **Soit le résultat de l'injonction révèle les éléments constitutifs de l'infraction, soit l'inertie du dirigeant ne laisse d'autres alternatives à l'associé que d'engager une action pénale.**

Ce dispositif à deux niveaux répond de manière satisfaisante à l'argument du caractère disproportionné de la loi pénale. La méthode répressive est traditionnellement retenue en cas de contravention à l'ordre public. Mais l'appréciation de l'ordre public comporte une large dose d'arbitraire, tant il est difficile de vouloir identifier ce qui en relève et ce qui n'en relève pas. Toutes proportions gardées, la communication et les éléments de viabilité financière des sociétés sont des questions dépassant le cadre de la défense d'intérêts particuliers, fussent-ils ceux des associés ou d'autres catégories déterminées de personnes. Aussi, **la procédure de référé injonction de faire permet, dans une large mesure, de faire l'économie de cette discussion en introduisant un filtre pouvant révéler les infractions (grâce au résultat du référé ou en raison de l'inertie du dirigeant).**

L'instauration de ce premier niveau que constitue **la procédure de référé injonction de faire permet par ailleurs de satisfaire un objectif que la procédure pénale était impuissante à atteindre. Elle permet de rectifier rapidement un fonctionnement défectueux de la société alors qu'auparavant l'associé ne pouvait viser d'autres fins que la sanction du comportement passé du dirigeant.** En la matière, la voie de la réparation civile directe ne constituait pas un mode approprié de réponse au dysfonctionnement constaté. De plus, cette voie butait nécessairement sur la difficulté de déterminer et quantifier un préjudice qui serait le fait de la non-transmission, à une personne en faisant la demande, de documents ou d'actes sociétaires. Le problème avait vocation à se poser en termes analogues, s'agissant de l'absence de réalisation, par les dirigeants de la société, d'appels de fonds visant à la libération intégrale du capital social, ou de l'absence de mentions informatives portées sur les actes et documents émanant de la société.

Au-delà, **le choix de la procédure du référé injonction détermine une orientation tout à fait redoutable, en ce qu'il place l'associé et bien d'autres interlocuteurs de l'entreprise beaucoup plus directement au cœur du processus judiciaire.** Là se situe probablement le principal défi des dispositions nouvelles. Il ne s'agit **plus simplement de sanctionner**, puisqu'il s'agit de **mieux faire fonctionner les sociétés avec le concours du juge.**

B- Maintien de la procédure d'injonction de faire de droit commun

581- L'esprit des nouveaux référés injonctions de faire est **la recherche de l'efficace à l'aide du recours au juge.** Il peut paraître paradoxal de recourir au juge pour des raisons d'efficace alors que c'est plutôt l'absence d'intervention judiciaire qui paraît être gage d'efficace. Cependant, le droit positif montre toute la difficulté de recourir à des solutions automatiques purement privées. Ainsi les clauses pénales doivent souvent être révisées par le juge²³⁷¹. Par ailleurs, l'intervention du juge est traditionnellement faible en matière d'exécution des obligations de faire en droit commun et en droit des sociétés en particulier²³⁷². C'est en cela que la réforme apparaît contraignante, car elle oblige une société, par l'intervention du juge, à exécuter une obligation de faire. Or, imposer à une personne d'exécuter une telle obligation porte atteinte à sa liberté. Après avoir envisagé la position

²³⁷¹- C. civ., art. 1152.

²³⁷²- M. JEANTIN, *Le rôle du juge en droit des sociétés*, Mélanges R. Perrot, 1996, DALLOZ, p. 149.

classique (1) en matière d'exécution de faire aussi bien en matière de droit commun qu'en matière de droit des sociétés, il conviendra d'envisager l'évolution de la question qui a conduit à la création du référé injonction de faire (2).

1- La solution classique

582- La solution classique en matière d'exécution des obligations de faire est prévue à l'article 1142 du code civil qui dispose que : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Prise à la lettre, cette règle signifie qu'une obligation de faire ne peut pas donner lieu à une exécution forcée et que le créancier peut seulement obtenir des dommages et intérêts. L'explication est que l'on ne peut forcer quelqu'un à faire quelque chose qu'en portant atteinte à sa liberté individuelle, notamment parce qu'une telle contrainte impliquerait nécessairement l'usage de la violence ou, à tout le moins, des pressions²³⁷³. Il est généralement soutenu que de toute façon le résultat d'une telle exécution forcée serait médiocre puisque le débiteur, agissant sous la contrainte, n'exécuterait pas avec soin sa prestation.

À vrai dire, cette règle signifierait seulement que les modes d'exécution impliquant une violence physique ou morale sont bannis. Ainsi, pourrait-on obtenir l'exécution forcée d'une obligation de faire lorsqu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à de tels moyens²³⁷⁴. C'est ce qui explique qu'il est possible dans de nombreux cas d'obtenir l'exécution forcée d'une obligation de faire (réintégration, expulsion, livraison forcée, délivrance de la chose louée, etc.) Il ne faut peut-être pas exagérer le « déclin de l'article 1142²³⁷⁵ » qui, en tout état de cause, continue de servir de point de repère pour la jurisprudence.

Ainsi, le déclin de l'article 1142 n'est pas perceptible en droit des sociétés, car c'est l'interprétation littérale qui l'a plutôt emporté. En effet, M. JEANTIN a été montré que l'article 1142 du code civil faisait l'objet d'un « respect excessif » en droit des sociétés et était « promu au rang de dogme par une jurisprudence trop respectueuse des fondements civilistes du droit des sociétés²³⁷⁶. » L'auteur donne pour exemple les jurisprudences concernant les conventions de vote et les pactes de préférence. En cas de non-respect d'une convention de vote licite, la solution la plus appropriée serait que le juge rectifie le vote en fonction de l'engagement qui avait été pris. Toutefois, la jurisprudence appliquant de manière rigide l'article 1142 du code civil se contente d'accorder des dommages et intérêts²³⁷⁷. De même, un associé qui viendrait à céder ses titres en violation d'un pacte de préférence se verrait condamner à des dommages et intérêts et non pas à la cession des titres au bénéficiaire du pacte, sauf cas de fraude.

Une thèse a montré par ailleurs que l'exécution en nature était plus difficile en droit des sociétés qu'en droit commun des obligations, car une société n'est pas un simple contrat mais constitue une personne morale comprenant des organes sociaux qui prennent des décisions intangibles²³⁷⁸. Mais l'auteur ne souligne pas moins la plus grande nécessité de l'exécution forcée en droit des sociétés qu'en droit des contrats²³⁷⁹, car l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée peut conduire à la paralysie de la personne morale. Il semble que les règles sur le référé injonction de faire répondent pour partie à ce vœu. Cette évolution est d'autant plus possible en matière d'obligation de faire que le droit commun a progressivement évolué.

2- L'évolution

583- Depuis deux décennies, de nouvelles procédures sont apparues pour faciliter l'exécution des

²³⁷³ - W. JEANDIDIER, *op. cit.*, RTD civ. 1976.700, n° 4.

²³⁷⁴ - *Ibid.*, n°5.

²³⁷⁵ - Terme de W. JEANDIDIER, *op. cit.*

²³⁷⁶ - M. JEANTIN, *op. cit.* p. 162.

²³⁷⁷ - V. cependant CA Paris, 30 juin 1995, JCP, éd. E, 1996. II. 795, note J-J. DAIGRE.

²³⁷⁸ - A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, thèse, Paris I, 2002, p. 14.

²³⁷⁹ - *Ibid.*, p. 15.

obligations de faire, notamment en droit de la consommation. Il apparaît ainsi que la nouveauté de la loi NRE s'inscrit dans une tendance générale visant à faciliter l'exécution forcée des obligations de faire²³⁸⁰. Mais il faut aussi noter des résistances et prendre acte de la faible application des procédures obligeant une partie à exécuter une obligation de faire en droit de la consommation. Se pose alors une difficulté d'articulation entre les procédures existantes et les nouveaux référés injonctions de faire en droit des sociétés.

La procédure d'injonction de faire a été instituée par le décret no 88-209 du 4 mars 1988 codifié au NCPC, art. 1425-1 et s. Mais elle n'est guère employée que pour obliger une partie à transmettre un document tel qu'un contrat ou une quittance de loyer²³⁸¹. Il est aussi possible de penser que cette procédure souffre de l'existence d'une autre procédure qui serait plus efficace.

Il s'agit du référé injonction de faire. Il a été créé par un décret no 85-1330 du 17 décembre 1985 et est codifié aux articles 809, alinéa 2, pour le tribunal de grande instance et 873, alinéa 2, pour le tribunal de commerce du nouveau code de procédure civile. À condition que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable, le juge des référés peut enjoindre le créancier à respecter son engagement. Cette procédure a pu servir à obtenir la livraison d'un bien, la restitution d'une chose ou la fourniture d'un service. L'avantage de cette procédure sur la procédure d'injonction de faire est qu'elle est exécutoire de plein droit. Un auteur estime cependant qu'elle est peu utilisée, car elle entre en concurrence avec la procédure d'injonction de faire qui permet de saisir le juge par voie de requête et non par voie d'assignation²³⁸². Un autre auteur explique la faible utilisation du référé injonction de faire par le fait que les parties préfèrent se fonder sur l'article 808 du nouveau code de procédure civile, autrement dit sur le référé général qui permet au juge de prendre « toutes les mesures nécessaires²³⁸³. »

Le législateur s'inspire, dans les lois récentes concernant le droit des sociétés, de techniques de droit de la consommation²³⁸⁴. Néanmoins, il faut noter que ces diverses techniques n'ont pas véritablement rencontré de succès en droit de la consommation. Il n'y a guère que la communication de documents, qui est un des domaines visés par les dispositions nouvelles, qui se soit révélée un terrain d'élection pour la procédure d'injonction de faire. Les nouveaux textes prévoient également que l'injonction peut être assortie d'une astreinte, ce qui n'avait pas été prévu en matière de droit de la consommation.

Il est d'ailleurs possible de se demander si le référé injonction de faire de droit commun et la procédure d'injonction de faire n'auraient pas pu suffire. La procédure d'injonction de faire de l'article 1425-1 n'est cependant pas applicable dans les domaines couverts par la loi NRE, les lois du 1^{er} août 2003 et les ordonnances précitées de 2004. Elle concerne des obligations de faire nées d'un contrat entre des personnes qui n'ont pas toutes la qualité de commerçant. Or, les associés qui bénéficient des nouveaux référés injonctions de faire ne sont pas nécessairement des commerçants. La procédure d'injonction de faire se heurte également à un obstacle majeur : les obligations de communication de documents (ainsi que les autres obligations de faire visées) ne sont pas nées d'un contrat, mais de la loi sur les sociétés commerciales.

En revanche, le référé injonction de faire des articles 809 et 873 du nouveau code de procédure civile peut sans doute entrer en concurrence avec le nouveau référé injonction de faire du droit des sociétés. L'on retrouve alors un débat similaire à celui qui existe à propos de la concurrence entre l'expertise de gestion et le référé probatoire²³⁸⁵. Il serait possible d'imaginer qu'un associé fasse

²³⁸⁰- C. JARROSSON, *Réflexions sur l'impérium*, Mélanges P. Bellet, 1991, LITEC, no 63.

²³⁸¹- E. JEULAND, *Résolution des litiges*, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, sous la direction D. FENOUILLET et F. LABARTHE, 2002, ECONOMICA, p. 141.

²³⁸²- A. LACABARATS, in *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, DALLOZ Action, éd. 2003, no 1083.

²³⁸³- C. GIVERDON, *Référé provision et référé injonction de faire*, J.-Cl. procédure, fasc. 235-2, 1997, no 54.

²³⁸⁴- V. en ce sens, F.-X. LUCAS, *Commentaire de la loi NRE*, Dr. sociétés, no spécial, août-septembre 2001, no 112; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., 2013, LexisNexis, n° 933 et s.

²³⁸⁵- L. CADIET, *Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés*, Mélanges M. Jeantin, 1999, DALLOZ, p. 151 et s.; I. URBAIN-PARLEANI, *L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, Rev. sociétés 2003.223.

référence à l'article 809, alinéa 2, ou à l'article 873 dans son assignation et non aux dispositions spéciales du droit des sociétés. Pourrait-il obtenir gain de cause ? Selon l'adage « le spécial l'emporte sur le général », le demandeur devrait plutôt mettre en œuvre le référé injonction de faire spécial. Il aurait d'ailleurs un avantage à le faire puisqu'il ne serait pas nécessaire, pour lui, de démontrer que l'obligation n'est pas sérieusement contestable, contrairement au référé de droit commun. Par ailleurs, le champ des personnes pouvant engager le référé injonction de faire paraît aller au-delà du champ des personnes qui ont, au sens du droit commun, intérêt et qualité à agir.

Il existe néanmoins des conditions au référé spécial qui pourraient l'inciter à préférer le référé de droit commun. La solution serait alors la suivante : le demandeur a une option procédurale. Il peut choisir entre les deux référés en fonction des circonstances : si l'obligation est sérieusement contestable, il choisira le référé spécial; si les conditions du référé du droit des sociétés sont difficiles à réunir, il pourra choisir le référé de droit commun²³⁸⁶. Comme pour l'expertise de gestion, on peut considérer que la solution conduit à contourner les textes, en particulier lorsque les conditions du référé spécial ne sont pas réunies. Les juges seront peut-être amenés à trancher cette difficulté, mais il faut garder à l'esprit que le référé de droit commun ne nécessite pas seulement l'absence d'une obligation sérieusement contestable, il faut également réunir les conditions de recevabilité traditionnelle d'intérêt et de qualité à agir. Par conséquent, il n'est pas certain que le référé de droit commun sera une voie plus ouverte que le référé injonction de faire de la loi NRE, des lois du 1^{er} août 2003 et des ordonnances précitées de 2004. Par ailleurs, dans l'esprit des textes, l'option procédurale se justifie, car la loi tend à protéger les droits des personnes intéressées et il serait dommage que celles-ci, pour s'être trompées de texte, voient leur demande déclarée irrecevable.

Le premier arrêt, à notre connaissance, qui s'est prononcé sur le référé injonction de faire de la loi NRE a fait une lecture littérale et restreinte de l'article L. 238-1 du code de commerce en estimant que seule la communication de documents pouvait être obtenue par cette voie. Il y est précisé que : « la procédure d'injonction de faire instituée par l'article L. 238-1 du code de commerce [...] ne peut être mise en œuvre aux motifs que les intérêts de la société seraient en péril ou qu'il existerait un conflit entre les actionnaires²³⁸⁷. » La cour d'appel de Paris reproche au président du tribunal de commerce d'avoir fondé une partie de sa décision sur les nécessités du gouvernement d'entreprise expressément citées dans l'ordonnance. La cour précise à cette occasion que toute demande d'information formée par un associé ne peut s'inscrire que dans le cadre légal des procédures existantes (sont visés les nouveaux référés injonctions de faire du droit des sociétés). Une interprétation possible de cet arrêt est de considérer qu'il n'y a pas d'option procédurale ouverte aux personnes intéressées puisqu'elles ne peuvent obtenir des documents sociaux qu'en engageant le référé injonction de faire spécial.

En somme, le référé injonction de faire est plus contraignant sans doute qu'un ensemble de règles pénales inappliquées, même si la menace de ces dernières reste incitative à exécuter les obligations.

SECTION II- LE CONCEPT DE GOUVERNANCE

584- La gouvernance des sociétés, en particulier celle des sociétés cotées, s'inscrit désormais dans le cadre d'une économie mondialisée. Elle évolue par conséquent sous l'influence d'autres systèmes juridiques. Précisément, la doctrine de la *corporate governance*, d'origine anglo-américaine, n'a pas manqué d'influencer le système juridique français. Elle tend à s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui particulier des majoritaires ou des dirigeants. Elle se traduit par une moralisation dans la conduite de la société, une recherche d'une

²³⁸⁶ - Dans un contexte voisin, sur le terrain des mesures conservatoires décidées devant le conseil de la concurrence et le référé de droit commun, V. CA Paris, 27 juin 1990, D. 1991, somm. 251, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC et, avec une formulation plus ambiguë, Cass. com. 1^{er} mars 1994, JCP 1994, Actualité, no 12.

²³⁸⁷ - CA Paris, 26 mars 2003, Bull. Joly 2003.816, note S. ZEIDENBERG, Dr. sociétés octobre 2003, no 162, obs. F-G. TRÉBULLE.

meilleure rentabilité des capitaux investis, une transparence dans la gestion et un dialogue à la fois au sein des organes de la société et entre ceux-ci. Contrairement à ses origines anglo-américaines, la montée en puissance du mouvement du gouvernement d'entreprise en France est pourtant moins le résultat d'une démarche scientifique, économique ou juridique, que de l'émergence de nouveaux actionnaires et du rôle qu'ils jouent dans les entreprises où ils sont présents. Il s'agit de l'apparition des fonds de pension, pour une grande part d'origine anglo-américaine, et plus largement des investisseurs institutionnels. Ces organismes collectifs, se substituant progressivement à un actionnariat traditionnel de petits épargnants, ont en effet été les premiers à réagir aux dérives d'une direction exercée par des technocrates qui ne géraient pas toujours la société au mieux de l'intérêt commun des actionnaires, les décideurs n'étant pas les payeurs²³⁸⁸. La raison tient au fait que ces investisseurs engagent leur responsabilité s'ils placent les fonds de leurs clients dans des sociétés dont la rentabilité ou parfois même la solvabilité sont insuffisantes. Comme ces organismes détenaient des participations suffisamment importantes pour faire pression sur les dirigeants en menaçant de les vendre, leurs doléances ont été entendues. S'y est ajouté un actionnariat populaire, ordinaire ou salarié, traditionnel en France, mais renforcé par les politiques de privatisations conduites au cours des années 80. Ces petits actionnaires se plaignaient en vain depuis longtemps du caractère peu démocratique des sociétés anonymes²³⁸⁹.

L'opportunité d'une réflexion sur la gouvernance d'entreprise (II) exige préalablement de revenir sur le concept de *corporate governance* (I).

I- LA NOTION DE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

585- La notion revêt plusieurs noms : gouvernance, gouvernance d'entreprise, *corporate governance*, gouvernement d'entreprise. La gouvernance est définie par le dictionnaire comme « la manière de gouverner » ou « la méthode de gestion d'une entreprise ». Ce n'est cependant pas la manière de gouverner l'entreprise dans ses rapports avec ses partenaires qui intéresse le gouvernement d'entreprise, mais la manière dont l'entreprise est administrée en interne. Il s'agit d'avantage de l'organisation de la direction de l'entreprise, du choix des dirigeants au regard des objectifs d'efficacité attendus des actionnaires, de la transmission et de la qualité de l'information donnée par les dirigeants, de l'existence ou du risque de conflits d'intérêts pour les dirigeants.

À y voir de près, ces problématiques semblent consubstantielles à l'entreprise organisée sous forme de société, dans laquelle ceux qui apportent les fonds ne sont pas ceux qui mettent en œuvre l'action de l'entreprise, ni ceux qui utilisent les fonds. Par conséquent, dès lors qu'un acteur de l'entreprise ne réalise pas directement son action économique, la question du gouvernement de l'entreprise doit être posée.

Historiquement, le droit se préoccupe de longue date du gouvernement d'entreprise (A), ce qui invite à examiner la réception juridique du concept et à s'interroger sur son fondement (B).

A- L'appréhension ancienne de la gouvernance par le droit

586- La loi du 24 juillet 1867 comportait déjà, entre autres, deux dispositions qu'il était déjà possible de qualifier de gouvernement d'entreprise. Il s'agit, d'une part, de l'article 26 de cette loi qui prévoit que : « Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs.

Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité, et déposées dans la caisse sociale ».

D'autre part, aux termes des dispositions de l'article 40 : « Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale.

²³⁸⁸ - P. DIDIER, *Théorie économique et droit des sociétés*, Mélanges A. Sayag, 1997, LITEC, p. 227.

²³⁸⁹ - G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., 1951, LGDJ, no 41.

Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elles autorisés, aux termes du paragraphe précédent ».

Pourtant, il semble difficile de parler de gouvernement d'entreprise avant une période qui est très récente. En réalité, il y a eu des précurseurs en France. Ainsi, peut-on évoquer par exemple un ouvrage paru dès 1943 et intitulé *le gouvernement de l'entreprise*²³⁹⁰. Le fondement qui est généralement attribué au gouvernement d'entreprise est celui des *Principles of corporate governance* de l'*American Law Institute*, réunion d'universitaires, de praticiens et de juges, édités en 1980 puis réédités en 1994, qui visent à ce que la gestion des grandes sociétés prenne mieux en compte les intérêts des investisseurs. En 1990, c'est en Grande-Bretagne que la *corporate governance* fait son entrée, avec le rapport demandé à Sir Adrian CADBURY.

Quelques années après, les rapports *Viénot* de juillet 1995 et de juillet 1999, ainsi que le rapport *Bouton* de septembre 2002, avaient formulé des recommandations dont la substance avait été reprise en 2003 en un texte consolidé diffusé par l'AFEP et le MEDEF et qui ne s'appelait alors que *Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*. Il vient en effet des grandes entreprises, mais les principes qu'il propose sont ensuite repris par des entreprises plus petites.

B- Le fondement juridique de la gouvernance

587- Il est possible de trouver le gouvernement d'entreprise dans la loi et dans la jurisprudence. Le droit européen s'y intéresse également, que ce soit dans le domaine de l'égalité homme femme ou de l'organisation du conseil d'administration. Mais c'est notamment dans les codes AFEP-MEDEF qu'il est question de gouvernement d'entreprise

La version révisée du *code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* a été rendue publique par l'AFEP et le MEDEF. Cette dernière version fait suite à deux éditions précédentes, en 2008 et 2010. Cependant, son origine est à rechercher ailleurs. En effet, suite aux rapports *Viénot* et *Bouton*, le texte consolidé intitulé *Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* avait été rapproché des recommandations émises par l'AFEP et le MEDEF en janvier 2007 et octobre 2008 sur la rémunération des dirigeants et en 2010 sur la représentation des femmes au sein des conseils.

Qu'apporte le nouveau texte ? Le code de 2013 aborde plusieurs questions, à la fois fondamentales et sensibles, pour la première fois, de manière détaillée, voire pour la première fois tout court. Le code évoque ainsi la règle *comply or explain* (*appliquer ou s'expliquer*) plus longuement qu'il ne le faisait précédemment, il aborde la question des primes de bienvenue, et il met en place l'institution la plus médiatisée de 2013 en termes de gouvernement d'entreprise, celle du *say on pay*.

Il convient d'insister sur cette règle du *comply or explain*. C'est par le mécanisme particulier du *comply or explain* consacré par les articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce que les codes de gouvernement d'entreprise sont rendus, sinon véritablement impératifs, du moins « non négligeables ». L'on entend par là que les règles qu'ils édictent ne peuvent être simplement ignorées par les sociétés cotées, puisqu'elles doivent, si elles souhaitent écarter ces règles, fournir un travail pédagogique. Pour mémoire, la loi du 3 juillet 2008²³⁹¹ a introduit dans les dispositions précitées un alinéa aux termes duquel « Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport [du président du conseil d'administration ou de surveillance sur la gouvernance] précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. (...) Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise²³⁹². »

²³⁹⁰ - J. CHEVALIER, *le gouvernement de l'entreprise*, Dunod, 1943, 4^e éd. La première édition devrait dater des années 1930.

²³⁹¹ - L. n° 2008-649, 3 juillet 2008 : JO 4 juillet 2008, p. 10705.

²³⁹² - Sur la règle *Comply or explain*, v. J.-B. POULLE, *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise*, L'Harmattan, 2011; A. PIETRANCOSTA et J.-B. POULLE, *Le principe « appliquer ou s'expliquer »*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, E. LE DOLLEY (dir.), LGDJ, 2010, p. 377.

Le risque que comporte le *comply or explain* est connu : une société prétendra appliquer le code AFEP-MEDEF tout en mettant de côté les règles qui la gênent et en se justifiant de manière non satisfaisante ou peu claire. Précédemment, le code se contentait d'indiquer que les sociétés qui appliquaient ces recommandations devaient « expliciter, le cas échéant, les raisons pour lesquelles elles n'auraient pas mis en œuvre certaines d'entre elles », sans plus de détail²³⁹³. La formule retenue n'était pas particulièrement exigeante quant à la qualité et à la pertinence des explications fournies, et l'on pouvait lui reprocher de laisser entendre que le code était « à la carte », chaque société étant visiblement libre d'en écarter telle ou telle partie. La dernière version du code est, à cet égard, beaucoup moins permissive. Il est tout d'abord demandé aux sociétés qui en appliquent les recommandations de « fournir une explication lorsqu'elles écartent, le cas échéant, l'une d'entre elles », cette possibilité apparaissant dès lors plus restreinte que précédemment. Ainsi, le rejet de plusieurs recommandations ne semble plus possible, même si cette interprétation est démentie peu après par la recommandation relative au tableau récapitulatif. Il est en effet demandé aux sociétés d'indiquer « dans une rubrique ou un tableau spécifique les recommandations qu'elles n'appliquent pas et les explications afférentes », ce qui correspond d'ailleurs à une recommandation de l'Autorité des marchés financiers (AMF)²³⁹⁴.

Il faut surtout retenir que les explications fournies doivent être claires, détaillées et pertinentes, de même qu'elles doivent indiquer les mesures alternatives adoptées, le cas échéant²³⁹⁵, ce qui incite à prévoir de telles mesures. C'est ainsi une conception forte du principe *comply or explain* qui est mise en avant, sur le modèle du code suédois ou du système retenu au Royaume-Uni par le *Financial Reporting Council*, et cela correspondait à une demande émanant de l'AMF²³⁹⁶.

II- LA GOUVERNANCE : UN SYSTÈME D'AUTORÉGULATION POUR LES DIRIGEANTS

588- La dimension normative de la gouvernance s'est traduite par l'adoption du code AFEP-MEDEF. Il convient d'en examiner l'objet (A), la valeur ainsi que les entreprises concernées (B).

A- L'objet du code AFEP-MEDEF

589- La première particularité de ce code de gouvernement d'entreprise est d'être apparu « à la place » d'une loi sur la gouvernance des entreprises. Il fait ainsi figure de substitut de la loi. L'on se souvient en effet que le gouvernement avait annoncé une loi encadrant la gouvernance des entreprises, procédant même à une consultation des parties prenantes sur les rémunérations des dirigeants²³⁹⁷. Le gouvernement avait cependant renoncé à une telle loi, en exigeant, en contrepartie, des dirigeants de se soumettre à une « autorégulation exigeante ». C'est ainsi, quasiment sur délégation gouvernementale, que le code AFEP-MEDEF a été révisé, ce qui n'est pas anodin.

Ensuite, il sera observé dans le préambule du code que cette nouvelle version « a donné lieu à une consultation notamment des autorités publiques, d'organisations représentant les actionnaires individuels et institutionnels ainsi que des agences de conseils en vote (*proxy advisors*)²³⁹⁸. » Il est probable qu'une certaine forme de consultation non officielle des uns et des autres ait eu lieu préalablement à l'adoption des précédentes versions du code. Des regrets avaient cependant été exprimés publiquement quant à l'absence de prise en compte des pistes de réflexion suggérées aux auteurs des codes de gouvernance. L'AMF faisait ainsi état de tels regrets à la fin de l'année

²³⁹³ - Art. 22 du code AFEP-MEDEF, 2010.

²³⁹⁴ - Recommandation AMF n° 2012-14 (Rapp. AMF 2012, p. 33).

²³⁹⁵ - Art. 25.1 du code AFEP-MEDEF, 2013.

²³⁹⁶ - Rapp. AMF 2012 sur le gouvernement d'entreprise, p. 23 et s.

²³⁹⁷ - B. DONDERO, « Rémunérations des dirigeants : annoncer, consulter... légiférer ? » : Gaz. Pal. 6 octobre 2012, p. 3, J1131.

²³⁹⁸ - Code AFEP-MEDEF, 2013, p. 2.

2012²³⁹⁹. Une comparaison fut également établie entre la méthode d'élaboration du rapport de l'*American Law Institute*, faisant intervenir plusieurs milliers de personnes venant d'horizons très divers (professeurs de droit, avocats, magistrats, utilisateurs, etc.), et la méthode propre aux textes français, « réflexion certes, mais émanant essentiellement du cercle exclusif du grand patronat » et « menée par des groupes de travail restreints et agissant dans les courts délais impartis.²⁴⁰⁰ » Il est donc clairement reconnu aujourd'hui que le code donne lieu à une consultation.

Il n'est pas exclu que le code AFEP-MEDEF fasse à l'avenir l'objet de révisions plus fréquentes. Il s'agit d'une recommandation de l'AMF qui a publiquement regretté que « les codes [soient] rarement actualisés », alors que « la possibilité d'une mise à jour régulière qui tienne compte de nouvelles pratiques vertueuses ou d'abus constatés nécessitant d'être encadrés constitue l'atout majeur de cet outil de *soft Law*.²⁴⁰¹ » L'institution du Haut Comité de suivi de l'application du code vise précisément à permettre une actualisation plus rapide, puisque cette autorité pourra proposer des évolutions du code.

590- L'institution du Haut Comité de suivi de l'application du code. Le suivi institutionnel de l'application du code AFEP-MEDEF était jusqu'à présent relativement embryonnaire, puisqu'il était simplement indiqué que l'AFEP et le MEDEF analyseraient les informations publiées par les sociétés du SBF 120 et saisiraient les dirigeants de la société qui viendraient à écarter une recommandation du code sans explication suffisante²⁴⁰². Le suivi de l'application du code est désormais institutionnalisé puisqu'il est confié à une autorité constituée par l'AFEP et le MEDEF et à laquelle « adhèrent » les sociétés se référant au code²⁴⁰³.

Enfin, la dernière édition du code AFEP-MEDEF traite pour l'essentiel de la question des rémunérations, alors que celle-ci n'a jamais été aussi sensible. Il est incontestable que seuls les rémunérations et les versements proches aient été au cœur des préoccupations des rédacteurs. Cela est manifeste à la lecture du communiqué de presse diffusé conjointement par l'AFEP et le MEDEF à l'occasion de la diffusion du code, qui présente, au titre des « principales évolutions du code », deux mesures touchant à la méthode (mise en place du Haut Comité et renforcement du *comply or explain*) et sept mesures de fond²⁴⁰⁴. Or, parmi ces sept mesures, cinq touchent directement aux rémunérations des dirigeants, *lato sensu*, les deux mesures restantes étant relatives à la limitation du cumul de mandats et au rôle des administrateurs salariés, cette dernière mesure précisant qu'il est conseillé qu'un administrateur salarié intègre le comité des rémunérations. L'on se souviendra que c'était surtout sur la question des rémunérations que « l'autorégulation exigeante » était attendue. La conséquence est cependant de donner du gouvernement d'entreprise une image un peu inattendue, comme si sa préoccupation essentielle était davantage la bonne gestion de la société, celle qui consiste à s'assurer que les dirigeants ne s'enrichissent pas excessivement²⁴⁰⁵.

B- La valeur du code AFEP-MEDEF et les entreprises concernées

591- Nous examinerons successivement la valeur du code (1), et les entreprises auxquelles il s'adresse (2).

²³⁹⁹ - *Gouvernement d'entreprise et rémunération des dirigeants de sociétés cotées*, AMF, 2012, Rapport, spéc. p. 25 et également p. 7, l'AMF écrivant qu'elle « s'interroge sur le processus même d'élaboration des codes de gouvernement d'entreprise, dont la crédibilité et la portée pourraient être renforcées en y associant l'ensemble des parties intéressées ».

²⁴⁰⁰ - D. COHEN, *Le « gouvernement d'entreprise », une nécessité en droit français ?*, in Mélanges P. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 159, n° 17.

²⁴⁰¹ - *Gouvernement d'entreprise et rémunération des dirigeants de sociétés cotées*, *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁰² - Art. 22 du code AFEP-MEDEF, 2010.

²⁴⁰³ - Art. 25.2 du code AFEP-MEDEF, 2011.

²⁴⁰⁴ - Communiqué de presse du 16 juin 2013, p. 2.

²⁴⁰⁵ - Rapp. R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, AEI Press, 1993, p. 2 : « A primary function of corporation codes in this regard is to establish corporate governance devices that can mitigate the agency problems by better aligning manager incentives with shareholder interests ».

1- La valeur du code AFEP-MEDEF

592- Pour les sociétés cotées comme pour les autres, les règles que formule le code ne sont bien entendu pas contraignantes au même titre que le sont les règles impératives figurant dans la loi ou le règlement. Le code AFEP-MEDEF ne constitue en aucune manière une norme obligatoire, peut-on penser. Il n'émane pas du législateur ou de l'autorité réglementaire, et il ne prévoit pas de sanctions particulières en cas de manquement à ses dispositions, qui ne sont d'ailleurs, selon ce code lui-même, que des « recommandations ²⁴⁰⁶ » ou des « préconisations ²⁴⁰⁷ . » Pour autant, ces recommandations sont formulées sur un ton qui relève plus souvent du commandement que du conseil. Une partie des sociétés considère certainement aujourd'hui que ces recommandations doivent être suivies, même si la jurisprudence n'a pas encore reconnu, à notre connaissance, que le non-respect du code constituait une faute pour les dirigeants de la société concernée. Notons tout de même qu'une doctrine éminente écrit qu'« en cas d'abus, l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants et des administrateurs sera facilitée s'ils n'ont pas respecté les usages de place exprimés par les codes de gouvernement d'entreprise ²⁴⁰⁸ . »

Il convient de relever d'ailleurs, si l'on s'intéresse à la valeur du code, les très nombreuses nuances utilisées par ses rédacteurs. L'on pourrait, en simplifiant, donner un degré d'intensité aux différentes recommandations. Certaines pratiques sont ainsi mentionnées, mais sans faire l'objet d'une recommandation particulière. C'est le cas de l'administrateur référent. Le fait que le code ait pris la peine de mentionner cette pratique nous semble traduire tout de même une certaine bienveillance à son égard, ce qui permet de parler d'une recommandation d'intensité 1 (RI 1). Le degré d'intensité 2 (RI 2) concerne une recommandation véritable, comme lorsqu'il est indiqué : « il est recommandé que la rémunération, ainsi que les nominations (...), fassent l'objet d'un travail préparatoire par un comité spécialisé du conseil d'administration ²⁴⁰⁹ » ou, de manière négative, « il convient d'éviter la présence dans les comités d'administrateurs croisés ²⁴¹⁰ . » Il nous semble relever de la même intensité la phrase selon laquelle « il est conseillé qu'un administrateur salarié soit membre du comité ²⁴¹¹ [des rémunérations] » Le degré 3 (RI 3) concerne une recommandation dont le code AFEP-MEDEF ne conçoit pas qu'elle ne soit pas suivie, comme par exemple : « *chaque conseil doit se doter d'un comité d'audit* ²⁴¹² . » D'une édition à l'autre, l'intensité de la recommandation peut changer, comme l'illustre l'exemple de l'information permanente sur les éléments de rémunération des « dirigeants mandataires sociaux ». En 2010, il était « recommandé de rendre publics, immédiatement après la réunion du conseil les ayant arrêtés, tous les éléments de rémunération potentiels ou acquis des dirigeants ²⁴¹³ . » En 2013, ne sont plus visés que les éléments de rémunération des « dirigeants mandataires sociaux », mais la formulation n'est plus la même : ces éléments « doivent être rendus publics immédiatement après la réunion du conseil les ayant

²⁴⁰⁶ - V. ainsi art. 20 du code AFEP/MEDEF, selon lequel « tout administrateur d'une société cotée (...) doit notamment prendre connaissance des textes légaux ou réglementaires, des statuts, des présentes recommandations (...) ».

²⁴⁰⁷ - Art. 25 du code AFEP/MEDEF.

²⁴⁰⁸ - A. VIANDIER, « *L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ; juin 2013)* : JCP E 2013, 1416, n° 40. Comp. les solutions retenues en jurisprudence sur la question de l'assimilation de la faute déontologique à une faute civile (v. en dernier lieu Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19356, paru au *Bulletin* et au rapport annuel de la Cour de cassation, BJS 2013, p. 707, note J-F. BARBIÈRI et jugeant que le manquement à une règle déontologique n'équivaut pas nécessairement à un acte de concurrence déloyale.

²⁴⁰⁹ - Art. 15 du code AFEP-MEDEF. La recommandation était déjà présente dans l'édition précédente, mais visait non pas la rémunération mais « la politique de rémunération » (art. 13 du code AFEP/MEDEF, 2010).

²⁴¹⁰ - Art. 15 du code AFEP-MEDEF.

²⁴¹¹ - Art. 18.1 du code AFEP-MEDEF.

²⁴¹² - Art. 16 du code AFEP-MEDEF. Le rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise relève d'ailleurs que sur les soixante sociétés composant son échantillon d'étude et se référant toutes au code AFEP-MEDEF, une seule est dépourvue de tout comité spécialisé et 92 % des sociétés du panel « consacrent un développement à la compétence des membres du comité d'audit » (p. 9).

²⁴¹³ - Art. 21.1 du code AFEP-MEDEF, 2010.

arrêtés²⁴¹⁴. » En somme, le degré d'intensité est passé de RI 2 à RI 3²⁴¹⁵.

2- Les entreprises concernées

593- Si le code AFEP-MEDEF indique que ses recommandations s'adressent aux sociétés cotées, il précise qu'« il est également souhaitable et recommandé que les autres sociétés appliquent ces recommandations en tout ou partie en les adaptant à leurs spécificités ». Ainsi, si le code a prioritairement été rédigé à destination des sociétés cotées en tête, il recommande lui-même son application dans le cadre des sociétés non cotées. De manière plus générale, et même pour les sociétés, cotées ou non, qui n'ont pas choisi de se soumettre au code, les praticiens pourront utilement y chercher l'inspiration. Il n'est ainsi pas exclu que des organes de SAS, voire des gérants de SARL ou de sociétés civiles, se voient reprocher des manquements à la « déontologie de l'administrateur » instituée par le code AFEP-MEDEF. Certains passages du code, et particulièrement ceux relatifs aux obligations pesant sur les dirigeants, sont même transposables à tout groupement, sociétaire ou non, et notamment aux associations.

En dernier, un aspect particulier de la question de la valeur du code mérite encore d'être souligné, tenant à la manière dont il est appliqué par les sociétés, ou à la manière dont le régulateur, et peut-être d'autres, tribunaux notamment, voudraient qu'il soit appliqué. Un exemple très concret peut être évoqué à propos des conflits d'intérêts. Parmi les préconisations relatives à la « déontologie de l'administrateur », et dont l'essentiel est inchangé par rapport à l'édition précédente, figure celle, relative à une « situation de conflit d'intérêts même potentiel », selon laquelle l'administrateur « doit s'abstenir de participer au vote de la délibération ». Il avait été souligné, il y a quelque temps, les inconvénients de la solution consistant à traiter systématiquement les conflits d'intérêts par le biais de l'abstention²⁴¹⁶. L'un des dangers de cette solution réside dans le risque de voir un administrateur ou un tiers contester la décision prise sans le vote d'une personne qui aurait normalement dû participer à la décision. Si un administrateur peut « s'abstenir », c'est-à-dire ne pas prendre part à un vote, il le fait à ses risques et périls, et il pourrait engager sa responsabilité en n'empêchant pas la prise d'une décision. Au-delà, il nous semble très discutable d'empêcher un administrateur de participer à une décision dans une hypothèse qui ne serait pas prévue par la loi. L'on peut dès lors être assez surpris de lire, dans le rapport fait par l'AMF en 2012 sur le gouvernement d'entreprise, que huit des sociétés, sur quarante qui s'étaient dotées d'un dispositif spécifique de contrôle des conflits d'intérêts, « ne déclarent pas avoir mis en place une règle selon laquelle un membre qui se trouve en situation de conflits d'intérêts ne peut participer au vote de la délibération concernée²⁴¹⁷. » Ce qui surprend, c'est précisément que trente-deux sociétés (dont une bonne partie de celles du CAC 40) auraient mis en place un système coercitif privant l'administrateur de son droit de vote dans une hypothèse non prévue par la loi.

²⁴¹⁴ - Art. 24.1 du code AFEP-MEDEF.

²⁴¹⁵ - B. DONDERO, « *Le Code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ* » : Rev. sociétés 2014, p. 7.

²⁴¹⁶ - B. DONDERO, « *L'abstention est-elle le meilleur remède aux situations de conflits d'intérêts ?* » : RTDF 2011, n° 4, p. 220.

²⁴¹⁷ - Rapp. AMF 2012, p. 8.

CONCLUSION DU TITRE II

594- La réforme de la responsabilité pénale du dirigeant passe par une réhabilitation des sanctions alternatives à l'égard du dirigeant. Aux côtés de la sanction pénale qui doit retrouver sa fonction originelle en ne visant que les comportements les plus répréhensibles, les sanctions civiles et les sanctions professionnelles doivent constituer la règle, dès lors qu'aucune valeur essentielle n'est gravement et délibérément atteinte. La diversité des sanctions civiles ainsi que celle des sanctions professionnelles offre la possibilité de les moduler en considération de leur juste adéquation aux comportements défectueux du dirigeant. Ainsi, la sanction professionnelle qui est une sanction pleinement autonome mais souvent utilisée à titre complémentaire ou accessoire, permet de réprimer le dirigeant pour lequel le monde des affaires est devenu criminogène en le frappant d'interdiction, de déchéance, d'incapacité ou en le privant d'un droit. Ce faisant, « le mal est traité à la racine. » Quant à la responsabilité pour insuffisance d'actif qui est une sanction propre à la procédure collective, elle a un impact patrimonial dissuasif et permet au juge de condamner le dirigeant fautif à la restitution de la part manquant dans l'actif social. Cette sanction, plus efficace qu'une sanction pénale, affecte directement le patrimoine du dirigeant défaillant. De même, la nullité à laquelle la loi de 1966 avait réservé une portion congrue au nom de la sécurité juridique, pourrait, plus que maintenant encore, voir son champ d'action s'étendre à d'autres hypothèses dans lesquelles un acte est vicié. En ce qui concerne le référé injonction de faire assorti d'une astreinte, il constitue, par son pragmatisme, une solution adaptée à l'inobservation de nombreuses obligations incombant au dirigeant notamment en droit des sociétés. Cependant, la voie civile offre d'autres ressources que celles traditionnellement employées. Ainsi, d'autres alternatives à la sanction pénale peuvent se développer en amont de la transgression. C'est le cas des nouveaux mécanismes de régulation tels que la gouvernance dont les principes peuvent constituer une voie utile pour prévenir les comportements répréhensibles du dirigeant au sein de la société. Certes, le rôle joué par ces principes demeure encore pour l'heure limité. Cependant, il n'est pas exclu qu'ils accélèrent l'avènement d'une nouvelle configuration des rapports internes à la société, fondés sur une logique de régulation, et qui permettraient d'atténuer l'importance de la répression pénale dont le dirigeant fait l'objet en droit pénal des affaires.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

595- La responsabilité pénale du dirigeant en droit pénal des affaires est renforcée par un accroissement du champ de la répression. Cet accroissement procède de l'instauration de règles favorables à la détermination du sujet pénalement responsables et de la réduction du domaine de l'impunité. Au regard du contexte particulier de la commission de l'infraction qui met fréquemment en présence une personne morale, ou qui s'inscrit dans une structure hiérarchisée, la détermination du sujet pénalement responsable est complexe en droit pénal des affaires. Pour éviter les impunités, le législateur et le juge anéantissent les obstacles qui se dressent et instaurent des règles propices à la désignation d'un responsable en la personne du dirigeant. Certaines de ces règles, comme la responsabilité pénale de la personne morale, ne sont pas propres au droit pénal des affaires, mais y acquièrent une dimension significative. En réalité, elles ont souvent été inspirées par la matière afin de résorber un problème qui se pose avec acuité.

À côté, lorsque le droit pénal commun s'avère insuffisant ou inadapté pour apporter une réponse aux agissements infractionnels du dirigeant, le droit pénal des affaires se dote d'instruments juridiques nouveaux, mais dans un but essentiellement répressif. Ainsi, par un mécanisme d'attribution souple de la qualité de dirigeant, le dirigeant de fait est assimilé au dirigeant de droit. En revanche, lorsqu'il s'agit d'élargir les contours de l'impunité, s'agissant des infractions commises par le dirigeant, le droit pénal des affaires se révèle beaucoup moins inventif et tire opportunément parti de l'inadaptation des règles pénales communes.

La recherche d'un critère sur la base duquel pourrait s'opérer une reconstruction logique de la répression pénale du dirigeant en droit pénal des affaires suppose de prendre en considération la nature de la matière qui est le produit de l'association du droit pénal et du droit des affaires. Le critère recherché doit donc nécessairement s'inspirer de ces deux matières.

Pour le droit pénal, ceux-ci sont doubles. D'une part, la légitimité de la sanction pénale infligée au dirigeant doit être fondamentalement, sinon exclusivement, liée au caractère délibéré de la transgression. Le dirigeant doit avoir été animé par la volonté consciente et l'intention délictueuse d'atteindre le résultat prohibé. Il importe donc que le délit soit intentionnel et que soient rejetés du champ d'application de la loi pénale les délits non-intentionnels commis par le dirigeant et dont la gravité n'est pas suffisante pour justifier le recours à une telle sanction. D'autre part, aux termes des dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789, « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.* » Cette nécessité est celle de réagir à la commission d'un agissement gravement antisocial, c'est-à-dire portant atteinte à une valeur considérée comme essentielle aux yeux de la société. La deuxième composante de notre critère est donc la gravité de l'atteinte à l'ordre social que représente le comportement du dirigeant. Toutefois, la détermination des valeurs qu'il importe de protéger échappe à la compétence du droit pénal. Pour cette raison, nous avons recherché ces valeurs essentielles dans la logique propre aux principales matières du droit des affaires que nous avons examinées.

D'abord, à l'analyse du droit du travail, la valeur dont l'importance essentielle justifie une protection pénale est celle relative aux libertés et droits fondamentaux du salarié. Il s'agit en la matière de protéger la partie la plus faible au contrat de travail en veillant au respect de ses droits et libertés les plus essentiels tels que le droit de ne pas être licencié pour des raisons discriminatoires, le droit d'être protégé contre le travail dissimulé, le droit d'être protégé contre le harcèlement moral et sexuel, l'exercice du droit de grève, l'exercice d'un mandat par un salarié protégé, l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, l'intégrité physique du salarié.

Ensuite, s'agissant du droit de la consommation, il requiert aussi que soient protégés les principaux droits du consommateur. Dans cette perspective, la sanction pénale ne doit intervenir que pour protéger les intérêts juridiques et économiques du consommateur. Il s'agit essentiellement de placer sous protection pénale l'intégrité du consentement de ce dernier, ainsi que sa liberté contractuelle.

Quant enfin au droit des sociétés, il permet de dégager quatre valeurs dont le caractère essentiel justifie un recours à la sanction pénale. La première est celle relative à l'intégrité du patrimoine social en ce que ce dernier permet à la personne morale de poursuivre l'objectif qui lui est assigné, d'une part; et en ce que ce patrimoine constitue le principal gage des créanciers, s'agissant notamment des sociétés à responsabilité limitée, d'autre part. La deuxième valeur est celle relative aux droits des associés, contrepartie essentielle de leurs apports, qu'ils soient politiques, financiers ou patrimoniaux. S'agissant de la troisième valeur essentielle, elle concerne la confiance dans les dirigeants qui, en leur qualité de mandataires sociaux, ont des obligations fiduciaires de loyauté et de diligence envers la société et les associés. La dernière valeur essentielle réside dans la fiabilité du contrôle opéré par les commissaires aux comptes. Le respect de leurs prérogatives et la crédibilité de leur contrôle sont des intérêts dont l'importance requiert également une protection pénale.

Toutefois, même pour ces différentes valeurs propres à chaque matière, n'importe quelle atteinte du dirigeant ne saura justifier le recours à la répression pénale. Cette dernière, ainsi que nous l'avons suggéré avec insistance, ne doit être réservée qu'aux comportements les plus graves. Tous les comportements qui ne nécessitent pas une répression pénale ont vocation à faire l'objet d'un traitement civil. Il ne faut y voir ni une réponse permissive ni une catégorie par défaut, car c'est là la place naturelle de ces comportements pour lesquels apporter une solution doit primer sur la nécessité d'infliger une punition. Il s'agit là d'une évidence, perdue de vue par le législateur, qu'une sanction professionnelle permet davantage de priver le dirigeant de son outil délinquantiel; qu'une responsabilité pour insuffisance d'actif permet de restituer son dû à la personne morale tout en ayant une conséquence patrimoniale redoutable à l'égard du dirigeant; que la nullité d'un acte vicié est sans doute plus utile à qui se plaint d'une irrégularité qu'une condamnation pénale; et qu'un référé injonction permet d'obtenir l'exécution d'une obligation de faire.

Au-delà de la sanction, la prévention des infractions en droit pénal des affaires pourrait emprunter le chemin nouveau de la gouvernance d'entreprise dont les impératifs de transparence et de contre-pouvoirs entraîne une régulation interne de la société moins propice aux abus.

Face à l'écrasante responsabilité pénale du dirigeant, la redéfinition des critères de répression en droit pénal des affaires garantirait une répression plus efficace des actes véritablement frauduleux du dirigeant qui postulent une réponse pénale sévère et une restitution des comportements plus véniels à la sphère professionnelle et civile.

CONCLUSION GÉNÉRALE

597- La responsabilité pénale du dirigeant en droit pénal des affaires se distingue par la singularité des instruments juridiques qui la mettent en œuvre. Malgré une évolution historique, le droit pénal des affaires semble s'affranchir des principes inhérents à la matière pénale. Afin de s'adapter à la délinquance économique, ce droit procède à une véritable déconstruction de l'incrimination visant le dirigeant, tant au stade de son élaboration que de son application.

De même, l'étude réalisée a permis de constater que le traitement juridique spécifique dont fait l'objet le dirigeant n'est pas seulement l'œuvre du législateur, mais aussi celle du juge. C'est ensemble qu'ils contribuent à renforcer sans cesse la responsabilité pénale du dirigeant en confectionnant des particularismes à l'infraction imputable à ce dernier en droit pénal des affaires.

Ces singularités résident dans le recours à la technique du renvoi, l'emploi de formules vagues, l'élaboration de formes anticipées de la répression, le recours au droit répressif administratif, l'allègement par le juge, au détriment du dirigeant, du contenu de la faute légalement requise, l'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit, l'admission restrictive de la délégation de pouvoirs, le transfert jurisprudentiel de la qualité juridique requise, la responsabilité pénale du dirigeant du fait de ses subordonnés, ou encore la figure de la commission par omission.

S'agissant du droit répressif administratif, il ressort la nécessité pour le législateur de l'encadrer par des règles légales plus rationnelles, respectueuses notamment du principe *non bis in idem*.

Par ailleurs, la responsabilité pénale pesant sur le dirigeant se trouve amplifiée par la méconnaissance du principe d'économie du droit pénal pourtant rappelé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'aménagement, au détriment du dirigeant d'entreprise, des règles d'application de la loi pénale dans le temps, l'importance des délits d'imprudence, ou encore la présomption de faute.

Le dirigeant est donc réprimé en droit pénal des affaires aussi bien pour des faits d'omission véniels que pour des faits de commission frauduleux. Ce faisant, l'on procède à une confusion de « l'assujetti et du coupable²⁴¹⁸. » Cette logique d'incrimination est celle d'un système qui conçoit la sanction pénale comme un outil juridique neutre, trouvant en elle-même, c'est-à-dire dans sa dimension coercitive, sa raison d'être. Une telle conception du droit répressif, si elle a pu servir les visées interventionnistes de l'État, a incontestablement mené à la dégradation de la qualité des incriminations et à la saturation pénale.

Qualitativement, les infractions visant le dirigeant sont mal définies dans leurs trois éléments constitutifs.

Quantitativement, un nombre considérable d'infractions réprime des comportements très variés,

²⁴¹⁸- J-H. ROBERT, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, APD 2000, t. 44., p. 157.

souvent sans gravité, et pour lesquels le recours à la sanction pénale n'est pas justifié. Par une sorte de filtre naturel, nombre de ces délits sont mort-nés, n'ayant jamais, ou presque, été appliqués, notamment en droit pénal des sociétés. Aussi, leur présence dans le code de commerce, n'est-elle plus justifiée. La large ineffectivité du droit pénal des affaires ne fait plus l'ombre d'aucun doute. Aussi, ne serait-il pas réaliste de voir dans le faible nombre de condamnations une marque de la réussite de la prévention voulue²⁴¹⁹. Il convient, au contraire, d'y voir l'échec partiel du dispositif pénal en place. L'abus de bien sociaux polarise bien souvent la répression, non sans subir un dévoiement de sa fonction originelle, au point maintenant d'être perçu, dans l'opinion publique, comme un délit visant davantage les dirigeants politiques que ceux des sociétés. Pour le reste, l'indifférence des juges à recourir à la plupart des autres infractions en révèle soit l'inadaptation soit l'inutilité. Cependant, si le dispositif est peu efficace, il n'est pas moins riche d'effets pervers potentiels, conséquence de la sanction pénale de comportements qui, en réalité, n'appellent qu'une sanction civile, comme il est de coutume en matière d'intérêts privés.

Au regard de ces déficiences, la question de l'opportunité de la répression du dirigeant en droit pénal des affaires se pose naturellement. Il ressort que l'emploi de la sanction pénale, lorsqu'il est justifié dans son principe, se doit d'être mesuré. Ainsi, la création d'infractions spécifiques doit répondre à une réelle nécessité. La prise en considération de ces différentes observations doit inéluctablement conduire à un recul de la répression pénale.

Pour utile qu'elle soit, l'analyse critique serait stérile si l'on ne tentait pas d'apporter des réponses aux déficiences constatées. Une analyse constructive s'imposait afin de déterminer quels critères doivent gouverner la répression pénale du dirigeant en droit pénal des affaires. Cette opération a consisté à déterminer dans les matières examinées les intérêts essentiels justifiant une protection pénale, c'est-à-dire à identifier les comportements du dirigeant devant être pénalement réprimés et ceux ne devant relever que de sanctions civiles. Les critères de répression, selon nous, doivent associer les critères propres au droit pénal et ceux propres aux différentes matières. Le caractère pénal se manifeste par l'exigence d'un comportement intentionnel et portant gravement atteinte à des intérêts essentiels. En droit du travail, la valeur essentielle justifiant une protection pénale est relative aux droits et libertés fondamentaux du salarié qui est considéré comme la partie faible au contrat de travail. En droit de la consommation, le droit répressif ne doit intervenir que pour protéger l'intégrité du consentement ainsi que la liberté contractuelle du consommateur. En droit des sociétés, seuls le patrimoine social, les droits des associés, la confiance dans les dirigeants et la fiabilité du contrôle doivent être protégés contre les atteintes du dirigeant.

Cette redéfinition des contours du droit pénal des affaires marquerait l'instauration d'une politique criminelle plus cohérente et plus réaliste à l'égard du dirigeant qui aurait pour effet, non seulement de réduire considérablement le nombre d'infractions visant ce dernier, mais aussi de réserver la répression aux seuls comportements qui sont mus par une véritable intention délictueuse et qui seuls appellent une sanction ferme et systématique. La prise en compte de ces nouveaux paramètres atténuerait sensiblement la responsabilité pénale excessive pesant sur le dirigeant d'entreprise.

²⁴¹⁹- J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11e éd., ARMAND COLIN, 2004, n° 5 et 338.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET COURS

ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.) : *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013.

BINCTIN (N.) : *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2010.

BONFILS (P.) : *Droit pénal des affaires* », MONCHRESTIEN, coll. Cours, 2009.

BONNEAU (T.) et DRUMMOND (F.) : *Droit des marchés financiers*, ECONOMICA, 2^e éd., 2005.

BOULOC (B.) : *Droit pénal général*, 22^eéd. DALLOZ, 2011.

BOULOC (B.) : LEVASSEUR (G), STEFANI (G), *Droit pénal général*, 24^e éd., DALLOZ, 2015.

BRUNAU (G.) : *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), 2011.

CADIET (L.) et JEULAND (E.) : *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013.

CARBASSE (J.-M.) : *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », PUF, 2000.

CARBONNIER (J.) : *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000.

COEURET (A.) et FORTIS (E.) : *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2012.

CONTE (P.), LARGUIER (J.) et FOURNIER (S.) : *Droit pénal spécial*, 15 éd., DALLOZ, 2013.

CONTE (P.) et JEANDIDIER (W.) : *Droit pénal des sociétés commerciales*, LGDJ, 2004.

CONTE (P.) et LARGUIER (J.) : *Droit pénal des affaires*, 11^e éd., ARMAND COLIN, 2004.

CONTE (P.), LARGUIER (J.), et MAISTRE DU CHAMBON (P.) : *Droit pénal général*, 22^e éd., DALLOZ, 2014.

CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.) : *Droit pénal général*, ARMAND COLIN, 7^e éd., 2004.

COURET (A.), ZABALA (B.) et CHARVÉRIAT (A.) : *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefebvre, 2015.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) : *Droit des sociétés*, 17e éd., LITEC, 2004.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) : *Droit des sociétés*, 10e éd., LITEC, 1997.

DELMAS-MARTY (M.) : *Droit pénal des affaires*, Paris, 3e éd. PUF, coll. Thémis, 1990.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.) : *Droit pénal général*, 16e éd., ÉCONOMICA, 2009.

DIDIER (P. et P.) : *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Tome 2, ECONOMICA, 2011.

ESCARRA (J.) et RAULT (J.) : *Les sociétés commerciales*, t. 1, 1950, Sirey.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.) : *Les obligations*, t. 1., *L'acte juridique*, 15e éd., ARMAND COLIN, 2012.

GARRAUD (R.) : *Droit pénal général*, Tome I, 3ème éd., SIREY 1913.

GENY (F.) : *Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif*, 2^e édition, Tome 2 1932.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) : *Droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 2000.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.) : *La formation du contrat*, LGDJ, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), 4^e éd., 2013.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil* : **VINEY (G.)**, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2008.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil* : **VINEY (G.)**, *Les effets de la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, 2011.

GIUDICELLI-DELAGÉ (G.) : *Droit pénal des affaires*, DALLOZ, 6e éd., 2006.

GIUDICELLI-DELAGÉ (G.) et DELMAS-MARTY (M.) : *Droit pénal des affaires*, 4e éd., PUF, 2000.

GUYON (Y.) : *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, tome 1, 12e éd., ÉCONOMICA, 2003.

HAMEL (J.) : *Droit pénal spécial des sociétés anonymes*, DALLOZ, 1955.

HEMARD (J.), TERRÉ (F.) et MABILAT (P.) : *Sociétés commerciales*, tome 3, DALLOZ, 1978.

HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.) : *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. 1, 7e éd., SIREY, 1935.

- JEANDIDIER (W.)** : *Droit pénal des affaires* », 7e éd., DALLOZ, 2012.
- JEANDIDIER (W.)** : *Droit pénal général*, MONTCHRESTIEN, 1988, p. 282.
- LACABARATS (A.)** : *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. GUINCHARD, DALLOZ Action, éd. 2003.
- LE CANNU (P.)** : *Droit des sociétés*, 6e éd., MONTCHRESTIEN, 2014.
- LÉON (H.) et J. MAZEAUD (J.)** : *Leçons de droit civil*, t. 2, *Les obligations*, MONTCHRESTIEN, 1998.
- LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P), SALOMON (R)** : *Droit pénal des affaires*, 3e éd., LexisNexis, 2013.
- LEROY (J.)** : *Droit pénal général*, 5e éd., LGDJ, 2014.
- LOMBOIS (C.)** : *Droit pénal général*, Éd. HACHETTE, 1994.
- LYON-CAEN (G.) et PELISSIER (J.)** : *Droit du travail*, 14e éd., DALLOZ, 1988.
- MALABAT (V.)** : *Droit pénal spécial*, 5ème éd., DALLOZ, 2011.
- MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.)** : *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, 2013.
- MARMOZ (F.)** : *La délégation de pouvoirs*, LITEC, 2000.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)** : *Droit civil*, 1er vol., SIREY, 1961.
- MAYAUD (Y.)** : *Droit pénal général*, 5e éd., PUF, Droit fondamental, 2015.
- MERLE (P.)** : *Droit commercial, Sociétés commerciales*, PRÉCIS DALLOZ, 18^e éd., 2015.
- MERLE (R.) et VITU (A.)** : *Traité de droit criminel*, Tome II, 5e éd., CUJAS, 2001.
- MERLE (R.) et VITU (A.)** : *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, Tome I, 7e éd., CUJAS, 1997.
- OHL (D.)** : *Droit des sociétés cotées*, LexisNexis, 3^e édition, 2008.
- PICOD (Y.) et DAVO (H.)** : *Droit de la consommation*, ARMAND COLIN, 2^e éd., 2010.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)(G.)** : *Traité de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., t. VI, par ESMEIN, 1954.
- PRADEL (J.)** : *Droit pénal comparé*, 3e éd., DALLOZ, 2008.
- PRADEL (J.)** : *Droit pénal général*, 19e éd., CUJAS, 2012.
- PRADEL (J.), CORSTENS (G.) et VERMEULEN (G.)** : *Droit pénal européen*, 4e éd., DALLOZ, 2009.

PUECH (M.) : *Droit pénal général*, éd. LITEC, 1988.

RASSAT (M-L.), *Procédure pénale*, 2e éd., ELLIPSE, 2013.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) : *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, par M. GERMAIN, 18e éd., LGDJ, 2002.

RIPERT (G.) : *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, par R. ROBLOT, 5e éd., LGDJ, 1963.

RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.) : *Libertés publiques*, tome 1, 9e éd., PUF, 2003.

ROBERT (J.-H.) : *Droit pénal général*, 6e éd. Refondue, PUF, 2005.

ROUBIER (P.) : *Le droit transitoire*, 2ème éd., DALLOZ-SIREY, 1960.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), POILLOT (E.), AUBERT DE VINCELLES (C.) et BRUNAU (G.) : *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), 2011.

STASIAK (F.) : *Droit pénal des affaires*, 2e éd., LGDJ, 2009.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.) : *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., PRÉCIS DALLOZ, 2013.

VÉRON (M.) : *Droit pénal des affaires*, DALLOZ, coll. « Cours », 8e éd., 2009.

VERON (M.) : *Droit pénal spécial*, Paris, Masson, 1994.

VITU (A.) : *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 6e éd., CUJAS, 1982.

II- OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, ESSAIS ET MONOGRAPHIES

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, GF FLAMMARION, 1992.

AUBERT DE VINCELLES (C.) : *Le Code de la consommation à l'épreuve de nouvelles notions. L'exemple des pratiques commerciales déloyales*, in AUBERT DE VINCELLES (C.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) (dir.), *Les 20 ans du Code de la consommation. Nouveaux enjeux*, Lextenso, 2013.

AUBERT DE VINCELLES (C.) (C.) et ROCHFELD (J.) (dir.) : *L'acquis communautaire. Les sanctions de l'inexécution du contrat*, ECONOMICA, 2006.

AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés. La publicité foncière*, 4e éd., LEXTENSO, 2009.

BACHER (J-L.), *Vocabulaire des Sciences Criminelles*, Dalloz, 2004.

- BALDES (O.)**, *La sanction professionnelle en droit pénal des affaires : contribution à une théorie générale de la sanction*, thèse Aix-Marseille, 2012
- BECCARIA (C.)** : *Des délits et des peines*, préface R. BADINTER, GF-FLAMMARION.
- BÉNÉJAT (M.)** : *La responsabilité pénale professionnelle*, Thèse Bordeaux IV, Ed. Dalloz, 2012.
- BENOÎT-RENAUDIN (C.)** : *La responsabilité du préposé*, Thèse Paris I, préf. P. Delbecque, LGDJ, 2010.
- BERGEAL (C.)** : *Rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, 7^e éd., Berger-Levrault, 2012.
- BERLINGIN (M.), DE PIERPONT (G.) et STROOBANT (P.)**, *Les règles de bonne gouvernance dans le droit des sociétés et le droit économique*, in *Les sources du droit revisitées*, Volume 3, Université Saint Louis Bruxelles, 2012.
- CAMPANA (M-J.)**, *Le doute et la confiance en droit des affaires*, in *Le doute et le droit*, Philosophie et théorie générale du droit, sous la direction de F. TERRÉ, DALLOZ, 1994.
- CARTIER (M.-E.)** : *Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise*, in *La responsabilité du fait de l'entreprise*, Masson, 1977.
- CARVAL (S.)** : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Thèse Paris I, préface G. VINEY, LGDJ, 1995.
- CÉSARO (J-F.)** : *La sanction en droit du travail*, Éd. Panthéon Assas, 2012.
- CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A-L.)**, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, Étude comparative des droits français et américains des sociétés*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009.
- CHAVANNE (A.)**, *Travaux Assoc. Capitant*, 1967
- COEURET (A.)**: *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise et le droit du travail*, Thèse Paris X, 1981.
- COHEN (D.)** : *Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire?*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997.
- COMBESSIE (P.)** : *Paul FAUCONNET et l'imputation pénale de la responsabilité*, in *Trois figures de l'école durkheimienne: Célestin BOUGLÉ, Georges DAVY, Paul FAUCONNET*», Ed. L'HARMATTAN, 2007.
- CORNU (G.)** : *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 8e éd., PUF, 2000.
- CORRADI (M.)**, *Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté*, Bull. Joly Sociétés 2011, § 54.
- COULON (J-M.)** : *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 2008.

- DAGOT (M.)**, *La simulation en droit privé*, Thèse Toulouse, LGDJ, 1967.
- DELMAS-MARTY (M.)**: *Les grands systèmes de politique criminelle*, Puf, 1992.
- DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY (C.)** : *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, ECONOMICA, 1992.
- DELPECH (X.)** : *La société à responsabilité limitée*, 27e éd., DALLOZ-SIREY, 2012.
- DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J-P.)**, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, DALLOZ, 3^e éd., 1991
- DIDIER (P.)**, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000.
- DIEUX (X.)**, *De la loi du 2 août 2002 au Code Lippens*, in *Droit, morale et marché*, Bruylant, 2013.
- DION (N.)**, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales : droits des États-Unis d'Amérique et droit français*, Thèse Orléans, 1994.
- DONDERO (B.)**, *La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'étranger*, Gaz. Pal. 11 février 2012. 13, spéc. n° 22.
- DONDERO (B.)**, *La rémunération des dirigeants sociaux*, in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la dir. de V. Magnier, LGDJ, 2010.
- DUCOULOUX-FAVARD (C.)**, *Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien t. 1 : Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés en droit allemand et italien et la loi française du 24 juillet 1966*, LGDJ, 1969.
- DUMORTIER (B.-H.)** : *L'attribution de la responsabilité en droit pénal des affaires*, Thèse Lille II, 1977.
- DURKHEIM (E.)** : *De la division du travail social* », coll. Les grands textes, éd. PUF, 2004.
- FALQUE (D.)**, *Les nullités de constitution de sociétés*, thèse dactyl. Paris II, 1970.
- FAUCONNET (P.)** : *La responsabilité. Étude de sociologie*, Paris : FÉLIX ALCAN; Collection : Bibliothèque de philosophie contemporaine; 2e édition, 1928.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)** : *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 17ème éd., DALLOZ, 2013.
- FENOUILLET (F.) et CHAINAIS (C.) (dir.)** : *Présentation et conclusions de la recherche collective*, in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction entre technique et politique*, DALLOZ, 2012, p. XXII.
- FERRI (E.)** : *Sociologie criminelle*, Paris, 1893.
- FRANCILLON (J.)** : *La gradation des fautes en droit civil et en droit pénal*, Thèse Grenoble,

1971.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, DALLOZ, 1997.

FRYDMAN (B.), *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, in *L'économie, la règle juridique et la justice. Propos croisés entre l'économie et le droit*, A. Jeammaud, T. Kirat, E. Serverin, éd. du CNRS, Paris 1999.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Thèse Paris II, ECONOMICA, 1985.

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, ECONOMICA, coll. Recherches juridiques, t. 13, 2006.

GASSIN (R.), *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, PUAM, 2009

GEHAD (S.) : *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise*, Thèse Paris I, 2004.

GIBIRILA (M.), *Le dirigeant de sociétés*, LITEC, 1995.

GIDE (A.) : *La séquestrée de Poitiers*, Gallimard, 1930.

GIRARD (R.) : *La violence et le sacré* », Paris, GRASSET, 1972.

GRARE (C.), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, DALLOZ, 2005.

GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse, Paris I, 1997.

HAGÈGE (M.), *Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé*, thèse dactyl. Paris II, 1977.

HAMEL (J.) (Préf) : *Droit pénal spécial des sociétés anonymes*, DALLOZ, 1955.

HASCHKE-DOURNAUX (M.) : *Réflexion critique sur la répression en droit pénal des affaires*, Thèse Paris V, éd. LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit privé, 2005.

HEURTEUX (C.) : *Prise de risque par l'entrepreneur et droit pénal*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997.

HOLLENDER-CERF (A.) : *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail*, Thèse Montpellier, 1992.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essais d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, 1909.

JEULAND (E.), *Résolution des litiges*, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, ECONOMICA, 2002.

LAJUS-THIZON (E.), *L'abus en droit pénal*, DALLOZ, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.

LE CANNU (P.), *Des sanctions pénales aux sanctions civiles* in *Le droit des sociétés pour 2004*, Dalloz, 2004.

LE NABASQUE (H.), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999.

LEGROS (R.), *Dictionnaire d'éthique et de morale*, Paris, 1995.

LUCAS (A) et (H.-J.), *Propriété littéraire et artistique*, LITEC, 1994.

MAGNIER (V.), *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?*, Bull. Joly Sociétés 2012.75

MARMASSE (G.) : *Hegel, penseur du droit*, CNRS PHILOSOPHIE, CNRS Editions, 2004.

MARTIN (J-Y.), *Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société*, Thèse Paris I, 1981.

MAYAUD (Y.): *Le mensonge en droit pénal*, éd. L'HERMÈS, 1979.

MERLE (P.) : *Les présomptions légales en droit pénal*, Thèse Nancy, LGDJ, 1970.

MERVILLE (A-D.) : *La responsabilité pénale et administrative des personnes morales et infractions boursières* », in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, 2009.

MIGNON-COLOMBET(A.) , *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Thèse Paris I, 2002.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse Paris II, LGDJ, 1997.

MONÉGER (J.), *Le contrôle de la constitution de l'entreprise, facteur de sa viabilité initiale*, thèse dactyl. Paris I, 1976.

MONTESQUIEU : *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, t. II, La Pléiade, Gallimard.

MONTESQUIEU : *Lettres persanes*, in *Œuvres complètes*, La Pléiade, Gallimard.

MORVAN (P.), « La personne morale maltraitée par le droit pénal », in *Code pénal et code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Dalloz Université Panthéon-Assas (Paris 2) 2010.

MULLER (A-C.), *Aléa et marchés financiers*, in *L'aléa, Journées nationales de l'Association Capitant*, Dalloz, 2011, p. 75.

NIETZSCHE (F.) *Généalogie de la morale*, FOLIO, 1992.

OLLARD (R.) : *La protection pénale du patrimoine*, DALLOZ, coll. Nouvelle Bibliothèque, 2010.

OTTENHOF (R.), et CARIO (R.) : *Droit pénal et relations de travail dans l'entreprise*, in *Bilan et perspective du droit pénal de l'entreprise*, ECONOMICA, 1989.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.) : *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. LEQUETTE, DALLOZ, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, n° 367.

PASCAL (B.) : *Second discours sur la condition des grands*, in *Œuvres complètes*, tome II, La

Pléiade Gallimard, fr. 81.

PATARIN (J.) : *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, dirigé par G. STEFANI, éd. DALLOZ, 1956.

PEGLION-ZIKA (C-M.) : *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse Paris II, 2013.

PETEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Bibl. dr. entr. t. 20, LITEC, 1988.

PIETRANCOSTA (A.) et POULLE (J.-B.), *Le principe « appliquer ou s'expliquer »*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010.

POULLE (J.-B.), *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise*, L'Harmattan, 2011.

PRADEL (J.) et VARINARD (A.) : *Les grands arrêts du droit pénal général*, 9^e éd., DALLOZ, 2014.

PRAT (J-F.) : *Pénalisation de la vie économique et choix de solutions juridiques*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997.

PRENTICE (D.), PAYNE (J.), *The corporate opportunity doctrine*, *Law Quarterly Review*

RAY (E.) : *Le droit pénal comme méthode de négociation : l'exemple du droit du travail*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997.

REBUT (D.) : *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence en l'action et l'inaction*, Thèse Lyon III, 1993.

REINHARD (Y.) : *L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Thèse Lyon, 1974.

REMY (D.) : *Légistique*, Romillat, 1994.

RENAUD-DURAND (P.) : *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Thèse Montpellier, 1994.

RENUCCI (J-F.), *Le délit d'initié*, Que sais-je? n°2989, PUF.

RENUCCI (J-F.), *Droit européen des droits de l'homme, contentieux européen*, LGDJ, 4e éd., 2010.

RIPERT (G.) : *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., LGDJ, 1951.

RIPERT (G.): *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.

ROBERT (C.-N.) : *L'impératif sacrificiel. Justice pénale : au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, Lausanne, Éd. D'EN BAS, 1986.

ROUSSEAU (F.) : *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Thèse Bordeaux IV, Dalloz, 2009.

RUBI-CAVAGNA (E.) : *Faute disciplinaire et droit pénal*, in *Vers un droit commun*

disciplinaire ?, PU Saint Étienne, 2007.

SAENKO (L.) : *Le temps en droit pénal des affaires*, Thèse, Paris I, 2008.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) : *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Thèse, Université Paris I, préf J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2000.

SCHOLASTIQUE (E.), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, préf. A.Tunc, LGDJ, 1998.

SEGONDS (M.): *La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail*, Thèse Toulouse, 1998.

SORDINO (M-C.) : *Le délit de banqueroute. Contribution à un droit pénal des procédures collectives* », éd. LITEC, 1996.

SOUSI (G.), *Le délit d'abus des biens et du crédit de la société*, Mémoire DES Lyon, 1970, p. 185.

TARDE (G.) : *La philosophie pénale*, Paris, 1890.

TSARPALAS (A.), *Le moment et la durée des infractions pénales*, thèse, Paris, 1966.

VERPEAUX (M.) (dir.) : *La confection de la loi*, Puf, 2005.

VIANDIER (A.) : *La notion d'associé*, préface F. TERRÉ, LGDJ 1978.

III- ARTICLES, NOTES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

AMF, Gouvernement d'entreprise et rémunération des dirigeants de sociétés cotées, Rapport 2012.

AMIEL-COSTE (L.), Rémunération des dirigeants sociaux, Rép. droit des sociétés, Dalloz, 2014, n°1.

ARSOUZE (C.) : Procédures boursières. Sanctions et contentieux des sanctions, Bull. Joly, 2008, n° 294, p. 416 s.

ARTIN LAPRADE (F.) : Le montant de la sanction pécuniaire : BJB juin 2011, p. 354, n° 178.

ASENCIO (S.), Le dirigeant de société, un mandataire "spécial" d'intérêt commun, Rev. sociétés 2000, p. 683.

AUBERT DE VINCELLES (C.) et **SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.)** : Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur : D. 2014, p. 879.

AUBRY (H.) : La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation : de réels apports pour la protection des consommateurs : RLDC 2014/115, p. 8.

AUSTRY (S.) : Cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales : requiem en trois temps pour

la règle non bis in idem, RJF 1997, n°5, p. 289.

AYNÈS (L.), « Synthèse », Loyauté et impartialité en droit des affaires, Actes du 37^e colloque Droit et Commerce, 31 mars-1^{er} avril 2012, Gaz. Pal. 23 mai 2012, spéc. p. 86.

AZAVANT (M.) : La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial, Rev. sociétés 2003, p. 442.

BACACHE (M.) : Introduction de l'action de groupe en droit français : JCP G 2014, 377.

BADINTER (R.) : La présomption d'innocence, histoire et modernité, Mélanges Catala, Paris, 2001, p. 133.

BARBIERI (J.-F.) : L'abus de biens sociaux par abstention, Bull. Joly juin 2004, § 171.

BARBIERI (J.-F.) : Morale et droit des sociétés, in La morale et le droit des affaires, colloque de l'Université de droit de Toulouse du 12 mai 1995, Montchrestien, 1996.

BARBIERI (J.-F.) : Responsabilité pénale des personnes morales, Joly Sociétés, Traité n^{os} 12 et 13.

BARRIÈRE (F.), Ordre public et impérativité, Rev. soc. 2007. 713.

BASTIAN (D.), La réforme du droit des sociétés commerciales, JCP 1967. I. 2121.

BATIFFOL (H.) : La loi et la liberté, APD 1980, n°25, p. 79 et s.

BAYET (D.) : La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts de plénière de la chambre criminelle, Gaz. Pal. 1993. 923.

BERGEL (J.-L.) : Vices et vertu de la législation par référence, RRJ 1997-4, Cahier de méthodologie juridique n°12, « La législation par référence », p. 1209-1215.

BÉZARD (P.) : Le pouvoir de sanction financière directe de la Commission des opérations de bourse, LPA 17 janvier 1990, p. 52-63.

BIGAY (M.) : L'application des règlements communautaires en droit pénal interne, Rev. Trim. Dr. européen 1971. 52.

BISSARA (P.), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise », Rev. sociétés 1998. 6.

BOIZARD (M.), L'abus de minorité, Rev. sociétés 1988.365.

BON (P.-A.) : Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal, Revue pénitentiaire et de droit pénal, (RPDP), 2006, p. 291 et s.

BORE (J.) : La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire, Mélanges en l'honneur d'A. Vitu, Cujas, 1989, p 25 à 49, spéc. p. 45-46.

BORRICAND (M.) : La non rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale, D. 1978.275.

BOULOC (B.) : Abus de biens sociaux, Rép. Sociétés, Dalloz, 2012, n°2.

BOULOC (B.) : Droit pénal et groupes d'entreprises, in Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise, IX Congrès de l'Association française de droit pénal, Lyon 26-28 novembre 1987, éd., ECONOMICA, 1989, p.160-161.

BOULOC (B.) : Faut-il réformer le droit pénal des sociétés?, Revue sociétés 2000. 129.

BOULOC (B.) : La liberté et le droit pénal, Rev. soc. 1989, n°377.

BOULOC (B.) : Le dévoiement de l'abus de biens sociaux, Rev. Jurisp. Com., 1995, p. 303.

BOULOC (B.) : Loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, RSC 1997. 405. p. 419-420.

BOULOC (B.) : Qu'est-ce qu'un actionnaire? Actes du Colloque du Centre de recherches de droit des affaires et de l'économie de l'Université Paris I, 14 et 15 avril 1999, Rev. sociétés 1999, p. 743 et s.

BOULOC (B.), « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire » : D. 2011, n° 13, p. 929-930

BOURETZ (E.), Les défaillances de l'autorégulation, RDBF, n° 5, septembre 2009, dossier 26, n° 11

BOUTHINON-DUMAS (H.) : La défense de la place financière par le régulateur boursier, in Les défis actuels du droit financier, Joly éd., 2010, p. 19, spéc. p. 39.

BROUILLAUD (J.-P.) : Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux?, D. 2008. 375.

BUREAU (D.) et **MOLFESSIS (N.)** : Le nouveau Code de commerce? Une mystification, D. 2001, Chron. 361.

CADIET (L.), Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés, Mélanges M. Jeantin, 1999, Dalloz, p. 151 et s.

CADIET (L.) : Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, Mélanges DRAI, DALLOZ, 1999.

CAILLE (C.): Le motif légitime en droit pénal, RPDP 1998.194.

CALAIS-AULOY (J.): Les sanctions en droit de la consommation », in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc, DALLOZ, 2006, p. 75 et s, spéc. p. 86.

CALAIS-AULOY (M.-T.), La dépénalisation en droit des affaires, D.1988, Chron. 315, p. 319.

CANIVET (G.) : La justice des années 2000 devra s'adapter aux atteintes de la société, JCP 2000, I, 192.

CANIVET (G.) : Les garanties de procédures applicables à la procédure de sanction de la commission des opérations de bourse, D. affaires 1996, n°3, p. 68.

- CANIVET (G.) et VOGEL (L.)** : Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence, *RJDA* 1993, p. 599.
- CAPORALE (F.)**, Société et indivision, *Rev. sociétés* 1979.265.
- CARBONNIER (J.)** : La peine décrochée du délit, in *Mélanges LEGROS*, Bruxelles 1985, p. 23 et s.
- CARBONNIER (J.)**, « Essais sur les lois », Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 312.
- CARDON (C.)**, Une révision a minima du code AFEP-MEDEF (pour le moment), *Bull. Joly Bourse*, n°1, p.32.
- CARTIER (M.-E.)** : De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. *Libres propos*, in *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, « Les droits et le droit », Dalloz, 2007, p. 97.
- CARTIER (M.-E.)** : La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000, *RSC*, 2001.725.
- CATALA (N.)** : De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail, *JCP*, éd. E. 1946, II, 12010.
- CATALA (P.)**, L'indivision, *Defrénois* 1979.3, spéc., n°11, 15 et 20.
- CAUSSAIN (J.-J.)**, Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français, in *Actes du colloque du 28 octobre 1999*, Le devoir de loyauté en droit des affaires, *Gaz. Pal.* du 3 au 5 décembre 2000, p. 66.
- CÉSARO (J.-F.)** : La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail, *Dr. soc.* 2005. 139.
- CHAMPAUD (C.)**, Code de gouvernement d'entreprise. Adaptation du droit des sociétés à la directive 2006/46/CE. Obligation de se soumettre à un « code de gouvernement d'entreprise », *RTD com.* 2008. 563.
- CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU (A.-L.)**, Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, Étude comparative des droits français et américains des sociétés, Dalloz, *Thèmes et commentaire*, 2009.
- CHAVANE (A.)** : Le droit des sociétés et le droit pénal général, *RSC*, 1963, p. 689.
- CHEVALIER (J.)**, le gouvernement de l'entreprise, Dunod, 4e éd., 1943.
- CIMAMONTI (S.)** : Législation par référence et nouveau Code pénal, *RRJ* 1997-4, p. 1263.
- CLEMENT (G.) et VINCENTINI (J.-P.)** : La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise en matière pénale, *LPA* 22 octobre 2001, n°210, p.8.
- CLERC (C.)** : La réparation du préjudice subi par un actionnaire du fait de la diffusion de fausses informations, *RTDF* 2007/1, p. 32.

- COEURET (A.)** : La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoir dans l'entreprise, JCP 2001. I. 339.
- COEURET (A.)** : La nouvelle donne en matière de responsabilité, Dr. soc. 1994. 627.
- COEURET (A.)** : La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture, RSC 1992. 475, p. 480.
- COEURET (A.)** : Les propositions Espace judiciaire européen unifié confrontées à la situation en France », RSC 1997. 295, p. 304.
- COEURET (A.)** : Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Dr. social. 1975. 396.
- COHEN (C.)**, La prescription en question, *Gaz. Pal.* 1995, 2, *Doctr.* p. 1059.
- COHEN (D.)** : Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire?, in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz, 1997, p. 79.
- COHEN (D.)**, Le gouvernement d'entreprise : une nécessité en droit français ?, Mélanges P. Bissara, ANSA, 2013, p. 161, n° 32.
- COHEN-BRANCHE (M.)** : La présomption et ses effets, in Manquements d'initiés : prévention et répression, Dossier : BJB juillet-août 2011, p. 464, n° 211.
- CONAC (P.)**, Le contrôle de la rémunération (Say on Pay), Rev. sociétés 2013. 400.
- CONAC (P.)**, **URBAIN-PARLEANI (I.)**, L'encadrement de l'activité des agences de conseil en vote (proxy advisors), Mélanges P. Bissara, ANSA, 2013, p. 127, n° 1 et 23.
- CONSEIL DE L'EUROPE** : Rapport sur la décriminalisation, 1980.
- CONTE (P.)** : Effectivité, ineffectivité, sous-effectivité, surefficacité... : variations pour droit pénal, in Mélanges Catala, LITEC, 2001, p. 126.
- CONTE (P.)** : Le lampiste et la mort, D. Pénal 2001, chronique n°2.
- CORNU (G.)** : Les définitions dans la loi, Mélanges offerts à J. Vincent, éd. Dalloz, 1981, p.78-79.
- COSSON (J.)** : L'inflation pénale dans la loi française sur les sociétés commerciales, *Gaz. Pal.* 1985.2.415.
- COURET (A.)** : Innovation financière et règle de droit, D. 1990, p. 135 et s.
- COURET (A.)** : L'intérêt social, Cah. dr. entr. 1996, suppl. n° 4, p. 1 et s.
- COURET (A.)**, La structure juridique des entreprises (corporate governance), RID éco. 2002. 339, n° 23.
- COURET (A.)**, Le gouvernement d'entreprise, D. 1995. 163.
- COURET (A.)**, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, Rev. sociétés 1984, p. 243 et s.

COURET (A.), Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots, Mélanges P. Bissara, ANSA, 2013, p. 143, spéc. p. 152.

COUV RAT (P.) : Le nouveau Code pénal en sa forme, Mélanges en l'honneur de G. Cornu, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 89.

CRÉMIEUX (M.) : Réflexions sur la peine privée moderne, Études offertes à P. Kayser, PUAM 1979, tome 1.

CRUCIS (H.-M.) : Sanctions administratives, Jurisclasseur administratif, fascicule 108-40, n° 56.

CUSSON (M.) : Le sens de la peine et la rétribution, Revue internationale de criminologie et de police technique, 1985, p. 271 et s.

DAGORNE-LABBÉ (Y.) : La nature de l'obligation du médecin à l'égard de ses patients, D. 1990. 413.

DAIGRE (J.-J.), Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun, Bull. Joly 1995. 953.

DAIGRE (J.-J.), De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, Rev. sociétés 1988. 199.

DAIGRE (J.-J.) : Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé, JCP 1996, éd. E, 575, p. 317.

DAIGRE (J.-J.), Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants, in Mélanges Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie, Petites Affiches Montchrestien 2002, p. 79.

DAIGRE (J.-J.), Réflexions sur le statut des dirigeants sociaux, Rev. sociétés 1981, p. 497.

DARIOSECQ (S.) : Le pouvoir de sanction de l'AMF : évolutions importantes », BJB févr. 2011, p. 115, n° 42.

DE LAMY (B.) et SEGONDS (M.) : La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principe et actualité, Dr. pénal 2010, dossier n°6, spéc. n°2.

DE VAUPLANE (H.) et SIMART (O.) : Délits boursiers : propositions de réforme, Revue de droit bancaire et de la bourse 1997, p.89.

DE VAUPLANE (H.) et SIMART (O.) : Justifications de la lutte pénale contre les opérations d'initié, LPA 28 mars 1994, p. 4-10.

DEAKIN (S.) : Economic Effects of Criminal and Civil Sanctions in the context of Company Law, Research note for the DTI Company Law Review, 2000.

DECOCQ (A.) : Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance, JCP 1983, I, n° 3124.

DECOCQ (A.), La dépénalisation du droit de la concurrence, in RJ com. préc., p. 89 et s.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.) : La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. sociétés 1997, p.

499.

DEKEUWER (A.): Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption, JCP E, 1998 I 310.

DELEAU, Le contrôle judiciaire institué par l'article 4 du projet de loi sur la réforme des sociétés, Journ. agréés, 1965.63.

DELMAS-MARTY (M.) : Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales, RSC, 1977, p. 511.

DELMAS-MARTY (M.) : L'évolution du droit pénal des affaires, Gaz. Pal. 1999.1.354.

DELMAS-MARTY (M.) : L'inflation pénale, VI^{ème} congrès de l'Association française de droit pénal, Montpellier, novembre 1983.

DELMAS-MARTY (M.) : La criminalité, le droit pénal, et les multinationales, JCP, 1979, I, 2935.

DELMAS-MARTY (M.) : Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité du fait d'autrui ou du décideur?, JCP, 1985,I, 3218.

DELMAS-MARTY (M.) : Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales, D. 1978, n°87.

DERRIDA (F.), La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *Rev. science crim.* 1989.

DESPAX (M.) : L'évolution du rapport de subordination, Dr. soc. 1982. 11.

DETRAZ (S.) : Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions : LPA 27 juin 2014, p. 22.

DEUMIER (P.), Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ?, RTD civ. 2013. 79.

DIDIER (P.), Théorie économique et droit des sociétés, Mélanges A. Sayag, 1997, Litec,

DIENER (P.), Éthique et droit des affaires, D. 1993, chron. 17.

DOMINGUEZ (F.), Le délit d'abus de biens sociaux : sa prescription peut- elle être de trois ans ?, *Vie jud.* 26 nov. 1995, p. 2.

DONDERO (B.), L'abstention est-elle le meilleur remède aux situations de conflits d'intérêts? : RTDf 2011, n° 4, p. 220.

DONDERO (B.), **LE CANNU (P.)**, Encadrement des parachutes dorés par la loi TEPA, RTD com. 2007. 764.

DONDERO (B.), Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ, Rev. sociétés 2014. 7, n° 13.

DONDERO (B.), Les golden hellos : le salut impossible ? Bull. Joly 2008. 514.

DONDERO (B.), Rémunération des dirigeants : annoncer, consulter ... légiférer ? Gaz. Pal. 6

octobre 2012, n° 280, p. 3.

DONZEL-TABOUCOU (C.), Le principe « appliquer ou expliquer » en France Ou le droit à l'auto-édiction normative, *Rev. sociétés* 2015. 347, n°39.

DOUCET (J.-P.) : Deux principes fondamentaux de législation, *Gaz. Pal.* 1997. 1.8-12, spéc. p. 8.

DU PONTAVICE (E.) : La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises, depuis la mise en harmonie de la loi sur les sociétés commerciales avec la quatrième directive, *Mélanges Flattet*, 1985, spéc. p. 97.

DU PONTAVICE (E.) : Commissaire aux comptes, expert-comptable et complicité des délits commis par les dirigeants sociaux, *Rev. sociétés*, 1988, p. 489.

DU PONTAVICE (E.), La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme, *Mélanges Bastian, Lib. Techniques*, 1974, p. 177.

DUBOIS (E.) et CHACORNAC (J.), Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés, *Bull. Joly*, novembre 2013, p. 758.

DU COULOUX-FAVARD (C.), Abus de biens sociaux : une prescription butoir pour qui, pour quoi ?, *Petites affiches*, 14 févr. 1996

EL AHDAB (J.), Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparé, *Rev. sociétés* 2004. 18.

ESMEIN (P.), L'administration des sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940, *Gaz. Pal.* 1940, 2, doct. 90.

FAUPIN (H.), « La Cour EDH prend position en matière de contentieux liés aux élections politiques » : *JCP G* 1998, 10079.

FELDMAN (P.) et ALII : Avancer vers l'Etat de droit. Droit et présomption d'innocence, *Cheminements*, 2008.

FENOUILLET (D.) : Loi du 3 janvier 2008, pratiques commerciales déloyales, trompeuses, agressives : *RDC* 2008, p. 345 et s., spéc. p. 350.

FILALI (O.), Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *RTD civ.* 1995. 509.

FLAUSS (J.-F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (janvier-juin 1995) » : *AJDA* 1995, p. 127, spéc. p. 132 et « Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française » : *RTDH* 1995, p. 207 ; J.-

FOURNIER (S.), Complicité, *Répertoire Dalloz*, n° 76 et s.

FOYER (J.), La genèse de la loi sur les sociétés commerciales, *Rev. soc.* 1996. 431 spéc. 432.

FRANÇOIS (B.), Guide d'application du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise, *Rev. sociétés* 2014. 270.

FRANÇOIS (B.), Rapport annuel de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la

rémunération des dirigeants, Rev. sociétés 2015. 68.

FRANÇOIS (B.), Rapport Proxinvest sur les assemblées générales 2014, Rev. sociétés 2015.67.

FRANÇOIS (B.), Recommandation n° 2012-14 - Rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, Rev. sociétés 2013. 66.

FRANÇOIS (B.), Rémunérations des dirigeants : des réformes à venir, Rev. sociétés 2016.164.

FRANÇOIS (B.), Vers un nouvel encadrement des retraites chapeau, Rev. sociétés 2015.266.

FREYRIA (C.), Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires, JCP éd. E 1996.

FRISON-ROCHE (M.-A.) : L'efficacité des décisions en matière de concurrence, in L'efficacité des décisions en droit de la concurrence, Colloque de la DGCCRF du 7 juin 2000.

FRISON-ROCHE (M.-A.) : Les enjeux de la pénalisation de la vie économique : actes du colloque 20 et 21 mars 1996, Paris, éd. DALLOZ, 1997.

FRISON-ROCHE (M.-A.) . BARANES (W.) : Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000, Chron. 361, spéc. p. 365.

FRISON-ROCHE (M.-A.), **GERMAIN (M.)**, Droit, finance, Autorité. Les modes de régulation juridique propres aux autorités des marchés financiers, Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris II, 1999.

FRISON-ROCHE (M.-A.), Abus de biens sociaux : quelques règles de prescription, *Le Monde*, 6 janvier 1996

FRISON-ROCHE (M.-A.), La distinction entre sociétés cotées et société non cotées, Mélanges AEDBF France, Banque éditeur, 1997, p. 197.

GARCIN (C.) : Les infractions du droit des sociétés, in Lamy Droit pénal des affaires, 2011, n° 1748.

GARRAUD (P.) : La répression de l'abus frauduleux du mandat social dans le fonctionnement des sociétés, JCP 1939. 98, n°3.

GARRIGUES (B.) et **DI PRIZIO (M.)** : L'imputabilité des manquements aux prestataires de services d'investissement, à leurs dirigeants et aux personnes placées sous leur autorité, in Mélanges AEDBF, Banque éd., 2008, vol. V, p. 191.

GARRON (F.), La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales, Rev. sociétés 2004. 795, n° 4.

GARRON (R.) : Les infractions similaires et interprétation des lois spéciales, RSC 1966. 737, spéc. p.742.

GASSIN (R.) : Infractions pénales et marché commun, Mélanges Jauffret, Aix, 1974, p.321. JCP, 1983, II, 20044, note Decocq.

- GAUDON (L.)** : Abus de confiance et abus de biens sociaux, Rev. sociétés 1997. 289, spéc. p. 291.
- GERMAIN (M.)**, De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966, Bull. Joly 1992, p. 491, spéc. p. 494.
- GIVERDON (C.)**, Référé provision et référé injonction de faire, J.-Cl. procédure, fasc. 235-2, 1997, n° 54.
- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)** : La consommation responsable », in « Enjeux de la réforme du droit de la consommation : LPA 27 juin 2014, p. 15.
- GORÉ (F.)**, Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet du code français des sociétés, RTD com.1965.269.
- GOULARD (F.)**, Rapport sur le projet de loi de sécurité financière, AN n° 807, p. 432-433.
- GOUNOT (M.-E.)** : Application de l'analyse économique du droit aux opérations d'initiés, RSC 2000, p. 335.
- GRANIER (T.)**, La réforme du contrôle légal par la loi de sécurité financière, in La loi de sécurité financière, Centre de recherches en droit financier Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), n° spécial P.A. n° 228 du 14 novembre 2003, p. 82 et s.
- GRILLET-PONTON (D.)**, La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société, Rev. sociétés 1984.259.
- GUYÉNOT (J.)** [sous la dir. de], Une analyse des dispositions de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 en comparaison des dispositions de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, Rev. huissiers 1986. 1022
- GUYON (Y.)** : De l'inefficacité du droit pénal des affaires, Pouvoirs, 1990, p. 41.
- GUYON (Y.)** : La société anonyme, une démocratie parfaite! in Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de C. Gavalda, Dalloz, 2001, p. 133 et s.
- GUYON (Y.)**, La fraternité dans le droit des sociétés, Rev. sociétés 1989, p. 439.
- HANNOUN (C.)**, L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions), RTD. com. 1993. 227.
- HARDOUIN-LE GOFF (C.)** : Les fictions légales en droit pénal, Dr. pén. 2009, étude n°1, spéc. n° 13.
- HÉMARD (J.)**, **TERRÉ (F.)**, **MABILAT (P.)**, La réforme de la réforme des sociétés commerciales, D. 1970, chron. 45.
- HOPT (K.)**, Comparative corporate governance : the State of the art and international regulation, The American Journal of Comparative Law, vol. 59, 2011, 1.
- HOUIN (R.)** et **GORÉ (F.)** , La réforme des sociétés commerciales, D. 1967, chron. 121.
- HOUIN-SAINT-ALARY (C.)**, Les caractères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les

réformes récentes du code civil, RTD com. 1979.645.

HOVASSE (H.), Coup d'arrêt à la "désacralisation" du droit de vote?, Dr. sociétés mai 1999, p. 3.

HUET (A.) : La rétroactivité in mitius des textes réglementaires en matière économique; dissonances sur une question simple, JCP 1989 I 3378.

HURSTEL (D.), Retour à l'éthique : quel est le bon chemin ? D. 1993, chron. 239.

JACQUET (J.-M.), L'émergence du droit souple, Mélanges B. Oppetit, Litec, 2009, p. 331, n° 16.

JARROSSON (C.), Réflexions sur l'impérisme, Mélanges P. Bellet, Litec, 1991, n° 63.

JAVILLIER (J.-C.) : Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction, Dr. soc. 1975. 375. spéc. p. 378.

JEAMMAUD (A.) : La notion d'effectivité en droit, deuxième journée d'échange sur l'évolution des pratiques professionnelles de l'Inspection du travail, Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, Marcy-l'Étoile, 29 et 30 novembre 2001.

JEAN XXIII : Pacem in Terris, Lettre encyclique, 1963, n°65.

JEANDIDIER (W.) : Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, Jurisclasseur Sociétés Traité, Fascicule 132-20, n°25.

JEANDIDIER (W.) : Application de la loi pénale dans le temps, Jurisclasseur pénal articles 112-1 à 112-4, n°27.

JEANDIDIER (W.) : Classification des infractions, Jurisclasseur pénal article 111-1, n° 96.

JEANDIDIER (W.) : L'art de dépénaliser : l'exemple du droit des sociétés, Mélanges offerts à Jean –Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, DALLOZ, 2005, p. 449, n°2.

JEANDIDIER (W.) : L'abus de biens sociaux, un monstre juridique?, Cah. dr. entr., 2006, Dossier Le risque pénal dans l'entreprise, p.31.

JEANDIDIER (W.), Le droit pénal de la banqueroute ou les avatars de la pénalisation, in RJ com., p. 131 et s.

JEANTIN (M.), Le rôle du juge en droit des sociétés, Mélanges R. Perrot, 1996, DALLOZ, p. 149.

JESTAZ (P.), La sanction ou l'inconnue du droit, D. 1986. 197.

JEULAND (E.) et MANIN (F.) : Les incertitudes du référé injonction de faire, Rev. Sociétés 2004, p. 1.

JOBERT (L.), Modalités d'application de la règle « say on pay », RDBF, n° 2, mars 2014, comm. 73.

KAUFMANN (A.) : Subsidiaritätprinzip und Strarecht, in « FS Henkel », 1974, p. 90.

KERAMEUS (K. D.) : Quelques réflexions sur la longueur et la complexité des textes normatifs, in *Mélanges Blanc-Jouvan*, “De tous horizons”, Société de législation comparée, 2005, p. 91 et s.

KEVORKIAN (A.-J.) : Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales, *Gaz.Pal.* 1968, doctrine p. 97.

KLEIN (P.), Quel avenir pour les retraites « chapeau? » *JCP E*, n°28, 2015, 1351.

KOERING-JOULIN (R.) : Pour un retour à une interprétation stricte (...) du principe de la légalité criminelle (à propos de l'art. 7 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme), *Mélanges en l'honneur de M. A. Eissen*, LGDJ 1995, p. 253.

KRIMMER (I.) : Information financière : la découverte d'une obligation de connaissance destinée à protéger les marchés réglementés : *RTDF* 2007, p. 28.

LARGUIER (J.), Le point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux, *Mélanges Secrétan*, 1964, p. 159 s

LASSALLE (J-Y.), « Réflexion à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant la responsabilité pénale » : *JCP G* 1993, II, 3695.

LEAUTÉ (J.) : Droit pénal et démocratie, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueil d'études en hommage à M. Ancel, tome 2, Pédone 1975, p. 153.

LEAUTÉ (J.) : La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, *JCP* 1973, I, 2551.

LEBLOND (J.), Les actions en nullité en droit des sociétés. *Gaz. Pal.* 1976. I. doct. 79, *Lamy sociétés commerciales* n°2442.

LE CALVEZ (J.) : Les aspects nouveaux de l'application dans le temps des lois pénales plus douces, *Revue internationale de criminologie et de police technique de Genève*, 1982, p.180.

LE CANNU (P.) : Annotation préliminaire au titre quatrième (dispositions pénales) du livre II du nouveau Code de commerce, *DALLOZ*, 2002, p. 609.

LE CANNU (P.) : L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, *Rev. sociétés* 1996, p. 485.

LE CANNU (P.), Inexistence ou nullité des sociétés fictives, *Bull. Joly* 1992.875.

LE CANNU (P.), La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés, in *Le juge et le droit de l'économie : Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p.113.

LE CANNU (P.), La protection des actionnaires minoritaires, *Bull. Joly* 1990.511.

LE CANNU (P.), La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde, *Rev. sociétés* 2005. 743.

LE CANNU (P.), Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, *Bull. Joly* 1995, note 19, p. 643.

LE CANNU (P.), Les rémunérations des dirigeants de sociétés, Mélanges AEDBF-France, Banque éditeur, 1997, p. 247.

LE CANNU (P.), Les retraites chapeau, bref état des questions, Bull. Joly sociétés 2015, n°4, p. 209.

LE CANNU (P.), Rémunération du président et conventions réglementées, RTD. com. 2015. 117.

LE CANNU (P.), Rémunérations des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions, Bull. Joly 1996, p. 567, § 203, n° 2.

LECLERC (F.), Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing?, RJ com. 1992, p. 322.

LECOURT (B.), Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne, Rev. sociétés 2010. 127, spéc. p. 132.

LECOURT (B.), Codes de gouvernement d'entreprise : recommandation de la Commission européenne sur le principe « appliquer ou expliquer », Rev. sociétés 2014. 683.

LECOURT (B.), Directive sur les droits des actionnaires, vers plus de transparence, Dalloz actu. 22 mai 2015.

LECOURT (B.), Un nouveau plan d'action en droit européen des sociétés, Rev. sociétés 2013. 121.

LECOURT (B.), Rémunération des dirigeants sociaux : la Commission européenne publie deux recommandations, Rev. sociétés 2009. 433.

LEGAL (A.) : La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise, Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye, 1967, p 484.

LEGAL (A.) : La responsabilité sans faute, in Mélanges PATIN, 1966, p. 147.

LEGROS (J.-P.), La nullité des décisions de sociétés, Rev. sociétés 1991.275, spéc. n° 40 et s.

LEGROS (J.-P.), La violation des statuts est-elle une cause de nullité? Dr sociétés avril 1991, chron. 1.

LEGROS (R.): Imputabilité pénale et entreprise, RDPC 1968-1969, p. 373.

LE GUNEHEC (C.) : Le fait justificatif de la notion de groupe de sociétés dans le droit pénal français de l'abus de biens sociaux, RIDP 1987. 117, p. 125.

LE GUNEHEC (F.) : Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JCP 2000, éd., E, p. 1510.

LE NABASQUE (H.), Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTD com. 1999, p. 273.

LE NABASQUE (H.), et **BARBIER (M.)**, Les clauses léonines : Droit des sociétés, Actes pratiques septembre octobre 1996, n°9.

LEPARMENTIER (A.) : La guerre des petits actionnaires, Le Monde, 27 décembre 1996, p. 1.

LEVASSEUR (G.) : Droit social et droit pénal, in Études de droit du travail, offertes à André Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 317.

LEVASSEUR (G.) : Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps, Mélanges Constant, Liège, 1971, p. 189-254.

LEVASSEUR (G.) : Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions, D. 1959. chron.121.

LEVY (L.) : Le droit pénal des affaires, du droit complexe au droit immergé, JCP, 1989, I, 3369.

LIENHARD (A.), Rémunération des dirigeants : recommandations AFEP-MEDEF, D. actu. 7 octobre 2008.

LIENHARD (A.) et **RONDEY (C.)** : Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant, D. 2000, Chron. 521.

LOYRETTE (S.) : Le contentieux des abus de marché. Procédure de sanctions de l'AMF. Information financière. Opérations d'initiés. Manipulations de cours, Joly, 2007, n° 45 s., p. 49 s.

LYON-CAEN (G.), Encore la rémunération des PDG, D. Affaires 1996, p. 162 et s.

MACKAAY (E.) : La règle juridique observée par le prisme de l'économie, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit, Rev. internationale de droit économique, 1986, tome1, p. 43 et s.

MACKAAY (E.) : Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?, RRJ 1987, p. 419.

MAGNIER (V.), Gouvernance des sociétés cotées, Rép. droit des sociétés, Dalloz, 2014, n° 1.

MAGNIER (V.), Le principe « se conformer ou s'expliquer, une consécration en trompe-l'œil, JCP E 2008, n° 280, p. 3.

MAGNIER (V.), **PACLOT (Y.)**, Les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées, Études et commentaires, n° 13, D. 2009. 1027.

MALABAT (V.) : La responsabilité pénale du subordonné, in Mélanges B. Bouloc, p. 681, spéc. p. 683.

MALAURIE (P.): L'effet pervers des lois, in Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à G. Cornu, PUF 1994, p. 309 et s.

MALAVAL (P.) : Le délit d'entrave, Dr. Social, 1979, n°4, p. 93.

MARINI (P.) : La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre, éd. La Documentation Française, coll. des Rapports Officiels, 1996.

MASCALA (C.) : La délégation : une cause d'exonération de responsabilité pénale des dirigeants, Bull. Joly 1998, p.95.

MASCALA (C.) : Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires, D. 2004, n°42, Point de vue, p. 3050-3052.

MASCALA (C.) : Vers une dépenalisation des infractions d'affaires? Une réalité?, D. Affaires 1998, p. 1030.

MATHIEU (B.) : La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?, D. 1996, Chron. 282.

MATHIEU (G.) : L'application de la loi pénale dans le temps. Dans la perspective du nouveau Code pénal, RSC 1995. 284, p. 270.

MATSOPOULOU (H.) : 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.

MATSOPOULOU (H.) : La responsabilité pénale du chef d'entreprise, in Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires?, Colloque 2001, Association Droit et Commerce, Paris, Revue de jurisprudence commerciale, 2001, n°11, p 45-46.

MATSOPOULOU (H.) : Le nouveau Code de commerce et le droit pénal des sociétés, D. 2001, Chron. p. 2021.

MATSOPOULOU (H.) : Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux, D. 2005, Chron. 2075.

MATT (J.-M.) et MIKOL (A.) : L'image fidèle, la doctrine et la loi, Revue française de comptabilité 1986, n° 174, spéc. p. 39-41.

MAYAUD (Y.) : Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux, D. 2004, Chron. p. 194.

MAYAUD (Y.) : De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle, D. 1997, Chron. 37.

MAYAUD (Y.) : La justice pénale dans le monde des affaires, Libre propos sur une crise d'autorité, Justices, 1995, n°1, p. 38.

MAYAUD (Y.) : Responsables et responsabilité, Dr. social 2000, p. 943 et s.

MAYAUD (Y.) : Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000), D. 2000, Chron. n° 603.

MAZEAUD (D.) : Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes, in F. Fenouillet et C. Chainais, Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction entre technique et politique, Recueil Dalloz 2001, p. 235 et s., spéc. p. 240.

MEDEF : Contribution à la réflexion sur la place du droit pénal dans la société française, juillet 2000.

MEDINA (A.) : L'expérience française dans L'abus de biens sociaux. Le particularisme français à l'épreuve de l'Europe, Colloque, Gaz. Pal. n° 324-325 du 19 novembre 2004.

MERCADAL (B.) : La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, RJDA 1994, p. 375.

- MERCADAL (B.)** : Recherches sur l'intention en droit pénal, RSC 1967.1-47.
- MESTRE (J.)**, Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés, RJ com. 1985.81.
- MEYRIEUX (A.) et MAYNE (Y.)** : Délégation de pouvoirs : du droit pénal au droit social, Jurisprudence sociale Lamy n°45, 2 novembre 1999, p. 4.
- MINÉ (M.) et SARAMITO (F.)** : Le harcèlement sexuel, Dr. ouvrier 1997.48.
- MOLFESSIS (N.)** : Le renvoi d'un texte à un autre, RRJ 1997-4, Cahier de méthodologie juridique n°12 Législation par référence, p. 1193-1207.
- MORVAN (P.)** : Responsabilité pénale et droit social avant et après la loi du 10 juillet 2000, RJS 4 janvier 2001, p. 283.
- MOULY (C.)** : La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur, D. 1984; chron. 31, spéc. p. 33.
- NGUYEN XUAN CHAN**, La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, D. 1966, chron. 27.
- OPPETIT (B.)** : Éthique et vie des affaires, Mélanges offerts à A. COLOMER, LITEC, 1993, P. 321.
- PACLOT (Y.)** : La responsabilité des dirigeants après le pas de cleric de l'AMF : RD bancaire et fin. mars avril 2007, alerte p. 1.
- PACLOT (Y.)**, Gouvernance d'entreprise : la révision du code AFEP-MEDEF préférée à la loi, Bull. Joly, septembre 2013, p. 556, spéc. p. 557.
- PACLOT (Y.)**, La juridicité du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Rev. sociétés. 2011. 395, n° 1.
- PACLOT (Y.)**, Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question, D. 2007. 1670, n° 24.
- PACLOT (Y.)**, Vers l'encadrement des rémunérations dans le secteur privé, Bull. Joly, octobre 2012, n° 422, p. 690.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « Le droit moderne de la personnalité morale » : RTD civ. 1993, p. 705, spéc. n° 85, p. 736.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit » : D. 1997, spéc. p. 106
- PERRIN (A.)**, « Les professions réglementées » : Dr. adm. 2008, n° 8, étude 16.
- PERRIN (P.-L.)**, Contrôle des rémunérations des dirigeants de SAS : les associés majoritaires reprennent la main, Bull. Joly sociétés 2015, n°1, p.13.
- PICAND-L'AMEZEC (A.)**, L'autorémunération du président du conseil d'administration, Bull.

Joly 1988, p. 319 et s.

PIETRANCOSTA (A.), Enforcement of corporate governance codes : a legal perspective, RTDF 2011. 27.

PINATEL (J.) : Infractions et valeurs morales, RSC 1972, p. 664 et s.

PINIOT (C.), Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives, RJDA 7/1995, p. 639.

PIZZIO (J.-P.) : Droit de la consommation et lois pénales récentes : LPA 1985, n° 52, p. 99.

POLINSKI (M.) et **SHAVELL (M.)** : The economic theory of the enforcement of the Law, Journal of economic literature, vol. XXXVIII, mars 2000.

POLLAUD-DULIAN (F.) : De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires, RTD com. 1997, p. 349.

POULLE (J.-B.), L'apparition du principe se conformer ou s'expliquer en droit français, RTDF 2008, n° 1, p. 41, spéc. p. 43.

POULLE (J.-B.), Les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne, RTDF, n° 1/2, 2009, p. 73, n° 6.

PRADEL (J.) : Conception et principe du droit pénal économique. France, rapport national, in Rapports sur le colloque international de Freiburg-en-Brisgau, RIDP 1983, p. 282-285.

PRADEL (J.) : Le nouveau Code pénal, DALLOZ 1994, p. 101.

PRALUS-DUPUY (J.) : Les sanctions pécuniaires dans les droits disciplinaires bancaire, financier et boursier », in Mélanges P. Couvrat, PUF, 2001, p. 199, spéc. p. 207.

PROUAST-BERTIER (P.), Société fictive et simulation, Rev. sociétés 1993.726.

PUECH (M.) : Commentaire de l'article L. 263-2 du Code du travail relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail in Dix ans du droit de l'entreprise, Paris, 1978, p. 580.

QUASTANA (J.) : La sanction administrative est-elle encore une décision de l'Administration?, AJDA, « Les sanctions administratives, actualité et perspectives », n° spécial, octobre 2001, p. 146.

RADÉ (C.) : Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile, D. 2003, 2247, spéc. n°5. Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, D. 1999. 312, spéc. n°10.

REBEYROL (V.) : La nouvelle action de groupe : D. 2014, p. 940.

REBUT (D.) : Abus de biens sociaux, DALLOZ, Rép. Dr. pén., 2010, n°63.

REBUT (D.) : L'abstention délictueuse, Répertoire pénal, DALLOZ, n°3.

REBUT (D.) : L'abus de biens sociaux par abstention, D. 2005, p.1290-1293.

- REBUT (D.)** : Les sanctions pénales et la gestion des sociétés, RJC 2001. 119.
- REBUT (D.)**, Le droit pénal de la sécurité au travail, Dr. soc. 2000, p.985.
- REINHARD (A.)** : Droit pénal, droit véral? Récit d'un glissement de frontières, Dr. pén. 2003. Chron. 25.
- REINHARD (Y.)** : La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité au travail, RSC 1978 n° 42 et n° 280.
- REYGROBELLET (A.)**, La fin des conventions de management ?, Rev. sociétés 2013.160.
- RIVES (G.)**, Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, RTD com. 1969.407.
- RIVES-LANGE (J.-L.)** : La notion de dirigeants de fait, D. 1975, Chron. p. 41.
- ROBERT (J.-H.)** : Imputation et complicité, JCP 1975 I 2720, n° 26 et s.
- ROBERT (J.-H.)** « La fin d'un pilori » : Dr. pénal 2011, n° 2, p. 25-26.
- ROBERT (J.-H.)** « Pronostics déçus » : Dr. pénal 2010, comm. n° 122
- ROBERT (J.-H.)** « Faiblesse de la répression » : Dr. pénal 2011, comm. n° 42.
- ROBERT (J.-H.)** : L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs, in Droit pénal et droit européen, Mélanges offerts à G. Levasseur, éd. Litec, 1992, p. 169-181.
- ROBERT (J.-H.)** : L'obligation de faire pénalement sanctionnée, Archives de la philosophie du droit, 2000, Tome 44, p. 153 et s.
- ROBERT (J.-H.)** : La répression, Dr. soc. 2000. 953.
- ROBERT (J.-H.)** : Les facultés de droit, inspiratrices du droit?, 29 octobre 2004, PU Sciences sociales de Toulouse, 2005.
- ROBERT (J.-H.)** : Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises, JCP CI 1975. II. 11716, n°1.
- ROBERT (J.-H.)** : Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif, AJDA 1995, n° spécial, p. 77.
- ROBERT (J.-H.)** : « Fautes partagées » : Dr. pénal 2011, comm. n° 39.
- ROBERT (P.)** , Le point de départ du délai de la prescription en matière de banqueroute, JCP 1967
- ROCHFELD (J.)** : Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’Homme, in Études offertes à G. Viney, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. p. 849.
- ROLLAND (M.)** : Le délit d'omission, RSC, 1965. 583, p. 593.

ROMANO (R.), *The Genius of American Corporate Law*, AEI Press, 1993.

RONTCHEVSKY (N.) : Droit des sociétés : le mouvement perpétuel, D. 2002, p. 2594.

RONTCHEVSKY (N.) et **STORCK (J.-P.)** : Le réalisme du droit des marchés financiers, in *Mélanges Schmidt, Litec*, 2005, p. 425.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.) : Essai d'une théorie générale de la justification in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, *Annale de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Tome XXX, 1982, p. 20.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.) : La sanction en droit économique français, *Annales Faculté de droit de Toulouse*, 1972, p. 174.

ROUJOU de BOUBÉE (G.), sur la qualité des incriminations, *Panorama de droit pénal*, D. 2007. 399.

ROUX (de) (X.) et **BOURGATCHEV (K.)**, *L'abus de biens : derniers excès*, *Bull. Joly* 1995, p. 1025.

RUDLOFF (M.) : Rapport Sénat 1988-1989, n°271, T. I, p. 61.

RUDDEN (B.) et **JUILHARD (P.)** : La théorie de la violation efficace, *RID comparé*, 1986, p. 1015 et s.

SAINT-JOURS (Y.) : Prévention et responsabilité en matière d'accidents du travail, D. 1977. Chron.185.

SAINT-PAU (J.-C.) : L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise, *Gaz. Pal.* 10 février 2005, p.7.

SAINT-PAU (J.-C.) : La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale, in *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, *Les droits et le droit*, DALLOZ, 2007, p. 1011.

SALOMON (R.) : Le risque boursier : délits et manquements d'initiés, de manipulation de information », in « *Risque pénal dans l'entreprise* », JCP E 2006, Cahiers de droit de l'entreprise n°1, p. 56-60.

SALVAGE (P.) : Complicité, *Jurisclasseur pénal*, articles 121-6 et 121-7, n° 89 et s.

SALVAGE (P.) : La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Retour vers l'imprudence pénale, JCP 2000 I 281.

SALVAIRE (J.) : Réflexions sur la responsabilité du fait d'autrui, RSC 1964. 307.

SAVEY-CASARD (P.) : Le repentir actif en droit pénal français, RSC 1972. 515.

SAYAG (A.) et **SERBAT (H.)**, *L'application du droit de la faillite. Éléments pour un bilan*, 1981, coll. CREDA, Litec, p. 44 et s., 191 et s.

SCHMIDT (D.), De l'intérêt commun des associés, JCP 1994, éd. E, I, 404.

SEGONDS (M.) : À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement, personnel, D. 2003. 505.

SEGONDS (M.) : Le droit pénal du travail : hétérodoxie ou orthodoxie ?, Dr. pén. n° 9, septembre 2013, dossier 3, p. 21.

SEGONDS (M.): (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption, AJ pénal 2006. septembre 2013, dossier 3, p. 21.

SERLOOTEN (P.), Rémunération du dirigeant - Liberté et impôt, JCP E 2001, n° 3, p. 7 et s.

SIMOKOUAM (F.-A.) : La faute en droit médical, Revue générale de droit médical 2012. 163.

SIMON (J.), Origine et évolutions du gouvernement d'entreprise à la française de 1995 à nos jours, Mélanges Bissara, ANSA, 2003, spéc. p. 314.

SIMON (P.), Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés, Gaz Pal. 1965.1. doct. 65.

SINAY (R.), La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français (suite...), Gaz. Pal. 1971.1, doct. 146.

SINAY (R.), La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français, Gaz. Pal. 1965.1. doct. 39.

SPITÉRI (P.) : Le droit pénal régulateur de la morale commerciale, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, 1972, p. 180 et s.

STOFFEL-MUNCK (P.) : L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation : RTD com. 2012, p. 705 et s.

STOLOWY (N.) : Interprétation stricte des lois pénales et image fidèle, JCP 1999 I 157, p. 1461.

SUPIOT (A.) : La protection du droit d'agir en justice, Dr. soc. 1985.774.

TEHOVAL (B.) : La responsabilité pénale des employeurs et des directeurs en cas d'accidents du travail, RPDS., 1976, p 8.

TERRÉ (F.) (dir.) : Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, article 34.

TEYSSIÉ (B.) : Sur le droit pénal du travail, Dr. soc. 2000 p. 940.

THIBIERGE (C.), Le droit souple, RTD civ. 2003. 599.

TOMASI (M.) : L'imputation des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers : Banque et droit n° 109, septembre-octobre 2006, p. 35.

TROUILLAT (R.), L'abus de majorité dans les sociétés commerciales, RJ com. 1977.81.

TUNC (A.) : La lutte contre les opérations d'initiés, neuf ans d'expérience, Études Rodière, Paris,

1982, p.335.

URBAIN-PARLEANI (I.), L'expertise de gestion et l'expertise in futurum, Rev. sociétés 2003.223.

VARINARD (A.) et **JOLY-SIBUET (E.)** : Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal, RIDP 1988. 189, p. 200.

VATINET (R.) : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés?, Petites Affiches du 30 septembre 1998, n° 117, p. 58 et s.

VATINET (R.), Les conventions réglementées, Rev. sociétés 2001, p. 561 et s.

VELARDOCCHIO (D.), Adoption de la loi Macron : Réforme du droit des sociétés, JCP E, n°30, 2015, act. 612.

VERDIER (J.-M.) : L'abus de mandat social, Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, D. 1955. 181. P. 210.

VÉRON (M.) : L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive?, Gaz. Pal. 1996, p. 624.

VÉRON (M.) : Le délit d'initié : les contours de l'infraction , Droit et Patrimoine 1996, p. 54-60.

VIANDIER (A.) : Le droit des sociétés, demain, JCP E 2000, Aperçus rapides, p. 3, n° 12.

VIANDIER (A.) : Observations sur les conventions de vote, JCP 1986, éd. E, 15405.

VIANDIER (A.), L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux, JCP E 2013, n° 29, 1416, n° 1-2.

VIANDIER (A.), Observations sur le délit d'utilisation d'une information privilégiée, Bull. Joly 1992, p. 253.

VIENNE (M.) : Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il être considéré comme absolu?, Jcp 1947.I.618.

VITU (A.) : L'élément légal et l'élément matériel de l'infraction devant les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme, in Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Colloque de science criminelle, Toulouse, 30, 31 janvier, 1er février 1969, éd. Dalloz, 1969, p. 39-59.

VITU (A.) : L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, VII Congrès international de droit pénal, Athènes, éd. CUJAS, 1957, p. 43 et 55.

VITU (A.) : La complicité par abstention, RSC 1990, Chron. p. 775.

VITU (A.) : La définition et le contenu du droit pénal économique, Mélanges Hamel, Paris, 1961, p.71.

VITU (A.) : Le principe de la légalité criminelle et la nécessité de textes clairs et précis, RSC 1991. 555.

VITU (A.) : Regards sur le droit pénal des sociétés, Études ROBLOT, n°247, Paris, 1984.

WILLERMAIN (D.), Les corporate opportunities (notamment au sein des groupes de sociétés), *Revue de droit commercial belge* 2005/5.

WISNER (J.), Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes, *Rev. sociétés* 1968, p. 371.

IV- JURISPRUDENCE

Autorité des marchés financiers (AMF)

AMF, 19 juillet 2012, SAN-2012-11.

AMF, 17 février 2011.

AMF, 7 octobre 2010 : *BJB* mars 2011, p. 168, n° 91, note C. ARSOUZE.

AMF, 24 janvier 2008, *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 257, p. 27, note T. BONNEAU.

AMF, 21 octobre 2010 : *BJB* février 2011, p. 87, n° 53, note F. MARTIN LAPRADE.

Tribunaux de première instance

Trib. corr. Paris, 15 octobre 1976, *JCP* 1977 II 18543, obs. A. TUNC.

Trib. corr. Paris 29 octobre 1975, *JCP* 1976 II 18329, obs. A. TUNC

Trib. corr. Paris, 28 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 1985. 1. 287, obs. DUCOULOUX-FAVARD (C.).

Trib. corr. Seine, 4 janvier 1935, *Rev. trim. soc.* 1936. 335.

Trib. com. Nantes, 11 juillet 1955 et CA Alger 26 juin 1956, *RTD Com.* 1956, p. 511 et 512; obs. R. HOUIN.

Trib. corr. de Lyon, 9 octobre 1997, *Dr. pén.* 1997, n°11, comm. ROBERT (J-H.).

Trib. Corr. de Paris, 19 décembre 1975, *JCP* 1976 II 18329, note A. TUNC.

Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974.2.886, *D.*1975. 37.

Trib. corr. Paris, 26 novembre 1968, *Gaz. Pal.* 1969.1.309, note R-A. ALCAN.

Trib. com. Paris, 2^e ch., sect. A, 21 mai 1996, *Thouvenin c/ Caen*, *Juris-Data* n° 42179 ; *Dr. sociétés* 1996, n° 215, obs. D. VIDAL.

- Trib. com. Paris, 16 mars 1992, Bull. Joly 1992.527, note M. JEANTIN.
- Trib. com. Paris, 23 février 1988, JCP, éd. E, 1988. II. 15242, note T. FORSBACH, concl. de SAINT-PULGENT.
- Trib. com. Marseille, 8 septembre 1983, Rev. sociétés 1984.80, note J. MESTRE.
- Trib. civ. Seine, 19 juin 1957, D. 1958.67, note P. RAYNAUD.
- TGI Dijon, 8 mars 1977, D. 1977.482, note M. BOUSQUET, JCP 1977. II. 18722, note A. RABUT, Rev. Sociétés. 1977.279, note D. RANDOUX.
- Trib. com. Paris, 29 juin 1981, Rev. sociétés. 1982.791, note P. GUILBERTEAU.
- Trib. com. Chartres, 15 janvier 1991, Gaz. Pal. 1991.1.211, note J.-P. MARCHI.
- Trib. com. Paris 4 mai 1981, RJ com. 1982.10, note de FONTBRESSIN.
- Trib. com. Marseille 15 mai 1945, DP 1946, somm. 8.
- Trib. com. Honfleur, 20 novembre 1970, JCP 1971. II. 16628, note J. ROUSSEAU, Rev. sociétés, 1971.179, note J. HÉMARD, D. 1971. somm. 55.
- Trib. civ. Metz 11 juillet 1951, JCP 1952. II. 7150, note D. BASTAIN.
- Trib. com. Toulouse, 19 décembre 1929, DP 1930.2.121, note PIC.
- Trib. com. Paris, 2e ch., sect. A, 21 mai 1996, Dr. sociétés, 1996, n° 215.
- Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, Gaz. Pal. 1974.2.886, D.1975. 37.
- Trib. corr. Paris, 26 novembre 1968, Gaz. Pal. 1969.1.309, note R-A. ALCAN.
- Trib. Corr. de Paris, 19 décembre 1975, JCP 1976 II 18329, note A. TUNC.
- TGI Paris, 27 févr. 1990, *RIDA* oct. 1990, p. 316.
- Trib. corr. Seine, 31 oct. 1963, *Gaz. Pal.* 1964, 1, *Jur.* p. 173.

Cour d'appel

- CA Paris, 8 juillet 1982, BRDA 1982/21, p. 12.
- CA Paris, 15 mars 1985, *ibid.* 1985/15, p. 9.
- CA Aix, 13 janvier 1977, Bull. Joly 1977.537.
- CA Paris, 25 avril 1990, Rev. sociétés 1990.425, note LE CANNU (P.).
- CA Paris, 1er décembre 1992, D. 1993, IR 55, Bull. Joly 1993.323, note B. SAINTOURENS.

- CA Paris, 5 juillet 1988, Bull. Joly 1988.674, JCP, éd. E, 1988. I. 17837.
- CA Paris, 11 juillet 1990, D. 1990, IR 222, Rev. sociétés 1991.139, note GUYON (Y.).
- CA Paris, 29 mars 1991, Bull. Joly 1991.534, note LE CANNU (P.).
- CA Paris, 26 mars 2003, Bull. Joly 2003.816, note S. ZEIDENBERG, Dr. sociétés octobre 2003, n° 162, obs. F-G. TRÉBULLE.
- CA, Paris, 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986.2.479, note J-P MARCHI.
- CA, Paris, 19 septembre 2003, Bull. Joly 2004. 74, note MASSART, p. 113.
- CA Chambéry, 22 novembre 1976, Rev. sociétés 1977.259, note M. GUILBERTEAU.
- CA Grenoble, 28 décembre 1871, S. 72.2.37.
- CA Paris, 15 mars 1985, Dr. sociétés 1985.147, note M. GERMAIN.
- CA Paris, 20 octobre 1980, JCP 1981. II. 19602, concl. JÉOL, note F. TERRÉ.
- CA Paris, 5 juillet 1954, D. 1954.706.
- CA Paris, 21 janvier 1994, Bull. Joly 1994.375, note BARBIERI (J.-F.).
- CA Paris, 8 juillet 1966, Gaz. Pal. 1967.1.33.
- CA Pau, 9 juin 1987, JCP, éd. N, 1988, prat. no 649, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J. J.).
- CA Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. sociétés 1980.737, note C. MOULY.
- CA Paris, 19 mars 1981. D. 1981.405, concl. JEOL, JCP 1982. II. 19720, concl. JEOL, note GUYON (Y.).
- CA Paris, 8 avril 1986, Bull. Joly 1986.613.
- CA Lyon, 22 févr. 2007, BICC n° 869, 15 avr. 2007.
- CA Paris, 2 avr. 1992, RJDA 8-9/1992, n° 871.
- CA Paris, 17 avr. 1992, Bull. Joly 1992. 953, note J.-J. Daigre.
- CA Paris 9 sept. 1992, RJDA 2/1993, n° 171.
- CA Paris, 25 oct. 2002, RJDA 2/2003, n° 172.
- CA Chambéry, 12 sept. 2006, Rev. proc. coll. 2007. 91, n° 11.
- CA Paris, 28 décembre 1992, Bull. Joly 1993.434, note LE CANNU (P.).

CA Lyon, 26 mai 1992, *ibid.* 1992.1272.

CA Paris, 13 novembre 1990, *Rev. sociétés* 1991.137, note GUYON (Y.), *RJDA* 1991, n° 123, *RD bancaire*.

CA Rennes, 11 mars 1970, *Bull. Joly* 1971.231.

CA Paris, 18 novembre 1969, *D.* 1970.170, note GUYON, *JCP* 1970. II. 16303, note N. BERNARD.

CA Douai, 15 juillet 1948, *S.* 1949.2.109, note DALSAUCE, *JCP* 1949. II. 5057, note BASTIAN.

CA Nancy, 16 novembre 1961, *JCP* 1964. II. 13477, note P. VOIRIN.

CA Paris, 24 février 1986, *Defrénois* 1986.1345, no 4.

CA Paris, 1er mars 1962, *D.* 1962. somm. 114.

CA Paris, 28 mai 1964, *JCP* 1964. II. 13916, note J.A.

CA Paris, 3 mai 1969, *D.* 1969, somm.69.

CA Rennes, 24 octobre 1974, *D.* 1975, somm. 120.

CA Paris, 21 février 1985, *Defrénois* 1986.1349, no 5, obs. J. HONORAT.

CA Paris, 26 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.660, note A.P.S.

CA Aix, 7 avril 1970, *JCP* 1970. II. 16466, *Rev. sociétés* 1971.576, note D. SCHMIDT.

CA Riom 2 mai 1932, *DP* 1934.2.36, note PIC.

CA Aix en Provence, 10 avril 1974, *D.* 1974.563, note F. DERRIDA.

CA Douai, 6 août 1903, *DP* 1907.2.377.

CA Paris, 21 décembre 1933, *DP* 1935.2.32.

CA Riom, 22 novembre 1928, *DP* 1930.2.121, note PIC.

CA Riom, 22 novembre 1928.

CA Pau 24 décembre 1935, éd. Fr. Lefebvre, n° 7039

CA Grenoble 6 mai 1964, *D.* 1964, p. 783, note DALSAUCE.

CA Paris, 26 mai 1967, *Gaz. Pal.* 1967.2.246, note R. BLANCHER.

CA Paris 30 mars 1977, *Rev. sociétés* 1977, p. 470, note J. H.

CA Versailles 15 mai 1985, *D.* 1987, p. 404, note BOIZARD.

CA Versailles 11 juillet 1991, RJDA 12/1991, n° 1040.

CA Grenoble 6 mai 1964, D. 1964, p. 783, note A. DALSACE.

CA Riom 15 novembre 1989.

CA Reims, 2 novembre 2011, JCP 2011. 1432, n° 5, obs. J. BÉGUIN ; D. 2010. 2939 et 2011. 3029, obs. T. CLAY.

CA Reims, 1er avril 1994, Gaz. Pal.1991.

CA Douai, 26 septembre 1996, Dr. pén. 1997, n°60.

CA, Paris, 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986.2.479, note J-P MARCHI.

CA, 26 mai 1977, JCP 1978 II 18789, note A. TUNC.

CA Bastia, 16 mai 2012, N° de RG: 11/00552.

CA, Paris, 18 septembre 1996, Dr. sociétés, 1997, n° 64.

CA Paris, 21 janvier 2010, JurisData n° 2010-000362.

CA Paris, 7 juill. 1975, JCP 1975, II, n° 18225, note H. Guérin.

CA Aix, 12 janv. 1954, JCP 1954, II, n° 8040, note J. Savatier.

CA Paris, 11 janv. 1982, Gaz. Pal. 1982, 1, Jur. p. 131, note J.-P. Marchi.

CA Bordeaux, 9 oct. 1962, JCP 1963, II, n° 13128, note J. Larguier.

CA Rouen, 17 janv. 1979, JCP 1979, II, n° 19182, note M.-L. Rassat

CA Paris, 17 déc. 1990, Rev. science crim. 1992, p. 92.

CA Paris, 27 juill. 1993, Dr. pén. 1994, Comm. n° 89, obs. J. - H. Robert.

CA Paris, 30 nov. 1993, Dr. pén. 1994, Comm. n° 110, obs. M. Véron.

CA Paris, 11 juin 1990, Juris-Data, n° 023217.

CA Paris, 30 juin 1961, JCP 1962, II, n° 12783, note P. Kahn.

CA Bordeaux, 24 mai 1964, JCP 1964, II, n° 3648, note J. Larguier.

CA Paris, 12 janv. 1965, D. 1965, Jur. p. 687, note F. Goré.

CA Paris 18 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, 2, Jur. p. 260.

CA Rennes, 26 juin 1962, JCP 1962, II, n° 12830.

CA Paris, 30 juin 1961, préc. ; 12 janv. 1965, *D.* 1965, *Jur.* p. 690 note F. Goré.

Cour de cassation

Cass. crim. 20 juill. 1967, *Bull. crim.* n° 267 ;

Cass. crim. 7 déc. 1967, *Bull. crim.* n° 321

Cass. crim 13 janv. 1970, *D.* 1970, *Jur.* 345, note J.-M. R.

Cass. crim. 25 nov. 1975, *Bull. crim.*, n° 257.

Cass. crim. 7 déc. 1976, *Bull. crim.* n° 350.

Cass. crim. 20 juill. 1977, *Bull. crim.*, n° 267.

Cass. crim. 12 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 189.

Cass. crim. 28 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 306.

Cass. crim. 17 nov. 1980, *Bull. crim.* n° 302.

Cass. crim. 16 déc. 1976, *JCP* 1977, II, n° 18601, obs. J.-C. Soyer et A. Decocq

Cass. crim. 13 mai 1985, *Bull. crim.*, n° 181.

Cass. crim. 24 janv. 1968, *Bull. crim.*, n° 24 ; *JCP* 1968, II, n° 15424.

Cass. crim. 30 mai 1989, *Bull. crim.*, n° 226.

Cass. crim. 20 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, *Somm.* p. 101.

Cass. crim. 10 juin 1980, *Bull. crim.*, n° 183.

Cass. crim. 21 nov. 1983, *Bull. crim.*, n° 303 ; *JCP* 1984, II, n° 20267, note Boccara.

Cass. crim., 10 mai 1978, *D.* 1978, *IR* p. 348, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. crim., 25 févr. 1958, *D.* 1958, p. 373 ; *JCP* 1958, II, n° 10740, note P. Bouzat.

Cass. crim. 10 août 1981, *Bull. crim.*, n° 244 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 368, obs. B. Bouloc.

Cass. crim. 17 nov. 1986, *Bull. crim.*, n° 342.

Cass. crim. 13 déc. 1972, *Bull. crim.*, n° 391 ; 4 déc. 1990, *Bull. crim.*, n° 413.

Cass. crim. 13 févr. 1969, *Bull. crim.*, n° 80.

Cass. crim. 7 oct. 1976, *Bull. crim.*, n° 285 ; *Rev. science crim.* 1977, p. 325, obs. A. Vitu.

- Cass. crim., 12 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 474.
- Cass. crim., 18 mars 1986, *Bull. crim.*, n° 109; *Rev. sociétés* 1987, p. 85, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim. 9 juill. 1996, *D.* 1996, *IR* p. 220.
- Cass. crim. 3 mai 1993, *Bull. crim.*, n° 161.
- Cass. crim. 21 nov. 1983, *Bull. crim.*, n° 303 ; *JCP* 1984, II, n° 20267, concl. Clerget, note Boccara.
- Cass. crim. 10 juin 1980, *Bull. crim.*, n° 183.
- Cass. crim., 20 juill. 1977, *Bull. crim.*, n° 267.
- Cass. crim. 20 nov. 1978, inédit.
- Cass. crim. 13 janv. 1970, *Bull. crim.*, n° 20; *D.* 1970, *Jur.* p. 345, note J.M.R.
Cass. com. 24 octobre 2000, *RJDA* 2/2001, n° 177.
- Cass. crim. 25 nov. 1975, *Bull. crim.* n° 257; *JCP* 1976, II, n° 18476, note M. Delmas-Marty.
- Cass. crim. 28 juill. 1993, *Dr. pén.* 1993, *Comm.* n° 89.
- Cass. crim. 4 janv. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, *Jur.* p. 353 ; *Rev. science crim.* 1936, p. 86, obs. Carrive.
- Cass. crim. 6 oct. 1955, *Bull. crim.*, n° 378.
- Cass. crim. 28 janv. 1959, *Bull. crim.*, n° 71.
- Cass. crim. 16 mars 1970, *D.* 1970, *Jur.* p. 498, note J.-M. R.
- Cass. crim. 19 oct. 1971, *Bull. crim.* n° 267.
- Cass. crim. 18 juill. 1974, *Bull. crim.*, n° 258.
- Cass. crim. 19 févr. 1975, *Bull. crim.*, n° 58.
- Cass. crim. 10 mars 1976, *Bull. crim.*, n° 88.
- Cass. crim. 7 déc. 1976, *Bull. crim.*, n° 350.
- Cass. crim. 26 janv. 1977, *Bull. crim.*, n° 35.
- Cass. crim. 11 févr. 1981, *Bull. crim.* n° 53.
- Cass. crim. 29 oct. 1984, *Bull. crim.*, n° 323.
- Cass. crim. 3 janv. 1985, *Bull. crim.*, n° 5.

Cass. crim. 26 févr. 1990, *Dr. pén.* 1990, *Comm.* n° 191.

Cass. crim. 14 avr. 1993, *D.* 1993, *Jur.* p. 616, note H. Fenaux.

Cass. com. 14 mars 2000, *Bull. civ. IV*, n° 59, *RTD com.* 2000. 655, obs. C. Champaud et D. Danet, *D.* 2000, *AJ* 186, obs. A. Lienhard.

Cass. com. 20 juin 1995, *Bull. civ. IV*, n° 186, *Bull. Joly* 1995. 987, note B. Saintourens.

Cass. com. 19 nov. 2013, n° 1216.099, *D.* 2013. *Actu.* 2767, obs. Lienhard.

Cass. com. 7 mars 2006, *D.* 2006, *AJ* 857, obs. A. Lienhard, *Rev. sociétés* 2006. 644, note J.-F. Barbiéri.

Cass. com. 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 331, *Rev. sociétés* 1998. 316, note J.-J. Daigre.

Cass. crim. 23 mai 1995, *BRDA* 1995, n° 15/6, p. 5.

Cass. crim. 30 mai 1994, *Bull. Joly* 1994. 1205, note J.-J. DAIGRE.

Cass. com. 28 mars 2000, *Act. pr. coll.* 2000, n° 113, obs. B. Saintourens.

Cass. com. 19 mars 1996, *RJDA* 7/1996, n° 976.

Cass. com. 11 juill. 1995; 24 sept. 2003, *RJDA* 3/2004, n° 352.

Cass. com. 1^{er} juill. 1975, *Rev. sociétés* 1976. 499, note J.-P. Sortais.

Cass. com. 27 févr. 1978, *D.* 1978, *IR* 334, obs. A. Honorat.

Cass. com. 14 nov. 2000, *RJDA* 3/2001, n° 347.

Cass. com. 30 janv. 2007, n° 05-17.466, *Juris-Data* n° 037192.

Cass. com. 7 nov. 2006, n° 05-16.963, *Bull. Joly* 2007. 359, obs. F.-X. Lucas.

Com. 8 avr. 2015, n° 13-28.512, *D.* 2015. *Actu.* 862, obs. Lienhard.

Cass. com. 4 juill. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 216.

Cass. com. 3 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995. 266, note A. Couret.

Cass. com. 7 nov. 2006, n° 05-16.693; Cass. com. 26 oct. 1999, n° 97-10.464.

Cass. com. 21 janv. 2003, *Act. pr. coll.* 2003, n° 77.

Cass. com. 7 mai 1979, *Bull. civ. IV*, n° 141, *D.* 1979. 431, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

Cass. com. 22 mai 1957, *RTD com.* 1957. 1015, obs. R. Houin.

Cass. com. 16 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991. 705, note J.-J. Daigre.

Cass. com. 28 févr. 1995, *D.* 1995. 390, note F. Derrida, *Bull. Joly* 1995. 544.

Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-19.186, Bull. civ. IV, n° 258, D. 2007, AJ 86, obs. A. Lienhard, Rev. sociétés 2007. 416, note B. Saintourens, Act. pr. coll. 2007, n° 20.

Cass. com. 28 avr. 1998, RTD com. 1999. 187, obs. A. Laude, Defrénois 1998. 948, note P. Le Cannu, Rev. proc. coll. 2000. 49, n° 7, obs. J.-M. Deleneuveville.

Cass. com. 4 déc. 1972, Rev. sociétés 1974. 126, note J. Hémard.

Cass. com. 17 juill. 1956, RTD com. 1956. 693, obs. J. Rault, ibid. 1956. 729, obs. R. Houin.

Cass. com. 28 mai 1991, Rev. sociétés 1992. 373, note A. Honorat; 25 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 32.

Cass. com. 27 févr. 1978, Bull. civ. IV, n° 63, D. 1978, IR 334; 16 mars 1999, JCP 1999, panor. 843, RJDA 5/1999, n° 585.

Cass. com. 19 janv. 1993, RJDA 7/1993, n° 660 ; 8 oct. 2003, RJDA 2/2004, n° 203.

Cass. com. 31 janv. 1995, Bull. civ. IV, n° 29, RTD com. 1996. 543, obs. J.-Ph. Haëhl.

Cass. com. 16 oct. 2001, RJDA 3/2002, n° 288.

Cass. com. 25 mars 1997, Bull. Joly 1997. 799, note G. B. ; 8 oct. 2003, RJDA 2/2004, n° 202.

Cass. crim. 30 nov. 1993, *Dr. pén.* 1994, *Comm.* n° 110, obs. M. Véron ;

Cass. crim., 7 janv. 1944, *S.* 1944, 1, *Jur.* p. 112.

Cass. crim. 22 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 307.

Cass. crim. 16 févr. 1965, *Bull. crim.*, n° 279.

Cass. crim. 20 mars 1984, *D.* 1984, *IR* p. 433, obs. J.M.R.

Cass. crim. 27 mai 1991, *Dr. pén.* 1991, n° 285.

Cass. crim. 8 juill. 1971, *Bull. crim.*, n° 227.

Cass. crim. 15 nov. 1973, *Bull. crim.*, n° 422.

Cass. crim. 12 nov. 1979, *Bull. crim.*, n° 313.

Cass. crim. 28 mai 1968, *D.* 1969, *Jur.* p. 471, note J.-M. Verdier.

Cass. crim. 15 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 1, *Somm.* p. 313.

Cass. crim. 15 avr. 1991, *RJDA* 1991, p. 602.

Cass. crim. 13 janv. 1970, *Bull. crim.*, n° 20.

Cass. crim. 8 sept. 1809, *S.* 1809/1811, 1, *Jur.* p. 106.

- Cass. crim. 11 juin 1965, *Bull. crim.*, n° 152.
- Cass. crim. 7 mai 1969, *D.* 1969, *Jur.* p. 481.
- Cass. crim. 6 mai 1964, *Bull. crim.*, n° 153.
- Cass. crim., 17 oct. 1908, *Bull. crim.*, n° 392.
- Cass. crim. 1^{er} févr. 1993, *Dr. pén.* 1993, n° 158, obs. M. Véron.
- Cass. crim. 28 mars 1994, *Dr. pén.* 1994, n° 137 (2^e arrêt), obs. J.-H. Robert.
- Cass. crim. 20 juin 1994, *Dr. pén.* 1994, n° 260, obs. M. Véron ;
- Cass. crim., 19 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 166.
- Cass. crim. 6 févr. 1969, *JCP* 1969, II, n° 16004, note P. Chambon.
- Cass. crim. 17 mai 1983, *Bull. crim.*, n° 142.
- Cass. crim. 24 janv. 1990, *D.* 1990, *Somm.* p. 376, obs. J. Pradel.
- Cass. crim. 20 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 202
- Cass. crim. 22 oct. 1970, *Rev. sociétés* 1971, p. 399, obs. B. Bouloc
- Cass. crim. 30 déc. 1953, *Bull. crim.* n° 356
- Cass. crim. 16 déc. 1948, *Bull. crim.*, n°291;
- Cass. crim. 21 décembre 1971, *Bull. crim.*, n°366, *Gaz. Pal.* 1972, *somm.* P 18.
- Cass. crim. 28 février 1956, *JCP* 1956. II note R. De LESTANG;
- Cass. crim. 16 décembre 1948. *Bull. crim.* n° 291.
- Cass. crim. 13 février 1986, *Bull. crim.* n° 59.
- Cass. crim. 11 juin 1970, *Bull. crim.* n° 201.
- Cass. crim. 4 novembre 1964.
- Cass. crim. 21 novembre 1963, *Bull. crim.* n°330.
- Cass. crim. 27 juillet 1964, *JCP* 1965. II 14027, note Vivez.
- Cass. crim. 6 octobre 1955, *JCP* 1956, II, 9098, note de LESTANG
- Cass. crim. 4 novembre 1964, *Gaz. Pal.* 1965, 1, 80.
- Cass. crim. 5 jan 2010, pourvoi n°09-83464.

Cass. crim. 1 décembre 1923, S., 1924, 1, 282.

Cass. crim. 12 février 1974, Bull. crim. 1974, n°62.

Cass. crim. 7 décembre 1872, Bull. crim. 1872, n°315.

Cass. crim. 27 février 1973, Bull. crim. 1973, n°97.

Cass. crim. 11 juin 1987, Dr. Social, 1988, doctrine, note de P. MURCIER, p 610.

Cass. crim. 11 mars 1993 (cinq arrêts commentés : D. BAYET, La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts de plénière de la chambre criminelle, Gaz. Pal. 1993. 923; M. VERON, Droit pénal, 1994, n°39; M. E. CARTIER, Bull. Joly 1993. 666.)

Cass. crim. 4 janvier 1935, Coésy DP 1935. 353.

Cass. crim. 7 décembre 1967, Braun / Société Palais des arts ménagers; Colomb de Daunant, D. 1968. 517, note JMR.

Cass. crim. 19 janvier 2000, Bull. crim. n° 29; Rev. science crim. 2000, p. 84,

Cass. crim. 28 janvier 2004, Rev. sociétés 2004, p. 722 obs. BOULOC.

Cass. crim. 5 mai 2004, Dr. soc. 2004, comm. N° 157.

Cass. crim. 1er mars 2000, D. 2000, AJ p. 214, obs. LIENHARD; Rev. science crim. 2000, p. 839

Cass. crim. 9 juill. 1998, Rev. sociétés 1998, p. 821, obs. B. BOULOC, D. 1999, somm. p. 159, obs. SEGONDS.

Cass. crim. 12 décembre 1956, Bull. crim. n°836.

Cass. crim. 20 mai 2008, pourvoi n°08-80896.

Cass. crim. 28 février 1956, Bull. crim. n°205; 13 mai 1969, D. 1969. 619; 20 septembre 1980, Dr. soc. 1981. 719, note ROGER.

Cass. crim. 3 mai 1978, JCP 1979. II. 19073, note M.-E. CARTIER.

Cass. crim. 14 mars 1979, Bull. crim. n°109.

Cass. crim. 23 mai 1977, Bull. crim. n°184.

Cass. crim. 6 cot. 1955, Bull. crim. n°338; 28 février 1956 : JCP 1956. II. 9304, note R. de LESTANG.

Cass. crim. 6 mai 1996, Dr. pénal 1996, comm. n°261, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 19 octobre 1995, Dr. pénal 1996, comm. n°38, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 28 octobre 1998, Bull. crim. n°281.

Cass. crim. 12 mars 1998 Pourvoi n° 96-86.364; ou encore Cass. crim. 13 février 1997, RSC 1998, 339 note J.F. RENUCCI.

Cass. crim. 22 mai 1984, Bull. crim. n° 187, D. 1984. 602 obs. ROBERT (J-H.)

Cass. crim. 30 janvier 1995, Bull. crim. n°37; ou encore Cass. crim. 10 mai 1978, Bull. crim. n°148, D.1978 IR 348, Gaz. Pal. 1979.1.182.

Cass. crim. 17 mars 1992, Dr. pénal 1992, n°265, note ROBERT (J-H.), JCP E 1992 II 385, note O. GODARD.

Cass. crim. 14 février 1978, Bull. crim. n°58.

Cass. crim. 15 janvier 1980, Bull. crim. n°24.

Cass. crim. 4 juin 1991, Dr. ouvrier 1991, p. 313, comm. N. ALVAREZ-PUJANA.

Cass. crim. 4 juin 1991, Moisan Dr. ouvrier 1991, p. 313, comm. N. ALVAREZ-PUJANA.

Cass. crim. 27 mars 1995, Bull. crim. n° 125. Cass. crim. 6 avril 2004, Bull. crim., n° 85.

Cass. crim. 20 décembre 1994, Bull. crim. n° 423.

Cass. crim. 30 novembre 1992, Dr. pén. 1993, n° 45, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 1er février 1990, Bull. crim. n° 56, RSC 1991. 555 obs. A. VITU.

Cass. chambre mixte, 24 mai 1975, D. 1975. 497, AJDA 1975. 323.

Cass. crim. 3 mai 1994, Dr. pén. 1994 n° 191, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 20 février 2001, Dr. pén. 2001, n° 86, obs. M. VÉRON.

Cass. crim. 19 octobre 1972, Bull. crim. n° 295.

Cass. crim. 5 janvier 1995, inédit, pourvoi n° 93-85.102.

Cass. crim. 3 mai 1994, Dr. Pén. 1994, n°191, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 5 avril 1990, Dr. Pén. 1990, n°267, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 1er février 1990, Bull. crim. n°56.

Cass. crim. 8 mars 1967, D. 1967. 586, obs. A. DALSAË.

Cass. crim. 25 novembre 1975, JCP 1976 II 18476, obs. M. DELMAS-MARTY.

Cass. crim. 22 avril 1992, Rev. soc. 1993. 124, note B. BOULOC, Dr. pén. 1993, n°115, obs. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 11 janvier 1996, Dr. pén. 1996, n°108, obs. ROBERT (J.-H.); Rev. soc. 1996. 586, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 20 juin 1996, Les Petites Affiches 1996, n°89, p. 31, comm. C. DUCOULOUX-FAVARD; D. 1996.589, obs. B. BOULOC

Cass. crim. 6 février 1997, Bull. Joly 1997, p. 291, comm. BARBIERI (J.-F.); D. 1997. 334, obs. J-F. RENUCCI.

Cass. crim. 27 octobre 1997, Bull. crim. n°352; RSC 1998. 336, note J-F. RENUCCI; Dr. pén. 1998, n°20, obs. M. VERON.

Cass. crim. 27 octobre 1997, Dr. Pén. 1998 n°21, obs. ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-81502.

Cass. crim. 27 février 2013, pourvoi n°11-88189.

Cass. crim. 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-81502.

Cass. crim. 21 août 1995, Dr. ouvrier 1996. 386, obs. M. RICHEVAUX.

Cass. crim. 4 avril 1995, Dr. Pénal, 1995, n°184, obs. ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 11 mai 1995, Dr. Pénal 1995, n°206, obs. ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 11 mai 1981, D. 1982. 653, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 12 septembre 2001, Rev. soc. 2001. 859, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 10 novembre 1970, JCP 1971 II 16714.

Cass. crim. 30 octobre 1962, JCP 1962 IV 158.

Cass. crim. Req. 11 mars 1940, D. 1940. I. 52.

Cass. crim. 1er juin 1981, Bull. crim. n°179.

Cass. crim. 7 juin 1990, Bull. crim. n°232, D. 1990. 584, obs. J. PANNIER.

Cass. crim. 4 septembre 1990, Dr. pén. 1990, n°334, note ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 26 janvier 2005, pourvoi n°04-82542.

Cass. crim. 16 février 1987 et 16 mars 1987, ainsi que Cass. crim. 12 novembre 1986, D. 1988. 39, notes A. DEKEUWER.

Cass. crim. 16 février 1987, D. 1988. 39, obs. A. DEKEUWER.

Cass. crim. 23 février 1987, Bull. crim. n°88.

Cass. crim. 12 décembre 1996, Dr. pén. 1997, n°80, première espèce, obs. ROBERT (J.-H.)

- Cass. crim. 26 mars 1998, Bull. crim. n°116, Rev. sociétés 1998. 609, obs. B. BOULOC.
- Cass. crim. 11 février 1992, Revue de jurisprudence sociale, 1992, n°1120.
- Cass. crim. 9 février 2005, Dr. pénal 2005, n°80, obs. ROBERT (J-H.)
- Cass. crim. 9 mai 1973, Bull. crim. n°216.; D. 1974, obs. B. BOULOC, p. 271.
- Cass. crim. 15 mars 1972, Bull. crim. n°107, Rev. sociétés 1973, obs. B. BOULOC, p. 357.
- Cass. crim. 28 janvier 2004, JCP E, 2005 I 736, Chron. E. FORTIS et Y. MULLER.
- Cass. crim. 26 octobre 1912 S. 1914 I 225.
- Cass. crim. 27 décembre 1960, Bull. crim. n° 624.
- Cass. crim. 23 octobre 1997, pourvoi n° 96-84617.
- Cass. crim. 9 novembre 1992, pourvoi n°92-81954.
- Cass. crim. 9 novembre 1992, pourvoi n°92-81954.
- Cass. crim. 17 mars 1976, Bull. crim. n° 100.
- Cass. crim. 29 novembre 2000, Rev. sociétés 2001. 380, obs. B. BOULOC.
- Cass. crim. 16 décembre 1975, JCP 1976 II 8476.
- Cass. crim. 27 février 2013, pourvoi n° 11-88. 189.
- Cass. crim. 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-83.689.
- Cass. crim. 30 mai 1989, Bull. crim. n° 225, Dr. pén. 1989, n° 32, obs. ROBERT (J-H.), Gaz. Pal. 1989 2 Somm. 473, JCP E 1989 I 18914.
- Cass. crim. 4 février 1986, Bull. crim. n° 45, D. 1986 IR 397.
- Cass. crim. 20 nov. 1989, n° 88-83257.
- Cass. crim. 10 nov. 1999, n° 98-84852 : Bull. crim., n° 255.
- Cass. ass plén., 22 nov. 2002, n° 92-82460 : Bull. crim., n° 2.
- Cass. crim. 8 janv. 2003, n° 02-82555 : Bull. crim., n° 3.
- Cass. crim. 8 nov. 2006, n° 05-85271, 05-85922, 06-81862 : Bull. crim., n° 280.
- Cass. crim. 12 novembre 1997, Inédit, pourvoi n° 96.84-396.
- Cass. crim. 5 décembre 2009, pourvoi n°09-89.059.

- Cass. crim. 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-84056; ou Cass. crim. 26 juin 2001, Dr. pén. 2001, n° 143, obs. ROBERT (J-H.).
- Cass. crim. 1er décembre 1998, D. 2000. 34, note M-A. HOUTMANN.
- Cass. crim. 16 septembre 2008, Bull. crim. n° 186.
- Cass. crim. 11 mars 2014, n° 12-86.769.
- Cass. crim. 9 janvier 1995, Bull. Joly 1995. 677, note J-F BARBIERI.
- Cass. crim. 4 juillet 1995, Bull. crim. n° 247, Bull. Joly 1996, note J-F BARBIERI, p. 218.
- Cass. crim. 14 juin 1961, Bull. crim. n° 297.
- Cass. crim. 11 octobre 1989, Bull. crim. n° 355.
- Cass. crim. 26 octobre 1999, Bull. crim. n° 233.
- Cass. crim. 25 mai 1992, Dr. pén. 1992, n° 292, obs. ROBERT (J-H.), Bull. Joly 92, p. 1214.
- Cass. crim. 21 septembre 1994, JCP E 1995 II 690, note M. DEKEUWER, p. 104.
- Cass. crim. 30 novembre 1999, Bull. crim. n° 284, RSC 2000. 408.
- Cass. crim. 20 février 1996, JCP E 1996, Pan. 699.
- Cass. crim. 30 janvier 1996, Dr. pén. 1996, n° 196, obs. ROBERT (J-H.)
- Cass. crim. 24 mai 2005, Dr. pén. 2005, n° 151, obs. ROBERT (J-H.)
- Cass. crim. 17 juin 2008, pourvoi n° 07-87518.
- Cass. crim. 27 septembre 2005, pourvoi n° 05-80170.
- Cass. crim. 8 août 1995, Gaz. Pal. 1995, 2, somm. p. 576.
- Cass. crim. 14 mai 2003, Bull. crim. n° 97, RSC 2003. 797, obs. REBUT (D.).
- Cass. crim. 9 février 1987, Bull. crim. n° 61.
- Cass. crim. 22 septembre 2004, , Dr. pén. 2004, n° 178, note ROBERT (J-H.).
- Cass. crim. 14 mai 2003, RSC 2003. 797, note REBUT (D.).
- Cass. crim. 22 avril 1992, Rev. sociétés 1993. 124, note B. BOULOC.
- Cass. crim. 29 novembre 2000, Rev. sociétés 2001. 380, note B. BOULOC.
- Cass. crim. 20 août 1996, inédit, pourvoi n° 95-84.142.
- Cass. crim. 18 novembre 1997, Bull. crim. n° 391.
- Cass. crim. 30 janvier 2013, n° de pourvoi 12-80170.
- Cass. crim. 7 novembre 1988, Inédit, pourvoi n° 86-92.271, Rev. Procédure collective 89. 253, note J. DEVEZE.
- Cass. crim. 6 juillet 1993, Inédit, pourvoi n° 92-84.937.
- Cass. crim. 9 septembre 1992, Bull. Joly 1993. 432, obs. BARBIERI (J.-F.).
- Cass. crim. 28 mai 1980, D. 81 IR137.

- Cass. crim. 25 mai 1994, Bull. crim. n° 203, obs. ROBERT (J-H.).
- Cass. crim. 12 juillet 1994, Bull. crim. n° 280, JCP 1995 G I 3819, n° 8, note M. VERON.
- Cass. crim. 12 juillet 1994, JCP G I 3819, note M. VERON, n° 8.
- Cass. crim. 6 octobre 1980, Rev. sociétés 1981. 351, note B. BOULOC.
- Cass. crim. 16 octobre 2013, pourvoi n° 05-82121.
- Cass. crim. 14 décembre 1994, Dr. pén. 1995, n° 98, obs. ROBERT (J-H.).
- Cass. crim. 11 mars 2015, pourvoi n°13-86155.
- Cass. crim. 15 novembre 2000, pourvoi n° 00-81.166.
- Cass. crim. 12 novembre 1991, JCP 1992, I, 3595, n° 22, obs. Ph. PETEL.
- Cass. crim. 20 juin 2000, D. Affaires 2001. 853, note H. MATSOPOULOU.
- Cass. crim. 20 mars 1997, Bull. Joly sociétés 1997, p. 855, note BARBIERI (J.-F.).
- Cass. crim. 1er décembre 1923, S., 1924. I. 281.
- Cass. crim. 21 décembre 1907, D. 1910. 169, p. 170.
- Cass. crim. 28 février 1956, note R. de LESTANG.
- Cass. crim. 7 décembre 1872, Bull. crim., 1872, n° 315.
- Cass. crim. 28 février 1956 II 9306.
- Cass. crim. 13 février 1996, JCP 1996. IV. 1238; Cass. crim. 3 novembre 1998, Bull. crim. n° 284.
- Cass. crim. 21 décembre 1907, S. 1910. I. 593, note ROUX.
- Cass. crim. 28 octobre 1998, Bull. crim. n° 281, RSC 1999. 576, obs. B. BOULOC.
- Cass. crim. 29 février 1956, Bull. crim. n°213.
- Cass. crim. 15 mars 1988, Gaz. Pal. II. Somm. 276.
- Cass. crim. 16 janvier 1990, pourvoi n°89-82881.
- Cass. crim. 23 février 1993, pourvoi n°92-80086.
- Cass. crim. 17 octobre 1967, Bull. crim n°250.
- Cass. crim. 29 juillet 1972, D. 1972. 265.
- Cass. crim. 30 mai 1996, n° 95-83685; Gaz. Pal. 1996. II. Chron.
- Cass. crim. 11 juin 1970, Bull. crim. n°201.
- Cass. crim. 1er octobre 1979, Bull. crim. n° 267.
- Cass. crim. 4 janvier 1984, Bull. crim. n° 5.
- Cass. crim. 13 février 1986, Bull. crim. n°59.
- Cass. crim. 28 juin 2005, n° 05-80274.
- Cass. crim. 28 janvier 1992, Bull. crim., 1992, n°36.
- Cass. crim. 8 novembre 1983, Bull. crim., 1983, n° 292.
- Cass. crim. 6 mai 1996, Dr. pén. 1996, obs. ROBERT (J-H.).

- Cass. crim. 9 octobre 1989, Bull. crim. n°343.
- Cass. crim. 18 février 1987, Bull. crim. n° 81.
- Cass. crim. 1^{er} décembre 1923, S., 1924, 1, 282.
- Cass. crim. 12 février 1974, Bull. crim., 1974, n°62.
- Cass. crim. 10 octobre 1983, n°83-93.735.
- Cass. crim. 28 janvier 2004, n°02-88.094, Bull. Joly 2004. 861, note J.-F. BARBIERI.
- Cass. crim. 22 janvier 1914, DP 1914. 1. 256, S. 1916. 1. 128.
- Cass. crim. 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. n°6, obs. ROBERT (J-H.).
- Cass. crim. 27 octobre 1997, n°96-83.698, Bull. crim. n°352, D. Affaires 1997. 1429, note M. BOIZARD.
- Cass. crim. 6 février 1997, n°96-80.615, Bull. crim. n°48, D. 1997. 334, note J.-F. RENUCCI.
- Cass. crim. 14 mai 2003, n°02-81.217, Bull. crim. n°97, D. 2003. AJ. 1766, obs. A. LIENHARD, RSC 2003. 797, obs. REBUT (D.).
- Cass. crim. 11 janvier 1996, arrêt *Rosemain*, Rev. Sociétés 1996. 586, obs. B. BOULOC.
- Cass. crim. 14 juin 2006, Dr. pén. 2006, comm. n°127, obs. ROBERT (J-H.).
- Cass. crim. 5 mai 2004, Dr. sociétés 2004, comm. 157, note R. SALOMON.
- Cass. crim. 4 novembre 2004, Dr. sociétés 2005, comm. 57, note R. SALOMON.
- Cass. crim. 6 juin 2007, RSC 2007. 832, obs. REBUT (D.).
- Cass. crim. 14 mai 2003, RSC 2003. 797, obs. REBUT (D.).
- Cass. crim. 8 octobre 2003, JCP 2004, II, 10028.
- Cass. crim. 28 janvier 2004, Dr. pén. 2004, comm. n° 65, C. MASCALA.
- Cass. crim. 8 octobre 2003, D. 2003, AJ p. 2695, obs. LIENHARD; Rev. sociétés 2004, p. 155, obs. B. BOULOC.
- Cass. crim. 16 juin 2004, BRDA 17/04, n° 3, p. 2.
- Cass. crim. 20 février 2001, n° 98-84.846, D. 2001. 3001, note P. WACHSMANN.
- Cass. crim. 25 février 2003, n° 02-82.293, Bull. crim. n° 53.
- Cass. crim. 23 octobre 2007, n° 06-86.458, Bull. crim. n° 249 ; D. 2007. 2950.
- Cass. crim. 4 avril 1995, n° 93-80.312, Bull. crim. n° 146.
- Cass. crim. 6 mai 2008, n° 07-84.416, Dr. soc. 2008. 884, obs. F. DUQUESNE.
- Cass. crim. 13 janvier 1998, n° 96-81.478, Bull. crim. n° 17.
- Cass. crim. 24 juillet 2013, n° 13-90.013, Dr. soc. 2014. 137, chron. R. SALOMON.
- Cass. crim. 6 décembre 2011, n° 10-82.266, Bull. crim. n° 249 ; AJDA 2012. 567; D. 2012. 225, obs. C. GIRAULT.
- Cass. crim. 14 janvier 2014, n° 11-81.362, publié au Bulletin.

Cass. crim. 4 septembre 2012, n° 12-80.222.

Cass. soc., 1^{er} mars 2013, n° 12-40.103, publié au Bulletin.

Cass. crim. 15 mars 2011, n° 09-88.627.

Cass. crim. 24 novembre 1998, n° 97-85.378, D. 2000.114; Dr. soc. 1999. 520, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

Cass. crim. 6 février 2007, n° 06-82.744, Dr. soc. 2007. 662, obs. F. DUQUESNE.

Cass. crim. 31 janvier 2012, n° 11-84.111.

Cass. crim. 29 septembre 2009, n° 08-82.691, Dr. soc. 2009. 1267, obs. F. DUQUESNE; RTD com. 2010. 219, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 16 septembre 2008, n° 08-80.204, Bull. crim. n° 186.

Cass. crim. 27 octobre 2009, n° 09-80.490.

Cass. crim. 28 septembre 2010, n° 09-66255 : BJS décembre 2010, p. 976, n° 212, note COURET (A.).

Cass. crim. 9 octobre 1984, JCP E 1985, II, 14495, note G. VACHET.

Cass. crim. 22 février 2011, n° 10-87676, Gaz. Pal. 30 mars 2011, p. 8, note J.-C. SAINT-PAU.

Cass. crim. 14 mars 1979, n° 78-90957, Bull. crim. 1979, n° 109.

Cass. crim. 14 octobre 1986, n° 86-91404, Bull. crim. 1986, n° 288.

Cass. crim. 19 février 2002, n° 01-82595 : RSC 2002, p. 837, obs. G. GUIDICELLI-DELAGE.

Cass. crim. 11 mars 1993, n° 90-84931 : Bull. crim. 1993, n° 11.

Cass. crim. 18 avril 2000, Bull. crim. n° 153.

Cass. crim. 2 décembre 1997, D. 2006, somm. p. 152, obs. G. ROUJON DE BOUBÉE.

Cass. crim. 26 juin 2001, Dr. pén. 2002, n°8, comm. ROBERT (J.-H.), RSC 2002. 99, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 18 janvier 2000, D. 2000, Jurisp., p. 636, note J.-C. SAINT-PAU; Rev. Sc. crim. 2000, p. 816, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 20 juin 2006, Bull. crim. n° 188.

Cass. crim. 18 janvier 2000, Dr. pén. 2000, n°72, comm. M. VERON ; LPA, 26 octobre 2000, n°214, p.18, note DUCOULOUX-FAVARD (C.).

Cass. crim. 26 juin 2001, Bull. crim. n° 161; D. 2002, somm. 1802, obs. G. ROUJOU DE

BOUBÉE; Rev. sc. crim. 2002, p. 99, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 11 mars 2003, Bull. crim., n°65, Dr. pénal juillet 2003, comm. n°84, note M. VERON

Cass. crim. 20 juin 1996, LPA 1996, n°89, p. 31, obs. DUCOULOUX-FAVARD (C.), Bull. Joly 1996, p. 18, obs. J-F. BARBIÉRI.

Cass. crim. 6 novembre 1997, Dr. fiscal 1998, note M. CLIQUENNOIS, n°521, p. 770.

Cass. crim. 20 juin 1996, Dr. fiscal 1997, n°427, p.534.

Cass. crim. 10 novembre 1999, Dr. pénal 2000, n°46, comm. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 6 novembre 1997, Dr. fiscal 1998. 521.

Cass. crim. 22 janvier 2014, pourvoi n°12-83.579.

Cass. crim. 6 septembre 2000, Dr. pén. 2001, comm. n° 19. ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 12 février 1959, Bull. crim. n° 103.

Cass. crim. 23 novembre 1960, Bull. crim. n° 543.

Cass. crim. 23 avril 1964, Bull. crim. n°127.

Cass. crim. 4 novembre 1969, Bull. crim. n° 281.

Cass. crim. 11 janvier 1996, Dr. pén. 1996, comm. n° 110, 2e espèce.

Cass. crim. 6 février 1996, Bull. crim. n°60.

Cass. crim. 16 février 1999, Dr. pén. 1999, comm. n°84.

Cass. crim. 4 novembre 1991, Bull. crim. n° 389, Rev. sociétés 1992, p. 87;

Cass. crim. 5 novembre 1991, Rev. sociétés 1992, Bull. Joly 1992, p. 163, note BARBIERI (J.F.).

Cass. crim. 6 février 1996, Bull Joly 1996, p. 409, note BARBIERI (J.-F.).

Cass. crim. 27 novembre 1997, Bull. crim. n°405.

Cass. crim. 6 septembre 2000, Dr. pén. 2001, comm. n°19, note ROBERT (J-H.).

Cass. crim. 14 février 1994, Bull. crim. n°63.

Cass. crim. 20 février 1997, Bull. crim. n°72.

Cass. crim. 13 décembre 2000, Bull. crim. n°373 et 378; JCP 2001, éd., E, p. 1138, note J-H. ROBERT.

Cass. crim. 28 janvier 2004, Dr. sociétés 2004, p. 31, n°158, note R. SALOMON.

Cass. crim. 12 décembre 2000, JCP 2001, éd. E, n°6, p. 253, Bull. Joly 2001, p. 508, note J-F. BARBIERI.

Cass. crim. 2 avril 2003, Bull. crim. n°83.

Cass. com. 26 janvier 1970, JCP 1970, II, 16385, note GUYON (Y.).

Cass. com. 1er avril 1997, Bull. Joly 1997, note BARBIERI (J.-F.), p. 650.

Cass. crim. 5 décembre 2001, Bull. Joly 2002, note LE NABASQUE (H.), p. 492; RSC 2002, obs. REBUT (D.), p. 830;

Cass. crim. 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. n°6; note ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 5 mai 2004, Dr. sociétés 2004, note R. SALOMON, n°159, p. 32.

Cass. crim. 4 avril 2001, Dr. pén. 2001, comm. n°102, note ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 8 octobre 2002, Bull. Joly 2003, note BARBIERI (J.-F.), p. 64.

Cass. crim. 10 avril 2002, Bull. crim. n°86.

Cass. crim. 30 janvier 2002, Bull. Joly 2002, note BARBIERI (J.-F.), p. 797.

Cass. crim. 11 décembre 2002, Bull. crim. n°224; BJB 2003, note F. STASIAK, p. 149.

Cass. crim. 13 mars 1997, Bull. crim. n°107, RSC 1997. 828, obs. B. BOULOC.

Cass. crim. 26 juin 2002, pourvoi n°01-87314.

Cass. crim. 22 septembre 1999, Bull. crim. n°193.

Cass. crim. 1er juin 2010, n°09-87.159, Bull. crim. n°96.

Cass. crim. 1er juin 2005, Bull. crim., n°168, Bull. Joly sociétés 2005. 1367, obs. V. MALABAT.

Cass. crim. 3 novembre 1983, Bull. crim. n°278.

Cass. crim. 21 octobre 1998 JCP 1999 II 10163, note F. FREUND, Contrats conc. Consommation 1999 n°33, note G. RAYMOND.

Cass. crim. 3 mai 2001, Inédit Pourvoi n°00-85552.

Cass. crim. 28 juin 1993, Bull. crim n°225.

Cass. crim. 23 avril 1991, Dr. pén. 1991 n°327, Rev. sociétés 91. 785, note B. BOULOC.

Cass. crim. 13 février 1989, Rev. sociétés 1989. 692, note B. BOULOC.

Cass. crim. 19 juillet 1993, Inédit Pourvoi n°92-83.448.

Cass. crim. 9 décembre 1991, Rev. sociétés 1992. 358, note B. BOULOC, Dr. pén. 1992, n°101, comm. ROBERT (J.-H.).

Cass. crim. 24 juin 1991 RJDA 1991 n°926.

Cass. crim. 4 février 1985 JCP 1986 II 20585, obs. JEANDIDIER (W.).

Cass. crim. 20 janvier 2009, n°08-82.615.

Cass. crim. 6 octobre 1977, Juri-soc. 1977 F 5.

Cass. crim. 26 janvier 1993, n°89-85.389, Bull. crim. n°43. Cass. crim. 4 avril 1995, n°93-80.312, Dr. pénal 1995, n° 184. Cass. crim. 6 janvier 2004, n°02-88.240, Bull. crim. n°4.

- Cass. crim. 5 décembre 1989, n°89-82.001, Bull. crim. n°446; RSC 1990. 590; Dr. ouvrier 1990. 401.
- Cass. crim. 31 janvier 2006, n°05-83.089, Dr. pén. 2006, n°145, obs. ROBERT (J.-H.).
- Cass. crim. 14 octobre 1986, n°86-91.401, Bull. crim. n°288.
- Cass. crim. 28 novembre 2006, n°05-87.290.
- Cass. crim. 4 mai 1976, Dr. soc. 1977. 47.
- Cass. crim. 16 janvier 1990, n°89-82.880, Bull. crim. n°29.
- Cass. crim. 9 décembre 1986, Bull. crim. n°368.
- Cass. crim. 14 octobre 1986, n°86-91.401, Bull. crim. n°288.
- Cass. crim. 19 novembre 1991, n°91-82.927.
- Cass. crim. 29 septembre 2009, n°09-80.254.
- Cass. crim. 20 octobre 1992, n°91-84.608, Dr. ouvrier 1993. 480.
- Cass. crim. 22 février 1995, n°94-80.810, Bull. crim. n°82 ; RSC 1995. 827.
- Cass. crim. 16 septembre 2008, n°08-80.204, Bull. crim. n°186.
- Cass. crim. 14 octobre 1986, n°86-91.401, Bull. crim. n°288.
- Cass. crim. 28 novembre 2006, n°05-87.290.
- Cass. crim. 5 mars 1997, n°95-82.532.
- Cass. crim. 19 novembre 1991, n°91-82.927.
- Cass. crim. 25 septembre 2007, n°06-84.599, Bull. crim. n°222 ; RSC 2008. 347, obs. A. CERF-HOLLENDER; JCP S 2007. 1944, note Y. KERBOURC'H.
- Cass. crim. 26 mai 2009, n°08-82.979, Dr. pén. 2009, n°11, obs. ROBERT (J.-H.), et M. SEGONDS, Dr. pén. 2009, Chron. 10.
- Cass. crim. 21 février 1952, D. 1952. 103 ; Dr. ouvrier 1953. 361.
- Cass. crim. 2 mars 1977, Bull. crim. n°85.
- Cass. crim. 10 septembre 2002, n°01-85.210, Bull. crim. n°160.
- Cass. crim. 6 juin 1990, n°89-86.002, Bull. crim. n°230. Cass. crim. 23 juin 1993, n°88 82.938, Dr. pénal 1993, n° 177.
- Cass. crim. 19 novembre 1991, n°91-82.927.
- Cass. crim. 1er octobre 1987, Bull. crim. no 327.
- Cass. crim. 5 mars 1991, no 90-82.113, Bull. crim. no 112; Dr. pén. 1991, no 331, obs. J.-H. ROBERT.
- Cass. crim. 6 mai 1997, n°96-83.063, Bull. crim. n°178.
- Cass. crim. 8 août 1994, n°94-80.080 , RJS 1994, n°1276.

- Cass. crim. 5 mars 1997, n°95-83.492, Bull. crim. n°84 ; Dr. pénal 1997, n°107.
- Cass. crim. 24 novembre 1998, n°97-85.378, JCP 1999. II. 10 208, note M.-A. HOUTMANN.
- Cass. crim. 11 mai 2004, n°03-80.254.
- Cass. crim. 11 octobre 1995, n°94-83.735, Bull. crim. n°301 ; Dr. pén. 1996, n°56 ; D. 1996. 469, note M. MULLER ; RSC 1996. 646, obs. B. BOULOC.
- Cass. crim. 7 janvier 2004, n°03-82.337, Bull. crim. n°5 ; Dr. pén. 2004, n°49.
- Cass. crim. 15 novembre 1995, n°94-85.414, Bull. crim. n°350 ; Dr. pén. 1996, n°56, obs. M. VÉRON.
- Cass. crim. 28 février 1995, Inédit Pourvoi n°94-82.577.
- Cass. crim. 23 janvier 1975, Bull. crim., n°30 ; JCP. 1976. II. 18333, note ROBERT (J.-H.); D.1976, p. 376, note SAVATIER.
- Cass. crim. 28 juin 1902, Bull. crim. n°237.
- Cass. crim. 11 mars 1993, Dr. pén. 1994, n°39, comm. ROBERT (J.-H.); Bull. Joly 1993, p.666, note M-E. CARTIER.
- Cass. crim. 23 janvier 1975, Bull. crim n°30, D. 1976. 375, note J. SAVATIER.
- Cass. crim. 14 novembre 2006, pourvoi no 05-83 367 ; JCP G 2007. I. 203, no 3, obs. J.-F. CESARO.
- Cass. crim. 17 février 2004, pourvoi no 03-81.687.
- Cass. crim. 20 mars 2007, pourvoi no 06-85.638.
- Cass. crim. 21 février 2006, pourvoi no 05-84.365.
- Cass. crim. 27 septembre 2006, précité.
- Cass. crim. 22 novembre 2005, pourvoi no 05-82.082.
- Cass. crim. 13 septembre 2005, pourvoi no 05-80.035.
- Cass. crim. 23 mai 2007, pourvoi no 06-87.590, Bull. Joly Sociétés 2007. 1256, § 331, note D. CHILSTEIN.
- Cass. soc., 4 avril 2007, JCP S 2007. 1574, note A. MARTINON, et JCP G 2007. I. 203, obs. A. MARTINON.
- Cass. crim. 8 novembre 2005, pourvoi no 04-87.304.
- Cass. crim. 6 mai 1964, D. 1964. 652, note R. SAVATIER.
- Cass. crim. 28 novembre 1995, Dr. pén. 1996, n°164, comm. ROBERT (J.-H.).
- Cass. crim. 26 mai 1994, Dr. soc. 1995. 344, obs. A. COEURET.

- Cass. crim. 7 février 1995, RJS 1995 n°657.
- Cass. crim. 12 avril 2005, Bull. crim. n°129, RSC 2005. 864, obs. A. CERF-HOLLENDER.
- Cass. crim. 28 janvier 1975, Bull. crim. n°32.
- Cass. crim. 2 février 1993, Dr. pén. 1993, n°139, comm. ROBERT (J.-H.).
- Cass. crim. 11 mars 1993, Bull. Joly 1993, p.669.
- Cass. crim. 11 mars 1993, Dr. pén. 1994 n°39, comm. ROBERT (J.-H.); Bull. Joly 1993, p.666, note M-E. CARTIER.
- Cass. crim. 15 mars 1994, n°93-82.109, Bull. crim. n°100 ; D. 1995. 30, note Y. REINHARD.
- Cass. crim. 14 octobre 2003, n°03-81.366, Bull. crim. n°190 ; RSC 2004. 367.
- Cass. crim. 3 mars 1998, n°96-85.098, Bull. crim. n°81.
- Cass. crim. 15 mai 2007, n°06-84.318, Bull. crim. n°126.
- Cass. crim. 14 octobre 1971, n° 71-90165, Bull. crim., n° 266.
- Cass. crim. 6 novembre 2007, n°06-86.027, Bull. crim. n°266 ; Dr. soc. 2008. 449, obs. F. DUQUESNE.
- Cass. crim. 16 janvier 1979, Droit ouvrier 1979, p. 394.
- Cass. crim. 20 mai 2003, n°02-84.307, Bull. crim. n°101 ; RSC 2003. 808, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.
- Cass. crim. 20 mars 2007, BEYER Déménagements, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 953, note J. F. BARBIERI.
- Cass. crim. 20 mars 1995, Bull. crim. n°114. Voir aussi Cass. crim. 12 juin 2007, pourvoi no 06-85.279.
- Cass. crim. 17 septembre 2002, Dr. pénal 2003. 9, obs. ROBERT (J.-H.); RSC 2003. 339, obs. R. OTTENHOF.
- Cass. crim. 15 octobre 1970, Dr. social 1970, p. 733.
- Cass. crim. 20 septembre 1980, Bull. crim., n°237.
- Cass. crim. 23 octobre 1984, Bull. crim., n°316.
- Cass. crim. 19 octobre 1987, Bull. crim. n° 353.
- Cass. crim. 31 mars 1933, Bull. crim. n° 70; Cass. crim. 5 mars 1937, Bull. crim. n° 44, Gaz. Pal. 1937, 2, 69.
- Cass. crim. 10 novembre 2010, n° 09-86217.

- Cass. soc. 22 janvier 1992, Bull. civ. V, n° 19.
- Cass. soc. 28 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 396.
- Cass. soc. 10 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 435.
- Cass. soc. 28 novembre 2000, Bull. civ. V, n° 395.
- Cass. soc. 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 88 ; 13 janvier 1998, *ibid.* V, n° 9.
- Cass. soc. 16 février 1999, Bull. civ. V, n° 76.
- Cass. soc. 16 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 393.
- Cass. soc. 22 mars 1989, Bull. civ. V, n° 235.
- Cass. soc. 15 février 1995, n° 91-40.923, Mme Lacombe c/ Ducros et fils.
- Cass. soc. 10 novembre 1998, Bull. civ. V, n° 481.
- Cass. soc. 10 mai 1995, Bull. civ. V, n° 150.
- Cass. soc. 8 octobre 1991, Bull. civ. V, n° 398, D. 1991, IR 241.
- Cass. soc. 17 janvier 1996, Bull. civ. V, n° 14.
- Cass. soc. 24 octobre 2000, Bull. civ. V, n° 343.
- Cass. soc. 9 octobre 2001, Bull. civ. V, n° 314.
- Cass. soc. 3 juin 1997, n° 94-40.841, Société TS Endurance c/ Mme Tubek
- Cass. crim. 24 octobre 2000, Bull. crim., n° 308, p. 913.
- Cass. crim. 17 juin 2003, n° 02-84.224.
- Cass. 1re civ., 1er février 2005, nos 03-13779 et 03-16935 : D. 2005, p. 2836, obs. S. AMRANI MEKKI.
- Cass. 1re civ., 28 octobre 2009, n° 08-19303.
- Cass. com., 11 octobre 2011, n° 10-21698, D.
- Cass. 1re civ., 13 décembre 2005, n° 03-19603.
- Cass. com. 4 décembre 1963, Bull. civ. III, n° 521.
- Cass. crim. 12 novembre 1990, Bull. crim. n° 377; Rev. sociétés 1992, note G. ROUJOU DE BOUBÉE, p. 39.
- Cass. crim. 13 décembre 2000, Bull. crim. n° 373 et 378, précités.
- Cass. crim. 8 mars 1967, D. 1967, note A. DALSAË, p. 586.
- Cass. crim. 30 septembre 1991, Rev. sociétés 1992, note B. BOULOC, p. 356.
- Cass. crim. 12 décembre 1994, Bull. Joly 1995, p. 427.
- Cass. crim. 3 octobre 1963, D. 1963, p. 734.
- Cass. crim. 4 septembre 1996, Bull. Joly 1997, note N. RONTCHEVSKY p. 107.
- Cass. crim. 2 avril 1990, Bull. crim. n° 141; D. 1990, somm. p. 375, obs. J. PRADEL.
- Cass. crim. 19 octobre 1971, Bull. crim. n° 272.

- Cass. crim. 13 septembre 1991, Rev. sociétés 1992, note B. BOULOC, p. 356.
- Cass. crim. 24 avril 1971, Bull. crim. n° 117; Rev. sociétés 1971, note B. BOULOC, p. 608.
- Cass. crim. 9 novembre 1992, Bull. crim. n° 361, Bull. Joly 1993, p. 317.
- Cass. crim. 14 juin 1993, Bull. crim. n° 208; Bull. Joly 1993, note B. SAINTOURENS, p. 1139.
- Cass. crim. 11 mai 1985, Bull. crim. n° 172.
- Cass. crim. 16 juin 1999, RJDA 1999, n° 980.
- Cass. civ. 7 avril 1932, DH 1933, note CORDONNIER, p. 153.
- Cass. com. 6 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 171; Rev. sociétés 1990, note Y. CHARTIER, p. 606.
- Cass. crim. 30 mai 1996, BJB 1996, note LE CANNU (P.), p. 597; Rev. sociétés 1996, note B. BOULOC, p. 806.
- Cass. com. 26 janvier 1970, JCP 1970, II, 16385, note GUYON (Y.).
- Cass. com. 1er avril 1997, RTD com. 1997, obs. B. PETIT et Y. REINHARD, p. 647.
- Cass. crim. 12 janvier 2005, n° 04-83.991.
- Cass. com. 31 mai 2011, n° 09-13.975, D. 2011. 1551, obs. A. LIENHARD; JCP E 2011. 1655. COURET (A.) et B.D
- Cass. com. 30 mars 2010, Crédit Martiniquais, Bull. civ. IV, n° 69.
- Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-24.412, D. 2012. 1167, note P. LOKIEC.
- Cass. soc. 12 janvier 2012, n° 10.20-600, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 184.
- Cass. com. 4 novembre 2010, n° 09-12.716.
- Cass. crim. 22 septembre 2004, Bull. crim., n° 218.
- Cass. soc. 24 mars 1988, Rev. sociétés 1988, p. 414.
- Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64.
- Cass. crim. 3 juin 1991, éd. Fr. Lefebvre, n° 14779.
- Cass. com. 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995, n° 1048.
- Cass. crim. 13 décembre 1988, Bull. crim. n° 429.
- Cass. com. 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 194.
- Cass. com. 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995, n° 1048.
- Cass. crim. 30 septembre 1991, RJDA 1/1992, n° 44.
- Cass. com. 21 février 1995, Juris-Data n° 001887.
- Cass. crim. 3 juin 1991, n° 14779.
- Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64.
- Cass. com. 24 octobre 2000, RJDA 2/2001, n° 177.

- Cass. com. 10 février 1998, RJDA 5/1998, n° 611.
- Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ IV, n° 64.
- Cass. com. 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995, n° 1048.
- Cass. com. 11 juillet 1995 et 9 janvier 1996, cités in éd. Fr. Lefebvre, précitée, n° 17006 et 17017.
- Cass. com. 2 juin 1987, Bull. civ. IV, p. 100, n° 131.
- Cass. com. 1er juillet 1987, Bull. civ. IV, p. 142, n° 194.
- Cass. com. 4 juin 1996, RJDA 2/1997, n° 224.
- Cass. soc. 30 mars 1999, RJDA 10/1999, n° 1094.
- Cass. com. 24 octobre 2000, RJDA 2/2001, n° 177.
- Cass. crim. 3 juin 1991, cités in éd. Fr. Lefebvre, préc. n° 14 779.
- Cass. crim. 3 juin 1991, cités in éd. Fr. Lefebvre, préc. n° 14 779.
- Cass. com. 9 novembre 1966, RTD com. 1967. 524, obs. R. HOUIN.
- Cass. com. 9 mai 1973, RTD com. 1973. 574, obs. R. HOUIN.
- Cass. crim. 12 décembre 1994, Bull. Joly 1995. 427, n° 150.
- Cass. com. 9 mai 1973, RTD. com. 1973. 574, obs. R. HOUIN.
- Cass. crim. 6 octobre 1980, Rev. sociétés 1981. 133, obs. B. BOULOC.
- Cass. com. 2 mai 1983, Bull. civ. IV, n° 128 ; Rev. sociétés 1984, p. 755, note DIDIER.
- Cass. com. 10 février 1998, RJDA 5/1998, n° 611.
- Cass. com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64.
- Cass. com. 9 novembre 1966, Bull. civ. III, n° 425 ; JCP 1967, II, 15250, note R.-D. M.
- Cass. req. 2 juillet 1817, S. 1815-1818, chron. 341.
- Cass. com. 16 juin 1992, D. 1993.508, note L. COLLET, Gaz. Pal. 1992.2. panor. 255.
- Cass. 1er civ. 23 mai 1977, D. 1978.89, note JEANTIN.
- Cass. 3e civ. 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. DIENER.
- Cass. com. 13 février 1996, Defrénois 1996.1298.
- Cass. com. 17 novembre 1969, Bull. civ. IV, n° 340, JCP 1970. II. 16.304.
- Cass. civ. 2e 27 octobre 1971, Bull. civ. II, n° 289, Rev. sociétés 1972.274, note B. BOULOC.
- Cass. com. 28 juin 1976, Bull. civ. IV, no 218, Rev. sociétés 1977.237, note J. HONORAT, RTD com. 1977.516.
- Cass. civ. 20 décembre 1911, S. 1914.1.81.CA Paris, 26 novembre 1885, S. 87.2.17, note LYON-CAEN.
- Cass. req. 14 juin 1887, S. 87.1.407.
- Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949.227, note LENOAN, S. 1949.1.189, note BULTE, JCP 1949.

II. 4972.

Cass. civ. 11 avril 1927, DP 1929.1.25, note PIC.

Cass. ch. réun. 11 mars 1914, DP 1914.1.257, note L.S.

Cass. civ. 2 mars 1931, DH 1931.285.

Cass. 1re civ. 16 octobre 1990, Bull. Joly 1990.1029, note LE CANNU (P.) Cass. civ. 27 mars 1861, DP 61.1.161.

Cass. req. 25 juin 1902, DP 1902.1.395.

Cass. civ. 2 mars 1931, DH 1931.285.

Cass. req. 21 décembre 1937, DH 1938.67.

Cass. com. 12 décembre 1978, Bull. civ. IV, no 306, D. 1980, IR 161, obs. J. Cl. BOUSQUET.

Cass. req. 20 décembre 1893, DP 93.1.224.

Cass. civ. 16 juin 1863, DP 63.1.295.

Cass. 1re civ. 26 janvier 1988, Bull. Joly 1988.197.

Cass. com. 6 octobre 1953, D. 1954.25, S. 1954.1.149, note J. ROBERT, JCP, éd. Cl, 1955.55505, S. 1954.1.149.

Cass. 1re civ. 20 octobre 1977, Bull. civ. I, no 270.

Cass. com. 4 juillet 1956, Bull. civ. III, no 202.

Cass. com. 19 mai 1969, D. 1969.711, Bull. civ. III, no 182 ; 21 mars 1977, ibid. IV, no 90.

Cass. 3e civ. 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. DIENER.

Cass. 1re civ. 20 octobre 1971, Bull. civ. I, no 270.

Cass. com. 2 juin 1987, Bull. civ. IV, no 132.

Cass. com. 16 décembre 1954, Bull. civ. III, no 562.

Cass. com. 16 juin 1992, Bull. civ. no 243.

Cass. soc. 14 décembre 1944, S. 1946.1.105, note PLAISANT.

Cass. soc. 31 juillet 1950, D. 1951.149, note R. SAVATIER ; 14 juin 1956, JCP 1956. II. 9489, note J. LACOSTE.

Cass. soc. 26 octobre 1959, D. 1960. somm. 24.

Cass. 3e civ. 8 mai 1973, Bull. civ. III, no 324.

Cass. com. 2 juin 1970, Rev. sociétés 1971.206, note B. BOULOC.

- Cass. 1re civ. 27 février 1973, Bull. civ., no 73.
- Cass. com. 12 octobre 1993, Bull. civ. IV, no 330.
- Cass. 1re civ. 27 novembre 1985, Bull. civ., no 323.
- Cass. com. 5 novembre 1974, Rev. sociétés 1975.492, note GUYON (Y.).
- Cass. com. 19 novembre 1962, Bull. civ. III, no 463.
- Cass. com. 17 mai 1961, Bull. civ. III, no 221.
- Cass. com. 26 juin 1968, *ibid.* IV, no 210.
- Cass. com. 30 mars 1966, *ibid.*, III, no 183.
- Cass. 1re civ. 2 mars 1959, Bull. civ. I, no 125.
- Cass. 1re civ. 17 juillet 1959, *ibid.* I, no 366.
- Cass. 1re civ. 11 décembre 1961, *ibid.* I, no 597.
- Cass. 1re civ. 26 juin 1968, *ibid.*, no 184.
- Cass. 1re civ. 9 juin 1971, *ibid.* no 192.
- Cass. 1re civ. 11 janvier 1983, JCP 1984. II. 20127, note F. BOULANGER.
- Cass. req. 30 juillet 1901, S. 1905.1.502. Cass. civ. 22 novembre 1852, S. 53.1.73.
- Cass. com. 21 avril 1992, Bull. Joly 1992.683, note P. DEROUIN.
- Cass. com. 15 févr. 1991, Bull. civ. IV, no 58, Bull. Joly, 1991.391, note P. DELEBECQUE.
- Cass. com. 10 octobre 1995, RD aff. 1995, no 7, p. 154, Petites affiches 13 décembre 1995, p. 15, note COURET (A.) et LE CANNU (P.)
- Cass. com. 23 octobre 1979, Rev. sociétés 1980.91, Bull. civ. IV, no 265.
- Cass. com. 21 novembre 1967, D. 1969.89, note J. LACOMBE.
- Cass. com. 26 avril 1971.
- Cass. com. 27 janvier 1982, Rev. sociétés 1982.825, note B. BOULOC.
- Cass. com. 18 avril 1961, D. 1961.661, S. 1961.1.257, note A. DALSACE, JCP 1961. II. 12164, note D.B.
- Cass. com. 16 octobre 1963, Gaz. Pal. 1963.2.390.
- Cass. com. 22 avril 1976, D. 1977.4.

- Cass. 1re civ. 13 avril 1983, Bull. Joly 1983.512, Gaz. Pal. 1983.2. panorama 239, obs. J. DUPICHOT.
- Cass. com. 23 juin 1987, Defrénois 1987.604, obs. J. HONORAT, Rev. sociétés 1976.479.
- Cass. com. 4 mai 1993, Bull. Joly 1993.54, note LE CANNU (P.).
- Cass. com. 9 mars 1993, D. 1993.363, note GUYON (Y.).
- Cass. com. 7 juillet 1980, Bull. civ. IV, no 287.
- Cass. com. 24 avril 1990, Bull. Joly 1990.532.
- Cass. com. 28 avril 1987, D. 1988.341, note GRILLET-PONTON.
- Cass. com. 6 mai 1987, Rev. sociétés. 1987.257.
- Cass. com. 11 juillet 1988, ibid. 1989.53, note P. DIDIER.
- Cass. com. 8 novembre 1988, Bull. civ. IV, no 302, JCP 1989. II. 21230, note J. F. BARBIÉRI.
- Cass. com. 8 octobre 1991, JCP 1992. II. 21877, note J.-F. BARBIÉRI, RTD com. 1992.638, obs. REINHARD (Y.)
- Cass. com. 5 octobre 1991, Bull. civ. IV, no 298, D. 1991, IR 252, Rev. sociétés 1992.57.
- Cass. com. 23 mars 1993, Dr. Sociétés 1993.122, note LE NABASQUE (H.).
- Cass. com. 2 juillet 1985, D. 1986.351, note Y. LOUSSOUARN, JCP 1985. II. 20518, note VIANDIER (A.).
- Cass. soc. 20 octobre 1976, Rev. sociétés 1977.277, note J.-G.
- Cass. com. 12 novembre 1969, JCP 1970. II. 16264.
- Cass. com. 12 mai 1975, Rev. sociétés 1976.337, note J.H.
- Cass. 1re civ. 31 octobre 1989, Bull. Joly 1990.93, note LE CANNU (P.).
- Cass. com. 26 octobre 1981, Bull. civ. no 369.
- Cass. 1re civ. 4 octobre 1988, Bull. civ. I, no 271, Bull. Joly 1988.935.
- Cass. com. 19 avril 1988, Bull. civ. IV, no 135.
- Cass. com. 20 novembre 1990, Bull. civ. IV, no 295, D. 1991, IR 299, Gaz. Pal. 1991.1. panor. 8.
- Cass. com. 6 mai 1974, D. 1975.102, note GUYON (Y.), JCP 1975. II. 18000, note N. BERNARD
- Cass. com. 24 février 1975, Bull. civ. IV, no 46, Rev. sociétés 1976.92, note B. OPPETIT.
- Cass. com. 29 mai 1972, JCP 1973. II. 17337, note GUYON (Y.).
- Cass. com. 24 janvier 1995, Bull. civ. IV, no 27, D. 1995, IR 56, Rev. sociétés 1995.46, note M. JEANTIN.
- Cass. com. 6 juin 1990, Bull. civ. IV, no 171, D. 1992.56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE,

Bull. Joly 1990.782.

Cass. com. 22 janvier 1991, Defrénois, 1991.885, no 3, obs. LE CANNU (P.), Rev. sociétés 1991.345.

Cass. com. 24 avril 1990, Bull. Joly 1990.532, LE CANNU (P.).

Cass. civ. 27 avril 1931, S. 1931.247.

Cass. civ. 4 mars 1926, S. 1926.1.246.

Cass. req. 12 juin 1901, S. 1902.1.313.

Cass. com. 17 janvier 1989, D. 1989, IR 39, Bull. Joly 1989.247, note LE CANNU (P.).

Cass. civ. 4 juin 1946, JCP 1947. II. 3518, note BASTIAN

Cass. req. 6 mai 1878, DP 80.1.12.

Cass. req. 21 juillet 1885, S. 85.1.448.

Cass. civ. 1er février 1882, DP 82.1.21.

Cass. civ. 3 juin 1862, DP 63.1.24.

Cass. civ. 22 novembre 1869, S. 70.1.55.

Cass. req. 11 juillet 1928, Journ. sociétés 1930.13.

Cass. req. 14 avril 1893, DP 94.1.91.

Cass. com. 10 juillet 1961, JCP 1961. II. 12353, note J.R.

Cass. req. 25 février 1881, S. 81.1.461.

Cass. com. 17 janvier 1989, Bull. Joly 1989.247, note LE CANNU (P.).

Cass. com. 15 juillet 1992, Rev. sociétés 1992.757, note LE CANNU (P.).

Cass. req. 19 janvier 1901, S. 1902.1.274.

Cass. com. 1er décembre 1975, Bull. civ. IV, no 287.

Cass. com. 19 avril 1988, pourvoi 86-11.231 cité par Lamy sociétés commerciales, no 2437.

Cass. civ. 20 décembre 1911, DP 1913.1.33, note CHÉRON, S. 1914.1.81, note WAHL.

Cass. com. 19 novembre 1991, Dr sociétés 1992, no 15, obs. LE NABASQUE (H.), BRDA 1992/3, p. 11.

Cass. civ. 1er août 1927, DH 1927.478.

Cass. 1re civ. 4 juillet 1995, Bull. civ. I, no 299, Defrénois 1996.660, obs. J. HONORAT.

- Cass. com. 8 mars 1967, Bull. civ. III, no 106.
- Cass. req. 25 janvier 1881, S. 81.1.451.
- Cass. com. 17 juillet 1974, Bull. civ. IV, no 233, Rev. sociétés 1975.649 note J. HÉMARD.
- Cass. com. 27 juin 1995, Dr sociétés 1995, no 220, note D. VIDAL.
- Cass. com. 22 juin 1976, D. 1977.619, note P. DIENER.
- Cass. civ. 1re, 6 octobre 1998, D. Affaires 1998. 1821, obs. M.B.; D. 2000. Somm. 234.
- Cass. Com. 30 mai 2007, no 05-13.851, D. 2007. 1669.
- Cass. Soc. 29 novembre 2006, Rev. sociétés 2007. 547, note J-F. BARBIÈRI.
- Cass. ass. plén. 14 janvier 1977, D. 1977.89, concl. R. SCHMELCK.
- Cass. com. 24 février 1976, JCP 1976. II. 18506, note C. LUCAS DE LEYSSAC.
- Cass. req. 2 février 1873, DP 74.1.49, S. 73.1.306.
- Cass. req. 6 février 1893, S. 96.1.115.
- Cass. req. 16 mai 1938, S. 1939.1.292.
- Cass. com. 10 juillet 1961, Bull. civ. III, no 321.
- Cass. civ. 8 novembre 1904, DP 1905.1.34.
- Cass. civ. 15 novembre 1892, S. 93.1.364.
- Cass. req. 7 juillet 1879, S. 80.1.206.
- Cass. req. 19 juillet 1888, DP 89.345.
- Cass. req. 15 janvier 1889, DP 90.1.471.
- Cass. req. 16 juillet 1901, DP 1902.1.464.
- Cass. 2e civ. 27 octobre 1971, préc.
- Cass. req. 29 mars 1898, DP 99.1.588.
- Cass. req. 19 juillet 1888, S. 91.1.59.
- Cass. com. 4 octobre 1966, JCP 1967. II. 15208, note TOUJAS.
- Cass. com. 28 mai 1968, JCP 1969. II. 1605, note J.D.
- Cass. civ. 16 avril 1926, DH 1926.318.
- Cass. 3e civ. 8 janvier 1975, Bull. civ. III, no 2, Rev. sociétés 1976.301, note I. BALENSI.
- Cass. com. 15 juillet 1992 : Rev. sociétés 1992.757 note LE CANNU (P.), Petites affiches 1992, no 142, note J.C.
- Cass. com. 15 juin 1999, Bull. civ. IV, no 132 et Rev. sociétés 1999.607, note P. FORTUIT.
- Cass. com. 1er mars 1994, JCP 1994, Actualité, no 12.
- Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19356, BJS 2013, p. 707, note J-F. BARBIÈRI.
- Cass. crim. 22 septembre 2010, n° 10-85866.
- Cass. crim. 8 juillet 2010, n° 10-90077.

Cass. crim. 8 juillet 2010, n° 10-80203.

Cass. crim. 11 octobre 2011, n° 10-87212 : D. 2011, p. 2841, note Rias ; JCP G 2011, 1385, J.-H. Robert .

Cass. crim. 11 avr. 2012 , n° 10-86974 : BJS septembre 2012, p. 655, n° 346, note D. Chilstein.

Cass. crim. 15 février 2011, n° 10-85324 : Dr. pénal 2011, comm. n° 62, note M. Véron.

Cass. crim. 23 novembre 2010, n° 10-82057.

Conseil constitutionnel

Cons. const, n° 2016-545 du 24 juin 2016

Cons. const. n° 2016-546 du 24 juin 2016

Cons. const, n°84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, RSC 1985. 609 obs. B. BOULOC.

Cons. const, n°80-127 DC du 19 et 20 janvier 1981 D. 1982. 441 obs. A. DEKEUWER

Cons. const. N°82-132 DC du 16 janvier 1982.

Cons. Cconst. n°86-215 DC du 3 septembre 1986, JO du 5 septembre 1986, p. 10788.

Cons. const. no 82-145 du 10 novembre 1982, JO 11 novembre 1982.

Cons. const., n °99-421 DC du 16 décembre 1999; D. 2000, Som. 425, obs. D. RIBES, Les Petites Affiches 28 juillet 2000, p. 15.

Cons. const., 18 janv. 1978, n° 77-92 DC, Rec. p. 21.

Cons. const., n° 2000-437, DC du 19 décembre 2000, JO 24 décembre 2000, p. 20576.

Cons. const., n° 2001-455 DC 12 janvier 2002.

Cons. const., n°84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984.

Cons. const. , n° 99-421, DC du 16 déc. 1999 , D. 2000, n°41, Som. 425, obs. D. RIBES, p. 426.

Cons. const. n°96-377, DC du 16 juillet 1996, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 1996, p. 90

Cons. const. n°82-155, DC 30 décembre 1982, JO du 31 décembre 1982, p. 4034.

Cons. const. n°93-325, DC du 13 août 1993, JO du 18 août 1993, p. 11722.

Cons. const. Décision n° 77-5 du 18 octobre 1977.

Cons. const. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, JO 7 décembre 1976, p. 7052.

Cons. const., 24 juillet 2003, n° 2003-475 DC.

Cons. const., 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC, AJDA 2008.

Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC, D. 2014. 843, obs. J.-C. GALLOUX et Y.

GAUMONT-PRAT.

- Cons. const. n°89-260 DC du 28 juillet 1989, J.O. du 1^{er} août 1989.
- Cons. const. n° 84-184 DC, 29 décembre 1984.
- Cons. const. 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC, JCP G 2008. II. 10077.
- Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC; JCP G 6 juill. 2009. 101.
- Cons. const., 30 décembre 1997, décembre 97-395, RSC 1998, p. 358, obs. J-F. SEUVIC.
- Cons. const., 19 juin 1970, décembre n°70-39 DC, Rec. p. 15.
- Cons. const. 6 juillet 1971, décembre n°71-44 DC, Rec. p. 29.
- Cons. const., décembre du 30 décembre 1987, DC 87-237, JO 31 décembre, p. 15761.
- Cons. const., 12 janvier 2002, décembre n° 2001-455 DC, JO du 18 janvier 2002, p. 1053.
- Cons. const. 27 juillet 2000, DC 2000-433, JO du 2 août 2000, p. 11922.
- Cons. const. Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.
- Cons. const. 17 janvier 1989, décision n° 88-248 DC.
- Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.
- Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC.
- Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC.
- Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC.

Conseil d'État

- CE, 16 juillet 2010, n° 321056 : RTDF 2010/3, p. 152, note É. DEZEUZE ; A.-D. MERVILLE.
- CE, 6 juin 2008, n° 300619 : Banque et droit n° 129, mars-avril 2009, p. 13, M. GUYOMAR.
- CE, 29 octobre 2013, n° 360085, au Lebon; AJDA 2013. 2184.
- CE, 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, au Lebon avec les conclusions. AJDA 1995. 942; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. CHAUVAUX.
- CE, 14 février 1996, Maubleu, RFDA 1996, p. 1186 et s., concl. M. SANSON
- CE, 21 octobre 1985, RJF 12/1985 n° 1526
- CE 9 octobre 1961, *Dupont*, Lebon p. 545
- CE 23 mai 1962, *Dupont*, Lebon p. 602
- CE 28 janvier 1966, *Dupont*, Lebon p. 178
- CE 11 mars 1966, *Dupont*, Lebon p. 299.

CEDH

- CEDH, 15 novembre 1996, CANTONI c/ France, Dr. pénal 1997 n°11
- CEDH. 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Série A, n° 30; p. 30

CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG et autres, Série A, p. 25-26

CEDH, 13 juillet 1995, TOLSTOY MILOSLAVSKY, Série A, n°316-B, p. 71

CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c/ France, RSC 89. 167.

CEDH, 30 juin 2011, n° 8916/05, *Les Témoins de Jéhovah (Assoc.) c/ France*, AJDA 2011. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

CEDH, 23 octobre 1995, Gradinger Série A n°328-C, paragraphe 49-52.

CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c./ Belgique*.

CEDH, 16 juill. 1971, Ringeisen c/ Autriche, n° 2614/65, Série A n° 13, p. 39, § 94.

CEDH, 21 oct. 1997, n° 120/1996/732/938, Pierre-Bloch c/ France, Rec. 1997-VI, p. 2224, § 53

CEDH, 26 nov. 1992, Lombardo c/ Italie, série A n° 249

CEDH, 26 févr. 1996, Salesi c/ Italie, série A n° 275.

CJCE

CJCE 20 septembre 1990, RTD com. 1990.400.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PARTIE I : ANALYSE CRITIQUE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT.....	31
TITRE I : LES DÉFICIENCES DE L'INCRIMINATION VISANT LE DIRIGEANT.....	33
Chapitre I : Les déficiences substantielles de l'incrimination.....	36
Section I : L'altération de l'élément légal.....	37
I- Des techniques légistiques contestables.....	37
A- Le détournement du droit pénal fondamental au profit d'un droit pénal accessoire.....	37
B- L'incrimination à titre autonome d'actes préparatoires.....	39
C- L'élaboration d'incriminations spécifiques au droit pénal des affaires.....	40
II- Un recours excessif au droit pénal.....	41
A- La méconnaissance du principe d'économie du droit pénal.....	41
1- L'indifférence du législateur à l'égard du principe.....	41
2- L'absence de régulation constitutionnelle.....	42
B- Les répercussions de cette méconnaissance.....	43
III- Une méconnaissance de la prérogative législative dans l'élaboration de l'incrimination visant le dirigeant.....	44
A- La concurrence des textes réglementaires.....	44
B- La concurrence des textes conventionnels.....	45
C- La concurrence des textes communautaires.....	45
Section II : Un système normatif déficient.....	46
I- L'ambiguïté rédactionnelle des textes d'incrimination.....	47
A- La conception rigide du principe d'interdiction en droit pénal autonome.....	48
1- La rigidité du Conseil constitutionnel.....	48
2- L'alignement de la Cour de cassation.....	49
B- La conception souple du principe d'interdiction en droit pénal des affaires.....	50

II- L'ambiguïté structurelle des textes d'incrimination.....	51
A- L'usage de la technique du renvoi.....	51
1- L'hétérogénéité des renvois.....	52
a- Le contenu du renvoi.....	52
α- L'objet du renvoi.....	52
β- La portée du renvoi.....	53
b- La structure du renvoi.....	54
2- Les avantages de la technique du renvoi.....	54
B- La technique du renvoi préjudiciable au principe de légalité.....	55
1- Technique du renvoi source de difficultés d'accès au droit.....	55
a- Un accès à la loi complexifié.....	55
b- Un accès à la loi censé suffisant pour le dirigeant.....	56
2- Technique du renvoi source d'imprécision du texte répressif.....	56
a- La loi pénale en blanc source d'imprécision.....	57
b- L'incrimination pénale source d'imprécision.....	58
3- Technique du renvoi source d'inintelligibilité du texte répressif.....	59
Chapitre II : Les déficiences fonctionnelles de l'incrimination.....	62
Section I : L'interprétation extensive du texte d'incrimination.....	62
I- Le cas de l'abus de biens sociaux en droit pénal des sociétés.....	63
II- Les cas de délit d'entrave.....	65
A- Le délit d'entrave en droit pénal du travail.....	65
B- Le refus de communication de pièces en droit des sociétés.....	66
Section II : La méconnaissance des règles relatives aux conflits de lois dans le temps.....	68
I- La méconnaissance du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus douce.....	69
A- La résilience de la loi pénale ancienne plus sévère.....	69
B- La méconnaissance du principe d'application immédiate de la loi pénale nouvelle plus favorable.....	71
II- Le choix prétorien d'une orientation pragmatique à visée répressive.....	73
A- Le défaut de principe général légitimant le maintien de la loi pénale ancienne plus sévère.....	73
B- L'intérêt de la société légitimant le maintien de la loi pénale ancienne plus sévère.....	74
Chapitre III : Les déficiences formelles de l'incrimination.....	76
Section I : L'altération de l'élément matériel.....	76
I- La méconnaissance de l'exigence d'un acte positif du dirigeant.....	77
A- Le recours massif aux infractions d'omission.....	77
1- Le recours aux infractions d'omission en droit des sociétés.....	78
2- Le recours aux infractions d'omission en dehors du droit des sociétés.....	79
B- L'omission au service de la répression.....	79
1- La fonction exercée comme fondement de l'omission.....	79
2- La fonction exercée comme facilitatrice de la répression.....	80
II- La consécration prétorienne de l'équivalence entre action et omission.....	80
A- Une portée limitée à l'égard de l'auteur principal.....	81
B- Une portée étendue à l'égard du complice.....	82

III- Le caractère inopérant de l'absence de préjudice.....	83
A- Le recours à la technique de l'incrimination dissuasive.....	84
1- Le recours aux infractions obstacles.....	85
2- Le recours aux infractions formelles.....	86
B- Les conséquences de l'incrimination dissuasive.....	87
1- Un assouplissement du système probatoire.....	87
2- Un élargissement de la sphère de la répression.....	88
a- Les manifestations de cet élargissement.....	88
b- La remise en cause de la légitimité fonctionnelle du droit pénal.....	88
Section II : L'effacement de l'élément moral.....	89
I- La méconnaissance du critère de la faute légalement requise.....	89
A- Le recours à la faute simple.....	90
1- La mutation d'anciens délits matériels en délits d'imprudence.....	90
2- Une mutation controversée ⁹¹	
B- L'allègement du contenu de la faute simple au regard de la loi Fauchon.....	92
II- La dépréciation prétorienne de la faute légalement requise.....	93
A- Les manifestations de cette dépréciation.....	93
1- La survivance des délits matériels.....	93
2- L'appréciation extensive de l'élément moral des délits intentionnels.....	94
a- La substitution d'un dol éventuel à l'intention coupable.....	95
b- L'interprétation extensive du dol spécial.....	97
B- Les conséquences de cette dépréciation.....	98
1- Une altération de l'incrimination.....	98
2- Une source additionnelle d'insécurité juridique.....	98
a- La nécessité de limiter l'importance des délits non intentionnels.....	99
b- La nécessité de supprimer les délits non intentionnels du droit pénal des sociétés.....	99
III- La prééminence de la faute.....	100
A- La prééminence de la faute simple en droit pénal des affaires.....	100
1- Une présomption de faute induite par la qualité professionnelle du prévenu.....	101
a- Le professionnel auteur principal de l'infraction.....	101
b- Le professionnel complice de l'infraction.....	102
2- Les effets déduits de la présomption de faute.....	103
a- Un assouplissement de la répression.....	103
b- Une entorse au système probatoire en droit répressif.....	104
B- La prééminence de la faute non intentionnelle en droit pénal administratif.....	105
1- La primauté de la faute non intentionnelle.....	105
2- La subsidiarité de la faute intentionnelle.....	106
a- L'intention critère exceptionnel dans l'infraction administrative.....	106
b- L'intention critère de mesure de la répression.....	107
Conclusion Titre I.....	108
TITRE II : LES DÉFICIENCES DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DIRIGEANT.....	109
Chapitre I : La prééminence de la répression.....	111
Section I : La multiplication des acteurs potentiellement responsables.....	111
I- L'octroi souple du statut de dirigeant.....	112
A- L'assimilation du dirigeant de fait et du dirigeant de droit.....	112
1- L'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant de fait.....	112

2- L'ambiguïté de l'assimilation.....	114
B- L'attribution du statut juridique requis.....	114
1- L'attribution légale du statut requis.....	114
2- L'attribution prétorienne du statut requis.....	115
II- La subjectivité controversée de la responsabilité pénale du dirigeant.....	116
A- Une matérialité résidant dans le fait du préposé.....	117
1- Un fondement légal subsidiaire.....	117
2- Un fondement jurisprudentiel prédominant.....	118
B- Une entorse au principe de subjectivité de la responsabilité pénale.....	119
1- Analyse conceptuelle de la faute du dirigeant : une responsabilité pénale non comportementale.....	120
2- Analyse substantielle de la faute du dirigeant : un écran du fait d'autrui.....	122
3- L'interprétation extensive de la notion d'auteur.....	126

Section II : La multiplication et l'extension des infractions visant le dirigeant.....129

I- En droit pénal des sociétés.....	129
A- La volonté législative de dépénaliser le droit des sociétés.....	129
1- Des infractions d'abus de fonction.....	129
2- De nombreuses infractions de fonction.....	130
3- Une surpénalisation controversée.....	131
B- La volonté prétorienne de surpénaliser l'abus de biens sociaux.....	133
1- Le constat unanime d'une surpénalisation.....	134
2- La « contrariété à l'intérêt social » au service de la répression.....	135
3- La définition extensive de l'intérêt personnel.....	136
4- La disparition progressive du dol spécial.....	139
II- En droit pénal du travail.....	140
A- Le dirigeant cible d'incriminations multiples.....	141
1- Des incriminations éparpillées.....	141
2- Des incriminations imprécises.....	143
B- Le dirigeant cible de la répression.....	147
1- Des poursuites éparses.....	147
2- Une répression inéluctable.....	149
III- En droit pénal des marchés financiers.....	151
A- L'attribution souple des manquements au dirigeant.....	153
1- L'obligation personnelle de veiller au respect des dispositions disciplinaires et administratives.....	153
a- Le dirigeant : une obligation inopportune.....	153
b- Le préposé : une obligation originale.....	154
2- Le mécanisme d'imputation au dirigeant.....	155
a- Notion d'imputabilité.....	155
b- Le régime sévère de l'imputabilité.....	156
B- Le dirigeant au centre des cumuls de sanctions.....	156
1- Le cumul des sanctions du dirigeant ou du préposé et de la personne morale.....	156
a- Le cumul des sanctions du préposé et de la personne morale.....	156
b- Le cumul systématique des sanctions du dirigeant et de la personne morale.....	157
2- Le cumul des sanctions du dirigeant et du préposé.....	158
a- Un cumul prétorien.....	158
b- L'inexistence de délégation de pouvoirs.....	158

Section III : L'insuffisante réforme de la responsabilité pénale de la personne morale.....159

I- L'illusion d'une réforme novatrice.....	160
A- De la spécialisation à la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales.....	160
B- Une responsabilité pénale peu protectrice du dirigeant.....	161
II- La réalité d'une réforme inefficace et incohérente.....	164
A- L'incohérence entre le régime répressif conservé et les objectifs affichés.....	164
B- L'incohérence entre la technique empruntée et les objectifs affichés.....	165
Section IV : La double incrimination administrative et pénale.....	166
I- L'entrée en concurrence des sanctions administrative et pénale.....	167
A- Le chevauchement entre le manquement d'initié et le délit d'initié.....	167
B- La censure du délit d'initié par le Conseil constitutionnel.....	168
II- Les conséquences d'une divergence artificielle.....	169
A- L'atteinte au principe du non bis in idem.....	170
1- Une règle de cumul infondée.....	170
2- Une règle de cumul en conflit avec les traités internationaux ratifiés par la France.....	171
B- La faible portée des limites du principe du bis in idem.....	173
1- L'exigence d'une stricte proportionnalité de la répression.....	173
2- Les exceptions législatives au principe de cumul.....	174
III- La controverse relative aux pouvoirs juridictionnels de l'AMF et au respect des droits de la défense.....	175
Section V : Les effets pernicioeux de l'excès répressif à l'égard du dirigeant.....	177
I- Une répression pénale paralysante.....	178
A- L'effet entravant de la répression pénale.....	178
1- Une entrave au dirigeant dans la conduite efficace de son entreprise.....	179
2- Une entrave à l'attractivité de la législation française sur les sociétés.....	180
B- L'effet d'une répression inéluctable.....	182
1- Le principe de saturation pénale.....	182
2- La transgression par ignorance.....	182
3- La transgression délibérée.....	183
II- Une répression pénale éclipsant les alternatives à la sanction pénale.....	184
A- Une approche inadéquate.....	185
B- Un système incohérent.....	186
III- Une répression pénale portant atteinte à l'honneur du dirigeant.....	187
A- Le dirigeant objet d'une suspicion médiatisée.....	187
B- Le dirigeant atteint dans sa réputation.....	188
IV- Une instrumentalisation de la menace pénale au sein de l'entreprise.....	189
A- Le dirigeant objet de menaces pénales à des fins privées.....	189
B- La régulation jurisprudentielle au regard de l'intérêt à agir.....	190
1- Le flux.....	190
2- Le reflux.....	191
Chapitre II : Une impunité réduite.....	194
Section I : L'impact limité des causes objectives d'irresponsabilité pénale à l'égard du dirigeant.....	194
I- L'inefficacité des causes objectives générales d'irresponsabilité à l'égard du dirigeant.....	195
A- Le caractère inadéquat des causes objectives générales d'irresponsabilité.....	195
B- Le caractère exceptionnel de l'état de nécessité.....	195

II- L'applicabilité restreinte des causes objectives spéciales d'irresponsabilité pour le dirigeant.....	197
A- Les causes objectives spéciales d'origine légale.....	197
B- Les causes objectives spéciales d'origine prétorienne.....	198
1- L'intérêt du groupe : cause objective spéciale d'irresponsabilité en matière d'abus de biens sociaux.....	199
a- Les conditions d'efficacité de l'intérêt du groupe.....	199
b- Les fondements de l'intérêt du groupe.....	200
2- La spécificité de l'intérêt du groupe comme cause objective.....	202
C- L'effet réduit du repentir du dirigeant et du comportement de son subordonné.....	202
1- L'effet réduit du repentir actif du dirigeant.....	203
2- L'effet réduit du comportement du subordonné.....	203
a- Le caractère inopérant du consentement du subordonné.....	203
b- L'effet réduit de la faute du subordonné.....	204

Section II: L'impact limité des causes subjectives d'irresponsabilité pénale à l'égard du dirigeant.....	205
I- L'impact limité de la contrainte.....	205
II- L'impact limité de l'erreur.....	206
A- L'erreur de fait.....	206
B- L'erreur de droit.....	207
1- L'erreur spontanée.....	207
2- L'erreur provoquée.....	208

Section III : L'impact limité de la délégation de pouvoirs.....	208
I- L'utilité de la délégation de pouvoirs pour le dirigeant.....	208
II- Un mécanisme restrictivement exonératoire pour le dirigeant délégué.....	209
A- L'admission jurisprudentielle de la délégation de pouvoirs.....	209
1- L'affirmation d'un principe général.....	210
2- La reconnaissance de l'effet translatif de responsabilité pénale.....	210
B- Les conditions de l'effet exonératoire à l'égard du dirigeant.....	211
1- Conditions relatives au délégataire.....	211
2- Conditions relatives à l'objet de la délégation.....	213
III- Le maintien de la responsabilité pénale du dirigeant.....	214
A- L'exclusion de la délégation de pouvoirs pour le dirigeant.....	214
1- En vertu d'une loi.....	214
2- En vertu des attributs propres au dirigeant.....	215
B- L'exclusion de la délégation de pouvoirs pour participation personnelle du dirigeant à l'infraction.....	216

Section IV : La quasi-imprescriptibilité des infractions commises par le dirigeant.....	217
I- La prescription juste reportée.....	218
A- Un report fondé.....	218
B- Un report infondé.....	219
II- La prescription véritablement paralysée.....	221
A- La généralisation d'une quasi-imprescriptibilité.....	221
B- Les contraintes de la réforme à venir.....	226

Conclusion du Titre II.....	228
------------------------------------	------------

CONCLUSION	DE	LA	PARTIE
I.....			229

PARTIE II : ANALYSE CONSTRUCTIVE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DIRIGEANT.....	230
TITRE I : LA REDÉFINITION DES CRITÈRES DE LA RÉPRESSION PÉNALE DU DIRIGEANT.....	232
Chapitre I : Le critère de la gravité en droit pénal général.....	234
Section I : Le critère d'une répression pénale justifiée.....	234
I- Une répression nécessaire.....	234
A- Entre droit pénal de protection et droit pénal de direction.....	235
1- Le droit pénal de protection.....	235
2- Le droit pénal de direction.....	236
3- Incidence de la distinction en droit pénal des sociétés.....	236
B- Entre délits naturels et délits artificiels.....	236
C- Entre droit pénal de rétribution et droit pénal de régulation.....	238
1- Distinction fondée sur la fonction de la peine.....	238
2- Distinction fondée sur les éléments constitutifs de l'infraction.....	238
II- Une répression suffisante.....	240
A- Fondements historique et sociologique de la responsabilité pénale du dirigeant.....	240
1- L'affirmation historique.....	240
2- L'affirmation sociologique.....	240
B- Fondement juridique de la responsabilité pénale du dirigeant.....	241
1- L'inadéquation de la responsabilité civile réparatrice.....	241
2- L'insuffisance des sanctions civiles.....	242
Section II : Le critère d'une répression pénale mesurée.....	243
I- Nécessité d'une répression mesurée en droit pénal général.....	244
A- La réhabilitation du principe de nécessité de la peine.....	244
B- L'interférence entre les principes de nécessité et de proportionnalité de la peine.....	244
II- Nécessité d'une répression mesurée en droit pénal des affaires.....	245
A- La prééminence de la répression de la fraude sur celle de l'inefficacité.....	245
1- La nécessaire distinction entre le dirigeant loyal et le dirigeant malhonnête.....	245
2- La nécessaire réduction des infractions de régulation.....	246
a- L'admission des infractions de régulation.....	246
b- L'analyse économique de la sanction pénale.....	247
c- Déficiences de l'analyse économique de la sanction pénale.....	248
B- L'insuffisance de la sanction pénale de droit commun.....	249
1- Les causes.....	249
2- Le cas de l'abus de biens sociaux.....	250
3- L'abus de biens sociaux : une réplique superflue de l'abus de confiance.....	251
Chapitre II : Les critères propres au droit pénal des affaires.....	253
Section I- Le critère relatif aux droits et libertés fondamentaux du salarié	

en droit pénal du travail.....	253
I- Un recentrage de la sanction pénale sur les atteintes aux droits et libertés fondamentaux du salarié.....	254
A- Les atteintes aux droits fondamentaux du salarié.....	254
1- La protection des droits et libertés fondamentaux du salarié.....	254
2- La protection de l'intégrité physique du salarié.....	258
B- La mise en cohérence des sanctions pénales.....	261
1- La mise en cohérence des sanctions pénales dans le Code du travail.....	261
a- Une réduction du champ d'application des contraventions.....	261
b- Une correctionnalisation de certaines contraventions.....	261
2- La mise en cohérence avec les dispositions du Code pénal.....	262
a- Une revalorisation de certaines peines délictuelles.....	262
b- Une responsabilité pénale accrue des personnes morales.....	263
II- Un développement mesuré de la sanction administrative.....	264
A- Le développement progressif de l'amende administrative.....	265
1- Les modalités de fixation du montant des amendes.....	265
2- L'autorité administrative habilitée à infliger l'amende.....	266
3- Les règles procédurales.....	266
4- Les voies de recours.....	266
B- La création de sanctions administratives coercitives.....	267
1- La création d'une mise en demeure sous astreinte.....	267
2- Le développement de mesures d'arrêt ou d'interdiction temporaires.....	268
 Section II- Les critères relatifs à la sécurité à la santé et au consentement du consommateur en droit pénal de la consommation.....	 270
I- Les critères nécessitant une protection pénale.....	270
A- Le critère relatif à la loyauté du professionnel.....	271
B- Le critère relatif au respect du formalisme informatif.....	273
C- Le critère relatif au respect du droit de rétractation.....	274
II- Le recours aux sanctions alternatives ou complémentaires à la sanction pénale.....	276
A- La nullité.....	277
1- Nullité textuelle.....	277
a- Nullité des clauses.....	277
b- Nullité du contrat.....	278
2- Nullité virtuelle.....	279
B- La responsabilité civile.....	281
1- La responsabilité du professionnel en cas de préjudice individuel.....	281
2- La responsabilité du professionnel en cas de préjudices patrimoniaux de masse.....	282
C- Le droit de résolution unilatérale du consommateur.....	283
D- Les sanctions civiles pécuniaires.....	284
E- La création de sanctions administratives.....	285
1- Amendes sanctionnant les manquements.....	285
2- Amendes sanctionnant l'inexécution des injonctions de l'administration.....	286
 Section III- Les critères relatifs à l'intérêt protégé en droit pénal des sociétés.....	 289
I- Le critère relatif à la protection du patrimoine social.....	289
A- La protection du patrimoine social bien propre de la société.....	290
1- Le principe de séparation du patrimoine de la société et du patrimoine des associés.....	290
2- La préservation du patrimoine social.....	290

B- La protection du patrimoine social gage des créanciers sociaux.....	292
II- Les critères relatifs à la protection des droits des associés.....	293
A- La préservation des droits politiques.....	293
B- La préservation des droits financiers.....	296
C- La préservation des droits patrimoniaux.....	297
III- Les critères relatifs à la protection de la confiance dans les dirigeants.....	298
A- Le fondement des obligations fiduciaires des dirigeants.....	299
B- Les obligations fiduciaires des dirigeants sociaux.....	302
1- Nature des obligations fiduciaires des dirigeants.....	302
a- L'obligation de loyauté.....	302
b- L'obligation de diligence.....	304
2- Prévention de la violation des obligations fiduciaires des dirigeants.....	304
a- Les dispositions d'encadrement.....	304
b- Les disposition d'interdiction.....	305
C- La question du conflit d'intérêt en droit comparé.....	305
1- Critères des opportunités privilégiées.....	307
a- Critères d'identification.....	308
b- Personnes concernées.....	309
2 - Régulation des opportunités privilégiées.....	311
a- Procédure.....	311
b- Sanction.....	312
IV- Le critère relatif à la protection de la fiabilité du contrôle.....	314
A- La protection des pouvoirs des organes de contrôle.....	315
B- La protection de la confiance dans les organes de contrôle.....	315
Section IV- La rémunération des dirigeants : un critère émergent?.....	316
I- Les dispositions encadrant la rémunération des dirigeants.....	321
A- Les carences du droit positif de l'excès.....	321
1- L'évolution de l'approche des rémunérations des dirigeants sociaux.....	321
2- Les dispositifs législatifs encadrant les rémunérations des dirigeants sociaux.....	322
a- Les critères de l'excès dégagés par le droit positif.....	322
b- Les dispositifs législatifs.....	329
B- Les progrès du droit souple.....	331
1- Le droit souple complément du droit positif.....	332
2- Le droit souple « substitut » au droit positif?.....	333
II- La sanction des dispositifs encadrant la rémunération des dirigeants.....	334
A- L'originalité de la sanction du droit souple.....	335
1- Une sanction par le marché.....	335
2- Le principe du « <i>comply or explain</i> » relais entre le marché et l'ordre juridique.....	337
B- L'insuffisance des sanctions du droit positif.....	339
1- Le recours aux sanctions spécifiques.....	339
2- Le recours aux sanctions non spécifiques.....	340
Conclusion Titre I.....	345
TITRE II : L'EFFICIENCE DES SANCTIONS CIVILES.....	346
Chapitre I : L'efficience des sanctions civiles spécifiques.....	348

Section I : La sanction professionnelle.....	349
I- Une sanction adaptée au dirigeant	349
A- La notion de sanction professionnelle.....	349
B- Les conséquences de la sanction professionnelle.....	350
II- Une sanction adaptée à la personne morale.....	351
A- La personne morale impossible objet de la sanction pénale.....	351
B- La personne morale objet de la sanction professionnelle.....	352
Section II : La responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif.....	353
I- Les conditions de la responsabilité pour insuffisance d'actif.....	354
A- Le constat d'une insuffisance d'actif.....	354
B- La caractérisation d'une faute de gestion du dirigeant.....	355
C- Une corrélation entre l'insuffisance constatée et la faute du dirigeant.....	356
D- Le respect du délai de prescription.....	356
II- Les conséquences patrimoniales de la responsabilité pour	
insuffisance d'actif.....	357
A- Appréciation du montant de la condamnation.....	357
B- Affectation du montant de l'action.....	358
C- Sanction de l'inexécution et de la condamnation.....	358
D- Exclusion de la responsabilité civile de droit commun.....	359
Chapitre II- L'efficience des sanctions civiles classiques.....	362
Section I : Les sanctions civiles de droit commun.....	362
I- Les nullités.....	363
A- Utilité des nullités.....	363
B- Causes des nullités.....	365
1- Nullités relatives à la constitution.....	366
a- Nullités résultant de la loi du 24 juillet 1966.....	368
b- Nullités liées à la méconnaissance des dispositions régissant	
le contrat de société.....	369
2- Des nullités relatives aux modifications statutaires.....	373
a- Nullités fondées sur des dispositions formelles de la loi.....	374
α- Nullités de plein droit.....	374
β- Nullités facultatives.....	376
b- Nullités fondées sur les textes régissant les contrats.....	377
3- Les nullités relatives aux décisions collectives ordinaires.....	379
a- Actes et délibérations visés par l'article 360, alinéa 2	379
b- Notion de « disposition impérative de la loi ».....	381
c- Nullités fondées sur la méconnaissance des dispositions	
régissant les contrats.....	384
α- Violation de statuts.....	384
β- Abus de majorité.....	384
C- Le régime des nullités.....	385
1- De l'action en régularisation.....	386
a- Mise en conformité avec la loi.....	386
b- Régularisation d'actes du dirigeant relevant du fonctionnement	
de la société.....	387
2- De l'action en nullité.....	388
a- L'exercice de l'action	388
b- Obstacles au prononcé de la nullité.....	390

α- Fins de non-recevoir.....	391
β- Régularisation en cours d'instance.....	392
c- La décision d'annulation.....	394
α- L'autorité de la décision.....	394
β- Conséquences de l'annulation.....	394
II- Le référé injonction de faire.....	398
A- La création de nouvelles injonctions de faire spéciales.....	398
1- Amorce d'une dépenalisation.....	399
2- Poursuite de la dépenalisation.....	400
a- L'injonction de faire en matière d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes.....	400
b- La création de nouvelles injonctions en dehors de toute augmentation de capital.....	402
3- Substitution progressive des injonctions de faire.....	404
B- Maintien de la procédure d'injonction de faire de droit commun.....	403
1- La solution classique.....	405
2- L'évolution.....	405
Section II : La gouvernance d'entreprise.....	407
I- La notion de gouvernance d'entreprise.....	408
A- L'appréhension ancienne de la gouvernance par le droit.....	408
B- Le fondement juridique de la gouvernance.....	409
II- La gouvernance : un système d'autorégulation pour les dirigeants.....	410
A- L'objet du code AFEP-MEDEF.....	410
B- La valeur du code AFEP-MEDEF et les entreprises concernées.....	411
1- La valeur du code AFEP-MEDEF.....	412
2- Les entreprises concernées.....	413
Conclusion du Titre II.....	414
CONCLUSION DE LA PARTIE II	415
CONCLUSION GÉNÉRALE	417
ANNEXES	
BIBLIOGRAPHIE.....	420
TABLE DES MATIÈRES.....	484

Gérard Hervé VILON GUEZO

Responsabilité pénale du dirigeant : regard critique

Le régime de la responsabilité pénale du dirigeant décontenance par l'originalité des mécanismes juridiques permettant sa mise en oeuvre. Cette responsabilité révèle des insuffisances tant au niveau de l'incrimination que de la répression. Alors que la première est affectée par de graves déficiences conceptuelles et fonctionnelles, la deuxième se démarque par une prééminence doublement perceptible. Cette dernière se manifeste, d'une part, par l'élargissement sans cesse croissant de la sphère de la répression, ainsi que par la multiplication des acteurs potentiellement responsables. L'excès répressif s'illustre, d'autre part, par la place réduite réservée à l'impunité. Il apparaît, en effet, que le dirigeant ne peut que très exceptionnellement invoquer utilement les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité de droit commun, ces dernières étant généralement, soit inadaptées, soit dotées d'un impact limité à son égard. La restriction de l'impunité semble par ailleurs corroborée par la quasi-imprescriptibilité de certaines infractions le visant. Cette politique criminelle fondamentalement axée sur la répression se révèle inefficace, voire contre-productive. Aussi, une analyse critique de la responsabilité pénale du dirigeant permet-elle d'en relever les insuffisances et d'en souligner les contradictions. Elle conduit à s'interroger sur l'opportunité de la répression en droit pénal des affaires et à redéfinir sur des bases plus cohérentes les critères devant gouverner le recours à la sanction pénale à l'égard du dirigeant. Une telle redéfinition permet d'opérer un redéploiement de la répression vers des alternatives civiles à finalité répressive ou régulatrice.

Mots clés : Dirigeant, responsabilité, régime, affaires, pénal, sanctions, critiques

Criminal liability of the leader : critical view

The criminal liability system of the leader disconcerts by the originality of the legal mechanisms allowing its implementation. That responsibility reveals insufficiencies as well on the level of the incrimination as of repression. Whereas first is affected by serious conceptual and functional deficiencies, the second is dissociated by a doubly perceptible preeminence. The latter appears, on the one hand, by widening unceasingly crescent of the sphere of repression, like by the multiplication of the potentially responsible actors. Repressive excess is illustrated, in addition, by the reduced place booked with impunity. It appears, indeed, which the leader can only very exceptionally call upon usefully the objective and subjective causes of irresponsibility of common right, these last being generally, either misfit, or equipped with an impact limited in its connection. The restriction of impunity in addition seems corroborated by the quasi-imprescriptibility of certain infringements aiming it. This criminal policy basically centered on repression appears ineffective, even against-productive. Also, a critical analysis of the criminal responsibility of the leader makes it possible it to raise the insufficiencies of them and to underline contradictions of them. It results wondering about the appropriateness of repression in criminal law of the business and in redefining on more coherent bases the criteria having to control the recourse to the penal sanction with regard to the leader. Such a redefinition makes it possible to operate a redeployment of repression towards civil alternatives to repressive or regulating purpose.

Keywords : Leader, liability, responsibility, system, business, criminal, repression, criticism.