

La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative

Mme Sofie Geeroms

Citer ce document / Cite this document :

Geeroms Sofie. La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 48 N°3, Juillet-septembre 1996. pp. 533-579;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1996.5257>

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5257

Fichier pdf généré le 09/04/2018

Abstract

The question of the penal responsibility of a given legal person is one of the open areas in international law. The European Council has already taken position in favour of such a responsibility. However, the tradition of national autonomy has not been questioned so far. Hence it is only on the basis of a systematic description and comparison that a European solution could be worked out.

The article offers a survey of the various legal Systems where the principle of penal responsibility has been accepted (England, the Netherlands and France) and of those Systems where it has been refused until so far (Belgium, Germany).

The imputability of the material act and the moral element requires the main part of the discussion.

It is a remarkable phenomenon that Belgium and Germany, the two countries that do not accept a penal responsibility of a legal person, nevertheless do take initiatives against criminal moral persons, either while hitting them through the physical persons or by means of non-penal measures.

The penal solution ought to be preferred to the administrative one, given the insurances already implied in penal law. Once such a principle has been accepted, it makes sense to apply penal sanctions in a consistent way while taking into consideration the nature of the moral person(s) involved, and this for a given number of offences that may have been committed by them. Due to the direct relation with criminal reality, a large concept of "legal person" is recommended. It also makes sense to cumulate the penal responsibility of the legal person on the one hand and the physical person on the other hand, as long as the principle of non bis in idem can be maintained.

In fact, none of the national legal Systems seems to be satisfactory on its own, but a few basic principles which may allow for a more global policy are now at least better known. This is exactly why a comparative discussion and analysis appeared to be necessary.

Résumé

Parmi les lacunes du droit international, suite à l'internationalisation, la question de la responsabilité pénale de la personne morale mérite une attention toute particulière. Le Conseil de l'Europe s'est déjà explicitement exprimé en faveur d'une telle responsabilité. Il n'en demeure pas moins que l'autonomie nationale a été entièrement respectée jusqu'à nos jours. Dès lors seule une description et une comparaison systématiques pourraient rendre possible une solution à l'échelle européenne.

L'article passe en revue des systèmes de droit qui ont accepté le principe de la responsabilité pénale (l'Angleterre, les Pays-Bas et la France) ainsi que des systèmes de droit qui l'ont refusé jusqu'à ce jour (la Belgique et l'Allemagne).

L'imputabilité de l'acte matériel et de l'élément moral à la personne morale se place au centre de la discussion.

Il est remarquable que les deux pays où le principe de la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas accepté, réussissent néanmoins à frapper des personnes morales criminelles, que ce soit par le biais des personnes physiques ou par le biais des voies non-pénales.

La voie pénale est à préférer à la voie administrative, et ce en vertu des seules garanties propres au droit pénal. Une fois le principe accepté, il importe d'être cohérent et d'introduire des sanctions pénales adaptées à la nature de la personne morale, et ceci pour un nombre d'infractions susceptibles d'être commises par les êtres moraux en question. En outre, le reflet direct de la réalité criminologique justifie le recours à une notion large de la personne morale. Il faut aussi accepter le principe du cumul des responsabilités entre la personne morale d'une part et la personne physique d'autre part, pourvu que reste intact le principe de non bis in idem.

Il semble en fait qu'aucun système de droit national ne puisse donner satisfaction à lui seul, mais il est à tout le moins justifié de conclure que les principes qui pourraient fonder une politique globale paraissent désormais connus. C'est exactement pour ces raisons qu'une discussion comparative était indispensable.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE LA PERSONNE MORALE : UNE ÉTUDE COMPARATIVE

Sofie GEEROMS *

Parmi les lacunes du droit international, suite à l'internationalisation, la question de la responsabilité pénale de la personne morale mérite une attention toute particulière. Le Conseil de l'Europe s'est déjà explicitement exprimé en faveur d'une telle responsabilité. Il n'en demeure pas moins que l'autonomie nationale a été entièrement respectée jusqu'à nos jours. Dès lors seule une description et une comparaison systématiques pourraient rendre possible une solution à l'échelle européenne.

L'article passe en revue des systèmes de droit qui ont accepté le principe de la responsabilité pénale (l'Angleterre, les Pays-Bas et la France) ainsi que des systèmes de droit qui l'ont refusé jusqu'à ce jour (la Belgique et l'Allemagne).

L'imputabilité de l'acte matériel et de l'élément moral à la personne morale se place au centre de la discussion.

Il est remarquable que les deux pays où le principe de la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas accepté, réussissent néanmoins à frapper des personnes morales criminelles, que ce soit par le biais des personnes physiques ou par le biais des voies non-pénales.

La voie pénale est à préférer à la voie administrative, et ce en vertu des seules garanties propres au droit pénal. Une fois le principe accepté, il importe d'être cohérent et d'introduire des sanctions pénales adaptées à la nature de la personne morale, et ceci pour un nombre d'infractions susceptibles d'être commises par les êtres moraux en question. En outre, le reflet direct de la réalité criminologique justifie le recours à une notion large de la personne morale. Il faut aussi accepter le principe du cumul des responsabilités entre la personne morale d'une part et la personne

* Assistante à la Section de droit comparé de l'Université Catholique de Leuven, avocat au Barreau de Bruxelles.

physique d'autre part, pourvu que reste intact le principe de *non bis in idem*.

Il semble en fait qu'aucun système de droit national ne puisse donner satisfaction à lui seul, mais il est à tout le moins justifié de conclure que les principes qui pourraient fonder une politique globale paraissent désormais connus. C'est exactement pour ces raisons qu'une discussion comparative était indispensable.

The question of the penal responsibility of a given legal person is one of the open areas in international law. The European Council has already taken position in favour of such a responsibility. However, the tradition of national autonomy has not been questioned so far. Hence it is only on the basis of a systematic description and comparison that a European solution could be worked out.

The article offers a survey of the various legal systems where the principle of penal responsibility has been accepted (England, the Netherlands and France) and of those systems where it has been refused until so far (Belgium, Germany).

The imputability of the material act and the moral element requires the main part of the discussion.

It is a remarkable phenomenon that Belgium and Germany, the two countries that do not accept a penal responsibility of a legal person, nevertheless do take initiatives against criminal moral persons, either while hitting them through the physical persons or by means of non-penal measures.

The penal solution ought to be preferred to the administrative one, given the insurances already implied in penal law. Once such a principle has been accepted, it makes sense to apply penal sanctions in a consistent way while taking into consideration the nature of the moral person(s) involved, and this for a given number of offences that may have been committed by them. Due to the direct relation with criminal reality, a large concept of "legal person" is recommended. It also makes sense to cumulate the penal responsibility of the legal person on the one hand and the physical person on the other hand, as long as the principle of non bis in idem can be maintained.

In fact, none of the national legal systems seems to be satisfactory on its own, but a few basic principles which may allow for a more global policy are now at least better known. This is exactly why a comparative discussion and analysis appeared to be necessary.

INTRODUCTION ¹

Les personnes morales sont devenues dans la société moderne une composante majeure et quotidienne, de façon qu'elles constituent notre

¹ Le présent article doit beaucoup, dans sa conception et sa formulation, au séminaire du P^r Cl. LOMBOIS (Paris II). Je tiens à lui exprimer ici ma sincère reconnaissance. Je tiens aussi à exprimer ma reconnaissance envers Serge DEFRENNE qui a collaboré à la réalisation du chapitre II et à la section II du chapitre III.

environnement économique, industriel et social. Nous traitons avec elles, nous sommes sollicités par elles.

Leur montée en puissance dans la société a automatiquement eu pour conséquence qu'elles se sont engagées sur la route criminelle, tout à fait comme les personnes physiques. Il est donc temps, vu leur rôle de plus en plus dominant dans la vie quotidienne, de reconnaître que les personnes morales constituent en droit pénal, aussi bien que les personnes physiques, une réalité criminologique.

Toutefois, sous l'angle du droit pénal, une telle constatation ne suffit pas, l'infraction commise devant être imputable à l'agent pénal, en l'occurrence à la personne morale. Ce problème d'imputabilité peut être considéré comme le problème fondamental.

Vu l'imbrication intime entre d'une part l'ordre juridique national et d'autre part l'ordre juridique international, plus particulièrement européen, il faut certainement poser le sujet dans un cadre international.

Apparemment, il n'existe pas de principe européen dont la valeur supra législative s'impose aux États pour exclure ou admettre la responsabilité pénale des personnes morales.

Pourtant, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe s'est exprimé en faveur d'une telle responsabilité dans la Recommandation n° R (88) 18 « concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités »².

Ce texte n'a aucune valeur contraignante et il ne recommande aux Gouvernements des États membres que de s'inspirer des principes en question dans leur droit et sa pratique. Le législateur national reste ainsi souverain quant au choix du type de responsabilité³.

Ce libre choix ne doit néanmoins pas empêcher les États membres de coopérer pour rechercher une solution commune : si l'on veut que la personne morale ne puisse pas échapper à sa responsabilité en transférant ses activités d'un pays à un autre, une ligne de conduite générale semble nécessaire.

Comme le problème reste plein d'embûches et difficile à dominer en raison notamment des conceptions différentes qui existent à son égard, il va de soi qu'une délimitation du sujet s'impose. Les questions relatives à la procédure ne seront pas traitées. En outre, seul le droit pénal général sera traité à l'exclusion du droit pénal de l'environnement, du droit pénal des affaires...

On présentera successivement les données de la situation actuelle, le problème de l'imputabilité de l'acte matériel et de l'élément moral, les personnes morales et la matière pénale elle-même, à savoir les infractions et

² Cette Recommandation a déjà été précédée par d'autres décisions européennes relatives au même sujet : 1) la Résolution (77) 28 sur la contribution du droit pénal à la protection de l'environnement ; 2) la Recommandation N° R (82) 15 sur la criminalité des affaires ; 3) la Recommandation N° R (82) 15 sur le rôle du droit pénal dans la protection des consommateurs.

³ La Recommandation explique d'ailleurs ce choix en se référant à la difficulté de rendre des entreprises, ayant personnalité juridique, pénalement responsables en raison des traditions juridiques de nombreux États européens.

les sanctions et ce pour le droit anglais, néerlandais, français, belge et allemand. Tous ces pays sont membres du Conseil de l'Europe, et ils donnent un reflet représentatif du problème à étudier.

I. LES DONNÉES DE LA SITUATION ACTUELLE

La situation actuelle se résume de la façon suivante.

Parmi les systèmes de droit étudiés, certains professent le principe de la responsabilité pénale, en l'occurrence l'Angleterre, les Pays-Bas et la France, tandis que d'autres le refusent, c'est-à-dire la Belgique et l'Allemagne.

Ensuite, parmi les partisans ou non-partisans du principe, certains ont chargé le législateur de formuler une solution concrète comme la France et les Pays-Bas et d'autres ont laissé cette tâche à la jurisprudence, ce qui est le cas en Angleterre et en Belgique.

En outre, on peut distinguer, parmi les partisans du principe, ceux qui le soutiennent grâce à une longue tradition comme l'Angleterre et les Pays-Bas, et ceux pour qui le principe paraît tout à fait nouveau, comme la France. Et parmi les non-partisans du principe, se trouvent d'une part la Belgique, qui adopte une attitude ambiguë, et d'autre part l'Allemagne qui a pris une attitude plus conséquente en développant un système administratif cohérent.

Il n'est pas étonnant que l'acceptation du principe de la responsabilité pénale se soit passée en premier lieu en Angleterre, nonobstant le fait que la jurisprudence y a, initialement et a maintes reprises, rejeté l'idée d'une responsabilité pénale des personnes morales⁴. Premièrement touché par l'industrialisation qui exigeait des investissements dépassant les capacités financières d'un ou de plusieurs individus, la création de la personne fictive y était l'instrument juridique par excellence pour tenir compte des désirs de cette nouvelle évolution. Suite à un nombre croissant d'infractions commises par elles, le droit anglais était forcé de rechercher diverses possibilités pour pouvoir atteindre un responsable.

Ainsi les tribunaux et les cours anglais ont créé, dans un premier temps, des exceptions sur le principe de l'irresponsabilité. D'abord, pour les délits par omission, « *nonfeasance* » (un délit non intentionnel)⁵, ensuite, pour les délits de commission, « *misfeasance* »⁶. Or, en instaurant ces exceptions, les tribunaux anglais ont eu à résoudre la difficulté de la non applicabilité des « *statutes* », qui ne visent que les infractions commises par les personnes physiques.

C'est dans un deuxième temps que le législateur anglais est intervenu : il a reconnu d'une façon implicite la responsabilité pénale des personnes morales dans l'« *Interpretation Act* » de 1889, par le biais d'une disposition

⁴ *Anon* (1701) 12 *Mod. Rep.* 560.

⁵ *The Birmingham and Gloucester Railway*, 28 mai 1842 (1842) 3 *Q.B.* 223.

⁶ *The Great North of England Railway Co.*, 12 juin 1846 (1846) 9 *Q.B.* 315.

générale (S.2(1)), selon laquelle il faut comprendre, dans les actes législatifs, le terme personne comme visant aussi la personne morale.

La jurisprudence a complété l'« *Interpretation Act* » de 1889 en étendant le principe de la responsabilité pénale aux infractions relevant du « *common law* ». Cela a été décidé dans trois arrêts de principe datés de 1944⁷, qui — avec d'autres rendus plus tard⁸ — ont aussi eu le mérite de développer des critères et des conditions d'après lesquels la responsabilité pénale peut être retenue concrètement. Le législateur anglais a, à son tour, introduit quelques « *statutes* » relatifs à la procédure à suivre⁹, ainsi que des nouvelles infractions¹⁰.

Plus d'un siècle plus tard, le législateur néerlandais a pris position sur ce point : la loi du 23 juillet 1976 a inséré dans le Code pénal néerlandais l'article 51 d'après lequel tous les faits incriminés peuvent être commis par des personnes physiques et des personnes morales. Une telle responsabilité était déjà connue avant l'entrée en vigueur du Code pénal, la loi sur les délits économiques de 1951 prévoyant explicitement dans son article 15 la responsabilité pénale d'entités très diverses¹¹. On ne soulignera sans doute jamais assez l'importance de cet article, qui implique l'extension, par la réglementation actuelle — art. 51 C. pén. — du droit pénal commun. Comme en Angleterre, on ne peut pas non plus ignorer le rôle joué par la jurisprudence qui a élaboré des critères pour déterminer en l'espèce si la personne morale est l'agent pénal de l'infraction concernée.

Vingt ans plus tard, le législateur français a finalement¹² accepté le principe de la responsabilité pénale de la personne morale : la loi du 22 juillet 1992, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 a introduit dans le nouveau Code pénal¹³ l'article 121-2, d'après lequel « les personnes mora-

⁷ Ces trois « *landmarkcases* » étaient : 1) *D.P.P. v. Kent & Sussex Contractors, Ltd.* (1944) *K.B.* 146 ; 2) *R. v. I.C.R. Haulage, Ltd.* (1944) *K.B.* 551 ; 3) *Moore v. Bresler, Ltd.* (1944) 2 *A.E.R.* 515. V. RICHMAN, J. DRAYOTT, A. O. BAKER, *Stone's Justices' Manuel* Londres, Butterworth, 1993.

⁸ *H. L. Bolton (Engineering) Co Ltd. v. P. J. Graham & Sons Ltd.* (1957) 1 *Q.B.* 159 at 172 ; *John Henshall Quarries Ltd. v. Harvey* (1965) 2 *Q.B.* 233 ; *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* (1972) *A.C.* 153 ; *Regina v. H. M. Coroner for East Kent, Ex p Spooner* (1987) *Times*, 10 october, D.C. ; *P & O European Ferries (Dover) Ltd.* (1991).

⁹ The Criminal Justice Act 1925, s. 33 ; the Magistrates' Courts Act 1952, 6th Sch. ; the Magistrates' Courts Act 1980, s. 12 + Sch.3 ; the Magistrates' Courts Rules 1981, s. 99 ; the Insolvency Act 1986 ; the Trade Union and Labour Relations Act 1974 ; the Criminal Justice Act 1991, s. 25.

¹⁰ The Financial Services Act 1986 ; the Companies Acts 1985-89.

¹¹ Antérieurement à la loi sur les délits économiques, l'article 3 du « *Besluit Tuchtrechtspraak Voedselvoorziening* » et l'article 6 du « *Economische Sanctiebesluit* » prévoyaient déjà à côté de la responsabilité pénale des dirigeants, celle de la personne morale elle-même. V. J. REMMELINCK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994.

¹² Sur ce point, déjà en 1934, un avant-projet de révision du Code pénal a été déposé (le projet Matter), laissé sans suite à cause de la Guerre. L'avant-projet de cette innovation législative date déjà de 1978.

¹³ Le législateur a aussi inséré quelques nouveaux articles dans le Code de procédure pénale : l'art. 706-41 à 46, l'art. 768-1, l'art. 769-2, l'art. 774-1, l'art. 775-1 a, l'art. 776-1, l'art. 777-2.

les sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Pourtant, il s'est avéré après un examen profond que cette nouvelle loi n'est pas aussi révolutionnaire ou innovatrice qu'elle en a l'air. Ainsi l'affirmation du principe de l'irresponsabilité durant une longue période n'a pas empêché la Cour de cassation d'apporter quelques atténuations¹⁴, non plus le législateur d'instaurer quelques exceptions sur le principe même dans des lois particulières¹⁵.

La différence d'évolution sur le continent d'une part et en Angleterre d'autre part est remarquable. Elle peut s'expliquer par les caractéristiques spécifiques de chaque famille de droit dont les différents pays sont membres. Ainsi le droit anglais appartient à la famille du « *common law* », alors que les droits français, belge, néerlandais et allemand appartiennent à la famille des systèmes de droits continentaux de l'ouest. La différence entre ces systèmes réside surtout dans le fait que le « *common law* » est un droit formé en principe par le juge, en tranchant des litiges particuliers. Le juriste du « *common law* » se distingue donc du juriste continental, — plus tenté par les réflexions générales et abstraites — par une démarche concrète et une approche casuistique. Grâce à cette flexibilité particulière, le « *common law* » se prête mieux et plus vite que notre droit à une adaptation aux exigences de la vie moderne et aux fluctuations du temps.

Les droits allemand et belge refusent le principe de la responsabilité pénale. Tous deux arrivent néanmoins, chaque pays à sa façon, à trouver et à sanctionner un responsable.

Le droit allemand en créant un « *Ersatzsystem* » dans le droit administratif¹⁶ — l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* » du 24 mai 1968 contient une disposition générale (§ 30), réprimant les infractions commises dans le cadre de la personne morale en lui infligeant une amende (« *Verbandgeldbuße* ») — ; le droit belge en déterminant les personnes physiques qui doivent porter les conséquences de l'infraction commise par la personne

¹⁴ Crim., 24 déc. 1864, S. 1866-I-464 ; Crim., 15 juill. 1943, *Bull. crim.*, n° 68 ; Crim., 6 mars 1958, *D.*, 465.

¹⁵ Ces premières exceptions, déjà abrogées entre-temps, datent des années 40 : l'ordonnance du 5 mai 1945 relative à la répression des entreprises de presse coupables de collaboration avec l'ennemi ; l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux délits en matière de réglementation des changes et une autre ordonnance du 30 juin 1945 en matière économique. Aussi l'ancien Code pénal contenait déjà une exception dans son article 428, prévoyant des sanctions pénales à l'encontre des « associations d'artistes » pour les infractions concernant la propriété des auteurs. La loi du 10 janvier 1991, renforçant le dispositif de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, illustre par contre une exception récente qui est toujours en vigueur.

¹⁶ Dans deux cas seulement le législateur allemand a opté pour le droit pénal. Dans le premier cas, il s'agissait d'une loi pénale fiscale, § 393 « *Reichsabordnung* » de 1931, dans laquelle le législateur avait prévu des sanctions pénales à l'encontre des personnes morales. Cette loi a cependant été abrogée en 1967. Le deuxième cas ne peut pas non plus servir de bonne illustration, car il s'agissait du « *Besatzungsstrafrecht* », c'est-à-dire le droit pénal imposé après la Seconde Guerre Mondiale par les alliés et basé sur les principes anglosaxons. Il s'agissait d'une loi sur les cartels et les devises dans lequel les personnes morales étaient assimilées aux personnes physiques. Dans un arrêt du 27 octobre 1953, le « *Bundesgerichtshof* » a confirmé une telle responsabilité pénale sous ce régime spécifique, mais à la fois la Cour ne l'a pas tenu pour conciliable avec les principes allemands relatifs à la culpabilité et à la peine.

morale. Dès le début des années trente, la Cour de cassation — face au silence maintenu de la part du législateur¹⁷, c'était la jurisprudence qui devait trancher, et l'a fait en faveur de l'irresponsabilité pénale de la personne morale¹⁸ — a graduellement renoncé à une application conséquente de l'adage classique « *Societas delinquere non potest* »¹⁹ et a finalement accepté que la personne morale puisse être l'auteur d'une infraction²⁰. Là, la Cour s'est aussi arrêtée, la personne morale reste pénalement immune : « *Societas delinquere potest, sed non puniri potest* ». Elle ne peut pas être punie pour cette infraction sur la base de la législation actuelle. Par conséquent, il faut poursuivre et punir les personnes physiques qui ont agi pour le compte de la personne morale.

II. L'IMPUTABILITÉ

L'imputation matérielle est la règle en droit pénal. Le fait punissable est normalement attribué ou imputé à la personne qui a matériellement commis le fait.

Il n'en va pas de même pour la personne morale. Même si on conçoit que le destinataire de la norme pénale puisse être une collectivité, il n'en demeure pas moins qu'on a toujours besoin d'un acte ou d'une abstention d'un être humain.

La question de la responsabilité des personnes morales devient donc partiellement la suivante : à quel point ces personnes physiques importent-elles pour les personnes morales, pour que leurs comportements deviennent le comportement de la personne morale qui sera poursuivie sur cette base. Le juge, pour imputer un acte à une personne morale devra toujours faire un bond de la personne physique vers cette personne morale.

Non seulement pour imputer l'acte à une personne morale, mais aussi pour lui attribuer la volonté — l'élément moral de l'infraction —, le juge se verra obligé de faire un bond.

Les difficultés découlant de l'imputabilité s'expliquent surtout par le fait que le droit pénal s'est construit sur des conceptions classiques comme la culpabilité, la responsabilité et la peine, alors que le droit des sociétés, le droit économique et le droit social se sont développés à un moment où le droit pénal et ses notions-clefs étaient depuis longtemps

¹⁷ Malgré le fait que cette question ait été beaucoup discutée par la doctrine et qu'ainsi beaucoup de projets de loi ont été déposés tendant à modifier la situation actuelle, même très récemment, le législateur belge n'a pas encore obtenu de consensus afin de parvenir à une solution dans le droit pénal général. Dans la législation spéciale, par contre, on peut trouver des exemples où la responsabilité pénale est acceptée : l'art. 1 de l'arrêté-loi du 29 juin 1946 concernant l'intervention injustifiée d'intermédiaires dans la distribution des produits et matières, l'art. 3 de la loi du 15 mai 1956 sur les économats et le décret du 7 octobre 1985. Mais un examen plus approfondi de ces exemples montre qu'il s'agit en réalité d'erreurs législatives.

¹⁸ Cass., 13 févr. 1905, *Pas.*, 1905, I, 131.

¹⁹ Cass., 18 déc. 1933, *Pas.*, 1934, I, 107-110 ; Cass., 26 févr. 1934, *Pas.*, 1934, I, 180-200.

²⁰ Cass. 8 avr. 1946, *Arr. Verbr.*, 1946, 137-139 ; Cass., 16 déc. 1948, *J.T.*, 1949, 148.

conçus. De ce fait, la notion de personne morale comme phénomène récent s'accommode fort bien des données des branches modernes du droit. Ainsi, la possibilité pour les personnes morales d'avoir des droits et des obligations est reconnue par ces branches du droit. Le droit pénal, par contre, reconnaît — ou mieux reconnaissait — seulement la qualité de sujet passif de l'infraction. L'application de ces anciens principes à des réalités juridiques développées beaucoup plus tard suscite inévitablement des problèmes.

A. — *L'imputabilité matérielle*

Le bond matériel à effectuer par le juge, qui sera plus considérable dans un système juridique que dans un autre, s'appelle en France « la théorie de la responsabilité par ricochet », aux Pays-Bas « la théorie de la fonctionnalité » (« *functioneel daderschap* ») et en Angleterre « la théorie de l'identification » (« *the identification theory* »). Dans ces trois théories, on essaie d'une certaine façon d'attribuer un acte (une infraction) à une personne morale.

Même dans les pays qui ne connaissent pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales — l'Allemagne et la Belgique — on retrouve un bond semblable ayant la même fonction, à savoir d'infliger une sanction au responsable. L'Allemagne se base sur « la théorie du rapport d'entreprise » et la Belgique sur « la théorie de l'imputabilité à l'inverse ».

1. *La théorie générale*

a) *La théorie de l'identification* (« identification theory »)

En Angleterre, la responsabilité pénale des personnes morales s'est développée dans deux perspectives différentes. D'une part celle de la responsabilité objective, avec la « *strict liability* » (de son fait personnel) et de la « *vicarious liability* » (du fait d'autrui), d'autre part celle d'une responsabilité pénale personnelle reconnue dans un domaine plus large, la responsabilité subjective.

En effet, le droit pénal anglais reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales dans le cas d'infractions qui n'exigent pas d'éléments moraux : il suffit qu'il y ait une base juridique légale ou une base jurisprudentielle préalable. La responsabilité pénale pourra être engagée du fait que la personne morale peut être le destinataire de la norme. Ce sont de tels cas classiques où la loi impose une obligation ou une omission d'agir²¹ et qui étaient à la source de tout le développement de la responsabilité pénale des personnes morales²². On peut citer comme exemple d'une

²¹ Des exemples des lois prévoyant cette responsabilité sont *Motor Vehicles Construction and Use Regulations Act 1951*, *Firearms Act 1968*, *Misuses of Drugs Act 1971*.

²² *The Birmingham and Gloucester Rly Co* (1842), *The Great North of England Rly Co* (1846). En l'espèce, il s'agissait de deux compagnies de chemins de fer qui ont été condamnées : l'une pour ne pas avoir accompli une obligation qui lui était imposée par la loi (« *statutory duty* »), l'autre pour ne pas avoir coupé et obstrué une voie publique par

infraction définie dans les lois (« *statutory offenses* ») le fait de polluer l'air. Dans ce cas, la personne morale sera tenue pénalement responsable pour le seul fait de ne pas avoir requis la licence ou pour le seul fait de polluer. Cette « *strict liability* » est plutôt exceptionnelle. En « *common law* » — le droit jurisprudentiel anglais — les infractions reposant sur une « *strict liability* » sont encore plus rares²³. En ce qui concerne la « *vicarious liability* », cette responsabilité du fait d'autrui n'existe pas comme théorie générale en droit pénal²⁴. La « *vicarious liability* » est ainsi aussi plutôt exceptionnelle, et quand elle existe, c'est presque toujours une « *strict liability* » d'où son application aux personnes morales²⁵. Par exemple lorsque la personne morale qui a une obligation à respecter de manière absolue délègue ce pouvoir à une autre personne pour lui confier l'exécution de l'obligation, le déléguant est pénalement responsable du comportement du délégué.

Dans les cas où l'infraction comporte un élément moral, la jurisprudence anglaise a développé la théorie de l'identification.

C'était dans l'affaire *D.P.P. v. Kent & Sussex Contractors Ltd.*, que cette démarche civile est apparue pour la première fois. En l'espèce, une société était incriminée pour la violation de la *Defence (General) Regulations Act* de 1939. Du fait que cette infraction exige un élément moral, ni la « *strict liability* » ni la « *vicarious liability* » ne pouvaient être appliquées. Le droit anglais a donc recouru à une doctrine du droit civil, selon laquelle, dans chaque société, certaines personnes physiques déterminent plus que d'autres les activités de la société. Leurs comportements sont les comportements de la société.

Une théorie de l'identification s'est ainsi développée en droit pénal, mais l'application de cette fiction, empruntée au droit civil, était encore diffuse dans les années 40. Ce n'est qu'après les années 60 que la jurisprudence a déterminé avec suffisamment de précision quelles personnes physiques sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la personne morale²⁶.

des travaux effectués d'une façon non conforme aux pouvoirs qui lui avaient été conférés par un « *act* » de parlement.

²³ Dans la première moitié du 19^e siècle, des corporations s'étaient vu reconnaître une responsabilité pénale pour les « *publics nuisances* » et pour le « *contempt of court* ». V. R. S. WELCH, « The Criminal liability of corporation », *L.Q.R.* 1946 (V. 62), 345.

²⁴ La théorie de la « *vicarious liability* » s'est développée en droit anglais dans le domaine de l'acte illicite (« *law of torts* »).

²⁵ Cf. *Mousell v. London and North-Western Ry* (1917) 2 *K.B.*, 836, 845. Cette responsabilité pour le fait d'autrui a aussi été retenue par une interprétation de certains mots-clés dans la loi comme « vendre » (*to sell*), « utiliser » (*to use*) et « posséder » (*to possess*). Le « *leading case* » dans cette « *vicarious liability* » est l'affaire *Green v. Burnett*. En l'occurrence, il s'agissait d'appliquer le « *Motor Vehicles Regulation Act* » qui, dans son article 101, énonce que le fait d'utiliser un véhicule dont l'état n'est pas conforme aux exigences légales constitue une infraction. Burnett, employé d'une compagnie, conduisant pour son travail un véhicule appartenant à son employeur, avait causé un accident suite à la défaillance du système de freinage qui n'était pas conforme aux exigences légales. La Cour a considéré que le mot « *use* » dans l'article 101 permettait de considérer que l'on avait voulu retenir la « *vicarious liability* ».

²⁶ L'un des arrêts considérés comme un arrêt de principe est celui rendu dans l'affaire *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* (1972) *A.C.* 153 : la société en cause était propriétaire de plusieurs centaines de magasins. Dans l'un de ceux-ci, une boîte de lessive était vendue

D'après la théorie de l'identification, on peut donc attribuer l'acte criminel de la personne physique à la personne morale si la personne physique en cause peut être identifiée avec la société, c'est-à-dire, si la personne physique est l'incarnation de la société.

b) *La théorie de la responsabilité fonctionnelle* (« functioneel daderschap »)

La théorie de la responsabilité fonctionnelle est aussi un produit jurisprudentiel²⁷. Dans un arrêt de 1954 concernant la responsabilité pénale d'un entrepreneur, la Haute Juridiction néerlandaise a énoncé que celui-ci ne peut être tenu responsable pour tout mal dans l'entreprise. Seul les événements sur lesquels il dispose d'un certain pouvoir et qu'il a accepté peuvent entrer dans le champ d'application. Que ces critères valent aussi lors de la responsabilité pénale de la personne morale, a été décidé par la Haute juridiction néerlandaise dans un arrêt de 1981. Ce sont ces critères-là qui se trouvent toujours à la base de la théorie fonctionnelle.

Lorsqu'un comportement est décrit, non seulement comme un acte physique mais aussi en égard à une fonction exercée dans la société, l'auteur de l'infraction est alors la personne physique ou morale qui remplit cette fonction dans la société. En d'autres termes, on ne punit pas l'auteur qui a accompli le comportement physique mais celui qui, dans la société, est reconnu comme exerçant cette fonction.

La responsabilité fonctionnelle a donc détaché le comportement physique illicite de l'auteur et l'a rattaché à celui qui remplit ce rôle ou cette fonction déterminée dans la vie sociale. Le comportement réel (par exemple conduire) importe peu. Par contre, un comportement fonctionnel est nécessaire (par exemple transporter).

La théorie de la responsabilité fonctionnelle permet ainsi d'attribuer l'acte criminel d'une personne physique à une personne morale, à condition que le comportement réel de cette personne physique corresponde à l'accomplissement d'une fonction déterminée dans la société par la personne morale en question.

c) *La théorie de la responsabilité par ricochet*

L'importance de la jurisprudence en cette matière — il suffit de regarder la situation en Angleterre et aux Pays-Bas — ne peut pas être négligée. En effet, la création d'une théorie d'imputabilité est pour une grande partie le mérite de la jurisprudence. Il est donc trop tôt pour se

au prix de 3 *shillings* et 11 *pence*, à un moment où une publicité en vitrine annonçait le même produit pour 2 *shillings* et 11 *pence*. Or le *Trade Description Act* de 1968, dans sa section 11, érige en infraction le fait de proposer des biens à un prix inférieur à celui auxquels ils sont vendus réellement. Lors des poursuites, la société a invoqué qu'elle avait délégué ce pouvoir et que l'infraction était due à l'action ou l'omission d'une autre personne, le directeur du magasin. Condamnée en première instance, et n'étant pas parvenue à faire infirmer la décision en appel, la société a pu saisir la Chambre des Lords. La question était donc de savoir si le directeur du magasin pouvait être identifié avec la société. La Chambre des Lords avait répondu par la négative.

²⁷ H.R., 23 fév. 1954, *N.J.*, 1954, 378 (mieux connu sous le nom de « *ijzerdraadarest* »); H.R., 6 avr. 1979, *N.J.*, 1980, H.R., 1 juill. 1981, *N.J.*, 1982, 80.

prononcer sur l'application véritable de la mise en place du principe de la responsabilité en droit français.

Un premier aperçu doctrinal, basé sur la disposition légale de l'article 121-2 du Code pénal elle-même, est pourtant possible. Cet article renvoie d'une part à l'acte, — « pour le compte de la personne morale » — et d'autre part à l'agent, — « par les organes ou représentants de la personne morale ».

Comme l'explique la doctrine, il faut un support humain à la responsabilité pénale²⁸. En d'autres mots, il s'agit d'une responsabilité par ricochet, d'une responsabilité d'emprunt, ou d'une responsabilité par procuration. La responsabilité pénale des personnes morales suppose qu'une infraction ait été commise qui soit susceptible d'être reprochée à une personne physique.

Ainsi le juge aura simplement à vérifier qu'un fait ait été commis et que ce fait l'ait été pour le compte de la personne morale ainsi que par l'un de ses organes ou représentants.

d) *La théorie de l'imputabilité à l'inverse*

Contrairement à la situation en Angleterre, aux Pays-Bas et en France, la Belgique ne connaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Donc, à première vue, pas de problèmes d'imputabilité.

Pourtant, au niveau de la personne morale, l'existence d'une infraction est reconnue et la personne morale est considérée comme l'auteur de cette infraction. L'application d'une sanction pénale, même adaptée, est cependant exclue à son égard. Il faut par conséquent retrouver et punir une personne physique qui peut être tenue pénalement responsable.

En droit belge le problème d'imputabilité est donc tourné à l'inverse : il faut des techniques pour attribuer l'infraction commise par la personne morale à une personne physique déterminée.

La doctrine, et plus spécialement R. Legros, a établi des techniques d'imputabilité afin de déterminer cette personne physique. On distingue généralement trois sortes d'imputabilité : l'imputabilité légale, l'imputabilité conventionnelle et l'imputabilité judiciaire.

Il est question d'imputabilité légale lorsque la loi elle-même précise à quelle personne physique l'infraction doit être imputée. Ainsi on rencontre fréquemment dans le droit social et le droit du travail la formule « l'employeur, ses préposés ou ses mandataires »²⁹.

L'imputabilité devient conventionnelle lorsque la loi permet aux particuliers de désigner eux-mêmes la personne physique à laquelle l'infraction sera imputée³⁰.

²⁸ Cf. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette, Paris, 1995, 72.

²⁹ C'est le cas notamment dans l'article 18, § 1, al. 2 de la loi du 1^{er} juillet 1956 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs. Cette disposition énonce expressément que, lorsque le propriétaire du véhicule est une société, les peines sont applicables aux administrateurs, gérants ou associés.

³⁰ Ainsi l'arrêté-royal du 14 mars 1956, pris en exécution de la loi du 4 août 1955 concernant la sûreté de l'État dans le domaine de l'énergie nucléaire, dispose que « les institutions et établissements qu'il vise sont tenus (...) de désigner la personne physique pénalement responsable de ces prescriptions ».

Finalement, l'imputabilité judiciaire donne au juge le pouvoir de désigner l'agent pénal. Dans la plupart des cas, à défaut d'attribution légale ou conventionnelle, il appartiendra au juge d'apprécier quelle personne est réellement en faute. D'après la Cour de cassation belge, c'est le juge du fond qui apprécie en fait souverainement par quelle personne physique la personne morale a agi. On peut néanmoins déduire deux lignes de force : d'une part que la personne physique qui est pénalement responsable ne sera pas nécessairement un organe, et d'autre part que cette personne physique doit avoir un certain pouvoir directeur, une certaine autorité et une certaine mission de surveillance.

Le travail d'identification de cette personne physique est une tâche ardue. Non seulement à cause de la grande taille et des structures décisionnelles très complexes, mais aussi à cause de l'exigence selon laquelle tous les éléments constitutifs de l'infraction doivent être réunis dans la personne de la personne physique³¹. Comme en droit français, mais contrairement à ce qui est le cas en droit anglais, toute responsabilité pour le fait d'autrui est exclue. En effet, il s'agit d'un retour au *statut quo ante* : ne peut être puni que le délinquant, ne peut être punie qu'une personne physique.

e) *La théorie du rapport d'entreprise* (« Verbandsunrecht »)

Le droit allemand ne reconnaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Il va même plus loin, car, contrairement à ce qui est le cas dans les autres pays, une personne morale ne peut même pas commettre une infraction. Elle pourra néanmoins être sanctionnée pour une infraction commise par une personne physique. C'est là en fait l'inverse du système belge où une personne morale peut bien commettre une infraction mais où la personne physique devra en porter les conséquences.

Pour sanctionner la personne morale, il faudra passer de la personne physique à la personne morale.

Le paragraphe 14 du Code pénal allemand détermine la responsabilité pénale des personnes physiques, d'organes ou des représentants d'une personne morale. Ladite responsabilité n'est toutefois pas indifférente pour engager la personne morale elle-même, sur base d'une autre voie que la voie pénale.

En effet, le droit allemand s'est réorganisé, avec l'entrée en vigueur en 1975 de la nouvelle partie générale du Code pénal allemand (« *Strafgesetzbuch* »), en créant, à côté du droit pénal proprement dit, un ensemble d'infractions administratives, les « *Ordnungswidrigkeiten* »³².

³¹ Cass., 9 oct. 1984, *Pas.*, 1985, I, 194 ; Cass., 25 avr. 1989, *Pas.*, 1989, I, 884 ; Cass., 10 oct. 1989, *Pas.*, 1990, I, 167 ; Cass., 23 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1992, 562.

³² § 1 OWiG définit une « *Ordnungswidrigkeit* » de la façon suivante : « *Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbusse zulässt* ». Ainsi une « *Ordnungswidrigkeit* » est également construite autour des concepts d'éléments matériel, d'élément moral et d'illégalité.

Le paragraphe 30 de l'OWiG (« *Ordnungswidrigkeitengesetz* ») organise de manière minutieuse la responsabilité des « *juristische Personen* » (personnes morales).

Cette responsabilité non pénale de la personne morale sera retenue si un comportement d'une personne physique constitue une action ou une omission qui réunit aussi bien l'élément matériel que l'élément moral d'une atteinte et ce d'une façon illégale. Cette atteinte devra nécessairement être une « *Straftat* » (une infraction pénale) ou une « *Ordnungswidrigkeit* » (une atteinte à l'ordre administratif). Il faut de plus une condition supplémentaire. L'atteinte doit avoir le caractère de ce que la doctrine allemande appelle « *Verbandsunrecht* ». Le comportement doit montrer un rapport avec les activités des personnes morales ; soit le comportement doit entraîner la violation d'un devoir qui s'impose à la personne morale, soit il a contribué — ou devait contribuer — à l'enrichissement de celle-ci.

2. *L'application de la théorie générale*

En termes concrets, la question de la responsabilité pénale des personnes morales devient la suivante : quelles personnes physiques pourront engager pénalement la personne morale ? Cette question est liée à d'autres questions — des questions collatérales — comme celle du profit réalisé par la personne morale, celle de l'organe ou représentant de fait, celle de l'usurpation du pouvoir ou encore celle de la délégation.

a) *Quelles personnes physiques peuvent engendrer la responsabilité pénale d'une personne morale et sous quelles conditions ?*

La Recommandation précitée du Conseil de l'Europe (n° R 88) prétend résoudre le problème en considérant que la personne morale devrait être responsable sans qu'il y ait obligation d'identifier une personne physique ayant commis les faits ou les omissions constitutifs de l'infraction.

On notera qu'une telle conception est extrêmement large et vaste, et probablement irréalisable dans la pratique. Les pays en cause ont ainsi tous développé des théories qui leur permettent d'identifier les personnes physiques.

Les théories de l'imputabilité peuvent être distinguées en deux modèles théoriques. Selon le premier, seules les personnes physiques occupant les postes les plus élevés au sein de la personne morale pourront engager sa responsabilité. Le deuxième modèle tient compte de tous les individus : chaque personne pourra engager la responsabilité pénale de la personne morale. Dans la pratique on reconnaîtra des zones grises ou des modèles mixtes.

On retrouve le premier modèle dans la théorie de l'identification anglaise, dans le Code pénal français et dans l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* ». La théorie de la fonctionnalité néerlandaise et la théorie de l'imputabilité belge se retrouvent dans le deuxième groupe.

La théorie jurisprudentielle de l'identification anglaise d'après laquelle le comportement de certaines personnes physiques est identique au comportement de la personne morale elle-même, trouvera son application seulement si le comportement illicite est effectué par une personne qui

représente le « *directing mind and will* » de la personne morale. En d'autres mots, par des personnes qui contrôlent et dirigent les activités de la personne morale en cause.

La théorie de l'identification est ainsi souvent appelée la « *hands and brains* » théorie, plus particulièrement d'après les mots de Lord Denning dans l'arrêt *H. L. Bolton (engineering) Co Ltd. v. P. J. Graham & Sons Ltd.* : « (...) une société peut à bien des égards être comparée à un corps humain. Elle a un cerveau et un centre nerveux qui contrôlent ce qu'elle fait. Elle a aussi des mains qui disposent des outils et agissent conformément aux instructions du centre. Certains des membres de la société sont de simples préposés et agents qui ne sont rien de plus que les mains d'exécution du travail et on ne peut dire d'eux qu'ils représentent l'intelligence ou la volonté de la société. D'autres sont les directeurs et les managers qui représentent l'intelligence directrice et la volonté de la société, et qui contrôlent ce qu'elle fait »³³.

Pourtant, une personne ne sera pas considérée comme « *superior officer* » ou comme « *controlling officer* » du seul fait qu'elle fait un travail intellectuel ou qu'elle exerce certaines attributions de management. Dans l'arrêt de principe *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, il était dit que la responsabilité pénale de la société pouvait seulement être engagée par des individus qui occupent des fonctions de direction et qui contrôlent les affaires de la personne morale. Ils ne doivent pas être sous les ordres d'un supérieur, et il n'est par ailleurs pas suffisant qu'ils disposent uniquement d'une certaine liberté d'action.

Pour être complet, il s'impose de distinguer la théorie de l'identification de la théorie de la responsabilité objective. En effet dans ladite responsabilité objective propre au droit anglais, la responsabilité de la personne morale pourra être engagée par tous les individus, aussi bien les « *superior officers* » que les simples employés. Le seul fait de ne pas respecter une obligation entraîne l'application de la responsabilité pénale. On arriverait ainsi dans une zone grise ou dans un modèle mixte, mais la marginalité des cas de « *strict liability* » et de « *vicarious liability* » justifient l'hébergement du droit anglais dans la première catégorie.

Selon l'article 121-2 du Code pénal français, une personne morale est seulement responsable des infractions commises par ses « organes ou représentants ». Le texte vise expressément et limitativement les « organes » ou les « représentants », les deux termes pouvant d'ailleurs se confondre, notamment pour les organes de gestion, qui sont aussi des organes de représentation (plus précisément des représentants légaux). Dès lors les organes de gestion aussi bien que les organes de contrôle ou intermittents — telles les assemblées générales — pourront engager pénalement la personne morale. Le terme de représentant doit aussi être vu dans un sens large. Il ne se limite pas aux représentants légaux, car il inclut les personnes mandatées par la personne morale pour agir en son nom.

³³ *H. L. Bolton (engineering) Co Ltd. v. P. J. Graham & Sons Ltd.* (1957) 1 Q.B. 159, 172.

Le paragraphe 30 de l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* » allemand limite — en analogie avec le Code pénal français — les personnes physiques pouvant entraîner la responsabilité de la personne morale à ceux qui ont la qualité d'organe ou qui appartiennent à un des organes de la personne morale. Il s'agit donc des organes et des représentants légaux.

Cette conception allemande paraît à première vue encore plus restreinte que la conception française car, en se bornant aux représentants légaux, le normateur allemand a exclu les mandataires. Il faut immédiatement nuancer, étant donné que le champ d'application du paragraphe 30 ne peut pas être détaché du paragraphe 130, qui sanctionne comme « *Ordnungswidrigkeit* » le manquement de surveillance ou le manquement de contrôle (« *Aufsichtspflichtverletzung* »). Par conséquent, si l'infraction ou l'atteinte a été commise par un mandataire suite à un manquement de surveillance ou de contrôle par un organe, une amende pourra néanmoins être imposée à la personne morale. Un simple employé pourra ainsi — indirectement il est vrai — engager la responsabilité de la personne morale.

Or, vu la complexité des structures d'une personne morale, un manquement déterminé de surveillance ne sera jamais facile à constater si la surveillance générale était suffisante, ce qui réduit l'importance de cette extension.

Aussi bien le droit anglais que le droit français et le droit allemand rattachent la capacité d'engager la personne morale aux postes les plus élevés et exclusivement à ceux-là. La critique principale à l'adresse de ce modèle est que la personne morale pourra s'organiser structurellement pour éviter toute responsabilité. Elle peut s'organiser d'une façon telle que la plupart des décisions soient prises par des personnes qui ne sont ni des organes ni des représentants ni des « *controlling officers* ».

De plus, on retrouve dans chaque système, que ce soit explicitement — comme en Angleterre (« *to control* ») ou en Allemagne « *die Aufsichtspflichtverletzung* ») — ou implicitement en France, les critères de contrôle, de surveillance et de pouvoir. Ces critères sont explicitement retenus aussi aux Pays-Bas et en Belgique.

Le législateur néerlandais n'a pas du tout précisé dans l'article 51 du Code pénal quelles personnes peuvent engager la responsabilité pénale de la personne morale, à l'opposition de l'ancien article 15 où il était disposé dans le deuxième alinéa qu'« un délit économique est notamment commis par ou de la part d'une personne morale (...) s'il est commis par des personnes agissant dans la sphère d'activités de cette personne morale, soit en vertu de leurs fonctions, soit à un autre titre (...) ». La jurisprudence a ainsi dégagé dans l'arrêt *labeljouw*³⁴ des critères additionnels, en énonçant que *tout employé* peut engager la responsabilité pénale de la personne morale, à condition que soit respecté, d'une part un critère de pouvoir et d'autorité et, d'autre part un critère d'acceptation. La personne morale devra avoir un certain pouvoir sur l'employé et elle devra en avoir accepté le comportement. Dès que le comportement peut être considéré comme

³⁴ H.R., 1^{er} juill. 1981, *N.J.*, 1982, 80.

normal dans la pratique de tous les jours de la personne morale, le critère d'acceptation sera accompli. Il suffit même une acceptation tacite.

Malgré le silence de l'article 51 du Code pénal à ce sujet, on peut continuer à exiger que le comportement soit exécuté dans la sphère des activités de la personne morale, d'où l'exigence d'un comportement fonctionnel.

Contrairement à la position française et à la position anglaise, la responsabilité pénale d'une personne morale aux Pays-Bas pourra donc être engagée par un simple employé, bien sûr, à condition que la personne morale ait un pouvoir d'autorité et d'acceptation. Du point de vue de la politique criminelle, les Pays-Bas s'adaptent le mieux, en l'occurrence, au rôle que jouent les personnes morales dans notre société.

Le système de droit belge, quant à lui, reconnaît aussi, il est vrai, des critères analogues, mais cela pour sanctionner la personne physique et non la personne morale, puisqu'il est impossible de lui infliger une sanction. La personne physique qui sera tenue pénalement responsable devra avoir une certaine surveillance et une certaine autorité. La réglementation néerlandaise paraît à ce point plus précise et à première vue aussi plus restrictive. L'article 51 du Code pénal néerlandais énonce que « si le fait punissable est commis par une personne morale, la poursuite pénale peut être intentée (...) contre ceux qui ont donné des instructions pour commettre le fait, ainsi que contre ceux qui ont dirigé en fait le comportement interdit (...) ». Une « certaine » surveillance et autorité ne suffisent donc pas.

Pourtant, de l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation belge on peut déduire qu'il faut rechercher la personne qui, dans la réalité des choses, est en tort, et qui est donc la cause de l'état infractionnel dans lequel a été mise la personne morale, qu'il s'agisse d'un organe, d'un préposé, d'un mandataire, d'un délégué ou d'un employé. Les arrêts montrent par conséquent clairement que la qualité dont la personne physique est titulaire ainsi que les dispositions statutaires relatives aux compétences ne sont pas déterminantes³⁵.

De même que le droit anglais — avec la responsabilité objective — le droit belge se classe en fait également dans le modèle mixte. L'imputabilité légale, où la loi elle-même précise à quelle personne physique l'infraction doit être imputée, limite ainsi dans le plus grand nombre des cas de la responsabilité à l'employeur, à ses préposés ou à ses mandataires. Dans ce sens, la théorie de l'imputabilité légale peut mieux être hébergée sous le premier modèle, avec la France, l'Allemagne et l'Angleterre.

b) *Le profit de la personne morale*

Selon la Recommandation du Conseil de l'Europe, la personne morale ne doit pas nécessairement avoir tiré ou avoir pu tirer un avantage de la situation donnée.

³⁵ Cass., 6 mars 1967, *Pas.*, 1967, I, 820 ; Cass., 19 sept. 1972, *Pas.*, 1973, I, 64 ; Cass., 13 avr. et 26 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, 661 et 1008 ; Cass., 1^{er} oct. 1973, *Pas.*, 1974, I, 94 ; Cass., 7 oct. 1974, *Pas.*, 1975, I, 155 ; Cass., 15 avr. 1986, *Pas.*, 1986, I, 991.

Ceci ne semble pas non plus une condition dans le droit anglais. Dans l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Moore v. I. Bresler Ltd.* (1944, 2 All. E.R. 515 D.C.), le juge anglais énonçait qu'« *A corporation may be convicted though it is itself defrarded, provided that the offence was committed by a person identified with the corporation acting within the scope of his office* ». Pourtant dans le projet de Code pénal le point de vue anglais est différent : « *A controlling officer does not act within the scope of this office if the acts with the intention of doing harm or of concealing harm done by him or another to the corporation* ». Les autres pays étudiés ont opté pour une conception moins large. Chacun de ces cinq pays accepte que la personne physique qui a agi dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, mais pour son propre compte et dans son seul intérêt personnel, n'engage pas la responsabilité (pénale) de la personne morale. Les formules « en fonction des intérêts de la personne morale » aussi bien que le texte « pour le compte de » ou le critère « d'acceptation » impliquent l'idée d'un profit de la part de la personne morale, bien que ce terme ne soit pas explicitement utilisé.

Aux Pays-Bas l'exigence de la condition d'un profit résulte du critère de l'acceptation, dans ce sens qu'une personne morale n'acceptera jamais un comportement qui a pour unique but d'avantager la personne physique, exécuteur de l'acte.

La France parle d'infraction accomplie « pour le compte » de la personne morale.

Aussi en Belgique, il s'agit de retrouver la personne physique qui a agi pour le compte de la personne morale.

Selon le paragraphe 30 de l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* » il doit s'agir des organes ou des représentants légaux. Cela exclut la responsabilité de la personne morale pour les faits de ces personnes en leur qualité de personne privée. La doctrine allemande a concrétisé cette condition, en exigeant un lien fonctionnel entre l'acte de la personne physique et sa fonction dans la société. Ce lien fonctionnel se réalise lorsque les actes de la personne physique sont conciliables avec les objectifs de la personne morale. Il est en outre requis que l'acte ait été commis en fonction des intérêts de la personne morale. Retrouverait-on ici la théorie de la responsabilité fonctionnelle néerlandaise ? Non, car la doctrine a simplement voulu souligner qu'il doit y avoir un rapport entre l'acte illicite et la fonction que la personne exerce dans la personne morale.

Le législateur français est le seul qui a instauré la condition d'un profit dans son Code pénal. Selon les termes de l'article 121-2, la responsabilité pénale ne sera engagée que si l'organe ou le représentant a agi « pour le compte » de la personne morale. La formule n'est pas définie par le législateur, et elle n'a pas fait l'objet de discussions importantes devant le Parlement. D'après la doctrine le terme profit doit être compris dans un sens large. Il comporte non seulement le profit réalisé ou recherché mais aussi un profit moral, par exemple un profit électoral. L'abstraction du sens strict du profit peut aller si loin qu'il comprend des activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs de la personne morale, même si elle n'y a trouvé aucun profit au sens

strict. Tel est par exemple le cas des discriminations raciales ou sexistes commises à l'embauche par une société, sur instruction de son dirigeant.

Malgré le fait que la personne physique agisse pour le compte de la personne morale, elle peut outrepasser les limites de sa propre fonction.

c) *La transgression des attributions du représentant*

D'après la Recommandation du Conseil de l'Europe, la personne morale devrait être responsable même lorsque l'infraction est étrangère à l'objet de la personne morale. Selon le Conseil de l'Europe, les faits ne doivent pas se situer dans la sphère des activités de la personne morale. Dès lors, la responsabilité sera encore retenue lorsque et même si la personne physique a agi en dehors des limites de ses attributions.

On trouve une telle solution extrême seulement dans le droit français. En Angleterre, le juge a, par contre, décidé dans l'affaire *D.P.P. v. Kent and Sussex Contractors Ltd.* (1944 K.B. 146) que « *the person identified with the corporation renders it liable only so long as he acts within the scope of his office, which means that a corporation is not liable for something done by him in his personal capacity* ».

Aux Pays-Bas, les critères d'acceptation et de pouvoir excluent certains comportements transgressants. L'employé qui vendrait de la drogue n'engagera pas la responsabilité de la personne morale, du fait que, normalement, elle n'accepterait jamais un tel comportement. Les données du problème changent de fond en comble lorsqu'un employé vend les produits de la personne morale à un prix trop élevé. Un tel comportement tombe encore dans la sphère de risques de la personne morale. Elle aurait pu — par son pouvoir d'autorité — et dû l'empêcher.

Le droit néerlandais fait, très justement, la distinction entre le dépassement du pouvoir dans le domaine qui a été confié à la personne physique et l'intervention dans des domaines qui ne sont pas du tout les siens. Dans le premier cas, la personne physique ne sort pas du cadre qui est le sien, ce qui fait que la responsabilité pénale de la personne morale sera engagée. Ainsi, le chef du personnel, en refusant d'embaucher une femme parce qu'elle est d'origine africaine, dépasse ses pouvoirs, mais reste dans le domaine des affaires du personnel.

De telles distinctions manquent en grande partie dans le raisonnement de la doctrine française et complètement en droit allemand.

Par peur de créer une large zone d'irresponsabilité pénale injustifiée, la doctrine française³⁶ est d'avis que les organes ou le représentant ayant pris des décisions en dehors des limites de leur pouvoir, — que ce soit encore dans leur domaine ou non — engagent la responsabilité pénale de la personne morale.

Le droit allemand, par contre, n'accepte aucune responsabilité au paiement d'une amende si l'organe ou le représentant outrepassé ses pouvoirs. Ici, il est donc permis — comme en témoigne la doctrine — de parler d'une zone d'irresponsabilité injustifiée.

³⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Éditions Cujas, 1988, I, n° 601.

La complexité augmente encore dans le cas d'un organe ou d'un représentant de fait.

d) *Le représentant de fait et le délégué*

Le dirigeant de fait, simple agent exécutant matériellement l'infraction, peut-il engager la responsabilité pénale de la personne morale ?

La doctrine française est d'opinion qu'une restriction aux agents de droit n'a jamais pu être l'intention du législateur. Par contre, une assimilation complète entre dirigeants de fait et dirigeants de droit, ferait de la personne morale « plutôt figure de victime que de coupable »³⁷. Plusieurs jurisconsultes proposent par conséquent une solution intermédiaire³⁸. Si tout le monde, à tous les échelons de la personne morale, est au courant, le dirigeant de fait engagera la responsabilité de la personne morale.

Pourtant, le droit anglais et la jurisprudence française semblent pencher vers une assimilation complète entre le dirigeant de droit et celui de fait.

Le projet de Code pénal anglais³⁹ vise en effet tout dirigeant d'un certain niveau (« *controlling officers* »), qu'il soit ou non nommé à ce titre (« *wether or not he was, or is validly appointed to such office* »).

Sous l'empire de l'ordonnance — aujourd'hui abrogée — du 5 mai 1945 sur les entreprises de presse, la jurisprudence française s'était prononcée dans le même sens.

Le droit allemand est plus nuancé. Le texte du paragraphe 9, alinéa 3 de l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* » précise que l'organe de fait est qualifié pour engager la responsabilité de la personne morale. Cependant une usurpation unilatérale de la qualité de dirigeant n'est pas jugée suffisante car il doit y avoir une désignation qui, même tacite, indique l'accord des associés⁴⁰. Une telle précision crée précisément la possibilité d'exclure les cas dans lesquels la personne morale « fait plutôt figure de victime que de coupable ».

La jurisprudence belge, recherchant la personne qui dans la réalité des choses est fautive, poursuivra donc toujours le dirigeant de fait.

Dans l'arrêt « *Nut* »⁴¹, la Haute juridiction néerlandaise, a retenu la responsabilité pénale d'une personne morale, et ce pour fraude fiscale par quatre dirigeants de fait. L'arrêt relate clairement que le directeur qui représentait la personne morale savait qu'il n'était qu'un homme de paille. En conclure que le « *Hoge Raad* » suit la solution intermédiaire proposée serait pourtant prématuré.

Mais l'arrêt est intéressant sur un autre point. On peut en déduire que la notion d'agent pénal a pour ainsi dire été râtelée. Les éléments

³⁷ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 605.

³⁸ V. par ex., M. DELMAS-MARTY, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. Soc.*, 1993, 305.

³⁹ Ce projet de Code pénal est fait par la « *Law Commission for England and Wales* » en 1989.

⁴⁰ G. STESENS, « Corporate criminal liability : a comparative perspective », *J.C.L.Q.* 1994, v. 43, 513.

⁴¹ H.R., 16 juin 1981, *N.J.*, 1981, 586.

constitutifs qui étaient présents chez diverses personnes physiques sont réunis pour réaliser l'infraction chez la personne morale. Une personne morale pourra donc être incriminée du fait des manquements combinés de plusieurs de ses dirigeants.

En Angleterre, ce principe, mieux connu comme le principe d'agrégat, a été catégoriquement rejeté dans l'affaire du naufrage du ferry *Herald of Free Enterprise* à Zeebruges. Le procès fut arrêté avant le jugement, au motif que des poursuites pénales seraient inadéquates⁴². Mais en cas de mauvaise foi, on aurait aussi bien pu se baser sur la théorie de l'identification en disant que, ni le capitaine de bord, ni la personne responsable de la fermeture des portes, n'étaient des « *controlling officers* », ce qui aurait également exclu la responsabilité de la personne morale. D'autre part, on aurait aussi bien pu se baser sur la théorie de l'agrégation, ce qui reviendrait à une solution plus équitable. Hélas, la Cour d'appel l'a rejeté et a fait ainsi un pas en arrière, car elle rend presque impossible l'incrimination de toute société ayant une grande taille où l'action criminelle résulte rarement d'une source unique et identifiable. L'infraction est en effet le plus souvent le résultat d'une accumulation d'actions plutôt que le résultat d'acte individuels et détachables.

Dès le moment où le dirigeant a correctement reçu les pouvoirs de la personne morale, il n'est plus dirigeant de fait, mais délégué.

Dans tous les pays étudiés, le délégué, dûment investi, peut engager la responsabilité pénale de la personne morale⁴³.

B. — *L'imputabilité morale*

La démonstration de l'existence d'une volonté collective, propre à la personne morale, distincte de la volonté individuelle de ses membres, est dans la pratique loin d'être évidente. Comment une personne morale peut-elle avoir la conscience, voire la volonté d'enfreindre la loi ? L'anthropomorphisme trouve-t-il ici ses limites ?

Le juge sera obligé de faire un deuxième bond afin de pouvoir attribuer l'élément moral à la personne morale. La volonté — le fondement de la responsabilité — faisant défaut chez les personnes morales, leur responsabilité pénale devra se concevoir autrement que chez les personnes physiques.

Deux approches sont possibles. D'abord celle qui recherche l'élément moral auprès des organes ou auprès des dirigeants de la personne morale elle-même. Ou deuxièmement celle qui recherche l'élément moral auprès des actes matériels qui ont été commis : certains actes matériels manifestent clairement la capacité des personnes morales à enfreindre la norme pénale.

⁴² *D.P.P. v. P & O European Ferries (Dover) Ltd.* (1991) 93 Cr. App. R. 72.

⁴³ V. p. ex., pour le droit anglais, l'arrêt rendu dans l'affaire *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* (1972) A.C. 153 : « (...) *If those persons who are responsible for the general management of the company delegate their duties to another, then the act of that other will be acts of company* ». V. aussi A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 83.

L'Angleterre et les Pays-Bas sont plutôt partisans de la première approche, tandis que la France a opté pour la seconde.

1. *L'élément moral auprès de la personne physique*

La jurisprudence anglaise a facilement résolu le problème de l'élément moral et ce grâce à sa théorie de l'identification. Si certaines personnes (« *controlling officers* ») sont assimilées à la personne morale par le biais de leurs actes, leur volonté est également la volonté de la personne morale. Le raisonnement de Lord Reid dans l'affaire *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* est très clair : « (...) la personne qui intervient ne parle pas ou n'agit pas pour le compte de la société, elle intervient comme la société elle-même et sa volonté qui guide son action est la volonté de la société (...). Si cette volonté est coupable, alors cette culpabilité est la culpabilité de la société »⁴⁴. Il y a donc une assimilation des actes et de la volonté des cadres supérieurs d'une société avec la société en tant que telle : « *The state of mind of certain superior officers who are seen as composing the very personality of the organisation is the state of mind of the corporation* »⁴⁵.

Le refus de la théorie de l'agrégat a, par contre, rendu plus difficile l'imputation de l'élément moral⁴⁶. Dans toute société ayant une grande taille la faute ou la négligence résulte rarement d'une source unique et identifiable.

La solution est moins claire aux Pays-Bas.

En général, un simple employé peut engager matériellement la responsabilité de la personne morale. Mais peut-il l'engager moralement de la même façon ? Cela est loin d'être sûr. Il est certain que, comme en Angleterre, dès que les postes les plus élevés dans la personne morale répondent à l'exigence de l'élément moral, ils engagent la personne morale. Se limiter à ces postes élevés serait, selon la doctrine néerlandaise, trop restrictif. Il semble que le législateur néerlandais aurait été du même avis. On peut lire dans les travaux préparatoires que l'élément moral, chez la personne physique travaillant pour la personne morale, peut être attribué à la personne morale, au moins sous certaines conditions⁴⁷. Cela dépendra par exemple de l'organisation interne de la personne morale et de la tâche et des responsabilités que cette personne physique aura reçues. Il n'est donc pas inconcevable qu'un employé qui a reçu une certaine autorité réponde dans un cas à la volonté nécessaire, et nullement dans un autre cas. Le législateur a voulu retenir la possibilité qu'un employé qui, à un certain moment va jouer un rôle déterminant dans la société, puisse accomplir non seulement l'élément matériel mais aussi l'élément moral de l'infraction.

⁴⁴ *Lord Reid in Tesco Supermakets Ltd. v. Natrass* (1972) A.C. 170-171.

⁴⁵ *ICR Hawlage Ltd.* (1944) K.B. 551.

⁴⁶ *R. v. H.M. Coroner for East Kent, ex. p. Spooner* (1989) 88 Cr. App. R. 10.

⁴⁷ *Memorie van Toelichting*, 14, *Handelingen*, II, 1975-76, 4209 en *Handelingen*, I, 1975-76, 1226.

En outre, le droit néerlandais reconnaît, contrairement au droit anglais, le principe de l'agrégat. L'arrêt « *Nut* » du « *Hoge Raad* » néerlandais⁴⁸ semble en effet bien accepter l'incrimination de la société du fait des manquements combinés de plusieurs de ses dirigeants. Ce principe étant aussi applicable au niveau de l'élément moral de l'infraction, on incriminera donc la société du fait de la volonté combinée de plusieurs de ses dirigeants.

2. *L'élément moral auprès de l'acte matériel*

La France a opté pour le réalisme du droit pénal. Le Code pénal français énonce simplement que la responsabilité pénale est engagée lorsque l'infraction est commise pour le compte de la personne morale. Le juge doit ainsi seulement s'assurer que les actes reprochés à la personne morale ont été commis pour son compte. La volonté coupable est donc révélée par le profit attendu de l'acte infractionnel.

N'ayant pas accepté le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, la volonté de la personne morale ne doit pas être prouvée d'après les systèmes juridiques allemand ou belge.

Le droit belge reconnaît pourtant l'existence d'une infraction au niveau de la personne morale. Ceci implique qu'il faut toujours un élément moral, que ce soit dans le chef de la personne physique, de l'être moral ou des deux. Les problèmes se poseront surtout au niveau de la preuve de l'élément moral auprès de la personne physique. Une telle preuve n'est pas facile à établir, dans la mesure où les faits punissables dérivent souvent d'une politique générale définie par des organes collectifs (conseils d'administration, conseils de direction) ou d'un manque général de discipline de la part de tout le personnel ou de la part du personnel affecté à tel service. Dans le cas d'un vote collégial mais secret, il suffit d'un vote négatif pour que chaque membre du collège puisse l'invoquer afin d'échapper à toute poursuite⁴⁹. La recherche de l'élément moral auprès de la personne morale correspond, par conséquent, mieux à la réalité. L'arrêt rendu le 19 octobre 1992 par la Cour de cassation⁵⁰ s'attache à cette constatation. D'après cet arrêt, le juge civil peut constater l'intention unique d'une infraction commise par une personne morale sans avoir à désigner les personnes physiques, organes ou préposés, qui sont intervenues au nom de la personne morale et en sont dès lors responsables. L'intermédiaire de personnes physiques n'est donc plus nécessaire, — contrairement à l'acte matériel —, pour que la personne morale puisse manifester une volonté.

III. LES PERSONNES MORALES

Après avoir souligné la nécessité d'une intervention des personnes physiques afin d'engager la responsabilité pénale de la personne morale,

⁴⁸ H.R., 16 juin 1981, *N.J.*, 1981, 586.

⁴⁹ Brussel, 24 avril 1985, *R.W.*, 1985-1986, 882.

⁵⁰ Cass., 19 oct. 1992, *R.C.J.B.* 1995, I, 236 avec note A. DE NAUW, « Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction ».

retournons maintenant aux acteurs de premier chef. De qui s'agit-il en réalité ? Qui sont les acteurs principaux de ce sujet ? Et quelle est leur relation avec les personnes physiques ?

A. *La notion de personne morale*

On peut décrire la personne morale — avec la définition donnée par P. Delatte — comme un groupement de personnes physiques qui dispose du point de vue juridique d'une certaine autonomie qui en fait un sujet de droit et lui permet d'être titulaire de droits subjectifs et d'obligations, d'accomplir certains actes juridiques et d'agir en justice⁵¹.

Pour approfondir la notion de personne morale, il faut répondre aux questions suivantes : premièrement, est-il indispensable ou non qu'il y ait une personnalité juridique, et deuxièmement, les personnes morales de droit public sont-elles également concernées ?

1. *La personnalité juridique*

Le Conseil de l'Europe a donné une réponse affirmative à la question dans l'annexe rattachée à la Recommandation : « (...) les recommandations s'appliquent aux entreprises dotées de la personnalité juridique ».

Les législateurs néerlandais et allemands ont, au contraire, explicitement rejeté cette condition préalable pour mettre en jeu la responsabilité pénale.

Ainsi l'article 51 du Code pénal néerlandais assimile, dans son troisième alinéa, les personnes morales aux sociétés dépourvues de personnalité juridique.

Pareillement le champ d'application du paragraphe 30 OWiG s'étend aussi bien aux « *juristische Personen* » qu'aux « *nicht rechtsfähige Vereine* ».

Et d'après la doctrine et la jurisprudence belges, il ne s'agit pas non plus d'une condition préalable⁵².

Le droit anglais se rapproche par contre davantage de la Recommandation européenne (ou serait-ce plutôt l'inverse, vu la longue tradition anglaise ?) dans la mesure où les groupements qui n'ont pas de personnalité juridique ne se verront parfois appliquer que des règles empruntées au régime des personnes morales. Ce sera le cas sous le régime des « *statutes* »⁵³. Rappelons que l'*Interpretation Act* de 1889 a introduit, d'une façon générale, la responsabilité pénale pour les infractions créées par les « *statutes* » en incluant les personnes morales dans la notion de personne. Or, la notion de personne morale s'étend à son tour aux personnes dépourvues de personnalité juridique. Lorsque l'on se trouve, par contre, sous le régime du « *common law* », ces dernières sont exclues du champ

⁵¹ P. DELATTE, « La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge », *Rev. dr. pén.*, 1980, 163.

⁵² C. HENNAU-HUBLET, J. M. PIRET, « België », *R.I.D.P.*, 1994, 785.

⁵³ Par ex., le « *Trade Union and Labour Relations Act* » de 1974.

d'application, ce qui est confirmé par la jurisprudence dans un arrêt de 1984⁵⁴.

Seul l'avenir pourra indiquer à quel point le droit français s'inspirera du principe énoncé par la Recommandation, car le nouveau Code pénal a omis de définir la notion de personne morale. Une interprétation du silence législatif s'impose à cet égard. Mais comme le Code n'est entré en vigueur que le 1^{er} mars 1994, il est trop tôt pour y rattacher une interprétation jurisprudentielle.

Entre-temps, la doctrine s'est déjà préoccupée de la question.

La plupart⁵⁵ des auteurs sont d'opinion que les sociétés dépourvues de personnalité juridique doivent être exclues du champ d'application. Cette exclusion est basée d'une part sur la possibilité d'un transfert des règles civiles qui accordent ou refusent la personnalité juridique aux sociétés. D'autre part, lorsque la loi n'a ni reconnu ni dénié une telle personnalité juridique, la doctrine refuse de transposer la solution civile, qui consiste en la théorie de la réalité. D'après cette théorie, consacrée par la chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 1954, « (...) la personne morale n'est pas une création de la loi (...) » et « (...) elle appartient de plein droit à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites »⁵⁶. La doctrine semble justifier cette contradiction apparemment en se référant au fait que, pour qu'il y ait infraction, un objet illicite doit se présenter. La défense d'intérêts licites n'est donc pas en cause. Outre ces deux raisons, la doctrine invoque encore des raisons d'ordre logique et d'efficacité, telle l'impossibilité de condamner une personne qui n'a ni volonté ni existence juridique, telle encore l'absence de tout intérêt d'une condamnation qui frapperait un condamné n'ayant ni droit ni patrimoine.

D'autres auteurs incluent les personnes morales dépourvues de personnalité juridique dans le champ d'application du nouveau Code pénal⁵⁷. Selon eux, « l'égalité devant la loi pénale devrait avoir pour conséquence d'exposer à la peine tout groupement ayant intérêt propre et moyens d'expression »⁵⁸. Cette extension du concept de la personne morale se justifie d'autant plus si l'on prend en considération l'autonomie et le réalisme du droit pénal. Pour les besoins de la répression, le droit pénal doit surtout manifester son autonomie sur ce point en reconnaissant une

⁵⁴ *A.G. v. Able Woolf J.* (1984) *Q.B.* 795 : « *An unincorporated association is not a legal person at common law and therefore could not incur criminal liability though its members could* ».

⁵⁵ Parmi eux J. F. BARBIERI, B. BOULOC, F. DESPORTES, P. COUV RAT, J. PRADEL.

⁵⁶ Civ., 28 janv. 1954, *J.C.P.*, 1954, II, 7958.

⁵⁷ A l'origine, cette voie avait aussi été suivie par la commission de révision du Code pénal qui, dans son avant-projet de 1978, retenait la responsabilité pénale des « groupements dont l'activité est de nature commerciale, industrielle ou financière », notion de fait plus large que celle, juridique, de personnes morales. Et l'avant-projet du Code pénal de 1983 proposait même de retenir la responsabilité pénale des personnes morales, quelle que soit leur nature. Mais cette notion, jugée trop vague, a été abandonnée dans le projet déposé en 1986.

⁵⁸ Cl. LOMBOIS, « Rapport de synthèse », *Les Petites Affiches*, 1993, n° 120, 50.

personnalité morale à un groupement qui en serait dépourvu sur le plan du droit civil.

Le législateur français a, par opposition aux autres pays, bien traité la deuxième question relative aux personnes morales de droit public.

2. *Les personnes morales de droit public*

Il est évident qu'une réglementation introduisant une responsabilité pénale est rédigée pour les personnes morales de droit privé. Mais que faire lorsqu'une entreprise publique est en jeu ?

Dans sa Recommandation, le Conseil de l'Europe n'y voit aucun problème : « (...) elle s'applique aux entreprises privées ou publiques, pour autant qu'elles exercent des activités économiques ».

Bien plus que face à la question précédente, les pays en cause se conforment davantage à cette Recommandation. Seuls les Pays-Bas sont tentés de les exclure du champ d'application, ce qui est d'ailleurs remarquable, de la part d'un pays dont le régime est pour le reste très libéral.

En effet, les travaux préparatoires de la loi néerlandaise de 1976, considèrent que dans un tel cas une poursuite pénale est généralement peu opportune. Des exceptions sont pourtant prévues lorsque les personnes morales de droit public participent au marché. La Haute Juridiction néerlandaise a tranché dans ce même sens par un arrêt du 27 octobre 1981⁵⁹ et a également retenu la même exception⁶⁰.

Quant aux autres pays, une distinction s'impose entre d'une part l'Angleterre, la Belgique et l'Allemagne et d'autre part la France : les premiers admettent indistinctement les personnes morales de droit public, alors que la France introduit une différenciation sur base de nuances subtiles. Dans le premier groupe, on constate par ailleurs que le droit allemand est moins net sur ce point que le droit anglais et belge.

En dépit d'un certain flou législatif, une attitude favorable est à déduire de la doctrine allemande. Du fait que le paragraphe 30 OWiG ne spécifie plus la notion de « *juristische Personen* », elle invoque l'adage « *Ubi lex non distinguit, nec distinguere debemus* ». Par ailleurs, la doctrine a considéré leur inclusion comme nécessaire, en raison déjà d'une politique criminelle devenue indispensable, vu la participation croissante des personnes de droit public à la vie économique. C'est ce que le législateur allemand a compris aussi dans le paragraphe 98 du « *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* », où il a soumis les personnes morales de droit public au droit relatif aux cartels, qui inclut les sanctions pécuniaires.

Pour le droit anglais et belge, par contre, la question ne fait pas l'ombre d'un doute.

Cela vaut surtout pour l'Angleterre où toute évolution jurisprudentielle envers l'admission du principe de la responsabilité pénale a com-

⁵⁹ H.R., 27 oct. 1981, *N.J.*, 1982, 472. En l'occurrence, la Cour a estimé qu'une ville ne peut être tenue responsable pénalement pour avoir négligé la sécurité des chemins public.

⁶⁰ H.R., 23 oct. 1990, *N.J.*, 1991, 496. En l'espèce, il s'agissait d'un exemple de concurrence déloyale au regard des entreprises privées.

mencé au début du 19^e siècle avec des condamnations pénales à l'encontre des communes, qui étaient des personnes morales de droit public.

De même en Belgique, l'arrêt de principe de 1948⁶¹, qui a changé l'adage classique de « *Societas delinquere non potest* » en celui de « *Societas delinquere potest, sed non punire* » concernait une personne morale de droit public.

Il va donc de soi que, dans ces deux pays, les personnes morales privées ou publiques peuvent commettre une infraction.

En droit français, les personnes publiques peuvent commettre des infractions, à cette différence près que le législateur a prévu des exceptions pour certaines d'entre elles et a donc créé des distinctions diverses.

Ainsi l'alinéa 1 de l'article 121-2 du Code pénal français dispose que « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement... ». Le troisième alinéa ajoute que « 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 »⁶².

Le législateur français a donc exclu l'État explicitement et de façon absolue. On peut se demander quelles raisons peuvent se trouver à la base d'une telle exclusion. Lors de la discussion parlementaire, le Garde des Sceaux avait avancé l'argument de la souveraineté de l'État, ce qui est un argument très faible face à la reconnaissance de sa responsabilité civile. Une justification plus précise et plus solide a donc été avancée par le renvoi au droit de punir de l'État. L'État détenant le monopole du droit de punir, ne pourrait pas se sanctionner lui-même. Un examen plus approfondi montre toutefois l'absurdité d'un tel argument, car l'État est bien capable de s'infliger à lui-même d'autres types de sanctions. Il ne reste donc qu'une explication plausible, qui réside dans la différence de fonction et de portée des diverses sanctions en cause : « (...) la sanction n'a plus de sens lorsque son seul effet serait de voir la collectivité chargée de la répression pénale se punir elle-même »⁶³.

Ensuite, le législateur a inclus explicitement les collectivités locales et leurs groupements, mais seulement en partie, dans la mesure où ils sont susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. Le critère général pour les délimiter est l'exercice des prérogatives de puissance publique. D'après ce critère, on peut distinguer d'une part les prérogatives relevant de l'impérium, comme le maintien de l'ordre

⁶¹ Cass., 16 déc. 1948, *J.T.*, 1949, 148 : l'État belge lui-même était en cause. Ainsi la Cour a énoncé que l'infraction commise par l'organe de l'État, doit être considérée comme l'infraction de l'État lui-même.

⁶² Le projet de 1986 prévoyait, dans son art. 121-2, la responsabilité des personnes morales, à l'exclusion des collectivités publiques et des groupements de collectivités publiques. Des textes différents ayant été adoptés par l'Assemblée Nationale et le Sénat, la commission paritaire mixte a proposé d'exclure l'État, et de n'admettre la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements que dans l'hypothèse d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. C'est ce texte qui a été adopté par les deux assemblées.

⁶³ E. PICARD, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application », *Rev. Soc.*, 1993, 71.

public et la tenue des registres de l'État, qui ne peuvent jamais engager la responsabilité pénale. D'autre part, les prérogatives relevant du *négotium*, comme les gérants d'intérêts collectifs, peuvent l'engager. Mais ce ne sera le cas que lorsque les collectivités locales les assurent elles-mêmes, c'est-à-dire les exploitent en régie et ne les ont pas concédés à une société privée ⁶⁴.

A côté de ces exceptions explicites, le législateur a prévu des atténuations sur le principe de la responsabilité des personnes morales, étant donné que certaines peines leur sont inapplicables. Il s'agit plus particulièrement des peines mentionnées dans l'article 131-39, c'est-à-dire la dissolution (1) et le placement sous contrôle judiciaire (3) ⁶⁵. L'exécution de ces peines serait inconciliable avec les principes caractérisant les missions assumées par les personnes morales de droit public ou social, à savoir d'une part le principe de nécessité (lesdites missions répondent à un besoin public reconnu, ou au moins à un intérêt général) et d'autre part le principe de continuité. Elle le serait, aussi, prétend-on, avec les libertés politiques ou syndicales garanties par la Constitution.

La réglementation française, apparemment très générale, est en réalité plus restrictive qu'on ne pouvait le songer. Pourtant, le caractère libéral ou restrictif d'un système n'est pas seulement déterminé par la notion consacrée de la personne morale. La présence ou l'existence d'une responsabilité partagée entre les personnes physiques et la personne morale elle-même, c'est-à-dire, la relation entre les deux, n'est pas négligeable non plus à cet égard.

B. — *La relation entre la personne morale et les personnes physiques : le problème du cumul*

La question du cumul des responsabilités est la question de savoir s'il faut toujours poursuivre tout le monde.

Le Conseil de l'Europe reconnaît le cumul de la responsabilité de la personne morale et celle de la personne physique. Elle met l'accent sur les « personnes exerçant des fonctions de direction ». Le cumul serait donc possible entre la personne morale et les personnes physiques occupant les postes les plus élevés au sein de la personne morale. Vis-à-vis des simples employés, le principe serait le non-cumul.

⁶⁴ J. C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1994, 130. Un exemple donné par les auteurs de la Circulaire du 14 mai 1993 peut servir d'illustration : lorsqu'une commune exploite en régie un service de transport en commun, de ramassage d'ordures ménagères ou de distribution d'eau, sa responsabilité pénale pourra être engagée pour les infractions commises dans l'exercice de cette activité, exactement comme pourrait l'être la responsabilité de la société concessionnaire, si ce mode de gestion avait été choisi.

⁶⁵ L'art. 131-39, dernier alinéa dispose que « ... les peines définies au 1^o et 3^o ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1^o n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel ».

Comme le Conseil de l'Europe, chaque pays étudié affirme que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques.

Dans une affaire de pollution de rivières, la Cour d'appel anglaise a estimé qu'il était plutôt justifié de condamner une personne morale, mais cela ne signifiait pas que les personnes physiques n'étaient pas responsables de leurs actes⁶⁶. Beaucoup de « *statutes* » incriminent explicitement les actes des « *controlling officers* » comme des actes d'une personne physique. Les « *controlling officers* » engagent donc la responsabilité pénale de la personne morale et leur propre responsabilité pénale.

Aux termes de l'article 51 du Code pénal néerlandais, si le fait punissable est commis par une personne morale, le cumul des responsabilités est possible entre la personne morale et les personnes physiques qui ont donné l'ordre d'accomplir l'acte ou celles qui ont, de fait, dirigé le comportement interdit. Un simple employé — bien qu'il peut engager la responsabilité pénale de la personne morale — ne rentre donc pas en considération pour participer au cumul. Dans la pratique, sont en cause les postes-clefs et les postes qui ont une certaine autorité, par exemple le chef de section, le manager, le chef de service, ...

Le problème du cumul provoque, malgré ces apparences, surtout en doctrine française beaucoup d'agitation.

En France, le Code pénal lui-même dispose dans son article 121-2 « que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ».

Une distinction s'impose ainsi entre les infractions intentionnelles et non-intentionnelles, vu l'utilisation des termes « auteur ou complice ». S'agissant des infractions intentionnelles, le cumul serait possible non seulement en termes de co-auteurs, mais aussi en termes de complicité. La complicité étant exclue pour les infractions non-intentionnelles, le cumul serait seulement possible en termes de coauteurs⁶⁷.

Il faut admettre — avec le P^r Lombois — que les difficultés proviennent surtout de l'ambiguïté de l'expression « les mêmes faits »⁶⁸.

Le principe du cumul est difficile à concilier avec les principes généraux du droit pénal si on comprend « les mêmes faits » comme les mêmes faits matériels ou les mêmes agissements. En effet, une telle interprétation pourrait se heurter au principe de « *non bis in idem* » : une

⁶⁶ *Alphacell Ltd. v. Woodward* (1972) A.C. 824.

⁶⁷ Avant d'en arriver là, ce texte a été source d'une grande divergence entre l'Assemblée nationale et le Sénat. D'emblée le Sénat avait institué une immunité pénale au profit des dirigeants et des employés de la personne morale. Le Sénat avait en quelque sorte créé une véritable immunité au profit de ces personnes. L'Assemblée estimant cette immunité trop choquante l'a modifiée en prévoyant « que le cumul de responsabilité ne s'exerce qu'en cas de faute personnelle de la personne physique. » Finalement, en deuxième lecture le Sénat, a accepté le cumul, mais au lieu de retenir comme condition la faute personnelle, le Sénat a préféré prévoir le cumul si « la personne physique est auteur et ou complice des mêmes faits ». Cette nouvelle rédaction traduisait finalement le même objectif que celui de l'Assemblée nationale (Rapport Marchand, *Ass. Nat.*, seconde session ordinaire de 1989-1990, n° 1345, 27-29).

⁶⁸ Cl. LOMBOIS, *op. cit.* *Droit pénal général*, 74.

double utilisation des éléments matériels, non dans le temps mais dans l'espace. Il s'agit bien d'une seule action qui fait deux coupables. Il est clair qu'il s'agit d'une responsabilité cumulative : on condamne à la fois la personne morale et la personne physique pour un seul fait.

Si, par contre, on comprend par « les mêmes faits » la même infraction, et que l'élément matériel est dicté non par l'action mais par le résultat, on va appréhender les différents comportements ayant conduit au résultat fautif. Un même fait (même infraction) peut ainsi endosser plusieurs responsabilités : pour un même résultat il y a eu plusieurs actions. On reproche ainsi à la personne morale d'autres actions qu'à la personne physique ce qui revient à une application distributive de la responsabilité.

Pourtant, une lecture littérale de l'article en cause fait conclure que la loi ne requiert pas le cumul, elle n'en parle même pas. La loi dit simplement que la responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique : « alors la loi voudrait seulement dire que l'action fautive de l'un n'absorbe, ni ne justifie l'action fautive de l'autre, si elle est distincte »⁶⁹. La loi prévoyant une double responsabilité, cette double responsabilité ne pourrait-elle pas être le choix du juge ? La loi offre une option, poursuivre l'un ou l'autre et non l'un et l'autre, ce qui revient à une responsabilité alternative.

En Allemagne, la personne morale, censée payer une amende, peut être poursuivie en même temps que la personne physique. Le cumul y est même la règle, le non-cumul l'exception. Les cas dans lesquels la personne morale peut être poursuivie sans que ne le soit la personne physique, sont limités à trois exceptions énumérées dans le paragraphe 30 de l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* ».

D'abord, la procédure — dite objective car ne poursuivant que la personne morale — est possible si le parquet ou l'administration compétente ne poursuit pas conjointement la personne morale et la personne physique (la procédure subjective ou la procédure jointe). Le second cas se présente lorsque les poursuites contre la personne physique sont suspendues, ce que le juge pénal allemand peut toujours faire jusqu'à la fin des débats, à condition que l'accusé ait consenti ; à ce moment, une procédure contre la personne morale peut être ouverte. Finalement la procédure objective peut être mise en route si le juge pénal n'inflige aucune sanction à la personne physique : le juge allemand peut en effet considérer que les faits sont prouvés et, néanmoins, ne prononcer aucune peine.

La procédure objective est cependant soumise à une condition préalable. Afin de pouvoir poursuivre uniquement la personne morale et lui infliger une amende, les éléments constitutifs de l'infraction doivent être réalisés dans la personne de la personne physique, indépendamment du fait que la personne physique ne soit pas poursuivie, non plus identifiée. Cette condition préalable a été fortement critiquée par la doctrine allemande, car si la personne physique n'est pas poursuivie, il est impossible

⁶⁹ Cf. LOMBOIS, *op. cit.* *Les Petites Affiches*, 52.

de prétendre avec certitude que l'infraction ait été commise par un organe ou un représentant légal.

La procédure — dite subjective ou jointe — est une procédure contre la personne physique, soit devant le juge pénal pour une infraction, soit devant le juge administratif pour une atteinte à une « *Ordnungswidrigkeit* », pendant laquelle la personne morale est convoquée dans le seul but de lui infliger une amende (« *Verbandsgeldbuße* »).

Selon le paragraphe 30 de l'« *Ordnungswidrigkeitengesetz* » cette procédure est la règle. Mais dans la pratique on y recourt seulement quand les poursuites contre la personne physique semblent nécessaires, ce qui n'est généralement pas le cas. L'exception est ainsi devenue la règle et la règle l'exception.

Dans le droit belge le problème du cumul ne se pose pas : une personne morale peut commettre une infraction, mais elle ne peut pas être punie pour cette infraction.

IV. LA MATIÈRE PÉNALE

Il reste à déterminer pour quelles infractions au juste les personnes morales peuvent être poursuivies. Une fois que cette question aura été résolue, se posera le problème de l'imposition de sanctions adaptées.

A. — *Les infractions*

Le Conseil de l'Europe ne s'est pas clairement prononcé sur la question. Il ne parle dans sa Recommandation que « (...) d'infractions pénales, (...) qui occasionnent un préjudice considérable tant aux particuliers qu'à la société » et, dans son annexe : « (...) des infractions commises dans l'exercice de leurs activités, même lorsque l'infraction est étrangère à l'objet de l'entreprise ».

Parmi les différents systèmes adoptés dans les différents pays, deux groupes distincts se profilent. Le premier groupe assimile les personnes morales aux personnes physiques dans la mesure où elles peuvent commettre, tout comme les personnes physiques, toutes les infractions. A ce groupe appartiennent l'Angleterre, les Pays-Bas, la Belgique et l'Allemagne. Parmi eux, une nouvelle distinction s'impose entre d'une part l'Angleterre et l'Allemagne, qui ont atténué cette assimilation en développant des critères pour déterminer en l'espèce quelles infractions comptent, et d'autre part la Belgique et les Pays-Bas, qui n'ont pas développé de tels critères limitatifs. D'après le deuxième groupe, représenté par la France à elle seule, les personnes morales ne pourront être punies que sur la base d'un texte législatif particulier.

1. *Le principe de généralité*

On a déjà pu observer qu'en Angleterre, l'*Interpretation Act* de 1889, a consacré de la façon la plus générale la possibilité pour les personnes morales de voir engager leur responsabilité pénale. Par conséquent, le domaine de la répression corporative s'étend à toutes les infractions pré-

vues et réprimées par la loi pénale, à moins que les termes du texte répressif n'excluent expressément ou tacitement les personnes morales.

La jurisprudence ne s'est cependant pas privée d'instaurer des exceptions à la portée générale de ce principe législatif. Les critères pour délimiter ces exceptions tiennent d'une part, à la nature de l'infraction et d'autre part, à celle de la nature de la peine prévue⁷⁰. Ainsi, il semble que les infractions exigeant des actes physiques d'un corps humain ne puissent pas être consommées par des personnes morales⁷¹. Songeons au viol, à l'inceste et au parjure. La justification de cette délimitation se trouve dans la maxime latine « *lex non cogit ad impossibilia* », c'est-à-dire que la loi ne peut pas connaître ce qui est impossible. Il convient de noter que les cours anglaises ont interprété cette exception d'une manière restrictive, ce que montrent notamment les arrêts de *P & O European ferries Ltd.* et *R. v. H. M. Coroner for East Kent exp. Spooner*, dans lesquels la possibilité est reconnue de condamner une personne morale pour l'infraction de violences ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner⁷². Le deuxième critère joue, dans l'hypothèse où la peine prévue ne serait applicable qu'à une personne physique. Il s'agit des infractions pour lesquelles l'emprisonnement est la seule peine prévue, ou bien de celles qui ne sont pas punissables d'une amende, comme le meurtre et la trahison⁷³.

Comme l'Angleterre, l'Allemagne a prévu d'une façon générale la possibilité pour les personnes morales de se voir infliger une amende.

Ce qui est frappant à propos du système administratif allemand, c'est que la violation en l'espèce peut concerner aussi bien un « *Straftat* » (une infraction du droit pénal) qu'une « *Ordnungswidrigkeit* ». Dès que les conditions de fond sont réunies, c'est-à-dire dès qu'un acte illicite ou l'omission illicite réunissent l'élément matériel et moral de l'incrimination, aucun problème ne se pose. Pourtant, des critères limitatifs se sont aussi développés.

D'après la doctrine, la transgression doit en principe présenter le caractère de « *Verbandsunrecht* » ce qui veut dire que la norme dépassée doit avoir rapport aux activités de la personne morale⁷⁴. Confronté avec

⁷⁰ Autrefois, les exceptions étaient plus nombreuses. Ainsi, à l'origine, seules les infractions de « *non-feasance* » étaient comprises. Dans un stade ultérieur, il ne s'agissait que des infractions créées par le législateur ; celles du « *common law* », ainsi que les infractions de « *felony* » étaient donc exclues. Cela a changé avec les trois arrêts de principe rendus en 1944.

⁷¹ Par exemple, dans l'arrêt de *Richmond London Borough Council v. Puin and Wheeler Ltd.* (1989), la Cour a relaxé la société du fait qu'elle ne pouvait pas être coupable « d'avoir conduit un camion dépassant les limites de poids ».

⁷² Les infractions de violence physique étaient exclues jusqu'à 1944, l'année où l'arrêt de *R. v. I.C.R. Haulage Ltd.* est rendu et qui a modifié cette problématique. En 1927, dans l'arrêt de *R. v. Cory Bros & Co Ltd.*, le juge a encore énoncé : « ... a corporation could not be indicted for the felony of manslaughter, or for a misdemeanour involving personal violence ».

⁷³ R. S. WELCH, « The criminal liability of corporations », *L.Q.R.*, 1946, n° 62, 345-365.

⁷⁴ Ce critère fait très fort songer à la « *Theorie vom Schutzzweck der Norm* », provenant du droit civil d'après lequel le but de la norme dépassée est prise en considération afin de déterminer si la victime peut prétendre à des dommages-intérêts.

ce critère créé par la doctrine, le législateur allemand l'a incorporé dans une définition générale (« *Generalklausel* ») sous laquelle chaque cas concret peut se ranger⁷⁵. Cette définition générale contient deux conditions plus précises mais alternatives. Ou bien la transgression consiste en la violation par la personne morale de certaines obligations, qui soient, à ajouté la doctrine, « *betriebsbezogen* », c'est-à-dire en rapport étroit avec le domaine d'activité de la personne morale. Ou bien elle doit causer (ou être susceptible de le faire) — et, là aussi, la doctrine insiste sur la rigueur de ce rapport causal — un enrichissement de la personne morale.

Ces deux pays, se situent par conséquent dans le même sous-groupe, du fait d'un développement des critères limitant le principe général. En même temps, on aperçoit des différences énormes dans l'élaboration de ces critères. Alors que l'Angleterre a opté pour une attitude casuistique et qu'elle a plutôt mis l'accent sur l'infraction et sur la sanction en l'espèce, l'Allemagne a pris une démarche abstraite et générale et a souligné l'importance de la règle transgressée elle-même. Ces différences s'expliquent par les oppositions bien connues entre le « *common law* » et le droit continental (cf. chapitre I^{er}).

La Belgique et les Pays-Bas se situent dans l'autre sous-groupe, où le principe de généralité est admis comme tel.

C'est ce qui ressort du point de départ du Code pénal néerlandais, où l'article 51 dispose que les faits incriminés peuvent être consommés par les personnes physiques et par les personnes morales. Une partie de la doctrine s'est rendu compte qu'une personne morale ne peut pas commettre l'ensemble des infractions imaginables dans la mesure où l'acte physique peut prendre une place centrale. Pourtant, la position dominante dans la doctrine réplique qu'il faut dissocier les infractions manifestement physiques de leur origine physique et ne les considérer que comme des comportements de la personne morale elle-même. Car, d'après eux, c'est finalement la personne morale qui remplit dans l'ordre social la fonction en question et c'est elle qui sera dans la plupart des cas le destinataire de la norme transgressée⁷⁶.

En raison de cette conception très large⁷⁷, il n'est pas étonnant que les personnes morales puissent être tenues pénalement responsable pour l'infraction d'homicide volontaire. Les travaux préparatoires de la loi de 1976 donnent même cette infraction comme exemple⁷⁸. En dépit de l'esprit très libéral du législateur, il a néanmoins fallu attendre jusqu'en 1987 pour qu'un tribunal condamne une personne morale pour homicide volontaire⁷⁹.

⁷⁵ Il a refusé l'autre solution proposée, consistant à rédiger une liste d'infractions compatibles.

⁷⁶ R. TORRINGA, « De strafbaarheid van de rechtspersoon en de op naar daderschap gegronde vervolgbaarheid van opdrachtgevers en feitelijke leidingevers », *M. Ondern. Rechtspr.*, 1982, 210.

⁷⁷ Cette conception très large réside nettement dans le prolongement de leur théorie d'imputabilité. Pour une critique acerbe, v. R. HAENTJENS, « Remarques sur la responsabilité pénale des personnes morales en droit des Pays-Bas », *Rev. dr. pén.* 1986, 866.

⁷⁸ T.K., 1975-76, 13655 nr. 3, 15.

⁷⁹ Rb. Leeuwarden, 23 déc. 1987, *N.J.*, 1988, 981. Il s'agissait d'un hôpital qui avait manqué au contrôle des appareils d'anesthésie, ce qui avait provoqué la mort d'un patient.

Malgré l'absence d'une quelconque prise de position de la part de la jurisprudence et de la doctrine belges, on peut pourtant déduire de la jurisprudence que le principe de généralité est aussi accepté par le droit belge.

2. *Le principe de spécialité*

Contrairement à son homologue belge, le législateur français a bien réfléchi à la question. En outre, il est le seul, parmi tous les pays discutés, à avoir posé un principe de spécialité. L'article 121-2 dispose, en effet, que les personnes morales sont pénalement responsables « dans les cas prévus par la loi ou le règlement ». Des raisons très disparates se trouvent à la base de ce choix.

Une explication pratique réside dans le fait que la France s'est trouvée dans une situation où elle a pu choisir ce principe. Le Code pénal étant précisément soumis à une révision globale, le législateur avait la possibilité de reconsidérer toute la liste des infractions existantes et dès lors de faire un choix entre les infractions à retenir ou non.

Le principe de spécialité offre aussi l'avantage d'éviter certaines situations apparemment absurdes, tel le fait de rendre coupable une société d'agression sexuelle, de meurtre ou de coups et de blessures. La possibilité de faire un choix implique en plus une compétence d'opportunité pour le législateur, d'ailleurs délibérément voulu. Le législateur étant donc obligé de s'interroger sur chaque infraction, détermine ainsi l'opportunité de prévoir ou non la responsabilité pénale des personnes morales. Cette opportunité est pourtant plutôt un inconvénient qu'un avantage, puisqu'on court le risque de compromettre la cohérence de l'ensemble des textes pénaux⁸⁰. Dans ce sens, le principe de spécialité peut même devenir une source d'erreurs frappantes.

Une explication plutôt idéologique se rapporte au fait que le principe de spécialité constitue une sorte de renforcement du principe de légalité, d'après lequel les crimes et délits doivent être définis par la loi et les contraventions par le règlement. Le caractère faible de cet argument est facile à démontrer, étant donné la contradiction entre le principe de spécialité et celui de l'égalité de tous devant la loi, y compris des personnes morales. Et en effet, il conviendra à l'avenir de prendre en compte une nouvelle distinction entre les infractions : celles qui peuvent être réalisées par toute personne et celles qui ne peuvent l'être que par des personnes physiques ; peut-être, aussi celles qui ne peuvent l'être que par des personnes morales.

L'examen du droit français révèle bien les difficultés et les objections résultant du principe de la spécialité, lorsqu'il est appliqué pour déterminer

Le juge néerlandais a décidé que l'hôpital — personne morale — avait manqué au contrôle qui découle du critère d'autorité et que l'hôpital avait accepté la situation, du fait qu'il n'existait aucun système structuré d'entretien des machines mais seulement un entretien occasionnel.

⁸⁰ D'après la doctrine, la cohérence fait déjà défaut, V. F. DESPORTES, « Le nouveau régime de la responsabilité des personnes morales », *J.C.P.*, 1993, 72 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 1995, 253 ; *J.C.P.*, 1994, 12.

les infractions susceptibles d'être commises par les personnes morales. Par contre, en ce qui concerne les sanctions, il est hors de doute que le principe de spécialité doit prévaloir sur celui de la généralité.

B. — *Les sanctions*

Le principe de la spécialité appliqué en cette matière implique l'exigence des sanctions adaptées. Celles-ci peuvent être de nature pénale ou non-pénale, le choix reste libre dans les différents États membres du Conseil de l'Europe.

1. *Des sanctions adaptées*

Le Conseil de l'Europe a plusieurs fois mis l'accent sur l'importance des sanctions adaptées⁸¹. Ainsi il demande, dans sa Recommandation aux États membres, de « prévoir des sanctions et des mesures adaptées aux entreprises » et dans l'annexe « d'envisager l'introduction des sanctions et des mesures particulièrement adaptées aux entreprises ».

Une telle adaptation est nécessaire à cause de diverses raisons⁸².

Les personnes morales, beaucoup plus que les personnes physiques, sont des corps changeants. Leurs membres ou associés peuvent être remplacés, leur forme peut être modifiée, leur organisation bouleversée, leur réalité économique transférée. Les notions comme le sursis, la récidive, l'application des peines, le casier judiciaire subissent nécessairement des distorsions par rapport à ce qu'elles sont pour les personnes physiques.

De plus, la fonction rétributive de la peine n'a pas la même signification dans le cas des personnes morales. Pour elles, l'aspect moral de la sanction devient beaucoup plus abstrait.

⁸¹ Le Conseil a aussi rédigé une liste systématique, mentionnant des exemples de sanctions et de mesures adaptées, en particulier, aux entreprises. Elles pourraient comprendre notamment :

« — l'avertissement, l'admonestation, le cautionnement ;
 — une décision portant déclaration de responsabilité et dispense de sanction ;
 -- l'amende ou une autre sanction pécuniaire ;
 — la confiscation des biens utilisés dans la commission de l'infraction ou qui représentent les gains tirés de l'activité illicite ;
 — l'interdiction d'exercer certaines activités, notamment des marchés publics ;
 -- l'interdiction de bénéficier d'avantages fiscaux et de subventions ;
 — l'interdiction de faire de la publicité pour des marchandises ou des services ;
 la suppression d'autorisations ;
 — la destitution des membres de la direction ;
 -- le placement provisoire de l'entreprise sous la responsabilité d'un administrateur désigné par la justice ;
 — la fermeture de l'entreprise ;
 -- la dissolution de l'entreprise ;
 — l'indemnisation de la victime et/ou la restitution à celle-ci ;
 — la remise en état d'origine ;
 — la publication de la décision infligeant une sanction ou une mesure ».

⁸² Nonobstant le fait que ces raisons de justifier l'existence des sanctions adaptées ont surtout rapport aux aspects pénaux, elles doivent aussi être prises en considération lorsqu'on choisit la voie non-pénale.

On ne peut pas non plus oublier que dans la grande majorité des cas, les personnes morales sont des groupements de personnes, elles-mêmes physiques ou morales. Nombre d'entre elles exploitent des entreprises et font vivre des salariés, font droit à leurs créanciers et participent à l'enrichissement de l'économie nationale. Quant aux autres, leurs buts extra-économiques (politiques, syndicats, sportifs, altruistes) démontrent leur utilité pour la vie sociale. Sous cet angle, il est donc nécessaire de développer des sanctions adaptées qui n'empêchent pas les personnes morales d'accomplir les œuvres utiles pour lesquelles elles sont faites, qui ne les appauvrissent pas inutilement ou, bien plus, qui ne font pas subir à des innocents les conséquences d'une peine frappant une entité abstraite, à la suite des agissements de personnes physiques bien réelles. En même temps, il faut pourtant prendre garde que ces sanctions permettent d'empêcher, d'une part certaines personnes physiques de continuer à exercer ou à couvrir une activité socialement dangereuse et, d'autre part, l'entité coupable de tirer des profits de ses infractions. Le Conseil de l'Europe a d'ailleurs exprimé dans sa Recommandation et dans son annexe le souhait de lier la responsabilité aux gains découlant de l'activité illicite. En effet, les amendes de droits commun qui seraient imposées, se trouveraient souvent disproportionnées par rapport aux bénéfices obtenus.

Cette attention particulière envers l'exigence des sanctions adaptées s'explique aussi par le fait que la criminalité corporative porte souvent sur des infractions sans victimes ou sans victimes identifiables, de sorte que le droit pénal doit fournir lui-même des moyens suffisants pour priver les contrevenants des gains de leurs infractions, car dans ce cas, les litiges civils compensatoires ne peuvent pas aider.

Dans sa Recommandation, le Conseil a laissé ouvert la question de savoir si les sanctions adaptées doivent se situer dans le droit pénal ou dans d'autres branches du droit. L'annexe énumère pourtant les circonstances dans lesquelles il faut opter tantôt pour des sanctions pénales, tantôt pour d'autres sanctions : « (...) a) il conviendrait d'envisager notamment l'application des sanctions pénales aux entreprises, lorsque la nature de l'infraction, la gravité de la faute de l'entreprise, les conséquences pour la société et la nécessité de prévenir d'autres infractions l'exigent ; (...) b) l'application d'autres sanctions, par exemple celles infligées par des autorités administratives et soumises à un contrôle judiciaire, notamment pour tout comportement illicite n'exigeant pas que l'auteur de l'infraction soit traité comme un criminel ».

Dans la discussion qui suivra, il sera donc question d'une part des sanctions pénales et d'autre part des sanctions non pénales.

2. *L'adaptation des sanctions*

Les sanctions pénales à l'encontre de la personne morale sont appliquées en Angleterre, aux Pays-Bas et en France, alors que l'application des sanctions non pénales se situe surtout en Belgique et en Allemagne, les deux derniers pays ignorant la responsabilité pénale. La France les applique aussi, mais vu sa nouvelle réglementation pénale, l'importance des sanctions non pénales diminuera probablement dans le futur.

a) *Les sanctions pénales*

Il semble à première vue justifié de conclure que, par rapport au droit anglais et néerlandais, le droit français a mieux prévu des sanctions adaptées. Les différences résident dans le fait que les droits anglais et néerlandais manient des dispositions générales, par opposition aux dispositions spécifiques appliquées par le droit français.

Le droit anglais n'a pas vraiment spécifié la problématique, la responsabilité pénale étant introduite d'une façon très générale. Rappelons toutefois que, dans ses arrêts de 1944, la jurisprudence a développé des critères limitant le champ d'application des infractions susceptibles d'être commises par les personnes morales. Or l'un des deux critères (la reconnaissance de l'infraction commise ne saurait être dissociée de la possibilité d'exécuter la peine prévue) peut aussi être interprété comme limitant les sanctions applicables en l'espèce.

Si cette interprétation s'avère possible, les choses s'arrêtent là. La situation changera peut-être dans le futur, car de nombreux mécontentements se font jour dans la doctrine anglaise ; on y plaide sans réserve pour un autre système de sanctions, beaucoup plus adapté aux personnes morales⁸³.

On trouve une situation semblable aux Pays-Bas, à la seule différence que le législateur est intervenu d'une façon nette. L'article 51 du Code pénal dispose ainsi, dans son deuxième alinéa, que « Si un fait incriminé est commis par une personne morale, la poursuite pénale peut être intentée à son encontre et les peines et mesures prévues dans la loi peuvent être prononcées à son égard, à condition qu'elles entrent en ligne de compte ». Comme en Angleterre, la portée générale d'une telle disposition large a été limitée par référence à la peine-même. De plus, il est une limitation par référence à la source des règles : la notion de « loi » se rapporte limitativement au Code pénal⁸⁴, à la loi sur les délits économiques⁸⁵ et aux lois spéciales.

Bien que cette situation soit plus claire, la doctrine néerlandaise se plaint également de la situation actuelle⁸⁶.

Contrairement à ces solutions de portée générale, le droit français a opté une fois de plus pour l'application d'un principe de spécialité, puisqu'il n'a pas assimilé la personne morale à la personne physique.

Ainsi, sous le chapitre I « De la nature des peines » du Titre III « Des peines » le nouveau Code pénal prévoit deux sections différentes intitulées : « Des peines applicables aux personnes physiques » et « Des

⁸³ A. ASHWORTH, *op. cit.*, 87 ; P. SEAGO, *Criminal Law*, London, Sweet & Maxwell, 1994, 156 ; C. WELLS, « Corporations, culture, risk and criminal liability », *Crim. L.R.*, 1993, 551 ; B. FISSE, J. BRAITHWAITE, « The allocation of responsibility for corporate crime : Individualism, collectivism and accountability », *Sydney L.R.*, 1988, II, 46.

⁸⁴ Il s'agit plus particulièrement de l'amende, de la confiscation d'objets ou de créances, de la publicité de la décision judiciaire et de la soustraction de certains objets à la circulation.

⁸⁵ Il s'agit ici de l'arrêt total ou partiel de l'activité de l'entreprise, la déchéance totale ou partielle, la mise sous séquestre de l'entreprise, le versement d'une caution et la privation des avantages obtenus par l'infraction.

⁸⁶ Parmi eux, notamment R. HAENTJENS, *op. cit.*, 863.

peines applicables aux personnes morales ». La dernière section est divisée à son tour en trois sous-sections, dont la première traite les peines criminelles et correctionnelles, la deuxième les peines contraventionnelles et la troisième le contenu et les modalités d'application de certaines peines.

Les articles en cause (131-39 à 131-49) dressent une nomenclature impressionnante des peines spécifiques aux personnes morales.

Un examen plus approfondi permet pourtant de constater que, seules, deux innovations réelles peuvent être notées, à savoir la dissolution (art. 131-39) et le placement sous surveillance judiciaire (art. 131-39-3^o), dont la dernière est par ailleurs plutôt une mesure de sûreté. Bref, la seule peine nouvelle est la dissolution. Sa nouveauté réside surtout dans son caractère grave⁸⁷, portant atteinte à l'activité de la personne morale et à son existence. A cet égard, on peut la comparer à la peine de mort. Par conséquent, l'application de cette peine n'est prévue qu'à l'encontre de certaines personnes morales et uniquement pour les infractions les plus graves (comme la création de la personne morale afin de commettre les faits incriminés et le détournement de son objet pour commettre les faits incriminés). Cette peine existe aussi déjà en Angleterre et en Belgique⁸⁸, mais non aux Pays-Bas⁸⁹.

Les autres sanctions propres aux personnes morales sont souvent plus adaptées que franchement novatrices, de sorte qu'on peut même parler des peines communes aux personnes physiques et morales. Il s'agit de l'amende (art. 131-3, 131-37), de la confiscation (art. 131-6-4^o, 7^o, 10^o; 131-39-8^o), de l'affichage ou communication de la décision (art. 131-10; 131-39-9^o), de la fermeture d'établissement (art. 131-10; 131-39-4^o) et de l'interdiction d'activités (art. 131-6-11^o; 131-39-2^o). On retrouve toutes ces peines aussi aux Pays-Bas (sauf la dissolution), en Angleterre et dans la liste donnée par le Conseil de l'Europe.

Cette liste est la mieux suivie par la France et les Pays-Bas, vu leur attention multiple aux sanctions privant des avantages obtenus par l'infraction, tellement souhaitée par le Conseil. Ainsi, l'article 131-38 du Code pénal français prévoit que le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales sera égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques. De même, le droit néerlandais, grâce à l'article 23 (7) Sr et grâce à la loi sur les sanctions pécuniaires, prévoit des amendes beaucoup plus élevées que celles qui s'appliquent aux individus. En outre, ces deux pays attachent une grande importance à la confiscation de sorte que cette sanction n'occupe pas la place d'une peine symbolique dans l'arsenal des sanctions applicables aux personnes morales.

⁸⁷ A la suite de ce caractère grave, le juge n'est jamais obligé de la prononcer et, une fois qu'elle est prononcée, elle a pour conséquence que les violations des obligations découlant de cette condamnation seront à leur tour réprimées.

⁸⁸ Cette dissolution de la personne morale, prévue exceptionnellement dans la législation belge, est prononcée par les tribunaux civils : il s'agit donc d'une sanction civile qui ne sera que prononcée à une requête préalable du ministère public et après une constatation d'une transgression grave de la loi ou de l'ordre public.

⁸⁹ Le droit néerlandais connaît pourtant cette sanction dans son droit commercial. Selon l'art. 37 du Code de commerce, le ministère public est compétent pour requérir la dissolution

Il en va de même pour l'Angleterre, sauf en ce qui concerne les amendes : bien que le droit anglais prévoit assez souvent des amendes, leur taux n'est pas assez élevé pour avoir des effets dissuasifs vis-à-vis de la personne morale.

Ces effets dissuasifs vis-à-vis de la personne morale sont mieux prévus dans le droit belge, nonobstant le fait qu'il n'admet pas la responsabilité pénale de la personne morale. Le juge dispose de la possibilité de prononcer des peines à l'encontre des personnes physiques qui produisent de tels effets, que la personne morale est indirectement frappée. En l'espèce, il s'agit de la confiscation, de la publication dans la presse, de l'affichage du jugement et de la fermeture de l'établissement.

La voie la plus indiquée pour obtenir ces « effets effrayants » est évidemment la prononciation de sanctions directes à l'encontre de la personne morale elle-même. Encore plus préférable, c'est de prévoir des mesures de sûreté, comme l'a par ailleurs recommandé le Conseil de l'Europe (voir la liste).

Leur valeur réside dans le fait qu'elles tendent à défendre la société et ont donc, en ce sens, un caractère de mesures de défense sociale. Comme il s'agit moins de punir que de protéger, (protéger la société en général et la personne morale contre elle-même), le caractère fautif du comportement imputé à la personne morale demeure à l'arrière-plan et l'accent est plutôt mis sur le caractère illégal et anti-social du comportement. Bref, les sanctions n'ont pas de coloration morale et visent avant tout à prévenir la commission d'infractions nouvelles. Il ne s'agit donc pas de véritables peines et celles-ci sont par conséquent moins sévères : par exemple, au lieu d'annihiler la capacité de la personne morale, elles visent seulement à la restreindre.

Ces mesures sont prévues dans tous les pays en cause⁹⁰, dans les uns un peu plus que dans d'autres.

En effet, dans la nomenclature française des peines applicables, on observe quelques mesures de sûreté. Il s'agit plus particulièrement des sanctions prévues dans l'article 131-39-3^o, 5^o, 6^o et 7^o, à savoir : le placement pour une durée de 5 ans au plus sous surveillance judiciaire, l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de 5 ans au plus, l'interdiction de faire appel public à l'épargne et l'interdiction, pour une durée de 5 ans au plus, d'émettre des chèques (autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés) ou d'utiliser des cartes de paiement. La majorité de ces mesures sont aussi applicables aux personnes physiques. Seuls l'interdiction de faire appel public à l'épargne et le placement sous surveillance judiciaire

d'une société anonyme dont l'objectif de l'activité est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

⁹⁰ Cette constatation est faite indépendamment de l'appellation qui leur est réservée dans chaque État, ce qui nous permet de constater que le droit belge et le droit allemand les connaissent aussi, mais sous le régime des sanctions administratives et civiles. Bien sûr, lesdites sanctions ne sont pas tellement développées, nonobstant les souhaits de la part de la doctrine. Ainsi C. HENNAU-HUBLET, J. M. PIRET, *op. cit.*, 789.

sont restreints aux personnes morales⁹¹. Cette dernière mesure, comme la dissolution, également prévue par le Conseil de l'Europe, démontre un caractère grave. En effet, la désignation d'un mandataire de justice dont la juridiction précise la mission, implique une atteinte sérieuse à la liberté de gestion. Bien que cette mission soit limitée, car elle ne peut porter que sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, le danger que le mandataire n'agisse pas dans l'intérêt de la personne morale n'est pas négligeable.

Dans le droit néerlandais, cette mesure est aussi connue, à part le fait qu'il y est question de « la mise sous séquestre de l'entreprise ». D'autres encore sont prévues, parmi lesquelles notamment le versement d'une caution, inconnu du droit français mais prévu par le Conseil de l'Europe.

Sur le plan global, les pays en cause montrent déjà une grande conformité par rapport à la Recommandation et, par conséquent, aussi une certaine similitude dans leurs rapports mutuels. Car bien que le droit français, contrairement aux droits anglais et néerlandais, ait prévu des sanctions et des mesures spécifiques pour les personnes morales, celles-ci ne se distinguent pas vraiment de celles appliquées en Angleterre et aux Pays-Bas. En réalité, la plupart de ces sanctions apparemment novatrices ne sont que des adaptations de celles qui existent pour la personne physique.

On peut résumer de la manière suivante. D'abord, la plupart des peines prévues tendent à restreindre la liberté d'action de la personne morale. Ensuite, la plupart des autres sanctions s'en prennent à la capacité de la personne morale : parfois l'activité sera maintenue mais soumise au contrôle judiciaire, parfois cette activité sera également maintenue, mais avec moyens réduits ; parfois encore l'activité sera même interdite temporairement.

L'objectif que visent ces pays est donc essentiellement utilitaire : il s'agit d'empêcher la personne morale de continuer ses activités délictueuses, soit en la contrôlant, soit en limitant sa capacité, soit en la supprimant⁹².

Et pourtant, la doctrine n'est pas encore satisfaite. Des voix mécontentes se lèvent non seulement en Angleterre et aux Pays-Bas, mais même en France. On y regrette par exemple que des aspects plus positifs n'aient pas été approfondis et retenus dans le nouveau Code pénal, comme l'exigence d'une modification des statuts de la personne morale ou d'un plan de restructuration, nécessaire pour éradiquer telle ou telle forme de délinquance économique, ou bien la création d'organes appropriés ou l'exclusion de tel membre ou dirigeant inspirateur des pratiques contestées⁹³. Allant même plus loin, certains ont proposé et vanté l'adoption

⁹¹ Les personnes morales de droit public, des partis ou groupements politiques et des syndicats professionnels sont exclus d'une application de cette sanction pour des raisons constitutionnelles. En outre, ils sont déjà soumis à un contrôle qui leur est propre.

⁹² G. VINEY, « Conclusion », *Rev. soc.*, 1993, 385.

⁹³ P. LE CANNU, « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale (droit interne) », *Les Petites Affiches*, 1993, n° 120, 16.

de sanctions non pénales, songeons par exemple à des clauses réputées non écrites ou à des inopposabilités.

b) *Les sanctions non pénales*

Vu le domaine très vaste des sanctions, une délimitation s'impose, ce qui fait que seules les sanctions administratives et civiles seront traitées. Le choix de ces deux types de sanctions n'est pas accidentel, car elles peuvent vraiment être regardées comme des produits « *ersatz* », substitutives des sanctions pénales. Autrement dit, elles remplacent des peines et se donnent en réalité une fonction pénale. Il faut admettre ainsi que, plus d'une fois, la nature juridique attribuée à une sanction dépend de la volonté du législateur ; elle ne correspond pas toujours à sa nature réelle. C'est pourquoi il ne faut pas s'arrêter à la détermination de l'organisme qui peut prendre ces sanctions. Elle variera selon les États, ce que le Conseil de l'Europe a d'ailleurs reconnu en abandonnant le choix aux États membres. Dans certains cas, ce sera l'autorité administrative (sanctions administratives) et dans d'autres l'autorité civile (sanctions civiles).

— *Les sanctions civiles*

A ce propos, le Conseil de l'Europe a, explicitement, déclaré que ses recommandations n'étaient pas applicables aux régimes existants de responsabilité civile des entreprises.

Or, cette responsabilité civile existe jusqu'à présent en Belgique, aux Pays-Bas et en France⁹⁴.

Ce n'est qu'en Belgique qu'elle fonctionne encore comme substitutive du droit pénal, surtout dans le droit économique et dans le droit du travail. La sanction pénale ne peut pas être prononcée directement à l'encontre de la personne morale. Néanmoins, celle-ci peut être atteinte par les sanctions pénales prononcées contre les personnes physiques par lesquelles elle a agi. Autrement dit, lorsque la personne morale est déclarée civilement responsable, elle endossera les conséquences pécuniaires d'une condamnation pénale encourue par un de ses membres physiques.

Cette solution présente certains avantages. Ainsi la personne morale conserve en principe un droit de recours contre le véritable responsable. De plus, il y a l'avantage pour le Trésor, assuré de recouvrer le paiement des amendes judiciaires⁹⁵. Du point de vue de la politique criminelle cette solution a également son intérêt, dans la mesure où elle revient à sanctionner celui qui, sans être l'auteur matériel de l'infraction, en a sans doute profité.

Malgré ces avantages certains, la « garantie civile des condamnations pénales » suscite aussi de vives critiques et ce à juste titre. En effet, une

⁹⁴ En droit français et en droit néerlandais, cette responsabilité se situe surtout dans le droit fiscal, où il faut ainsi chercher les racines d'une telle responsabilité, le législateur souhaitant effectuer avec plus d'efficacité le recouvrement des amendes fiscales en déclarant l'entreprise civilement responsable, vu sa position dominante.

⁹⁵ Cette technique est incontestablement très convenable en droit fiscal et dans des matières analogues, où le but final du Gouvernement est de recouvrer autant que possible de l'argent.

telle solution revient à une responsabilité pénale déguisée, la personne morale, théoriquement non punissable, supportant en réalité la sanction pécuniaire. Il s'en suit que le caractère punitif de la peine est attaqué, car en acceptant qu'elle puisse être remplie par un tiers, on viole le principe de la personnalité de la peine. De plus, la personne morale ne dispose pas d'une possibilité de se défendre devant les juridictions pénales, alors que c'est bien elle qui a la charge de la sanction pénale. Mais la crainte existe surtout que cette « garantie civile des condamnations pénales » pèsent trop lourdement sur la personne physique, à qui le juge pénal aura moins de scrupules à infliger une lourde amende. Comme la personne morale peut se retourner contre elle, cela risque de ruiner la personne physique. Cependant, il semble que, dans la pratique, la personne morale hésite à exiger ce remboursement de son préposé.

Quant au droit belge, en particulier, on n'évite pas les difficultés relatives à l'imputation, car l'identification de la personne physique demeure nécessaire. Le système de la « garantie civile des condamnations pénales » entre encore plus dans une phase critique, puisqu'il est caractérisé par un manque d'uniformité. Ainsi, il règne une grande diversité quant à la personne morale susceptible d'être déclarée civilement garante : certaines lois parlent des personnes morales, d'autres, d'entreprises et des chefs d'entreprise et d'autres encore, de l'employeur. Une même diversité existe en ce qui concerne la personne qui fait l'objet de la sanction pénale. Enfin, on peut déplorer un manque analogue d'uniformité concernant l'objet de la « garantie civile des condamnations pénales » : certaines lois se limitent à la sanction pécuniaire, c'est-à-dire l'amende, d'autres s'étendent aussi à la confiscation⁹⁶, d'autres encore visent aussi les frais, les restitutions et les dommages-intérêts.

Le Conseil de l'Europe ayant déclaré ses recommandations non applicables aux régimes actuels de responsabilité civile des entreprises, on ne peut pas juger du caractère conciliable de ce régime avec les principes énoncés dans la Recommandation et l'annexe.

Il en est autrement des sanctions administratives.

— *Les sanctions administratives*

Le Conseil de l'Europe souhaite les réserver aux infractions moins graves, c'est-à-dire « ... notamment pour tout comportement illicite n'exigeant pas que l'auteur de l'infraction soit traité comme un criminel », et à condition que ces sanctions soient soumises à un contrôle judiciaire. Cette condition est acceptable car, à l'inverse des sanctions civiles ou pénales, la sanction administrative n'est pas prononcée par les tribunaux judiciaires, mais en général imposée par les organes administratifs qui font partie du pouvoir exécutif, le Gouvernement.

De tous les pays en cause, ce sont surtout la Belgique et l'Allemagne qui se sont manifestées dans ce domaine. Les droits français⁹⁷ et néerlandais

⁹⁶ En droit français, la confiscation est en général comprise dans l'objet d'une responsabilité civile.

⁹⁷ V. l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et la loi du 6 juillet 1987, qui ont conduit à une dépénalisation de certaines infractions économiques, au profit d'un système analogue

sont également familiers de ces types de sanctions, mais comme les deux pays reconnaissent la responsabilité pénale, la problématique des sanctions administratives n'y revêt pas une telle importance.

Le droit allemand s'est vraiment concentré sur des sanctions administratives, de sorte qu'un système tout à fait cohérent a été élaboré.

Ces sanctions administratives consistent, d'une part en mesures de confiscation (§§ 73, 75 StGB et §§ 29, 29 a OWiG) et, d'autre part en amendes. Ces dernières, appelées « *Verbandgeldbussen* » lorsqu'elles sont infligées à l'encontre d'une personne morale, se taillent la part du lion. Le maximum de l'amende dépend de la transgression commise par la personne physique (« *Anknüpfungstat* »). S'il s'agit d'un « *Straftat* », une nouvelle distinction s'impose entre les infractions intentionnelles, pour lesquelles le maximum est fixé à 1 million DM, et les infractions par négligence, où le maximum comporte 500 000 DM. S'il s'agit par contre d'une « *Ordnungswidrigkeit* », le maximum est fixé par rapport au maximum prévu pour cette « *Ordnungswidrigkeit* ». Dans les deux cas, il faut, en outre, tenir compte du paragraphe 17 (4) OWiG⁹⁸, d'après lequel les taux prévus peuvent être dépassés lorsqu'ils ne compensent pas les avantages illicites obtenus par l'entreprise en question et la charge financière (complémentaire). L'application de ce critère a déjà conduit à des « *Verbandgeldbussen* » de l'ordre de 224 millions DM⁹⁹. Le paragraphe 17 (4) OWiG figure en même temps comme le critère déterminant le minimum de l'amende. Les deux critères, c'est-à-dire l'avantage illicite et la partie répressive, consistant en une charge financière et complémentaire, sont très importants parce qu'ils permettent de déjouer les calculs coût/profit de la criminalité socio-économique. Pourtant, l'estimation de l'avantage illicite a déjà prêté le flanc à de nombreux problèmes, telle la question de savoir s'il faut décompter les frais.

La distinction faite entre les « *Ordnungswidrigkeiten* » et les infractions révèle aussi son importance à propos de l'autorité compétente¹⁰⁰. Ainsi, l'amende sera prononcée par l'autorité administrative lorsque la personne physique commet une « *Ordnungswidrigkeit* », alors que ce sera le juge pénal dans le cas d'une infraction¹⁰¹. Il est vraiment remarquable que, dans ce dernier cas, une sanction administrative soit prononcée par les autorités judiciaires et plus particulièrement par les tribunaux répressifs. Malgré le défaut d'une responsabilité pénale de la personne morale, on est renvoyé chez le juge pénal. On ne peut pas se défaire de l'impression qu'en l'espèce, il s'agit d'un « *Etikettenschwindel* », le juge pénal incapa-

de sanctions administratives. En l'occurrence un recours devant les juridictions judiciaires est possible.

⁹⁸ Ce paragraphe est, en vertu du § 30 (3) OWiG, aussi applicable au « *Verbandgeldbusse* ».

⁹⁹ F.A.Z. (Frankfurter Allgemeine Zeitung), 12 juli 1989, 12. En l'espèce l'entreprise « *Süddeutsche Zementindustrie* » avaient enfreint les lois sur les prix.

¹⁰⁰ Cet aspect a déjà été examiné ci-dessus lors de la discussion de la possibilité de cumul ou non des poursuites à l'encontre de la personne morale et de la personne physique.

¹⁰¹ L'exécution de la sanction se passe dans les deux cas de la façon administrative en vertu du § 89 e.s. OWiG.

ble d'imposer des peines à l'encontre des personnes morales est pourtant capable de leur infliger un « *Geldbusse* ».

Une constatation semblable est à noter dans le droit belge où le législateur prévoit des sanctions non pénales dont l'inexécution constitue une infraction, et revient donc finalement chez le juge pénal. Bien que ce ne soit pas d'une manière aussi directe qu'en droit allemand, cela aboutit plus ou moins au même résultat, c'est-à-dire à une décriminalisation partielle ¹⁰².

Le droit belge se distingue, par contre, du droit allemand par son manque de cohérence. On peut relever beaucoup d'exemples de sanctions administratives, parmi de nombreuses lois qui ne montrent aucun facteur commun. Ce n'est qu'en 1971 que le droit belge s'est rapproché du droit allemand, en rédigeant une loi qui a généralisé le système de la sanction administrative ¹⁰³, fût-ce encore que partiellement. Il s'agit de la loi du 30 juin 1971, relative aux amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales. Ce qui est regrettable, c'est que la loi s'est aussi alignée sur le droit allemand, quant à la notion de sanction administrative elle-même, et qu'elle n'a pas opté pour une application générale de la transaction administrative. La différence entre les deux notions réside surtout dans le fait que la sanction administrative au sens propre est imposée, alors que la transaction administrative est proposée. Cette distinction entre « imposer » et « proposer » a pour conséquence que, dans le premier cas, le consentement du contrevenant est superflu, alors qu'il est nécessaire dans le second. Cela implique que, si le contrevenant n'est pas d'accord avec la transaction, il peut demeurer passif, car il incombe à l'autorité administrative d'intenter une nouvelle procédure. Tandis que dans le cas d'une sanction administrative, lorsque le contrevenant n'est pas d'accord, c'est à lui — en faisant appel — à prendre l'initiative.

Face à cette comparaison et sous l'angle du droit européen C.E.D.H. ¹⁰⁴, la transaction administrative est préférable. Le problème fondamental des sanctions administratives est l'absence de garanties procédurales ¹⁰⁵.

¹⁰² On trouve un exemple d'une telle répression pénale de l'inobservation d'une sanction non-pénale dans l'art. 55 de la loi sur les pratiques commerciales.

¹⁰³ On peut poser avec A. DE NAUW, « que la loi du 30 juin 1971 est évoluée jusqu'à l'embryon de la procédure en matière d'amendes administratives » A. DE NAUW, « La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge », *R.C.J.B.*, 1992, 552-572). En effet, à la suite de toute une série d'avis du Conseil d'État, le Gouvernement a adapté de nombreux projets de lois ans le sens de ladite loi.

¹⁰⁴ Aussi sous l'angle du droit interne belge, on parvient à la même conclusion à cause de l'absence de l'adage « *Qui tacet, consentire videtur* ». De plus, sont à noter plusieurs avis du Conseil d'État, allant dans la même direction, en s'appuyant sur la transgression de la présomption d'innocence. En effet, lorsque la culpabilité n'est prouvée que par un procès-verbal et non par une décision judiciaire, la personne en cause sera déclarée coupable par les autorités administratives avant qu'un juge soit intervenu.

¹⁰⁵ Les diverses garanties procédurales sont généralement décrites sous le nom du droit à un procès équitable. Il comprend notamment le droit d'avoir accès à un tribunal, la garantie d'un tribunal établi par la loi, l'indépendance et l'impartialité du juge, le droit à une durée raisonnable de la procédure et le droit à la publicité de la procédure juridictionnelle.

D'après l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les garanties procédurales peuvent être invoquées à propos des « contestations sur les droits et obligations de nature civile » ou bien à propos du « bien-fondé de toute accusation en matière pénale ».

Or, la Cour et la Commission des droits de l'homme ont donné une interprétation autonome au terme « matière pénale », dans ce sens que même une affaire non qualifiée de pénale par le droit national peut cependant relever de la matière pénale. Dans divers arrêts ¹⁰⁶, les deux instances ont élaboré des critères pour déterminer s'il s'agit ou non d'une matière pénale. Ainsi la Cour ne prend pas seulement en considération la qualification de l'infraction d'après la technique juridique interne, elle regarde aussi la nature même de l'infraction et la sévérité de la sanction ¹⁰⁷. Ce dernier critère est surtout pertinent pour qualifier les sanctions administratives comme appartenant à la matière pénale : pour que la sanction administrative soit efficace, elle doit atteindre un certain niveau, ce qui fait qu'elle sera souvent considérée comme une sanction pénale. Suite à cette nouvelle qualification, la prononciation de ces sanctions administratives doit être accompagnée des garanties procédurales mentionnées ci-dessus. Les États membres peuvent échapper en première instance à cette exigence, à condition qu'ils prévoient une possibilité d'appel dans laquelle ces garanties sont présentes.

Compte tenu de tout cela, la technique des sanctions administratives est inutilisable dès que la sanction revêt une certaine gravité. C'est dans ce contexte qu'il faut ainsi comprendre la condition — « soumises à un contrôle judiciaire, notamment pour tout comportement illicite n'exigeant pas que l'auteur de l'infraction soit traité comme un criminel » — énoncée dans la Recommandation du Conseil de l'Europe à propos des sanctions administratives.

Par contre, l'emploi de la technique de la transaction administrative est plus convenable au regard des exigences du droit conventionnel. Il est déplorable que le droit belge ne l'ait pas choisi comme solution commune dans la loi générale de 1971. C'est autant plus regrettable, lorsqu'on sait que le droit belge était, contrairement au droit allemand, déjà très familier de cette technique. De plus, cette situation entraîne pour le droit belge des conséquences bien plus graves que pour le droit allemand, car le droit allemand a toujours prévu la possibilité d'appel auprès des tribunaux répressifs.

On peut se demander ce qui peut inciter un État à adopter des mesures administratives.

Les États en cause évoquent diverses raisons. D'après eux, les sanctions administratives offrent l'avantage qu'elles n'imposent pas au contre-

¹⁰⁶ Par ex. : l'arrêt *Engel e.a.*, 8 juin 1976, *Publ. Cour.*, Sér. A, nr. 22, § 82 ; l'arrêt *Öztürk*, 21 février 1984, *Publ. Cour.*, Sér. A, nr. 73, § 53 ; l'arrêt *Lutz*, 25 août 1987, *Publ. Cour.*, Sér. A, nr. 123, § 55 ; l'arrêt *Bendenoun*, 24 février 1994, *Publ. Cour.*, Sér. A, nr. 284.

¹⁰⁷ Ce dernier a très récemment été modifié par l'arrêt *Bendenoun* d'après lequel le troisième critère est une condition à remplir cumulativement avec le deuxième critère afin de mettre en jeu l'art. 6 C.E.D.H. Auparavant, le troisième critère était considéré comme alternatif du deuxième.

venant le stigmate de la peine. De plus, elles facilitent le renforcement du droit. Et, parfois, les affaires à trancher sont tellement compliquées qu'il vaut mieux les confier à des organes spécifiques.

Une explication plus fondamentale est donnée par le P^r Delmas-Marty¹⁰⁸. Elle a d'abord renvoyé à l'extension en tous domaines du rôle de l'État. C'est cette extension, liée en Europe occidentale à la conception de l'État-providence et perceptible à partir de la Seconde Guerre Mondiale, qui a entraîné l'apparition de nouvelles autorités administratives et le développement du pouvoir sanctionnateur de l'administration. Elle a en outre attiré l'attention sur un autre phénomène contemporain, l'inflation pénale. Cette inflation pénale a incité plusieurs États à un mouvement de dépenalisation, qui se traduit pourtant rarement par la disparition de toute sanction répressive. Ce mouvement de dépenalisation s'est par contre exprimé le plus souvent par le recours à des sanctions alternatives, qui gardent toutefois une nature répressive.

Quoi qu'il en soit, constatons que dans les systèmes de droit où les sanctions non pénales sont utilisées, les personnes morales peuvent néanmoins être atteintes lorsqu'une infraction a été commise dans le cadre de leur activité. Même si on refuse de leur appliquer des sanctions pénales, elles ne restent pas hors de la portée de certaines mesures.

Cela étant posé, il est indispensable, toujours dans le souci de parvenir à quelques principes de comportement généraux, de se demander quel système de sanctions est préférable. Pour parvenir à un tel code de comportement, il convient de scruter aussi les autres aspects traités, à savoir quelles infractions et quelles personnes morales sont à viser, si la personne morale doit être tenue cumulativement ou alternativement responsable avec la personne physique et puis, finalement, quelles personnes physiques peuvent engendrer la responsabilité pénale de la personne morale. Mais avant tout, il faut discuter du bien-fondé d'une telle responsabilité pénale de la personne morale.

CONCLUSION. — LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES : UNE APPROCHE DIFFÉRENTE

Sans prétendre à l'exhaustivité et hors de toute polémique idéologique comme de tout parti pris de faveur pour tel ou tel droit interne, la seule intention est d'ouvrir ici des pistes de réflexion et d'apporter le début d'une approche différente.

Certains suggèrent de créer comme en droit allemand une nouvelle figure juridique, qui se situerait entièrement en dehors du droit pénal. Il faut le rejeter dès le début, afin d'éviter le déclin du droit pénal. En effet, l'accepter amènerait à cantonner le droit pénal à la seule criminalité de bagatelle. Or les personnes morales, réalité économique, deviennent de plus en plus une réalité criminologique.

¹⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, « La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 1987, 839.

Une responsabilité civile aurait suffi ? A première vue oui, mais notre société accepte de moins en moins qu'il puisse exister une responsabilité sans culpabilité : « Pour l'opinion, la responsabilité civile couronne la responsabilité pénale mais ne la remplace pas. Il lui faut un coupable responsable ; un responsable simple ne fait pas l'affaire »¹⁰⁹. Cette tendance est propre à tous les pays, et semble accompagner, voire caractériser, l'évolution du droit pénal de chacun d'eux.

Le système belge, indécis et ambigu, ainsi que les « *Ordnungswidrigkeiten* » sont donc à rejeter. Certes le droit allemand a tenté d'introduire toutes les garanties d'un procès équitable, mais néanmoins l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Strasbourg sont une menace réelle pour un tel système.

Si la personne morale commet une infraction, elle devra donc être sujet du droit pénal.

Mais sous quelles modalités ?

Une responsabilité fonctionnelle a l'avantage de restreindre les domaines dans lesquels les personnes morales peuvent être tenues pénalement responsables. Les personnes morales ne devront répondre que de leurs comportements fonctionnels. Cela limite la responsabilité pénale à des domaines propres aux personnes morales.

L'inconvénient de la responsabilité fonctionnelle est qu'elle est moins praticable. Ses critères de pouvoir, d'autorité et d'acceptation restent très flous : quand exactement une personne morale aura-t-elle accepté un comportement, quand aura-t-elle le pouvoir d'empêcher un comportement ?

La matière qui nous préoccupe a, par contre, besoin de critères clairs et précis, afin d'éviter que les poursuites contre les personnes morales soient vaines.

Le Code pénal français, en admettant que la responsabilité pénale ne sera engagée que si l'infraction est commise par un organe ou un représentant, limite déjà assez strictement le champ d'application.

L'application anglaise, à première vue moins restrictive, a pourtant laissé passer l'opportunité de pouvoir réprimer efficacement la criminalité des personnes morales. En effet, avec la théorie de l'identification, le comportement de l'individu est assimilé à celui de la personne morale. Mais la jurisprudence a immédiatement réduit cette assimilation aux personnes qui représentent le « *directing mind and will* » de la personne morale, c'est-à-dire le cadre supérieur de la personne morale.

Pour avoir une répression vraiment plus efficace il faudrait que toutes les personnes qui ont une certaine responsabilité, puissent engager la personne morale.

Apparemment l'argument d'efficacité de la répression agrandit le cercle des personnes physiques qui peuvent engager la responsabilité de la personne morale. Mais en liaison avec la restriction des domaines dans lesquels une personne morale peut être retenue pénalement responsable, l'élargissement du cercle des personnes physiques semble acceptable.

¹⁰⁹ Cf. LOMBOIS, *op. cit.* *Les Petites Affiches*, 49.

Si le problème de l'imputabilité morale est abordé avec le même pragmatisme, le réalisme du droit pénal français s'impose : la responsabilité pénale est engagée lorsque l'infraction est commise pour le compte de la personne morale.

Étant toujours partisan du pragmatisme, la responsabilité pénale devrait s'étendre à toute les sociétés — de droit public ou non, ayant la personnalité juridique ou non — qui opèrent dans ce que nous appellerons « le domaine propre aux sociétés ».

Sur la question de savoir s'il faut toujours poursuivre tout le monde on répondra que l'immunité pénale des personnes physiques dans tous les cas, semble en effet plutôt choquante. Le cumul paraît acceptable dans les cas d'infractions intentionnelles, à condition qu'il y ait une faute personnelle, clairement identifiable. Par contre, dans le cas des infractions non-intentionnelles, le cumul devrait être exclu. L'imprudence, la négligence peuvent toujours être attribuées à la personne morale (manque de contrôle, ...), ce qui devrait amplement suffire comme répression.

Il reste à déterminer pour quelles infractions les personnes morales pourront être poursuivies et quelle sanction leur imposer.

En ce qui concerne les sanctions, il est hors de doute que le principe de spécialité doit prévaloir sur celui de la généralité, ce qui revient à l'application des sanctions adaptées aux personnes morales. De plus, la voie pénale est à préférer à la voie administrative, et ce en vertu des seules garanties propres au droit pénal.

Une clause générale rendant la personne pénalement responsable pour toutes les infractions (on pense aux Pays-Bas et à l'Angleterre) semble aussi trop large. Il est vrai qu'une personne morale peut commettre toutes ou presque toutes les infractions. Mais soyons réalistes.

Un principe de spécialité ou de sélectivité s'impose. Suggérant ce principe, on ne fait point l'éloge du Code pénal français, dans lequel le principe de spécialité ne semble répondre à aucune logique.

Il faut plutôt s'orienter vers un principe de sélectivité de domaines. Rendre la personne morale pénalement responsable dans les domaines qui sont typiquement les siens : le droit économique, le droit financier, le droit social, le droit des affaires, le droit de la consommation, le droit fiscal, le droit de l'environnement et le droit du travail.

Ce serait donc surtout viser les entreprises. A ceux qui invoqueront la liberté d'entreprendre, il conviendra de répondre que cette liberté « n'est ni générale, ni absolue et qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général (...) »¹¹⁰.

¹¹⁰ C.C., 8 janv. 1991, 90-283 DC.