

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Conclusions

Adam, Stanislas; Colette-Basecqz, Nathalie; Blaise, Noémie

*Published in:*

La responsabilité pénale des personnes morales en Europe - Corporate Criminal Liability in Europe

*Publication date:*

2008

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Adam, S, Colette-Basecqz, N & Blaise, N 2008, Conclusions. dans S Adam, N Colette-Basecqz & M Nihoul (eds), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe - Corporate Criminal Liability in Europe*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, pp. 433-463.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## CONCLUSIONS<sup>1</sup>

Stanislas ADAM

*Aspirant F.W.O, Institut européen de l'Université de Gand  
Membre de PROJUCIT*

Noémie BLAISE

*Assistante, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur  
Membre de PROJUCIT*

Nathalie COLETTE-BASECQZ

*Chargée de cours, Facultés universitaires Notre-Dame, de la Paix à Namur  
Membre de PROJUCIT*

---

<sup>1</sup> Les auteurs tiennent à remercier Marc NIHOUL pour sa relecture et ses commentaires sur une précédente version des présentes conclusions.

## INTRODUCTION

L'objet de cette section n'est pas de reprendre de façon systématique et exhaustive ce qui a été explicité par les différents auteurs dans les pages qui précèdent. Nous renvoyons le lecteur aux diverses contributions nationales pour un aperçu précis des régimes internes sélectionnés dans le cadre de la présente recherche. Il s'agit plutôt de tracer les contours essentiels des divergences et points de rapprochement qui ont pu être épinglés lors de l'examen transversal des contributions nationales publiées dans le présent ouvrage, et de les présenter sous une forme synthétique et aisément accessible. Par souci d'objectivité, les seules données exploitées sont - sous réserve de quelques renvois à la doctrine - celles issues des différentes contributions recueillies. Il n'est donc pas tenu compte des éventuelles modifications ou évolutions que les systèmes de droit interne abordés dans le présent ouvrage ont pu connaître depuis la communication des rapports nationaux.

Un premier élément de comparaison porte sur le principe même de l'application des moyens répressifs qu'offre le droit pénal à des êtres collectifs (1.). Une fois dépassée la controverse liée à l'opportunité de la responsabilité pénale des personnes morales se pose la question primordiale de l'imputation : comment et dans quelle mesure rattacher la faute pénale à une entité collective dépourvue d'âme ? (2.). La portée *ratione personae* des régimes examinés (3.), la problématique du concours de responsabilités (4.), les principes essentiels qui encadrent la procédure pénale menée à l'encontre d'une personne morale (5.) et les sanctions (6.) sont ensuite tour à tour examinés. Une dernière section tente de fournir de premiers éléments d'indication quant à l'effectivité des régimes internes de responsabilité pénale des personnes morales dans les Etats où ils ont été introduits (7.).

### 1. UN CONCEPT TOUJOURS CONTINGENT ET CONTROVERSE

#### 1.1. LA RECONCILIATION DIFFICILE AVEC LE PRINCIPE DE CULPABILITE

La perspective d'ensemble qu'offrent les différents rapports nationaux publiés dans le présent ouvrage conforte l'intuition partagée par Jonathan Faull et Marc Nihoul, respectivement dans leur préface et introduction : la responsabilité spécifiquement pénale des personnes morales demeure un sujet de controverse dans la plupart des pays européens. Il y va ainsi, sans surprise, dans les Etats qui n'admettent pas qu'une personne morale puisse se voir imputer une responsabilité pénale, tels l'Allemagne, l'Espagne, le

Luxembourg et la Suède. Ces Etats, moyennant quelques aménagements rendus inévitables en raison de leur appartenance à certaines organisations internationales, continuent de faire reposer leur système pénal sur l'adage *societas delinquere non potest*. De tels exemples illustrent la contingence de la responsabilité pénale des personnes morales, que n'imposent à ce jour ni les Nations-Unies, ni l'OCDE, ni le Conseil de l'Europe, ni même - sous quelques réserves - l'Union européenne.

La controverse ne s'arrête toutefois pas là. De façon plus inattendue, le débat se prolonge dans les pays qui ont plus ou moins récemment franchi le pas en faveur de la responsabilité pénale des personnes morales. Ce sont là principalement les suggestions formulées par les droits international et surtout européen qui ont alimenté le vent de la réforme. Cette influence 'extérieure' met en évidence la rareté des cas où la responsabilité spécifiquement pénale des personnes morales semble procéder d'une véritable tradition. Parmi les Etats examinés, seuls le Danemark et - dans une moindre mesure - le Royaume-Uni paraissent répondre à un tel cas de figure.

Par-delà les modèles d'imputation d'une responsabilité pénale aux personnes morales (entre identification, assimilation et théories organisationnelles) et les difficultés d'ordre technique, le terrain le plus propice à la critique est, sans surprise, la rupture avec le principe de culpabilité, étudié par l'ensemble des auteurs. L'on touche, à cet endroit, au fondement même du dispositif. La culpabilité personnelle est érigée au rang des principes généraux du droit pénal. Elle exige qu'en plus des éléments matériels constitutifs de l'infraction soit vérifiée l'existence d'un élément moral dans le chef de l'agent (selon le cas, une intention coupable ou une répréhensible négligence) et que les causes de non-imputabilité subjectives soient prises en considération pour exonérer l'agent de sa responsabilité pénale<sup>1</sup>. La transposition aux personnes morales de ce principe de

<sup>1</sup> Ainsi, avant même l'introduction en Belgique de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, un auteur précisait qu' 'il ne suffit pas d'être l'administrateur-délégué ou le directeur d'une société, pour se voir ipso facto déclaré pénalement responsable des manquements commis par l'entreprise : le juge doit en plus vérifier si l'agent était, de fait, tenu d'accomplir lui-même l'obligation légale qui fait l'objet de la prévention (...). Il faut aussi qu'apparaisse sans équivoque le lien de causalité unissant le comportement inadéquat de l'agent et l'infraction ou le résultat dommageable vérifiés. Enfin, on n'oubliera pas que l'élément subjectif de la « faute » ne saurait être inféré de la seule matérialité du manquement constaté dans l'activité de la société : la preuve sera rapportée de la réalisation par l'agent de l'élément moral propre à l'infraction constatée (intention coupable ou coupable négligence) et,

culpabilité est particulièrement malaisée puisque celui-ci impose de cerner un élément psychologique dans leur chef.

Toute inquiétante que puisse être l'évolution des chiffres et de la gravité de la criminalité d'entreprise, il reste en effet délicat d'identifier dans le chef d'une personne morale l'*actus reus* et la *mens rea* qui justifient traditionnellement la mise en branle de l'appareil répressif. Matti Tolvanen, dans sa description et sa critique du système finlandais, propose une grille d'analyse théorique consacrée à la difficulté de trouver un équilibre entre une répression pénale des êtres moraux - pourtant dépourvus de conscience - et la prévention de leurs comportements répréhensibles par d'autres voies, moins attentatoires aux principes fondamentaux traditionnels du droit pénal. Certains auteurs ont évoqué une responsabilité de type civile ou, plus généralement, administrative, reposant éventuellement sur un modèle original de prévention et d'analyse des risques avec renversement de la charge de la preuve<sup>2</sup>. Ces mécanismes alternatifs ne portent pas préjudice à une responsabilité pénale limitée aux seules personnes physiques.

## 1.2. UNE EVOLUTION SOUS-ESTIMÉE SUR LES PLANS TECHNIQUE ET DEMOCRATIQUE

Les systèmes continentaux analysés sont traditionnellement marqués par le principe de légalité qui traverse le droit pénal. Ils semblent dès lors peu enclins à confier aux juridictions la responsabilité d'étendre l'appareil pénal aux êtres moraux. A l'exception notoire du Royaume-Uni, l'extension de l'appareil répressif à ces personnes s'est donc réalisée par la voie législative. Cela dit, certains régimes légaux se sont contentés d'instaurer le principe d'une responsabilité pénale des personnes morales, laissant en suspens de nombreuses questions - souvent délicates - liées à sa mise en œuvre. Plusieurs contributions rapportent les difficultés qu'éprouvent certains parquets et magistrats à surmonter les obstacles techniques qu'emporte la responsabilité pénale des êtres moraux. Certaines questions se posent en sus quant à l'articulation de ces incertitudes et des principes de sécurité juridique et de légalité du droit pénal.

La mise sur pied de la responsabilité pénale des personnes morales a souvent pris la forme d'une insertion directe dans le Code pénal. Cette règle

si le moyen est soulevé, de l'inexistence de toute cause de justification objective ou de non-imputabilité subjective' (Ch. HENNAU-HUBLET, *Criminalisation du comportement collectif*, Kluwer Law International, 1996, pp. 145-146).

<sup>2</sup> Voy. à ce sujet, en particulier, la contribution de Stefan BRAUM.

n'est toutefois pas absolue, ainsi qu'en témoignent les exemples du Royaume-Uni, de la Pologne - sous réserve du projet de réforme récemment déposé - ou encore de l'Italie. Dans ce dernier Etat, la responsabilité des personnes morales a été introduite par voie décrétoire, sur la base d'une loi de délégation. Il est intéressant de constater que ce procédé normatif est lié à l'inadaptation de l'élément moral comme condition de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>3</sup>. En Italie, l'exigence d'un élément moral dans le chef de la personne inculpée a en effet rang constitutionnel. Or, le procédé utilisé suggère une responsabilité de nature administrative, qui ne heurte *a priori* pas cette prescription constitutionnelle. A l'examen et conformément au point de vue récemment exprimé par la *Corte Suprema di Cassazione*, il semble néanmoins permis de douter du caractère non-répressif du régime italien de responsabilité des personnes morales. La mise en œuvre de ce dernier découle en effet de la violation d'une norme de nature pénale. La doctrine italienne n'hésite dès lors pas à qualifier cette responsabilité d'« hybride ».

D'une manière plus générale, les différents rapports communiqués font apparaître de nombreuses interactions entre la problématique examinée et le droit administratif. L'Espagne et l'Allemagne, tout en excluant la responsabilité pénale des personnes morales, prévoient ainsi la possibilité de prononcer une sanction fondée sur le règlement (par exemple sous forme d'amende) à l'encontre d'une association<sup>4</sup>.

Certains regrettent que l'instauration d'une responsabilité de type pénale envers les êtres collectifs, ou plus spécifiquement moraux, n'ait pas fait l'objet de travaux parlementaires plus élaborés et, plus généralement, que cette réforme ne se soit pas toujours accompagnée d'un réel débat démocratique. Dans les Etats qui ont récemment adhéré à l'Union européenne - pour la plupart des anciennes républiques soviétiques ou Etats satellites de l'Union soviétique -, l'adoption précipitée de législations prévoyant la possibilité de sanctionner pénalement les personnes morales paraît avoir été dictée par la perspective de l'adhésion et les exigences

<sup>3</sup> Nous renvoyons à la contribution italienne pour une analyse de la *ratio legis* de ce choix du législateur.

<sup>4</sup> Le régime polonais de responsabilité des entités collectives avait parfois été interprété comme un régime de type administratif. L'arrêt de la Cour Suprême de Pologne du 3 novembre 2004 (K 18/3) a néanmoins tranché la controverse née de la loi insérant en droit polonais la responsabilité des entités collectives (ALCE) en affirmant son caractère répressif.

d'incorporation de l'acquis communautaire, davantage que par un choix mûrement réfléchi de politique ériminelle.

La plupart des exemples abordés dans le présent ouvrage, dont cette section conclusive tente de tracer la synthèse, démontrent que ces réformes sont en tout cas loin d'avoir reçu l'attention qu'elles méritaient. Il semble que l'ampleur des problèmes techniques ou pratiques engendrés par l'insertion d'un régime de responsabilité pénale des personnes morales ait été largement sous-estimée. Le résultat en est - d'ores et déjà - une vague impressionnante de lois réparatrices. En Roumanie, par exemple, non moins de trois législations ont été adoptées sur le sujet depuis 2004 et la loi actuelle se voit confrontée, à peine entrée en vigueur, à un projet de réforme. Le constat ne s'arrête pas aux nouveaux adhérents. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, la réforme du système français en 2004 et en particulier la suppression du principe de spécialité ne semblent pas avoir été préparées avec tout le soin nécessaire. De même la loi belge, entrée en vigueur le 2 juillet 1999, est-elle d'ores déjà soumise à divers projets de réforme, qui n'ont toutefois pour l'heure pas abouti.

## 2. L'IMPUTABILITÉ DE L'INFRACTION À LA PERSONNE MORALE

L'extension des mécanismes du droit répressif aux êtres moraux présuppose une profonde réflexion sur la façon d'identifier dans leur chef les éléments qui permettent de justifier la mise en branle de règles aussi attentatoires aux droits et libertés (2.1.). Dans la quasi-totalité des Etats qu'aborde le présent ouvrage, cette question est étroitement liée au cercle des personnes physiques susceptibles, par leurs actes, de provoquer la responsabilité pénale d'un être moral (2.2.). Retiennent enfin l'attention les éléments traditionnels de l'infraction que sont ses dimensions matérielle (2.3.) et morale (2.4.).

### 2.1. LES MODES D'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ

Imputer des faits répréhensibles à une personne morale, sur un plan pénal, n'est évident pour aucun des auteurs qui ont participé à la rédaction du présent ouvrage, pas même au Danemark ou au Royaume-Uni, qui ont pourtant joué un rôle pionnier en la matière. L'imputation répond, pour l'essentiel, à deux modèles distincts.

Le premier modèle, dit d'*assimilation* ou encore de responsabilité pénale directe ou « anthropomorphique », assimile purement et simplement la

personne morale à la personne physique ou au groupe de personnes physiques qui a/ont matériellement posé l'acte prohibé ou se sont abstenus d'agir face à une obligation de faire sanctionnée pénalement. Il s'agit donc d'établir dans le chef d'une personne morale les éléments moral et matériel de l'infraction. Cette condition est indispensable à la mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale. Elle ne va pas sans poser d'importantes difficultés dans le chef des autorités de poursuite et de jugement, confrontées à l'exercice souvent périlleux de la reconstruction d'une *mens rea* dans le chef d'une entité privée de conscience. La théorie de l'assimilation rencontre un succès mitigé là où elle est appliquée. La Belgique, la Roumanie et les Pays-Bas ont adopté ce mode d'imputation. Tel semble également être le cas de la France, même si la Cour de cassation s'est exprimée en faveur d'une « responsabilité par ricochet », soit le second modèle évoqué plus loin<sup>5</sup>. L'« identification theory » rencontrée en droit anglais à l'égard de certains types d'infractions semble se rapprocher de cette théorie de l'assimilation, en tenant les actes de personnes physiques déterminées pour ceux de la personne morale elle-même lorsqu'ils sont posés dans le cadre de la défense des intérêts de cette dernière ou pour son compte.

Le second modèle, dit de *responsabilité dérivée* ou indirecte ou encore de responsabilité « par ricochet », entend imputer à la personne morale les infractions - ou du moins certaines d'entre elles - commises par ses dirigeants, ses employés, ses représentants ou, parfois, d'autres personnes physiques qui agissent dans son prolongement. Il s'agit dès lors, dans ce cas, d'identifier les éléments constitutifs de l'infraction dans le chef d'une ou plusieurs personne(s) physique(s) et, ensuite, selon des mécanismes d'imputation divers, de condamner la personne morale « par ricochet ». La responsabilité dérivée se retrouve en Autriche, en Estonie, en Pologne ou encore dans le projet de loi luxembourgeois. Une telle approche est régulièrement critiquée pour permettre l'application analogique au droit pénal des personnes morales d'un mécanisme issu du droit civil, sans tenir compte du principe de la personnalité des peines et, plus généralement, des garanties fondamentales qui encadrent le droit pénal.

Ces modèles n'épousent toutefois qu'imparfaitement les réalités très diverses qui ont pu être observées au fil du présent ouvrage. Certains régimes connaissent une approche mixte entre les deux théories. Ainsi, en

Finlande, les actes intentionnels ou négligents d'individus en relation particulière avec la société peuvent être attribués à la personne morale, suivant le modèle de responsabilité dérivée. La personne morale peut toutefois également être tenue responsable d'un défaut d'organisation dans ses structures, critère d'imputation qui se rapproche davantage de la théorie de l'assimilation, ainsi que nous allons le voir.

Le régime suisse présente également des caractéristiques propres, par la mise en place d'un double régime de responsabilité. La personne morale y est rendue responsable lorsque la personne physique n'a pu être identifiée, et ce pour tout type d'infraction. Ce mode a pour objectif d'empêcher qu'une personne physique ne profite de la complexité de la personne morale pour échapper à toute responsabilité pénale. La responsabilité pénale de la personne morale peut également être conjointe à celle de la personne physique et porter sur une déficience d'organisation, mais ce uniquement pour les sept infractions énumérées par la loi suisse. Cette seconde conception renvoie au principe de spécialité, abordé plus loin (2.3.).

La théorie de l'assimilation évolue parfois, depuis quelques années, vers une approche organisationnelle de l'imputation, qui tente de dépasser les écueils des deux modes classiques qui viennent d'être abordés. Il s'agit de prendre un peu plus distance encore avec les actes de personnes physiques au sein de la personne morale en s'attachant aux structures d'organisation, aux pratiques et aux politiques de cette dernière, parfois synthétisées sous le vocable de « culture d'entreprise » (politique de recrutement, surveillance des employés, sensibilité aux condamnations en justice, formation professionnelle, approche de la sécurité au travail, etc.). Ce mécanisme d'imputation permet d'assumer plus pleinement la réalité immatérielle d'une personne morale tout en subordonnant sa condamnation à l'existence d'une réelle « faute d'entreprise ». Le pari est de mieux rencontrer les réalités contemporaines des personnes morales, en particulier les grandes multinationales, dont le management décentralisé rend l'identification des personnes physiques ou des organes à l'origine de la faute pénale toujours plus délicate. Des traces de cette tendance se retrouvent sur d'autres continents (Canada, Australie) mais également dans certains Etats européens, notamment en Finlande, en Italie, aux Pays-Bas ou encore, ainsi que nous venons de le voir, en Suisse<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Nous renvoyons à l'étude de Jean-Claude PLANQUE pour ce qui concerne la problématique des délits non-intentionnels, objet d'une récente modification législative qui jette le trouble sur le dispositif français.

<sup>6</sup> Dans ces Etats, l'imputation organisationnelle complète le plus souvent le *respondet superior*.

## 2.2. LE CERCLE DES PERSONNES PHYSIQUES SUSCEPTIBLES D'EMPORTER LA RESPONSABILITE DE LA PERSONNE MORALE

Les théories classiques de l'imputation sont étroitement liées à une autre question, qui a trait quant à elle au cercle des personnes physiques qui sont susceptibles, par leurs faits, d'engager la responsabilité pénale de l'être moral. Il s'agit là d'un nouveau facteur de divergence entre les divers régimes examinés. C'est ainsi que seuls les administrateurs peuvent être à l'origine de la responsabilité de la personne morale en vertu du projet de loi espagnol. Il en va de même pour l'amende en Finlande : la personne physique à l'origine de l'infraction doit appartenir à un organe décisionnel ou à tout le moins jouir d'un pouvoir de décision. En Estonie, seuls les faits commis par un organe ou les hauts responsables au sens large sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de la personne morale. Le régime français va dans le même sens, incluant dans le cercle de référence les représentants de fait. Dans le projet de loi luxembourgeois, le champ de la responsabilité pénale est limité aux organes légaux ou à un ou plusieurs membres de ceux-ci.

Le Danemark, le Royaume-Uni, la Belgique, l'Italie ou encore la Roumanie se montrent moins exigeants à ce niveau, le comportement d'un simple employé étant susceptible d'emporter la mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale pour laquelle il travaille. Dans le même sens, le régime des Pays-Bas recouvre aussi bien l'administrateur ou le directeur que l'employé subordonné, voire même une personne qui n'est pas employée par la personne morale mais la conseille.

Il en va de même pour le mode de responsabilité dite 'conjointe' dans le régime suisse (applicable uniquement à sept infractions, ainsi que nous l'avons vu au point précédent), à cette nuance près que sa mise en œuvre à l'endroit de la personne morale n'exclut pas que les membres de la direction puissent voir leur responsabilité engagée s'ils n'ont pas réussi à contrôler leurs employés ou à prendre les précautions d'usage. La responsabilité se déduit ici d'un défaut d'organisation au sein de la personne morale en vue d'empêcher la commission de l'infraction et n'exige pas nécessairement que la preuve d'une faute d'une personne physique ou d'un groupe de personnes physiques soit rapportée.

En Autriche, en Allemagne, au Danemark, aux Pays-Bas, en Finlande, en Roumanie et en Suède, il n'est pas nécessaire d'identifier la personne

physique qui a commis matériellement l'infraction pour emporter la responsabilité de l'être moral. En Suisse, c'est cette absence même d'identification qui, comme nous venons de l'évoquer, entraîne la responsabilité de la personne morale, même si ce mode d'imputation n'intervient que de façon subsidiaire. Les régimes estonien, luxembourgeois et polonais<sup>7</sup> diffèrent sensiblement sur ce point puisqu'ils requièrent une identification précise de la/des personne(s) physique(s) à l'origine du fait infractionnel, voire même la clôture d'une procédure répressive à leur endroit (système de responsabilité en « cascade »).

## 2.3. L'ELEMENT MATERIEL

L'élément matériel de l'infraction est rarement défini de la même manière dans les différents régimes examinés. Certaines convergences ont toutefois pu être constatées.

Le lien avec l'activité de la personne morale et la condition que le fait générateur ait été accompli dans l'intérêt de la personne morale et/ou en son nom se retrouvent ainsi dans les systèmes allemand, belge<sup>8</sup>, danois, français, italien<sup>9</sup>, roumain et suisse. Ce critère du lien n'a bien entendu de sens, en Suisse, qu'au regard du mode de responsabilité « conjoint » à celle de la personne physique, limité à sept infractions. Cet élément se retrouve également dans les projets de loi espagnol et luxembourgeois. Le régime suisse de responsabilité paraît aller plus loin en exigeant que l'infraction soit le résultat d'un risque *typique* à l'entreprise ou, plus exactement, à son objet. Dans la même veine, en Allemagne, la sanction administrative prévue au § 130 OWiG n'est possible que lorsque la négligence a eu pour résultat la violation de l'une des « obligations d'entreprise » (« business-related obligations ») pesant sur la personne morale.

En Suède, le fait générateur doit avoir été commis « dans le cadre des opérations » d'une entité collective pour pouvoir justifier une amende et ce type de responsabilité est exclu lorsque l'infraction a été dirigée contre elle<sup>10</sup>. Dans le même sens, une personne morale ne peut être condamnée en

<sup>7</sup> Sous réserve toutefois du projet de réforme dans ce dernier cas.

<sup>8</sup> Cette condition est perçue dans le système belge sous un angle triple : un lien avec la réalisation de l'objet social, la défense de ses intérêts ou le fait que l'infraction ait été commise pour son compte.

<sup>9</sup> Voy. la contribution italienne pour la nuance entre « intérêt » et « profit ».

<sup>10</sup> Il en va singulièrement ainsi lorsque la personne morale est victime de l'infraction.

Autriche ou en France lorsqu'elle est elle-même victime du/des fait(s) générateur(s) qui lui est/sont reproché(s).

Le concept d'intérêt fait également l'objet de précisions par certains auteurs. En Estonie, il ne doit pas être obligatoirement financier tandis qu'au Danemark, il n'est pas nécessaire qu'un bénéficiaire ait été engravé par la personne morale du fait de l'infraction. En Roumanie, l'intérêt couvre également le fait d'éviter une perte. Les contributions allemande, autrichienne, danoise, estonienne, italienne, luxembourgeoise et roumaine enseignent que, si la personne physique agit dans son intérêt propre et exclusif, la responsabilité de la personne morale ne peut être engagée<sup>11-12</sup>. La contribution estonienne précise encore qu'il n'y a pas de responsabilité pénale de l'être collectif si la personne physique agit en dehors des heures de travail et hors du cadre de ses fonctions. Une telle solution n'est pas étrangère au régime de responsabilité en cascade que connaît l'Estonie.

La problématique de l'élément matériel touche également à la question de savoir si les personnes morales sont entièrement soumises au droit pénal ou si elles ne peuvent être poursuivies que pour certaines infractions ou catégories d'infractions.

Certains pays ont en l'espèce opté pour le principe de *spécialité*, en vertu duquel une personne morale ne peut être poursuivie que pour un certain nombre d'infractions, qui semblent plus particulièrement répondre à la criminalité d'entreprise (infractions comptables ou environnementales, corruption, faux-monnayage, etc.). Citons à titre d'exemples le Danemark, l'Estonie (dont le champ d'application potentiel de la responsabilité pénale des êtres moraux est limité à la partie spéciale du Code pénal), le projet de loi espagnol, la Finlande, l'Italie ou encore la Pologne. Quintessence du principe de spécialité, le *Corporate Manslaughter Act* au Royaume-Uni limite l'un des systèmes d'imputation de la responsabilité pénale des personnes morales en *common law* à une seule infraction, à savoir l'homicide involontaire. Une personne morale peut être reconnue coupable sur ce fondement si la façon dont ses cadres supérieurs l'ont dirigée ou

<sup>11</sup> De même, en Belgique, il découle de l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal que lorsque les personnes physiques ont uniquement profité du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur intérêt ou pour leur compte, seules ces personnes physiques voient leur responsabilité pénale engagée.

<sup>12</sup> Pour une critique du critère de l'« intérêt personnel et exclusif » de la personne physique, voy. la contribution de Stefan BRAUM.

organisée équivaut à une violation grossière d'un devoir de soin dû au défunt.

D'autres pays penchent au contraire en faveur d'une responsabilité généralisée à l'ensemble des infractions. Ainsi en va-t-il en Belgique, dans le cadre du projet de loi luxembourgeois et en Roumanie de même que, sous certaines réserves, en Autriche<sup>13</sup> et en France<sup>14</sup>. Certains auteurs précisent que la personne morale ne peut, *de facto*, commettre certaines infractions (un exemple souvent cité est celui de la bigamie). Au Royaume-Uni, une autre exclusion notable est liée cette fois à la nature de la peine : elle porte sur le fait qu'une personne morale ne peut commettre une infraction qui n'est punissable que d'un emprisonnement. Cela dit, la prudence recommande de ne point tirer de conclusions trop hâtives en l'espèce, beaucoup dépendant en réalité du mode d'imputation choisi. Ainsi, par exemple, le meurtre ou le viol sont *a priori* des infractions dont ne peuvent se rendre coupables les êtres moraux. Il n'est toutefois pas impossible que leurs négligences ou leurs structures d'organisation déficientes aient pu favoriser voire créer les conditions de tels actes, auquel cas certains des régimes analysés ne paraissent pas exclure leur condamnation.

#### 2.4. L'ÉLÉMENT MORAL

La recherche de l'élément moral pose assurément l'une des questions les plus délicates liées à la mise en pratique d'un régime de responsabilité pénale des êtres moraux. Certains régimes juridiques admettent sans peine la possibilité pour les personnes morales d'obtenir des dommages et intérêts moraux lorsque leur honneur ou leur réputation ont été blessés. Une telle approche vise néanmoins uniquement à éviter que les personnes morales, réalités économiques et sociales contemporaines, ne puissent être la cible de déclarations diffamatoires sans que ces dernières ne soient sanctionnées. Il ne s'agit dans un tel cas que de protéger les droits - en l'espèce moraux - de la personne morale. Toute autre et moins évidente est la démarche visant à imputer à une entité collective la conscience ou la volonté d'une infraction et/ou de ses conséquences. Il s'agit d'identifier

<sup>13</sup> Le régime autrichien prévoit que la personne morale peut voir sa responsabilité pénale engagée pour tous les actes sanctionnés d'une peine judiciaire, à l'exclusion des contraventions administratives et de certaines infractions fiscales.

<sup>14</sup> Nous renvoyons au texte de Jean-Claude PLANQUE pour une analyse de l'importante évolution en la matière opérée par le législateur français en 2004. La France avait à l'origine adopté le principe de spécialité.

dans le chef d'une personne morale, pure construction de l'esprit, une *culpa* sur laquelle repose en règle tout appareil répressif, et ce nonobstant son défaut de *mens rea*. Trois pistes sont envisageables : un modèle réglementaire, en vertu duquel l'élément moral serait présumé ; l'imputation de la faute de la personne physique à la personne morale ; enfin, l'identification d'une faute autonome de la personne morale qui pourrait, par exemple, s'apparenter à une déficience d'organisation.

L'élément moral de l'infraction reprochée à la personne morale peut lui être propre et dépendre du type d'infraction en question. Telle est par exemple la position belge, danoise et roumaine. Antoine Misonne met cependant en garde contre le danger qui consisterait pour le juge à condamner en ce cas sur la base des seuls éléments matériels de l'infraction. Le caractère propre de la faute pénale est approché sous différentes formes. En Italie, la faute de la personne morale est liée à son obligation de réduire et de neutraliser le risque de commission de l'infraction dans le cours de ses activités. Aux Pays-Bas, il convient d'établir, d'une part, si la société était capable de prévenir le comportement délictueux et, d'autre part, si elle a accepté de plein gré sa survenance<sup>15</sup>. L'Autriche connaît également une conception propre de la faute de la personne morale, à distinguer de la faute individuelle. En Pologne, la faute de l'entité collective consiste en un manque de précaution dans la sélection de la personne physique qui a matériellement commis l'infraction, dans une supervision insuffisante de cette dernière ou encore dans la mise sur pied d'une organisation interne impropre. La Finlande reconnaît également le défaut d'organisation de la société comme une faute pénale.

Précisons cependant que la conception autonome de la faute de la personne morale ne manque pas d'ambiguïté, en ce sens qu'elle se déduit généralement de l'abstention fautive, de la négligence, en bref de la faute des personnes physiques qui la composent. Or, nous avons déjà souligné qu'il n'était pas facile d'identifier le ou les responsables, en particulier au sein des grandes sociétés multinationales. Une échappatoire pourrait dès lors consister à considérer que la survenance de l'infraction dans le cadre des activités de la personne morale présume *ius tantum* sa responsabilité pénale, ce que redoutent certains auteurs.

<sup>15</sup> Voy. la contribution de Geert-Jan KNOOPS, qui évoque l'extension de la responsabilité pénale opérée par la Cour Suprême des Pays-Bas dans l'hypothèse où une infraction peut être « raisonnablement » attribuée à une société.

D'autres systèmes imputent directement l'élément moral dans le chef d'une ou de plusieurs personne(s) physique(s) à une personne morale. C'est le cas des projets de loi espagnol et luxembourgeois. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, le régime finlandais est mixte à cet égard en ce sens qu'une personne morale, en marge de la responsabilité organisationnelle, peut également être rendue responsable pour les actes intentionnels ou de négligence commis par des personnes physiques qui entretiennent une relation particulière avec elle.

Enfin, la solution retenue en Suisse, certes minoritaire, mérite d'être mentionnée car elle paraît à certains égards mieux répondre à la réalité de l'être moral. La faute de la personne morale y est considérée comme une forme de culpabilité sociale *sui generis* : l'organisation de la personne morale a engendré un risque qui a permis la commission de certaines catégories d'infractions. Cette conception repose sur l'idée d'une « négligence collective grossière ». En outre, par son autre mode de responsabilisation (à défaut donc d'une identification de la personne physique responsable), le régime suisse encourage la personne morale à clarifier son organisation puisque la mise en œuvre de la responsabilité individuelle lui permet en principe d'échapper à une condamnation pénale.

### 3. LA PORTEE RATIONE PERSONAE DES REGIMES DE RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

La portée *ratione personae* d'un régime de responsabilité pénale des entités collectives pose essentiellement deux types de problèmes, à savoir, d'une part, l'extension ou non d'un tel mécanisme à des entités qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique (3.1.) et, d'autre part, l'exclusion ou l'inclusion des personnes morales de droit public (3.2.).

#### 3.1. LE CRITERE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

Cette première question suppose au préalable une précision terminologique en ce qui concerne les concepts de « personnalité morale » (ou « legal personality ») et de « personnalité juridique », les deux concepts étant utilisés par les différents auteurs contribuant à cet ouvrage. Personnalité morale et juridique désignent toutes deux 'l'aptitude de certains groupements à être titulaires de droits et d'obligations (...) leur conf[er] la qualité de sujet de droit', à cette nuance près que la

personnalité juridique est également attribuée aux individus<sup>16</sup>. L'intérêt de ce paragraphe est de savoir si un groupe de personnes physiques qui n'est pas enregistré et qui n'a pas la capacité autonome d'être titulaire de droits et obligations peut ou non constituer une entité responsable pénalement.

Certains régimes connaissent une exclusion stricte du régime de responsabilité pénale des entités dépourvues de la personnalité juridique. C'est le cas de l'Autriche, de l'Estonie, de la France<sup>17</sup>, du Danemark, du projet de loi luxembourgeois et de la Roumanie. La personnalité morale ne s'acquiert toutefois pas selon des modalités identiques dans ces différents Etats et, surtout, pas au même moment. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, au Luxembourg, la personne morale existe dès le moment de la conclusion de l'acte fondateur, tandis qu'en France, la personnalité morale n'est acquise - sous réserve d'une annulation de l'acte sociétaire ou associatif - qu'à dater soit de l'inscription au Registre du commerce et des sociétés pour les sociétés commerciales, soit de la déclaration de création en Préfecture pour les associations.

D'autres régimes partent d'une perspective inverse et choisissent de ne pas limiter la responsabilité pénale aux êtres dotés d'une personnalité morale. Ainsi, les lois italienne, polonaise et suisse s'appliquent-elles en principe à toutes les entités ou organisations, qu'elles aient ou non reçu la personnalité morale. Telle semble être également la voie empruntée par les régimes qui, tels l'Allemagne ou la Suède, ont opté pour une responsabilité de nature administrative. La Belgique, tout en se concentrant principalement sur les êtres dotés de la personnalité morale, nuance quant à elle le principe en prévoyant certaines assimilations, relatives notamment aux associations momentanées et en participation, aux sociétés commerciales en formation ou encore aux sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale.

Ces différences peuvent poser question au regard du principe de double incrimination, essentiel pour la détermination de la compétence internationale du juge, l'exécution des jugements et arrêts répressifs prononcés à l'étranger et l'établissement d'une coopération policière et judiciaire pénale sur le plan international. La reconnaissance même de la

personnalité morale est aussi sujette à débat. Florin Stretanu suggère, dans sa contribution consacrée au droit roumain, que l'existence de la personne morale s'apprécie au regard des critères retenus par la loi nationale du groupement visé. Une autre solution serait de retenir les critères de reconnaissance de la personnalité morale de la loi du territoire sur lequel a été commise l'infraction.

La responsabilité pénale ne se limite en général pas aux seules sociétés commerciales, ce qui traduit la tendance d'une forme d'incrimination qui dépasse les seules infractions à caractère économique. Au Danemark, par exemple, la responsabilité pénale peut également être mise en œuvre à l'endroit de fondations et associations. De même, en Belgique, la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales s'applique aux associations sans but lucratif, dotées de la personnalité morale. Il en va de même pour les associations à but non lucratif en France, en Allemagne ou encore dans le projet de loi luxembourgeois.

La question des syndicats est sujette à controverse : la Belgique et l'Italie excluent leur responsabilité pénale, à l'inverse de la Suisse ou de l'Allemagne (encore que, dans ce dernier cas, il soit plus exact de parler d'une responsabilité de type administrative). Les partis politiques jouissent d'une immunité de responsabilité pénale, notamment, en Italie et en Belgique (du moins lorsqu'ils constituent des associations de fait), tandis qu'en Allemagne, ils peuvent se voir infliger une amende administrative. Les partis politiques et syndicats font également l'objet d'une protection particulière en France ainsi qu'en Roumanie.

Par ailleurs, même si seuls quelques auteurs se sont penchés sur ce point, des divergences semblent poindre en matière de responsabilité pénale des sociétés en formation. Ainsi, la France, le projet de loi luxembourgeois et la Roumanie excluent la responsabilité pénale d'une personne morale en devenir, tandis que la Pologne et la Belgique l'admettent et que la question demeure controversée en Allemagne.

Dans le cadre du projet de loi luxembourgeois, la perte de la personnalité morale suite à l'intentement des poursuites n'a en principe pas pour effet d'éteindre l'action publique. En France, à l'inverse, la dissolution avant jugement ou la fusion par absorption mettent en principe fin *de facto* aux poursuites, ce qui n'exclut pas le risque de certaines manœuvres.

<sup>16</sup> V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 7.

<sup>17</sup> Nous renvoyons au texte de Jean-Claude PLANQUE pour un examen de l'épineuse question des groupements dont la loi française impose la création, sans préciser s'ils jouissent ou non de la personnalité morale.

Enfin, les sociétés ou associations d'une personne sont en règle sujettes à la responsabilité pénale, au même titre que les autres personnes morales, même si la probabilité que la personne physique responsable ne puisse être identifiée est *a priori* faible dans ce cas. En attestent les contributions danoise et belge ainsi que suédoise, même s'il ne s'agit pas, dans ce dernier cas, d'une responsabilité spécifiquement pénale. Au Danemark, la responsabilité pénale, selon l'interprétation qu'en donne le Professeur Nielsen, ne s'applique toutefois aux entreprises unipersonnelles que si ces dernières sont comparables, en raison de leur taille et de leur organisation, aux entités rendues légalement responsables en tant que personnes morales. Cet exemple manifeste une certaine méfiance, constatée chez divers auteurs, envers une mise en œuvre pure et simple de la responsabilité pénale des personnes morales unipersonnelles, en particulier au regard du *non bis in idem* si l'actionnaire unique devait être condamné en sus de l'être moral.

### 3.2. LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

Une remarque préalable s'impose au sujet des personnes morales de droit public. L'acception de concepts tels que 'domaine public', 'service public' ou encore 'personne morale de droit public' peut varier considérablement d'un Etat à l'autre. L'analyse qui suit doit dès lors être relativisée à l'aune d'un examen de la portée de ces notions dans les différents Etats examinés, qui dépasse toutefois l'objet du présent ouvrage. Sous cette importante réserve, les différents régimes passés en revue paraissent être traversés de deux types de distinctions.

La première est celle qui sépare l'Etat - dans les Etats fédéraux, l'Etat central et les collectivités fédérées - des collectivités décentralisées, qu'elles soient régionales ou locales. L'Etat bénéficie en général d'une immunité complète de responsabilité pénale, ce qui n'est pas souvent le cas des collectivités décentralisées. Tel est le cas, notamment, en Belgique, en Estonie, en France, en Italie, en Pologne, en Roumanie ou encore en Suisse. Les arguments avancés tiennent le plus souvent au fait que les organes de telles entités comptent parmi leurs membres des personnes élues, à l'inefficacité des sanctions pécuniaires décidées par le pouvoir judiciaire - branche de l'Etat - contre le Trésor public, à la rupture du principe de la séparation des pouvoirs, voire à l'inéquité d'un système qui risque, au final, de faire peser sur le contribuable la charge financière de la condamnation. Certes soumise à une critique croissante, cette immunité paraît toutefois encore bien ancrée dans de nombreux Etats. Quelques cas se distancient

néanmoins du modèle majoritaire. Ainsi, le Danemark et la Finlande incluent l'Etat parmi les personnes morales dont la responsabilité pénale peut être mise en œuvre, mais uniquement à l'occasion d'un acte qui ne ressortit pas à l'exercice de la puissance publique. Le *Corporate Manslaughter Act* au Royaume-Uni inclut quant à lui les départements ministériels, mais uniquement dans le cadre de l'infraction d'homicide involontaire et pour autant que ces départements puissent se voir reprocher une méconnaissance grave d'un devoir spécial de prudence envers la personne décédée.

La seconde distingue l'acte de gestion (*jure gestionis*) accompli par l'Etat en tant qu'acteur privé de l'acte de puissance publique (*jure imperii*) que l'Etat déploie dans sa sphère de souveraineté<sup>18</sup>. Selon cette seconde conception, les personnes morales de droit public ne sont pas responsables pénalement pour les infractions commises dans l'exercice de la puissance publique. Cette distinction sous-tend que 'lorsque l'Etat agit en dehors de ses prérogatives régaliennes, il agit comme un particulier et doit être traité comme tel'<sup>19</sup>. Cette dichotomie traverse de nombreux régimes parmi ceux examinés dans le présent ouvrage. Mis à part la situation particulière du Danemark et de la Finlande, où elle s'applique également à l'Etat, cette distinction opère essentiellement au niveau des collectivités infra-étatiques, en règle les collectivités décentralisées. L'Autriche, le Danemark et la Finlande limitent la responsabilité dans une perspective à proprement parler fonctionnelle : l'on ne s'y attache pas tant à l'identité de l'autorité en question qu'au type d'activités dans le cadre desquelles l'infraction a été commise. Les régimes français et roumain se distinguent légèrement de ces cas de figure en articulant l'exclusion des collectivités territoriales ou infra-étatiques autour du concept de délégation de service public : seules sont susceptibles d'emporter la responsabilité, les infractions commises à l'occasion d'activités pouvant faire l'objet d'une délégation. Cela dit, en France, l'irresponsabilité pénale suppose que l'infraction ait été commise *in concreto* dans l'exercice d'une activité qui ne peut faire l'objet d'une délégation de service public. En Roumanie, une personne morale de droit public (hormis l'Etat) bénéficie de l'irresponsabilité dès lors que, *in abstracto*, elle exerce au moins une activité qui ne peut être assumée par

<sup>18</sup> M. HENZELIN, « L'immunité pénale dans le domaine économique, bancaire et financier : un état de la pratique suisse et internationale », in J. VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 233.

<sup>19</sup> F. POIRAT, « Les immunités des sujets de droit international », in J. VERHOEVEN (dir.), *idem*, p. 43.

une personne morale de droit privé. D'autres Etats appliquent un critère d'exclusion de responsabilité pénale davantage organique. C'est ainsi qu'en Suisse, par exemple, les collectivités à base territoriale bénéficient d'une immunité pénale. En Italie, sont exclus l'Etat et les organismes publics qui n'ont pas une assise économique ou qui ont une assise territoriale. Enfin, deux Etats immunisent d'une manière plus générale de toute responsabilité pénale la plupart des personnes morales de droit public, à savoir la Belgique et l'Estonie.

Notons que le régime allemand - qui, rappelons-le, ne connaît pas de responsabilité pénale des êtres moraux - n'exclut pas, pour sa part, que les entités de droit public soient *administrativement* responsables.

La distinction entre actes de gestion privée et actes d'autorité paraît faire son chemin en Europe dans le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales. Ce phénomène n'est sans doute pas étranger au principe d'égalité : il se comprend difficilement qu'une personne morale de droit public puisse bénéficier d'une immunité pénale de par sa seule nature lorsqu'elle agit de façon comparable à une entité privée. Ainsi que l'illustrent les exemples belge et estonien, les résistances sont toutefois encore bien présentes. Quant à une distinction fondée sur la « prédisposition » d'une activité à la délégation à une autorité inférieure, son effet pervers a été dénoncé par le Professeur Planque : non sans paradoxe, une telle distinction permet en effet à une collectivité infra-étatique qui commet une infraction dans le cadre de la gestion de son domaine privé ou en dehors de ses compétences d'éviter la mise en œuvre de sa responsabilité pénale puisqu'une telle activité ne peut faire l'objet d'une délégation de service public.

#### 4. LE CONCOURS DE RESPONSABILITÉS

L'examen des divers rapports nationaux publiés dans le présent ouvrage laisse transparaître une tendance à la possibilité d'une responsabilité commune entre les personnes morales et physiques (concours), mais sans que cela revête un caractère obligatoire. Cette tendance est probablement à mettre à l'actif de la formule de cumul régulièrement proposée dans les instruments juridiques du Conseil de l'Europe ainsi que de l'Union et de la Communauté européennes. C'est le cas des projets de loi espagnol - lorsque la loi le prévoit - et luxembourgeois, du régime estonien, finlandais, français, des Pays-Bas ou encore de la Suède, même si, dans cette dernière hypothèse, il est plus juste de parler d'une responsabilité de type

administrative. La Roumanie procède de la même philosophie mais limite la catégorie des personnes physiques susceptibles d'être condamnées parallèlement à la personne morale aux seuls auteurs matériels de l'infraction et aux dirigeants de la personne morale. Dans le régime mis sur pied par le *Corporate Manslaughter Act* au Royaume-Uni, la responsabilité subsidiaire d'une personne physique est exclue lorsque l'intervention de cette dernière se limite à l'aide, l'assistance ou le conseil lors de la commission de l'infraction.

Des modèles distincts semblent toutefois emporter la préférence dans d'autres Etats. En vertu du régime autrichien, l'issue de la procédure contre la personne physique - dans les affaires où cette dernière a pu être identifiée<sup>20</sup> - fixe en principe la responsabilité de la personne morale : si la personne physique est coupable, l'association est responsable sous réserve du droit de la personne morale de contester ce premier jugement ; si elle est acquittée, le ministère public dispose durant trois jours d'un droit « d'évocation » de la responsabilité pénale de la personne morale en cause. En Belgique, la responsabilité est commune dans le cas où la personne physique est identifiée. La condamnation est toutefois, quant à elle, alternative : seule la personne ayant commis la faute la plus grave est condamnée, sauf si la personne physique a commis sciemment et volontairement la faute pénale. Au Danemark, la personne morale est en principe responsable. La responsabilité de la personne physique, membre important de la direction, se substitue toutefois à celle de la personne morale si elle a commis une faute intentionnelle ou s'y ajoute lorsqu'elle a agi avec négligence.

Rappelons le régime hybride suisse où la responsabilité de la personne morale est subsidiaire ou conjointe à celle de la personne physique, selon le cas. La responsabilité subsidiaire n'est envisageable qu'en cas de non identification d'une personne physique, la question du concours ne se posant donc pas dans ce cas. La responsabilité conjointe avec une personne physique est, quant à elle, possible mais uniquement pour sept infractions.

#### 5. LA PERSONNE MORALE ET LE PROCÈS ÉQUITABLE

La problématique des droits de la défense de la personne morale poursuivie fait l'objet de critiques chez de nombreux auteurs.

<sup>20</sup> Voy. *supra*, 2.2.

Ceci porte tout d'abord sur le droit au silence. Pour rappel, le droit au silence, corollaire de la présomption d'innocence, fait partie intégrante des droits de la défense. Il comporte le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination<sup>21</sup>. Le fait que la personne morale doive dans certains cas produire des documents sur la base desquels le ministère public pourrait fonder son accusation est décrié au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer, notamment dans les contributions espagnole et suisse.

Les droits de la défense des personnes morales poursuivies ne se limitent toutefois pas au droit au silence, ainsi qu'en atteste un arrêt fondateur de la Cour constitutionnelle polonaise. Lors de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en 2002, le législateur polonais avait instauré un système en deux étapes où devait intervenir un premier jugement sur la responsabilité de la personne physique, auteur du délit, et un second concernant la personne morale. De nombreuses objections ont été formulées à l'encontre d'un tel système : non seulement, il avait pour effet de rendre la responsabilité de la personne morale dépendante de celle de la personne physique mais en outre, il ne respectait pas les droits de la défense de la personne morale. En effet, cette dernière ne pouvait pas participer au procès de la personne physique alors même que le jugement prononcé à l'issue de cette procédure allait constituer, dans un second temps, la base de sa propre responsabilité. Par un jugement du 3 novembre 2004, la Cour constitutionnelle a dès lors invalidé ce mécanisme à double détente. Depuis une modification législative intervenue en 2005, la personne morale peut se faire représenter par une personne physique qui agit en son nom. Ce représentant a le droit de fournir des explications ou de refuser de répondre à certaines questions.

Stefan Braum soulève, quant à lui, un risque de violation des droits de la défense de la personne physique si le projet de loi luxembourgeois devait être adopté, en particulier au regard du régime particulièrement souple de cumul des responsabilités organisé par ce dernier. En vertu de ce régime, les autorités de poursuite jouissent de la plus grande liberté pour poursuivre soit la personne morale, soit la/les personne(s) physique(s), soit les deux. Des problèmes pourraient se poser au niveau de la collecte des preuves lors d'une enquête visant une imputation collective. Les preuves recueillies à l'endroit d'une personne morale pourront en effet, dans ce cas, également

<sup>21</sup> S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Chartre, 2005, p. 313.

servir de fondement à une condamnation de la personne physique, alors même que le régime des enquêtes menées à l'encontre des personnes physiques est différent de celui qui concerne les personnes morales.

Un autre point de discussion porte sur la représentation de la personne morale en justice au regard de la sauvegarde des droits de la défense. Sarah Coisne et Patrick Waeterinckx ont abordé cette question dans un ouvrage consacré à la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge : *'Le problème de la personne morale est qu'elle n'est pas maître de ses mots puisqu'elle ne peut s'exprimer que par le biais de personnes physiques. Se pose donc la question de savoir dans quelle mesure ce droit au silence peut être garanti de manière effective à une personne morale qui, par essence, dépend pour sa défense totalement de personnes physiques'*<sup>22</sup>. Le représentant aura donc la charge de veiller au respect du droit au silence et des autres droits de la défense de la personne morale, exercice difficilement concevable si ce représentant est également poursuivi. Un conflit pourrait alors se présenter, le représentant ayant tout intérêt à voir la personne morale être tenue responsable pour échapper à sa propre responsabilité. Jean-Claude Planque dénonce l'absence de règles claires dans le régime français et, à ce sujet, prévient du risque de violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le régime belge prévient ce problème en imposant la désignation d'un mandataire *ad hoc*, chargé de représenter la personne morale et non de la défendre<sup>23</sup>.

## 6. LES SANCTIONS

L'issue du procès intenté à l'encontre d'une personne morale donne lieu, en cas de condamnation, au prononcé d'une sanction. L'amende (6.1.) est parfois complétée par ou cède la place à d'autres types de sanctions, qu'il semble autorisé de qualifier d'auxiliaires (6.2.).

<sup>22</sup> *Idem*, p. 325.

<sup>23</sup> *'Lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désignée, d'office ou sur requête, un mandataire ad hoc pour la représenter'* (Titre Préliminaire du Code d'Instruction Criminelle, article 2 bis).

## 6.1. L'AMENDE

La sanction naturellement applicable aux personnes morales est l'amende. L'emprisonnement d'un chef d'entreprise, d'un administrateur, voire de l'ensemble des membres d'un organe suite à la seule condamnation de la personne morale heurterait en effet le principe de la personnalité des peines.

Sans surprise, la plupart des Etats examinés prévoient ou envisagent dans un futur proche la possibilité d'infliger aux êtres moraux des amendes. Il est même des Etats - tels la Suisse, le Danemark ou, dans certaines hypothèses, la France<sup>24</sup> - où l'amende semble être la seule sanction pénale au sens strict envisageable à l'endroit d'un être moral. Günter Heine explique en particulier l'origine du régime suisse de sanctions par la circonstance que de nombreuses entreprises n'étaient pas favorables à ce qu'un juge, intervenant parfois dans un cadre assez peu contextualisé, puisse porter atteinte de façon essentielle à leur liberté de commerce et d'industrie, en ordonnant par exemple la fermeture d'un établissement ou en suspendant l'exercice de certaines activités. Comme nous l'avons relevé plus haut, la nature pénale ou non des amendes continue néanmoins de susciter des débats, ainsi que le rapportent les auteurs italiens et suédois.

Le degré des amendes, leur mode de calcul, de même que les échelles des peines varient considérablement d'un Etat à l'autre. Ainsi, par exemple, la limite générale de la peine d'amende est fixée à 597.000 euros en Roumanie, à 850.000 euros en Finlande, à 1 million d'euros en Allemagne pour une infraction intentionnelle (500.000 s'il s'agit d'une infraction d'imprudance) et à 1 million d'euros également en Suède. En Suisse, ce maximum atteint 3,1 millions d'euros, près de 4 millions d'euros en Belgique, 5,85 millions d'euros en Pologne et 16 millions d'euros en Estonie. Celia Wells rapporte un cas où une société a été condamnée, au Royaume-Uni, à une amende de 12,5 millions d'euros dans un cas de *manslaughter*. Dans certains régimes (Belgique, France, Finlande et Pologne), le montant de l'amende est adapté en fonction de l'assise financière plus importante dont les personnes morales disposent en général par rapport aux personnes physiques.

<sup>24</sup> Sont ici visées les infractions qui n'étaient pas imputables aux personnes morales avant l'abolition du principe de spécialité par la loi du 9 mars 2004, et pour lesquelles des sanctions spécifiques aux êtres moraux n'ont pas été prévues. Cette situation a été vivement dénoncée par le Professeur PLANQUE comme contraire au principe de la personnalisation des peines.

Quant au mode de calcul, il est établi selon des paramètres très divers : certains Etats tiennent compte des ressources de la personne morale condamnée, tantôt eu égard à ses revenus taxés (Pologne et France, par exemple), tantôt en prenant en considération son état général de santé financière (Finlande), voire selon une combinaison des deux facteurs (Autriche). Le système de calcul finlandais présente un intérêt particulier puisqu'il permet à un tribunal de surseoir à l'exécution d'une amende lorsque cette dernière pourrait avoir des conséquences - par exemple sur le plan social - disproportionnées pour la personne morale condamnée. Les possibilités d'individualisation de la peine apparaissent plus restreintes dans d'autres Etats, dont, par exemple, la Roumanie, où les personnes morales condamnées ne peuvent bénéficier du sursis simple.

Dans d'autres Etats, au contraire, l'échelle des peines ne dépend pas des revenus de l'être moral condamné. Ainsi en va-t-il, par exemple, en France ou encore en Suède. En tout état de cause, l'amende semble en règle devoir excéder l'avantage économique que l'auteur a perçu en commettant l'infraction. La possibilité de contraindre des associés dont la responsabilité n'est en principe pas limitée au paiement d'amendes auxquelles la personne morale est condamnée pour le cas où le montant de ces amendes dépasserait l'actif social demeure discutée dans certains Etats. Si cette interrogation semble recevoir une réponse affirmative au Danemark, il n'en va pas de même en Roumanie, selon l'interprétation que le Professeur Streteanu donne de ce régime.

Une critique revient régulièrement parmi les auteurs examinés, à savoir la dilution du lien qui unit traditionnellement le taux d'une amende et la gravité des fautes reprochées ou l'importance sociale attachée aux valeurs outrepassées. De tels reproches sont par exemple exprimés par le Professeur Streteanu pour ce qui concerne le régime roumain, par le Professeur Heine pour ce qui concerne le régime suisse ou encore par le Professeur Braum eu égard au projet de loi luxembourgeois.

Il importe par ailleurs de remarquer la perspective restauratrice dans laquelle s'inscrivent les régimes du Royaume-Uni, d'Autriche et d'Italie, où tantôt la mise sur pied de mesures préventives destinées à éviter la survenance future de nouvelles infractions du même type, tantôt la réparation des conséquences liées à l'infraction, jouent un rôle direct et non-négligeable dans la fixation du taux de la peine. Cette remarque

concerne non seulement les peines d'amende mais aussi les sanctions auxiliaires, examinées plus loin.

Soulignons encore, pour clore ce paragraphe, le régime original de conversion des peines privatives de liberté en amendes qui est d'application en Belgique. Le système de conversion proposé par le Professeur Planque pour la France présenterait en sus la particularité de faire dépendre de la durée de la privation de liberté applicable à une personne physique pour une infraction correspondante non pas uniquement le montant de l'amende mais aussi le type de sanction applicable et sa durée maximale.

## 6.2. LES SANCTIONS AUXILIAIRES

L'amende est régulièrement complétée par d'autres types de sanctions, destinées à mieux rencontrer les objectifs de répression et de prévention du droit pénal. Ces sanctions, qualifiées pour les besoins de la présente étude d'« auxiliaires », peuvent même, pour certaines d'entre elles, se substituer à l'amende lorsqu'elles sont jugées plus efficaces qu'une sanction d'ordre pécuniaire. Ces sanctions auxiliaires sont, pour la plupart, énumérées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation R (88) 18 sur la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités. Il s'agit, outre l'amende, de : l'avertissement ; l'admonestation ; le cautionnement ; une simple déclaration de responsabilité et dispense de sanction ; la confiscation des biens utilisés dans la commission de l'infraction ou représentant les gains tirés de l'activité illicite ; l'interdiction d'exercer certaines activités, notamment l'exclusion des marchés publics ; l'interdiction de bénéficier d'avantages fiscaux ou 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 sous administration judiciaire ; la fermeture d'établissement ; la dissolution de l'entreprise ; l'indemnisation de la victime et/ou la restitution ; la remise en l'état d'origine ; enfin, la publication de la décision de condamnation<sup>25</sup>. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive. Il faut y ajouter notamment la prestation de services d'intérêt commun, que l'on retrouve par exemple dans le régime autrichien de la *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* ou encore l'interdiction de faire appel public à l'épargne et/ou d'émettre des chèques ou des cartes de paiement, sanctions prévues par le Code pénal français. Une autre originalité du

régime français réside dans la possibilité de prononcer l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal, si tant est qu'une telle sanction soit appropriée au regard de l'infraction à l'origine de la condamnation de la personne morale.

La majorité des Etats examinés dans le présent ouvrage ont adopté certaines de ces sanctions auxiliaires, sans toutefois jamais s'y limiter, la peine d'amende étant de règle. Certains régimes apparaissent plus prolixes que d'autres, tels la France, la Pologne, le projet de loi espagnol voire, dans une moindre mesure, la Belgique et le projet luxembourgeois.

Les sanctions auxiliaires sont de plus appliquées selon des modalités diverses. C'est ainsi, par exemple, que le projet luxembourgeois envisage la dissolution mais pas la suspension d'activités ou la fermeture d'établissement. La dissolution est considérée comme une peine de mort de la personne morale. Elle n'est, en principe, prononcée que si la personne morale a été créée en vue de permettre la commission d'une infraction, voire de devenir une véritable organisation criminelle, ou si son objet a été détourné, entièrement ou partiellement, à de telles fins. La dissolution est également prévue en Roumanie, mais cette fois à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque la personne morale n'exécute pas la peine qui lui est infligée. Il est d'ailleurs remarquable que la dissolution semble pouvoir toucher, dans ce cas, les personnes morales de droit public, alors qu'une telle possibilité est traditionnellement exclue - par exemple en Belgique - au nom de la continuité du service public<sup>26</sup>. En Estonie, la dissolution est la seule peine disponible à côté de l'amende.

L'interdiction d'exercer certaines activités est obligatoirement temporaire en Roumanie, tandis qu'en Belgique ou encore en France, elle peut être définitive. En Espagne, une différence paraît être opérée entre les activités présentant ou non un lien avec l'infraction qui donne lieu à la condamnation. En marge de l'interdiction, l'on retrouve dans de nombreux Etats la fermeture d'établissement, qui paraît davantage destinée à neutraliser les déficiences techniques ou structurelles affectant un site de travail qu'à lutter contre une criminalité propre à l'organisation d'une personne morale, singulièrement une société commerciale.

<sup>25</sup> Recomm. R(88) 18, annexe, article 7.

<sup>26</sup> Le Professeur STRETEANU, dans son examen du régime roumain, juge lui-même cette situation contraire au principe de la continuité du service public.

La confiscation ou la saisie de l'objet de l'infraction, du produit de celle-ci ou de son équivalent, se retrouvent dans de nombreux régimes, parmi lesquels l'Autriche, l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, la Pologne ou encore la Suède<sup>27</sup>. La confiscation des objets ayant servi à la commission de l'infraction revêt parfois un caractère obligatoire, comme en Belgique. En Suisse, l'ensemble des biens appartenant à une organisation criminelle ou qui se trouvent à sa disposition peuvent être confisqués. Notons que le régime allemand autorise la confiscation du bien qui serait devenu la propriété de la personne morale - quoique irresponsable pénalement - dès lors qu'elle a profité de l'infraction.

La publication de la décision de condamnation, là où elle est appliquée, intervient pour sa part en général aux frais de la personne morale. En Belgique, elle n'est possible que dans les cas où le texte incriminant le prévoit, alors qu'en Roumanie ou en Suisse, par exemple, elle paraît pouvoir être décidée à l'égard de l'ensemble des infractions, intentionnelles et non intentionnelles. En Roumanie, les frais d'affichage peuvent en principe dépasser le montant de l'amende encourue, alors que tel n'est pas le cas en France.

Relevons encore la peine d'exclusion des marchés publics, qui est d'application dans les régimes polonais et roumain et prévue dans le projet de loi espagnol, mais n'est par exemple pas reprise en Belgique. La perte des avantages ou subsides fiscaux est quant à elle d'application en Pologne et envisagée dans les projets de loi espagnol et luxembourgeois.

L'analyse transversale n'a pas révélé l'existence d'une opposition de principe à la prise en compte de circonstances atténuantes ou aggravantes lors de l'évaluation d'une peine à l'encontre d'une personne morale. La perspective restauratrice que nous avons évoquée plus haut s'illustre à nouveau à cet égard, notamment dans les régimes suédois, autrichien (sous forme de cause d'excuse) ou encore dans la loi envisagée en Espagne. Le régime suédois prévoit aussi la possibilité de prendre en considération la dénonciation des faits aux autorités par la personne morale en vue de réduire la peine. Nous renvoyons à la contribution italienne pour les développements consacrés au respect par l'entreprise des « compliance programs », un système qui suit une logique comparable. Enfin, le projet de loi espagnol prévoit un ensemble de circonstances atténuantes telles que le

<sup>27</sup> Les régimes allemand, roumain et suédois, pour ne citer qu'eux, considèrent la confiscation ou la saisie non pas comme des peines mais comme des mesures de sûreté qui accompagnent la sanction.

repentir actif, la collaboration à l'instruction ou encore la mise en place de moyens structurels appropriés en vue de prévenir la survenance d'infractions ou de faciliter l'identification des coupables. Ce projet exclut toutefois le transfert pur et simple des circonstances atténuantes et aggravantes applicables aux personnes physiques à la personne morale.

En règle, la peine peut également être adaptée en cas de récidive, cette dernière posant toutefois encore et toujours question quant à son application internationale, ainsi que le rappellent les contributions consacrées à l'apport du Conseil de l'Europe et de l'Union et de la Communauté européennes au sujet examiné.

## 7. PREMIÈRE APPRÉCIATION DE L'EFFECTIVITÉ DES RÉGIMES EXAMINÉS

Les différents Etats examinés reflètent les situations les plus diverses quant au degré de développement des législations consacrées à la responsabilité pénale des personnes morales, et aux résultats concrets auxquelles elles aboutissent. Encore qu'il ne s'agisse pas là d'un critère unique et encore moins absolu, le nombre de condamnations définitives intervenues à l'endroit des personnes morales paraît être un indicateur utile afin d'apprécier l'effectivité des régimes examinés dans le présent ouvrage.

En Autriche et en Roumanie, il semble que le système ait été introduit trop récemment que pour avoir pu donner lieu à un nombre suffisant d'occurrences, qui en permettraient une première évaluation. Ceci contraste nettement avec un pays tel que le Danemark où la responsabilité pénale des êtres moraux est solidement ancrée dans la tradition pénale et où, par exemple, près de deux mille trois cents condamnations de personnes morales sont intervenues en 2005.

Dans d'autres Etats, les difficultés techniques rencontrées lors de la mise en œuvre du régime de responsabilité pénale des êtres moraux sont telles que l'effectivité globale du système peut être mise en doute ou, du moins, ne s'avère pas optimale. Ainsi, à propos du régime belge inauguré par la loi du 4 mai 1999, Antoine Misonne trace-t-il un lien entre, d'une part, la complexité du système d'imputabilité morale et des règles de cumul et, d'autre part, l'usage assez modeste que les praticiens font de cette législation. La Suisse paraît connaître des problèmes comparables, expliquant la rareté des poursuites entamées contre les personnes morales dans cet Etat. En Pologne, le système de responsabilité en cascade et les

garanties procédurales insuffisantes accordées aux personnes morales ont mis à mal l'ensemble du dispositif. Le Professeur Jönsson rapporte pour sa part que le système d'amendes suédois demeure, en pratique, quasiment lettre morte, cette ineffectivité semblant trouver sa source tant dans la tradition pénale de cet Etat que dans les conditions très strictes imposées à la mise en œuvre du système des « corporate fines ».

Par contraste, la circonstance que le droit estonien n'impose pas comme préalable à la responsabilité d'une personne morale la condamnation ni même l'identification d'une personne physique explique probablement en partie l'engouement des magistrats de cet Etat pour cette forme de responsabilité. La France présente également une quantité élevée de cas répertoriés, qui n'est probablement pas entièrement étrangère à la souplesse avec laquelle ce régime légal autorise alternativement la poursuite de la personne morale, de la/des personne(s) physique(s), voire des deux.

Une analyse de l'effectivité ne saurait par ailleurs pas être détachée des réalités sociales et criminelles dans le cadre desquelles les régimes analysés s'inscrivent. Les chiffres et types de criminalité influencent ainsi nécessairement le nombre de condamnations répertoriées à l'endroit des êtres collectifs. Par exemple, l'extrême rareté des sanctions pénales à l'endroit de personnes morales en Finlande, nonobstant l'existence d'un chapitre entier du Code pénal consacré à la question, doit être mise en parallèle avec les taux peu élevés de criminalité économique que connaît cet Etat, en particulier pour ce qui est de la corruption. En Italie, le faible nombre de condamnations semble plutôt pouvoir être expliqué par les réformes entreprises ces dernières années et tendant à diminuer l'importance des infractions économiques, domaine de prédilection de la criminalité des entreprises.

D'autres facteurs que les déficiences du droit objectif ou les particularités de l'environnement criminel ne sauraient néanmoins être négligés. Ainsi qu'il a été rappelé par les Professeurs Hilf et Streteanu ainsi que par Antoine Misonne, beaucoup dépend de la volonté du ministère public, dans chaque Etat, de donner réellement suite aux nouveaux instruments pénaux ou administratifs mis à leur disposition à l'endroit des êtres collectifs. La présente étude confirme que le manque de formation des magistrats à la responsabilité pénale des personnes morales, de même que les résistances et la réticence envers de nouveaux modes d'imputation davantage détachés des traditionnels *actus reus* et *mens rea*, participent aux nombreux constats d'échec relatés par les différents auteurs.

Le présent ouvrage a permis de confirmer par l'analyse le constat d'une grande diversité mais aussi d'une indéniable richesse des solutions en vigueur dans les différents pays examinés. Malgré cette diversité, force est de constater que les Etats sont confrontés à des difficultés largement semblables dans le cadre de la mise en œuvre interne de leur propre régime de responsabilité pénale des personnes morales. Les présentes conclusions ont été l'occasion de synthétiser ces problèmes et de proposer de premières pistes de comparaison entre les solutions qui y sont apportées dans les divers régimes abordés.

Afin d'œuvrer à l'entraide et à la coopération judiciaire en cette matière, il serait utile que les Etats, d'une part, approfondissent leur connaissance des régimes étrangers et des bonnes pratiques qu'il est permis d'y déceler et, d'autre part, envisagent de s'accorder sur la reconnaissance de règles minimales communes dans le respect de la sécurité juridique. A cette fin, l'étude entreprise pourrait servir de fil conducteur en vue de l'élaboration d'un « commun dénominateur » de nature à promouvoir une confiance réciproque entre les Etats et à lutter toujours plus efficacement contre la criminalité d'entreprise.