

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité pénale dans l'entreprise

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2020, 'La responsabilité pénale dans l'entreprise', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 171-214.

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.

La responsabilité pénale dans l'entreprise

GUJE, 2^e édition – Livre 20

D.S.C., 4^e édition – Livre 18

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Marie Amélie DELVAUX

Avocate au barreau de Namur

Maître de conférences à l'Université de Namur

Chargée de cours à l'Université Saint-Louis Bruxelles

110. La responsabilité pénale des personnes morales et le principe de la personnalité des peines

N° 1465. – Cour eur. D.H., 1^{er} octobre 2019¹

Présentation : Toute personne a le droit d'être entendue par un tribunal impartial sur toute accusation en matière pénale dirigée contre elle², nul n'étant punissable que pour ses propres (mé)faits.

Ces principes élémentaires résistent-ils à la réalité des sociétés et à leurs éventuelles restructurations ?

Plus précisément, une société ayant absorbé une autre société peut-elle être condamnée à assumer une amende civile infligée à cette dernière ?

Ne viole-t-on pas le principe de la personnalité des peines ?

La Cour européenne des droits de l'homme n'y voit pas de violation de ce principe fondamental du droit pénal en se fondant sur l'idée de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise.

Sommaire : En cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, il y a transmission universelle du patrimoine, les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde et l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui était l'essence même de son existence, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération. Du fait de cette continuité d'une société à l'autre, la société absorbée n'est pas véritablement « autrui » à l'égard de la société absorbante de sorte que condamner la seconde à raison d'actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion-absorption par la première ne contrevient qu'en apparence au principe de la personnalité des peines, alors que ce principe est frontalement heurté lorsqu'il y a condamnation d'une personne physique à raison d'un acte commis par une autre personne physique.

L'approche fondée sur la continuité économique de l'entreprise, qui vise à prendre en compte la spécificité de la situation générée par la fusion-absorption d'une société par une autre, ne contrevient pas au principe de la personnalité des peines tel qu'il se trouve garanti par la Convention.

Une mise en œuvre sans nuance du principe de la personnalité des peines serait susceptible de rendre vaine la responsabilité économique des personnes morales, qui pourraient échapper à toute condamnation pécuniaire en matière économique par le biais d'opérations telles que la fusion-absorption ; un impératif d'efficacité de la sanction pécuniaire, qui serait mise à mal par une application mécanique du principe de la personnalité des peines à des personnes morales, peut justifier, selon le contexte, que la société absorbante doive assumer l'amende civile qui aurait dû s'imposer à la société absorbée. Tout en assurant la protection des droits de la défense, il convient d'éviter que des entreprises échappent à des sanctions par le simple fait que leur identité a été modifiée à la suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels.

1465.-1. Cette décision a été prononcée par la 5^e section de la Cour dans un dossier portant le n° 37858/14.

2. Extrait de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Parties : CARREFOUR France/France.

En fait

1. La requérante, la société par actions simplifiée (SAS) Carrefour France, est une personne morale de droit français dont le siège se trouve à Mondeville. Elle déclare venir aux droits de la société Carrefour hypermarchés France. (...).
2. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par (...).

A. Les circonstances de l'espèce

3. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.
4. La société Carrefour hypermarchés France exploitait des hypermarchés de l'enseigne Carrefour sur le territoire français.
5. Le 28 juin 2005, la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCCRF) du Cher procéda à un contrôle du respect des pratiques concurrentielles dans l'hypermarché Carrefour de Bourges.
6. Le 16 novembre 2006, le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, représenté par la DDCCRF du Cher, saisit le tribunal de commerce de Bourges afin de voir juger que la société Carrefour hypermarchés France avait obtenu de vingt-deux de ses fournisseurs des avantages manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu, au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle demandait également, notamment, l'annulation des contrats concernés, la restitution des sommes indûment versées et la condamnation de la société Carrefour hypermarchés France au paiement d'une amende civile d'un montant de 100 000 euros (EUR).
7. Le 21 janvier 2009, la société requérante, en sa qualité d'associé unique de la société Carrefour hypermarchés France, décida, dans le but de simplifier les structures du groupe Carrefour France, de prononcer la dissolution sans liquidation de la société Carrefour hypermarchés France. Le procès-verbal des décisions de l'associé unique du 21 janvier 2009 précisait notamment que cette dissolution entraînait transmission universelle du patrimoine de la société Carrefour hypermarchés France au profit de la société requérante.

1. Le jugement du tribunal de commerce de Bourges du 10 février 2009, l'arrêt de cour d'appel de Bourges du 10 décembre 2009 et l'arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 2011

8. Par un jugement du 10 février 2009, le tribunal de commerce de Bourges dit nulle et de nul effet l'assignation délivrée par la DDCCRF du Cher, en raison d'une irrégularité de forme de la délégation de signature du Ministre au profit du directeur de la DDCCRF.
9. Le 10 décembre 2009, la cour d'appel de Bourges infirma ce jugement et fit droit aux demandes du Ministre. En particulier, elle prononça à l'encontre de la société requérante, venant aux droits de la société Carrefour hypermarchés France, une amende civile de 100 000 EUR.
10. Le 27 avril 2011, la Cour de cassation jugea que, s'agissant de sept des vingt-deux fournisseurs concernés, les motifs retenus par la cour d'appel étaient « impropres à caractériser une disproportion manifeste entre les avantages obtenus par la société Carrefour et la valeur

des services rendus ». Elle annula en conséquence l'arrêt en ce qu'il concernait ces sept fournisseurs et en ce qu'il prononçait une amende civile de 100 000 EUR, et renvoya les parties devant la cour d'appel d'Orléans.

2. L'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 12 avril 2012

11. Devant la cour d'appel d'Orléans, juge de renvoi, la société requérante souleva une fin de non-recevoir tirée du principe de la personnalité des peines, soutenant que ce principe faisait obstacle à ce qu'elle soit condamnée pour des faits imputables à une autre société, quand bien même elle venait aux droits de celle-ci.

12. Par un arrêt du 12 avril 2012, la cour d'appel rejeta cette fin de non-recevoir au motif que l'amende civile dont il était question ne présentait un caractère pénal ni par sa nature ni par son objet, mais présentait seulement un caractère « punitif et indemnitaire, en ce qu'elle tend[ait] à restaurer l'équilibre économique dans les relations commerciales entre professionnels et à réparer de façon globale et par l'intermédiaire de l'État le préjudice collectif indirect subi par l'ensemble des acteurs économiques sur le marché ». Sur le fond, la cour d'appel d'Orléans écarta les demandes du Ministre relatives à ces sept fournisseurs, et condamna la société requérante au paiement d'une amende civile de 60 000 EUR. (...).

3. L'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2014

13. La société requérante se pourvut en cassation. Invoquant notamment l'article 6 de la Convention, elle soutenait qu'en la condamnant à une amende civile pour des faits imputables à la société Carrefour hypermarchés France, la cour d'appel avait méconnu le principe de la personnalité des peines.

14. Dans son avis, l'avocat général souligna notamment que, pour le Conseil constitutionnel, le principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme les exigences résultant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ne concernaient pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendaient à « toute sanction ayant le caractère d'une punition » même dans les cas où le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle. Il observa ensuite que, dans la suite de cette « jurisprudence constante qui assimile à la peine toute forme de sanction édictée à des fins punitives », le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 442-6 I 2o et III du code de commerce, avait considéré que « compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des apports entre partenaires commerciaux, il (...) est loisible [au législateur] d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement (décision n° 2010-85 QPC, 13 janvier 2011 ; voir, pour plus de détails, le paragraphe 22 ci-dessous). L'avocat général en déduisit que l'amende civile de l'article L. 442-6 III du code de commerce, dans l'hypothèse de violation des obligations d'ordre public assurant l'équilibre entre partenaires commerciaux, devait respecter les exigences des articles 8 et 9 de la déclaration de 1798 et qu'en cet état, il n'était pas douteux que cette sanction pécuniaire était soumise au principe de la personnalité des peines.

15. L'avocat général renvoya ensuite à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »). Il souligna que, selon cette juridiction, « le choix des auteurs des traités a[vait] été d'utiliser la notion d'entreprise pour désigner l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence, susceptible d'être sanctionné en application des articles 81 CE et 82 CE, devenus les articles 101 TFUE et 102 TFUE, et non la notion de société ou de personne morale utilisée à l'article 48 CE, actuellement l'article 54 TFUE » (arrêt du 18 juillet 2013, *Schindler Holding Ltd et a.*, C-501/11 P, EU:C:2013:522, point 102). Il préconisa de suivre cette approche en l'espèce, dès lors qu'« une application sans nuance [du] principe [de la personnalité des peines] rendrait vaine la responsabilité 'économique' des personnes morales qui auront bien vite compris, lorsque ce n'est pas déjà le cas, la procédure à suivre pour échapper à toute condamnation pécuniaire en matière économique ». Il se référa ensuite à un auteur d'après lequel, en droit économique, la personnalité des peines devrait être appliquée à l'entreprise et non à la personne juridique.

16. La Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt du 21 janvier 2014 ainsi motivé :

« (...) attendu que les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ; que le principe de la personnalité des peines (...) ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise (...) ».

B. Le droit et la pratique internes pertinents

1. Le code pénal

17. Aux termes des articles 121-1 et 121-2 du code pénal :

Article 121-1

« Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

Article 121-2

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »

2. Le code de commerce

18. L'article L. 236-3 du code de commerce est ainsi libellé :

« I. - La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission. (...) ».

19. Dans sa rédaction applicable à l'époque des faits de la cause, l'article L. 442-6 du code de commerce était ainsi libellé :

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

(...)

2o a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ;

(...)

III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder deux millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée.

(...) ».

20. Dans le contexte de l'application de l'article L. 464-2 du code de commerce relatif à la répression de pratiques anticoncurrentielles, relevant que les sanctions prévues par cette disposition s'appliquaient à des « entreprises », la Cour de cassation a retenu qu'il était permis d'imputer les pratiques anticoncurrentielles « à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait

sa continuité économique et fonctionnelle » ou, selon une autre formule, « à une entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci et sans considération de la personne qui l'exploite », précisant que « le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise s'applique quel que soit le mode juridique de transfert des activités dans le cadre desquelles ont été commises les pratiques sanctionnées » (Com., 23 juin 2004, n° 01-17.928, Bulletin 2004, IV, n° 132 ; Com., 28 février 2006, n° 05-12.138, Bulletin 2006, IV, n° 49).

21. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'espèce, la Cour de cassation a suivi cette approche s'agissant des pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, retenant que les dispositions de cet article, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite, et que le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise (Com., 21 janvier 2014, 12-29.166, Bulletin 2014, IV, n° 11).

22. Dans le cadre de sa décision 2016-542 QPC du 18 mai 2016, le Conseil constitutionnel a retenu que la possibilité d'infliger l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 III du code de commerce à une personne morale bénéficiaire d'une fusion-absorption à raison de pratiques restrictives de concurrence imputables à une autre personne morale disparue dans le cadre de cette fusion-absorption était conforme au principe de la personnalité des peines. Cette décision est ainsi motivée :

« (...) 4. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, telle qu'elle ressort de l'arrêt du 21 janvier 2014 (...), que les dispositions contestées permettent de sanctionner par une amende civile les pratiques restrictives de concurrence de toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite. L'amende civile peut ainsi être prononcée à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise.

5. Selon l'article 8 de la Déclaration de 1789, « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Selon son article 9, tout homme est « présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ». Il résulte de ces articles que nul n'est punissable que de son propre fait. Ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition.

6. Appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet.

7. En premier lieu, l'amende civile instituée par les dispositions contestées, qui sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, a la nature d'une sanction pécuniaire. Le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait lui est applicable.

8. En deuxième lieu, en définissant, au paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, « l'auteur » passible de ces sanctions pécuniaires comme étant « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers », le législateur se réfère à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent. Les amendes civiles prévues par les dispositions du paragraphe III de l'article L. 442-6 ont pour objectif, pour préserver l'ordre public économique, de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence qui sont commises dans l'exercice des activités économiques mentionnées par le paragraphe I de cet article. L'absorption de la société auteur de ces pratiques par une autre société ne met pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante.

9. En troisième lieu, seule une personne bénéficiaire de la transmission du patrimoine d'une société dissoute sans liquidation est susceptible d'encourir l'amende prévue par les dispositions contestées.

10. Les dispositions contestées permettent qu'une sanction pécuniaire non pénale soit prononcée à l'encontre de la personne morale à laquelle l'exploitation d'une entreprise a été transmise, pour des pratiques restrictives de concurrence commises par la personne qui exploitait l'entreprise au moment des faits. Il résulte des motifs énoncés aux paragraphes 7 à 9 que les dispositions contestées, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante, ne méconnaissent pas, compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait. (...) ».

C. Le droit pertinent de l'Union européenne

23. L'article 81 du Traité instituant la communauté européenne (« TCE » ; devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »)) est ainsi libellé :

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...) ».

24. La jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne a été résumée par l'avocat général Y. Bot dans ses conclusions sur l'affaire *Erste Group Bank* (conclusions du 26 mars 2009, *Erste Group Bank e.a./Commission*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, EU:C:2009:192). Cette affaire concernait l'infliction d'amendes à raison de violation de l'article 81 TCE précité. L'une des sociétés bancaires reprochait au tribunal de première instance de lui avoir imputé cette infraction alors qu'elle avait été commise par une autre société qu'elle avait par la suite acquise par le biais d'une fusion. L'avocat général Y. Bot soulignait ce qui suit :

« (...) 219. (...) lorsqu'une entité ayant commis une infraction aux règles de la concurrence cesse d'exister juridiquement ou économiquement après la commission de l'infraction, la Cour applique le critère dit « de la continuité économique » [voir, notamment, *Commission/Anic Partecipazioni* (C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 145)].

220. L'application de ce critère permet d'éviter que des entreprises échappent aux sanctions infligées par la Commission par le simple fait que leur identité a été modifiée à la suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels et donc d'assurer une mise en œuvre efficace des règles de concurrence. [En effet, dans une telle situation, la Cour considère que l'objectif de réprimer les comportements contraires aux règles de la concurrence et d'en prévenir le renouvellement au moyen de sanctions dissuasives serait compromis (voir ETI e.a., C-280/06, Rec., point 41 et jurisprudence citée).]

221. Dans ces conditions, le juge considère que, lorsque, entre le moment où l'infraction est commise et celui où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, il est nécessaire de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble [arrêt du Tribunal du 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission (T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec. p. II-931, point 953)].

306. (...) il nous semble que les amendes visées à l'article 15 du règlement n° 17 sont, par leur nature et leur importance, assimilables à une sanction pénale bien qu'elles aient, au sens strict du terme, le caractère d'une sanction administrative. L'intervention de la Commission, qui est avant tout répressive, doit donc respecter, tant sur le plan procédural que sur le fond, les principes du droit répressif et celle-ci doit donc faire la démonstration des éléments sur lesquels elle se fonde pour calculer le montant de la sanction (...).

25. La CJUE a depuis lors rappelé à plusieurs reprises sa jurisprudence relative au critère de la continuité économique de l'entreprise (voir, par exemple : arrêt du 24 septembre 2009, *Erste Group Bank e.a./Commission*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, EU:C:2009:576, points 78-79 et 85 ; arrêt du 5 décembre 2013, *SNIA/Commission*, C-448/11 P, EU:C:2013:801, points 22-25 ; arrêt du 14 mars 2019, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*, C-724/17, EU:C:2019:204, points 38-40).

GRIEF

26. Invoquant l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention, la société requérante se plaint de sa condamnation à une amende civile pour des faits imputables à la société Carrefour hypermarchés France.

EN DROIT

27. La société requérante soutient que sa condamnation à une amende civile pour des faits imputables à la société Carrefour hypermarchés France contrevient au principe de la personnalité des peines et emporte violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...).

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

A. Thèses des parties

1. Le Gouvernement

28. Le Gouvernement admet que l'article 6 de la Convention est applicable dans son volet pénal. Il signale à cet égard que le Conseil constitutionnel a jugé que l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code du commerce avait une nature punitive, de sorte que le principe de la personnalité des délits et des peines s'appliquait lorsque cette disposition était mise en œuvre (il renvoie aux décisions n° 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, et 2016-542 QPC, 18 mai 2016).

29. Il observe ensuite que la Cour a consacré le principe de la personnalité des peines, jugeant dans les arrêts *E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse* (29 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997 V), et *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* (29 août 1997, *Recueil* 1997 V) qu'il découlait nécessairement du principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 6 § 2 de la Convention. Il constate cependant que ces arrêts concernaient la situation de personnes physiques dans le domaine fiscal alors que la présente affaire concerne des personnes morales dans celui du droit de la concurrence. La situation différerait donc puisque les sanctions dans le domaine du droit de la concurrence ne sont pas prononcées en raison du comportement d'une personne mais de celui d'une entreprise.

30. Ceci étant, renvoyant à la décision du Conseil constitutionnel du 18 mai 2016 précitée, le Gouvernement considère qu'appliqué à des personnes morales en dehors du droit pénal, le principe de la personnalité des peines peut faire l'objet d'adaptations justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit, et proportionnées à cet objet. Il observe que les personnes morales présentent des spécificités par rapport aux personnes physiques en ce qu'elles peuvent notamment décider de se transformer et de poursuivre leurs activités sous une nouvelle forme juridique. Une société peut ainsi disparaître en transmettant son patrimoine à une autre société par la voie notamment de son absorption par celle-ci. Si une opération de fusion-absorption fait ainsi « disparaître la personnalité juridique de la personne morale d'une société », elle ne touche pas à sa réalité économique, que cherchent précisément à atteindre les sanctions pécuniaires dans le domaine du droit de la concurrence. Selon le Gouvernement, l'efficacité de ce droit nécessite un « tempérament » dans l'application du principe de la personnalité des peines, qui doit prendre en considération la réalité économique de l'entreprise, indépendamment de ses enveloppes juridiques ; il en déduit la possibilité de condamner à une amende une société ayant absorbé une société qui a eu des pratiques restrictives de concurrence.

31. Le Gouvernement renvoie aussi à la jurisprudence de la CJUE telle que l'avocat général l'a résumée dans le cadre de l'affaire *Erste Group Bank AG et autres* (paragraphe 24 ci-dessus).

32. Selon le Gouvernement, dès lors que la personne morale sanctionnée est la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale absorbée, au sens où l'ensemble des éléments matériels et humains qui a été l'instrument de ces pratiques subsiste, le changement de la forme juridique et du nom d'une entreprise importe peu dans la mesure où ce changement n'a pas pour effet de dégager la nouvelle entreprise de la responsabilité des comportements restrictifs de la concurrence de la précédente.

33. Le Gouvernement observe que la société requérante détenait l'ensemble du capital social de la société Carrefour hypermarchés France. La fusion simple par dissolution anticipée sans liquidation de cette dernière a entraîné la transmission universelle de son patrimoine à la société requérante. La société requérante se trouvait en conséquence subrogée dans tous les contrats en cours de la société Carrefour hypermarchés France et devenait l'employeur de ses salariés, il lui revenait de supporter les impôts, taxes, contributions et autres charges de toute nature et de prendre en charge tous ses actifs et passifs, et elle se retrouvait avec tous les pouvoirs pour intenter ou suivre toutes actions judiciaires. Il y avait ainsi « continuité économique de l'entreprise » entre l'une et l'autre à la suite de cette opération de fusion-absorption. Le Gouvernement invite en conséquence la Cour à rejeter la requête comme « non fondée ».

2. La société requérante

34. La société requérante estime que l'article 6 est applicable en l'espèce dès lors que l'amende civile prononcée contre elle en vertu de l'article L. 442-6 du code du commerce a une nature pénale, au sens de cette disposition. Elle rappelle de plus que la Cour a jugé que le second paragraphe de cette disposition garantit le principe de la personnalité des peines. Elle note que le Gouvernement ne conteste pas ces points, mais que, se référant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il retient que ce principe peut faire l'objet d'adaptations.

35. La société requérante conteste l'approche suivie par le Conseil constitutionnel. Elle estime que le fait que l'amende en question ne relève pas de la matière pénale *stricto sensu* ne saurait justifier qu'il soit fait exception au principe fondamental de la personnalité des peines ; elle observe que le Conseil constitutionnel ne fournit pas d'élément à cet égard et n'indique pas en quoi l'exigence de proportionnalité qu'il pose serait remplie. La société requérante note ensuite que le Gouvernement soutient que la « particularité de la nature juridique des personnes morales » et le but poursuivi par la répression justifient ce qu'il qualifie de « tempérament » de ce principe, alors qu'il s'agit de son effacement puisque cela aboutit à la condamnation sans appel d'une entité dont il est certain qu'elle n'a pas commis l'infraction appelant cette condamnation. Elle rejette aussi l'argument du Gouvernement selon lequel une opération de fusion-absorption telle que celle à laquelle elle a procédé fait disparaître la personnalité juridique de la personne morale d'une société mais ne touche pas à sa réalité économique, que la sanction pécuniaire cherche à atteindre. Selon elle, si tel était l'objet de la sanction pécuniaire, il n'y aurait pas d'obstacle à ce qu'une amende encourue par une personne physique frappe ses héritiers, ce que la Cour a cependant jugé contraire à la Convention. La sanction ne frapperait pas une réalité économique ; elle serait justifiée par une réalité économique et frapperait une personne.

36. La société requérante estime que, plaçant le droit au second plan, le Gouvernement prend comme point de départ l'idée que le but poursuivi exige l'efficacité de la sanction ; en conséquence, il raisonne à rebours pour tenter de trouver une justification théorique à ce qu'une personne soit sanctionnée pour une infraction commise par une autre. Un tel procédé serait indéfendable dans un État de droit et au regard des principes garantis par la Convention. Elle souligne qu'il appartient à l'État de se donner les moyens législatifs et réglementaires que nécessite la lutte contre les dérives qu'il identifie – la fuite de la responsabilité, en l'occurrence – et que le défaut de tels moyens ne peut justifier qu'il soit porté atteinte à des principes fondamentaux. Elle relève aussi que, dans des cas tels que le cas d'espèce, rien n'empêche les tribunaux de rechercher si une société nouvelle issue d'une fusion-absorption a participé par fraude et mauvaise foi à une opération visant à soustraire la société absorbée à ses responsabilités et à l'amende civile.

37. La société requérante observe par ailleurs que le Gouvernement renvoie à la jurisprudence de la CJUE. Elle souligne que cette dernière n'est cependant pas « garante des mêmes droits ». Elle ajoute que la notion d'« entreprise » sur laquelle cette jurisprudence est fondée n'est pas opérante en l'espèce dès lors qu'elle est étrangère à l'article L. 442-6 du code de commerce, qui utilise les notions de « producteur », « commerçant » ou « personne ».

38. La société requérante estime que la recherche d'une solution au problème pouvant se poser du fait du recours à la fusion par des personnes morales dans le but d'échapper à leur responsabilité pénale est légitime, tout comme la prise en compte des impératifs de la police économique. Elle estime toutefois que cela ne peut conduire à sacrifier les exigences du droit et les principes fondamentaux garantis par la Convention.

B. Appréciation de la Cour

39. La Cour observe que la société requérante a été condamnée sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce à une amende civile à raison de pratiques restrictives de concurrence. Se pose en premier lieu la question de savoir s'il y avait là une « accusation en matière pénale » et si la société requérante pouvait se dire « accusé[e] d'une infraction », au sens de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention.

40. La Cour rappelle à cet égard que la notion d'« accusation en matière pénale », telle que la conçoit l'article 6 § 1, est une notion autonome. Selon sa jurisprudence constante, l'existence ou non d'une telle accusation doit s'apprécier sur la base de trois critères, que l'on désigne couramment sous le nom de « critères *Engel* » (*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82). Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second, la nature même de l'infraction, et le troisième, le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et non nécessairement cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale (voir, par exemple, *Mihalache c. Roumanie* [GC], n° 54012/10, § 54, 8 juillet 2019, ainsi que les références qui y figurent). Ces considérations valent aussi pour la notion de « personne accusée d'une infraction » à laquelle renvoie l'article 6 § 2 de la Convention (voir, par exemple, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, précité, § 39).

41. S'agissant des deux premiers de ces critères la Cour observe que, prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce, l'infraction dont il s'agit ne relève pas en droit interne du droit pénal. Elle observe toutefois également que le Conseil constitutionnel a précisé que l'amende civile instituée par cette disposition « a la nature d'une sanction pécuniaire » et que le principe de la personnalité des peines est applicable. Quant au troisième critère, la Cour relève la sévérité de la sanction encourue, puisqu'il s'agit d'une amende civile pouvant atteindre deux millions d'euros. Ces éléments confirment l'applicabilité de l'article 6 dans son volet pénal (voir, par exemple, *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovénie*, n° 47072/15, §§ 45-46, 23 octobre 2018), applicabilité que, du reste, le Gouvernement admet.

42. Au vu de ces considérations et à la lumière de sa jurisprudence consolidée en la matière, la Cour considère que l'article 6 de la Convention, dans son volet pénal, est applicable à l'amende civile à laquelle la société requérante a été condamnée sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce.

43. La Cour rappelle que les affaires *E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse* (§§ 51-53) et *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* (§§ 46-48) précitées concernaient la condamnation d'héritiers à des amendes de nature pénale pour des actes de fraude fiscale qui étaient imputés au défunt. Elle a souligné dans le cadre de celles-ci que la situation où des sanctions pénales ont été infligées aux survivants pour des actes apparemment commis par une personne décédée appelait un examen attentif de sa part. Elle a ensuite indiqué que la règle fondamentale du droit pénal selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux découlait aussi de la présomption d'innocence consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention. Soulignant de plus qu'hériter de la culpabilité d'un défunt n'était pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit, elle a conclu à la violation de cette disposition. La Cour a réaffirmé ce principe dans des affaires postérieures relatives à des décès et successions (voir, par exemple, *Succession de Nitschke c. Suède*, n° 6301/05, § 52, 27 septembre 2007, *Silickienė c. Lituanie*, n° 20496/02, § 51, 10 avril 2012, et *Lagardère c. France*, n° 18851/07, § 77, 12 avril 2012). Dans le même sens, elle a jugé que le principe de légalité en droit pénal, tel qu'il se trouve consacré par l'article 7 de la Convention, induit l'interdiction de punir une personne alors que l'infraction a été commise par une autre ; autrement dit, cette disposition commande d'interdire qu'en droit pénal l'on puisse répondre pour le fait d'autrui (*Varvara c. Italie*, n° 17475/09, §§ 63 et 66, 29 octobre 2013 ; voir aussi *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie* [GC], n°s 1828/06 et deux autres, §§ 271-274, 28 juin 2018). Cela vaut pour les personnes morales comme pour les personnes physiques (voir *G.I.E.M. S.R.L. et autres*, précité, *ibidem*).

44. La Cour constate que l'on retrouve ces règles dans le droit positif français (paragraphe 17 et 22 ci-dessus), qui comprend en particulier un principe de valeur constitutionnelle selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait, qui vaut pour les personnes morales comme pour les personnes physiques.

45. Elle constate ensuite que la Cour de cassation a pris ce principe en compte en l'espèce dans son arrêt du 21 janvier 2014. Ce faisant, elle a toutefois jugé, dans la ligne de sa jurisprudence (paragraphe 20 ci-dessus), qu'en cas de transmission d'une entreprise par une personne morale à une autre personne morale, il ne faisait pas obstacle au prononcé de l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce à l'encontre de la seconde personne morale à raison de pratiques restrictives de concurrence commises par l'entreprise alors qu'elle appartenait à la première. Elle a en effet retenu qu'en visant tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers qui se rend responsable de pratiques restrictives de concurrence, cette disposition s'applique à toute « entreprise », indépendamment du statut juridique de celle-ci (paragraphe 16 ci-dessus). Autrement dit, d'après la Cour de cassation, dès lors que la fusion-absorption de la société Carrefour hypermarchés France par la société requérante a permis la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise, il n'y a pas eu méconnaissance du principe de la personnalité des peines du fait de la condamnation de la seconde sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce à raison d'actes commis avant cette fusion-absorption dans le cadre de l'activité de la première.

46. La Cour relève par ailleurs que le Conseil constitutionnel a jugé qu'ainsi interprété, l'article L. 442-6 du code de commerce était conforme au principe de valeur constitutionnelle selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait, compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées. Pour parvenir à cette conclusion, il a retenu qu'appliqué en dehors du droit pénal *stricto sensu*, ce

principe pouvait faire l'objet d'adaptations « justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet ». Il a relevé à cet égard qu'en définissant « l'auteur » passible des sanctions pécuniaires prévues par ce texte comme étant « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers », le législateur se référait à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent. Il a ajouté que les amendes civiles prévues par l'article L. 442-6 avaient pour objectif, pour préserver l'ordre public économique, de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence commises dans l'exercice de ces activités économiques, et que l'absorption de la société auteur de ces pratiques par une autre société ne met pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante. Le Conseil constitutionnel a en outre constaté que seule une personne bénéficiaire de la transmission du patrimoine d'une société dissoute sans liquidation était susceptible d'encourir l'amende prévue par les dispositions contestées (paragraphe 22 ci-dessus).

47. La Cour estime que cette approche fondée sur la continuité économique de l'entreprise, qui vise à prendre en compte la spécificité de la situation générée par la fusion-absorption d'une société par une autre, ne contrevient pas au principe de la personnalité des peines tel qu'il se trouve garanti par la Convention (paragraphe 43 ci-dessus).

48. Elle observe en effet qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, il y a transmission universelle du patrimoine et les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde (paragraphe 18 ci-dessus), et l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui était l'essence même de son existence, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération. Du fait de cette continuité d'une société à l'autre, la société absorbée n'est pas véritablement « autrui » à l'égard de la société absorbante. Ainsi, condamner la seconde à raison d'actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion-absorption ne contrevient qu'en apparence au principe de la personnalité des peines, alors que ce principe est frontalement heurté lorsqu'il y a condamnation d'une personne physique à raison d'un acte commis par une autre personne physique.

49. Par ailleurs, comme l'a souligné en l'espèce l'avocat général devant la Cour de cassation (paragraphe 15 ci-dessus), une mise en œuvre sans nuance du principe de la personnalité des peines dans ce contexte pourrait rendre vaine la responsabilité économique des personnes morales, qui pourraient échapper à toute condamnation pécuniaire en matière économique par le biais d'opérations telles que la fusion-absorption. Le choix opéré en droit positif français est donc dicté par un impératif d'efficacité de la sanction pécuniaire, qui serait mis à mal par une application mécanique du principe de la personnalité des peines à des personnes morales.

50. Ainsi que le fait valoir le Gouvernement, l'approche du droit positif de l'Union européenne dans le domaine de la concurrence est similaire et traduit le même souci d'éviter, tout en assurant la protection des droits de la défense, que des entreprises échappent aux sanctions infligées par la Commission par le simple fait que leur identité a été modifiée à la suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels, et d'assurer la mise en œuvre efficace des règles de concurrence (paragraphe 24-25 ci-dessus).

51. En l'espèce, la Cour observe que la société Carrefour hypermarchés France a été absorbée par la société requérante après dissolution, avec transmission universelle de son patrimoine à cette dernière. La décision de procéder à cette fusion-absorption a de plus été prise par la

société requérante elle-même, qui était alors l'unique actionnaire de la société Carrefour hypermarchés France (paragraphe 7 ci-dessus). La Cour observe aussi que cette décision a été prise en janvier 2009, soit après le contrôle effectué par la DDCCRF et la saisine par cette dernière du tribunal de Bourges, et juste avant le jugement de ce tribunal, rendu le 10 février 2009 (paragraphe 5-8 ci-dessus).

52. S'il est vrai qu'à l'issue de cette opération la société Carrefour hypermarchés France a cessé d'exister sur le plan juridique, il n'en reste pas moins que l'activité de l'entreprise dont elle était la structure juridique s'est poursuivie au travers de la société requérante. Le Gouvernement précise à cet égard qu'à l'issue de la fusion-absorption, cette dernière s'est notamment trouvée subrogée dans tous les contrats en cours de la société Carrefour hypermarchés France et est devenue l'employeur de ses salariés. Or c'est précisément pour des actes restrictifs de concurrence commis dans le cadre de cette activité, continuée après la fusion-absorption par la société requérante, que la procédure litigieuse avait été initiée contre la société Carrefour hypermarchés France.

53. Partant, la Cour estime qu'en prononçant contre la société requérante l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce, sur le fondement du principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise, les juridictions internes n'ont pas porté atteinte au principe de la personnalité des peines.

54. La requête est en conséquence manifestement mal fondée et, en tant que telle, doit être déclarée irrecevable et rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

OBSERVATIONS

La personnalité des peines dans le cadre de la « succession » de sociétés : quid ?

Rappelons brièvement les faits à l'origine de la saisine de la Cour.

La société absorbée devait assumer une amende civile au motif qu'elle avait obtenu de ses fournisseurs des avantages manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu, ce qui est sanctionné par le code de commerce français, s'agissant d'une pratique restrictive de concurrence.

Par la suite, cette société a été dissoute sans liquidation avec la transmission universelle de son patrimoine à une autre société du groupe.

On note que la fusion-absorption est postérieure au constat de la violation du Code de commerce et à la saisine du tribunal compétent pour prononcer une sanction, mais antérieure au prononcé du jugement.

La société absorbante estimait ne pas devoir assumer l'amende civile devant être infligée à la société absorbée au motif de la nécessaire personnalité des peines en vertu de laquelle une société ne peut être condamnée pour des faits imputables à une autre société, et ce même si elle était venue aux droits de celle-ci.

Les juridictions françaises successives ayant eu à connaître de la cause n'ont pas reçu pareil argument, estimant :

- tout d'abord que l'amende civile litigieuse ne présentait un caractère pénal ni par sa nature ni par son objet, mais présentait seulement un caractère « punitif et indemnitaire »,
- puis que la disposition légale s'appliquait à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite, de sorte que le principe de la personnalité des peines ne constituait pas un obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise.

Non convaincue, la société absorbante a saisi la Cour eur. D.H. au motif de la violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention.

Deux sous-questions devaient être abordées par la Cour en cette espèce.

D'une part, la sanction litigieuse, qui ne relève pas du droit pénal dans l'ordre interne du droit français, s'identifie-t-elle à une *accusation en matière pénale* au sens de la Convention ? C'est une notion autonome qui ne s'apprécie pas uniquement au regard de la qualification juridique en ordre interne mais également au regard des critères de la nature de la sanction et de son degré de sévérité. S'agissant d'une amende potentiellement fort lourde et qui a la nature d'une sanction pécuniaire, la Cour considère que le principe de personnalité des peines doit s'y appliquer.

D'autre part, ce principe de la personnalité des peines est-il violé en l'espèce ?

Si la société absorbée a cessé d'exister juridiquement, il y a eu une transmission universelle de son patrimoine et ses activités se sont poursuivies au sein de la société absorbante, notamment subrogée dans tous les contrats en cours et nouvelle employeuse de ses salariés. Et c'est pour des actes restrictifs de concurrence commis dans le cadre de cette activité, continuée par la société absorbante, que la procédure litigieuse a été initiée. La Cour considère dès lors que la juridiction française qui a prononcé l'amende civile en se fondant sur *le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise* n'a nullement porté atteinte au principe de la personnalité des peines. C'est la poursuite de l'activité de l'entreprise, qu'importe sous quelle structure juridique, qui semble être l'élément déterminant. Sauf dans l'apparence juridique, la continuité fait que la société absorbante et la société absorbée ne sont pas réellement deux personnes distinctes.

En juger autrement permettrait à des personnes morales d'échapper à toute responsabilité pécuniaire en recourant à des fusions/absorptions.

115. **Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales : la personne morale est punissable, tantôt seule, tantôt avec la personne physique – La cause d'excuse absolutoire**
 720. **Le droit pénal des activités réglementées**

N° 1466. – Cass. (1^{re} ch.), 13 décembre 2018¹

Présentation : Cet arrêt permet d'illustrer, d'une part, des infractions dans le secteur financier (communication *volontaire* d'informations trompeuses), avec un régime spécifique (autorité de régulation – CBFA devenue FSMA –, recours auprès de la Cour d'appel de Bruxelles – *Cour des marchés*² –, ...) et d'autre part, le rejet de l'idée d'une discrimination inconstitutionnelle par rapport aux personnes morales susceptibles, en vertu de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, de bénéficier d'une cause d'excuse absolutoire si elles ont commis la faute la moins grave, ce régime étant applicable uniquement en matière d'infraction *involontaire*, *quod non in casu*.

Sommaire partiel :

Le manque d'impartialité objective d'une autorité administrative chargée de poursuivre et de réprimer certaines infractions et la non-conformité de la procédure devant elle avec les principes du procès équitable n'entraînent pas, en principe, la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales lorsque la décision de cette autorité peut être soumise au contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction ayant le pouvoir de réformer la décision entreprise. La cour d'appel de Bruxelles, lorsqu'elle est saisie d'un recours contre les décisions de l'autorité des services et marchés financiers infligeant une amende administrative, statue avec un pouvoir de pleine juridiction.

Le principe général du droit non bis in idem, et l'article 4, § 1^{er}, du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prohibent la prononciation de deux sanctions de même nature à charge d'une même personne du chef de faits identiques ou de faits qui sont substantiellement les mêmes. La notion de faits identiques ou substantiellement les mêmes vise un ensemble de circonstances concrètes concernant un même suspect, lesquelles sont indissociablement liées entre elles dans le temps et dans l'espace.

La circonstance que l'absence de communication par un émetteur d'instruments financiers d'une information privilégiée le concernant constitue une infraction à l'article 10 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du

1466.- 1. Cette décision a été publiée dans *J.T.*, 2019, p. 748.

2. La « Cour des marchés » a été créée par la loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 décembre 2016 ; voir les articles 605bis à quater et 633bis du Code judiciaire. La « Cour des marchés » est une section de la Cour d'appel de Bruxelles qui réunit les chambres qui traitent les affaires des marchés, dont la compétence est déterminée par la loi (notamment la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, la loi du 12 mai 2004 organisant une procédure de recours dans le cadre de la protection contre le faux monnayage et du maintien de la qualité de la circulation fiduciaire, la loi du 1^{er} avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition, le Code de droit économique, ...). Elle est opérationnelle depuis le 9 janvier 2017.

secteur financier et aux services financiers, dans sa version applicable aux faits n'exclut pas que le juge puisse déduire le caractère faux ou trompeur d'une information du silence gardé par cet émetteur sur des éléments de nature à éclairer cette information.

L'article 5, alinéa 2, du Code pénal instaure une cause d'excuse absolutoire au profit de la personne qui a commis la faute la moins grave, pour autant qu'il s'agisse soit d'une infraction commise par imprudence ou négligence, soit d'une infraction réglementaire. Si l'infraction est volontaire, la cause d'excuse absolutoire ne peut, mais ne doit pas, bénéficier qu'à la personne physique, la personne morale devant être déclarée coupable.

Parties : G.M./Autorité des services et des marchés financiers, J.P.V., et Ageas

Sur le premier moyen.

(...)

Quant aux première et deuxième branches :

Il suit de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme, que le manque d'impartialité objective d'une autorité administrative chargée de poursuivre et de réprimer certaines infractions et la non-conformité de la procédure devant elle avec les principes du procès équitable n'entraînent pas, en principe, la violation de l'article 6 précité lorsque la décision de cette autorité peut être soumise au contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction ayant le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur et ayant notamment la compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi.

En vertu de l'article 121, 4^o, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, dans sa version applicable aux faits, un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles est ouvert contre les décisions de l'Autorité des services et marchés financiers infligeant une amende administrative en application de l'article 36, § 2, de cette loi.

Il suit de cette disposition que, lorsqu'elle est saisie d'un recours contre une telle décision, la cour d'appel de Bruxelles statue avec un pouvoir de pleine juridiction sur les infractions supposées et, le cas échéant, sur les sanctions imposées.

La circonstance que l'arrêt considère que, compte tenu de ce que « les déclarations de la Commission bancaire, financière et des assurances devant la commission parlementaire, faisant état d'un suivi rapproché de [la demanderesse], d'une information régulière et d'une bonne connaissance par ladite commission bancaire, financière et des assurances des évolutions de solvabilité du groupe, étaient invoquées par [la demanderesse et les parties appelées en déclaration d'arrêt commun] devant la commission des sanctions alors que [...] la compétence de cette commission ne semblait pas pouvoir être étendue au contrôle des actes de l'Autorité des services et marchés financiers elle-même et alors que, ni la commission des sanctions, ni l'auditeur n'étaient autorisés ou en mesure de rechercher l'influence que le comité de direction, son président et d'autres membres de cette autorité avaient pu exercer dans le déroulement des faits », la demanderesse et les parties appelées en déclaration d'arrêt commun « avaient des

raisons objectives et légitimes de douter de l'impartialité de la Commission bancaire, financière et des assurances et de l'Autorité des services et marchés financiers », n'implique pas la reconnaissance d'un défaut d'impartialité dans le chef de tous les membres de cette dernière autorité.

Par les motifs vainement critiqués par, ainsi qu'il sera dit ci-après, la troisième et par la quatrième branche du moyen, l'arrêt considère que les griefs de la demanderesse et des parties appelées en déclaration d'arrêt commun contre l'instruction menée par l'auditeur de la défenderesse ne sont pas fondés et que le droit de défense de la demanderesse et des parties appelées en déclaration d'arrêt commun n'a pas été définitivement obéré.

Dès lors, il ne s'ensuit pas que tous les actes accomplis, et particulièrement ceux qui sont relatifs à la décision d'ouvrir une instruction et d'en charger le secrétaire général de la Commission bancaire, financière et des assurances et les actes d'instruction accomplis par ce dernier en sa qualité d'auditeur, seraient nuls et que, partant, l'ensemble de la procédure aurait été viciée.

L'arrêt relève encore que la demanderesse et les parties appelées en déclaration d'arrêt commun « ne mettent pas en doute l'impartialité » de la cour d'appel et, s'agissant du contrôle de pleine juridiction de la cour d'appel de Bruxelles, il considère qu'« elle peut examiner tous les éléments versés aux débats, donner aux écrits produits de part et d'autre (procès-verbaux, courriels, correspondance, communiqués de presse, etc.) sa propre interprétation, laquelle peut être différente de celles de l'auditeur et de la commission des sanctions, analyser le contexte factuel de la cause, répondre aux moyens des parties autrement que la commission des sanctions en substituant ses propres motifs à ceux de la commission des sanctions, annuler la décision et y substituer la sienne et encore apprécier les sanctions au regard du principe de proportionnalité » et qu'« elle pourrait également ordonner la production de pièces ou l'audition de témoins ».

Il considère ainsi que la cour d'appel de Bruxelles a le pouvoir d'examiner, en toute impartialité, tous les moyens que la demanderesse et les parties appelées en déclaration d'arrêt commun feraient valoir, y compris ceux qui seraient déduits de l'influence que le comité de direction, son président et d'autres membres de la défenderesse auraient pu exercer dans le déroulement des faits, et, à cet égard, d'ordonner toute mesure d'instruction appropriée.

Dès lors, l'arrêt décide légalement qu'il peut être remédié au défaut d'impartialité objective qu'il constate et que, partant, les poursuites sont recevables.

Le moyen, en ces branches, ne peut être accueilli.

(...)

Sur le troisième moyen.

Quant aux première et deuxième branches :

L'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.

L'article 4, § 1^{er}, du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif.

Aux termes de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.

L'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen dispose qu'une personne qui a été définitivement jugée par une partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante de condamnation.

Le principe général du droit *non bis in idem*, qui a la même portée, et l'article 4, § 1^{er}, du Protocole additionnel n° 7 à la Convention, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, prohibent la prononciation de deux sanctions de même nature à charge d'une même personne du chef de faits identiques ou de faits qui sont substantiellement les mêmes.

La notion de faits identiques ou substantiellement les mêmes vise un ensemble de circonstances concrètes concernant un même suspect, lesquelles sont indissociablement liées entre elles dans le temps et dans l'espace.

Le juge apprécie souverainement si les faits qui font l'objet d'une seconde poursuite sont identiques ou substantiellement les mêmes. La Cour vérifie toutefois si le juge ne tire pas des faits constatés des conséquences qui n'y sont pas liées ou qu'ils ne peuvent justifier.

L'arrêt constate que « la décision du 5 février 2010 [de l'autorité de régulation néerlandaise (AFM)] retient une infraction à l'article 5 : 58, alinéa 1^{er}, d), de la Wft en raison de la diffusion d'informations trompeuses par [la demanderesse], par la voix de [la première partie appelée en déclaration d'arrêt commun], lors du Financiële Ontbijt du 5 juin 2008 », que « cette condamnation se fonde sur les propos de [la première partie appelée en déclaration d'arrêt commun], qui a déclaré que la solvabilité de [la demanderesse] était 'op plan' et forte alors qu'en interne, les facteurs ayant un impact négatif sur l'évolution de la solvabilité de [la demanderesse] — notamment les 'EC Remedies' — étaient déjà connus avant l'intervention de [la première partie appelée en déclaration d'arrêt commun], à savoir début mai 2008, et qu'un 'solvabiliteitsnoodplan' était même en préparation ; a répété ce qui avait déjà été communiqué auparavant par [la demanderesse] au sujet des mesures destinées à atteindre les objectifs de solvabilité fin 2009, à savoir notamment le développement d'instruments financiers non dilutifs et la vente d'actifs non stratégiques, alors qu'en interne, il est déjà discuté depuis le 27 mai 2008 de l'émission de nouvelles actions au deuxième trimestre 2008 et que la possibilité de ne payer aucun dividende était également examinée ; a déclaré que les instruments de capital non dilutifs NITSH I et II, développés en février et mai 2008 pour renforcer la solvabilité de [la demanderesse], se déroulaient bien alors qu'il résulte de pièces internes que le résultat obtenu pour les NITSH II (de 625 millions) décevait, puisque l'on en attendait un milliard » et que « l'AFM a jugé que la communication de [la première partie appelée en déclaration d'arrêt commun] le 5 juin 2008 était en contradiction flagrante avec les informations qui circulaient en interne ».

S'agissant de la communication effectuée lors de la conférence organisée par Goldman Sachs le 12 juin 2008, outre la constatation que ce fait n'est pas mentionné dans la décision de l'autorité de régulation néerlandaise, l'arrêt relève qu'il est reproché à la demanderesse de s'être référée à la même situation comptable que celle qui avait été présentée les 13 mai 2008 et 22 mai 2008, sans faire état ni de ce que, peu avant cette communication du 12 juin 2008, la situation de la demanderesse s'était dégradée et que les prévisions de solvabilité de la demanderesse s'étaient encore aggravées ni des mesures nouvelles envisagées lors des réunions tenues au cours de la période entre le 5 juin et le 11 juin.

Sur la base de ces énonciations, les juges d'appel ont pu légalement décider que, même si elle s'inscrit dans « une stratégie de communication répétitive de prévisions rassurantes », le caractère similaire de la communication du 12 juin 2008 ne suffit pas pour considérer qu'il s'agit de la même conduite ou de faits indissociablement liés dans le temps et dans l'espace aux communications pour lesquelles la demanderesse a été condamnée par l'autorité de régulation néerlandaise.

Le moyen, en ces branches, ne peut être accueilli.

(...)

Quant à la cinquième branche :

L'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, dans sa version applicable aux faits, dispose que les émetteurs d'instruments financiers admis, à leur demande ou avec leur accord, à la négociation sur un marché réglementé belge rendent publique immédiatement toute information privilégiée qui les concerne directement, en ce compris tout changement significatif concernant des informations qui ont déjà été rendues publiques et que cette information comprend des données financières si l'émetteur en dispose.

L'article 25, § 1^{er}, 4^o, de cette loi, dans sa version applicable aux faits, interdit à toute personne de diffuser des informations ou des rumeurs, par l'intermédiaire des médias, via l'Internet ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur des instruments financiers, alors qu'elle savait ou aurait dû savoir que les informations étaient fausses ou trompeuses.

La circonstance que l'absence de communication par un émetteur d'instruments financiers d'une information privilégiée le concernant constitue une infraction à l'article 10 précité n'exclut pas que le juge puisse déduire le caractère faux ou trompeur d'une information du silence gardé par cet émetteur sur des éléments de nature à éclairer cette information.

Dans cette mesure, le moyen, qui, en cette branche, repose sur le soutènement contraire, manque en droit.

Par ailleurs, l'arrêt relève que « la décision [entreprise] critique les communications litigieuses, non pas pour ce qu'elles expriment mais pour ce qu'elles ne disent pas », que la défenderesse « se prévaut d'un avis du CESR », que, « selon elle, cet avis permettrait de considérer que l'absence de communication sur une information privilégiée ou autre, devrait être sanctionnée sur pied de l'article 25 susdit » et que « cette analyse permettrait donc également d'incriminer, sur la base de cette disposition, le silence conservé sur des faits, tant par [la demanderesse]

que par ses porte-parole, dès lors qu'en raison de ce silence, la communication donnée serait trompeuse ».

Il considère que, « cependant, le législateur belge a distingué l'abus de marché — résultant de la diffusion d'information fausse ou trompeuse — de la non-diffusion d'une information privilégiée qui repose, pour sa part, uniquement sur l'émetteur de l'instrument financier en cause et est réprimée par l'article 10 de la loi », que, « dès lors, à l'égard [des parties appelées en déclaration d'arrêt commun], cette approche ne peut être suivie car, en ce qu'elle concernerait des informations privilégiées, elle reviendrait à faire peser sur eux, *contra legem*, une obligation qui incombait uniquement à [la demanderesse] » et que, « pour les informations qui n'auraient pas eu le caractère d'information privilégiée, il en va *a fortiori* de même, leur non-diffusion n'étant incriminée ni par l'article 10, ni par l'article 25 de la loi ».

Il ne suit pas de ces énonciations que l'arrêt considère qu'à l'égard de la demanderesse, le caractère trompeur d'une information ne pourrait être déduit de la circonstance que, lors de la communication de cette information, elle a gardé le silence sur certains faits relatifs à cette information.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, manque en fait.

(...)

Sur le cinquième moyen

(...)

Quant à la deuxième branche :

L'article 5 du Code pénal, dans sa rédaction applicable aux faits, dispose, en son alinéa 1^{er}, que toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte et, en son alinéa 2, que, lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée et que, si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable.

L'article 5, alinéa 2, régit les cas où la responsabilité d'une personne physique et celle d'une personne morale peuvent être engagées en raison d'une même infraction.

Cette disposition instaure une cause d'excuse absolutoire au profit de la personne qui a commis la faute la moins grave, pour autant, toutefois, qu'il s'agisse, soit d'une infraction commise par imprudence ou négligence, soit d'une infraction réglementaire.

Si l'infraction est volontaire, la personne physique peut mais ne doit pas être condamnée en même temps que la personne morale, de sorte que la cause d'excuse absolutoire ne peut bénéficier qu'à la personne physique, la personne morale devant en ce cas être déclarée coupable.

Il suit de la réponse à la première branche du moyen que l'arrêt considère que monsieur V. a sciemment et volontairement communiqué des informations trompeuses.

Il considère encore que « grâce à ses fonctions d'administrateur délégué, à sa présence dans tous les comités *ad hoc* concernés, à ses communications directes et privilégiées avec [la seconde partie appelée en déclaration d'arrêt commun], [la première partie appelée en déclaration d'arrêt commun] savait ou devait nécessairement savoir qu'il diffusait des informations sur la solvabilité 'look through' susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'action Fortis » et qu'il « adhérait pleinement à cette politique de communication ». Il énonce que, « comme [ce dernier], [la seconde partie appelée en déclaration d'arrêt commun] adhérait entièrement aux propos diffusés » et que c'est « en assumant ses propos qu'[il] accepta d'intervenir lors de l'*investor day* du 22 mai 2008 et d'y répandre les informations litigieuses ».

Dès lors que l'arrêt considère que chacune des personnes physiques a communiqué les informations trompeuses sciemment et volontairement, le moyen, qui, en cette branche, fait grief à l'arrêt d'opérer une discrimination injustifiée par rapport aux personnes morales susceptibles, en droit pénal, de bénéficier de la cause d'excuse absolutoire au profit de la personne ayant commis la faute la moins grave, est sans incidence sur la légalité de la décision, partant, est irrecevable.

Et le moyen étant irrecevable pour des motifs propres à la procédure devant la Cour, il n'y a pas lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle proposée par la demanderesse.

120. Les sanctions pénales applicables aux personnes morales déclarées coupables – La dissolution

N° 1467. – Anvers, 30 mai 2018¹

Présentation : La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales a défini, à l'article 7bis du Code pénal, les peines applicables aux infractions commises par des personnes morales, à l'exception des personnes morales de droit public y définies² : amende, confiscation spéciale, dissolution, interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, à l'exception des activités qui relèvent d'une mission de service public, fermeture d'un ou plusieurs établissements, à l'exception d'établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public, et publication ou diffusion de la décision.

Parmi celles-ci, la dissolution est certes la plus grave puisqu'elle porte sur l'existence même de la personne morale, équivalant à la peine de mort.

L'article 35 du Code pénal ajoute que la dissolution peut être décidée par le juge lorsque la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables pour lesquelles elle est condamnée ou lorsque son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer de telles activités.

En voici une illustration.

Sommaire : L'article 35 du Code pénal dispose que la dissolution peut être décidée par le juge lorsque la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables pour lesquelles elle est condamnée ou lorsque son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer de telles activités. Tel est manifestement le cas lorsque le produit des activités punissables d'une a.s.b.l. n'a pas été utilisé pour la réalisation du but humanitaire pour lequel l'a.s.b.l. a été créée mais qu'il a été détourné de ce but au profit du président de son conseil d'administration et de sa famille. Il y a dès lors lieu d'en prononcer la dissolution et de renvoyer la cause devant le tribunal compétent pour connaître de sa liquidation.

Parties : Ministère public/ASBL H.F.A. et M.

Cette décision est publiée dans la suite du présent ouvrage, au n° 1476, dans la contribution de Michel Lemal sous le verbo « 1110. Article 35 du Code pénal – Dissolution de la personne morale à titre de sanction » avec une note intitulée « La dissolution d'une personne morale à titre de sanction pénale ».

- 1467.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *M.E.R.*, 2018, p. 200 avec une note de V. VASTMANS intitulée « *La collecte illégale de déchets entraîne la dissolution d'une association à but non lucratif* » ; le jugement querellé, prononcé par le Tribunal correctionnel du Limbourg, division Tongres, le 3 octobre 2017 est également publié dans cette revue à la page 194.
2. En ce qui concerne l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale, seule la simple déclaration de culpabilité peut être prononcée, à l'exclusion de toute autre peine, selon le dernier alinéa de l'article 7bis.

130. Les dispositions de procédure pénale propres à la répression des infractions commises par les personnes morales : le mandataire *ad hoc*

N° 1468. – Cour constitutionnelle, 17 novembre 2016¹

Présentation : Nous avons publié cet arrêt dans la livraison 2017 du *J.D.S.C.* avec une note et nous y revenons pour informer nos lecteurs d'une actualité normative. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales, la question de la prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* désigné en application de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle a très régulièrement été discutée.

Relativement aux personnes morales indigentes, qui ne peuvent actuellement bénéficier de l'aide juridique de deuxième ligne², le mandataire *ad hoc* peut-il réclamer ses honoraires à l'Etat, comme le ferait un curateur de faillite ou un médiateur de dettes ?

Pendant longtemps, aucun mécanisme légal de tiers payant n'offrait de solution.

L'arrêté royal du 15 décembre 2019 fixant l'organisation des bureaux des frais de justice de l'arrondissement, ainsi que la procédure d'attribution, de vérification, de paiement et de recouvrement des frais de justice en matière pénale et des frais assimilés, paru au *Moniteur belge* du 27 décembre 2019, est enfin venu combler cette lacune.

Tout n'est cependant pas encore réglé relativement à la prise en charge des frais de défense pénale de la personne morale indigente.

Sommaire : L'absence de prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc*, en cas d'insolvabilité de la personne morale qu'il représente, n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le droit de se défendre en justice contre une accusation en matière pénale garanti par l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette discrimination ne trouve toutefois pas sa source dans l'article 2bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale, mais bien dans l'absence d'un mécanisme permettant la prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* désigné, en application de cette disposition, lorsque la personne morale qu'il représente est insolvable. Il appartient au législateur de prévoir un tel mécanisme.

1468.-1. C.C., n° 143/2016, *J.D.S.C.*, 2017, n° 1346, p. 308 avec notre note intitulée « *Le droit des personnes morales indigentes à l'aide juridique de deuxième ligne dans le cadre de leur défense pénale : un (grand) pas en avant !* », et *J.L.M.B.*, 2017, p. 179.

Voir également C.C., n° 85/2015, 11 juin 2015, *J.D.S.C.*, 2015, n° 1249, p. 298 et notre note intitulée « *La prise en charge des frais et honoraires du mandataire ad hoc : qui passe à la caisse ?* » aux pages 309 à 311 ; cet arrêt avait été prononcé sur question préjudicielle de la 6^e chambre de la Cour d'appel de Liège posée par un arrêt du 20 février 2014 publié dans *J.D.S.C.*, 2014, n° 183, p. 294.

2. Définie, à l'article 508/1, 2° du Code judiciaire, comme « l'aide juridique accordée à une personne physique sous la forme d'un avis juridique circonstancié ou l'assistance juridique dans le cadre ou non d'une procédure ou l'assistance dans le cadre d'un procès y compris la représentation au sens de l'article 728 » (voir les termes : personne « physique »).

Les articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire, en ce qu'ils excluent de l'aide juridique de deuxième ligne la personne morale poursuivie pénalement dont les ressources sont insuffisantes, ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

Parties : Ministère Public *et alii*/M.S. *et alii*.

Nous renvoyons le lecteur à la publication de cet arrêt dans la livraison 2017 du *J.D.S.C.*, aux pages 308 et suivantes.

OBSERVATIONS

La charge des frais et honoraires du mandataire ad hoc d'une personne morale indigente

Suite aux deux derniers arrêts de la Cour constitutionnelle prononcés en cette matière³, le Ministre de la Justice était invité à mettre en place un système en vue de rémunérer les mandataires *ad hoc* désignés pour défendre des personnes morales indigentes.

L'idée était d'envisager une indemnisation par le biais des *frais de justice* et non par le biais de l'*aide juridique*, dont l'enveloppe est déjà tellement insuffisante.

L'arrêté royal du 15 décembre 2019 fixant l'organisation des bureaux des frais de justice de l'arrondissement, ainsi que la procédure d'attribution, de vérification, de paiement et de recouvrement des frais de justice en matière pénale et des frais assimilés⁴ vient solutionner la difficulté.

Il vise la procédure à suivre, à partir de la mission jusqu'au paiement de l'indemnité au prestataire de services, mais ne concerne pas les *tarifs*, qui doivent être définis dans des arrêtés tarifaires *distincts* pour certains groupes professionnels^{5 6 7}.

3. Voir *supra*.

4. *M.B.*, 27 décembre 2019 (2^e édition), p. 118.431, ; cet arrêté a été adopté en application de la loi du 23 mars 2019 concernant les frais de justice en matière pénale et les frais assimilés et insérant un article 648 dans le Code d'instruction criminelle ; cette loi crée un cadre légal en matière de frais de justice dans les affaires pénales, matière autrefois réglementée par l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive, dit « *Règlement général des frais de justice en matière répressive* », qui avait fait apparaître de nombreuses questions non traitées, malgré ses diverses modifications successives.

5. Voir notamment la Circulaire 131/7 relative à l'indexation des montants pouvant être imputés par les personnes requises par les autorités judiciaires afin de prêter un service générant des frais de justice en matière pénale, *M.B.*, 31 janvier 2020, p. 5631.

6. Pour les curateurs de faillite, l'arrêté royal du 26 avril 2018 établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et des frais des praticiens de l'insolvabilité prévoit, à l'article 9, que lorsque l'actif de la faillite ne suffit pas pour couvrir sa rémunération, le curateur perçoit une rémunération forfaitaire de 1000 € hors T.V.A. à charge de l'Etat, ajoutant que toute somme perçue par le curateur à titre d'honoraires est déduite de cette indemnisation forfaitaire. Au jour de la rédaction du présent commentaire, nous ne connaissons pas encore le tarif applicable aux mandataires *ad hoc* de personnes morales indigentes.

7. Quant aux honoraires des mandataires *ad hoc*, l'OBFG souhaite mettre en place, après concertation avec l'OVb, un barème commun en vue d'éclairer le ministre et même d'envisager une formalisation par arrêté ministériel. Dans ce contexte, l'OBFG est parti « à la cueillette » des informations auprès des divers barreaux pour connaître les pratiques locales (les barreaux du Hainaut ont ainsi négocié un accord avec les tribunaux d'instance en ce qui concerne les frais et honoraires des

Il comporte un chapitre 12 intitulé « Assimilation de frais divers aux frais de justice », dont l'unique article est formulé comme suit, le 4° nous intéressant ici :

« **Art. 42.** Les frais suivants sont assimilés aux frais de justice :

- 1° les honoraires du curateur d'une faillite, qui n'a pas pu garder ou trouver suffisamment d'actif dans la masse de la faillite afin de satisfaire à l'indemnisation de son travail ;
- 2° les honoraires du liquidateur d'une société ou d'une association, qui n'a pas pu garder ou trouver suffisamment d'actif dans le patrimoine de cette personne morale afin de satisfaire à l'indemnisation de ses prestations ;
- 3° les honoraires de l'administrateur d'un mineur ou d'un malade mental à protéger, qui n'a pas pu garder ou trouver suffisamment d'actif dans le patrimoine de cette personne protégée afin de satisfaire à l'indemnisation de ses prestations ;
- 4° les honoraires de mandataire *ad hoc*, qui n'a pas pu garder ou trouver suffisamment d'actif afin de l'indemniser pour ses prestations ;
- 5° l'indemnisation des témoins et des experts venant témoigner en matière pénale ;
- 6° l'indemnisation des jurés et des membres suppléants du jury ».

Cet article énumère des « frais qui, en principe, ne font pas partie des frais de justice en matière pénale, mais qui, en raison de la nature de la procédure pour laquelle ils sont engagés, sont considérés comme répondant à un objectif comparable, et sont assimilés à des frais de justice en matière pénale. L'attention est attirée sur le fait que, même s'il ne peut y avoir des assimilations qui ne sont pas faites par le législateur, cette liste n'est pas exhaustive. Sont maintenus les frais qui peuvent être générés lorsque des personnes, dans beaucoup de cas des avocats, sont désignées par le juge comme mandataire temporaire ou gérant des intérêts ou des patrimoines de personnes physiques ou morales. Il s'agit d'un côté des mineurs et malades mentaux en tant que personnes à protéger, et d'autre part de personnes morales en état de faillite ou de dissolution volontaire, ou encore dont un ou plusieurs administrateurs ordinaires se trouve(nt) dans un état de conflit d'intérêts avec la personne morale à protéger. »⁸.

Notons que cet arrêté royal du 15 décembre 2019 ne rencontre pas intégralement les constats d'inconstitutionnalité du régime actuel stigmatisés par l'arrêt du 17 novembre 2016 de la Cour constitutionnelle, loin s'en faut.

Deux volets étaient en effet mis en lumière : outre l'absence de prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* en cas d'insolvabilité de la personne morale qu'il représente, l'exclusion des personnes morales *poursuivies pénalement* de l'aide juridique de deuxième ligne a également été considérée par la Cour comme incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme⁹.

mandataires de justice, dont les mandataires *ad hoc*). Peut-on espérer un barème relatif à la fixation des honoraires et des frais des mandataires *ad hoc* établi courant 2021 ? L'avenir nous le dira...

8. Rapport au Roi précédant l'A.R. du 15 décembre 2019, *M.B.*, 27 décembre 2019 (2^e édition), p. 118.425.

9. Il convient de ne pas confondre le mandataire *ad hoc* désigné pour représenter une personne morale poursuivie pénalement, et l'avocat qui défend cette personne morale dans le cadre de pareille procédure pénale : d'une part, certains mandataires *ad hoc* recourent aux services d'un avocat pour défendre la personne morale ; d'autre part, une personne morale indigente peut être poursuivie pénalement *toute seule* (à savoir sans que soit poursuivie pour les mêmes faits ou des faits connexes la personne physique habilitée à la représenter), de sorte qu'il n'y a pas lieu de désigner un mandataire *ad hoc* en application de l'article 2bis du Titre préliminaire du Cidr. Dans ces deux hypothèses, la personne morale indigente doit disposer des mêmes droits à se défendre en matière pénale, et donc doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat même si elle n'a pas les moyens de l'honorer.

Pour répondre aux attentes de la Cour, il conviendrait que le législateur modifie l'article 508/1, 2° du Code judiciaire¹⁰ et surtout... qu'il prévoit une enveloppe nettement plus substantielle pour l'aide juridique. On se doute que ce ne sera pas évident.

10. Voir le texte de la formulation actuelle de cette disposition ci-avant.

130. Les dispositions de procédure pénale propres à la répression des infractions commises par les personnes morales : le mandataire *ad hoc*

N° 1469. – Cass. (2^e ch.), 13 février 2018¹

Présentation : En vue d'assurer une défense effective de la personne morale, lorsque la personne physique qualifiée pour la représenter en justice est poursuivie pour les mêmes faits infractionnels de sorte que nait entre elles un potentiel conflit d'intérêts, le législateur a prévu la désignation d'un mandataire *ad hoc*.
Un recours en cassation formé contre la personne morale doit être signifié à la partie contre laquelle il est dirigé, à savoir son mandataire *ad hoc* lorsqu'il a été désigné, et ce sous peine d'être irrecevable².
Comme l'erreur est encore commise, nous pensons utile de rappeler au lecteur cet enseignement de la Cour de cassation³.

Sommaire partiel : Il ressort du texte et de la finalité de l'article 2*bis* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui vise à garantir l'indépendance de la personne morale, que seul le mandataire *ad hoc* est habilité à représenter la personne morale dans l'action publique exercée contre elle ; pour être régulier, le pourvoi dirigé contre une personne morale pour laquelle un mandataire *ad hoc* a été désigné doit donc être signifié à ce mandataire *ad hoc*.
La circonstance que les juges d'appel, à l'instar du premier juge, auraient interprété erronément les notions définissant le champ d'application d'une disposition pénale, sans qu'une partie civile qui s'est pourvue en cassation contre un arrêt de non-lieu ait soulevé ce point devant les juges d'appel, n'empêche pas cette partie civile d'invoquer cette illégalité devant la Cour.

Parties : Le Procureur fédéral et l'Etat turc représenté par le ministre des Affaires étrangères de la République de Turquie/S. U., R. SA, S.P. SA et alii (42 défendeurs en cassation)

I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

Les pourvois sont dirigés contre un arrêt rendu le 14 septembre 2017 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre des mises en accusation.

II. LA DÉCISION DE LA COUR

Sur la recevabilité des pourvois I et II

1469.-1. Le sommaire de cette décision a été publié dans *Ius & actores*, 2019/1-2, p. 177 et l'arrêt est disponible sur le site de la Cour à l'adresse www.cass.be ; il porte le numéro de rôle P.17.1023.N.

2. Voir également Cass. (2^e ch.), 15 juin 2016, *J.D.S.C.*, 2018, n° 1386, p. 189.

3. Cass. 13 septembre 2016, R.G. P.15.0999.N, *Pas.* 2016, n° 482 ; Cass. 6 septembre 2016, R.G. P.16.0052.N, *Pas.*, 2016, n° 460.

Sur la fin de non-recevoir opposée au pourvoi :

4. La défenderesse 32 allègue que les pourvois des demandeurs I et II sont irrecevables au motif qu'ils n'ont pas été signifiés au mandataire ad hoc désigné pour elle.

5. Il ressort du texte et de la finalité de l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui vise à garantir l'indépendance de la personne morale, que seul le mandataire ad hoc est habilité à représenter la personne morale dans l'acon publique exercée contre elle. Pour être régulier, le pourvoi dirigé contre une personne morale pour laquelle un mandataire ad hoc a été désigné doit donc être signifié à ce mandataire ad hoc.

6. Il appert des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que, sur requête du demandeur I, Me Gert Warson, avocat au barreau de Bruxelles, a été désigné, par décision du juge d'instruction du 6 novembre 2015, mandataire ad hoc pour la défenderesse 32 en vue de la représenter dans cette procédure pénale. Il ne ressort pas de ces pièces que le mandataire ad hoc a été déchargé de sa mission. Il n'est pas établi que les actes de pourvoi des demandeurs I et II ont été signifiés, en ce qui concerne la défenderesse 32, à ce mandataire ad hoc.

7. La fin de non-recevoir des pourvois des demandeurs I et II est accueillie en ce qui concerne la défenderesse 32.

8. Dans la mesure où ils se rapportent à la défenderesse 32, il n'y a pas lieu de répondre aux moyens des demandeurs I et II.

(...)

Sur les moyens du demandeur II

(...)

Quant à la première branche :

(...)

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen :

37. La défenderesse 30 allègue que le demandeur II ne peut invoquer cette illégalité parce qu'elle ne touche pas à l'ordre public et qu'elle critique une décision de l'arrêt qui est conforme à la décision du premier juge contre laquelle aucune critique n'a été élevée.

38. La circonstance que les juges d'appel, à l'instar du premier juge, auraient interprété erronément les notions définissant le champ d'application d'une disposition pénale, sans qu'une partie civile qui s'est pourvue en cassation contre un arrêt de non-lieu ait soulevé ce point devant les juges d'appel, n'empêche pas cette partie civile d'invoquer cette illégalité devant la Cour. La fin de non-recevoir est rejetée.

Sur le fondement du moyen, en cette branche :

(...)

OBSERVATIONS

L'intérêt du mandataire ad hoc depuis la reformulation de l'article 5 du Code pénal

L'article 2bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale, inséré par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, impose la désignation, d'office ou sur requête, par le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale, d'un mandataire *ad hoc* lorsque les poursuites à l'encontre d'une personne morale et de la personne habilitée à la représenter sont engagées pour les mêmes faits ou pour des faits connexes⁴.

L'objectif de cette intervention d'un tiers est d'assurer une défense effective et adéquate de la personne morale poursuivie, lorsque ses représentants sont eux-mêmes cités en leur nom propre⁵, et d'éviter « les difficultés résultant du conflit d'intérêts pouvant surgir lorsque cette personne morale et ses représentants sont l'une et les autres poursuivis »⁶.

La reformulation de l'article 5 du Code pénal par la loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales⁷, entrée en vigueur le 30 juillet 2018, a-t-elle eu un impact sur cette intervention du mandataire *ad hoc* ?

Malgré son intitulé, cette loi n'a nullement modifié le titre préliminaire du Code de procédure pénale, s'attachant uniquement aux articles du Code pénal⁸ ; l'article 2bis relatif à la désignation d'un mandataire *ad hoc* n'a dès lors pas changé, mais on pourrait imaginer que les hypothèses de conflit d'intérêts se présentent distinctement, et peut-être de manière moins virulente, désormais.

Outre les modifications relatives au champ d'application *ratione personae* de la responsabilité pénale des personnes morales, la réforme supprime en effet le régime de cumul/décumul des responsabilités qui donnait tant de cheveux blancs aux praticiens depuis 1999.

Alors qu'en 1999, l'objectif du législateur était de limiter les situations de « double responsabilité pénale » et de privilégier une responsabilité pénale *alternative* (soit la personne physique, soit la personne morale est condamnée), on constate qu'en 2018, il a changé son fusil d'épaule.

4. Pas de désignation d'un mandataire *ad hoc*, dès lors, lorsque seule la personne morale est poursuivie ou lorsque la personne morale est poursuivie aux côtés d'une personne physique qui n'est pas la personne habilitée à la représenter.
5. *Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 2093/5, p. 42.
6. *Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 74.
7. Nous avons commenté cette réforme dans l'édition 2018 du *J.D.S.C.*, avec une note intitulée « Une application de la responsabilité civile solidaire du représentant permanent de la personne morale administrateur de société et quelques réflexions sur sa responsabilité pénale de ce représentant permanent et de la société » et publiée sous Comm. Gand (div. Courtrai) (2^e ch.), 12 octobre 2016, n° 1372, p. 112 à 116.
8. Un projet initial plus ambitieux explique sans doute l'omission d'adapter le nom de la loi.

En effet, relativement au concours entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique, l'ancien régime complexe de l'alinéa 2 de l'article 5⁹ a été abandonné au profit d'une règle simple : la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé.

En pratique, le Ministère public choisit généralement de poursuivre systématiquement tant la personne morale que la personne physique, et la difficulté d'application du régime reposait autrefois intégralement sur le juge du fond.

La nouvelle formulation, nettement plus simple, apparaît plus sévère tant pour la personne morale que pour la personne physique, puisqu'autrefois :

- dans le cadre d'une infraction commise *sciemment et volontairement*, la personne physique pouvait espérer échapper à toute condamnation, seule la personne morale étant condamnée, selon l'appréciation du juge ;
- dans le cadre d'une infraction commise *involontairement*, l'une des deux pouvait échapper à toute condamnation puisque seule la personne ayant commis la faute la plus grave pouvait être condamnée par le juge, l'autre bénéficiant d'une cause d'excuse absolutoire¹⁰.

Dans le cadre de la défense de la personne morale, il était certain que le conflit d'intérêts avec « la personne habilitée à la représenter » apparaissait criant puisque cette dernière avait nécessairement le souhait de « reporter toute la responsabilité » sur la personne morale, pour échapper à sa condamnation personnelle.

Désormais, les deux personnes sont co-auteurs, sur « pied d'égalité », de sorte qu'il est vraisemblable qu'à nouveau, chacune va tenter de faire porter le chapeau à l'autre.

Les enjeux sont distincts cependant puisque désormais, le risque de condamnation cumulative est bien plus grand.

Le conflit d'intérêts potentiel justifiant la désignation d'un mandataire *ad hoc* dans l'hypothèse visée à l'article 2*bis* précité demeure dès lors présent après la réforme de juillet 2018, ne fut-ce que dans le cadre de l'appréciation « sur mesure » de la sévérité des peines de chacun, en fonction du degré de sa responsabilité¹¹.

9. Pour mémoire, cet alinéa était formulé comme suit : « Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable. » Concrètement, lorsqu'une infraction était commise pour le compte de la personne morale ou était intrinsèquement liée à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts et que la responsabilité de la personne morale était engagée exclusivement en raison de l'intervention (acte positif ou omission) d'une personne physique identifiée, il fallait distinguer deux hypothèses : soit la personne physique avait commis la faute *sciemment et volontairement* et le juge choisissait alors de condamner uniquement la personne morale ou les deux personnes concomitamment, soit la personne physique avait commis l'infraction *involontairement* et le juge condamnait alors exclusivement l'auteur de la faute la plus grave, que ce soit la personne physique ou la personne morale, l'auteur de la faute la moins grave bénéficiant conséquemment d'une cause d'excuse absolutoire (article 78 du Code pénal).

10. Cette cause d'excuse peut toujours être invoquée pour des faits commis *avant* le 30 juillet 2018, date de l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2018, s'agissant d'une disposition *plus favorable*.

11. E. de FORMANOIR, « La nouvelle loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, in *Actualités en droit pénal* 2019, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 94.

230. Les faux en écriture

N° 1470. – Cass. (2^e ch. fr.), 25 septembre 2019¹

Présentation : Nous publions ci-après trois décisions relatives à des transferts de siège social qui ont interpellé le Parquet.

Dans cette première espèce, un faux aurait été établi relativement à la décision d'une SA de transférer son siège social à une nouvelle adresse dans le but, selon les parties civiles, de provoquer la fin de ses activités. Cependant, quelques semaines plus tard, l'organe compétent aurait valablement délibéré de ce transfert du siège social de sorte que l'acte argué de faux n'a plus pu produire d'effets utiles à compter de la décision régulière de cet organe.

On renvoie également le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 septembre 2018 et au jugement du Tribunal correctionnel de Bruxelles du 15 novembre 2018 publiés ci-après, sous les n° 1471 et 1472..

Sommaire : L'usage de faux, infraction continue, prend fin lorsque, entre l'établissement de l'acte incriminé et son usage, d'une part, et l'avantage recherché par l'auteur, d'autre part, une nouvelle cause juridique s'interpose, qui donne à cet avantage un fondement distinct (C. pén., art. 196 et 197).

Parties : E.U.C. ASBL et crts c. F. et crts.

I. La procédure devant la Cour

Les pourvois sont dirigés contre un arrêt rendu le 17 avril 2019 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre des mises en accusation.

(...)

II. La décision de la Cour

A. Sur le pourvoi de l'asbl E.U.C.

Sur le moyen

Quant à la première branche

La demanderesse reproche à l'arrêt de ne pas préciser le but poursuivi par les auteurs de la pièce arguée de faux et, partant, de ne pas justifier légalement la décision des juges d'appel concernant la date à laquelle, ce but ayant été atteint, le faux a cessé de produire l'effet utile que les auteurs en attendaient.

1470.-1. Cette décision a été publiée dans *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, n° 2, p. 258 et est disponible sur le site de la cour à l'adresse www.cass.be ; elle porte le numéro de rôle général P.19.0481.F.

L'usage de faux, infraction continue, prend fin lorsque, entre l'établissement de l'acte incriminé et son usage, d'une part, et l'avantage recherché par l'auteur, d'autre part, une nouvelle cause juridique s'interpose, qui donne à cet avantage un fondement distinct.

L'arrêt attaqué constate que

- les défendeurs se sont vus reprocher l'établissement d'un acte relatant faussement qu'en date du 11 décembre 2006, le conseil d'administration de la SA E.I. & C. aurait décidé de transférer son siège social en quittant l'immeuble qu'elle occupait à Etterbeek, (...);
- d'après les parties civiles, l'intention frauduleuse ayant présidé à la confection de ce faux aurait été de provoquer la fin des activités de la SA précitée;
- selon un témoin, le transfert du siège social en question n'a pas été délibéré lors d'un conseil d'administration tenu le 11 décembre 2006 mais ultérieurement, soit en janvier 2007 et au plus tard le 31 de ce mois.

L'arrêt en déduit que, le transfert ayant fait l'objet d'une délibération régulière à cette date, le faux reproché aux défendeurs n'a pu produire aucun effet utile au-delà du 31 janvier 2007.

Ayant ainsi relevé l'existence d'une cause juridique propre qui, se substituant à l'acte faux, l'a privé de toute efficacité, les juges d'appel ont légalement conclu à la rupture de son effet utile.

Le moyen ne peut être accueilli.

Quant à la seconde branche

Selon la demanderesse, l'arrêt n'indique pas les motifs pour lesquels la chambre des mises en accusation n'a pas retenu la thèse développée par les parties civiles quant à l'intention frauduleuse qui animait les auteurs du faux.

Les plaignants ont soutenu en substance, dans leurs conclusions, que le but du faux avait été de provoquer la fin des activités de la société E.I. & C., en la privant de l'immeuble où elle avait son siège et en masquant cette privation sous l'apparence d'une décision unanime de transfert de son siège.

L'arrêt relève que le transfert a été régulièrement délibéré le 31 janvier 2007 au plus tard, de sorte que l'effet utile imputé au faux par les plaignants a cessé d'exister à cette date.

Les juges d'appel ont ainsi répondu aux conclusions dont ils étaient saisis, et ils ont régulièrement motivé leur décision.

Le moyen manque en fait.

(...)

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Rejette les pourvois ;

(...)

230. Les faux en écriture

340. L'escroquerie

N° 1471. – Bruxelles (11^e ch.), 12 septembre 2018¹

Présentation : Cet arrêt retient notre attention car il examine la licéité de la domiciliation de sociétés auprès d'un centre d'affaires.

Le Parquet pourchasse la pratique de domiciliation qui serait, selon lui, de nature à favoriser l'établissement de sièges sociaux fictifs ; les contrats de domiciliation et les extraits de publication des transferts de sièges sociaux constitueraient, toujours selon lui, des faux, les adresses « de pure complaisance » ayant pour but de tromper les autorités publiques.

Alors : interdit ou permis ?

On renvoie également le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2019 et au jugement du Tribunal correctionnel de Bruxelles du 15 novembre 2018 publiés ci-avant, sous le n° 1470 et ci-après, sous le n° 1472.

Sommaire partiel :

La pratique de domiciliation de sociétés auprès de centres d'affaires n'est ni illicite, ni illégale.

Le siège social est l'endroit où se concentre la vie juridique de la société soit le lieu de réunion des assemblées générales, le lieu où sont centralisés les services administratifs, le lieu où est habituellement adressée la correspondance et d'où elle part.

Le siège social peut, par conséquent, correspondre à un simple siège administratif, et ne pas coïncider nécessairement avec le siège d'exploitation.

Parties : Procureur du Roi/F.M. *et alii*

En ce qui concerne le prévenu F.M.

Le prévenu n'est pas crédible lorsqu'il soutient qu'il ignorait que la société A.C. allait être utilisée pour commettre des escroqueries consistant à se faire payer des sommes importantes dans le cadre de fausses ventes de véhicules de luxe.

Il ressort du dossier soumis à la cour et notamment de la teneur de la décision du tribunal du Brabant wallon du 9 décembre 2015, coulée en force de chose jugée, que le prévenu a participé à des faits identiques, au cours de la même période infractionnelle que les présents faits, en compagnie en partie des mêmes protagonistes dont le co-prévenu Y.D.S. et selon un *modus operandi* identique.

Il est établi, à l'exclusion de tout doute, que c'est en pleine connaissance de cause que le prévenu F.M. a participé à la mise en place du cadre indispensable à la mise en confiance des clients dans l'optique de la perpétration des escroqueries.

1471.-1. Cette décision a été publiée dans *Dr. pén. entr.*, 2018, p. 125.

Il en découle que les préventions B 1 a, b, c et d sont demeurées établies dans le chef de F.M. à l'issue de leur examen par la cour.

En ce qui concerne les prévenues C.M. et la SPRL BPS A.H.

Selon la citation, les contrats de domiciliation et les extraits de publication des transferts de sièges sociaux constituent des faux dont il a été fait usage en ce que la pratique de domiciliation de siège social à l'adresse d'un cabinet d'affaires est une « cause contraire à l'ordre public » car visant à mettre des sièges sociaux à des adresses « de pure complaisance », dans le but de « tromper les autorités judiciaires et de police ».

En réalité, en l'espèce, le ministère public poursuit la pratique de domiciliation « en tant que telle » dans la mesure où, en soi, cette pratique favoriserait l'établissement de sièges sociaux fictifs et qu'elle serait partant illicite.

Ainsi que le relève le conseil de la SPRL BPS A.H., la pratique de domiciliation de sociétés auprès de centres d'affaires n'est ni illicite, ni illégale.

Il peut être rappelé que le siège social est l'endroit où se concentre la vie juridique de la société soit le lieu de réunion des assemblées générales, le lieu où sont centralisés les services administratifs, le lieu où est habituellement adressée la correspondance et d'où elle part.

Le siège social peut, par conséquent, correspondre à un simple siège administratif, et ne pas coïncider nécessairement avec le siège d'exploitation.

En l'espèce, la SPRL BPS A.H. est un véritable prestataire de services qui offre toute l'infrastructure et la logistique nécessaires à l'administration effective d'une société depuis leurs bureaux tels que salles de réunions, secrétariat téléphonique, transmission de la correspondance, ...

C'est dans ce cadre que la SPRL BPS A.H. a été amenée à conclure les contrats de domiciliation de siège social avec les sociétés A.C. et A.T. et C.

Lesdits contrats prévoyaient que les sociétés disposaient effectivement, à partir de la signature de la convention, d'un siège social et que BPS A.H. assurerait le tri et la réexpédition des courriers, les services de secrétariat dont la gestion des appels téléphoniques de (la société) A.C. ainsi que les services optionnels.

Toutes les formalités notamment d'information de l'administration de la T.V.A. ont été remplies par la SPRL BPS A.H.

Il ne ressort d'aucun élément soumis à l'appréciation de la cour que la SPRL BPS A.H. ou sa directrice C.M. savaient, au moment de signer les contrats de domiciliation, que les sièges sociaux étaient fictifs et allaient être utilisés dans le cadre de faits d'escroquerie, ni que A.V. intervenait en qualité de gérante de paille.

Il y a lieu de confirmer l'acquittement des prévenus, la SPRL BPS A.H. et C.M., des préventions mises à leur charge.

(...)

230. Les faux en écriture

N° 1472. – *Corr. Bruxelles (51^e ch.), 15 novembre 2018*¹

Présentation : Cette décision semble avoir un point de départ amusant : le comptable d'une société conseille à cette dernière de déplacer son siège social pour... échapper à la rigueur des contrôles fiscaux de *tel* service en charge des sociétés. Le Parquet ne l'entend pas de cette oreille et suspecte une domiciliation fictive, sans toutefois parvenir à l'établir ; il n'établit pas davantage une intention frauduleuse.

On renvoie également le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2019 et à l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 septembre 2018 publiés ci-avant, sous les n° 1470 et 1471.

Sommaire : La domiciliation fictive d'une société dans un autre arrondissement que celui où elle est effectivement domiciliée n'est pas punissable en l'absence d'intention frauduleuse. En effet, il ne peut être raisonnablement affirmé que les contribuables relevant d'un arrondissement bénéficieraient d'un régime fiscal d'exception par rapport à un autre arrondissement vu que les contribuables sont soumis sur l'ensemble du territoire belge à un même régime fiscal.

Parties : Procureur du Roi c. S.H., E.H. et A.A.

Il est reproché à E.H. d'avoir déplacé le 20 mars 2010 le siège social des sociétés I.E., S. et Le nouveau L.B. dont il était alors gérant à Oisquercq, (...) dans l'intention d'obtenir un traitement fiscal plus avantageux.

Cette prévention repose sur les constatations établies par l'administration de la TVA à l'égard de H.G. lors d'un passage le 24 décembre 2009 d'un agent de la TVA lequel a conclu au caractère fictif du siège social.

Interrogé à ce propos à l'audience, E.H. a précisé avoir déplacé le siège social sur les conseils de son comptable, A.P. qui habitait la région de Tubize. Il conteste en revanche que le siège social ait été fictif.

Ce dernier a été entendu par les enquêteurs et a confirmé que c'est à son initiative que les sièges sociaux ont été déplacés afin d'éviter les contrôles particulièrement pointilleux du service qui en était en charge à Bruxelles.

Le tribunal considère que les constatations établies le 24 décembre 2009, en quelques lignes par l'administration fiscale, sans la moindre pièce ou photographie, ne permettent pas de conclure avec certitude au caractère fictif du siège social.

1472.-1. Cette décision a été publiée dans *Dr. pén. entr.*, 2019/4, p. 307.

En outre, le tribunal estime que l'intention frauduleuse ne peut être retenue. Il ne peut en effet être raisonnablement affirmé que les contribuables relevant de l'arrondissement de Nivelles bénéficieraient d'un régime fiscal d'exception par rapport à celui de Bruxelles. Les contribuables sont a priori soumis sur l'ensemble du territoire belge à un même régime (acquittement).

381. Les infractions liées à l'état de faillite

N° 1473. – Cass. (2^e ch.), 9 janvier 2018¹

Présentation : L'omission de faire aveu de faillite a été érigée en infraction pénale. Quels sont ses éléments constitutifs, notamment sur le plan moral ? (dol général ? dol spécial ?) quelles sont les personnes qui peuvent être tenues de pareille infraction ? (dirigeants de droit uniquement ? également dirigeants de fait ?). On renvoie également le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 2019 publié ci-après, sous le n° 1474.

Sommaire : L'article 489*bis*, 4°, du Code pénal, punit les personnes visées à l'article 489 dudit code qui, dans l'intention de retarder la déclaration de faillite, ont omis de faire l'aveu de la faillite dans le délai prescrit par l'article 9 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ; le juge peut déduire l'existence du dol spécial consistant en l'intention de retarder la déclaration de faillite, du fait qu'un gérant, en omettant de faire l'aveu de la faillite pour le compte de la société, laisse s'accumuler les dettes de celle-ci alors qu'il n'y a pas d'espoir que sa situation financière s'améliore et, ce faisant, le juge ne déduit pas uniquement l'intention visée du comportement matériel du gérant et n'assimile pas cette intention à la règle de précaution. Les personnes visées à l'article 489 du Code pénal et passibles d'une peine en vertu de l'article 489*bis*, 4°, dudit code, sont les commerçants en état de faillite au sens de l'article 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ou les dirigeants, de droit ou de fait, des sociétés commerciales en état de faillite et, ainsi, l'article 489*bis*, 4°, du Code pénal impute explicitement l'infraction qui y est visée aux dirigeants de fait des sociétés commerciales faillites ; il s'ensuit que lorsqu'une société commerciale est en réalité dirigée par un gérant de fait, ce dernier est tenu de faire le nécessaire pour que l'aveu de la faillite de cette société intervienne en temps utile ; la seule circonstance que ce gérant n'ait pas qualité personnelle pour faire cette déclaration, n'exclut donc pas qu'une peine puisse lui être infligée en vertu de l'article 489*bis*, 4°, du Code pénal.

Parties : P.M. et C.M./F.D.R. et B.D.

I. La procédure devant la cour

Les pourvois sont dirigés contre un arrêt rendu le 28 juin 2017 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre correctionnelle. (...)

1473.-1. Cette décision a été publiée dans *Dr. pén. entr.*, 2019, p. 135.

II. La décision de la cour

(...)

cette parenthèse avec les points doit se retrouver à la ligne suivante, et pas à la suite du titre II.

Sur le premier moyen

3. Le moyen est pris de la violation des articles 149 de la Constitution, 489 et 489bis du Code pénal : par la considération selon laquelle « En n'ayant pas fait l'aveu de la faillite et en laissant subsister les dettes, qui se sont ensuite accumulées, l'intention de retarder la déclaration de faillite est établie, dès lors qu'aucun élément du dossier répressif ne permet de supposer que les problèmes financiers de la S.P.R.L. N.M. pouvaient encore être considérés comme surmontables », l'arrêt déduit l'intention de retarder la déclaration de faillite requise à l'article 489bis, 4°, du Code pénal, de la seule réalisation de l'élément matériel de l'infraction ; ainsi, l'arrêt méconnaît la condition relative à l'intention et assimile celle-ci à la règle de précaution ; ce faisant, l'arrêt n'est, à tout le moins, pas motivé à suffisance.

4. L'article 489bis, 4°, du Code pénal, punit les personnes visées à l'article 489 dudit code qui, dans l'intention de retarder la déclaration de faillite, ont omis de faire l'aveu de la faillite dans le délai prescrit par l'article 9 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

5. Le juge peut déduire l'existence du dol spécial consistant en l'intention de retarder la déclaration de faillite, du fait qu'un gérant, en omettant de faire l'aveu de la faillite pour le compte de la société, laisse s'accumuler les dettes de celle-ci alors qu'il n'y a pas d'espoir que sa situation financière s'améliore. Ce faisant, le juge ne déduit pas uniquement l'intention visée du comportement matériel du gérant et n'assimile pas cette intention à la règle de précaution. Dans la mesure où il procède d'une autre prémisse juridique, le moyen manque en droit. (...)

Sur le deuxième moyen

7. Le moyen est pris de la violation des articles 489bis du Code pénal et 9 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : l'arrêt condamne, à tort, le demandeur au motif qu'il a omis de faire l'aveu de la faillite en temps utile pour le compte de la S.P.R.L. N.M. ; un gérant de fait ne peut être condamné du chef de cette infraction dès lors qu'il ne peut satisfaire à l'obligation prévue à l'article 9 de la loi du 8 août 1997 sur la faillite ; par conséquent, cette infraction ne peut lui être imputée.

8. Les personnes visées à l'article 489 du Code pénal et passibles d'une peine en vertu de l'article 489bis, 4°, dudit code, sont les commerçants en état de faillite au sens de l'article 2 de la loi du 8 août 1997 ou les dirigeants, de droit ou de fait, des sociétés commerciales en état de faillite. Ainsi, l'article 489bis, 4°, du Code pénal impute explicitement l'infraction qui y est visée aux dirigeants de fait des sociétés commerciales faillies.

9. En vertu de l'article 9 de la loi du 8 août 1997, le commerçant est tenu, dans le mois de la cessation de ses paiements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal compétent.

10. Il s'ensuit que lorsqu'une société commerciale est en réalité dirigée par un gérant de fait, ce dernier est tenu de faire le nécessaire pour que l'aveu de la faillite de cette société intervienne en temps utile. La seule circonstance que ce gérant n'ait pas qualité personnelle

pour faire cette déclaration, n'exclut donc pas qu'une peine puisse lui être infligée en vertu de l'article 489bis, 4°, du Code pénal. Le moyen qui procède d'une autre prémisse juridique, manque en droit.

Sur le troisième moyen

Quant à la première branche

11. Le moyen, en cette branche, est pris de la violation des articles 149 de la Constitution, 489, 2°, du Code pénal et 53 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : c'est à tort que l'arrêt condamne la demanderesse 2 du chef de l'infraction visée à l'article 489, 2°, du Code pénal ; la circonstance qu'il y ait un gérant de fait ne constitue pas un renseignement tel que visé à l'article 53 de la loi du 8 août 1997 ; en effet, l'absence de cette information n'empêche pas le curateur de procéder à la liquidation et à la répartition ; l'arrêt méconnaît l'obligation de motivation en n'indiquant nullement en quoi il s'agirait d'un renseignement requis au sens de l'article 53 précité.

12. L'article 489, 2°, du Code pénal punit les commerçants en état de faillite au sens de l'article 2 de la loi du 8 août 1997 ou les dirigeants, de droit ou de fait, des sociétés commerciales en état de faillite ayant, sans empêchement légitime, omis d'exécuter les obligations prescrites par l'article 53 de ladite loi. En vertu de l'article 53 de la loi du 8 août 1997, le failli ou les gérants et administrateurs de la société faillie sont notamment tenus de fournir au juge commissaire ou au curateur tous les renseignements requis. Ceux-ci comprennent notamment les éléments relatifs à l'identité des gérants effectifs de la société. L'administration de la faillite requiert en effet la collaboration de ces personnes ainsi qu'un examen de la manière dont elles ont géré la société. Dans la mesure où il procède d'une autre prémisse juridique, le moyen, en cette branche, manque en droit.

13. L'arrêt considère que, pour l'administration de la faillite, dans le cadre de laquelle les curateurs prennent en charge la gestion de l'ensemble des biens du failli, puis procèdent à la réalisation de l'actif et à l'apurement du passif dans la mesure du possible et conformément aux règles légales, il est évidemment très important que le failli collabore, notamment pour apporter des précisions concernant les actifs à réaliser ou l'existence et l'ampleur des dettes. Ainsi, l'arrêt justifie en quoi les informations auxquelles il est fait référence en l'espèce relèvent des obligations prévues à l'article 53 de la loi du 8 août 1997.

Dans la mesure où il procède d'une lecture incomplète de l'arrêt, le moyen, en cette branche, manque en fait.

(...)

(rejet du pourvoi)

381. Les infractions liées à l'état de faillite

N° 1474. – Cass. (2^e ch.), 21 mai 2019¹

Présentation : Cet arrêt permet de préciser qui peut être sanctionné pénalement pour déclaration tardive de faillite et de rappeler les modifications apportées aux articles 489bis et suivants du Code pénal par les articles 4 et suivants de la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique.

On renvoie également le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 2018 publié ci-avant, sous le n° 1473.

Sommaire partiel :

L'article 489bis, 4°, du Code pénal, tel qu'il était applicable au moment des faits, pénalise les commerçants qui ont omis de déposer une déclaration de faillite dans un délai d'un mois afin de retarder la déclaration de faillite.

À compter du 1^{er} mai 2018, la même disposition sanctionne les sociétés visées à l'article 1.1, premier alinéa, 1°, du Code de droit économique, qui n'auraient pas déposé de déclaration de faillite dans le délai d'un mois afin de retarder la déclaration de faillite.

Le délit de déclaration de faillite tardive visé à l'article 489bis, 4°, du Code pénal peut être commis non seulement par les commerçants et, à compter du 1^{er} mai 2018, par les sociétés au sens l'article 1.1, premier alinéa, 1°, du Code de droit économique, mais également par ceux qui ne sont ni un commerçant ni une société mais participent à cette infraction de déclaration de faillite tardive au sens des articles 66 et 67 du Code pénal.

Parties : D.J.C.S./R.W.

(...)

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, Chambre correctionnelle, du partir du 19 décembre 2018.

(...)

II. Décision de la Cour

(...)

1474.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général P.19.0046.N. et est disponible en néerlandais sur le site www.cass.be ; la présente traduction est une traduction libre.

Deuxième moyen

6. Le moyen invoque la violation de l'article 489bis, 4° du code pénal : l'arrêt condamne le demandeur pour les chefs d'accusation C.1 et C.2, alors que le demandeur n'avait pas la qualité de commerçant requise pour cette infraction de déclaration tardive de faillite au moment des faits ; les deux activités commerciales n'étaient pas au nom du demandeur, mais au nom de D.L. et R.W., les faillites ne lui ont pas non plus été imputées, il n'a été à aucun moment impliqué dans la procédure de faillite, D.L. et R.W. ont été déclarés excusables et ils ont également été acquittés par le premier juge.

7. L'article 489bis, 4°, du code pénal, tel qu'applicable au moment des faits, punit les commerçants qui, en vue de différer la déclaration de faillite, ont omis de faire aveu de faillite dans un délai d'un mois.

La même disposition pénalise, à partir du 1^{er} mai 2018, les entreprises visées à l'article 1.1 premier paragraphe 1°, du Code de droit économique qui, en vue de différer la déclaration de faillite, ont omis de faire aveu de faillite dans un délai d'un mois.

Le délit de déclaration tardive de faillite visé à l'article 489bis, 4°, du code pénal peut non seulement être commis par ceux qui ont la qualité de commerçant et, à partir du 1^{er} mai 2018, d'entreprise au sens de la disposition précitée, mais également par ceux qui n'ont pas cette qualité mais participent à cette infraction d'une des manières prévues aux articles 66 et 67 du code pénal et avec la structure de participation requise.

Dans la mesure où le moyen est fondé sur une interprétation juridique différente, il manque en droit.

8. L'arrêt constate que l'état de faillite a été déclaré tardivement. Il constate que l'enquête a montré que D.L. et R.W., dans la gestion des affaires commerciales, agissaient uniquement sur les instructions du demandeur, qui était le gérant de fait de l'exploitation, celui-ci a reporté la déclaration de chacune des faillites, tout en laissant les créances de l'ONSS et les dettes fiscales impayées et il agissait dans l'intention de reporter la déclaration de faillite, aggravant ainsi le passif et causant un préjudice aux créanciers.

Par ces motifs, l'arrêt justifie la déclaration de culpabilité du demandeur pour les chefs d'accusation C.1 et C.2.

Dans cette mesure, le moyen ne peut être accueilli.
(...)

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

Rejette le pourvoi en cassation.

Condamne le demandeur aux dépens.

(...)