

Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques

V. Wester-Ouisse, Maître de conférences
Université Européenne de Bretagne
Faculté de droit de Brest
veronique@wester-ouisse.fr

Article publié à la Revue pénitentiaire et de droit pénal 2009, n° 1, p. 63.

La responsabilité pénale des personnes morales est la manifestation la plus vive de la tendance actuelle à considérer la personnalité morale, non plus comme une réalité de la technique juridique, mais comme une réalité physique, organique. Il s'agit là d'une dérive qui prend tout son sens dans la crise économique actuelle car les mêmes confusions notionnelles en sont à l'origine. Les auteurs ont loué cette réforme intervenue en 1992, qui a eu lieu sous l'influence probable des jurisprudences anglo-saxonnes hâtivement interprétées. L'objectif recherché était le même que celui de l'ensemble des dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : la désresponsabilisation des dirigeants.

1. Le débat sur la responsabilité pénale de la personne morale ne peut être dissocié de celui sur sa réalité ou sa fiction. Si le droit contemporain reconnaît qu'une personne morale peut être poursuivie sur le fondement du droit pénal c'est bien parce que sa réalité est désormais reconnue. Cette théorie de la réalité de la personne morale, fut peu à peu dégagée après d'innombrables débats¹ qui ont « si longtemps provoqué le désespoir des juristes »². Est-il opportun, dès lors, de revenir sur cette question qualifiée par les auteurs contemporains de querelle « vaniteuse »³ et alors que la responsabilité pénale des personnes morales est une réforme qui paraît désormais acquise et irréversible ? Deux raisons poussent pourtant à renchérir. La première est d'une brûlante actualité : la crise financière de 2008 a mis en évidence des dérives qui trouvent leurs origines dans des confusions notionnelles. La croyance aveugle en un Marché, doté d'une blanche « Main invisible », qui trouverait de lui-même son propre équilibre, régulerait et résoudrait tout, relève des mêmes confusions intellectuelles et idéologiques que celles tenant aux personnalités morales, décrites communément comme des Personnes dotées d'un intérêt propre, qui auraient leurs propres responsabilités, leurs propres comportements ou capacités décisionnaires, les êtres humains y participant demeurant impuissants et soumis à leurs lois. La seconde raison est l'influence croissante de cet anthropomorphisme dans le droit positif : la jurisprudence adopte, depuis une quinzaine d'années, cette acception d'une personne morale qui, désormais, voit reconnue sa capacité de souffrance morale (réparation de son préjudice moral), de crainte (elle subit le vice de consentement de violence), de déshonneur (elle peut poursuivre pour diffamation), etc... au point de bénéficier des diverses déclarations des Droits de l'Homme. La doctrine, dans sa grande majorité, encourage ces évolutions considérées comme modernes, louables et progressistes. Pourtant l'examen des arrêts et des discours révèle que l'objectif est toujours le même : la recherche de nouvelles sources d'indemnisation ou l'allègement des responsabilités des représentants de ces personnes. Il convient donc de revenir,

¹ Pour une synthèse récente de la controverse doctrinale, voir notamment **H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette**, GA jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, n° 16 ; **N. Mathey**, Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé, RTDCiv. 2008, 205, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, thèse dactyl, Paris II, 2001 ; **N. Baruchel**, La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie, LGDJ 2004.

² **P. Durand**, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Mélanges Ripert 1950, t. 1, p. 138.

³ **N. Mathey**, préc. p. 207

en ces temps troublés, sur la notion de personne morale, dans l'espoir d'en dénoncer certaines dérives, et nous abordons ici le volet pénal le plus voyant.

2. Des auteurs anciens, déjà, avaient prôné la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales⁴ sous l'influence de théoriciens allemands. La démarche n'était pourtant pas celle retenue par le droit contemporain. Ces auteurs considéraient qu'il fallait écarter les conditions subjectives de l'incrimination, liées au délinquant, pour ne retenir que les conditions objectives, les faits commis. L'idée était que la personne (donc le patrimoine, si l'on suit Aubry et Rau) qui profite du délit doit en subir les conséquences pécuniaires, abstraction faite de l'élément moral, inutile ici : « je crois que l'on exagère beaucoup lorsqu'on veut soumettre à cette condition subjective intensive toutes les peines, quelles qu'elles soient, même les peines pécuniaires »⁵. L'idée de ce qu'on appellerait aujourd'hui l'infraction ou la faute lucrative dominait donc, « l'on sera toujours en présence de la volonté et de l'acte illicite d'un individu »⁶, sa responsabilité étant transmise à une autre personne⁷. La Cour de cassation eut quelques occasions de se prononcer avec prudence sur la question. Elle prit d'abord le parti de la personne morale - fiction, affirmant que « toute peine est personnelle, sauf les exceptions spécialement prévues par la loi ; elle ne peut donc être prononcée contre une société commerciale, être moral, laquelle ne peut encourir qu'une responsabilité civile »⁸. Les juges choisirent le parti de la réalité dans les années 1950, considérant que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »⁹. L'énoncé de ce principe étant immédiatement contredit par la loi, qui exige le respect de certaines procédures pour l'acquisition de la personnalité morale¹⁰, aucune conséquence ne pouvait en être tirée pour le droit pénal.

3. Le cap fut franchi par le législateur avec Code pénal de 1992 qui reconnaît une responsabilité pleine et entière de la personne morale, dans tous ses éléments, matériels et moraux. Le législateur a donc largement ouvert la voie de l'anthropomorphisme précédemment évoqué, à l'occasion de la refonte du Code pénal puisque selon le très fameux article 121-2, une personne morale peut être pénalement condamnée. Cette réforme n'allait pas de soi, la chambre criminelle de la Cour de cassation, réitérant avec constance son refus de condamner pénalement une personne morale¹¹. L'hypothèse n'était cependant pas totalement exclue, les arrêts évoquant quelques exceptions prévues par la loi. De fait, des sanctions administratives pouvaient être infligées, que la Cour européenne des droits de l'homme avait qualifiées de « matière pénale »¹². Parmi les auteurs, les opposants sont peu nombreux¹³ : la doctrine a largement encouragé cette évolution, considérant cette responsabilité comme une réforme novatrice indispensable et les systèmes juridiques anglo-saxons étant désignés comme l'exemple à suivre (I). L'objectif principal de cet anthropomorphisme demeure la déresponsabilisation des dirigeants de société (II).

⁴ **A. Mestre**, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Thèse Paris 1899. **Hauriou**, Précis de droit administratif, 5^e ed. p. 91, note 1. **Saleilles**, De la personnalité juridique, Rousseau 2^e éd. 1922, p. 647 et s. disponible sur notre site <http://droit.wester.ouisse.free.fr>.

⁵ **Saleilles**, préc., p. 648. Voir également **Michoud**, La théorie de la personnalité morale, t. 2, 3^e éd., LGDJ 1924, réédité en 1998, n° 279 et s.

⁶ **A. Mestre**, préc. p. 180.

⁷ **Michoud**, préc. **H. Donnedieu de Vabres**, les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, RIDP 1950, p. 342.

⁸ Cass. crim., 8 mars 1883, S. 1885 I, 470 ; voir <http://ledroitcriminel.free.fr>

⁹ Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954, Bull. 32. JCP 1954 II N. 7978, conc. **Lemoine**. D. 1954, 217, note **Levasseur**. Droit social 1954, 161, note **P. Durand**. GA jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, n° 16

¹⁰ Art. 1842 du Code civil conditionnant l'octroi de la personnalité morale à l'immatriculation des sociétés, art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹¹ Cass. crim. 8 mars 1883, préc. ; 10 janvier 1929, B. 14 ; 6 juillet 54, B. 250 ; 6 février 1975, B. 43.

¹² CEDH, 8 juin 1995, Jamil c/ France, JCP 1996, II, 22677

¹³ On citera néanmoins **P. Conte**, La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal, préc. **C. Saint Pau**, La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction, in Le risque pénal dans l'entreprise, Lexis-Nexis, Carré droit, p. 71. **E. Picard**, la responsabilité pénale des personnes de droit public : fondements et champ d'application, Revue des sociétés 1993, p. 261

I - L'anthropomorphisme : influence d'une vision partielle du droit anglo-saxon

4. Juridiquement, cet accès d'anthropomorphisme était tellement extravagant que cette responsabilité des personnes morales ne pouvait être concrètement appliquée qu'en reconnaissant finalement son caractère médian. Comme chacun le sait, l'art. 121-3 pose le fameux principe selon lequel il n'y a pas de crime ou délit sans élément moral, donc sans intention ou imprudence de l'auteur de l'acte matériel. Cela signifie qu'il faudrait considérer qu'une personne morale a la capacité de distinguer le bien du mal, de comprendre la portée d'un acte et de manifester une intention d'atteindre un objectif interdit par la loi¹⁴ ; puisque des sanctions pénales vont être prononcées, elle est accessible à la culpabilité et au repentir, ainsi qu'à l'exemplarité de la peine. A l'évidence, ces capacités de réflexions et de jugement dépassent largement la simple capacité juridique des personnes morales. Par ailleurs, la personne morale n'étant pas douée de bras ni de jambes, il est nécessaire de lui prêter les gestes et actes d'autres personnes qui la gouvernent, bel et bien physiques, même si leur identité est difficile à déterminer (un organe ou un représentant, selon le texte). La Cour de cassation exige que cette intervention humaine soit caractérisée : il faut rapporter la preuve que l'organe ou le représentant est à l'origine des faits, même si la personne physique précisément responsable n'a pu être identifiée¹⁵. La personne morale, malgré toute la réalité et l'absence de facticité dont on veut bien la doter, est manifestement responsable pour autrui, ce qui est inadmissible en droit pénal puisque « nul n'est pénalement responsable que de son propre fait »¹⁶.

5. Certains contestent qu'il s'agisse de responsabilité du fait d'autrui : l'organe ou le représentant, auteur de l'infraction, n'est pas autrui, pour la personne morale, ils *sont* la personne morale¹⁷. On répondra que cet organe est, comme la personne morale, une simple technique juridique, c'est en cela qu'ils sont similaires voire assimilables ; par conséquent, la personne physique, membre de l'organe à l'origine des faits et véritable auteur de l'acte, est bien cet autrui évoqué ici. En atteste la fin de l'art. 121-2 qui précise que « la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des *personnes physiques auteurs...* ». Ceux qui se félicitent de cette réforme ne s'embarrassent pas de cette difficulté et assimilent tous les acteurs pour contourner la difficulté : « il fut enfin admis que, à travers ses organes ou ses représentants, une personne morale peut-être dotée de discernement et de volonté (...) La personne physique, agissant en cette qualité, n'est pas un tiers par rapport à la personne morale »¹⁸. L'emprunt de criminalité est l'explication choisie par d'autres pour expliquer cette responsabilité des personnes morales¹⁹ : en application de l'art. 121-6, le complice, ici la personne morale, est punie « comme auteur », c'est à dire, comme si il était lui-même l'auteur des faits. Elle encourt les peines principales et complémentaires que la loi prévoit pour l'auteur des faits, le juge individualisant les peines. Ainsi, le complice par provocation ou instigation peut être plus sévèrement puni que l'auteur : il est particulièrement dangereux et son rôle est central. La personne morale serait donc complice, éventuellement par provocation ou instigation, et punie plus sévèrement à ce titre. Ici encore, la question de l'absence d'élément moral du côté de la personne morale n'est nullement résolue, tout au contraire, et l'anthropomorphisme n'est que plus manifeste.

6. Cette responsabilité, à l'évidence fondée sur des artifices anthropomorphiques, fut donc largement encouragée par la doctrine, par les auteurs de droit des affaires comme pénalistes : « on ne peut qu'être favorable à la responsabilité pénale des personnes morales » selon M. Bouloc²⁰. Il convenait de tirer les conséquences d'une

¹⁴ L'imputabilité et la culpabilité, **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, Droit pénal général, Sirey 2008, n° 350 et s.

¹⁵ Concernant les infractions non intentionnelles, Cass. crim. 1^{er} décembre 1998, Bull 325, comme intentionnelles, Cass. crim., 21 juin 2000, Dr. Pén. 2000, n° 13

¹⁶ C. pén. art. 121-1

¹⁷ **P. Conte**, préc., spéc. p. 112. **C. Saint Pau**, préc., n° 125

¹⁸ **E. Dreyer**, Droit pénal général, Flammarion 2006, p. 78

¹⁹ **J.-C. Soyser**, Droit pénal et procédure pénale, LGDJ 20^{ème} ed. 2008, n° 282 et s.

²⁰ **B. Bouloc**, Colloque de Limoge, LPA 1993, n° 120, 11

réalité criminologique ou sociologique²¹, les auteurs évoquant le projet de Code pénal de 1988 : « l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement... »²². Les mêmes arguments se retrouvent aujourd'hui chez les auteurs qui défendent cette innovation : « les personnes morales sont devenues des personnes immorales qui peuvent tuer, blesser, violer »²³ ; il faut « tenir compte de l'évolution économique »²⁴, « la fiction juridique devient réalité. On voit des groupes d'intérêt conquérir une puissance d'action souvent supérieure à celle des individus de chair » ; « à partir du moment où la personnalité juridique est dans son principe, conciliable avec des groupements, pour être purement déclarative d'une réalité sociologique dans ce sens, il n'est aucune raison d'en limiter les effets en dehors du droit pénal »²⁵. « Le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales datait manifestement d'une autre époque et contrastait avec les solutions des grands Etats modernes ; il était inadapté face à la prolifération et à la puissance des personnes morales, face surtout à leur capacité de nuire »²⁶. Tous ces arguments sont donc pour l'essentiel à fondements sociologiques ou économiques²⁷, ou manifestent des complexes d'infériorité à l'égard des systèmes de nos voisins européens ou américains²⁸.

7. Effectivement, l'une des raisons essentielles de l'adoption de la responsabilité pénale des personnes morales anthropomorphe réside dans le retard supposé du droit français sur les législations de nos voisins, notamment les anglo-saxons²⁹. MM Desportes et Le Guhenec, comme jadis MM Merle et Vitu, soulignent ainsi : « De nombreux pays comme les Etats Unis, le Canada, Le Royaume-Uni et les Pays-Bas admettent depuis longtemps la possibilité de sanctionner pénalement les personnes morales »³⁰. « Le droit anglais a une remarquable avance sur le droit français, de sorte qu'il a pu mesurer les inconvénients de lier trop étroitement la responsabilité pénale de la personne morale à l'infraction commise par une personne physique »³¹.

8. Un rôle pénal est attribué de longue date aux personnes morales dans les systèmes juridiques anglo-saxons. La responsabilité pénale des personnes morales a pu être admise au Royaume-Uni depuis le milieu du XIX^e siècle³², depuis que des peines d'amendes, applicables à ces personnes, sont venues se substituer aux peines classiques de pendaisons, flagellations et autres piloris, nécessairement réservées aux personnes physiques³³. De même la justice pénale internationale, tout particulièrement lors des procès de Nuremberg, a retenu la possibilité de déclarer criminelle une organisation³⁴, et l'on sait que ces procès ont eu un fort retentissement dans tous les pays occidentaux, notamment en France. Pourtant tout ceci ne doit pas faire illusion. Tout d'abord, la responsabilité pénale des personnes morales est en perte de vitesse dans la justice internationale : elle n'est plus retenue dans les

²¹ **R. Merle, A. Vitu**, Traité de droit criminel, t. 1, Cujas 1984, n° 597

²² **R. Badinter**, Présentation du projet du nouveau Code pénal, Dalloz 1988, p. 16, citation reprise dans de très nombreux ouvrages et articles sur ce sujet, notamment **B. Bouloc**, préc., **J. Mouly**, La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail, LPA 1993, n° 120, 33

²³ **O. Sautel**, La mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales, D. 2002, 1147

²⁴ **J.-C. Soyer**, préc., n° 135

²⁵ **Y. Mayaud**, Droit pénal Général, PUF 2007, n° 355 et 356

²⁶ **F. Desportes, F. Le Guhenec**, Le nouveau droit pénal, T. 1, Droit pénal général, Economica, Paris 2000

²⁷ Même constatation : **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, préc., n° 368 ; **F.-J. Pansier**, La responsabilité pénale des personnes morales, GPI, chron. p. 249

²⁸ **R. Merle, A. Vitu**, préc., n° 597, qui retracent les évolutions doctrinales et les tentatives du législateur favorables à cette réforme, tout au long du XX^e s.

²⁹ Voir l'exposé des motifs des lois n° 92-683 à 689 du 22 juillet 1992. **B. Mercadal, P. Janin**, Sociétés commerciales, Lefebvre n° 457

³⁰ **F. Desportes, F. Le Guhenec**, préc., p. 499. **Merle et Vitu**, préc. n° 598

³¹ **M.-E. Cartier**, Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français, LPA n° 149, 19, spéc. p. 25

³² D.P.P. v/ Kent & Sussex Contractors Ltd, 1944, KB 146 ; Rv. ICR Haulage Ltd, 1944, KB 551. L'Écosse ne reconnaît cette possibilité que depuis 1987.

³³ **J. R. Spencer**, in Droit anglais, sous la direction de J. A. Jolowicz, Précis, Dalloz, 1992, n° 507. **S. Lowe, F. McKie**, La responsabilité des personnes morales au Royaume Unis, LPA 1993, n° 120, p. 81

³⁴ art. 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg. **D. Mayer**, Leçons à tirer des quelques rares expériences de fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux, D. 1999, 215

statuts du Tribunal pénal international issu de la Convention de Rome de 1998. Ensuite, l'étude du droit anglo-saxon révèle que cette responsabilité ne repose pas sur les mêmes fondements et a une portée bien moindre que celle qui a été retenue dans le Code pénal de 1992. On en vient dès lors à se demander si les tendances anthropomorphiques du droit français ne seraient pas l'illustration d'une influence « mal digérée » des systèmes anglo-saxons et d'un excès de zèle à leur égard.

9. En l'état actuel de leur système, qui était le même au moment de la réforme de 1992³⁵, nos voisins anglais sont plus restrictifs que le droit français, comme le soulignent d'ailleurs certains auteurs qui relativisent la nécessité de suivre ces modèles, ou qui regrettent, au contraire – et c'est le monde à l'envers – que la *Common law* ne s'inspirent pas davantage du modèle français³⁶. Qu'en est-il exactement ? Les lois de Grande Bretagne prévoient un certain nombre d'infractions dépourvues d'élément moral (*mens rea*). Dans ce cas, la personne morale peut se voir sans difficulté imputer les actes d'une personne physique dirigeante, par simple substitution. Dans l'hypothèse où la loi prévoit un élément moral, une stipulation expresse de responsabilité des personnes morales permet parfois leur poursuite, et certains cas d'applications implicites de ces lois aux personnes morales ont pu être relevés³⁷. Quoi qu'il en soit, aucun principe général n'établit légalement cette responsabilité. Concernant les infractions de *Common law*, la théorie prétorienne de l'identification est appliquée : « selon cette théorie, les décisions prises par certains dirigeants influents de la société sont assimilées à des actes de la personne morale elle-même »³⁸. Lord Reid établit le principe de la façon, suivante³⁹ : « (une société) doit agir par l'intermédiaire de personnes vivantes et il ne s'agira pas toujours d'une seule et même personne. Dès lors, cette personne ne parle pas ou n'agit pas pour la société ; elle agit en tant que société et sa volonté, qui dirige ses actions, est la volonté même de la société. Il n'est pas question d'une responsabilité de la société du fait d'autrui. La personne n'agit pas en tant qu'employée, représentant, agent ou délégué. Elle est l'incarnation de la société, ou, pourrait-on dire, elle entend et parle à travers la *persona* de la société, dans son domaine propre, et sa volonté est la volonté de la société. Si c'est une volonté coupable, alors cette culpabilité est la culpabilité de la société ». Si l'on retrouve ce même type de considération chez les auteurs français⁴⁰, la référence à la *persona* antique est ici significative : la société n'est pas perçue de façon anthropomorphique mais bien comme une personnalité juridique - réalité technique⁴¹. Cette doctrine est fondée sur l'idée de « *controlling mind* », appliquée à ceux qui occupent les postes les plus élevés au sein de la société⁴². Le professeur Clarkson souligne qu'il n'y a là aucune fiction, « une telle théorie (de l'identification) convient à ceux qui affirment que les compagnies ne peuvent agir ou faire quoi que ce soit autrement que par l'intermédiaire de leurs agents humains »⁴³. Les effets de cette responsabilité pénale sont, outre Manche, infiniment moindres que chez nous. Toute infraction nécessitant une action en lien avec le corps ne peut concerner les personnes morales : les homicides ou blessures par imprudence sont donc exclus⁴⁴, ce qui est pourtant un domaine essentiel de la responsabilité pénale des personnes morales françaises. Par ailleurs, plus l'entreprise est grande, plus la faute ou le manquement résulte de sources multiples, et moins les juges admettent la responsabilité de la personne morale, la

³⁵ Un projet de réforme sera déposé en 2009 : <http://www.lawcom.gov.uk/1150.htm> consulté en déc. 2008.

³⁶ S. Lowe, F. McKie, préc., p. 83

³⁷ S. Lowe, F. McKie, préc., p. 82

³⁸ J. R. Spencer, préc. S. Geeroms, La responsabilité pénale de la personne morale, étude comparative, RIDC 3-1996, p. 533, spéc. p. 540

³⁹ House of lords, Tesco Supermarkets Ltd. v/ Natras, 1972, A.C. 153, p. 170. C'est nous qui traduisons.

⁴⁰ « Le chef d'entreprise est donc le représentant organique de la société. A ce titre, les actes qu'il passe en qualité ne sont pas les siens, mais directement ceux de la personne morale qu'il engage. Il en va de même pour toutes les fautes qu'il est susceptible de commettre dans l'exercice de ses fonctions : ce ne sont pas les siennes, mais celles de la personne morale », A. Brunet, Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise, LPA 1996, n° 149, 27, spéc. p. 33

⁴¹ Les tentations anthropomorphiques existent également en Angleterre, puisque Lord Denning, en 1956, comparait les sociétés au corps humain, dotées d'un cerveau, d'un centre nerveux, de mains, de volonté... Cité par R. Legeais, Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés 1993, p. 371

⁴² S. Lowe, F. McKie, préc. p. 82

⁴³ C.M.V. Clarkson, Corporate culpability, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html>, n° 4.I. C'est nous qui traduisons.

⁴⁴ D.P.P. v/ P10 European Ferries, 1991, 93 Cr. App. R. 72 : Affaire du naufrage du ferry Herald of free Enterprise, 193 morts

théorie du « *controle minding* » exigeant la mise en évidence d'une conduite des dirigeants, et l'agrégat des fautes n'étant admis que lorsque les manquements combinés de plusieurs dirigeants peuvent être démontrés⁴⁵. Dès lors, M. Spencer note que la responsabilité de la personne morale entraîne automatiquement celle du dirigeant, au point qu'il est conduit à « se demander si l'existence d'une responsabilité supplémentaire de la personne morale remplit une réelle fonction »⁴⁶. Précisons qu'aux États-Unis, il est clairement établi que les corporations peuvent être condamnées pénalement, sur les mêmes fondements juridiques qu'en Grande-Bretagne : la théorie de l'identification est le modèle appliqué.

10. A l'époque de la réforme de notre Code pénal, cette responsabilité pénale existait donc bien dans les systèmes anglo-saxons, mais de façon restrictive et sans dérive anthropomorphique⁴⁷. Le Professeur Clarkson souligne que, depuis quelques années, une doctrine juridique et économique minoritaire a plaidé pour un recours à la responsabilité civile des compagnies, plutôt que criminelle : ces auteurs considèrent que les deux types de responsabilités sont tout aussi dissuasives car susceptibles, l'une comme l'autre, d'attenter à la réputation mais la responsabilité civile est mieux à même de permettre un calcul convenable des indemnités, à moindre coût, la justice pénale présentant un coût plus élevé. Ce sont donc des préoccupations d'ordre économique qui préoccupent là-bas d'éventuelles réorientations de politiques criminelles... ce qui nous étonnera toujours... Une doctrine prônant une amplification de la responsabilité pénale des personnes morales n'est apparue qu'au cours des années 1990, quelques auteurs se fondant alors sur l'idée de volonté propre de la personne morale : la *Corporate mens rea doctrine* est apparue aux États-Unis et a eu une forte influence sur le droit australien⁴⁸. Quoi qu'il en soit, le modèle anglo-saxon de responsabilité pénale des personnes morales était, lors de la réforme du Code pénal, bien timoré au regard de la réforme adoptée en France.

11. A l'époque de la réforme française, le Canada appliquait le droit anglais, adoptant même les restrictions jurisprudentielles apportées dans les années 1980 à la théorie de l'identification⁴⁹. Ce n'est que le 31 mars 2004 qu'une responsabilité pénale des organisations à raison des actes de leurs agents fut adoptée⁵⁰. En l'occurrence, c'est donc le droit canadien qui semble se rapprocher du droit français et non l'inverse... et l'anthropomorphisme est tout aussi manifeste dans les discours, il ferait même froid dans le dos : une société « est organiquement capable de faire des choix judicieux en fonction des effets prévisibles à court et à long terme. La personne morale est capable de volonté et d'un haut degré de discernement, et l'acuité de ce discernement, combiné avec d'autres facteurs, la rend capable d'une efficacité dépassant celle de chaque individu »⁵¹.

12. Par ailleurs, les systèmes juridiques continentaux⁵² allemands et italiens demeurent encore aujourd'hui rétifs à cette responsabilité pénale des personnes morales, préférant conserver toute son actualité au principe « *societas delinquere non potest* ». En Italie, le principe a même valeur constitutionnelle⁵³, tout comme en Allemagne⁵⁴, où les personnes morales ne sont susceptibles que de poursuites et de sanctions administratives. La

⁴⁵ S. Lowe, F. McKie, préc. p. 83

⁴⁶ S. Lowe, F. McKie, préc., p. 81

⁴⁷ C.M.V. Clarkson, préc., n° 2 et 4

⁴⁸ C.M.V. Clarkson, préc., n° 4, VI

⁴⁹ A.-M. Boisvert, Document de discussion sur la responsabilité pénale des personnes morales, in Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, <http://www.ulcc.ca/fr/criminal/index.cfm?sec=3&sub=3e> ; J.-C. Hebert, La responsabilité pénale des organisations, <http://www.ciaj-icaj.ca/english/publications/2004/678H%E9bert.pdf>

⁵⁰ Canada, Code criminel, art. 217-1.

⁵¹ M. Lizée, De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales, Revue de droit de McGill, 1995, 41, 132, <http://www.journal.law.mcgill.ca/arts/41/lizee.pdf>

⁵² Dits aussi de droit civil et dont fait partie le droit français

⁵³ Il est rattaché à l'art. 27 de la Constitution qui dispose : La responsabilité pénale est personnelle ; la peine ne peut consister dans un traitement contraire au sentiment d'humanité et doit tendre à la rééducation du condamné. M.-E. Cartier, Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français, LPA n° 149, p. 19. M. Comporti, LPA 1996, n° 149, 11.

⁵⁴ Cour const. Fédérale, 25 oct. 1966, BVerfGE 20, 323. R. Legeais, préc. p. 378. S. Geeroms, La responsabilité pénale de la

nécessité de suivre le modèle étranger en raison de risque pour notre système juridique d'être à la traîne était donc un fantasme, sans doute soutenu par des préoccupations toutes autres...

II - Objectifs de l'anthropomorphisme : la déresponsabilisation des dirigeants

13. L'objectif affiché des promoteurs de la responsabilité pénale des personnes morales est le renforcement des garanties sociales offertes par le droit, les personnes morales devant respecter des codes de conduite, des règles éthiques et des règles pénalement sanctionnées. Il est indéniable que le fait d'avoir autorisé certaines personnes morales (associations, syndicats...) à prendre en charge la défense d'intérêts auparavant négligés permet le renforcement des protections sociales ; de même, est louable l'idée de favoriser le sort des victimes en facilitant la poursuite pénale des personnes morales ayant un rôle économique et social majeur, lorsqu'elles sont auteures de pollutions, ... leur responsabilité pénale est effectivement susceptible de renforcer la protection de l'ensemble du corps social et de ses valeurs essentielles. Pourtant, on note que cette innovation n'avait pas d'utilité pour la réparation des victimes : la responsabilité civile des personnes morales en cas d'infractions commises par leurs dirigeants et dont elles ont pu bénéficier existait avant cette réforme.

14. En réalité, cette médaille a son revers : il paraît évident que cette personnalité morale est utilisée comme écran et pour permettre d'exonérer les dirigeants. L'objectif apparaît à peine voilé dans l'exposé des motifs du projet déposé en 1986 : « disparaîtra la présomption de responsabilité qui pèse en fait aujourd'hui sur les dirigeants à propos d'infractions dont ils ignorent parfois l'existence »⁵⁵. Il était essentiel aux yeux des parlementaires de la majorité sénatoriale, comme l'illustre le rapport Marchand qui relève que cette responsabilité des personnes morales permettra d'éviter que le dirigeant de société ne serve de « bouc émissaire »⁵⁶. Cette préoccupation revient constamment chez les auteurs dans les années 1980 et 1990. La sanction pénale est suspecte ; le grand nombre d'infractions, couramment qualifié d'« inflation pénale »⁵⁷, est critiqué de façon d'autant plus virulente que la vie de l'entreprise est concernée. Les idées néolibérales ont leur part, refusant par principe les réglementations qui entravent la liberté des marchés et des entrepreneurs⁵⁸ : les auteurs reprochent au droit pénal des affaires d'être pléthorique au point de mettre en péril l'économie dynamique et efficace dont notre pays a besoin et de casser les ressorts de la confiance⁵⁹. De façon quelque peu contradictoire, ils ajoutent qu'il est impossible à un chef d'entreprise de connaître toutes les règles qui s'imposent à lui au point qu'elles ne sont jamais appliquées (comment entravent-elles alors les affaires et la croissance ?). Des colloques posent la question : « La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? »⁶⁰. Les professionnels se sentent entravés dans leurs actions, amoindris dans leurs pouvoirs⁶¹ : les appels à une « régulation interne » de la vie des affaires se substituent à la régulation externe – celle de la loi et des juridictions qui l'appliquent – se font pressants⁶². Dès lors, « ne devrait-on pas admettre que l'action faite pour le

personne morale, étude comparative, RIDC 3-1996, 533.

⁵⁵ **R. Badinter**, présentation du projet du nouveau Code pénal, Dalloz 1986, p. 16

⁵⁶ Rapport **P. Marchand**, doc. AN, n° 896, 1989-90 ; **M. Rossi**, JO débats, AN 17 mai 1991, p. 1482

⁵⁷ Voir notamment **M.-T. Calais-Auloy**, La dépenalisation en droit des affaires, D. 1988, 315, n° 1 ; **M. Delmas-Marty**, L'inflation pénale, VI^e congrès de l'association française de droit pénal, Montpellier, 7-9 novembre 1983 ; **J.-J. de Bresson**, Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques, Rev. sc. crim. 1985, 241. **R. Pelen**, L'enjeu répressif : réactions d'un chef d'entreprise, in Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise, Economica 1989.

⁵⁸ **G. Farjat**, La notion de droit économique, in Droit et économie, APD, T. 37, Sirey 1992, p. 27, spéc. p. 37. **C. Fried**, Libéralisme et droit pénal, in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz 1997, 101.

⁵⁹ **P. Bezard**, L'objet de la pénalisation de la vie économique, in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz 1997, 11. **J. Larché**, Les politiques de la pénalisation de la vie économique, même ouvrage, 95. **R. Pelen**, préc.

⁶⁰ La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?, LPA 1997, n° 12.

⁶¹ **J.-F. Verny**, La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? préc., spéc. p. 18.

⁶² Voir notamment : **J.-F. Verny**, préc., p. 18 ; **P. Bezard**, préc., p. 13 ; **D. Schmidt**, Le partage entre régulation interne et régulation externe des sociétés, in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz 1997, 33. **B. Vatiér**, La pénalisation nuit-elle à la démocratie ? préc., p. 4. **A. Roger**, Ethique des affaires et droit pénal, Mélanges Larguier, PUG 1993, spéc. p. 266. **P. Kolb**, Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires, Thèse Poitiers 1993, p. 33 et s.

compte de la personne morale exclut toute responsabilité personnelle du représentant ou de l'organe ? »⁶³ ; « l'être humain se trouve de plus en plus inséré dans des organisations qui le dominent »⁶⁴.

15. Il est vrai que la responsabilité pénale de la personne morale « n'exclut pas » les poursuites à l'encontre de la personne physique qui a personnellement commis l'acte litigieux⁶⁵. Le dirigeant peut donc être déclaré coauteur dans la mesure où il réunit les éléments matériels et intellectuels de l'infraction. Les responsabilités se cumulent donc. Cependant, les travaux préparatoires comme les auteurs prônent de ne poursuivre le dirigeant qu'en cas d'acte manifestement intentionnel, ce qui exclut toute poursuite pour les infractions par imprudence, notamment les infractions dites jadis matérielles. « Les débats parlementaires témoignent ouvertement de la volonté d'affaiblir ou même d'exclure la responsabilité du décideur en introduisant celle des personnes morales », relève Mme Delmas-Marty⁶⁶. La tournure du texte (« n'exclut pas ») montre d'ailleurs que ce cumul est envisageable mais peu encouragé et la jurisprudence respecte l'esprit du texte en n'engageant la responsabilité personnelle des dirigeants qu'en cas de faute intentionnelle⁶⁷ et en n'exigeant plus, depuis 2006, que l'auteur personne physique soit identifié lorsque le rôle de l'organe est mis en évidence⁶⁸.

16. L'exemple américain tendant à exonérer les dirigeants a sans doute joué ici un rôle bien plus important que celui concernant plus spécifiquement la responsabilité pénale des personnes morales. Aux Etats-Unis, les lois et *Common law* du Delaware, très amènes à l'égard des entreprises dominant largement le droit des affaires, la grande majorité des sociétés y étant domiciliées. Le dirigeant d'entreprise n'est personnellement responsable qu'en cas de faute très grave⁶⁹. En France, cet allègement sensible de la responsabilité des dirigeants (de toute sorte de collectivités) amorcé avec la responsabilité pénale des personnes morales, fut poursuivi ensuite : la notion de faute séparable des fonctions en responsabilité civile y participe⁷⁰ et la faute pénale d'imprudence a été redéfinie en 2000 dans le seul souci d'alléger la responsabilité des décideurs publics⁷¹, les décideurs privés en bénéficiant nécessairement. Rappelons qu'il est possible d'engager la responsabilité des personnes morales dans des cas où les personnes physiques ne peuvent plus, désormais, être poursuivies, depuis la rédaction de l'art. 121-3 al. 4 issue de la loi du 10 juillet 2000 : alors que la responsabilité d'une personne physique ne peut être retenue en cas de causalité indirecte que si sa faute est qualifiée, la personne morale peut être poursuivie pour n'importe quelle faute⁷². Ce souci d'alléger la responsabilité des dirigeants n'étant guère présentable aux yeux du grand public, il est préférable de considérer que la personne morale est effectivement responsable puisque douée, comme toute autre « personne », d'un intérêt propre et d'une volonté autonome et libre...

17. Il n'est pas faux de dire que les personnes réunies en groupe n'ont pas forcément le même comportement que si elles avaient été seules face aux mêmes circonstances. Faut-il pour autant alléger leur responsabilité ? Ou, au contraire, cette circonstance ne devrait-elle pas être de nature à l'aggraver ? Au-delà de l'obstacle de l'élément moral, de la responsabilité pénale du fait d'autrui, ou même des sanctions collectives dépourvues de rôle amendant

⁶³ B. Bouloc, préc. p. 12.

⁶⁴ C. Ducouloux-Favard, Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales, LPA 1996, n° 149, 36, spéc. p. 38

⁶⁵ C. pén. art. 121-2, al. 3. J.-C. Saint Pau, La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale, Mélanges Bouloc, Dalloz 2006, p. 1011

⁶⁶ M. Delmas-Marty, Prudence et silences : observations sur le nouveau Code pénal, LPA 1993, n° 120, 4. Dans le même sens, P. Couvrat, La responsabilité pénale des personnes morales, un principe nouveau, LPA loc. cit, p. 14

⁶⁷ Y. Mayaud, Droit pénal général, PUF 2007, 2^e éd., n° 372

⁶⁸ Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. 188 : inutile de préciser l'identité de l'auteur du manquement, le fait qu'un organe ou un représentant ait commis la faute est présumé. La CJCE raisonne de la même manière : C-338/00 P, 18 sept. 2003

⁶⁹ John Riggs, Les principes juridiques de la responsabilité des dirigeants aux Etats-Unis, LPA 2007, n° 249, 56

⁷⁰ V. Wester-Ouisse, La jurisprudence et les personnes morales : du propre de l'homme aux Droits de l'Homme, à paraître
⁷¹ Voir la lettre de mission du garde des sceaux E. Guigou, 8 juin 1999, <http://www.sante-publique.org/codepenal/Massot/annexes.htm>

⁷² Cass. crim., 24 oct. 2000, Bull. 308, D. 2002, 514, note J.-C. Planque; JCP 2001, II, 10535, M. Daury-Fauveau

ou dissuasif⁷³, la responsabilité pénale des personnes morales est incohérente au regard du traitement habituel des infractions commises à plusieurs. Les auteurs justifient la responsabilité pénale des personnes morales par le fait que, dans les structures importantes, les prises de décisions sont diluées, et qu'il est difficile de déterminer les responsabilités de chacun. On observera que, en matière pénale, les auteurs se vantent rarement auprès des autorités et on ne peut prendre prétexte de la difficulté de la résolution d'une affaire pour en laisser subir la sanction à une collectivité quelconque.

De façon plus générale, cette responsabilité des personnes morales est expliquée par le fait que les responsables d'entreprises n'ont agi de la sorte que parce qu'ils étaient au sein de ce groupement qu'est la personne morale. Autrement dit, c'est le fait d'être au sein d'une entreprise, d'une association, d'une structure quelconque qui explique ce comportement : le dirigeant a été incité par les circonstances économiques, par la pression des associés, des concurrents, par la culture d'entreprise, par les défauts de l'organisation. Pourtant, tant au regard de la coaction que des infractions en réunion, la solution qui consiste à alléger autant que faire se peut la responsabilité des membres du groupement pour rejeter la responsabilité sur la structure est illogique.

18. Les organisations d'une façon générale, les personnes morales en particuliers, sont des techniques élaborées par les individus, et ce sont eux qui les utilisent : les individus personnes physiques et leur volonté ne disparaissent pas. D'ailleurs, en d'autres circonstances, le fait qu'une personne physique soit soumise à des influences et des contraintes ne justifie pas, en d'autres circonstances, qu'elle soit déresponsabilisée. Par comparaison, un individu soumis à la pression de pulsions perverses, même difficile à contrôler, est pénalement responsable, puisqu'une personne n'est exonérée de sa responsabilité pénale que lorsqu'un rapport d'expertise psychiatrique démontre que son discernement est totalement aboli au moment des faits. On ne voit donc pas pourquoi les membres d'un conseil d'administration de SA seraient exonérés de leur responsabilité au prétexte que leur décision finale a été influencée par la pression de groupe d'actionnaires ou de pressions économiques. Pour une comparaison d'un autre ordre, certains délits sont considérés comme aggravés lorsqu'ils sont commis en réunion, l'association de malfaiteurs ou la bande organisée sont incriminées⁷⁴. En aucun cas le dirigeant d'un tel groupe ne sera exonéré au prétexte qu'il n'a commis l'acte que sous l'influence d'autres, ou en raison d'un contexte économique ou social peu favorable... Certaines infractions incriminent l'auteur « moral », le « cerveau » et les peines sont parfois plus fortes : il en est ainsi de l'exploitant d'un navire qui ordonne ou laisse faire un rejet d'hydrocarbures en mer, de celui qui organise un trafic de stupéfiants ou un groupe de combat⁷⁵,... le Code pénal incrimine également de nombreuses provocations. Enfin, en cas de pluralité d'acteurs, notamment sur les « scènes uniques de violence », chacun des acteurs est considéré comme individuellement coauteur en vertu de la « théorie de la complicité corespective » ; peuvent être condamnées sur ce fondement des personnes ayant seulement encouragé l'acte en train de se commettre⁷⁶... On le voit, qu'il y ait entente préalable ou simple effet collectif spontané, le droit pénal se montre en principe d'une grande sévérité ; la responsabilité pénale des personnes morales est très atypique de ce point de vue.

⁷³ P. Conte, P. Maistre du Chambon, préc., n° 370. C. Saint-Pau, préc. C. Lombois, Rapport de synthèse, LPA 1993, n° 120, 48. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, préc., n° 302. R. Merle, A. Vitu, préc., n° 596

⁷⁴ C. pén. art. 132-71 : définit la bande organisée ; art. 450-1 : définit l'association de malfaiteurs.

⁷⁵ Art. 6 de la loi du 5 juillet 1983 sur les rejets en mer, C. pén., art. 222-34 et art. 431-16 et s.

⁷⁶ Cass. crim. 20 janvier 1992, Droit pén. 1992, comm. 194 : des individus, par leur présence et leur nombre, dissuadent les tiers d'intervenir contre des violences.