



AVIS DE M. RENAUD SALOMON, AVOCAT GENERAL

Arrêt n°2333 du 25 novembre 2020 - Pourvoi n° P1886955

Société Iron Mountain France SAS

C/

SA Ebenal

- Sur le pourvoi, formé par la société Iron Mountain France SAS, contre l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens, chambre correctionnelle, en date du 26 septembre 2018, qui, dans la procédure suivie contre elle du chef de destruction involontaire par explosion ou incendie, a ordonné la jonction des procédures sur citation et citation directe, fixé le montant de la consignation mise à la charge des parties civiles et ordonné un supplément d'information;

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE ET ANALYSE DES MOYENS

A la suite de l'incendie, survenu, le 28 janvier 2002, des entrepôts de stockage d'archives de la société Intradis, le procureur de la république d'Amiens a, le 24 avril 2002, requis l'ouverture d'une information judiciaire du chef de destruction involontaire de bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi.

Après le rejet de ses différents recours, la société Intradis a été citée devant le tribunal correctionnel, par acte d'huissier en date du 24 juillet 2017, à l'audience du 23 novembre 2017.

Entre temps, le 31 mars 2017, la société Recall France et sa filiale, Intradis, ont été absorbées par la société Iron Mountain dans le cadre d'une opération de fusion-acquisition.

La société Iron Mountain a fait l'objet de plusieurs citations directes à l'audience du 23 novembre 2017 de la part de certaines parties civiles.

Elle est intervenue également volontairement à l'instance, sollicitant que soit constatée l'extinction de l'action publique du fait de la disparition de la société Intradis.

Par jugement avant dire droit du 8 février 2018, le tribunal correctionnel a fixé le montant des consignations à verser par la société Ebenal, M. A... X..., M. B... ... et la société Kering et a ordonné un supplément d'information afin de déterminer les circonstances de l'opération de fusion-absorption, ainsi que sur tout élément relatif à la procédure en cours et notamment l'infraction de destruction involontaire poursuivie initialement à l'encontre de la société INTRADIS.

La société Iron Mountain a formé appel de cette décision.

La cour d'appel par arrêt en date du 26 septembre 2018 a confirmé la décision des premiers juges.

Un pourvoi a été formé au nom de la société iron Mountain, par déclaration au greffe en date du même jour, souscrite par un avocat du barreau de Paris, muni d'un pouvoir spécial.

La SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia s'est constituée en demande et un mémoire ampliatif a été déposé dans le délai imparti.

La SCP Meier-Bourdeau, Lécuyer et associés s'est constituée en défense pour la société EBENAL SA et la SCI SOM-ROY.

La SCP Lyon-Caen et Thiriez s'est constituée en défense pour M. A... W... dit A... X... et M. B... V... dit Y...

La SCP Célice, Texidor, Périer s'est constituée en défense pour La société Kering SA.

Des mémoires ont été déposés en défense.

Par décision en date du 26 décembre 2019, le président de la chambre criminelle a ordonné l'examen immédiat du pourvoi.

2. DISCUSSION

PLAN

I. Sur les deux premiers moyens:

1.- Le nécessaire maintien du principe d'une responsabilité pénale du fait personnel en cas de fusion-absorption

1.-1. Le particularisme de la jurisprudence de la chambre criminelle

1.-2. La justification du particularisme de la jurisprudence de la chambre criminelle

2.- Les possibilités de faire échec au jeu de la fusion-absorption, intervenue après l'engagement des poursuites pénales à l'encontre de la société absorbée

2.-1. A titre principal, l'exception au principe de personnalité des peines: la fraude à la loi

2.-1.-1. La notion de fraude à la loi

2.-1.-2. La fraude à la loi, une notion familière en droit pénal

2.-2. A titre subsidiaire: l'inflexion du principe de personnalité des peines: la notion de redevable pénale

2.-2.-1. Responsabilité du préposé et transfert de peines sur autrui

2.-2.-2. Responsabilité du préposé et transfert de responsabilité sur autrui

3.- Appréciation du bien-fondé des griefs contenus dans les deux premiers moyens:

II. Sur le troisième moyen:

1.- Sur la recevabilité du moyen

2.- Sur le bien-fondé du moyen

*

*

*

La question principale, posée par les deux premiers moyens de cassation et justifiant la réunion de la chambre criminelle en formation plénière, est de savoir si l'existence d'une fraude entachant une opération de fusion entre sociétés peut conduire à écarter la règle de la responsabilité pénale du fait personnel, posée par l'article 121-1 du code pénal, en vertu de laquelle la responsabilité pénale de la société absorbée ne peut être transmise à la société absorbante (I)

Celle, posée par le troisième moyen, est de savoir si la juridiction pénale, qui ordonne un supplément d'information, peut directement désigner un officier de police judiciaire pour y procéder (II).

I.- Sur les deux premiers moyens

Dans l'affaire venant, ce jour, devant la chambre criminelle, une fusion-absorption est intervenue, alors que la société absorbée avait fait l'objet, avant cette opération, de poursuites pénales. Il s'agit, plus précisément pour la chambre, de déterminer si une juridiction, saisie d'infractions commises par une société ayant été dissoute à la suite d'une fusion, peut ordonner un supplément d'information, afin de déterminer si l'opération de fusion-absorption a été entachée de fraude au motif que celle-ci permettrait d'engager la responsabilité pénale de la société absorbante.

La question posée présente d'autant plus d'acuité que, dans la pratique des affaires, une fusion-absorption peut être réalisée en quelques semaines, alors qu'une procédure pénale, peut

parfois s'étendre sur plusieurs années, en particulier en cas d'ouverture d'une information judiciaire ¹.

Si, en ce qui concerne la société absorbée, il est acquis de longue date que la répression pénale ne peut plus s'exercer à son encontre du fait de la disparition de sa personnalité morale, la question de principe, posée par le pourvoi, est de savoir si la responsabilité pénale de la société absorbante peut être engagée à raison d'infractions, commises par la société absorbée, en cas de fraude à la loi, commise à l'occasion d'une telle opération de restructuration d'entreprises.

Afin d'apporter des éléments de réponse à la question posée, il convient, à titre liminaire, de rappeler les principes fondamentaux de droit commercial régissant les opérations de fusion-absorption.

En droit commun des sociétés, l'article 1844-4 du code civil, dispose:

“Une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion”.

Dans le même sens, en droit spécial des sociétés, aux termes de l'article L. 236-1 du code de commerce, applicable aux sociétés commerciales, *“une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent”.*

Il résulte de ces deux textes que la fusion permet de réunir deux ou plusieurs sociétés ² en une seule, soit qu'il s'agisse d'une nouvelle société, soit par absorption d'une société par une autre, ce qui est le cas dans l'affaire soumise, ce jour, à la chambre criminelle.

En droit des sociétés, la fusion emporte deux effets: d'une part, la dissolution sans liquidation de la société absorbée, d'autre part, la transmission universelle du patrimoine de celle-ci à la société absorbante ³. Cette dernière devient, selon une terminologie civiliste, l'ayant cause de la société dissoute: elle continue la société fusionnée, comme, en droit des successions, l'héritier perpétue la personne du défunt ⁴. Toutefois, si cette substitution de personne est évidente en droit civil, elle l'est beaucoup moins en droit pénal. En réalité, il convient de distinguer entre plusieurs situations ⁵.

Lorsque la personne morale est fusionnée, après avoir été définitivement condamnée, il ne fait aucun doute que la société bénéficiaire est tenue d'exécuter la peine prononcée. L'article 133-1 du code pénal dispose en effet qu'il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice, ainsi qu'à l'exécution de la confiscation, après le décès du condamné ou après la dissolution de la personne morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation.

¹ Ce risque est réel, ainsi que le relève très justement dans son étude A. Gallois, La responsabilité pénale de la société absorbante en cas de fusion-absorption frauduleuse: Dr. sociétés 2010, Etude 7. - Tel est précisément le cas en l'espèce, l'incendie ayant motivé les poursuites du chef de destruction involontaire à l'encontre de la société étant survenu, le 28 janvier 2002, alors que l'arrêt attaqué a été rendu, le 26 septembre 2018.

² Civ., 28 janv. 1948: D. 1946, p. 168.

³ C. com., art. L. 236-3.

⁴ *“Le mort saisit le vif”* (Loysel, Institutes coutumières, 1607).

⁵ L. Gamet, Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés: JCP G 2001, I, 345.

De même, la responsabilité pénale de la société absorbante peut être engagée, si elle reprend l'engagement délictueux ou en tire profit. Les faits de nature à engager des poursuites sont directement imputables à cette société, à laquelle il est reproché d'avoir perpétré un comportement répréhensible ou de s'être rendue coupable de recel.

En revanche, lorsque les faits délictueux sont exclusivement imputables à l'ancienne personne morale, sa disparition fait en principe échec à la mise en mouvement des poursuites pénales et éteint l'action publique en application du principe de responsabilité pénale du fait personnel dominant le droit pénal⁶. "*En matière de crime, il n'y a point de garant*", affirmait déjà Loysel au XVII^{ème} siècle dans ses *Institutes coutumières*. Le principe, selon lequel nul n'est pénalement responsable que de son propre fait, est un principe général de notre droit⁷ et la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé "*qu'hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit*"⁸. C'est dire si le principe de personnalité des peines bénéficie d'une assise juridique incontestable. L'existence d'un texte spécifique en droit des sociétés réglant les effets de la reprise ne saurait donc avoir en principe une incidence sur la solution pénale.

Si le procédé, qui consiste à faire absorber une société une société par une autre n'est pas, en soi, illicite ou artificiel⁹, la question, posée par les deux premiers moyens du pourvoi, est, on l'a dit, de savoir si l'interdiction, résultant de l'article 121-1 du code pénal, d'engager des poursuites pénales à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée, peut être écartée en cas de fraude à la loi, résultant de l'opération de fusion-absorption. **Au delà, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si la société absorbante encourt une responsabilité pénale au delà du seul cas de fraude à la loi.**

Au regard des observations qui vont suivre, il apparaît que le nécessaire maintien du principe d'une responsabilité pénale du fait personnel en cas de fusion-absorption (1) ne doit pas pour autant permettre de dégager automatiquement la société absorbante de toute responsabilité en cas de poursuite ou de condamnation de la société qu'elle a absorbée (2). A la lumière de ces principes généraux, seront examinés les griefs, énoncés par les deux premiers moyens (3).

1.- Le nécessaire maintien du principe d'une responsabilité pénale du fait personnel en cas de fusion-absorption

Le particularisme de la position de la chambre criminelle, qu'il conviendra de présenter dans un premier temps (1.-1), se justifie totalement au nom du principe de l'autonomie du droit pénal (1.-2.).

1.-1. Le particularisme de la jurisprudence de la chambre criminelle

Afin de bien percevoir ce particularisme prétorien, il convient de rappeler que, dans le silence de l'article 6 du code de procédure pénale, la chambre criminelle a considéré, selon un

⁶ C. pén., art. 121-1: "*nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*".

⁷ CE, 18 nov. 1958, *Grawitz*: D. 1960, p. 47. - Mourgeron, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, nos 230 et 231. - V. infra pour une discussion de la valeur constitutionnelle du principe de personnalité des peines.

⁸ Cour EDH, 29 août 1997: Aff. *EL, RL et JO-L c/ Suisse, et AP, MP et TP c/ Suisse*.

⁹ CA Paris, 28 déc. 1992: Bull. Joly sociétés 1993, p. 435, note P. Le Cannu.

raisonnement anthropomorphiste, que la dissolution d'une personne morale poursuivie était une cause d'extinction de l'action publique, à l'instar du décès de la personne physique ¹⁰.

Aussi, la Haute juridiction a-t-elle, de longue date, rejeté l'idée de poursuivre pénalement une société absorbante lorsque l'infraction a été commise dans le cadre de la société absorbée, préalablement à la disparition de sa personnalité juridique ¹¹. Par un arrêt du 20 juin 2000, la chambre criminelle a en effet jugé qu'il résulte de l'article 121-1 du code pénal, que, dans le cas où une société, poursuivie pour blessures involontaires, a fait l'objet d'une fusion-absorption, la société absorbante ne peut être déclarée coupable, l'absorption ayant fait perdre son existence juridique à la société absorbée. Dans cette affaire, les juges du fond, dont la décision a été cassée au visa de ce texte, avaient pourtant condamné la société absorbante en se fondant expressément sur la fraude à la loi: selon les juges d'appel, *“juger le contraire reviendrait à priver de toute utilité les articles 121-2 et suivants du Code pénal prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales, qui pourraient tout à loisir frauder à la loi et échapper aux poursuites sans même être dissoutes ou liquidées”*.

Depuis lors, la chambre criminelle n'a eu de cesse de maintenir sa jurisprudence ¹². Par un arrêt du 28 octobre 2016, elle a effectivement jugé:

- que la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes, qui a été codifiée par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, telle qu'interprétée en son article 19, paragraphe 1, par l'arrêt, rendu, le 5 mars 2015, par Cour de justice de l'Union européenne, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers;

- et que l'article 121-1 du code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique par l'effet d'une fusion-absorption ¹³.

Ce n'est que devant le juge des intérêts civils qu'une telle position rigoriste de la chambre criminelle a cédé. En effet, en application de l'article 6 du code de procédure pénale, l'absorption

¹⁰ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, coll. Corpus droit privé, 4^{ème} éd. 2015, n° 1044.

¹¹ Crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742: Bull. crim., n° 237; D. 2001, p. 853, note H. Matsopoulou; Rev. sc. crim. 2001, p. 153, obs. B. Bouloc; RJS 2001, n° 145. - Crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376: Bull. crim., n° 189; Dr. pén. 2004, comm. 20, obs. M. Véron; RSC 2001, p. 339, obs. E. Fortis; D. 2004, somm. 319, obs. G. Roujou de Boubée; Gaz. Pal. 2004, n° 256, p. 19 et s., note M.-C. Sordino; RJS 2004, n° 278. - Crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376: Bull. crim., n° 189; RSC avr.-juin 2004, p. 339, note E. Fortis. - Crim., 23 avr. 2013, n° 12-83.244: Bull. crim., n° 95; Dr. pénal 2013, comm. 110, obs. J-H. Robert; Dr. sociétés, comm. 147, obs. R. Salomon: dès lors qu'une société, poursuivie pour un délit, est absorbée avant que le juge pénal ait statué sur sa culpabilité, celui-ci ne peut pas condamner la société absorbante à verser des dommages et intérêts à la partie civile. - L. Gamet, Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés: JCP G 2001, I, p. 345. - D. Vich-Y-Llado, La responsabilité des personnes morales en cas de fusion: JCP E 2001, p. 838. - Y. Muller, La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption: JCP E 2004, I, p. 1151. - F. Stasiak, Fusion et responsabilité pénale des personnes morales en droit boursier, in Les droits et le Droit, Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 1091. - A. Gallois, La responsabilité pénale de la société absorbante en cas de fusion-absorption frauduleuse: Dr. sociétés 2010, étude 7. - Dernièrement: Crim. 18 févr. 2014, n°12-85.807. - Crim., 7 janv. 2020, n° 18-86.293: P+B+I: RJS 3/20, n° 165.

¹² Sur la question: R. Hervet et A. Salon, Fusion par absorption et transfert de la responsabilité pénale: comment désamorcer le conflit jurisprudentiel naissant?: Dr. pén. 2017, Etude 9.

¹³ Crim., 28 oct. 2016, n° 16-80.366: Bull. crim., n° 275; D. 2016, somm., p. 2606, note R. Dalmau; Dr. sociétés 2017, comm. 34, obs. R. Salomon; AJ Pénal 2017, p. 36, note J. Lasserre-Capdeville.

de la personne morale poursuivie par une autre, postérieurement à la condamnation pénale prononcée en première instance contre la première, dont celle-ci a relevé appel, n'empêche pas la cour d'appel de statuer sur l'action civile. Ainsi, le juge pénal, après avoir constaté l'extinction de l'action publique à l'égard d'une personne morale prévenue, du fait de sa fusion-absorption postérieure à sa condamnation du chef de travail dissimulé, peut condamner la société absorbante, venant aux droits et obligations de la précédente, à payer des dommages-intérêts aux parties civiles ¹⁴.

En définitive, la chambre criminelle, depuis son arrêt du 20 juin 2000, affirme régulièrement son autonomie par rapport au droit commercial, pour lequel, même si les articles 1844-4 du code civil et L. 236-14 du code de commerce ne le disent pas clairement, l'opération de fusion-absorption conduit à une véritable transmission universelle de patrimoine de la société absorbée vers la société absorbante ¹⁵. En d'autres termes, la responsabilité de la société absorbante ne peut être, pour la chambre criminelle, qu'une responsabilité du fait personnel.

Cette position de la chambre criminelle peut apparaître, *prima facie*, isolée et surprenante. En effet, elle semble diverger de celle de la Cour de justice de l'Union européenne ¹⁶ et de la chambre commerciale de la Cour de cassation ¹⁷ ainsi de celle du Conseil d'Etat. En effet, ces trois juridictions jugent à l'unisson qu'une sanction administrative, en droit de la concurrence comme en droit boursier et en droit fiscal, peut être prononcée à l'encontre d'une société absorbante à raison de manquements commis par la société absorbée ¹⁸.

Cette position commune sort renforcée par une décision rendue par le Conseil constitutionnel, qui, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation ¹⁹, et dans le droit fil d'un précédent ²⁰, a jugé que la condamnation une société absorbante à raison

¹⁴ Crim., 28 févr. 2017, n° 15-81.469: Bull. crim., n° 55; Dr. sociétés 2017, comm. 154, obs. R. Salomon.

¹⁵ A. Lienhard, Code des sociétés Dalloz 2020 commenté, sous l'article 1844-4 du code civil, p. 97.

¹⁶ CJUE, 5ème ch., 5 mars 2015, aff. C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ ACT*: Dr. pén. 2015, comm. 74, obs. G. Notté; RJDA 2015, p. 491, note C. Soulard.- CJUE, 14 mars 2019, aff. 724/17, *Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions Oy*.

¹⁷ En droit boursier: Com., 15 juin 1999, n° 97-16.439: Bull. IV, n° 127; RD bancaire et bourse 1999, p. 123, obs. M. Germain M. et M.-A. Frison-Roche.- En droit de la concurrence: Com., 20 nov. 2001: JCP E 2002, 1044, note L. Arcelin.- Com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166: Bull. IV, n° 6: JCP E, 1124, note L. Arcelin Lécuyer; Contrats conc. Consom. 2014, comm. 91, obs. N. Mathey; D. 2014, p. 269, note E. Chevrier et p. 531, note M.-C. Sordino; Bull. Joly sociétés 2014, p. 180, note A. Couret.

¹⁸ En droit boursier: CE, 22 nov. 2000, n° 207697, *Sté Crédit Agricole Indosuez Chevreux*: D. 2001, AJ, p. 237, note M. Boizard; JCP E 2001, p. 1609; RD bancaire et financier 2001, p. 28, obs. M.-A. Frison-Roche, M. Germain, J.-Cl. Marin et C. Pénichon; D. 2001, p. 1609, obs. A. Reygrobelle: dans cette affaire, le Conseil d'Etat a considéré que "*l'article 121-1 du code pénal et le principe de personnalité des peines ne font pas obstacle à ce qu'une sanction soit prononcée à l'encontre de la société absorbante*".- CE, 10 mai 2004, *Sté Etna Finance*, n° 247130.- CE, 30 mai 2007, *Sté Tradition Securities and Futures*, n° 293423.- CE, 17 déc. 2008, n° 316000, *Sté Oddo & Cie c/ Autorité des marchés financiers*: Rev. sociétés 2009, p. 397, note C. Arsouze; JCP E 2009, 1136; Bull. Joly bourse 2009, p. 50.- En droit fiscal: CE avis, 3ème et 8ème sous-sect., 4 déc. 2009, *Sté Rueil Sports*, n° 329173: JCP E 2010, 1143, obs. F. Deboissy et G. Wicker; Dr. fisc. 2009, n° 50, act. 371.

¹⁹ Com., QPC, 18 févr. 2016, n° 15-22.317.

²⁰ Cons. constit., Déc. n° 2012-239 QPC, 4 mai 2012: Dr. pén. 2012, comm. 119, obs. J.-H. Robert.

d'infractions administratives commises par une société absorbée était conforme à la Constitution²¹.

Dans le même sens, venant parachever cet édifice prétorien, la Cour européenne des droits de l'homme vient, le 1^{er} octobre 2019, d'affirmer qu'une **amende civile**, prévue au Code de commerce, prononcée à l'encontre de la société absorbante sur le fondement du principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise absorbée, ne porte pas atteinte au principe de la personnalité des peines²². Même si la Cour de Strasbourg se fonde sur l'article 121-1 de notre code pénal, siège du principe de la responsabilité pénale du fait personnel, il n'en demeure pas moins que **c'est seulement ici en matière d'infractions administratives, relevant de la seule matière para-pénale, en l'espèce dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, visées à l'article 442-6 du code de commerce, qu'elle affirme que la fusion-absorption n'est pas une cause d'irresponsabilité**. Révélateur à cet égard est le §49 de cet arrêt qui évoque une "*responsabilité économique*", et non pénale, de la société absorbante ainsi qu'une "*responsabilité pécuniaire*", et non, encore une fois, pénale, de cette dernière²³. Ces termes sont en effet plus généralement utilisés dans la répression administrative, pénale au sens seulement matérielle du terme, notamment en droit de la concurrence ainsi qu'en droit boursier²⁴.

Au demeurant, la chambre commerciale, statuant en matière d'infractions administratives, et non pénales, dans ses arrêts précités en note de bas de page n° 17 des présentes conclusions, se réfère souvent au principe de la personnalité des poursuites et des sanctions en matière pénale²⁵.

On ne peut donc déduire de l'emprunt de principes pénalistes par l'arrêt du 1^{er} octobre 2019 de la Cour européenne des droits de l'homme la possibilité d'étendre la solution qu'elle a adoptée à la matière pénale, relevant de la chambre criminelle

A ce jour, aucune décision de la Cour de Strasbourg n'a transposé la solution retenue par cet arrêt à la matière pénale, au sens formel du texte, de sorte qu'il semble hasardeux de pouvoir déduire de cet arrêt un possible abandon du particularisme de la jurisprudence de la chambre criminelle.

D'autant plus que le principe de la responsabilité personnelle, affirmé en particulier par la décision précitée du Conseil constitutionnel du 18 mai 2016²⁶ ainsi que par les articles 8 et 9

²¹ Cons. constit., Déc. n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016.

²² CEDH, 1^{er} oct. 2019, aff. 37858/14, *Carrefour France c/ France*.

²³ Arrêt préc., §49: "*Une mise en oeuvre 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 personnalité des peines à des personnes morales*".

²⁴ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2020, n° 1059, p. 572: La procédure ouverte devant l'autorité de marché est indiscutablement administrative, et non pénale. Révélatrice à cet égard est la terminologie employée par les dispositions du Code monétaire et financier. "Il y est question de personne poursuivie au lieu de personne mise en examen, de séance au lieu d'audience, d'audition de personne utile au lieu d'audition de témoin ou d'expert, de procès-verbal de décision et non de jugement, lequel est signé du président, du rapporteur et du secrétaire tout comme de sanction pécuniaire et non de peine d'amende.

²⁵ En particulier: Com., 15 juin 1999, n° 97-16.439: Bull. IV, n° 127, préc.

²⁶ v. *supra*, note de bas de page n° 21.

de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 4 août 1789, ne permet d'y apporter que des aménagements limités, y compris à lorsqu'une personne morale est en cause.

En considération de l'ensemble de ces éléments, il apparaît préférable que la chambre criminelle ne revienne pas, du moins en l'état, sur sa jurisprudence excluant, du moins en principe, toute poursuite pénale à l'encontre d'une société absorbante lorsque l'infraction a été commise dans le cadre de la société absorbée, préalablement à la disparition de sa personnalité juridique.

1.-2. La justification du particularisme de la jurisprudence de la chambre criminelle

Du reste, l'opposition entre la jurisprudence de la chambre criminelle et celle des autres juridictions suprêmes est en réalité plus apparente que réelle, et ce, pour plusieurs raisons.

D'une part, pour la chambre commerciale, le Conseil d'Etat ainsi et la Cour de Strasbourg, l'entreprise, dont la notion est fondée sur la poursuite d'une activité économique, est le sujet du droit applicable aux manquements administratifs, réprimés par des sanctions para-pénales. A été généralisée par l'ensemble de ces juridictions la solution adoptée par la Cour de Luxembourg sur le fondement de l'article 85 du Traité CEE, devenu 81 du TCE puis 101 TFUE ²⁷.

Dans une telle optique, l'entreprise est indépendante de toute forme juridique, de sorte qu'un changement à cet égard n'a pas pour effet de créer une nouvelle entreprise qui ne pourrait plus être tenue des infractions commises par la précédente, dès l'instant où il y a continuité dans l'activité économique. Cela ne signifie pas que le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise prime sur celui de la personnalité des peines. Ce dernier, qui a une portée universelle, s'applique dans son intégralité. Mais la spécificité du droit de la concurrence, dont le sujet est l'entreprise, et non la personne morale, conduit à tirer les conséquences du principe de continuité économique et fonctionnelle ²⁸, sur lequel se fonde d'ailleurs le tout récent arrêt précité, rendu, le 1^{er} octobre 2019, par la Cour européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, en pareil cas, pour reprendre l'expression de Monsieur Desportes, *"il s'opère en réalité une sorte de novation de la responsabilité à l'occasion du transfert. C'est, avant tout parce qu'elle est garante du paiement de l'amende et dans cette seule mesure que la société absorbante peut voir sa responsabilité engagée en tant que continuatrice de la société absorbée"* ²⁹.

D'autre part, à la différence des infractions pénales, comportant toujours, depuis la loi Fauchon n° 2000-647 du 10 juillet 2000, un élément moral, les manquements administratifs, dont connaissent la chambre commerciale comme le Conseil d'Etat et la Cour de justice de l'Union européenne (abus de marché, pratiques anticoncurrentielles...) sont, la plupart du temps, des infractions moralement neutres, sanctionnant en principe un comportement purement objectif des opérateurs sur le marché ³⁰.

²⁷ CJUE, 18 juill. 2013, *Schindler Holding Ltd et a.*, aff. C-501/11, pt 102 .- CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, pt 38 .- CJCE, 24 sept. 2009, *Erste Group Bank AG et a.*, aff. C-125/07 .- CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland A/S et a.*, aff. C-204/00 P .- CJCE, 28 mars 1984, *Cie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH*, aff. 29 et 30/83, pt 9 .- CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" c/ Commission*, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73.

²⁸ Droit pénal social [droit pénal du travail et de la sécurité sociale], Economica, coll. Corpus droit privé, 5^{ème} éd., 2019, n° 1148.

²⁹ Conclusions sous Crim., 15 nov. 2016, n° 15-84.692.

³⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2020, n° 1047.

Enfin et surtout, l'hypothèse de la fraude à la loi a été réservée expressément par la chambre commerciale elle-même, dans un arrêt publié, rendu, le 15 juin 1999. Elle a jugé que fait une exacte application des articles 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la cour d'appel qui annule les sanctions prononcées par la Commission des opérations de Bourse (COB) à l'encontre des sept sociétés, issues de la scission d'une société, auteur d'infractions à son règlement n° 90-02 relatif à l'information du public, en retenant que les pratiques sanctionnées ont été commises par la seule société dissoute, et non par les sept sociétés, objets des poursuites et des sanctions, et que la COB n'a pas constaté que la première société aurait procédé à sa scission et à sa dissolution dans le but avéré d'éluder toute poursuite et aurait ainsi commis une fraude à la loi susceptible de vicier cette opération ³¹.

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de la chambre criminelle doit désormais prévoir des possibilités de faire obstacle à l'impunité parfois choquante

2.- Les possibilités de faire échec au jeu de la fusion-absorption, intervenue après l'engagement des poursuites pénales à l'encontre de la société absorbée

Il est proposé, à titre principal, que le principe de responsabilité pénale du fait personnel puisse être tenu en échec par celui de la fraude à la loi (2.-1). A la question, posée par Madame le Conseiller rapporteur, de savoir si d'autres solutions que la fraude à la loi sont envisageables, afin d'infléchir le principe de personnalité des peines sans pour autant y porter frontalement atteinte ³², il peut être proposé, à titre subsidiaire, d'avoir recours au concept de redevable pénal (2.-2).

2.-1. A titre principal, l'exception au principe de personnalité des peines: la fraude à la loi

2.-1.-1. La notion de fraude à la loi

Au sens large du terme, la fraude désigne toute espèce de turpitude, qu'elle soit civile ou pénale. Mais, dans un sens étroit, elle *“vise un comportement plus subtil, qui permet de profiter des imperfections de l'ordre juridique en utilisant une règle de droit, afin de paralyser l'action d'une autre règle de droit”*³³. La fraude corrompt alors tout, y compris l'application normale des règles de droit.

Dans le même sens, le Doyen Cornu, souligne que la fraude à la loi *“correspond à un acte régulier en soi, accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive (par excellence une règle de droit pénal), et qui, pour cette raison, est frappée d'inefficacité par la loi ou par la jurisprudence”*³⁴. Comme le soulignent d'autres auteurs, *“la fraude consiste à faire jouer une règle de droit pour en éluder une autre. La sanction de la fraude consiste à frapper d'inefficacité l'acte frauduleux, dans la mesure où il aboutit à un résultat contraire au droit”*³⁵.

³¹ Com., 15 juin 1999, n° 97-16.439: Bull. IV, n° 127.

³² Rapport, p. 17.

³³ F. Terré et N. Molfessis, Introduction générale au droit, 11^{ème} éd., n° 593.

³⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 12^{ème} éd., 2018, PUF, coll. Quadrige.

³⁵ H. Roland et L. Boyer, Introduction au droit, coll. Traités Jurisclasseur, Litec.

La formulation de l'adage "*fraus omnia corrumpit*" ("*la fraude corrompt tout*") permet ainsi de parfaitement appréhender la portée puissante de ce principe général du droit: la fraude fait exception à toutes les règles³⁶.

2.-1.-2. La fraude à la loi, une notion familière en droit pénal

Le juge répressif, de longue date, fait de nombreuses applications de fraude à la loi.

Ainsi, tout d'abord, **en droit pénal du travail**, il est classiquement admis que l'affectation de salariés temporaires à des tâches permanentes constitue une fraude à la loi³⁷. Plus récemment, il a été jugé que l'opération de prêt de main-d'oeuvre litigieuse, qui a permis de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente des entreprises utilisatrices, relève d'une fraude à la loi sur le travail temporaire ayant eu pour effet d'éluder l'application des dispositions protectrices relatives au contrat de travail, ce dont se déduisent, d'une part, le caractère lucratif de l'opération, d'autre part, le préjudice causé aux salariés concernés et caractérise ainsi le délit de prêt illicite de main d'oeuvre³⁸.

Il en est de même, en cas de fraude à la loi d'un chef d'entreprise, destinée à éluder sa responsabilité pénale du chef de licenciement illicite d'un salarié protégé³⁹: l'employeur ne saurait en effet se soustraire à l'observation des dispositions pénales d'ordre public par le moyen d'une clause insérée, à l'avance dans le contrat de travail et prévoyant qu'en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles par le salarié protégé, celui-ci serait considéré comme démissionnaire.

Dans le même ordre d'idées, est considéré comme co-auteur du délit, prévu par l'ancien article L. 125-1 du code du travail, l'utilisateur de main-d'oeuvre intérimaire qui, sous le couvert de contrats successifs de mise à disposition de salariés, conclus pour une période inférieure à trois mois, et justifiés par un surcroît occasionnel d'activité, occupe de façon permanente les mêmes travailleurs, faisant de la sorte échec aux dispositions de l'article L 124-2 dudit code⁴⁰.

Par ailleurs, en matière de travail illégal, afin d'éluder les charges sociales, liées à une application orthodoxe du droit du travail ou du droit de la sécurité sociale, certaines entreprises ont recours à la pratique des faux statuts, permettant d'employer des travailleurs qui n'ont pas formellement la qualité de salarié. Le travailleur employé est présenté soit comme un bénévole, soit comme un stagiaire, soit comme un travailleur indépendant ou un gérant mandataire, alors qu'en réalité, il exerce son activité dans des conditions de subordination juridique à l'égard d'un entrepreneur qui organise, dirige et contrôle l'exécution de son travail de la même manière que pour des salariés reconnus comme tels. En pareils cas, la requalification par le juge de cette situation apparente d'indépendant en contrat de travail est nécessaire, dans la mesure où les

³⁶ Sur ce point existe une abondante littérature juridique: notamment, H. Desbois, La notion de fraude à la loi et à la jurisprudence, thèse, Paris 1927. - Ligeropoulo, Le problème de la fraude à la loi, thèse Aix, 1928. - J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, thèse Toulouse, 1957: "*la fraude consiste à frapper d'inefficacité le résultat frauduleusement obtenu*". - G. Calbairac, Considérations sur ma règle "*fraus omnia corrumpit*", D. 1961, chr. 169. - A. Jeammaud, *Fraus omnia corrumpit*. D. 1997, chr. 19 et s. - P. Malaurie et P. Morvan, Introduction au droit, LGDJ, 7^{ème} éd., n° 402 et n° 456.

³⁷ Jurisprudence constante depuis Crim., 22 juin 1999, n° 98-83.529.

³⁸ Crim., 12 déc. 2017, n° 16-87.230: Bull. crim., n° 286. - Crim., 28 mars 2017, pourvoi n° 15-84.795, Bull. crim. 2017, n° 93. - Crim., 10 mai 2016, n° 14-88.194. - Crim., 10 mai 2016, n° 14-88.194. - Crim., 30 janv. 2001, n° 00-82.341. - Crim., 22 juin 1999, n° 98-83.529. - Crim., 26 mai 1988, n° 86-91.989: Bull. crim., n° 228.

³⁹ Crim., 26 nov. 1985, n° 83-90.199: Bull. crim., n° 379.

⁴⁰ Crim., 22 mars 1983, n° 82-91.726: Bull. crim., n° 91.

dispositions du droit du travail et de la sécurité sociale présentent un caractère d'ordre public qui s'oppose à toute volonté de s'y soustraire par une fraude à la loi visant artificiellement à éluder les règles fondamentales de la protection sociale des salariés ⁴¹. En effet, la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, a affirmé depuis longtemps que *“l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs”* ⁴².

Toujours en application du principe *“fraus omnia corrumpit”*, en droit pénal du travail et en droit pénal fiscal, la jurisprudence ne s'en tient pas toujours au domicile officiel ou au siège social officiel de la personne poursuivie mais retient parfois son domicile ou son siège de fait lorsqu'il s'agit de faire frauduleusement échec du principe de territorialité de la loi pénale française ⁴³.

Ainsi, s'agissant du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité, la Cour de cassation sanctionne les pratiques frauduleuses consistant à délocaliser une activité à l'étranger, afin de contourner l'obligation d'immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés. A été ainsi condamné, sur le fondement des dispositions de l'article L. 8221-1 du Code du travail, un brocanteur qui avait demandé sa radiation au registre du commerce et de sociétés pour travailler pour le compte d'une société de droit britannique, tout en continuant à exercer la même activité que sur le territoire national ⁴⁴.

Dans le même sens, en droit pénal fiscal, une société de droit étranger est tenue des obligations fiscales et comptables prévues par la loi française, dès lors qu'elle exploite en France un établissement stable, permanent et autonome, engendrant des profits, peut importe qu'un tel établissement soit officiel ou seulement officieux ⁴⁵.

En droit pénal des sociétés, ce sont également pour partie des considérations tenant à la fraude à la loi qui ont conduit récemment la chambre criminelle, réunie, le 5 avril 2018, en formation plénière de chambre, à écarter toute possibilité pour le chef d'entreprise poursuivi à invoquer une faute non détachable de l'exercice de ses fonctions ⁴⁶, manifestant ainsi sa

⁴¹ Précis de réglementation sur le travail illégal par la DGT et la DNLF, janv.2009, 10ème éd., 2009, p. 47.

⁴² Ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-15.290: Bull. ass. plén., n° 3; D. 1983, p. 381, conclusions de Monsieur le Premier avocat général Cabannes; Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation, sous la direction de R. Salomon: éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 1114 et s.

⁴³ C. pén., art. 113-2: *“la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République”*.

⁴⁴ Crim., 19 sept. 2006, n° 05-85.094: Bull. crim., n° 242; Dr. pén. 2006, comm. 159, note J.-H. Robert.

⁴⁵ Crim., 18 sept. 1997, n° 96-84.624. – Crim., 14 mars 2007, n° 06-85.865 : RJF 11/2007, n° 1329. – Crim., 5 sept. 2007, n° 06-84.746. – Crim., 12 déc. 2007, n° 06-87.605. – Crim., 16 avr. 2008, n° 07-85.176. – Crim., 5 juin 2013, n° 12-83.334, Dr. fisc. 2013, chron. 491, R. Salomon ; Dr. pén. 2013, Un an de droit pénal fiscal et douanier, chron. 9, S. Detraz. – Crim., 22 janv. 2014, n° 12-87.279 : Dr. fisc. 2013, chron. 374. – Crim., 20 mai 2015, n° 13-84.223 : Dr. fisc. 2015, chron. 504. – Crim., 26 oct. 2016, n° 15-82.742 : Dr. fisc. 2017, chron. 149.

⁴⁶ Crim., 5 avr. 2018, n° 16-87.669, Bull. crim., n° 67: : D. 2018, somm., p. 799, et p. 1128, avis de R. Salomon, avocat général, et 1137, note Laurent Saenko ; Bull. Joly sociétés 2018, p. 258, note A. Couret et avis de l'avocat général ; RJDA 2018, n° 426, et même numéro, p. 451 (avis de l'avocat général) ; Dr. sociétés 2018, comm. 83, note Julia Heinich, suivie de l'avis de l'avocat général; AJ Pénal 2018, p. 248, note C. Mangematin ; JCP 2018, éd. G, II, 644, note J.-H. Robert.

singularité par rapport à la jurisprudence de la chambre commerciale, l'admettant de longue date⁴⁷.

La recherche d'une fraude à la loi s'avère même parfois une obligation incontournable pour le juge pénal. Il incombe à ce dernier, saisi de conclusions régulières d'une partie civile, de rechercher si la substitution d'une société commerciale à une autre n'a pas dissimulé la continuation d'une même entreprise et si le changement de forme juridique apporté à cette entreprise n'a pas été utilisé, en fraude de la loi, pour faire échec à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise⁴⁸.

Conscients d'ailleurs de l'incidence de la fraude à la loi lors d'opérations de fusion-absorption, divers acteurs luttant contre la délinquance d'affaires en ont tiré des conséquences concrètes. Ainsi, l'Agence française anti-corruption, créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2, a publié un guide pratique des "*vérifications anti-corruption dans le cadre d'opération de fusion-acquisition*".

Dans ces conditions, il convient d'admettre que la fiction - dérogeant aux principes précités du droit des sociétés, selon laquelle la société absorbée n'aurait pas disparu et la société absorbante aurait continué la personnalité juridique de la société absorbée - doit permettre, en cas de fraude, d'engager la responsabilité pénale de la société absorbante pour les infractions commises par la société absorbée, sans méconnaître la responsabilité pénale du fait personnel⁴⁹. Comme le souligne très justement un des mémoires en défense, lorsque la fraude est établie, "*la société absorbante a évalué parfaitement le risque qu'elle prenait en choisissant une fusion-absorption, sans liquidation*".

En définitive, l'extinction de l'action publique que la jurisprudence de la chambre criminelle attache à la fusion-absorption de la personne morale ayant commis l'infraction trouve sa limite dans le principe *fraus omnia corrumpit*, dans le droit fil des précédentes applications de ce principe qu'elle a pu faire.

Cette solution, que je propose aujourd'hui à la chambre criminelle, répondrait tout d'abord aux attentes fortes d'une doctrine importante et autorisée⁵⁰.

Elle permettrait ensuite à la chambre criminelle d'aligner sa jurisprudence sur celle précitée de la chambre commerciale, qui, dans une affaire d'abus de marché, a expressément fait de la fraude à la loi commise dans une opération de restructuration d'entreprise (en l'espèce une scission) une exception au principe de responsabilité du fait personnel⁵¹.

⁴⁷ Com., 8 mars et 4 mai 1982: Rev. sociétés 1983, p. 573, note Y. Guyon: en matière de responsabilité civile contractuelle.- Com., 22 janv. 1991, n° 89-11.650: RJDA 1992, comm. 14: en matière de responsabilité civile délictuelle.

Crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333: Bull. crim., n° 144; JCP 1972 I, n° 2465, note Despax.

⁴⁹ En ce sens: A. Gallois, La responsabilité pénale de la société absorbante en cas de fusion-absorption frauduleuse: Dr. sociétés 2010, Etude 7.

⁵⁰ En particulier: A. Gallois, La responsabilité pénale de la société absorbante en cas de fusion-absorption frauduleuse, préc. - L. Gamet, Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés, JCP G 2001, I, 345, n° 15 et s. - D. Vich Y Llado, "La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion: JCP E 2001, 838, § 10 et s. - F. Barrière, Fusion-absorption et personnalité des peines, JCP, E et A, 2015, 1234 - F. Desportes, Juriscl. Pénal Code, art. 121-2, n° 68.

⁵¹ Com., 15 juin 1999, préc.: v. *supra*, note de bas de page n° 22.

2.-2. A titre subsidiaire: l'inflexion du principe de personnalité des peines: la notion de redevable pénale

Ce concept de redevable pénal, plus objectif que la fraude à la loi, permettrait de constituer non une exception, mais un simple tempérament au principe de personnalité des peines.

A l'instar de la fraude à la loi, la notion de redevable pénal n'est pas, non plus, inconnue du droit pénal. On la retrouve en cas de responsabilité d'un agent, pouvant conduire à un transfert de peines sur autrui (2.-2.-1) mais aussi, plus radicalement, à un véritable transfert de responsabilité sur autrui (2.-2.-2.).

2.-2.-1. Responsabilité du préposé et transfert de peines sur autrui. Premier tempérament au principe de la responsabilité pénale du fait personnel, la loi procède parfois à des transferts de peines. Il s'agit de cas dans lesquels, en dépit du fait que le préposé ou le salarié a été personnellement condamné pour délit ou contravention commis à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle, la peine d'amende est mise à la charge de l'employeur. Dans ce cas, la dérogation aux principes généraux ne se situe qu'au niveau de la personnalité des peines, le principe de la personnalité de la responsabilité pénale restant intact. C'est ainsi que l'article L. 4741-2 du code du travail dispose que *“lorsqu'une des infractions énumérées à l'article L. 4741-1 qui a provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal ou, involontairement, des blessures, coups ou maladies n'entraînant pas une incapacité totale de travail personnelle supérieure à trois mois, a été commise par un délégué, la juridiction peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées sera mis en totalité ou en partie à la charge de l'employeur si celui-ci a été cité à l'audience”*.

Dans le même ordre d'idées, en application de l'article L. 121-1, alinéa 2, du code de la route, lorsque le conducteur, à l'origine d'une infraction au code de la route, a agi en qualité de préposé, le tribunal peut mettre tout ou partie du paiement de l'amende à la charge de l'employeur, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé⁵².

2.-2.-2. Responsabilité du préposé et transfert de responsabilité sur autrui. Des textes répressifs épars, relayés parfois par la jurisprudence, instaurent, non plus un transfert de peines, mais, de façon plus radicale, un transfert de responsabilité sur un autre agent que l'auteur matériel des faits .

Les conditions d'engagement de ce qu'une certaine doctrine a pu qualifier, de manière volontairement provocante, de *“responsabilité pénale du fait d'autrui”*, sont les suivantes ⁵³.

En premier lieu, l'infraction en cause doit être une contravention ou un délit, à l'exclusion d'un crime. Cette première condition est, au cas présent, remplie au cas présent, les poursuites ayant été engagées contre la société absorbée du chef du délit de destruction de bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi.

En second lieu, il convient de caractériser la faute du redevable dans la survenance de l'infraction. En l'occurrence, pour que sa responsabilité pénale puisse être retenue, il est nécessaire que la société absorbante ait commis elle-même une faute. Celle-ci pourra résulter

⁵² G. Daverat, L'immixtion problématique du chef d'entreprise dans le droit de la circulation routière: Gaz. Pal. 1982, 1, p. 279.

⁵³ R. Salomon et A. Martinel, Droit pénal social [droit pénal du travail et de la sécurité sociale], Economica, coll. Corpus droit privé, 5^{ème} éd., 2019, n° 1060 et s.

de la participation consciente de cette société à la fusion frauduleuse, destinée à faire échec aux poursuites pénales à l'encontre de la société absorbée.

Enfin, le redevable ne sera responsable pénalement que si l'infraction est en relation avec l'activité de sa société. Cette dernière condition, en application du principe "*ubi emolumentum, ibi onus*", pourra être facilement retenue, dès lors que la société absorbante vient aux droits de la société absorbée en application des principes, ci-dessus rappelés, du droit des sociétés⁵⁴.

C'est en ce sens d'ailleurs que s'est prononcé Monsieur l'Avocat général Desportes dans des conclusions rendues dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la chambre criminelle du 15 novembre 2016 ⁵⁵:

"Sous réserve du cas de fraude, il nous paraîtrait plus juste de considérer que, sans être responsable pénalement, la société absorbante est redevable du paiement de l'amende selon un mécanisme proche de celui prévu par le législateur, par exemple, en matière d'infractions à la réglementation relative à la sécurité du travail, l'article L. 4741-2 du code du travail permettant de mettre à la charge de l'employeur l'amende infligée à son délégataire du chef de l'infraction commise par celui-ci ou encore et surtout en matière de circulation routière, les articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route permettant de déclarer le titulaire du certificat d'immatriculation redevable de l'amende lorsque l'infraction commise avec son véhicule ne peut lui être imputée avec certitude. En pareils cas, le débiteur de l'amende n'est pas le responsable pénal - ou le coupable - et ne peut donc être présenté ou traité comme tel".

3.- Appréciation du bien-fondé des griefs contenus dans les deux premiers moyens:

A l'aune de ces observations, sera examinée la pertinence des griefs de ces moyens.

3.-1. Sur le premier moyen:

- Sur le moyen, pris en sa première branche. Si la Cour de cassation a posé en principe que la responsabilité pénale d'une société absorbée ne se peut transmettre à la société absorbante, cette solution doit, nous l'avons dit, céder en présence d'une fraude à la loi, telle une opération de restructuration qui aurait été décidée dans le seul but de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale.

Au cas présent, les juges du fond ont donc, à bon droit, ordonné un supplément d'instruction, à l'effet de vérifier les conditions dans lesquelles la fusion-absorption ayant fait disparaître la personnalité juridique de la société pénalement poursuivie, a été réalisée et de mettre, le cas échéant, en exergue une fraude à la loi.

Le grief sera donc écarté.

- Sur le moyen, pris en sa seconde branche. Le second grief manque en fait, la cour d'appel ne s'étant prononcée ni sur l'extinction de l'action publique, ni, par voie de conséquence, sur l'action civile.

3.-2. Sur le deuxième moyen:

⁵⁴ v. *supra*, p. 3 des présentes conclusions.

⁵⁵ Crim., 15 nov. 2016, n° 15-84.692, préc., v. *supra*, note de bas de page n° 25.

La société Iron Mountain est intervenue à l'audience comme venant aux droits de la société intradis, de sorte qu'elle ne peut prétendre que le supplément d'information ne peut la viser.

En outre, du fait de la jonction des procédures, le grief ne saurait être accueilli, la société Iron Mountain ayant été citée à la demande des parties civiles.

Enfin, les juges du fond étaient bien fondés à s'interroger sur les conditions dans lesquelles l'opération de fusion-absorption était intervenue, surtout en ce qu'elle implique trois sociétés, pour déterminer si l'action publique était éteinte ou, si elle ne l'était pas, à l'encontre de quelle société l'action devait être poursuivie.

En considération de l'ensemble de ces éléments, le deuxième moyen n'est pas fondé.

II.- Sur le troisième moyen

1.- Sur la recevabilité du moyen

Les moyens de nullité des actes de la procédure ne peuvent être invoqués pour la première fois devant la chambre criminelle ⁵⁶.

Au cas présent, il ne semble résulter ni de l'arrêt, ni des pièces de la procédure (conclusions de la société Iron Mountain devant la cour d'appel) que cette société a invoqué la nullité du jugement en ce qu'il n'avait pas commis l'un de ses membres pour contrôler le supplément d'information ordonné.

Dans une conception large de la nouveauté du moyen, cette critique de la société Iron Mountain moyen pourrait donc apparaître comme nouvelle et, mélangé et de droit, irrecevable.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt attaqué a confirmé une décision de première instance confiant directement la commission rogatoire à un commandant de gendarmerie. Le moyen est donc ici tiré de cet état de fait, de sorte qu'il peut être considéré comme recevable.

2.- Sur le bien-fondé du moyen

Aux termes de l'article 463 du code de procédure pénale, *"s'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 155"*.

L'instruction supplémentaire - dit encore supplément d'information - doit être effectué par un des membres de la juridiction ayant concouru à la décision ⁵⁷.

Comme le soulignent MM. Guéry et Lavielle, *"le renvoi aux articles 151 à 155 du code de procédure pénale, relatifs aux règles de forme et de fond de la commission rogatoire permet au juge désigné par la juridiction de délivrer une telle commission pour confier*

⁵⁶ Crim. 4 avril 2018, n° 17-84577.- Crim., 4 avr. 2013, n° 12-83344.

⁵⁷ Crim., 2 août 1934: DH 1934, 494.- Crim., 11 juill. 1956: D. 1956, somm. 146.- Crim., 22 nov. 1956: D. 1957, 89, note P. A.

*l'accomplissement de la mission, selon le cas, à des officiers de police judiciaire ou à un magistrat*⁵⁸.

Il en résulte qu'est entachée de nullité la commission rogatoire, directement confiée par la juridiction correctionnelle à un officier de police judiciaire, comme dans l'affaire soumise ici à la chambre criminelle.

Si la chambre ne déclare pas irrecevable le troisième moyen, la cassation est alors susceptible d'être encourue de ce chef.

PROPOSITION

Avis de:

- rejet des deux premiers moyens;
- cassation sur le troisième moyen.

Compte tenu de l'importance pratique considérable de la question principale posée par le pourvoi, transversale aux quatre sections de la chambre criminelle, et susceptible de conduire la chambre à opérer un véritable revirement de jurisprudence par rapport à son arrêt de principe, rendu, le 20 juin 2000⁵⁹, il est proposé à Monsieur le Président d'assortir l'arrêt à intervenir de la plus prestigieuse publication (P+B+R+I)

⁵⁸ C. Guéry et B. Lavielle, Droit et pratique des audiences correctionnelles et de police, Dalloz action, 3^{ème} éd., 2019-2020, n° 621-71 .- Pour une illustration: Crim., 11 nov. 1951: Bull. crim., n° 296.

⁵⁹ Crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742: Bull. crim., n° 237, préc. On rappelle que, dans cette affaire, les juges du fond, dont la décision a été cassée au visa de l'article 121-1 du code pénal, avaient pourtant condamné la société absorbante en se fondant expressément sur la fraude à la loi: selon les juges d'appel, *"juger le contraire reviendrait à priver de toute utilité les articles 121-2 et suivants du Code pénal prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales, qui pourraient tout à loisir frauder à la loi et échapper aux poursuites sans même être dissoutes ou liquidées"*.