

N° K 16-80.366 FS-P+B

N° 5288

SC2

25 OCTOBRE 2016

CASSATION PARTIELLE

M. GUÉRIN président,

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

CASSATION PARTIELLE et désignation de juridiction sur le pourvoi formé par la société Laboratoires de biologie réunis, contre l'arrêt n° 856 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes, en date du 18 décembre 2015, qui, dans l'information suivie contre elle du chef d'offre par une entreprise assurant des prestations produisant ou commercialisant des produits pris en charge par des régimes obligatoires de sécurité sociale d'avantages en nature ou en espèces à des auxiliaires médicaux, a déclaré recevable la constitution de partie civile de M. [S] [M] et a dit n'y avoir lieu à clôture de l'information ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 11 octobre 2016 où étaient présents : M. Guérin, président, Mme Guého, conseiller rapporteur, M. Pers, Mme Dreifuss-Netter, M. Fossier, Mmes Schneider, Ingall-Montagnier, Farrenq-Nési, MM. Bellenger, Lavielle, conseillers de la chambre, Mme Harel-Dutirou, conseiller référendaire ;

Avocat général : Mme Caby ;

Greffier de chambre : Mme Guichard ;

Sur le rapport de Mme le conseiller référendaire GUÉHO, les observations de la société civile professionnelle WAQUET, FARGE et HAZAN, de la société civile professionnelle GASCHIGNARD, avocats en la Cour, et les conclusions de Mme l'avocat général référendaire CABY ;

Vu l'ordonnance du président de la chambre criminelle en date du 8 avril 2016 prescrivant l'examen immédiat du pourvoi ;

Vu les mémoires produits, en demande et en défense ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que le 3 mai 2013, M. [S] [M], médecin biologiste ayant dirigé de 1999 à 2010 un laboratoire d'analyses médicales à Liffré (35), a porté plainte et s'est constitué partie civile notamment contre la société Laboratoires de biologie réunis (société LBR) venant aux droits de la société Laboratoires de biologie associés (société LBA), pour offre par une entreprise assurant des prestations produisant ou commercialisant des produits pris en charge par des régimes obligatoires de sécurité sociale d'avantages en nature ou en espèces à des auxiliaires médicaux ; que le 26 juin 2014, le juge d'instruction a mis en examen de ce chef la société LBR ; que le 10 septembre 2014, cette dernière a déposé, sur le fondement de l'article 87 du code de procédure pénale, une contestation de la recevabilité de la constitution de partie civile, à laquelle le juge d'instruction n'a pas répondu ; que le 1er septembre 2015, la société LBR a déposé une requête sur le fondement des dispositions combinées des articles 6, 81 et 175-1 du code de procédure pénale, tendant à ce que soit rendue une ordonnance de non-lieu en sa faveur, au motif que l'action publique serait éteinte en raison de la fusion-absorption de la société LBA, seule personne morale mise en cause, par la société LBR ;

En cet état :

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 2, 3, 591 et 593 du code de procédure pénale, 1382 du code civil, défaut de motifs, manque de base légale :

"en ce que l'arrêt attaqué a dit la constitution de partie civile de M. [S] [M] recevable ;

"aux motifs qu'il suffit, au regard des dispositions des articles 2 et 85 du code de procédure pénale, pour qu'une partie civile soit recevable devant le juge d'instruction, que les circonstances sur lesquelles s'appuie le plaignant permettent de supposer la réalité de son préjudice et le lien direct avec l'infraction qu'il dénonce ; qu'en l'espèce, M. [S] [M] fait valoir une baisse constante du chiffre d'affaires du laboratoire qu'il exploitait à [Localité 1] liée aux commissionnements irréguliers qui étaient versés aux infirmiers pour les prélèvements qu'ils effectuaient pour les diriger vers d'autres laboratoires, privant ainsi le sien d'une activité qu'il aurait pu avoir ; qu'il en résulte que son préjudice est possible et directement en lien avec l'infraction dénoncée d'avoir, pour une entreprise assurant des prestations prises en charges par des régimes obligatoires de sécurité sociale, proposé ou procuré des avantages en nature ou en espèces à plusieurs infirmiers ; que la constitution de partie civile est ainsi recevable ;

"alors que l'action civile en réparation du préjudice résultant d'une infraction appartient seulement à ceux qui ont personnellement souffert du dommage causé par cette infraction ; que, pour recevoir la constitution de partie civile de M. [M], la chambre de l'instruction a retenu que ce dernier invoquait une baisse constante du chiffre d'affaires du laboratoire qu'il exploitait à [Localité 1] liée aux commissionnements irréguliers qui étaient versés aux infirmiers pour les prélèvements qu'ils effectuaient afin de les diriger vers d'autres laboratoires, privant ainsi le sien d'une activité qu'il aurait pu avoir ; qu'en prononçant ainsi, alors qu'un tel préjudice de distorsion de concurrence, à le supposer même avéré, n'est pas la conséquence directe de l'infraction, imputée à la société absorbée par la société Laboratoires de biologie réunis, consistant à avoir, pour une entreprise assurant des prestations prises en charge par des régimes obligatoires de sécurité sociale, proposé ou procuré des avantages en nature ou en espèces à plusieurs infirmiers, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard des textes et principes susvisés" ;

Attendu que la demande tendant à voir déclarer une constitution de partie civile irrecevable étant étrangère à l'objet de la saisine de la chambre de l'instruction, effectuée sur le fondement de l'article 175-1 du code de procédure pénale, la demanderesse ne saurait se faire un grief de ce que ladite chambre ait rejeté une telle demande, dès lors qu'elle aurait dû la déclarer irrecevable ;

D'où il suit que le moyen est lui-même irrecevable ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, préliminaire, 6, 81, 175-1, 591 et 593 du code de procédure pénale, 121-1 du code pénal, 1842 du code civil, L. 236-1, L. 236-3, L. 236-4, L. 237-2 et R. 123-69 du code de commerce, défaut de motifs, manque de base légale :

"en ce que l'arrêt attaqué a dit n'y avoir lieu à clôture de l'information ;

"aux motifs que la société requérante, au soutien de sa demande de clôture du dossier par un non-lieu à suivre, affirme que les commissionnements en cause ont été versés par la société Laboratoires de biologie associés, laquelle a perdu toute personnalité juridique par la fusion absorption et que sa propre responsabilité pénale ne peut être recherchée en application des articles 6 du code de procédure pénale et 121-2 du code pénal ; que compte tenu des dates de prévention visées, la requérante précise que la date à prendre en compte est celle du 5 mai 2010, correspondant à la radiation de la société au registre du commerce et des sociétés, seule mention opposable aux tiers ; qu'il ressort, en l'état de l'information, des pièces de la procédure et celles produites par les parties dans le présent débat, que, selon contrat du 11 février 2010, la société Laboratoires de biologie réunis a opéré une fusion par absorption, sans liquidation, de la société Laboratoires de biologie associés qui lui appartenait en partie, à 49 % des parts, et dont les dirigeants et les biologistes y travaillant étaient en même temps associés de la société absorbante ; que le contrat de fusion prévoyait que la fusion prenait effet au 1er janvier 2010 et que la société Laboratoires de biologie associés se trouverait dissoute de plein droit à l'issue des décisions de l'assemblée générale extraordinaire des associés de la société Laboratoires de biologie réunis qui constaterait la réalisation de la fusion ; que, le 6 novembre 2015, la chambre de discipline du Conseil national de l'ordre des pharmaciens a rejeté l'appel des biologistes et associés des deux sociétés qui avaient été sanctionnés pour ces faits sur la plainte de M. [M] ; que, dans leur mémoire récapitulatif, les associés avaient fait valoir que la fusion avait été faite au 1er janvier 2010 ; que la mise en examen de la société Laboratoires de Biologie Réunis vise une période de prévention entre le 1er juin 2007 et le 30 mai 2010 ; que cette période est conforme aux pièces figurant à la procédure, dont il ressort que les commissionnements ont été versés jusqu'en juin 2010 ; que, dès lors, il résulte de l'ensemble de ces constatations, qu'en premier lieu, à supposer, comme le demande la requérante, qu'il faille prendre en considération la date du 5 mai 2010 à laquelle la radiation de la société Laboratoires de biologie associés a été faite au registre du commerce, il s'avère que la société Laboratoires de biologie réunis aurait continué à procéder aux versements frauduleux après cette date jusqu'au mois de juin ; qu'en deuxième lieu, il sera précisé qu'au-delà des affirmations par les biologistes associés et des clauses du contrat de fusion fixant son effectivité au 1er janvier 2010, la date à prendre en considération pour la disparition de la société Laboratoires de biologie associés n'est pas celle de la radiation au registre du commerce mais celle de l'assemblée générale approuvant l'opération, soit le 31 mars 2010, comme indiqué dans la publication de l'avis de fusion, ce qui implique là encore que la société Laboratoires de biologie réunis a continué après cette date à verser les commissionnements litigieux ; mais qu'en troisième lieu, conformément en cela à la décision du 5 mars 2015 de la Cour de justice des communautés européennes (affaire C-343/13) dont il ressort que la fusion-absorption entraîne la transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée par l'obligation de payer une amende infligée après la fusion pour des infractions commises par la société absorbée avant la fusion, il doit être considéré que la fusion-absorption de la société Laboratoires de biologie associés par la société Laboratoires de biologie réunis, en l'absence de liquidation, ayant eu pour effet de transférer, en les confondant, le patrimoine et la personnalité juridique de la première à la seconde, entraîne la transmission de la responsabilité pénale de façon non-contraire aux dispositions des articles 6 du code de procédure pénale et 121-2 du code pénal ; que, dans le cas d'espèce, cette transmission est d'autant plus avérée par les caractéristiques de l'opération de fusion-absorption par une société qui était propriétaire de près de la moitié de la société absorbée et dont les dirigeants et les biologistes y travaillant étaient en même temps associés de la société absorbante ; que cette identité des associés des deux sociétés, absorbée et absorbante, montre que les personnes physiques qui les composent ne pouvaient ignorer, en tant qu'associés de la société absorbante, les agissements des personnes travaillant au sein de la société absorbée ; que cet état de fait est confirmé par l'ordonnance d'homologation de l'amende mise à la charge de la société Laboratoires de biologie réunis pour les mêmes commissionnements que ceux dont s'agit dans la procédure, qu'elle a versés entre 2007 et le 30 mai 2010, la constitution de partie civile de M. [M] ayant été déclarée irrecevable en raison de ce que les faits commis à [Localité 1] avaient été omis de la poursuite ; qu'ainsi, la responsabilité pénale de la société Laboratoires de biologie réunis est susceptible d'être engagée dans l'infraction dans les termes de la mise en examen qui lui a été signifiée ; que l'information doit donc se poursuivre et la demande de clôture de l'information par

un non-lieu sera rejetée ;

"1°) alors qu'en cas de fusion-absorption, la dissolution de la société absorbée n'est opposable aux tiers que par sa mention au registre du commerce et des sociétés avec l'indication de sa cause, ainsi que celle de la raison sociale ou dénomination, de la forme juridique et du siège des personnes morales ayant participé à l'opération ; qu'en décidant, pour apprécier l'imputabilité du versement prétendu de commissions par une société de laboratoire de biologie aux tiers que constituent des infirmiers, que la date à prendre en considération pour la disparition de la société Laboratoires de biologie associés, absorbée par la société Laboratoires de biologie réunis, n'est pas celle de la radiation au registre du commerce de la société absorbée mais celle de l'assemblée générale approuvant l'opération, soit le 31 mars 2010, comme indiqué dans la publication de l'avis de fusion, la chambre de l'instruction a méconnu les textes et principes susvisés ;

"2°) alors que nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ; que la culpabilité d'une société absorbante ne peut être recherchée ni constatée pour des faits imputés à la société absorbée, l'absorption ayant fait perdre son existence juridique à cette dernière ; qu'en considérant, pour refuser de faire droit à la demande de clôture de l'information, que la responsabilité pénale de la société Laboratoires de biologie associés, société absorbée, était transmissible à la société Laboratoires de biologie réunis, société absorbante, la chambre de l'instruction, méconnaissant la portée de l'arrêt C-343/13 de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2015, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des textes et principes susvisés ;

"3°) alors qu'en retenant que la transmission de la responsabilité pénale de la société Laboratoires de biologie associés, société absorbée, à la société Laboratoires de biologie réunis, société absorbante, était d'autant plus avérée du fait de la détention par cette dernière de près de la moitié du capital de la société absorbée et en raison de l'identité des associés des deux sociétés dont il résulterait que les personnes physiques qui les composent ne pouvaient ignorer, en tant qu'associés de la société absorbante, les agissements des personnes travaillant au sein de la société absorbée, la chambre de l'instruction s'est prononcée par une motivation impropre à faire échec au principe selon lequel nul n'est responsable pénalement que de son propre fait, et a ainsi méconnu les textes et principes susvisés ;

"4°) alors qu'en retenant que la mise en examen de la société Laboratoires de biologie réunis visait une période de prévention entre le 1er juin 2007 et le 30 mai 2010, laquelle est conforme aux "pièces figurant à la procédure", dont il ressort que les commissionnements ont été versés jusqu'en juin 2010, sans préciser les pièces en question, la chambre de l'instruction a statué par un motif qui ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle, privant ainsi sa décision de toute base légale au regard des textes et principes susvisés" ;

Sur le moyen, pris en ses première et quatrième branches :

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à clôture de l'information, l'arrêt attaqué retient notamment que la mise en examen de la société LBR vise une période de prévention entre le 1er juin 2007 et le 30 mai 2010, laquelle est conforme aux pièces figurant à la procédure dont il ressort que les commissionnements ont été versés jusqu'en juin 2010 ; que les juges en déduisent qu'à supposer, comme le demande la requérante, que pour déterminer la date à laquelle la société LBA a perdu la personnalité juridique par l'effet de la fusion-absorption, il faille prendre en considération la date du 5 mai 2010, à laquelle la société LBA a été radiée du registre du commerce et des sociétés, il s'avère que la société LBR aurait continué à procéder aux versements frauduleux après cette date jusqu'au mois de juin ;

Attendu que par ces énonciations, abstraction faite des motifs erronés mais surabondants selon lesquels la date à prendre en considération pour la disparition, sur le plan de sa responsabilité pénale, de la société LBA n'est pas celle de sa radiation du registre du commerce mais celle de l'assemblée générale approuvant l'opération, la chambre de l'instruction a justifié sa décision pour ce qui concerne la période de la prévention comprise entre le 5 et le 30 mai 2010 ;

D'où il suit que les griefs ne sont pas encourus ;

Mais sur le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches :

Vu l'article 121-1 du code pénal,

Attendu que selon ce texte, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ;

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à clôture de l'information, l'arrêt attaqué retient notamment que, conformément à la décision du 5 mars 2015 de la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-343/13) dont il ressort que la fusion-absorption entraîne la transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée par l'obligation de payer une amende infligée après la fusion pour des infractions commises par la société absorbée avant la fusion, il doit être considéré que la fusion-absorption de la société LBA par la société LBR, en l'absence de liquidation, ayant eu pour effet de transférer, en les confondant, le patrimoine et la personnalité juridique de la première à la seconde, entraîne la transmission de la responsabilité pénale, de façon non contraire aux dispositions des articles 6 du code de procédure pénale et 121-2 du code pénal ; que les juges ajoutent que dans le cas d'espèce, cette transmission est d'autant plus avérée par les caractéristiques de l'opération de fusion-absorption par une société qui était propriétaire de près de la moitié de la société absorbée et dont les dirigeants et les biologistes y travaillant étaient en même temps associés de la société absorbante et que cette identité des associés des deux sociétés, absorbée et absorbante, montre que les personnes physiques qui les composent ne pouvaient ignorer, en tant qu'associés de la société absorbante, les agissements des personnes travaillant au sein de la société absorbée ; que la chambre de l'instruction en déduit que la responsabilité pénale de la société LBR est susceptible d'être engagée dans l'infraction dans les termes de la mise en examen qui lui a été signifiée ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, d'une part, 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 la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 5 mars 2015 précité, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers, d'autre part, 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, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Par ces motifs :

CASSE ET ANNULE l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes, en date du 18 décembre 2015, mais en ses seules dispositions ayant dit n'y avoir lieu à clôture de l'information pour la période antérieure au 5 mai 2010, toutes autres dispositions étant expressément maintenues, et pour qu'il soit à nouveau jugé, conformément à la loi ;

RENVOIE la cause et les parties devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Caen, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

DIT n'y avoir lieu à application de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes et sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement annulé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le vingt-cinq octobre deux mille seize ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre.