PERSISTANCE DES TURBULENCES AU PLAN PENAL POUR LE CHEF D'ENTREPRISE – EGALEMENT DELEGATAIRE DE SES POUVOIRS – AUTOUR DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

(GENERALISEE PAR LA LOI N°2004-204 DU 9 MARS 2004 PERBEN II ARTICLE 54, ENTREE EN VIGUEUR : LE 31 DECEMBRE 2005)

VINCENT NIORÉ

ANCIEN SECRETAIRE DE LA CONFERENCE
AVOCAT ASSOCIE

B.MOREAU-AVOCATS

B. MOREAU AVOCATS
SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE D'AVOCATS
24, RUE DE PRONY - 75017 PARIS FRANCE
TÉLÉPHONE : (33) 1 44 29 33 44 - TÉLÉFAX : (33) 1 44 29 33 15
Web : www.bmoreau.com

PLAN

I. LA DELEGATION DE POUVOIRS, ŒUVRE DE BONNE GESTION DE L'ENTREPRISE

I.1 FONDEMENTS DE LA DELEGATION DE POUVOIRS :

- ***Obligation de gestion du risque pénal par le chef d'entreprise***
- ***Appréciation du transfert du risque pénal par le truchement de la délégation de pouvoirs***

I.2 EFFETS DE LA DELEGATION DE POUVOIRS :

- ***Principe : l'exonération de la responsabilité pénale du délégant***
- ***Limites : l'immixtion dans la délégation de pouvoirs et/ou la commission d'une faute personnelle intentionnelle ou d'imprudence par le dirigeant social***

II. CONDITIONS DE LA DELEGATION DE POUVOIRS

II.1 DOMAINE :

- ***« Tous les domaines où la loi n'en dispose pas autrement »***
- ***Exclusion dans les matières relevant de la compétence propre du chef d'entreprise***

II.2 FORMES :

- ***Liberté de la forme : écrite ou orale***
- ***Liberté de la preuve***
- ***Nécessité de la précision de la délégation***
- ***Cas particulier de la société anonyme***

II.3 CONTENU :

- ***Délégation des pouvoirs et des devoirs***
- ***Exclusion de la délégation générale***

II.4 LE DELEGANT :

- ***La taille de l'entreprise condition de la délégation de pouvoirs***

II.5 LE DELEGATAIRE :

- ***Compétence, autorité et moyens nécessaires***
- ***Indifférence du lien de subordination : un simple rapport d'autorité suffit***
- ***Exclusion de la pluralité de délégations pour l'exécution d'une mission identique***
- ***Le délégataire est également délégant des pouvoirs qui lui sont délégués (la subdélégation)***
- ***Subsistance de la délégation après changement du Président du Conseil d'Administration***

III. PERSPECTIVES DE LA DELEGATION DE POUVOIRS

III.1 LA DELEGATION DE POUVOIRS N'EXONERE PAS LA PERSONNE MORALE DE SA RESPONSABILITE PENALE :

- ***Personnes morales responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (article 121-2 du Code pénal)***
- ***Délégataire = représentant de la personne morale (délégation de la représentation) qui peut engager la responsabilité pénale de cette dernière***
- ***En matière de délits non intentionnels, cumul possible mais non automatique de la responsabilité pénale de la personne morale et de celle de son représentant, personne physique***
- ***Personne morale peut être poursuivie et / ou condamnée sans que son représentant le soit***
- ***Représentation en justice de la personne morale poursuivie ou bien par son dirigeant social ou bien par toute personne bénéficiant d'une délégation de pouvoirs***
- ***Les conséquences pratiques du principe de représentation pour le chef d'entreprise***

III.2 UTILITE DE LA DELEGATION DE POUVOIRS AU REGARD DU PRINCIPE DE LA GENERALITE DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES :

- ***Application jusqu'au 31 décembre 2005 du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales***
- ***Application à partir du 31 décembre 2005 du principe de généralité de la responsabilité pénale des personnes morales (article 54 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 – dite PERBEN II -)***

Si le chef d'entreprise ne commet pas chaque jour des infractions "*comme Monsieur JOURDAIN fait de la prose*", l'inflation de la législation pénale est telle qu'elle impose au dirigeant l'obligation de gérer le risque pénal en délégant effectivement ses pouvoirs, c'est-à-dire en organisant la gestion de l'entreprise de telle sorte que le risque auquel elle est exposée soit maîtrisé.

L'objet de la délégation de pouvoirs reflète, en principe, le transfert du pouvoir et de l'autorité du chef d'entreprise sur celui ou celle qui, au sein de l'entreprise ou du groupe, est le mieux à même de contrôler les risques, pourvu(e) de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.

Par son application, le dirigeant est susceptible de s'exonérer de la responsabilité pénale ainsi attachée aux pouvoirs effectivement délégués pour autant que les conditions de la validité de la délégation, soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond, sont réunies.

Cela dit, la délégation de pouvoirs ne doit pas faire illusion à plus forte raison depuis la mise en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 PERBEN II en son article 54.

Elle n'évitera pas en effet au chef d'entreprise ou à celui ou celle qui sera chargé de représenter l'entreprise à l'occasion d'une procédure pénale d'être confronté à la dureté de celle-ci.

Il est en effet désormais constant que la responsabilité pénale de la personne morale suppose que soit simplement démontrée la commission de l'infraction – intentionnelle ou d'imprudence - au nom de la personne morale par une personne physique - organe ou représentant de la personne morale identifiée selon la loi ou identifiable selon la jurisprudence - mais pas nécessairement poursuivie ou condamnée.

En pratique, la situation du chef d'entreprise peut se révéler paradoxale car il arrive souvent que le délégataire de pouvoirs soit par exemple au cours d'une procédure pénale d'instruction, simplement entendu en qualité de témoin assisté ou de simple témoin, avant ou après que la personne morale soit convoquée aux fins d'éventuelle mise en examen (article 80-1 du Code de procédure pénale) – ou lors d'une confrontation - et qu'à cette occasion, ce soit le chef d'entreprise – ayant délégué ses pouvoirs et non poursuivi – qui représentera la personne morale dans le cadre de la procédure pénale que ce soit dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité contre la personne morale, au cours de l'instruction ou lors de l'audience de jugement après renvoi, et ce, en application des seules dispositions de l'article 706-43 du Code de procédure pénale.

Avec la mise en œuvre du principe de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales[1], c'est encore le dirigeant social – y compris déléguant de ses pouvoirs - qui devra subir en fait le choc de l'instruction comme de l'audience à travers sa qualité de mandataire et vivre l'épreuve – c'en est une – du témoin assisté-personne morale, celle du mis en examen–personne morale et éventuellement celle du prévenu – personne morale, la clémence nous incitant à occulter l'épisode préliminaire de la garde à vue [2] qui ne peut que s'exercer aveuglément contre le dirigeant social jusqu'à ce que la lumière soit faite sur l'imputabilité des indices du fait poursuivi à une autre personne physique identifiée - délégataire de pouvoirs - susceptible d'engager la responsabilité pénale de la personne morale.

La prévention suppose alors non seulement l'établissement de délégations de pouvoirs solides-effectives mais en outre, la volonté de surmonter l'appréhension du système judiciaire pénal en sorte que le juridique doit s'accommoder de la pratique de ce sport de haut niveau qu'est l'impérative nécessité de l'apprentissage de la domination de l'épreuve judiciaire[2bis].

---

[1] En son article 54 la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 – dite PERBEN II – dispose que, à compter du 31 décembre 2005, toutes les infractions pourront engager la responsabilité pénale des personnes morales et consacre l'abandon du principe de spécialité.

[2] **La garde à vue :**

- L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction (article 63 alinéa 1 du Code de procédure pénale).
- "*au plus tard dans un délai de trois heures*" : le gardé à vue doit être informé de son droit de consulter un médecin et de faite avertir sa famille (article 63-1 du Code de procédure pénale).
- "*immédiatement*" : le gardé à vue doit être informé de son droit de demander à s'entretenir avec un avocat (article 63-1 du Code de procédure pénale).
- "*dès le début de la garde à vue" :* le gardé à vue peut demander à s'entretenir avec un avocat (article 63-4 du Code de procédure pénale).

Durée de l'entretien avec un avocat : trente minutes

Moment de l'entretien avec un avocat :

Principe: **début** de la garde à vue (1ère heure) + dans le cas d'une prolongation, dès le début de la prolongation (25ème heure).

Exceptions (article 706-73 et 63-4 du Code de procédure pénale):

- à l'expiration d'un délai de **48** heures (à partir de la 49ème heure) : infractions mentionnées à l'article 706-73 4° (enlèvements et séquestrations commis en bande organisée), 706-73 6° (crimes et délits aggravés de proxénétisme), 706-73 7° (vol commis en bande organisée) 706-73 8° (crimes aggravés d'extorsion) 706-73 15° (délits d'association de malfaiteurs lorsqu'ils ont pour objet la préparation d'une de infractions prévues à l'article 450-1 1° à 14°) (article 63-4 du Code de procédure pénale).
- à l'expiration d'un délai de **72** heures (à partir de la 73ème heure) : infractions mentionnées à l'article 706-73 3° (trafic de stupéfiants) et 706-73 11° (terrorisme) (article 63-4 du Code de procédure pénale).

  En matière d'homicide et de blessures involontaires, présence de l'avocat dès le début de la garde à vue pendant trente minutes.

[2] **La mise en examen :**

Le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen "*qu'après avoir préalablement entendu les observations de la personne ou l'avoir mise en mesure de les faire, en étant assistée de son avocat*" (article 80-1 du Code de procédure pénale).

Le recours à la mise en examen doit être subsidiaire au regard du statut de témoin assisté qui ne peut faire l'objet d'un renvoi devant la juridiction correctionnelle.

[2bis] Lire l'excellent article de Bruno Ducoulombier et David Forest, « Responsabilité pénale du directeur informatique : du bon usage de la délégation de pouvoir », *Décideurs*, n°67, 15/7-15/8 2005, p.82

I. LA DELEGATION DE POUVOIRS, ŒUVRE DE BONNE GESTION DE L'ENTREPRISE

I.1 FONDEMENTS DE LA DELEGATION DE POUVOIRS :

Principe de la responsabilité pénale personnelle (article 121-1 du Code pénal).

"*Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*"

➢ ***Obligation de gestion du risque pénal par le chef d'entreprise :***

Le chef d'entreprise a l'obligation d'**éviter la confrontation brutale avec le pénal** auquel il n'est plus possible d'appliquer uniquement un traitement curatif.

S'instaure la nécessité d'une **gestion préventive, précisément par la délégation de pouvoirs, qui responsabilise le délégataire plus proche des faits et plus capable d'éviter la faute**.

Il s'agit d'identifier le risque pénal dont la gestion doit reposer sur la prévention.

Pèse sur le chef d'entreprise une obligation générale de sécurité - résultat dont il répond pénalement « *l'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail* »[3].

➢ ***Appréciation du transfert du risque pénal par le truchement de la délégation de pouvoirs :***

Le dirigeant social doit apprécier l'opportunité d'organiser le transfert sur autrui de son pouvoir de surveillance et de contrôle à un intermédiaire, par principe salarié ou non de l'entreprise pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

Le dirigeant social a l'obligation de déléguer partie de ses pouvoirs lorsqu'il estime ne plus être en mesure de veiller lui-même au respect des règles en sorte que la délégation de pouvoirs ne correspond pas à une possibilité qui lui est offerte mais à une **obligation d'organiser le transfert limité de ses pouvoirs là où le délégué est apte à assumer les risques d'une situation en ses lieu et place**.

I.2 EFFETS DE LA DELEGATION DE POUVOIRS :

Le dirigeant social maîtrise le risque pénal notamment en transférant cette responsabilité sur certaines personnes investies de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour mener à bien des tâches préalablement définies.

Mais la délégation de pouvoirs ne permet pas de transférer tous les risques pénaux qui pèsent sur le dirigeant.

[3] Directive européenne du 12 juin 1989, *Droit du travail*, J.E. Roy, Édition Liaison 2005/2006

➢ ***Principe : l'exonération de la responsabilité pénale du délégant :***

- L'objet de la délégation de pouvoirs serait donc vertueux, voire altruiste puisqu'il organise le transfert du pouvoir et de l'autorité du chef d'entreprise et donc de sa responsabilité pénale sur celui ou celle qui, au sein de l'entreprise ou du groupe, est mieux à même de contrôler les risques.

- En matière de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, les dispositions de l'article L 121-5 du Code de la consommation prévoient que "*si le contrevenant est une personne morale, la responsabilité incombe à ses dirigeants*", en sorte que ces dispositions rendent nécessaire l'existence d'une délégation de pouvoirs même si semble mis en cause par ce texte toujours en vigueur, l'effet exonératoire de la responsabilité pénale du dirigeant produit par la délégation de pouvoirs.

En pratique, la jurisprudence reconnaît son plein effet à une délégation de pouvoirs valablement consentie en cette matière, sauf si elle concerne une publicité de caractère national.

De surcroît, ce texte se cumule curieusement avec celui relatif à la responsabilité pénale de la personne morale en matière de publicité mensongère instituée par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires, **en sorte que la responsabilité pénale incombe au dirigeant social comme à la personne morale**.

➢ ***Limites : l'immixtion dans la délégation de pouvoirs et/ou la commission d'une faute personnelle intentionnelle ou d'imprudence par le dirigeant social :***

L'effet exonératoire de responsabilité produit par la délégation de pouvoirs à l'égard du délégant (exclusion du principe du cumul des responsabilités) est cependant écarté lorsque celui-ci a commis une faute personnelle, c'est-à-dire s'il a participé personnellement, directement ou indirectement à la commission de l'infraction (cause d'exonération relative à la responsabilité du délégant).

La délégation de pouvoirs est exclue lorsque le chef d'entreprise a personnellement pris part à la réalisation de l'infraction de manière intentionnelle **en s'immisçant** par exemple dans la gestion du délégué dès lors privé de son autorité.

A l'immixtion du chef d'entreprise doit être assimilée la volonté négligente (la "*négligence intentionnelle*") du chef d'entreprise qui laisse le délégué agir de manière fautive et dans ce cas, le dirigeant social peut être considéré comme ayant personnellement commis l'infraction faute d'être intervenu immédiatement pour retirer la délégation et prendre personnellement les mesures qui s'imposent.[4]

---

[4] Cass. Crim. 20 mars 1995 (Bull. Crim. 1995 n°114) :*"Attendu qu'en se prononçant ainsi, et dès lors **qu'ayant caractérisé une participation directe du dirigeant à l'infraction**, elle n'était pas tenue de se prononcer sur les effets de la délégation de pouvoirs invoquée, nécessairement inopérante, la cour d'appel a justifié sa décision".* Cass. Crim. 17 octobre 2000 (inédit, pourvoi n°00-80148, www.legifrance.gouv.fr) : Le dirigeant ne peut être exonéré de toute responsabilité.

II. CONDITIONS DE LA DELEGATION DE POUVOIRS

II.1 DOMAINE :

Trois catégories d'infractions (article 121-3 du Code pénal) :

- infractions matérielles : la faute est constituée par le seul fait d'enfreindre la loi (contraventions),
- infractions non intentionnelles : les fautes d'imprudence et de négligence réformées par la loi du 25 juin 2000 (dite loi FAUCHON),
- infractions intentionnelles :
  - dol général = volonté et conscience d'enfreindre la loi
  - dol spécial = intention renforcée (ex.: complicité de banqueroute; présentation ou publication de bilan inexact).

➢ ***« Tous les domaines où la loi n'en dispose pas autrement » :***

La délégation de pouvoirs est un **mode normal de gestion** de l'entreprise admis en toute matière, économique ou non économique, et d'une manière générale, dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement.

Un champ d'application élargi depuis 5 arrêts du 11 mars 1993 "*dans tous les domaines où la loi n'en dispose pas autrement"*, alors qu'elle avait été longtemps prohibée en matière d'infractions à la législation économique.

Par 5 arrêts rendus le 11 mars 1993, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a admis la délégation de pouvoirs dans le domaine des infractions économiques ***(*contrefaçon**, **la fixation des prix de revente des produits**, **publicité de nature à induire en erreur; achats sans factures et de reventes à perte**), alors qu'antérieurement, elle l'interdisait au visa de l'ordonnance du 30 juin 1945, au motif que les obligations incombant au chef d'entreprise dépendaient de ses fonctions d'administration générale et au visa de l'ordonnance du 1er décembre 1986, au motif que les faits incriminés relevaient des fonctions de direction que le chef d'entreprise assume personnellement.

Cass. Crim. 6 février 2001 (inédit titré, pourvoi n°00-84104, www.legifrance.gouv.fr; Droit pénal juin 2001, Com. n°78) : la délégation de pouvoir n'exonère pas le chef d'entreprise s'il a pris part à la publicité fausse ou de nature à induire en erreur qui lui est reprochée.
Cass. Crim. 20 mai 2003 (Bull. Crim. 2003 n°101): le chef d'entreprise qui a personnellement participé à la réalisation de l'infraction ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant une délégation de ses pouvoirs.

Il faut retenir que la délégation de pouvoirs a été reconnue valable en matière

- d'infraction aux règles de la Sécurité Sociale,
- d'environnement,
- de coordination des transports,
- de publicité mensongère,
- de circulation routière,
- de délit d'initiés,
- d'achat sans factures,
- de contrefaçon,
- de vente à perte,

étant précisé que le domaine privilégié de la délégation de pouvoirs est celui de l'hygiène et de la sécurité.

➢ ***Exclusion dans les matières relevant de la compétence propre du chef d'entreprise :***

*** <u>En matière de consultation du comité d'entreprise</u> :**

Le chef d'entreprise ne peut s'affranchir par une délégation de pouvoirs de son obligation de s'assurer de la consultation du comité d'entreprise.

Par arrêt rendu le 14 octobre 2003, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a jugé qu'en se fondant sur une délégation de pouvoirs inopérante et sans rechercher si dans l'exercice de ses fonctions de Président du CHSCT, le chef d'entreprise avait personnellement porté atteinte au fonctionnement régulier de cet organe, la Cour d'Appel n'a pas justifié sa décision et cassé la décision de la Cour d'Appel qui avait déclaré coupable d'entrave le salarié qui avait reçu délégation de pouvoirs en matière de sécurité du Président du Directoire pour avoir omis de consulter le Comité d'hygiène et de sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) avant de procéder à des travaux d'aménagement de locaux et de modification de l'outil de travail .[5]

*** <u>En matière de travail dissimulé</u> :**

Le chef d'entreprise ne peut s'exonérer par une délégation de pouvoirs du respect des obligations de l'article L 324-10 du Code du travail en présence de faux contrats de sous-traitance.

[5] Cass. Crim. 14 octobre 2003 (Bull. Crim. 2003 n°190)

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation, a rendu un arrêt le 17 juin 2003 (Droit pénal page 18, novembre 2003) aux termes duquel elle a écarté la délégation de pouvoirs du Président du directoire au directeur général signataire de faux contrats de sous-traitance qui constituaient en réalité des contrats de travail et déclaré coupable le chef d'entreprise du délit d'emploi dissimulé, les salariés n'ayant pas été déclarés à la Sécurité Sociale et ayant été payés sans bulletin de salaire en application des dispositions des articles L 324-9 et L 324-10 du Code du travail [6].

II.2 FORMES :

➢ *Liberté de la forme : écrite ou orale :*

La délégation de pouvoirs peut être verbale ou écrite.

L'écrit n'est pas indispensable, il est toutefois utile. [7]

Elle ne fait pas implicitement partie du contrat de travail.

Il faut relever l'arrêt rendu le 18 novembre 2003 par la Chambre sociale de la Cour de Cassation dans le sens de l'absence d'exigence d'écrit, qui a décidé que "*aucune disposition légale n'exigeant que la délégation de pouvoir de licencier fasse l'objet d'un écrit, le licenciement opéré par le directeur financier ne saurait être annulé pour défaut de délégation de pouvoir*".

La délégation de pouvoirs donnée par le chef d'entreprise au directeur financier de licencier une salariée n'a pas à faire l'objet d'un écrit pour être valable [8].

Elle n'a pas non plus à être acceptée : l'acceptation est cependant prudente en pratique.

---

[6] *L'employeur est passible de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié au premier chef, du fait de l'un des manquements visés à l'article L. 324-10 alinéas 4 et 5 du Code du travail. La responsabilité pénale pèse en principe sur le chef d'entreprise, mais la délégation de pouvoirs est susceptible de conduire à la condamnation d'un préposé. L'infraction de travail dissimulé peut être rapprochée de l'emploi irrégulier de salariés étrangers au titre duquel le principe de la responsabilité pénale d'un préposé a été admis par la jurisprudence (Cass. Crim. 10 janvier 1963 : Bull. Crim. 1963, n°19 ; JCP G 1963, II, 13066). Ainsi, à propos d'emploi illégal de travailleurs étrangers et de délivrance de bulletins de paie irréguliers, la Haute juridiction a déclaré responsable pénalement celui qui bien que n'étant pas gérant, ni associé, menait seul l'entreprise avec le titre de directeur général et la qualité de fondé de pouvoir du gérant, considérant qu'il était ainsi investi de l'autorité nécessaire pour veiller à l'observation de la loi (Cass. Crim. 8 juin 1971 : Bull. Crim. 1971 n° 183).*
La délégation de pouvoirs ne saurait, néanmoins, être admise qu'à l'égard de celui qui dispose du pouvoir de direction, du pouvoir de décider de l'embauchage et des conditions d'emploi. La responsabilité du service dans lequel l'infraction a été commise est en l'occurrence insuffisante (Rappr. Cass. Crim., 10 janvier 1963, préc.).
La requalification d'un contrat d'entreprise ou de prestation de services en contrat de travail libère le travailleur de toute poursuite mais déplace la responsabilité pénale vers le donneur d'ouvrage qui devient un employeur n'ayant pas procédé à la déclaration préalable à l'embauche, ni établi de bulletin de salaire (LexisNexis – EDITIONS du JurisClasseur – 2004).

[7] Cass. Crim. 14 mars 2000 (Inédit, pourvoi n° 99-83586 ; www.legifrance.gouv.fr)

[8] Travail et Protection Sociale - janvier 2004, page 11

➢ ***Liberté de la preuve :***

La preuve de la délégation de pouvoirs peut être effectuée par tous moyens, elle est appréciée souverainement par les juges du fond.

Les juges du fond doivent vérifier la réalité du transfert de pouvoir effectif seul susceptible de générer le transfert de la responsabilité qui y est attachée.

Stipulée au contrat de travail ou dans un acte séparé :

En pratique, acte autonome nominatif particulièrement détaillé, distinct du contrat du travail, comme inclus dans celui-ci dès l'origine.

Attention à l'organigramme et à la note de service jugés comme n'établissant pas la réalité d'une délégation[9]

➢ ***Nécessité de la précision de la délégation :***

Écrite, elle doit préciser la **nature et l'étendue des pouvoirs** conférés au préposé, les **responsabilités** qu'il doit assumer, **sa durée, le secteur et les fonctions** concernés.

Est nulle la délégation de pouvoirs rédigée en termes vagues et généraux et qui aboutit en fait à substituer intégralement le préposé au dirigeant.

Elle doit être **certaine et exempte d'ambiguïté**.[10]

➢ ***Cas particulier de la société anonyme :***

* **<u>Les sociétés anonymes avec conseil d'administration</u> :**

- Le Président du conseil d'administration et le directeur général d'une société anonyme sont, l'un et l'autre, responsables de droit des infractions relevées contre leur société. Chacun d'eux ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale qu'en démontrant qu'il a personnellement délégué ses propres pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.

---

[9] Cass. crim. 17 juin 1997 : Bull. Crim. n°237

[10] Par arrêt rendu le 18 juin 1997 (Inédit**,** pourvoi n° 96-83344 ; www.legifrance.gouv.fr), la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a décidé que *"Attendu que, pour retenir la culpabilité du prévenu des chefs d'exploitation d'une installation classée sans autorisation et de pollution de cours d'eau courant juin et juillet 1994 et pour rejeter son argumentation selon laquelle la direction de la fromagerie ne lui aurait été confiée qu'à compter du 1er janvier 1995, l'arrêt attaqué relève que le courrier du 19 décembre 1994, mentionné au moyen, ne peut s'interpréter que comme une confirmation de sa nomination à la direction de l'usine dont il assumait déjà la responsabilité effective depuis le 1er avril 1994 ;* ***que les juges ajoutent qu'à la date des faits, il avait reçu de son employeur la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires pour assumer, par délégation de pouvoirs, la responsabilité pénale des infractions commises dans cet établissement****".*

Cette solution traditionnelle doit être nuancée au regard de dispositions de la loi nouvelle n° 2001-420 du 15 mai 2001 qui dissocient les fonctions de président du conseil d'administration de celles de direction de la société.

L'article L 225-51-1 du Code de commerce prévoit que "*la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général"*.

Aussi, la société anonyme est-elle dirigée ou bien par le directeur général ou bien par le président du conseil d'administration et dans ce dernier cas, ce sont les dispositions relatives au directeur général qui sont applicables au président du conseil d'administration (loi n° 2001-420 du 15 mai 2001).

L'article L 225-56 du Code de commerce prévoit que le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.

Ce même article ajoute que le conseil d'administration en accord avec le directeur général détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués.

Il ne s'agit pas ici de délégations de pouvoirs, mais plutôt d'actes fondateurs de la fonction de directeur général ou de celle de directeur général délégué.

Aussi, le président du conseil d'administration n'ayant plus le pouvoir de représenter la société, c'est le directeur général qui peut déléguer à un tiers ce même pouvoir qui doit porter sur un ou plusieurs objets déterminés.

Les délégations de pouvoirs, à la différence des délégations de signatures, subsistent même si le directeur général qui les a consenties cesse ses fonctions.

Cependant, le président du conseil d'administration qui exerce les pouvoirs du directeur général, retrouve ainsi sa faculté de déléguer.

- Le conseil d'administration, organe autonome de gestion, comme chaque administrateur, doit pouvoir déléguer ses pouvoirs spécifiques à un administrateur, au président ou au directeur général ou à un tiers, pour autant qu'il ne se dépossède pas de tous ses pouvoirs et sous réserve des conditions de spécialité, d'autorité, de compétence et des moyens du délégataire.

Cette délégation peut présenter un intérêt particulier pour les administrateurs dont la responsabilité pénale peut être engagée pour toute une série de délits spécifiques.

***** **<u>Les sociétés anonymes à directoire</u> :**

- Le conseil de surveillance est seul habilité à nommer les membres du directoire et à en désigner le président.

Ces membres doivent être obligatoirement des personnes physiques.

L'article L 225-58 du Code de commerce prévoit, pour les sociétés dont le capital est inférieur à 150 000 euros, que lorsqu'une seule personne exerce les fonctions dévolues au directoire, elle prend le titre de directeur général unique.

Le directeur général unique est la personne qui reçoit du conseil de surveillance l'exercice des fonctions dévolues au directoire (L 225-58 du Code de commerce).

"*Le président du directoire ou le cas échéant le directeur général unique représente la société dans ses rapports avec les tiers"* (article L 225-66 du Code de commerce).

- Le conseil de surveillance peut, pour autant que les statuts l'habilitent, attribuer le pouvoir de représentation du directeur général unique à un ou plusieurs autres membres du directoire qui portent alors le titre de directeur général.

Aussi, dans chacune de ces deux hypothèses, les fonctions du président, du directeur général, ou du directeur général unique, ne procèdent pas d'une délégation de pouvoirs du conseil de surveillance, mais d'un acte fondateur du conseil de surveillance.

- En pratique, pour exercer la gestion quotidienne de l'entreprise, les membres du directoire se répartissent entre eux les pouvoirs dévolus par les dispositions de l'article L 225-64 du Code de commerce à l'entité "Directoire", organisme collégial de direction.

Les dispositions de l'article 99 du décret du 23 mars 1967 prévoient que " *Sauf clause contraire des statuts, les membres du directoire peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance, répartir entre eux les tâches de la direction. Toutefois, cette répartition ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégialement la direction de la société".*

La loi ne confère pas à chacun des membres du directoire des pouvoirs à titre individuel sinon par la répartition des pouvoirs du directoire.

Mais une telle répartition ne peut pas s'effectuer au détriment du directoire, organisme collégial qui doit conserver son pouvoir de direction.

De surcroît, dès lors que cette répartition est faite, se pose la question de savoir si les membres du directoire peuvent déléguer les pouvoirs qu'ils se sont répartis, à l'un d'entre eux, par exemple le président du directoire.

Rien n'empêche une telle délégation sous réserve de son caractère limité.

Le directeur général unique, l'un des directeurs généraux, voire le président du directoire qui exerce les pouvoirs de direction, peuvent alors déléguer leurs pouvoirs à un membre du directoire, mais seulement en vue d'accomplir une ou plusieurs opérations déterminées.

- Le directoire ès-qualités d'organisme collégial peut aussi déléguer ses pouvoirs de direction, mais sous les mêmes réserves de spécialité de la délégation.

Les dispositions de l'article L 225-64 du Code de commerce qui précisent que "*le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus*", visent expressément le directoire en tant qu'entité globale et non chaque membre du directoire individuellement.

Malgré le silence de la loi, il semble que l'entité directoire puisse déléguer ses pouvoirs à un tiers, à condition qu'il ne s'agisse pas de l'intégralité de ses pouvoirs mais d'une délégation spécifique.

L'entité directoire peut également déléguer ses pouvoirs à l'un ou plusieurs de ses membres qui, délégataire(s) des pouvoirs du directoire, pourra à son tour, les déléguer à un tiers sous les mêmes conditions de spécialité.

En pratique, le directoire comme chacun de ses membres investis de ses attributions doit veiller à ne pas déléguer **tous** ses pouvoirs à peine de nullité de la délégation.

II.3 CONTENU :

➢ ***Délégation des pouvoirs et des devoirs :***

Délégation de la surveillance et du contrôle.

➢ ***Exclusion de la délégation générale :***

Une jurisprudence de principe interdit au chef d'entreprise de déléguer la totalité de ses pouvoirs car par la délégation de pouvoirs, le chef d'entreprise ne peut pas démissionner de ses fonctions au profit d'un salarié.

La délégation de pouvoirs invoquée par un prévenu au profit d'un agent local pour le fonctionnement habituel du magasin ne s'applique pas dans le cas d'une opération publicitaire d'ampleur nationale.[11]

Par ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation par arrêt du 17 juin 2003, a écarté la délégation de pouvoirs consentie par le chef d'entreprise à son directeur régional qui avait signé un contrat de sous-traitance au nom de la société avec une autre société du groupe, lequel a été requalifié en contrat de travail, en sorte que s'est posée la question de la commission du délit de recours à un travail dissimulé.

La Cour a estimé que ce délit a été commis par le dirigeant social qui avait décidé de la politique générale de la société et notamment de recourir à ce type de procédé et ainsi, compte tenu de cette immixtion, a écarté la délégation de pouvoirs.

[11] Cass. Crim. 3 avril 1996 (Inédit titré, pourvoi n° 95-81893 **;** www.legifrance.gouv.fr) : en matière de publicité, une délégation de pouvoirs consentie à un directeur de magasins ne s'étend pas à la conception ni à l'organisation d'une opération publicitaire décidée à l'échelon national, pour un ensemble de magasins exploités sous la même enseigne.

II.4 LE DELEGANT :

➢ ***La taille de l'entreprise condition de la délégation de pouvoirs :***

Il doit être le chef d'une entreprise d'une certaine complexité au regard de son volume et de sa structure.[12]

II.5 LE DELEGATAIRE :

➢ ***Compétence, autorité et moyens nécessaires :***

Par principe, il doit être une personne salariée ou non de l'entreprise investie par le chef d'entreprise et pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur[13].

Le délégataire peut être salarié ou non. Mais il ne doit pas être étranger à l'entreprise[14].

➢ ***Indifférence du lien de subordination : un simple rapport d'autorité suffit :***

La délégation de pouvoirs intragroupe d'un dirigeant d'une société mère aux salariés d'une filiale – qui ne sont pas liés par un contrat de travail avec la société mère – est valide, à condition qu'il y ait entre elles un rapport d'autorité, un lien hiérarchique[15]

L'existence d'un lien de subordination au sens strict semble ne plus être une condition de validité de la délégation de pouvoirs, mais un "*rapport d'autorité*" doit cependant subsister (Emmanuel DREYER, D. 2004, chr. p. 937).[16]

---

[12] Cass. Crim. 18 octobre 1995 (Inédit, pourvoi n° 94-83576 ; www.legifrance.gouv.fr)

[13] Cass. Crim. 21 juin 2005 (Inédit, pourvoi n° 04-87596 ; www.legifrance.gouv.fr) : « *Attendu que c'est par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause et des éléments de preuve contradictoirement débattus, que les juges du second degré ont exposé les motifs dont ils ont déduit, sans insuffisance ni contradiction, que les salariés auxquels le prévenu prétendait avoir délégué ses pouvoirs en matière de sécurité n'étaient pas pourvus des moyens et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement au respect de la réglementation relative à la sécurité des travailleurs ; Que, dès lors, le moyen qui, en sa première branche critique les motifs surabondants de l'arrêt relatifs à l'existence d'une double délégation, ne saurait être accueilli ;* »

[14] Cass. Soc. 19 janvier 2005 (Bull. Civ. 2005 V n°10 ; www.legifrance.gouv.fr) : casse l'arrêt de la CA de Douai en jugeant que « *le directeur du personnel, engagé par la société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit ;* », « *Cette solution confirme le principe selon lequel, pour qu'une délégation de pouvoir en la matière soit efficace, le délégataire ne doit pas être une personne étrangère à l'entreprise.* », *Jur. Soc. Lamy 2005*, chr. C. Guillon.

[15] Il est jugé que rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, Président de la société donneur d'ordre et dirigeant de la société sous-traitante, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité ou bien à un **salarié** d'une autre société du groupe sur lequel il exerce un pouvoir hiérarchique (Cass. Crim. 26 mai 1994 : Bull. Crim. 1994 n°208), ou bien au **dirigeant** d'une autre société du groupe sur lequel le chef du groupe de société exerce son autorité hiérarchique (Cass. Crim. 26 mai 1994 : Bull. Crim. 1994 n°208 ; Cass. Crim. 26 mai 1994 : Bull. Crim. 1994 n°208).

[16] Cass. Crim.: 26 mai 1994 (Bull. Crim. 1994 n°208)

Demeure cependant le principe de l'exclusion de la délégation de pouvoirs à un tiers à l'entreprise: l'attribution d'une fonction de contrôle à un tiers ne constitue pas une délégation valable.

"*Les véritables tiers ne peuvent pas être délégataires*" car d'une part, le chef d'entreprise doit pouvoir contrôler de manière effective et permanente l'utilisation du pouvoir délégué et d'autre part, *"la délégation de pouvoirs découle d'un rapport d'autorité et implique un rapport d'autorité*"[17] .

Le délégataire ne peut pas être un prestataire de service indépendant.

- ***Exclusion de la pluralité de délégations pour l'exécution d'une mission identique :***

Une délégation de pouvoirs donnée à deux ou plusieurs préposés investis ou non des mêmes fonctions pour un travail identique n'a aucun effet, pareil cumul étant de nature à limiter et entraver les initiatives de chacun.[18]

En revanche, le cumul de délégations peut être envisagé lorsque l'objet de chacune d'elle est distinct.

Le chef d'entreprise peut-il investir d'un pouvoir identique plusieurs délégataires ?

L'étendue des pouvoirs du dirigeant et de ses domaines d'intervention peut en effet rendre nécessaire le cumul de délégations.

Toutefois, celui-ci n'est envisageable que si chaque délégation a un objet bien distinct et bien délimité.

Par un arrêt du 23 novembre 2004, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation réaffirme le principe dans des termes similaires : "*si le chef d'entreprise a la faculté de déléguer la direction d'un chantier à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur, il ne peut, en revanche, déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires*" [19].

---

[17] Emmanuel DREYER, D. 2004, chr. P. 937

[18] Cass. Crim. 23 janvier 1997 ((Inédit titré, pourvoi n° 95-85788 ; www.legifrance.gouv.fr) : le chef d'entreprise ne peut pas "*déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires*".
Cass. Crim. 25 novembre 1997 (Inédit titré, pourvoi n° 96-84371 ; www.legifrance.gouv.fr) : "*le délégataire peut être autorisé à subdéléguer mais que tel n'est pas le cas lorsque chacun des délégataires, même de niveau hiérarchique différent, a disposé des pouvoirs du délégant, que dans ces conditions, la délégation de pouvoirs n'est établie".*
Cass. Crim. 29 février 2000 (Bull. Crim. 2000 n°89)
Semaine juridique édition générale n° 6/2005 "*une double délégation tue la délégation*"

[19] Cass. Crim., 23 nov. 2004 (Bull. Crim. 2004 n°295) et Cass. Crim. 21 juin 2005 (Inédit, pourvoi n° 04-87596 ; www.legifrance.gouv.fr)

- ***Le délégataire est également délégant des pouvoirs qui lui sont délégués (la subdélégation) :***

Le délégué peut encore consentir une subdélégation dans les mêmes conditions de transfert d'autorité à une personne pourvue de la compétence et des moyens nécessaires.

L'autorisation du chef d'entreprise n'est pas nécessaire à la validité des subdélégations de pouvoirs, dès lors que celles-ci sont régulièrement consenties et que les subdélégataires sont pourvus de la compétence, de l'autorité et des moyens propres à l'accomplissement de leur mission.

- ***Subsistance da la délégation de pouvoirs après changement du Président du Conseil d'Administration :***

Il a été jugé que la société demeure obligée par la délégation consentie par un Président du Conseil d'Administration à un subordonné nonobstant la nomination d'un nouveau Président du Conseil d'Administration jusqu'à annulation de la délégation.

III. PERSPECTIVES DE LA DELEGATION DE POUVOIRS

La délégation de pouvoirs ne doit pas faire illusion.

Par son application, le dirigeant social est susceptible de s'exonérer de sa responsabilité pénale pour autant que les conditions de la validité de la délégation, soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond, soient réunies.

En revanche, le délégué engage non seulement sa responsabilité pénale mais également celle de la personne morale dont il est désormais jugé qu'il est le représentant.

Une responsabilité pénale pouvant toujours en cacher une autre… la délégation de pouvoirs est-elle mythe ou réalité ?

III.1 LA DELEGATION DE POUVOIRS N'EXONERE PAS LA PERSONNE MORALE DE SA RESPONSABILITE PENALE :

La personne morale est engagée par les actes de ses salariés qui ont reçu une délégation de pouvoirs effective (subsistance de la responsabilité de la personne morale ou délégation par représentation au sens de l'article 121-2 du Code pénal), en sorte que "*la délégation de pouvoirs implique la délégation de représentation au sens de l'article 121-2 du Code pénal*", sans toutefois que la responsabilité pénale de la personne physique conditionne la responsabilité pénale de la personne morale, laquelle peut être retenue indépendamment, ainsi qu'il résulte de la loi 10 juillet 2000 fragilisant d'autant la thèse dite de la "*responsabilité reflet*".

➢ ***Personnes morales responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (article 121-2 du Code pénal)*** [20] ***:***

- Subsistance de la responsabilité de la personne morale ou délégation de la représentation au sens de l'article 121-2 du Code pénal : la délégation de pouvoirs implique une délégation de représentation.

Ainsi, "*le délégataire de pouvoirs est bien la personne physique par le "truchement" de laquelle la responsabilité pénale de la personne morale se trouve engagée. C'est donc chez ce délégataire qu'il faut rechercher si tous les éléments constitutifs de l'infraction se trouvent réunis"*[22].

Le simple salarié qui commet un délit dans l'exercice de ses fonctions par les moyens mis à sa disposition par la personne morale employeur, peut-il engager la responsabilité pénale de cette dernière ?

➢ ***Délégataire = représentant de la personne morale (délégation de la représentation) qui peut engager la responsabilité pénale de cette dernière***[23] ***:***

- Cass Crim. 19 mai 2004 (personne morale victime d'un abus de confiance commis, par son salarié au moyen notamment d'une adresse électronique portant le nom de la personne morale) :

En utilisant l'adresse électronique de la personne morale à des fins personnelles, le salarié ne se comportait-il pas comme le représentant de cette dernière, au moins vis-à-vis des titulaires des sites qu'il consulte ? Dans l'affirmative, la responsabilité pénale de la personne morale serait-elle susceptible d'être engagée ?

A priori non, car les dispositions de l'article 121-3 du Code pénal posent une autre condition à la mise en œuvre de cette responsabilité: l'organe ou représentant doit agir, "*pour le compte*" de la personne morale.[24]

---

[20] Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est affirmé à l'article 121-2 du code pénal :
"Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants.
Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.
La responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du 4ème alinéa de l'article 121-3."

[21] Cass. crim. 26 juin 2001 (JCP 2002, I, 371) : le titulaire d'une subdélégation de pouvoirs est un représentant susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale, laquelle peut être condamnée même si elle n'a pas commis une faute pénale distincte de celle de son représentant.

[22] A. MARON, J-H ROBERT et M. VERON, chronique de droit pénal et procédure pénale, JCP 2000, I, 235

[23] Cass. Crim. 26 juin 2001 (Bull. Crim. 2001 n°161) : le titulaire d'une subdélégation de pouvoirs est un représentant susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale, laquelle peut être condamnée même si elle n'a pas commis une faute pénale distincte de celle de son représentant.

[24] Cass. Crim. 19 mai 2004 (Bull. Crim. 2004 n°126) : Le salarié qui détourne au préjudice de l'employeur, son ordinateur et la connexion Internet qui ont été mis à sa disposition par son employeur pour les besoins de son activité professionnelle, et les utilise pour visiter des sites pornographiques commet le délit d'abus de confiance.

➢ ***Personne morale peut être poursuivie et / ou condamnée sans que son représentant le soit :***

Le cumul de la responsabilité pénale de la personne morale et de son représentant, personne physique, est également possible mais pas automatique.

- Avant l'arrêt de la Chambre criminelle du 24 mai 2005 :

***** **S'agissant des délits intentionnels :**

Par arrêt du 2 décembre 1997 [25], la Chambre criminelle a cassé l'arrêt des juges du fond au motif que n'avait pas été précisé l'organe ou représentant qui aurait engagé la responsabilité pénale de la personne morale.

Il a ainsi été jugé que les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leur organe ou représentant.

Ne justifie pas sa décision la Cour d'appel qui, pour caractériser à l'encontre d'une société l'élément intentionnel du délit d'usage de fausses attestations, se borne à énoncer que cette société ne pouvait ignorer que les attestations produites en justice par son directeur général comportaient certaines affirmations inexactes, alors qu'il appartenait aux juges du second degré de rechercher si le directeur général, organe de la société, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations.

De plus, si la personne morale peut être responsable pénalement d'une infraction sans que la personne physique, organe ou représentant qui l'a physiquement commise, soit condamnée ou même poursuivie, il n'en reste pas moins que "*la responsabilité pénale d'une personne morale en tant qu'auteur ou complice, suppose que soit établie la responsabilité pénale, en tant qu'auteur ou complice, d'une ou plusieurs personnes physiques représentant la personne morale*" [26].

Par un arrêt du 8 septembre 2004, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation semble avoir atténué cette solution et retenu la responsabilité pénale de la personne morale dans l'hypothèse d'une relaxe du dirigeant social en cassant l'arrêt des juges du fond qui n'ont pas recherché si le dirigeant social n'avait pas, en connaissance de cause, permis à la personne morale de conserver les fonds en provenance d'un délit.

Il suffit donc de constater la simple faute du dirigeant social, laquelle ne permet pas de retenir sa responsabilité pénale pour rechercher la responsabilité pénale de la personne morale[27].

Ce faisant, il utilise une adresse électronique qui comporte le nom de la société à laquelle il appartient, ce qui porte atteinte à l'image de marque et à la réputation de l'entreprise qui de plus, subit un préjudice économique constitué par le coût des connexions télématiques, en sorte qu'elle subit un préjudice direct découlant de cette infraction et qu'elle peut se porter partie civile afin d'en obtenir réparation.

[25] Cass. Crim. 2 décembre 1997 (Bull. Crim. 1997 n°408)

[26] Jurisclasseur pénal code, article 121-2, page 6.

[27] Cass. Crim. 8 septembre 2004 (Inédit, pourvoi n° 03-85826 ; www.legifrance.gouv.fr) : "*Attendu que, pour prononcer la relaxe du G.A.E.C. du Launel, la juridiction de renvoi énonce que, s'il est constant que la somme de 500 000 francs a bien été obtenue par une escroquerie de Bertrand Y… et s'il est constant, également, que le G.A.E.C. a, par ses dirigeants, de l'époque, en 1990, reçu ces fonds en pleine connaissance de leur origine*

***** **<u>S'agissant des délits non intentionnels</u> :**

L'hypothèse de l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale sans que le soit la responsabilité pénale d'une personne physique, est aussi envisageable en cas "*d'infractions d'omission, de négligence ou matérielles, qui sont constituées en l'absence soit d'intention délictueuse, soit d'un acte matériel de commission*", soit des infractions qui ont "*pu être commises par les organes collectifs de la personne morale sans qu'il soit possible de découvrir le rôle de chacun de leurs membres et d'imputer la responsabilité personnelle de l'infraction à un individu déterminé*" [28].

- <u>En matière de blessures et homicides par imprudence (accidents du travail)</u> :

Dans l'hypothèse de la commission en tant qu'auteur indirect d'un délit non intentionnel, la faute simple du représentant de la personne morale suffit pour engager la responsabilité pénale de la personne morale qui peut être engagée par une "*poussière de faute*".

Une faute qualifiée est nécessaire pour engager la responsabilité pénale du représentant, personne physique.[29]

La Cour d'appel de PARIS a jugé par arrêt du 27 février 2004, qu'en matière de blessures involontaires (accidents du travail) que "*s'il est nécessaire d'établir que l'infraction a bien été commise en tous ses éléments constitutifs par un organe ou un représentant, il n'est pas nécessaire en revanche que l'organe ou le représentant soit lui-même déclaré coupable de l'infraction pour que celle-ci soit imputée à la personne morale*"[30].

Mais par un raisonnement dont les juges ont le secret, elle retient la responsabilité cumulée [31] du dirigeant et de la personne morale.

---

frauduleuse, ce fait n'est devenu pénalement punissable à l'encontre du G.A.E.C. qu'à compter du 1er mars 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal instituant la responsabilité pénale des personnes morales ; qu'à cette date, Laurent Y… était seul membre associé du G.A.E.C. et, partant, le seul représentant ou organe de celui-ci ; que sa responsabilité ne peut plus être mise en cause puisqu'il a été définitivement relaxé.
Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, nonobstant la décision de relaxe rendue au bénéfice de Laurent Y…, si ce dernier n'avait pas, en connaissance de cause, permis au G.A.E.C. de conserver les fonds provenant d'un délit, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et des principes ci-dessus rappelés".

[28] Jurisclasseur pénal code, article 121-2, page 6.

[29] Une précision : la relaxe de l'employeur pour absence de faute pénale non intentionnelle n'empêche pas le juge civil de retenir la faute inexcusable.

[30] CA Paris 11ème section B, 27 février 2004 – Dossier n°03/06230

[31] L'article 121-3 du Code Pénal dispose :
Alinéa 1 : *"il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.*
Alinéa 2 : "*Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui."*
Alinéa 3 : " *Il y a également délit lorsque la loi le prévoit en cas de faute, d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait."*
Alinéa 4 *"Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les* ***personnes physiques qui n'ont pas directement causé le dommage*** *mais qui ont crée ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage, ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter sont responsables pénalement s'il est établi qu'ils ont* ***soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou***

Par arrêt rendu le 14 septembre 2004, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a rappelé que "*la responsabilité de la personne morale n'est pas subordonnée à la caractérisation à la charge de ses organes ou représentants d'une faute entant dans les prévisions de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal*". [32]

L'exigence d'une faute qualifiée ne concerne que les seules personnes physiques, auteurs indirects (donc dirigeant social) :

- la violation de façon manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement,

- une faute caractérisée qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur indirect ne pouvait ignorer.

La responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée si le dirigeant social de celle-ci, auteur indirect, a commis une faute qualifiée, c'est-à-dire délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code Pénal, ou simple (cas dans lequel il n'encourt aucune responsabilité pénale).

Les personnes morales demeurent, quant à elles, pénalement responsables des dommages qu'elles causent à autrui, quelque soit la gravité de la faute qui leur est reprochée, sans qu'il y ait à distinguer, selon que le lien de causalité est direct ou indirect, et que la faute soit simple, légère (il peut s'agir d'une ***"poussière de faute"***).

La personne morale demeure pénalement responsable des manquements à la réglementation sans que l'on soit obligé de démontrer une faute caractérisée à son encontre.

Le souci du législateur a été de permettre la mise en cause de la responsabilité de la personne morale, quelle que soit la nature de la faute commise par l'auteur direct du dommage et exclusivement en cas de faute qualifiée de l'auteur indirect (le dirigeant social ou son délégué) (faute délibérée ou faute caractérisée).

La faute simple du chef d'établissement, au sens de l'alinéa 3 de l'article 121-3 ne permettra de ne retenir que la seule responsabilité pénale de la personne morale.

En séparant la responsabilité de la personne morale de la responsabilité de la personne physique, la loi comme la jurisprudence permettent que la relaxe d'une personne physique poursuivie pour une infraction involontaire n'entraîne pas de plein droit la relaxe de la personne morale, lorsque l'irresponsabilité de la personne physique, dirigeant social, découle de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, c'est-à-dire en l'absence de faute délibérée ou caractérisée.

---

le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer."

[32] Cass. Crim. 14 septembre 2004 (Inédit, pourvoi n° 03-86159 ; www.legifrance.gouv.fr)

"En somme, la relaxe du chef d'entreprise ou de son délégataire fondée sur l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, ne met pas fin au travail du juge lorsque les poursuites sont également exercées contre la personne morale. Il doit alors procéder à une seconde appréciation des mêmes faits et rechercher si le représentant n'a pas, à tout le moins, commis une faute involontaire au sens de l'alinéa 3 de ce même article. ***Dans l'affirmative, la responsabilité de la personne morale est engagée sur la base de cette faute de degré inférieur, nonobstant la relaxe de la personne physique***"[33].

<u>- Depuis l'arrêt de la Chambre criminelle du 24 mai 2005[34] :</u>

Il a été jugé par cet arrêt que l'obligation d'énoncer le fait poursuivi dans une citation n'impose pas d'identifier lorsque la poursuite vise une personne morale, l'organe ou le représentant ayant commis l'infraction pour le compte de la personne morale poursuivie en sorte qu'une personne morale peut être retenue dans les liens de la prévention en matière de délits intentionnels, même si le dirigeant, organe ou représentant, personne physique, de l'infraction n'est l'objet d'aucune poursuite.

Dès lors, n'excède pas sa saisine, la Cour d'appel qui détermine qui est cet organe ou représentant.

Cet arrêt a été rendu en matière de recours au travail dissimulé, la Chambre criminelle ayant rappelé que « *commet sciemment le délit de l'article L 324-9 du Code du travail, celui qui ne vérifie pas, alors qu'il est tenu tant par ledit article que par l'article L 324-14 du même code, la régularité au regard de l'article L 324-10, de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services* ».

---

[33] Patrick MORVAN, La lettre des juristes d'affaires, Matinée-débat LJA du mardi 29 mai 2001
Par un arrêt de 24 octobre 2000, "*la Cour de Cassation admet d'abord l'irresponsabilité du directeur et du chef de service dans la mesure où ils n'ont commis aucune "faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000. En revanche, la relaxe de la société est censurée sous cet attendu de principe "attendu qu'il résulte de articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal, tant dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 juillet 2000 que dans celle issue de cette loi, que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l' intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale de personnes physiques ne pourrait être recherchée". Et la Cour de conclure: "en prononçant également la relaxe de la société (…), après avoir relevé de éléments de fait caractérisant un manquement aux prescriptions de l'article 5 du décret n° 65-48 du 8 janvier 1965, sans rechercher si, au-delà de la faute de négligence retenue à l'encontre du salarié définitivement condamné, ce manquement n'était pas dû pour partie au défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou, le cas échéant, à son délégataire en matière de sécurité et susceptible, nonobstant l'absence de faute délibérée ou caractérisée, d'engager la responsabilité pénale de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".*
[34] Cass. Crim. 24 mai 2005 (Bull. Crim. 2005 n°154)
[35] Patrick MORVAN, La lettre des juristes d'affaires, Matinée-débat LJA du mardi 29 mai 2001
Par un arrêt de 24 octobre 2000, "*la Cour de Cassation admet d'abord l'irresponsabilité du directeur et du chef de service dans la mesure où ils n'ont commis aucune "faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000. En revanche, la relaxe de la société est censurée sous cet attendu de principe "attendu qu'il résulte de articles 121-2, 121-3 et 222-19 du Code pénal, tant dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 juillet 2000 que dans celle issue de cette loi, que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l' intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale de personnes physiques ne pourrait être recherchée". Et la Cour de conclure: "en prononçant également*

la relaxe de la société (…), après avoir relevé de éléments de fait caractérisant un manquement aux prescriptions de l'article 5 du décret n° 65-48 du 8 janvier 1965, sans rechercher si, au-delà de la faute de négligence retenue à l'encontre du salarié définitivement condamné, ce manquement n'était pas dû pour partie au défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou, le cas échéant, à son délégataire en matière de sécurité et susceptible, nonobstant l'absence de faute délibérée ou caractérisée, d'engager la responsabilité pénale de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

➢ ***Représentation en justice de la personne morale poursuivie ou bien par son dirigeant social ou bien par toute personne bénéficiant d'une délégation de pouvoirs :***

- Les dispositions de l'article 706-43 du Code de procédure pénale prévoient que le représentant légal d'une personne morale poursuivie représente la personne morale à tous les actes de la procédure.

- Toutefois, lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à l'encontre du représentant légal, celui-ci peut saisir par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale.

- La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoirs à cet effet.

- "*Le représentant de la personne morale poursuivie ne peut, en cette qualité, faire l'objet d'aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au témoin"* (article 706-44 du Code de procédure pénale).

Dans le cas où la personne morale et son représentant sont l'une et l'autre poursuivis par la juridiction correctionnelle, se pose la question de savoir si ce dernier peut la représenter pour les actes de la procédure.

La lettre de l'article 706-43 semble le permettre puisque d'une part, elle vise les poursuites pour les mêmes faits *"à l'encontre du représentant légal"* de la personne morale et d'autre part, précise que celui-ci *"peut"* saisir le Président du Tribunal de Grande Instance aux fins de désignation d'un mandataire de justice, mais ne lui impose aucune obligation.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a rendu le 15 février 2005 un arrêt au terme duquel elle a décidé que la désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale au cours des poursuites est facultative et laissée à l'initiative de son représentant légal dans l'hypothèse de poursuites cumulées contre la personne morale et le représentant légal pour les mêmes faits ou pour des faits connexes :

"*lorsque des poursuites sont exercées contre une personne morale, et que l'action publique est également mise en mouvement, pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, contre le représentant légal de celle-ci, la désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale au cours des poursuites est facultative et laissée à l'initiative de son représentant légal*" (pourvois n° 04-87191, 04-87192, 04-87193 – Légifrance).

Cependant, si la représentation aux actes de la procédure pénale de la personne morale poursuivie par son représentant poursuivi pour les mêmes faits, est autorisée, il peut sembler opportun de désigner, selon les cas, un autre représentant pour représenter la personne morale à l'audience.

"*Le représentant de la personne morale poursuivie ne peut, en cette qualité, faire l'objet d'aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au* ***témoin***" (article 706-44 du Code de procédure pénale).

Mais ce statut de témoin n'est pas de tout repos car ès-qualités de mandataire de la personne morale, en réalité, dans chaque cas, le chef d'entreprise se trouve en ligne de front dans la procédure pénale, si ce n'est en droit, en tout cas en fait, même s'il n'encourt personnellement aucune responsabilité pénale.

➢ ***Les conséquences pratiques du principe de représentation pour le chef d'entreprise :***

C'est donc le chef d'entreprise qui subira en fait et ce, à plus forte raison depuis le 31 décembre 2005, l'épreuve de la confrontation avec le magistrat instructeur et/ou le Tribunal et en éprouvera personnellement au premier chef, bien qu'il ne soit pas pénalement personnellement inquiété parce que non poursuivi, les contraintes (inhérentes à toute procédure pénale et qui excèdent le statut apparemment confortable du simple témoin octroyé par les dispositions de l'article 706-44 du Code de procédure pénale) dont les conséquences sont à chaque fois inévitablement douloureuses voire traumatisantes.

III.2 UTILITE DE LA DELEGATION DE POUVOIRS AU REGARD DU PRINCIPE DE LA GENERALITE DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES :

➢ ***Application jusqu'au 31 décembre 2005 du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales :***

La responsabilité pénale des personnes morales n'est possible que dans les cas prévus "*par la loi ou le règlement*".

Ainsi, les personnes morales ne peuvent être pénalement responsables que pour les infractions pour lesquelles un texte spécial prévoit la possibilité de commission de l'infraction par la personne morale.

Exemple : pour les nouvelles infractions crées ou précisées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (dite PERBEN II), la responsabilité pénale des personnes morales a été expressément prévue et s'est appliquée de manière immédiate concernant les infractions des articles :

- 23 I de la loi prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions à la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries,

- 37 I de la loi prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions décrites au nouvel article 2 ter (créé par la loi du 9 mars 2004) de la loi du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi,

- 80 de la loi prévoyant la responsabilité des personnes morales en cas d'infraction au nouvel article 60-1 du Code de procédure pénale (abstention de réponse dans les meilleurs délais à une réquisition judiciaire).

➢ ***Application depuis le 31 décembre 2005 du principe de généralité de la responsabilité pénale des personnes morales (article 54 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 – dite PERBEN II -) :***

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a changé la solution.

Son article 54 dispose qu'à compter du 31 décembre 2005 (article 207 IV), toutes les infractions pourront engager la responsabilité pénale des personnes morales.

L'article 121-2 du Code pénal se trouve pour cela, amputé du membre de phrase qui prévoyait la nécessité que l'infraction en cause ait été spécialement prévue "*par la loi ou le règlement*".

Cependant, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a exclu de son champ d'application, certaines infractions en matière :

- de presse et de communication au public par voie électronique : article 43-1 de la loi du 29 juillet 1881 qui précise que les dispositions de l'article 121-2 du Code pénal ne sont pas applicables aux infractions pour lesquelles les dispositions des articles 42 et 43 de la loi sont applicables.

  Les délits de presse qui relèvent de la règle de la responsabilité en cascade et rendent par principe responsable le directeur de la publication, sont exclus du champ de la responsabilité pénale de la personne morale ;

- d'atteinte à la vie privée : délits de l'article 226-2 du Code pénal (conservation ou mise à la connaissance du public, d'un enregistrement ou d'un document portant atteinte à la vie privée) et encore ceux de l'article 226-8 du Code pénal (montage des paroles ou de l'image d'une personne).

  Dans l'hypothèse d'une communication par voie de presse, les dispositions des articles 226-7 et 226-9 du Code pénal sont inapplicables ;

- de discrédit sur les actes ou les décisions juridictionnelles portant atteinte à l'autorité de la Justice (article 434-25),

- de provocation au suicide par voie de presse, l'article 223-15 du Code pénal renvoyant au droit de la presse – l'article 223-15-1 prévoit la responsabilité des personnes morales dans la provocation au suicide (Bouloc, Droit des Sociétés Commerciales, Actualités, Revue Lamy Droit des Affaires, février 2006, n° 2, pages 10 à 15).

Pour ces délits, seule la responsabilité d'une personne physique est applicable.

*
* *

Nonobstant les réformes, subsiste le risque d'un cumul des poursuites et des sanctions contre le dirigeant social et la personne morale qu'il représente et pour le compte de laquelle il agit.

Dès lors, reste indispensable l'appréciation de l'opportunité de la délégation de pouvoirs selon les spécificités de chaque entreprise.