

GOUVERNEMENT DES ENTREPRISES ET RESPONSABILITÉ PÉNALE

PAR

Alain COEURET

*Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
Membre du Centre de Recherche sur le Droit économique*

Ce qu'il est convenu d'appeler les "affaires" éclairent aujourd'hui d'une lumière vive les rapports entre l'entreprise et le droit pénal. Se succèdent les mises en examen pour escroquerie, abus de biens sociaux, corruption, faux en écritures et autre délits qui se rattachent à ce secteur du droit répressif applicable aux activités économiques et sociales. Opération "mains propres" de juges français fascinés par "l'exemple" italien ou banale remise à niveau des poursuites à l'égard de délinquants qui, auparavant, n'étaient peut-être pas traités exactement comme le reste de la population pénale ? Il y aurait là sans doute matière à réflexion, mais il faut laisser au sociologue le soin de la mener et s'en tenir plus prosaïquement à la description des mécanismes juridiques par lesquels s'accomplit la destinée. Le phénomène est d'autant plus rude à vivre pour les gouvernements d'entreprises qu'il risque d'être amplifié par un second, normatif celui-là, qui procède du profond renouvellement de notre droit pénal consécutivement à l'adoption d'un nouveau code.

Entré en vigueur le 1er mars 1994 après une longue gestation le Nouveau Code Pénal, outre qu'il accuse une plus grande sévérité que le précédent, renouvelle en effet bien les problématiques à commencer par celles des responsabilités, puisque comme chacun sait, il consacre celle des groupements de droit et met fin ainsi à la tradition qu'exprimait naguère encore l'adage : "*societas delinquere non potest*". Il est hors de propos dans cet exposé de prétendre faire un examen systématique de la responsabilité des personnes morales. D'ailleurs, que pourrait-on en dire de définitif tant que les tribunaux ne nous auront pas éclairé sur le sens de textes souvent fort laconiques. Tout

de même, dans cette tentative d'appréciation du risque pénal propre à la direction des entreprises certains aspects de cette responsabilité nouvelle doivent être évoqués parce que son affirmation pourrait signifier au profit des dirigeants d'entreprises un allègement des poursuites que d'aucuns trouvent aujourd'hui bien lourdes, une responsabilité alternative donc permettant d'évacuer le risque pénal vers le haut.

Aussi bien ne me déroberai-je pas à l'exercice, mais je crois qu'il faut réserver ce point pour la seconde partie de cet exposé et envisager d'abord la responsabilité pénale affectant l'entreprise dans ses aspects plus classiques, qui concernent essentiellement les personnes physiques.

Classique a-t-on dit ? Le mot est-il judicieux ? On pourrait le contester à plusieurs titres. Il faudrait déjà admettre qu'en droit pénal français, droit légiféré par idéologie républicaine et démocratique, il soit classique en effet que les règles qui sous-tendent l'imputation de l'infraction soient, en majeure part, d'origine jurisprudentielle ; une jurisprudence vénérable et constante certes mais résolument prétorienne en maints aspects. Prions pour le principe de légalité ! A n'en pas douter le législateur dans son œuvre toute fraîche de codification a manqué une occasion : celle de consolider ce colosse aux pieds d'argile à la fois incontournable et demain peut-être remis en cause par quelque revirement¹. Mais aujourd'hui le débat est clos et l'attention doit se porter sur la gestion de l'acquis jurisprudentiel.

I - LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DÉCIDEURS

Désormais, le droit pénal prend en compte, d'une manière jugée excessive par certains, le phénomène de déconcentration du pouvoir dans les entreprises, conséquence de l'accroissement de leur taille et de la complexification de leurs structures. Il n'est donc plus tout à fait juste d'affirmer que la responsabilité des infractions commises dans le cours d'activités de production ou d'échange ne concerne que celles des personnes physiques qui gouvernent l'entreprise. Le cercle est plus large et englobe tous ceux qui détiennent un pouvoir jugé pertinent au regard des exigences de la règle répressive, ce sont les décideurs. Il n'empêche que ce processus de déconcentration de la responsabilité pénale est loin d'être automatique et que les individus qui sont prioritairement mis en cause lors de poursuites sont ceux qui détiennent à titre primaire le pouvoir sur les personnes et les biens composant l'entreprise. En d'autres termes ceux que l'on continue de désigner par l'expression quelque peu désuète de "chef d'entreprise".

1. Sur le détail de cette question voir notre étude : "La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture", *Rev. sc. crim.*, 1992, p. 475.

Il faut donc commencer par examiner ce principe de responsabilité des chefs d'entreprise qui reste, on l'a compris, la pierre angulaire de l'édifice, après quoi nous reparlerons de déconcentration des pouvoirs et corrélativement, des responsabilités.

A) La responsabilité pénale de principe du chef d'entreprise

Depuis longtemps, ce qui fascine mais aussi divise la doctrine, c'est l'amplitude de cette responsabilité de principe puisqu'à côté du fait personnel prospère ici ce qu'il est convenu d'appeler le fait d'autrui comme circonstance déclenchante des poursuites. La question du fondement de cette responsabilité élargie est essentielle. Elle l'est d'autant plus dirai-je que la loi pénale énonce désormais expressément le principe selon lequel nul n'est responsable que de son propre fait. C'est l'article 121-1 du nouveau Code Pénal.

Aussi avancerai-je une explication qui opère la conciliation. Mais lorsqu'on vise le chef d'entreprise, de qui parle-t-on exactement ? Le premier sujet de la loi pénale mérite avant toute chose d'être identifié.

1) Détermination du responsable de principe

Il s'observe qu'en droit pénal des affaires l'identification du chef d'entreprise repose sur l'utilisation de certains critères adaptés aux besoins de la répression. Cependant l'on s'aperçoit, cette identification faite, qu'il existe des hypothèses plus complexes dans lesquelles un choix doit être opéré entre plusieurs dirigeants pour savoir lequel d'entre eux assumera finalement les conséquences de l'infraction.

a) Identification du chef d'entreprise

L'attribution de la qualité de chef d'entreprise continue fondamentalement d'obéir à des critères formels liés à une approche patrimoniale de l'organisation concernée par l'infraction. C'est ce que l'on pourrait appeler le donné.

Apparaissent, en complément, des solutions plus originales qui marquent, dès ce stade, une certaine autonomie de la règle pénale, c'est le construit.

a1 - Le donné

En droit français nous le savons, l'entreprise n'a pas, ou pas encore, d'existence juridique propre. Pour identifier le chef d'entreprise on est donc amené à scruter la structure patrimoniale qui lui sert de support.

Dans le cas d'une entreprise individuelle c'est-à-dire, correspondant au patrimoine d'une personne physique propriétaire, locataire ou gérant de fonds de commerce, c'est cette personne physique et elle seule qui devra être considérée comme le chef d'entreprise responsable des infractions rattachables à son activité, solution qui ne prendra d'ailleurs véritable consistance que lorsqu'elle aura embauché un personnel par quoi elle cumulera les deux qualités d'employeur et de dirigeant, constat qui n'est pas indifférent du point de vue de l'imputation de certaines infractions notamment celles qui composent le droit pénal du travail, sous-ensemble du droit pénal des affaires.

Mais lorsque, comme c'est le cas de plus en plus fréquemment, l'entreprise correspond au patrimoine d'une personne morale la démarche devient plus complexe et à certains égards problématique.

Evitons d'emblée une confusion : celle qui consisterait à attribuer la qualité de chef d'entreprise au groupement lui-même. Certes, si naguère la question ne pouvait se poser eu égard au principe d'irresponsabilité pénale des personnes morales, aujourd'hui on pourrait être tenté d'aller dans cette voie. Disons tout de suite qu'elle est sans issue. Tout converge au contraire en droit positif pour que le chef d'entreprise soit une personne physique. Mais quelle personne physique ? C'est là tout de même que la présence de la personne morale exerce une influence car la réponse passe par l'analyse de l'organisation interne du groupement gouverné, telle que la fixe la loi ou les statuts. Or, comme il existe en droit français une multiplicité d'espèces à l'intérieur du genre, il conviendrait de passer en revue les différents types de personnes morales pour savoir qui exactement a la qualité de chef d'entreprise dans chacune d'elles, revue qu'il faut renoncer à faire à la fois par manque de temps et parce qu'aussi l'énumération est la figure la plus ingrate de la rhétorique.

Bornons nous à une formule synthétique et à quelques exemples : le chef d'entreprise responsable sera, normalement la personne physique placée au sommet des organes du groupement et qui détient ainsi à titre originnaire la plénitude des pouvoirs de gestion sur le personnel et sur les biens affectés à la réalisation de l'objet social.

Un exemple : dans la plus importante des sociétés de capitaux, la société anonyme, ceci aboutira à désigner le président du conseil d'administration et lui seul, du moins tant que la société est dotée de la structure dite "traditionnelle" car dans l'hypothèse certes minoritaire de la structure "duale" on pourra hésiter non pas entre directoire et conseil de surveillance, car le second n'a pas de pouvoir de décision, mais au sein du directoire lui-même, organe collégial, où le président n'est que "*primus inter pares*". La jurisprudence criminelle s'oriente cependant vers le seul président relevant qu'il représente la société à l'égard des tiers, mais admet aussi que, preuve à l'appui, la qualité de chef d'entreprise revienne à l'un des membres du directoire dûment investi d'un pouvoir de gestion spécialisé comme la gestion du personnel et uniquement alors pour

répondre des infractions qui se rapportent au secteur du droit pénal du travail². On le voit, l'exemple n'était pas pris au hasard, il illustre la précocité des difficultés auxquelles le juge peut être confronté en même temps qu'une certaine relativité, que je qualifierai de fonctionnelle, dans l'attribution de la qualité de chef d'entreprise au sens du droit pénal. Mais le souci d'adaptation à la répression qui est à l'arrière plan de cette solution se manifeste encore plus clairement dans d'autres décisions jurisprudentielles.

a2 - *Le construit*

Il faut entendre par là d'abord que les critères que nous venons d'évoquer, trop rapidement sans doute, ne sont utilisés par la jurisprudence criminelle qu'autant que la personne physique ainsi désignée exerce effectivement le pouvoir de direction dans l'entreprise.

Dans le cas contraire, les tribunaux n'hésitent pas à partir à la recherche du dirigeant réel, ce qui peut tantôt fixer la qualité de chef d'entreprise sur un mandataire social secondaire tantôt aboutir à dépasser le cercle des dirigeants officiels du groupement pour découvrir un dirigeant de fait auquel on n'hésitera pas à donner la qualité de chef d'entreprise, disons pour les besoins de la poursuite. Que deviendra alors le dirigeant de droit ? Il est en principe ignoré par le droit pénal car ce qui compte, c'est la détention du pouvoir, dans une imputation qui se satisfait d'un responsable unique eu égard à la définition de l'obligation violée. Mais une mise en garde s'impose, les hommes ou les femmes de paille, les prête-noms ne seront pas toujours à l'abri des poursuites, singulièrement lorsque l'infraction acquiert une nature intentionnelle et que les termes de l'incrimination permettent de retenir une pluralité de coupables, coauteurs ou complices³.

Le construit jurisprudentiel s'exprime aussi dans les décisions qui reconstituent l'entreprise et ainsi, identifient son chef à partir d'une situation de pur fait tels ces trois puisatiers qui travaillaient ensemble et dont l'un fut réputé chef d'entreprise responsable de l'infraction parce qu'il fut constaté qu'il donnait des ordres aux deux autres⁴. Tel encore cet abbé occupé avec diverses personnes à la restauration de l'abbaye, qui fut désigné, chef d'entreprise responsable de l'inobservation des règlements de sécurité parce que le constat fut fait d'une double subordination économique et juridique des victimes à son égard⁵.

2. Très net à cet égard : Cass. crim. 2 juin 1987, *Synd. des mineurs CFDT de la Potasse*, inédit.

3. Sur cette question particulière voir les développements de Delmas-Marty (M.), *Droit pénal des affaires*, Tome I, p. 52 et ss., P.U.F., 1990.

4. Cass. crim. 16 mars 1971, *Bull. crim.* n° 88, *Rev. sc. crim.*, 1971, p. 944 (obs. Levasseur).

5. Cass. crim. 27 septembre 1989, *Bull. crim.* n° 322, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 302 (obs. A. Lyon-Caen).

Mais pour significatif qu'il soit le construit jurisprudentiel reste parcellaire et il reste lacunaire. On attend toujours l'identification du chef d'entreprise responsable dans l'unité économique et sociale, de même qu'en présence de l'implantation en France d'établissements d'une société étrangère non dotés d'autonomie juridique⁶. Tout ceci au demeurant suppose que le cadre de référence reste l'entreprise unique. Mais l'infraction peut aussi concerner une pluralité d'entreprises ce qui relance alors la question de l'identification du responsable de principe.

b) Identification du responsable de principe en présence d'une pluralité d'entreprises

Il existe en effet des situations dans lesquelles l'attribution de la qualité de chef d'entreprise ne fait pas problème mais où cette attribution est à elle seule insuffisante pour permettre d'identifier le responsable de principe de l'infraction. On évoquera à titre d'illustration l'hypothèse dite du travail en commun. Plusieurs entreprises juridiquement et économiquement autonomes les unes vis-à-vis des autres voient, pour l'exécution d'une tâche particulière, leurs personnels respectifs réunis sur le même site. En cas d'accident du travail consécutif à l'inobservation d'un règlement de sécurité, la question se pose de savoir lequel des dirigeants de ces différentes entreprises devra être considéré comme responsable de l'infraction qui peut être en la circonstance un homicide ou des blessures involontaires. On peut songer à réputer responsable le chef de l'entreprise dont le personnel a été exposé au risque mais cette ventilation des responsabilités ne tient pas compte alors d'une circonstance fréquente qui est que les tâches auxquelles sont occupés les différents personnels ont été placées, aux termes d'un cahier des charges, voire même *de facto*, sous une direction unique, celle de l'entreprise donneuse d'ouvrage en cas de sous-traitance ou de l'entreprise dite pilote en cas de chantiers du bâtiment. La solution retenue par la jurisprudence consiste alors à imputer l'infraction au chef de cette entreprise principale ou pilote même si la victime ne fait pas partie de ses salariés, solution qui témoigne d'un affinement des règles précédentes afin de les adapter à une situation particulière. Mais laissons là ces questions d'identification pour avancer dans l'examen du processus répressif et apprécier le type de responsabilité qui va peser sur le dirigeant.

2) L'étendue de la responsabilité

Si l'on veut mesurer tout le particularisme du droit pénal de l'entreprise, il ne suffit pas de dire qui est responsable en première ligne des infractions, il faut aussi délimiter l'étendue de cette responsabilité car il s'avère qu'elle est comme on l'a dit, singulièrement plus large qu'une analyse tirée du droit pénal commun pouvant le laisser penser. En vérité cette extension s'opère essentiel-

6. Conformément au schéma de base dégagé par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Wagons-lits* du 29 juin 1973. *Droit Social*, 1974, p. 42, Concl. N. Questiaux, obs. J. Savatier.

lement au travers de l'élément matériel de l'infraction. Dans notre domaine, les solutions dégagées par la jurisprudence ont tendance à s'écarter du schéma classique d'une relation de participation directe, étroite entre l'infraction et le comportement de l'agent. Autrement dit, il ne s'agira plus forcément d'une culpabilité à raison du seul fait personnel, mais d'une culpabilité que l'on nomme, non sans danger, du fait d'autrui, parce que l'on va tenir compte du comportement d'un tiers qui incarne en quelque sorte la matérialité de l'infraction et auquel on va "emprunter" cette matérialité pour reconstituer la totalité des éléments de l'infraction sur la tête du responsable désigné⁷. On parle parfois d'auteur matériel, terme équivoque ici car ce tiers qui sera souvent un salarié de l'entreprise n'est à aucun moment débiteur de l'obligation violée⁸, son comportement mettant au jour le fait fautif du chef d'entreprise. Parce qu'en effet nous croyons qu'il y a faute, faute personnelle du chef d'entreprise, et nous abordons ce faisant la question épineuse du fondement de cette responsabilité. Mais c'est une faute qui est en rapport avec le rôle fonctionnel dévolu à cette personne physique. C'est une faute dans l'exercice du pouvoir de direction de l'entreprise envisagée dans les différentes dimensions de sa gestion. Faute d'action : un ordre, une décision erronée, un acte juridique illicite, faute d'abstention le plus souvent, carence dans l'exercice du pouvoir d'organisation puis de surveillance, à la limite défaut de délégation pertinente s'il est patent que la tâche consistant à appliquer et faire appliquer la loi dans l'entreprise dépasse les possibilités d'un homme seul. Le fondement de la responsabilité du chef d'entreprise reste donc la faute, entendons par là le fait fautif personnel, mais une faute d'une nature particulière qui reflète le caractère collectif et hiérarchisé de la réalité humaine que constitue l'entreprise. C'est là l'explication à laquelle nous nous tenons, à laquelle d'ailleurs le législateur a failli donner une consécration explicite lors de son travail de codification et l'on ne peut que regretter qu'il y ait finalement renoncé, même s'il reste, il est vrai, un livre V à élaborer dans le nouveau code pénal qui devrait dit-on rassembler et faire la synthèse des solutions attachées aux lois pénales extérieures dont le droit pénal des affaires a été jusqu'à présent très largement tributaire.

7. Certains auteurs, tout en admettant cet élargissement de la matérialité du fait infractionnel refusent même de recourir à la notion d'emprunt en estimant, qu'envisagé au niveau du décideur, l'élément matériel de l'infraction est tout entier contenu dans son comportement d'omission [En ce sens, Desportes (F.) et Le Guenhec (F.), *Le nouveau droit pénal*, Economica n° 531]. L'analyse ne manque pas d'intérêt mais il reste tout de même que cette omission s'est trouvée "révélée" par le comportement du subordonné et qu'à défaut son auteur ne serait pas punissable.

8. Ceci est tout à fait net par exemple en matière d'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité du travail pour lesquelles l'article L 263-2 du code du travail incrimine les chefs d'établissement, directeurs gérants et préposés ce dernier terme ayant toujours été compris en jurisprudence comme désignant un collaborateur du chef d'entreprise muni d'une délégation de pouvoirs (sur laquelle v. *infra*).

Incidentement, je viens d'évoquer la délégation de pouvoirs, mécanisme de transfert de la responsabilité pénale sur la tête d'une autre personne physique par substitution de cette autre personne physique dans le rôle premier assumé par le chef d'entreprise. Il faut en effet y venir car nous avons là sans doute l'aspect le plus dynamique mais peut-être aussi le plus problématique du régime de la responsabilité pénale dans l'entreprise. Auparavant je voudrais tout de même apporter une dernière précision en ce qui concerne le domaine de la responsabilité dite du fait d'autrui. Ce qui vient d'en être dit ne concerne que les infractions non-intentionnelles, celles dont l'élément moral ne repose que sur une faute de négligence, à moins qu'il ne s'agisse de contraventions, infractions matérielles pour lesquelles le constat du fait infractionnel suffit à caractériser la faute. En revanche, les infractions intentionnelles, minoritaires en droit pénal de l'entreprise mais cependant souvent les plus graves qualitativement échappent à cette logique et, à leur sujet, se maintient l'exigence d'un pur fait personnel à défaut duquel le dol risquerait de dégénérer en imprudence, ce qui n'est pas admissible. En dépit de quelques errements, la jurisprudence respecte cette frontière invisible, ce qui ne veut pas dire qu'en présence de ces infractions le constat de la détention du pouvoir, qu'il soit primaire ou délégué d'ailleurs, n'ait aucun intérêt, tout au contraire dès lors que l'infraction est de celles qui sanctionne un comportement volontaire accompli dans un rôle de direction⁹. Toutefois la vérification de la détention du pouvoir n'est pas destinée alors à élargir la responsabilité au fait d'autrui, elle est faite pour s'assurer au contraire que le fait personnel n'est pas qu'une pure apparence.

B) La responsabilité des délégataires

Qu'est-ce que la délégation de pouvoirs ? On peut en donner une définition très générale pour planter le décor tout en relevant immédiatement qu'elle présente une physionomie très originale en droit pénal, conséquence de la finalité essentiellement préventive qui lui est assignée par la jurisprudence. On peut donc dire que la délégation est l'acte par lequel une personne, appelée délégrant, transmet de façon non définitive à une autre, appelée délégué ou délégataire, des attributions d'autorité qu'elle avait seule initialement le droit d'exercer.

Apparaît la double caractéristique de base : démultiplication des virtualités du pouvoir par diversification de ses titulaires et néanmoins préservation de l'unité de direction par absence d'abandon des prérogatives transmises. De la nature juridique de cette délégation en droit privé je ne dirai rien pour l'instant sinon quelle n'a pas grand chose à voir avec la délégation de créance du droit civil — me réservant d'y revenir un peu plus tard.

9. Les textes d'incrimination désignent du reste parfois limitativement les responsables possibles à partir de ce critère du pouvoir, v. par exemple l'article 437 de la loi du 24 juillet 1966 réprimant l'abus de biens sociaux dans les sociétés anonymes.

Examinons rapidement le mécanisme pénal de cette délégation pour nous arrêter plus longuement sur la délimitation de son domaine, aspect de son régime qui évolue depuis peu d'une façon assez spectaculaire.

1) Mécanisme de délégation en droit pénal

Ce mécanisme se décompose en divers groupes de règles qui ont trait d'une part aux conditions de validité de la délégation, d'autre part à la mise en œuvre procédurale de celle-ci. Reprenons ces deux points avant de conclure par l'examen des effets.

La délégation n'est efficace au pénal que si elle respecte une série d'exigences dégagées au fil des arrêts à partir d'une décision de principe de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 28 juin 1902. Il est d'usage de distinguer les conditions relatives à l'acte de délégation de celles relatives à la personne du délégataire. Sur le premier aspect il faut d'abord noter que l'auteur de la délégation ne sera pas forcément le chef d'entreprise titulaire originaire de tous les pouvoirs. S'il est logique qu'il en soit ainsi en cas de primo investiture, la jurisprudence admet aujourd'hui que le délégataire puisse à son tour déléguer si cela s'avère utile au respect de la loi. Ces sub-délégations sont cependant soumises à des conditions particulières qui visent à éviter la cascade des responsabilités jusqu'à un préposé subalterne qui apparaîtrait comme le "lampiste"¹⁰.

Quant à l'acte de délégation lui-même, aucune forme ne s'impose *ad validitatem*, mais l'information du personnel est recommandée pour lui donner un caractère ostensible garant d'une bonne compréhension du rôle du délégataire par ses subordonnés. De même la précision de la mission confiée doit-elle être suffisante, à défaut de quoi on ne pourrait distinguer cette délégation spéciale à effet pénal des délégations de pouvoirs plus générales qui sont confiées à tous les intermédiaires hiérarchiques, or la seconde n'entraîne pas automatiquement l'existence de la première.

Deuxième série de conditions, celles qui ont trait à la personne du délégataire, sans doute les plus significatives du rôle que l'on entend faire jouer à la délégation en droit pénal de l'entreprise.

Le délégataire doit être pourvu de l'autorité et de l'indépendance nécessaires au bon exercice de sa mission. Il y a ici un aspect constant et un aspect variable du contenu de l'autorité en fonction du type de réglementation à faire appliquer qui ne sont pas parfaitement clairs en jurisprudence.

10. Cass. crim. 8 février 1983, *Bull. crim.* n° 48, Dalloz 1983, p. 639, note H. Seillan.

De même que se pose avec toujours plus d'acuité la question de la résistance légitime du délégué à des phénomènes d'ambiance voire à une intervention directe mais discrète du délégant qui tendrait à lui faire oublier ponctuellement la légalité, à ses risques et périls bien entendu — "théorie" du fusible — dont l'éradication incombe peut-être davantage finalement au juge civil, invité à élaborer une sorte de statut protecteur des délégués leur assurant une immunité disciplinaire y compris en cas de licenciement pour désaccord.

Ensuite, le délégué doit être compétent, condition qui se cumule avec la précédente sans faire double emploi car ce n'est pas de la compétence institutionnelle dont il s'agit mais de la compétence technique, laquelle on le conçoit aisément, est essentielle pour savoir prendre la bonne mesure de prévention ou donner l'ordre protecteur au bon moment s'agissant par exemple du respect des règles d'hygiène et de sécurité sur un chantier. L'examen de la qualification professionnelle du délégué par le juge sera ici décisif en même temps qu'il faudra ajuster le niveau de compétence requis au contenu des obligations légales et réglementaires que le prétendu délégué devait respecter et faire respecter.

Dernier élément du triptyque, le délégué doit disposer des moyens notamment financiers mais aussi matériels voire proprement juridiques — mandat — pour exécuter correctement sa mission. En revanche il n'y a pas lieu de subordonner l'efficacité de la délégation à une acceptation par le délégué des conséquences pénales de celle-ci. La loi répressive ne peut tenir au bon vouloir de son sujet dès lors que les conditions objectives de son application sont réunies en l'espèce.

Des conditions de validité passons à la mise en œuvre procédurale de la délégation de pouvoirs. On relèvera, là encore très rapidement, que la délégation doit être invoquée par le chef d'entreprise primitivement mis en cause et que le juge n'a donc pas à la relever d'office. En revanche, si cette invocation a lieu, ce qui est désormais possible même au stade de l'appel¹¹, le tribunal est tenu d'y répondre car il s'agit d'un moyen péremptoire de défense. Il faut évidemment que le chef d'entreprise fournisse des preuves à l'appui d'un tel moyen, la charge lui en incombe, mais toute preuve est admissible, l'exigence de la preuve littérale a été rejetée par la chambre criminelle aux termes d'un arrêt où elle prend position sur la nature juridique de la délégation en indiquant qu'il ne s'agit pas d'une convention autonome mais d'une simple modalité du contrat de travail¹².

11. Selon un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 5 janvier 1993, *Bull. crim.* n° 6 et qui marque un certain inflexionnement des solutions en la matière antérieurement orientées plutôt dans le sens d'une limitation de l'invocation à la première instance.

12. Cass. crim. 21 décembre 1982, *juri-soc.* 1983, fascicule 23 ; cependant cette prise de position risque d'être lourde de conséquence sur un autre plan qui est celui de la responsabilité de la personne morale employeur (V. *infra*).

Supposons une délégation respectueuse des conditions précédentes, invoquée et prouvée par le chef d'entreprise. Le mécanisme sort alors ses effets qui sont de deux ordres :

- le transfert de la responsabilité pénale de l'infraction poursuivie sur la tête du délégataire ;

- l'exonération corrélative du chef d'entreprise, ce par quoi l'on voit qu'il s'agit d'une responsabilité alternative du moins tant qu'une faute pénale distincte ne peut pas être rapportée à l'encontre du principal dirigeant, hypothèse rare en nature d'infractions d'imprudence ou de contraventions.

2) *Domaine de la délégation de pouvoirs*

Ce domaine mérite d'être défini sous trois angles différents et l'on verra que pour chacun d'eux le droit positif est en évolution sensible avec une tendance commune à l'expansion.

Commençons par le plus significatif, le domaine quant aux infractions. A cet égard le droit positif est resté longtemps très confus. La délégation était admise largement dans certains contentieux : droit pénal du travail, environnement, coordination des transports et circulation routière. Elle l'était déjà plus restrictivement dans d'autres : publicité mensongère et droit pénal des sociétés. Elle ne jouait alors que pour certaines infractions seulement, essentiellement lorsque l'incrimination visait d'autres personnes physiques que les mandataires sociaux ce qui ne concernait qu'une minorité de délits. En revanche, dans les autres contentieux, la responsabilité restait concentrée sur la tête du seul chef d'entreprise, sans partage possible, par exemple en matière fiscale et douanière, en matière de fraude commerciale et surtout en matière de délits économiques, aussi bien sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945 que sous celui de l'ordonnance du 1er décembre 1986, avec tout de même, dans la toute dernière période quelques ouvertures en jurisprudence, mais timides.

Il était extrêmement difficile d'expliquer ces disparités de solutions, le critère de l'obligation personnelle ressortissant aux pouvoirs d'administration générale étant tantôt mis en avant par la chambre criminelle tantôt repoussée, alors même que l'incrimination semblait désigner le chef d'entreprise comme le seul auteur possible de l'infraction.

Mais le 11 mars 1993 un important revirement a eu lieu. Par 5 arrêts du même jour la Cour de cassation a mis fin à ces limitations, généralisant le domaine de la délégation à toutes les infractions notamment économiques pour lesquelles on ne pouvait auparavant l'invoquer¹³.

13. Cass. crim. 11 mars 1993, *Bull. crim.* n° 112.

L'attendu de principe est le suivant : "Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs...". On fera quelques réserves sur la manière de présenter la délégation comme un mode d'exonération alors qu'elle est d'abord à notre sens un mécanisme original d'identification d'un responsable substitué, par l'hypothèse mieux placée que le chef d'entreprise pour prévenir l'infraction. Mais à la question essentielle qui était de savoir si désormais le domaine de la délégation serait coextensif à celui de la responsabilité de principe du dirigeant, la réponse est claire, la chambre criminelle estime qu'il doit en aller ainsi sauf disposition contraire de la loi, ce qui confine la responsabilité centralisée par nature dans un rôle d'exception¹⁴.

Quoi qu'il en soit le domaine de la délégation s'apprécie sur un autre plan qui est celui du cadre objectif dans lequel elle peut s'épanouir. Ce cadre est en première analyse l'entreprise et on relèvera qu'aucune limitation ne vient de la nature publique ou privée de celle-ci¹⁵. En revanche des distinctions apparaissent en jurisprudence selon la taille et la complexité interne de l'entreprise, sans que l'on puisse dégager des certitudes à ce sujet. Est-ce seulement l'entreprise à établissements multiples ? sans doute pas, même si c'est dans un contexte de forte déconcentration que la condamnation de délégataires intervient le plus souvent. Cependant alors c'est, semble-t-il, à la condition que l'établissement unique soit d'une certaine dimension. Déjà peu satisfaisant, tant que la délégation reste une faculté pour le chef d'entreprise, cette imprécision jurisprudentielle devient difficilement acceptable lorsque l'acte de déléguer se transforme en obligation comme le contentieux pénal de l'hygiène et de la sécurité du travail le montre, puisqu'il est jugé que la faute personnelle du chef d'entreprise au sens de l'article L 263-2 du code du travail peut consister justement à ne pas avoir déléguer. Mais alors, quand exactement cette obligation naît-elle ? Il conviendrait que les dirigeants d'entreprise puissent le savoir avant qu'il ne soit trop tard.

Laissons là ce problème pour évoquer un arrêt de la chambre criminelle en date du 26 mai 1994 qui pourrait avoir de grandes conséquences en ce qu'il semble admettre pour la première fois la délégation à l'échelle d'un groupe de sociétés¹⁶.

14. Exception très vite illustrée toutefois par un autre arrêt de la même chambre rendu le 15 mars 1994 (D. 1995, p. 30, note Y. Reinhard) en matière de délit d'entrave au fonctionnement du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

15. Cette indifférence au "secteur" d'appartenance de l'entreprise a dès longtemps été mise en lumière : Dauvergne (V.), "La responsabilité pénale des dirigeants des entreprises publiques", *Rev. Sc. Crim.*, 1973, p. 614.

16. Appartenant à une série de trois arrêts du même jour rendus entre les mêmes parties, *Bull.crim.* n° 208.

Le dirigeant de la société dominante était poursuivi pour infraction aux règles d'hygiène et de sécurité du travail. Pour sa défense il invoqua une délégation donnée à l'un de ses ingénieurs par ailleurs détaché à la tête d'une filiale. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir fait droit à ce moyen de défense. Cette délégation donnée pour l'ensemble du groupe alors que le délégataire ne continuait, semble-t-il, à n'appartenir qu'à une seule entreprise, pose de multiples problèmes à commencer par celui de savoir si le pouvoir économique de la société dominante peut légitimer un tel élargissement de la responsabilité substituée bien qu'il y ait discontinuité institutionnelle¹⁷.

Pendant longtemps la répartition du risque pénal dans l'entreprise s'est réduite à ce binôme : chef d'entreprise ou délégataire, avec on le voit un équilibre évolutif entre les deux. Dans quelle mesure l'irruption du nouveau responsable éventuel que constitue la personne morale remet-elle en cause ce schéma ? C'est ce qu'il convient maintenant d'envisager.

II - LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES, RESPONSABILITÉ ALTERNATIVE ?

Il est bien entendu hors de propos de récapituler l'ensemble des règles que le Nouveau Code Pénal consacre à cette responsabilité inédite. Pour nous, la question est très précisément la suivante : est-ce que l'imputation de l'infraction à la personne morale qui correspond à l'entreprise peut avoir pour effet de décharger les décideurs de leur propre responsabilité, ou est-ce qu'au lieu d'être alternatives les responsabilités sont cumulatives ? En réalité la question se dédouble car, avant même de pouvoir trancher entre caractère alternatif ou cumulatif, il faut s'assurer de la compatibilité des responsabilités des personnes physiques et de la personne morale.

A) La compatibilité des responsabilités

L'alinéa 1er de l'article 121-2 du Nouveau Code pénal, qui commence à être bien connu, dispose que les personnes morales sont responsables pénalement des infractions réalisées pour leur compte par leurs organes ou représentants.

Pour que la personne physique poursuivie puisse envisager de voir sa responsabilité relayée par celle de la personne morale, il faut déjà par conséquent — outre une disposition spéciale prévoyant le principe de cette responsabilité pour l'infraction considérée — qu'elle fasse figure d'organe ou de représentant, à défaut de quoi l'infraction ne pourra pas remonter.

17. Sur le détail de l'argumentation, voir notre commentaire à la revue *Droit Social*, 1995 p. 344. Voir également Reinhard (Y.), *D.* 1995, p. 111.

J'indique de façon cursive que le chef d'entreprise tel qu'il est désigné par le droit pénal aura sans difficulté la qualité d'organe. On s'interroge tout de même sur le cas du dirigeant de fait¹⁸.

En revanche, le délégué, parce qu'il est un préposé, n'est pas un organe, si bien qu'il reste à se demander s'il est un représentant. La doctrine est très divisée sur le sens du terme. Est-ce une représentation au sens du droit civil, mais alors le délégué ne sera pas toujours un représentant car la délégation n'emporte pas systématiquement mandat d'accomplir des actes juridiques pour autrui. Est-ce au contraire une représentation plus souple, de nature davantage fonctionnelle, auquel cas le délégué serait un représentant et la responsabilité pourrait remonter. Nous avons personnellement opté pour cette seconde thèse en essayant de montrer qu'une telle conception de la représentation n'est pas absente du code du travail et qu'elle présente en outre l'avantage de ne pas offrir aux dirigeants d'entreprises la tentation de déléguer en masse pour créer un bouclier protecteur de la personne morale¹⁹. Les tribunaux trancheront.

A supposer donc que la personne physique à laquelle on a imputé dans un premier temps l'infraction présente une qualité compatible avec les notions d'organes ou de représentant et qu'elle ait agi pour le compte de la personne morale, ce qui en droit pénal des affaires sera assez facilement établi sauf détournement de pouvoir, il reste à se demander si la responsabilité pénale de cette personne morale va en quelque sorte refouler celle du décideur ou au contraire se superposer à elle.

B) Alternance ou cumul ?

Selon l'alinéa 3 de l'article 121-2, "*la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*". Ainsi que révèlent les travaux parlementaires, ce texte est issu d'un compromis rédactionnel et, au regard de la question posée, il apparaît finalement d'une parfaite neutralité. Il ne dit pas que le décideur doit être systématiquement poursuivi en même temps que la personne morale, mais il ne dit pas le contraire non plus. Le cumul est possible sans être imposé. A partir de là les auteurs ont tenté de systématiser les deux positions opposées sans que nous puissions ici recenser la totalité des arguments respectifs. Selon les tenants de la responsabilité alternative, la règle *non bis in idem* s'oppose au cumul et le dirigeant ne resterait responsable de l'infraction que s'il est démontré qu'il a agi non seulement pour le compte du groupement mais égale-

18. Voir à cet égard les réflexions de Delmas-Marty (M.) in : "Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales", *Rev.soc.*, 1993, p. 305.

19. V. notre étude : "La nouvelle donne en matière de responsabilité", *Droit Social*, 1994, p. 627.

ment pour son propre compte²⁰. Ce qu'il y a au fond de sous-entendu dans cette thèse c'est l'idée d'une substitution, d'un transfert de responsabilité pénale de la personne physique à la personne morale analogue à celui observé dans les rapports entre décideurs. En l'état, cette thèse ne nous paraît pas s'inscrire dans la logique d'ensemble du Nouveau Code Pénal ni d'ailleurs dans celle plus ancienne de la jurisprudence relative à l'imputation des infractions dans l'entreprise. La responsabilité de la personne physique ne suit pas celle de la personne morale elle la précède et elle n'est pas fondée sur une faute personnelle distincte, qu'il conviendrait de découvrir dans un second temps en s'aventurant d'ailleurs sur le terrain des mobiles.

Pour autant, la thèse diamétralement opposée, celle du cumul automatique des responsabilités ne convainc pas non plus totalement. Le cumul est certes plus juste juridiquement parce qu'il est la résultante logique de la conception psychologique de l'infraction consacrée par le nouveau code²¹ et parce qu'il a pour lui un argument d'opportunité très fort : éviter que la responsabilité pénale de la personne morale ne devienne une échappatoire systématique pour les dirigeants d'entreprise quelle que soit la gravité de leurs actes et les impératifs de la prévention²².

Mais appliqué sans nuance il ne permet pas de tenir compte de l'extrême diversité des situations infractionnelles. La solution la plus judicieuse consiste donc selon nous à poser le cumul comme solution de base puis à laisser aux tribunaux le soin d'apprécier au coup par coup l'utilité d'en faire application à l'espèce considérée, puisqu'encore une fois la loi ne l'impose pas. Pour les gouvernants d'entreprise l'allègement du risque pénal dépendra finalement de la religion du juge.

20. Voir par exemple, Mercadal (B.), *R.J.D.A.*, 1994, n° 5, p. 375 et ss.

21. Comp. Pradel (J.), *Le Nouveau Code Pénal*, Dalloz, 1994, p. 117.

22. Ce souci fut déjà exprimé par la commission de révision du code pénal qui entendait éviter que la responsabilité pénale du groupement constitue un "écran utilisé pour masquer les responsabilités personnelles", *Avant-projet définitif de code pénal*, la Documentation Française, 1978, p. 42.