

Prix ALJB du jeune juriste 2006

**La responsabilité pénale des personnes morales :  
Entre vision et réalité ?**

Max Mailliet

Avocat

LL.M. in Banking law and financial services regulation  
London School Economics

28 septembre 2006

# La responsabilité pénale des personnes morales : Entre vision et réalité ?

*Max Mailliet*  
*Avocat*  
*LL.M. (LSE)*

*Societas delinquere non potest*, une société ne peut commettre d'infraction. L'adage ancien, n'est déjà plus, à l'heure actuelle, entièrement correct ; il est même voué à l'extinction définitive : le Luxembourg a, contraint par les forces extérieures que sont les traités internationaux, dû se résigner à mettre en œuvre un plan d'action pour en finir avec cette traditionnelle, parfois battue en brèche, irresponsabilité, pour créer un droit pénal qui se veut plus complet et dans lequel il est possible d'engager la responsabilité pénale des personnes morales. En conséquence, le Ministère de la Justice luxembourgeois a récemment élaboré un avant-projet de loi dans cette matière<sup>1</sup>.

La responsabilité pénale des personnes morales, quoi que relativement récente, faute d'acceptation doctrinale antérieurement dans les systèmes juridiques voisins<sup>2</sup>, existait

---

<sup>1</sup> *Avant-projet de loi introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle et modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives* (ci-après « l'avant-projet »), non publié. Un léger avertissement s'impose dès le début : la présente analyse ne prend pas en compte le droit belge, étant donné que l'avant-projet de loi commenté s'en départit. Par contre, elle jette un important regard sur le droit français en vue d'y chercher des éléments de solution qui pourraient aider le législateur luxembourgeois à instaurer avec succès un système efficace de responsabilité pénale des personnes morales.

De plus, il convient aussi d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que la présente analyse ne fait que commenter un avant-projet de loi qui est, sans doute, sujet à de nombreuses modifications à venir.

<sup>2</sup> Elle a été introduite en France avec le nouveau Code pénal, applicable depuis 1994 et en Belgique en 1999

néanmoins déjà bien avant le Code civil. Ainsi, elle était déjà envisagée sous l'Ancien Régime, dans l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670, qui connaissait une véritable responsabilité pénale des communautés, bourgs et villages<sup>3</sup>.

La Révolution Française a fait table rase de toutes sortes de groupements et plusieurs siècles passeront après l'ordonnance de 1670 avant que l'idée de l'introduction de la responsabilité pénale de personnes morales ne commence à germer dans l'esprit des auteurs. Avec son introduction dans le nouveau Code pénal français de 1994, elle a été saluée comme une absolue nouveauté, une ironie que certains auteurs n'ont pas manqué de relever<sup>4</sup>.

La traditionnelle irresponsabilité est basée sur un fondement juridique qui est plus amplement étayé dans un arrêt plus que centenaire de la chambre criminelle de la Cour de Cassation française, dont l'attendu de principe se lit comme suit : « *l'amende est une peine et toute peine est personnelle sauf les exceptions spécialement prévues par la loi ; elle ne peut donc être prononcée contre un être moral, lequel ne peut encourir qu'une responsabilité civile* »<sup>5</sup>.

Le nouveau Code pénal français, avec son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994 marquera profondément cette matière, en introduisant le concept, souvent qualifié de « novateur », de la responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Effrayé d'une trop grande portée du nouveau principe, le législateur français a d'abord encadré cette responsabilité en ne la prévoyant que pour des infractions spécifiques, limitativement définies<sup>6</sup>, mais elle sera étendue plus tard<sup>7</sup>. La Belgique a emboîté le pas du législateur français par la loi du 4

---

<sup>3</sup> Voir, à ce sujet, Jurisclasseur Sociétés Traité V° *Responsabilité pénale des personnes morales*, Fascicule 28-70, p. 6, n°2 : cette ordonnance « *prévoyait des peines d'amende et de confiscation [contre les communautés, bourgs et villages] et même, s'agissant des villes, des sanctions-représailles telle que la démolition des murailles ou des enceintes* » ; mais aussi : Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition 1999, n°96, p.171, qui cite l'exemple de la responsabilité pénale d'une ville qui se révolte contre son souverain et qui peut donc se rendre coupable et être punie du crime de lèse-majesté, peine pouvant aller jusqu'à la dissolution.

<sup>4</sup> Notamment : Jean-Marie Carbasse, *op. cit.*, n°96 p. 172

<sup>5</sup> Cass. Crim. fr., 8 mars 1883, DP 1884, 1, p. 428, cité par Jurisclasseur Sociétés Traité, V° *Responsabilité pénale des personnes morales*, Fasc. 28-70, n° 3, p. 6

<sup>6</sup> Il s'agit là de ce que nous appellerons par la suite le « *principe de spécialité* »

<sup>7</sup> Cf. *infra*, p. 14

mai 1999, qui, depuis, n'a pas manqué d'être critiquée à cause de son inutile complexité<sup>8</sup> et des appels en faveur d'une loi de réparation se font entendre.

Ces expériences des pays voisins, dont la législation constitue fréquemment une source d'inspiration du droit luxembourgeois, ne sont cependant pas les seules et uniques raisons à la base de l'avant-projet. Le lecteur de l'exposé des motifs de l'avant-projet, est d'ailleurs amené à penser qu'il s'agirait d'un mal nécessaire. L'exposé des motifs avance, en effet, comme justification de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois, que « *l'obligation de sanctionner les personnes morales à raison de certaines infractions pénales spécifiques résulte de plusieurs instruments qui ont été adoptés au niveau de l'Union Européenne* ». Mais il existe aussi des Conventions du Conseil de L'Europe et de l'ONU, dont l'énumération est reprise dans l'exposé des motifs de l'avant-projet<sup>9</sup>.

On peut aussi citer une décision-cadre du Conseil de l'Union Européenne<sup>10</sup>, sans valeur contraignante toutefois, qui prévoit que les États Membres doivent se doter d'un dispositif permettant d'engager la responsabilité des personnes morales pour faits de fraude, corruption active ou blanchiment. A noter que cette décision n'impose pas aux États d'introduire une responsabilité pénale des personnes morales *stricto sensu*, mais qu'elle prévoit que les États Membres doivent instaurer des possibilités pour rendre les personnes morales responsables des infractions prévues dans lesdites conventions, et notamment la possibilité de sanctionner ces comportements par des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent être de nature pénale ou administrative. Cet argument a du mal à convaincre et on peut regretter que de plus amples justifications d'opportunité et des références doctrinales fassent défaut. L'avant-projet considère en effet comme acquis la nécessité de l'adoption de cette législation, ce qui est critiquable et on peut certainement regretter que le Ministre de la Justice n'ait pas voulu plus détailler l'opportunité d'une telle législation.

En conséquence, dans le souci d'être complet, nous retracerons les principaux arguments du débat en faveur ou en défaveur de l'introduction d'une responsabilité pénale des

---

<sup>8</sup> Voir à ce sujet : *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, sous la direction de Marc Nihoul, La Chartre, Bruxelles 2005, qui se veut de dresser un premier bilan de l'application de cette loi et formuler un ensemble de critiques.

<sup>9</sup> Avant-projet, *Exposé des motifs*, p.10 s.

<sup>10</sup> Décision-Cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 *relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé*

personnes morales, sans cependant vouloir préjuger de leur valeur, étant donné qu'il semble acquis que le Luxembourg ne pourra pas échapper à l'introduction d'une telle responsabilité<sup>11</sup>.

La réforme proposée n'est pas aussi généralement acceptée qu'on serait amené à le croire : l'Association des Banques et Banquiers Luxembourg (ABBL), a d'ores et déjà fait connaître sa position de principe défavorable à une telle réforme<sup>12</sup>. L'ABBL argumente en effet, que l'image de la place financière serait mise à risque par l'introduction d'une telle responsabilité, car elle inciterait à la mise en cause des banques notamment, étant donné qu'il s'agirait là de la solution de facilité par rapport à la mise en cause de la personne physique réellement responsable du forfait. Or, toujours selon l'ABBL, une mise en cause de la personne morale (et à plus juste mesure) d'un établissement de crédit, aurait un impact néfaste au vu du retentissement médiatique, impact qui serait plus large que pour une personne physique<sup>13</sup>. Le risque avancé par l'ABBL est un risque inhérent au droit pénal dans son ensemble, car le lourd dommage est créé à partir du moment où des poursuites sont entamées et non seulement à partir du moment où la décision de condamnation devient définitive. C'est pour cette raison que le droit pénal est fortement encadré de protections pour éviter justement le recours, parfois trop facile, à celui-ci. Cet encadrement va du principe de l'opportunité des poursuites, régulant l'action du ministère public, au risque que court la partie civile qui dénonce trop hâtivement de se voir condamnée pour dénonciation calomnieuse.

Les arguments en faveur de l'introduction d'une telle responsabilité méritent d'être énoncés, n'étant pas des moindres. À côté de la mise sur un pied d'égalité des personnes morales par rapport aux personnes physiques à laquelle aboutirait une telle réforme et qui doit être saluée, il est en effet nécessaire que notre droit dispose d'un outil efficace pour contrecarrer les situations où des personnes morales sont utilisées pour servir d'écran à des criminels, qui, pour rester dans l'impunité, commettent leurs infractions aux travers de l'écran que forment les personnes morales, ou alors les situations où la personne morale est utilisée pour faire de substantiels bénéfices permettant d'écarter les concurrents, par la commission d'infractions, et ceci en toute impunité.

---

<sup>11</sup> Il est cependant fait abstraction du débat de doctrine générale qui a été mené en France et qui est retracé dans : F. Desportes, F. Le Guehec, *Le Nouveau Droit Pénal*, Economica 2000, pp. 499 s.

<sup>12</sup> *Avis de l'ABBL sur le projet de loi sur la corruption* (n°5262) du 17 mars 2004, publié sur [www.abbl.lu](http://www.abbl.lu)

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 3

Le système actuel, faute de pouvoir rechercher la responsabilité pénale de la personne morale, recherche la personne physique dans l'entreprise à qui l'infraction est imputable et punit cette personne. En principe, la faute est recherchée dans le chef du dirigeant d'entreprise. Néanmoins, le dirigeant dont la responsabilité pénale est recherchée, peut s'exonérer par la délégation de pouvoirs<sup>14</sup>.

Un des graves défauts du régime actuellement en vigueur est lié à la relative instabilité de la jurisprudence luxembourgeoise : il est en effet extrêmement difficile de prédire quelle personne sera considérée comme responsable pénalement. Il en résulte une forte insécurité juridique, notamment à cause de l'impossibilité de prédire l'efficacité ou l'absence d'efficacité d'une délégation de pouvoirs accordée<sup>15</sup>. De plus, avec la généralisation de la mise en œuvre de la responsabilité pénale personnelle des dirigeants d'entreprise, une certaine solidarité (au sens moral et non au sens juridique), s'est instaurée entre la personne morale et son chef d'entreprise condamné, la personne morale se substituant en effet souvent à son dirigeant pour le paiement de l'amende.

D'un autre côté, en droit luxembourgeois, les personnes morales, et notamment les sociétés commerciales ne demeurent pas totalement irresponsables et elles peuvent déjà être sanctionnées jusqu'à un certain degré :

D'une part l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « loi concernant les sociétés commerciales »), admet qu'une société puisse mener des activités contraires à la loi pénale et sanctionne ces comportements par une sanction quasi-pénale, consistant en la dissolution de la société. D'autre part, la pratique législative a imaginé les sanctions administratives, dont la forte connotation pénale ne doit pas être ignorée. Ce droit parallèle des sanctions administratives devient d'ailleurs un véritable droit pénal *bis*, mais dont l'utilité peut être remise en cause dans un nouveau dispositif où les personnes morales peuvent être tenues pénalement responsables des infractions commises par elles.

---

<sup>14</sup> Pour une analyse plus profonde de cette question, voir : D. Philippe et C. Notté, *Responsabilité pénale des personnes morales et délégation de pouvoirs*, Annales du droit luxembourgeois 2004, Bruylant, pp. 163 s.

<sup>15</sup> Le régime actuellement en vigueur est décrit en détail et critiqué dans : Dean Spielmann, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bulletin du Cercle François Laurent 1999 n° IV, p. 1 et notamment pour les critiques, voir pp. 32 s.

Ces considérations faites, il y a lieu de se tourner vers la pièce maîtresse de l'œuvre de réforme à venir, qui sera un nouvel article 6-2 à introduire dans le Code pénal, libellé comme suit :

*« Les personnes morales, à l'exclusion de l'État et des communes, sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou par leurs représentants dans les conditions et suivant les distinctions prévues dans le présent Code. »*

*La responsabilité pénale des personnes morales est indépendante de celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions. »*

A la lecture de la proposition d'article l'on remarque que l'avant-projet cherche à instaurer une responsabilité pénale généralisée pour les personnes morales (I), à l'image de la législation française actuelle. Cette innovation entraînera nécessairement une adaptation généralisée de notre droit pénal (II).

## **I) Une responsabilité pénale généralisée**

Nous verrons successivement la généralité du champ d'application (A) et les comportements répréhensibles (B) :

### **A) Un champ d'application très large**

La largeur du champ d'application se mesure tant aux personnes visées (1) qu'aux infractions visées (2) :

#### **1) Les personnes morales visées**

L'avant-projet vise les *personnes morales*, une notion très large qu'il convient de tenter de cerner. Gérard Cornu définit la personne morale comme un « *groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète* »<sup>16</sup>. Selon la doctrine luxembourgeoise, la personne morale serait « *une entité sociale organisée en vue*

---

<sup>16</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 6<sup>ème</sup> éd, Paris 2004

*d'un but collectif déterminé, ayant une existence juridique propre et apte à être, comme telle, sujet de relations juridiques »<sup>17</sup>.*

En visant les *personnes morales*, l'avant-projet tend à inclure toutes les personnes morales de droit privé et de droit public<sup>18</sup>, fussent-elles d'origine légale ou conventionnelle<sup>19</sup>.

Certaines personnes sont néanmoins exclues de la sphère d'application de l'avant-projet (a) ; les transformations et fusions de sociétés suivront un régime spécifique (b) et, finalement, il y aura lieu de s'intéresser à la possible mise en cause de la responsabilité pénale des personnes morales étrangères (c).

## **a) l'exclusion de certaines personnes**

### ***i) Les personnes exclues***

D'une part, l'avant-projet prévoit expressément que l'État et les Communes seront exclus de son champ d'application. Mais il existe aussi des exclusions implicites relevées par le commentaire des articles de l'avant-projet<sup>20</sup> comme celle des groupes de sociétés et des sociétés en formation. Cette exclusion, relève de la simple logique juridique, étant donné que ces deux formes de groupement n'ont pas la personnalité juridique. Dans ces deux hypothèses, une responsabilité collective ne pourra être recherchée que par la mise en œuvre des mécanismes et règles relatifs aux complices et coauteurs, permettant de contourner l'absence de personnalité morale.

### ***ii) Une justification des exclusions très sommaire voire lacunaire***

L'exclusion de l'État et des communes de la sphère d'application de l'avant-projet peut paraître déroutante, notamment parce que c'est en vain qu'on en recherche la justification : la lecture de l'exposé des motifs fait penser que cette exclusion est à considérer comme évidente. Or elle ne l'est pas nécessairement, même si, en ce qui concerne l'exclusion de

---

<sup>17</sup> Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Office des Imprimés de l'État, 1<sup>ère</sup> édition 1960, réimpression en 1978, p. 248, n°168. Voir aussi, pour une analyse poussée du concept juridique de la personne morale : G. Cornu, *Droit Civil, Introduction, Les Personnes, Les Biens*, 9<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris 1999, pp.307 s.

<sup>18</sup> Avant-projet, *Commentaire des articles*, p.12

<sup>19</sup> L'avant-projet touche, par exemple, tous les types de sociétés commerciales, les associations sans but lucratifs, les sociétés civiles et, en général tous les groupements de droit privé ou public ayant la personnalité juridique.

<sup>20</sup> Avant-projet, *Commentaire des articles*, p.12

l'État de la sphère de la responsabilité pénale, l'approche est logique, étant donné que l'État possède le monopole de la sanction pénale et qu'il devrait donc s'auto-punir s'il s'était rendu responsable d'un point de vue pénal, ce qui n'est guère concevable<sup>21</sup>.

Par contre, en ce qui concerne les communes, l'avant-projet reste aussi muet quant à l'explication des motifs à la base de l'exclusion. Une rapide analyse du droit français démontre que cette exclusion en a été inspirée, le nouveau Code pénal français prévoyant une limitation spécifique de la responsabilité pénale des collectivités territoriales<sup>22</sup>. Il ne ressort pas clairement du texte de l'avant-projet si les syndicats de communes, qui ont la personnalité juridique<sup>23</sup>, sont aussi exclus du champ d'application. A notre avis, ils devraient tomber dans l'exclusion, étant organisés à l'image des communes, mais des précisions en ce sens seraient souhaitables.

## **b) Les transformations, fusions et scissions de sociétés :**

Selon les auteurs de l'avant-projet<sup>24</sup>, la responsabilité pénale d'une société survit à sa transformation en un autre type de société, mais pas nécessairement à une fusion ou une scission.

### ***i) Les transformations***

En ce qui concerne la transformation des sociétés d'un type en un autre, l'article 3 al. 6 de la loi concernant les sociétés commerciales prévoit que la transformation ne donnera pas lieu à une personnalité juridique nouvelle. Cet article vise expressément les transformations d'une société civile en une société commerciale, ainsi que les transformations de sociétés commerciales d'un type à un autre, par exemple d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée.

---

<sup>21</sup> Desportes, Le Guehrec, *op. cit.*, p. 509 et Jurisclasseur Sociétés Traité V° *Responsabilité pénale des personnes morales*, Fasc. 28-70 n°24

<sup>22</sup> Article 121-2 alinéa 2 du nouveau Code pénal français : « *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 notion de collectivité territoriale couvre les communes, les départements et les territoires d'outre-mer (voir article 72 alinéa 1 de la Constitution française de 1958)

<sup>23</sup> Cf. Article 4 de la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats de communes (Memorial A °36 du 26 mars 2001, p. 859) et P. Majerus et M. Majerus, *L'État luxembourgeois*, 6<sup>ème</sup> édition 1990, p.353

<sup>24</sup> Avant-projet, *Commentaire des articles*, p. 10

Par contre, l'article 3 ne prévoit pas expressément la possibilité de la transformation d'une société commerciale en une société civile. Cet article étant une disposition d'exception, il y a lieu de l'interpréter de manière stricte. Ainsi, la transformation d'une société commerciale en une société civile fera disparaître la personnalité morale de la société, et avec elle sa responsabilité pénale. En effet, une telle transformation ne peut, suite à une jurisprudence fort intéressante, être poursuivie qu'au moyen de la dissolution de la société commerciale et de la constitution d'une société civile nouvelle.<sup>25</sup>

## ***ii) Les fusions et scissions***

La matière des fusions et scissions de sociétés mérite d'être analysée selon la même méthode, c'est-à-dire d'après le critère de la survie ou non de la personnalité juridique.

Les effets d'une fusion par absorption sont prévus par l'article 274 (1) de la loi concernant les sociétés commerciales : dans l'hypothèse d'une telle fusion, il y aura transmission universelle du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante et la société absorbée cesse d'exister. Elle perd donc sa personnalité juridique, ce qui entraîne la disparition de sa responsabilité pénale. La responsabilité pénale de la société absorbante, fût-elle antérieure ou postérieure à la fusion, demeure cependant intouchée par cette dernière.

Le fondement juridique à la base de ce raisonnement tient au principe de personnalité de la responsabilité pénale, dont la France a fait une application fort intéressante par deux arrêts

---

<sup>25</sup> Voir à cet effet : Trib. Arr. Luxembourg, 14 novembre 1984, n°29.500 du rôle, évoquant l'éventualité de la transformation d'une société agricole en une société anonyme et qui a décidé : *«Les sociétés et les associations sont, comme toutes les personnes morales, des fictions de la loi. Elles ne peuvent exercer leur activité que dans le cadre qui leur est tracé par la loi.*

*Elles ne peuvent être créées, transformées ou liquidées que dans la mesure où la loi le leur permet et dans les formes prévues par la loi.*

*L'article 3 de la loi concernant les sociétés commerciales dispose que les sociétés civiles peuvent être transformées en sociétés commerciales et que les sociétés commerciales d'un type peuvent être transformées en sociétés commerciales en un des autres types prévus par la loi. Cet article énumère les conditions d'une telle transformation et précise qu'elle ne donne pas lieu à une personnalité juridique nouvelle.*

*Ces dispositions, loin de traduire le droit commun - elles seraient alors inutiles et incomplètes - constituent au contraire une dérogation au droit commun en vertu duquel une société ne peut changer de forme sans perdre son ancienne personnalité juridique, sauf dérogation de la loi.*

*Ainsi une société commerciale ne peut se transformer en société civile sans passer par une dissolution de la première et une nouvelle constitution de la seconde. Il en est de même des associations agricoles, aucune disposition légale réglementaire et spécialement l'arrêté grand-ducal du 17 septembre 1945 sur les associations agricoles n'autorisant une telle association de se transformer en société commerciale sans observer les formalités de la dissolution et de la liquidation des associations agricoles et celle de la constitution des sociétés commerciales. »*

qui ont retenu que, dans le cadre d'une fusion par absorption, la société absorbante ne peut être tenue responsable des infractions pénales commises par la société absorbée<sup>26</sup>. Ces arrêts ont été rendus sous le visa de l'article 121-1 du nouveau Code pénal français aux termes duquel, « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ». Le principe de la personnalité de la responsabilité pénale paraît même tellement évident qu'une partie de la doctrine française est encline à lui accorder une valeur constitutionnelle, mais le Conseil Constitutionnel français ne s'est pas encore prononcé sur cette question<sup>27</sup>. Le principe n'est cependant pas une innovation du Code de 1994, mais fait partie du droit français depuis un arrêt de 1859, aux termes duquel : « *nul n'est punissable qu'en raison de son fait personnel* »<sup>28</sup>.

Le droit luxembourgeois, ne consacre pas formellement ce principe, mais son évidence est telle que son existence ne saurait être niée.

En ce qui concerne le cas des fusions par constitution d'une nouvelle société, où les personnalités morales des deux sociétés qui fusionnent disparaissent et qu'une personne juridique nouvelle est créée, reprenant l'universalité des patrimoines actifs et passifs des sociétés qui fusionnent, le principe de la personnalité de la responsabilité pénale entraîne que la responsabilité pénale de chacune des deux sociétés ayant fusionné disparaisse et que la société nouvellement constituée ne puisse pas être tenue pénalement responsable des infractions commises par chacune des deux sociétés ayant fusionné. La même solution prévaudra en cas de scission de sociétés, fût-ce par absorption<sup>29</sup> ou par constitution de nouvelles sociétés<sup>30</sup>.

La porte est donc grande ouverte aux abus, étant donné qu'il suffirait d'opérer une fusion entre deux sociétés, en cours d'instance, dans le but d'échapper à une quelconque sanction en faisant disparaître la responsabilité pénale de l'une d'entre elles. Des correctifs de procédure sont donc prévus par l'avant-projet, qui seront examinés plus bas<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Cass. Fr. Crim. 20 juin 2000, D. 2001, *Jurisprudence* p.853 et p. 1608 et Cass. Fr. Crim. 14 octobre 2003, JCP G 2003, IV 2926, p. 2116

<sup>27</sup> Cf. F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.*, p. 450

<sup>28</sup> Cass. Fr. Crim. 3 mars 1859, B., n°69.

<sup>29</sup> L'article 303 de la loi concernant les sociétés commerciales prévoit que dans ce cas, le patrimoine tant actif que passif est transmis de la société scindée aux sociétés bénéficiaires et que la société scindée cesse d'exister.

<sup>30</sup> Qui est régie par l'article 307 de la loi concernant les sociétés commerciales, se référant à l'article 303.

<sup>31</sup> Cf. *infra* p.34

## c) les personnes morales de droit étranger

### i) *Les personnes morales de droit privé*

C'est en rapport avec la question de savoir si le texte prévu est censé englober les sociétés de droit étranger qu'on reconnaît, l'impressionnante portée du principe qui est posé. Malgré le silence de l'exposé des motifs à ce sujet, il ne fait nul doute que le texte englobera les personnes morales de droit étranger. Il s'agit là d'une solution constante en France, où elle est largement accueillie par la doctrine, malgré le fait que Jean Pradel ait écrit en 1993 que les personnes morales de droit étranger devaient, par la nature des choses, ne pas voir leur responsabilité pénale engagée en France, car une exécution de la condamnation à leur encontre serait impossible si elles n'ont pas d'établissement en France<sup>32</sup>.

Il sera néanmoins contredit par la doctrine postérieure, qui ne voit là qu'un obstacle à l'exécution de la sanction, mais non à la mise en œuvre de la responsabilité elle-même<sup>33</sup>. Cette nouvelle doctrine, qu'on ne peut que saluer, clame avec force que la généralité des termes de l'article 121-2 du nouveau Code pénal (dont le libellé est repris par l'avant-projet luxembourgeois, du moins en ce qui concerne ce point précis), ne fait pas de distinction entre la nationalité en ayant recours à l'expression générique « *les personnes morales [...] sont responsables pénalement* ».

Ainsi, la responsabilité pénale des personnes morales de droit étranger devrait pouvoir être mise en cause devant les tribunaux répressifs luxembourgeois, les règles de territorialité de la loi pénale applicables aux personnes physiques de nationalité étrangère devant a priori s'appliquer *mutatis mutandis* aux personnes morales.

La détermination de la nationalité de la personne morale, quant à elle, devrait se faire conformément au droit commun, étant donné qu'aucune définition autonome n'est, heureusement, prévue<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> J. Pradel, *Le nouveau Code pénal*, D. 1993, Commentaires législatifs, p. 163 n°52

<sup>33</sup> Voir notamment : O. Schnerb, *Cinq années de jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes morales en France*, Bulletin Droit et Banque n°30, p. 31 et not. p. 34, mais aussi et surtout : Desportes, *Le Guehec*, *op. cit.* p. 513

<sup>34</sup> On se référera ainsi à la loi du concernant les sociétés commerciales, et plus précisément à l'article 2 de cette loi, selon lequel le domicile de toute société est situé à son principal établissement, qui est présumé être

A côté de la très difficile exécution des condamnations, la doctrine française<sup>35</sup> a relevé deux considérations qui pourront, notamment, se poser aussi au Luxembourg, que nous ne faisons qu'évoquer : la première porte sur la question de savoir selon quelle loi le juge appréciera si le groupement délinquant possède bien la personnalité juridique. La seconde touche à la question si la condition de réciprocité d'incrimination prévue pour les délits<sup>36</sup> s'applique aussi à la nécessité de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales à l'étranger. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent pouvoir donner de réponses précises à l'heure actuelle<sup>37</sup>.

## *ii) L'épineuse question des États étrangers*

L'expression « à l'exclusion de l'État » ferait-elle obstacle à la possibilité d'engager la responsabilité pénale des États étrangers ? L'argument de texte consisterait à affirmer que le mot « État » est pris au singulier et que donc l'exclusion ne s'appliquerait qu'à l'État luxembourgeois.

Pour la doctrine française, qui ne suit pas cet argument de texte, il semble inconcevable que la responsabilité pénale d'un État étranger puisse être engagée ; en effet : « [...] *les principes de souveraineté et d'égalité des États composant la communauté internationale enjoignent de n'appliquer que les règles du droit international public relatives au règlement des différends et à la responsabilité internationale* »<sup>38</sup>. Au niveau international, la responsabilité des États est donc plus politique que pénale<sup>39</sup>. Le juge national qui voudra retenir l'immunité pénale d'un État étranger ne pourra le faire, faute de texte ou de traité international, qu'en se référant à l'existence d'une coutume internationale en ce sens.

---

le siège statutaire de la société et ce jusqu'à preuve du contraire, sachant que la nationalité de la société sera celle du pays où est situé son domicile (article 159 al. 2 de la même loi).

<sup>35</sup> Jurisclasseur Sociétés Traité, V° *Responsabilité pénale des personnes morales*, fasc. 28-70, n°s 56s.

<sup>36</sup> Article 5 alinéa 2 du Code d'instruction criminelle, selon lequel le délit commis à l'étranger par un luxembourgeois peut être poursuivi et jugé dans le Grand-duché de Luxembourg si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

<sup>37</sup> La référence citée plus haut indique cependant des éléments de solution, mais il reviendra à la jurisprudence de toiser ces questions. Il faut, notamment, quant au deuxième problème, se poser la question si, dans le cas où la réciprocité serait requise, la possibilité de prononcer des sanctions administratives à l'encontre de la personne morale pourraient être considérées comme ayant valeur pénale et donc satisfaire à la condition de réciprocité d'incrimination (cf. infra p. 29 pour un bref développement sur la valeur quasi-pénale des sanctions administratives).

<sup>38</sup> H. Renout, *Droit Pénal Général*, Editions Paradigme, Juillet 2005, p. 177 ; voir aussi : F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.*, p. 514

<sup>39</sup> Voir Jurisclasseur Droit International, Fasc. 410, V° *Le Crime contre l'humanité*, n°137

## 2) Les infractions visées

Le législateur qui aura à décider de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales dans notre droit, se trouvera devant un choix important qu'il pourra effectuer en s'inspirant de l'expérience française. Il devra notamment se poser la question s'il convient d'adopter un système général où les personnes morales peuvent être pénalement responsables de toutes les infractions pénales existantes ou s'il est préférable d'introduire un système de spécialité, avec une énumération limitative des infractions pouvant être commises par les personnes morales. La France avait d'abord opté pour la deuxième solution, de peur d'aller trop loin, mais très vite, des voix se sont fait ressentir, qui ont poussé le législateur à opter finalement pour un système généralisé<sup>40</sup>. Les rédacteurs de l'avant-projet ont immédiatement opté pour une responsabilité généralisée et il faudra voir s'il s'agit là du bon choix : A cet effet, et pour bien pouvoir conseiller le législateur quant au choix à opérer, il est judicieux de retracer l'expérience française.

Le principe de spécialité, originellement retenu par le nouveau Code pénal français de 1994, était apparu, au moment de l'adoption dudit Code, comme une règle incontournable, « *car il importe à chaque fois de s'interroger sur la nécessité ou non de faire entrer les personnes morales dans le cercle des personnes punissables* »<sup>41</sup>.

Un autre argument souvent avancé en faveur du principe de spécialité, était l'impossibilité pour une personne morale de commettre certaines infractions telles que notamment les agressions sexuelles. Mais il faut tempérer cette affirmation, étant donné qu'une personne morale ne peut commettre d'infractions qu'en agissant au travers d'une ou plusieurs personnes physiques.

Comme nous l'avons vu, les raisons de l'introduction d'un système de spécialité sont, pour une grande partie, liées à la réticence face à cet être nouveau et inconnu qu'est la responsabilité pénale élargie aux personnes morales, car il fallait expérimenter si un tel système peut fonctionner de manière efficace. Ces expériences ayant été faites, la France était prête à introduire un système de responsabilité pénale généralisé.

---

<sup>40</sup> Voir notamment, pour un appel d'instaurer un principe de généralité : O. Sautel, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie !*, D. 2002, Chron. p.1147. Ces appels ont été suivis par la loi dite « Perben II » du 9 mars 2004, par laquelle le législateur français a abrogé le principe de spécialité des infractions pouvant être commises par une personne morale

<sup>41</sup> H. Matsopoulou, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, RDS 2004 p. 283 et not. p. 285

Le système a donc été a peu à peu étendu au gré des scandales plus ou moins graves et des modifications ou adoptions de lois nouvelles, de sorte qu'il est très vite devenu très peu compréhensible, le nombre d'infractions applicables aux personnes morales allant en croissant à un rythme très élevé, remettant en cause toute sorte de sécurité juridique qui aurait pu exister de par l'action du principe de spécialité. « *La lecture quotidienne du Journal Officiel s'impose* »<sup>42</sup> pour savoir quelles infractions tombent sous le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales. Le chef d'entreprise diligent doit dès lors adopter un comportement d'extrême prudence, au risque de voir sa société commettre une infraction à laquelle la responsabilité pénale des personnes morales a récemment été élargie. En pratique, son comportement ne différera donc que peu du comportement qu'il adopterait si la responsabilité pénale des personnes morales était généralisée à toutes les infractions.

Aussi, la jurisprudence a commencé à former des brèches : ainsi, un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation française de 2003<sup>43</sup>, a beaucoup élargi le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales : la Cour de Cassation a, en quelque sorte, balayé le principe de spécialité en jugeant qu'une incrimination contenant l'expression « *ceux qui* » incluait et visait nécessairement les personnes morales.

Faisant suite aux appels jurisprudentiels et doctrinaux, le sénateur Fauchon a dès lors proposé un amendement au Sénat français<sup>44</sup> dans le cadre de la procédure d'adoption de la loi qui deviendra la loi Perben II et qui se fait l'avocat de l'adoption d'un système généralise par l'abrogation de la phrase limitant la responsabilité pénale<sup>45</sup>. L'assemblée

---

<sup>42</sup> O. Sautel, *op. cit.*

<sup>43</sup> Cass. fr. Crim 5 février 2003, D. 2003, p. 2857. L'attendu de principe de cet arrêt est libellé comme suit : *Attendu que, selon ce texte, [l'article 399] du Code des Douanes, ceux qui ont participé d'une manière quelconque à un délit de contrebande sont passible des mêmes peines que les auteurs de l'infraction ; [...] qu'en statuant ainsi [en prononçant la relaxe de la personne morale au motif que l'incrimination ne serait pas spécifiquement prévue pour les personnes morales], alors que l'article 399 du Code des Douanes est applicable aux personnes morales, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée de ce texte, d'où il suit que la cassation est à nouveau encourue.*

<sup>44</sup> Sénat français, projet de loi n°314, 2002-2003, amendement n°275, présenté par M. le Sénateur Pierre Fauchon

<sup>45</sup> L'article 121-2 du nouveau Code pénal français, dans sa rédaction originale, prévoyait en effet que la responsabilité pénale des personnes morales ne peut être engagée « *que dans les cas prévus par la loi ou le règlement* ». La loi Perben II a tout simplement supprimé cette partie de la phrase.

nationale a suivi le pas du Sénat pour cette réforme qui, d'un léger coup de plume, aura été intégrée dans une loi très ambitieuse et d'une portée très large<sup>46</sup>.

Le résultat immédiat en était l'abolition du principe de spécialité, faisant place à la logique et la sécurité juridiques. Il est généralement admis que le droit pénal doit présenter une certaine prévisibilité pour pouvoir être un outil efficace et la gestion du risque pénal entre clairement dans la gestion de l'entreprise. Or, une gestion efficace du risque pénal ne peut pas être faite en présence d'un principe de spécialité qui requiert une lecture quasi quotidienne des publications légales pour déterminer si tel ou tel comportement pourrait faire engager la responsabilité pénale de l'être moral.

Quel est maintenant le choix à opérer par le législateur luxembourgeois ? Notre pays devra-t-il passer par cet apprentissage ? Ou pourra-t-il directement instaurer un principe général de responsabilité pénale des personnes morales ? Le choix logique nous contraint à sauter une étape et à profiter de la manière la plus directe possible des enseignements dont la France a tiré profit : il convient d'introduire directement un système général afin d'éviter les écueils du système de spécialité. Le Luxembourg se doit en effet de profiter des expériences pratiques françaises et de l'apprentissage qui en découle. Le choix opéré par les auteurs de l'avant-projet doit ainsi être loué et approuvé. De plus, Il nous semble que le choix d'un système général profite à la simplicité du droit, qui est malheureusement souvent abandonnée.

## **B) La personne morale délinquante**

Nous ne ferons qu'évoquer les propositions du Ministère de la Justice ainsi que les critiques envisageables (1), étant donné qu'il appert que l'avant-projet n'est pas encore mûr en ce qui concerne cette question. Nous verrons ensuite le lien entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle des personnes physiques intervenues dans la

---

<sup>46</sup> Voir notamment, pour une analyse plus approfondie : Nicole Stolowy, *La disparition du principe de spécialité dans le mise en cause pénale des personnes morales*, JCP G, I, 138 et *Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, D. 2006 p. 714, mais aussi la *Circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales*, circulaire Crim 2006 03 E8/13-02-2006, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice (France). Cette circulaire vient préciser la mise en œuvre de cette généralisation : notamment, des instructions ont été données au parquet quant à la politique des poursuites à exercer, distinction étant faite entre les infractions intentionnelles et non-intentionnelles, sachant que pour les premières, le garde des sceaux invite les parquets à toujours mettre en cause la personne physique concernée, alors que pour les deuxièmes, la mise en cause de la personne physique ne devrait être recherchée *que si une faute personnelle à con rencontre est suffisamment établie pour justifier une condamnation pénale*.

commission de l'infraction (2) ainsi que l'impact de la responsabilité pénale de la personne morale sur sa responsabilité civile (3).

## **1) L'imputabilité de l'infraction**

La question de l'imputabilité de l'infraction, faute de volonté propre de la personne morale, constitue le plus important obstacle, d'un point de vue juridique, à la reconnaissance responsabilité pénale des personnes morales<sup>47</sup>. Néanmoins, une personne morale agit au travers de ses organes et pour pouvoir imputer une infraction à une personne morale, il faut d'abord pouvoir l'imputer à un organe ou un représentant (a) ; mais encore faut-il que ces organes ou représentants aient commis l'infraction pour le compte de la personne morale (b). Finalement, une personne morale peut se rendre coupable d'une tentative, respectivement devenir complice de la commission de l'infraction (c).

### **a) L'infraction commise par un organe ou un représentant**

L'avant-projet prévoit l'introduction d'un article 6-2 au Code pénal selon lequel: « *les personnes morales [...] sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou par leurs représentants [...]* ». Le libellé proposé est similaire, quant au fond, à celui retenu par le nouveau Code pénal français<sup>48</sup>.

D'emblée, il convient de relever que l'avant-projet ne propose pas de définir de manière autonome les notions d'*organe* et de *représentant* et le droit pénal, tel qu'il est actuellement en vigueur, ne contient pas non plus de définition de ces deux notions. Ainsi, la jurisprudence sera amenée à puiser des éléments de réponse dans le droit commun et elle devra trancher en fonction de la nature de la personne morale si telle ou telle structure peut être considérée comme étant soit un organe soit un représentant de la personne morale.

Selon Gérard Cornu<sup>49</sup>, l'organe est « *un élément qui, lié à la structure d'une institution, en assure le fonctionnement* » et le représentant est « *le mandataire social ayant le pouvoir d'engager la personne morale à l'égard des tiers* ». L'avant-projet vient préciser les

---

<sup>47</sup> Voir D. Spielmann, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bulletin du Cercle François Laurent n° IV 1999, p. 6 s., pour une analyse plus complète des problèmes d'imputabilité et, notamment, comment ces problèmes ont été contournés par notre droit pénal en l'absence de possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales.

<sup>48</sup> Article 121-2

<sup>49</sup> G. Cornu, *op. cit.*, V° *Organe* et V° *Représentant de société*

caractéristiques de l'organe : il s'agirait « *d'une ou plusieurs personnes physiques (ou morales) auxquelles la loi ou les statuts confèrent une fonction particulière dans l'organisation de la personne morale et pouvant constituer en une fonction d'administration, de direction, de représentation ou aussi de contrôle* »<sup>50</sup>. La notion d'organe peut aussi être retrouvée à plusieurs endroits de la loi concernant les sociétés commerciales et notamment à l'article 27<sup>51</sup>, qui fait une référence explicite à cette notion et qui distingue entre les quatre types d'organes qui ont aussi été relevés par les auteurs de l'avant-projet. La notion d'organe, quoique non juridiquement définie de manière précise, peut être cernée en se référant aux différentes fonctions pouvant être exercées par l'organe ; il s'agit d'une définition essentiellement fonctionnelle.

L'avant-projet<sup>52</sup> énumère les organes en fonction des types de sociétés. Ainsi, par exemple, pour une société anonyme, seront considérés comme organes : le conseil d'administration, l'assemblée générale et le commissaire aux comptes. En plus, le commentaire des articles nous apprend qu'aussi bien les organes de droit que les organes de fait sont visés. Par contre, un commentaire semblable n'a pas été inséré pour le représentant et il faut se poser la question des raisons de cette absence, alors qu'on serait amené à penser que la largeur des termes employés par l'article 6-2 projeté puisse aussi inclure le représentant de fait.

En général, on peut regretter que cette précision ait été cachée dans le commentaire des articles et il serait recommandable de l'insérer dans le corps de l'article 6-2 par une formulation selon laquelle la responsabilité pénale de la personne morale est engagée par l'action de ses organes ou représentants, de fait ou de droit.

Le représentant de droit peut détenir son pouvoir de représentation de la loi ou des statuts, mais ce pouvoir peut aussi être d'origine contractuelle, voire même résulter d'une décision judiciaire. En plus, selon les rédacteurs de l'avant-projet<sup>53</sup>, le représentant peut encore détenir son pouvoir de représentation d'une décision des organes de la société<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Avant-projet, *Commentaire des articles*, p. 15

<sup>51</sup> Qui prévoit les formalités de constitution d'une société et que les statuts doivent déterminer le nombre et le mode de détermination des membres des organes dans la mesure où ceci n'est pas prévu par loi.

<sup>52</sup> Avant-projet, *Commentaire des articles*, p. 15

<sup>53</sup> *Ibid*, p. 16

<sup>54</sup> Les sociétés anonymes sont, par exemple, en principe représentées par leur conseil d'administration (article 53 de la loi concernant les sociétés commerciales). Les notions d'organe et de représentant se mélangent donc, mais, en application de l'article 60 de la loi concernant les sociétés commerciales, le conseil d'administration peut déléguer le pouvoir de représentation de la société à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants et autres agents, associés ou non, agissant seuls ou conjointement,

Finalement, ce pouvoir peut découler d'un mandat spécial, donnant à une personne précise le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers, pour poser un acte juridique précis. Si ce dernier représentant commet une infraction pénale dans le cadre de sa mission de représentation (et pour le compte de la société), la société peut être tenue pour pénalement responsable. Par contre la société ne pourra être tenue responsable pour les actes commis par le représentant qui tomberaient en-dehors de sa mission de représentation, fût-elle générale ou spéciale.

La notion de représentant de fait, à notre sens, inclurait une personne agissant au nom et pour le compte de la société en application de la théorie du mandat apparent.

Finalement, il semble être suffisamment clair que la responsabilité pénale d'une personne morale ne peut pas être engagée par l'action de ses salariés, étant donné qu'ils ne sont ni organes ni représentants.

## **b) L'infraction commise pour le compte de la personne morale<sup>55</sup>**

Une fois qu'il est déterminé qu'un organe ou représentant est responsable de la commission d'une infraction, il faudra, avant de pouvoir punir la personne morale, déterminer si cette infraction a bien été commise pour le compte de la personne morale. Ainsi, la culpabilité en tant qu'auteur immédiat doit pouvoir être prouvée dans le chef de l'organe ou du représentant et il faut un lien entre l'infraction et la personne morale.

Il convient de reprendre, à cet endroit, les principes posés par l'avant-projet : seraient à considérer comme infractions commises pour le compte de la personne morale : « *toutes celles qui ont été sciemment commises par les dirigeants en vue d'obtenir un gain ou profit financier pour la personne morale, de réaliser des économies ou de lui éviter des pertes* » et, plus généralement « *les infractions commises par les organes ou représentants agissant dans l'exercice des fonctions ou missions qui leur ont été confiées par la personne morale, même si la personne morale n'en retire aucun profit ou intérêt* »<sup>56</sup>. Cette formulation inclurait les infractions de négligence ou d'imprudence, pour lesquelles, en France, une législation spécifique avait été adoptée.

---

<sup>55</sup> Pour une analyse plus approfondie de la question qui n'est, ici, que sommairement abordée, voir : J-C Saint-Pau, *La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ?*, D.2000, Jurisprudence, p. 636

<sup>56</sup> Avant-projet, *Commentaire des articles*, p. 17

En conséquence, les infractions commises par l'organe ou le représentant de la personne morale qui agit pour son propre compte, ne pourront pas entraîner la responsabilité de la personne morale. Il en va de même, si l'infraction est commise dans l'intérêt de la minorité des membres : dans cette hypothèse il reviendra au juge pénal d'apprécier si ce groupe a agi dans un intérêt personnel ou dans l'intérêt de la personne morale. Ce n'est que si la minorité a agi dans l'intérêt de la personne morale, que la responsabilité pénale de celle-ci pourra être engagée. Il s'en suit encore que les infractions commises à l'encontre de l'intérêt de la personne morale par ses organes ou représentants ne pourront pas être imputées à la personne morale.

Par contre, il est important de relever que la législation projetée ne prévoit pas que le juge devrait caractériser une faute distincte dans le chef de la personne morale pour pouvoir retenir la responsabilité pénale de celle-ci.

Le lien entre la faute de l'auteur immédiat de l'infraction et la personne morale est très étroit : à partir du moment où l'auteur des faits reprochés est considéré comme ne s'étant pas rendu coupable de la commission d'une infraction, celle-ci ne pourra pas être mise à la charge de la personne morale. De plus, les causes de justification profiteront toujours à la personne morale, qu'elles soient objectives<sup>57</sup> ou subjectives<sup>58</sup> :

Les causes objectives faisant disparaître l'infraction dans son ensemble, il est évident qu'elles profiteront non seulement à l'auteur immédiat, mais aussi à la personne morale pour le compte de laquelle les faits incriminés ont été commis. Il en va de même des causes de justification subjectives, étant donné l'impossibilité de dissocier la faute de la personne morale de celle de ses organes ou représentants : la faute de la personne morale est la même que celle de l'auteur immédiat de l'infraction, aucune faute distincte n'a à être recherchée dans le chef de la personne morale.

Par contre, il n'est pas établi si les circonstances atténuantes profitant à l'auteur immédiat de l'infraction profiteront aussi, par ricochet, à la personne morale ou si le juge devra

---

<sup>57</sup> Il s'agit des cas où objectivement, il n'existe pas d'infraction, étant donné que le fait incriminé est ordonné par la loi ou commandé par l'autorité légitime (article 70 du Code pénal) et dans le cas où il y a eu légitime défense (article 416 du Code pénal).

<sup>58</sup> Il s'agit des hypothèses dans lesquelles, objectivement, une infraction est constituée, mais pour laquelle l'auteur ne peut pas être tenu responsable, en raison de circonstances qui lui sont personnelles. Ces hypothèses, prévues par les articles 70 à 71-2, concernent les cas de l'agent touché de troubles mentaux ainsi que de l'agent qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle il n'a pas pu résister.

rechercher l'existence de circonstances atténuantes propres dans le chef de la personne morale. L'avant-projet est muet à ce sujet et le droit français ne pourra pas non plus nous fournir de réponse, le concept de circonstances atténuantes n'y existant plus. A notre sens cette question devrait encore être discutée plus amplement avant que le projet ne soit soumis au législateur.

### **c) Les modalités de commission de l'infraction**

Par l'introduction projetée de l'article 6-2 au Code pénal, les personnes morales seront, du point de vue du droit pénal, entièrement assimilées aux personnes physiques et, tout comme les personnes physiques, elles pourront se rendre responsables pénalement d'une tentative, selon les mêmes règles que celles applicables aux personnes physiques<sup>59</sup>. Elles pourront encore devenir complice ou coauteur de la commission d'une infraction<sup>60</sup>.

Nous tenons à relever qu'en France, la loi prévoit expressément que les dispositions relatives aux tentatives et à la complicité sont applicables aux personnes morales<sup>61</sup>. Il ne nous semble cependant pas nécessaire d'introduire une disposition spécifique dans notre droit : l'article 6-2 proposé est rédigé de manière suffisamment large pour rapprocher les personnes morales des personnes physiques du point de vue leur responsabilité pénale et de permettre d'appliquer les règles relatives à la tentative et la complicité aux personnes morales également.

## **2) La culpabilité de la personne morale et la personne physique**

Selon le deuxième alinéa de l'article 6-2 à introduire au Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales est indépendante de celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions.

Le principe sera donc, comme en France, le cumul entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique intervenue dans la commission de l'infraction. Les deux pourront être punies et sans qu'une condamnation de l'une ne puisse préjudicier à l'autre. Le *ratio legis* d'une telle disposition dérive de ce qu'il s'agit d'éviter

---

<sup>59</sup> Voir, à cet effet, les articles 51 et suivants du Code pénal

<sup>60</sup> Articles 66 et suivants du Code pénal

<sup>61</sup> L'article 121-2 du nouveau Code pénal français prévoit que les personnes morales seront responsables pénalement selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, qui traitent de la complicité et de la tentative.

que la personne morale ne soit utilisée comme façade en vue de la commission d'infractions, sans risque direct pour la personne physique à laquelle profite, *in fine*, l'infraction. Notons, que dans son avis sur le projet de loi sur la corruption<sup>62</sup>, l'ABBL a déjà exprimé son hostilité à l'égard de ce cumul de responsabilité, dans le but d'éviter une trop forte pression pénale sur les dirigeants d'entreprise<sup>63</sup>.

### **3) Responsabilité pénale et responsabilité civile**

Le lien entre la responsabilité pénale de la personne morale et de sa responsabilité civile, s'établit selon les règles de droit commun applicables aux personnes physiques, pour lesquelles le principe est l'unicité des fautes pénale et civile<sup>64</sup>, toute faute pénale constituant nécessairement une faute civile, tandis que l'existence d'une faute civile n'entraîne pas nécessairement celle d'une faute pénale.

L'introduction de la responsabilité pénale généralisée des personnes morales, nécessite des ajustements du droit existant et ce dans plusieurs domaines :

## **II) D'importantes innovations requises**

Les innovations qui sont requises pour la mise en œuvre de la réforme touchent, d'une part, la question de la sanction de la personne morale (A) et, d'autre part, la procédure pénale, qui devra nécessairement faire l'objet de quelques changements pour permettre une mise en œuvre efficace de la répression (B)

### **A) La sanction de la personne morale**

La spécificité de la nature des personnes morales commande que le catalogue des peines pouvant être prononcées par le juge soit adapté (1). Mais l'introduction d'une responsabilité pénale généralisée dans notre droit implique aussi une réflexion sur l'origine et la nécessité de maintenir la possibilité de sanctionner les sociétés sur base de l'article

---

<sup>62</sup> Association des Banques et Banquiers Luxembourgeois, *Avis sur le projet de loi sur la corruption* (n°5262), p. 4, disponible sur [www.abbl.lu](http://www.abbl.lu).

<sup>63</sup> Pour une analyse, en France, des effets pratiques sur l'amélioration de situation des dirigeants face au risque de mise en cause de leur responsabilité pénale : voir : V. Tandreau de Marsac, *Le principe de responsabilité pénale des personnes morales a-t-il amélioré la situation des dirigeants face au risque de mise en cause de leur responsabilité pénale ?*, Gaz. Pal. 8-10 octobre 2000, p. 1652

<sup>64</sup> Voir Georges Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise, 2<sup>ème</sup> édition 2006, n°54, p. 51

203 de la loi concernant les sociétés commerciales (2), ainsi que sur les sanctions administratives dont le maintien en parallèle du droit pénal peut être sujet à critiques (3). Finalement, la question de la gravité des infractions pouvant être commises par les personnes morales, au regard de la division tripartite des infractions, mérite d'être analysée (4).

## **1) L'indispensable refonte des peines encourues**

### **a) Le nouveau catalogue des peines**

L'impossibilité d'appliquer aux personnes morales la peine principale dans les matières criminelle et correctionnelle qu'est la peine de réclusion, respectivement d'emprisonnement, entraîne la nécessaire révision du catalogue des peines, avec l'introduction d'une nouvelle peine principale, l'amende – criminelle ou correctionnelle.

Les peines criminelles et correctionnelles prévues par l'avant-projet sont identiques, à savoir <sup>65</sup>:

- l'amende,
- la confiscation spéciale,
- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus de l'entreprise ou d'un ou de plusieurs établissements,
- la publication ou l'affichage, aux frais de la personne morale condamnée, de la décision ou d'un extrait de la décision de condamnation,
- l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles,
- la dissolution de la personne morale.

En matière de contraventions, les peines prévues seront l'amende et la confiscation spéciale.

Pour les trois catégories d'infractions, l'avant-projet prévoit que si l'amende est prononcée à l'égard d'une personne morale, le taux maximum de l'amende est égal au triple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Ces peines ont vocation à être prévues par les articles 7-1 (pour les peines criminelles) et 14-1 (pour les peines correctionnelles) du Code pénal

Il est à noter que pour les personnes morales, seul le maximum de l'amende encourue par une personne physique est triplé, le minimum prévu par la loi sera le même pour les personnes physiques ainsi que pour les personnes morales. Néanmoins, malgré l'inspiration avouée par ses auteurs, l'avant-projet se départit fortement du droit français :

## **b) De fortes divergences inexplicables par rapport à la source d'inspiration**

Il faut, tout d'abord, se poser la question de la fixation du taux d'amende, par les auteurs de l'avant-projet au triple de l'amende prévue pour les personnes physiques, alors qu'en France le taux pour les personnes physiques a été fixé au quintuple de l'amende pouvant être prononcée à l'égard d'une personne morale. On ne trouvera pas plus de justification, ni pour le taux retenu en France, ni pour le taux retenu dans l'avant-projet. Il est cependant difficilement compréhensible pourquoi un taux moins élevé qu'en France a été retenu, sans justification, alors que l'avant-projet affirme se baser sur le droit applicable en France.

Ensuite, en analysant le catalogue des peines, on retrouve, d'une part une forte sévérité : la peine de dissolution, souvent qualifiée de peine de mort de la personne morale par la doctrine<sup>67</sup>, est prévue aussi bien pour les crimes que pour les délits. D'autre part, on observe que des peines existant en France n'ont pas été reprises par l'avant-projet. Au rang de celles-ci, se trouvent notamment des peines comme l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou temporaire, mais aussi l'interdiction de faire appel public à l'épargne.

A notre avis, il serait judicieux d'ajouter ces deux peines au catalogue, étant donné que dans une telle hypothèse le juge pénal aurait la possibilité de mieux structurer la sanction et de l'adapter à la personne morale délinquante, augmentant ainsi l'efficacité du droit pénal.

Finalement, en ce qui concerne la sanction de dissolution, il serait conseillé d'en tempérer le recours : il serait en effet hautement hasardeux de laisser la possibilité au juge de

---

<sup>66</sup> Cette disposition serait à intégrer aux articles 9 (pour les crimes), 16 (pour les délits) et 26 (pour les contraventions) du Code pénal. On constate qu'en ce qui concerne l'article 26, la rédaction proposée est différente de celle proposée pour les autres articles, ce texte se limitant à disposer que le *taux maximum de l'amende est égal au triple de celui prévu par la loi*. L'origine de cette différence n'est pas renseignée par le commentaire des articles et il faut donc se demander s'il ne s'agit pas tout simplement d'une erreur de rédaction, l'avant-projet indiquant que les peines de police sont introduites suivant la même méthode que celle retenue pour les peines criminelles et correctionnelles (Avant-projet, *commentaire des articles*, p. 20)

<sup>67</sup> J-M Carbasse, *op. cit.* n° 96 p.172 et J. Pradel, *Le nouveau Code pénal (partie générale)*, D. 1993, p. 163, n°77

prononcer cette sanction à l'encontre d'un établissement public. Ainsi, en France, l'application de la peine de dissolution aux personnes morales de droit public dont la responsabilité peut être engagée, est expressément exclue<sup>68</sup>.

Il en va de même, toujours en France, des syndicats et des partis et groupements politiques qui sont expressément exclus de la peine de dissolution. Au Luxembourg, en ce qui concerne les partis politiques, dont l'existence n'est reconnue ni par la constitution, ni par la loi<sup>69</sup>, il y a cependant lieu de prévoir le cas où un tel parti déciderait de s'organiser sous la forme d'une association sans but lucratif : la peine de dissolution ne devrait alors ne pas pouvoir être prononcée à son égard en vue de garantir une certaine liberté politique. La même question se pose pour les syndicats, car certains ont choisi de s'organiser sous la forme d'une association sans but lucratif. Dans un souci de protection des syndicats, assurée par la Constitution<sup>70</sup>, il y a donc lieu de prévoir leur exclusion de la peine de dissolution. En résumé, nous proposons au législateur d'adopter les mêmes exclusions de la peine de dissolution que celles qui ont été prévues en France.

A noter finalement qu'en France, l'article 131-45 du Code pénal prévoit que si la dissolution de la personne morale est prononcée, la même décision prononcera le renvoi de la personne morale devant le tribunal compétent pour procéder à la liquidation. L'avant-projet ne prévoit pas de texte spécifique en ce sens et nous sommes d'avis qu'une disposition analogue devrait être ajoutée au texte de l'avant-projet avant son adoption, adaptée à la spécificité de notre système juridictionnel<sup>71</sup>, pour éviter la création d'un vide juridique.

---

<sup>68</sup> Article 131-39 *in fine* du Code pénal. Cette exclusion est notamment justifiée par « *le principe de la séparation des pouvoirs et, surtout, par celui de la permanence de l'État et de ses démembrements.* » F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 728

<sup>69</sup> Voir, pour une analyse du statut des partis politiques au Luxembourg, Luc Frieden, *Le droit constitutionnel et les partis politiques au parlement*, Annales du droit Luxembourgeois, vol. 1/1991, Bruylant (Bruxelles) 1992, pp. 123-153

<sup>70</sup> L'article 11 (5) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg du 17 octobre 1868 garantit en effet les libertés syndicales

<sup>71</sup> Ainsi, il y aurait lieu de renvoyer la procédure de dissolution d'une société commerciale devant une des chambres du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et celle des autres personnes morales devant une des chambres siégeant en matière civile, selon le mode prévu pour les liquidations judiciaires d'après l'article 203 de la loi concernant les sociétés commerciales, ou selon un mode similaire.

## 2) L'article 203 peut et doit-il encore subsister ?

L'article 203 de la loi concernant les sociétés commerciales, prévoit la possibilité d'une dissolution suivie de la liquidation judiciaire d'une société « *qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement* ».

Cet article, introduit dans notre droit en 1978<sup>72</sup>, avait pour but initial, en l'absence de moyens juridiques de faire jouer la responsabilité pénale des sociétés commerciales, de veiller à ce que le Luxembourg ne soit peuplé de sociétés « *qui n'ont plus aucune activité, dont les organes statutaires ne fonctionnent plus ou qui s'adonnent à des activités illicites* »<sup>73</sup>.

Pour remédier à cet état de choses, le législateur de 1978 a décidé que la sanction la plus efficace serait une sanction qui ne serait pas de nature pénale, mais uniquement de nature civile, à savoir la dissolution de la société<sup>74</sup>. Or, cet article a tous les effets d'une sanction pénale et une certaine doctrine n'hésite pas à affirmer que l'article 203 consacre une certaine « *responsabilité pénale des personnes morales assortie d'une sanction pénale* »<sup>75</sup>.

L'avant-projet commenté se propose d'adapter cet article, en ce qu'il ne sera plus possible d'entamer la procédure de l'article 203 si une procédure pénale est en cours et le projet va plus loin en proposant d'enlever la possibilité pour les juridictions commerciales de prononcer la dissolution d'une société qui poursuit des activités contraires à la loi pénale.

Par contre, la voie de l'article 203 continuera, en principe, à exister pour les sociétés qui ont contrevenu gravement au Code de commerce ou aux lois relatives aux sociétés commerciales, ainsi qu'à la législation relative au droit d'établissement, tant que des

---

<sup>72</sup> Par la loi du 19 mai 1978 complétant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Memorial A n°32 du 13 juin 1978 p. 589. Cet article a, depuis, fait l'objet de certains toilettages : un article 203-1 embrassant l'hypothèse des sociétés commerciales étrangères y a notamment été ajouté, permettant la fermeture d'un établissement luxembourgeois d'une société étrangère, et ce dans les mêmes conditions que celles de l'article 203.

<sup>73</sup> Projet de loi n°2104, *exposé des motifs* p.2. Au moment de l'introduction de cette législation, elle était absolument nécessaire, faute de possibilités de mettre en œuvre la responsabilité pénale des personnes morales.

<sup>74</sup> Ibid p. 2.

<sup>75</sup> D, Spielmann, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bulletin du cercle François Laurent n°IV, 1999, p.1 et not. p.39

poursuites pénales ne sont pas ouvertes à l'encontre de la société pour ces mêmes faits. En d'autres mots, si des poursuites pénales sont en cours à l'encontre d'une société (ou si elles se sont terminées avec l'acquittement ou la relaxe de la société, respectivement si la société a été condamnée à une peine autre que la peine de dissolution), la société ne peut plus faire l'objet d'une dissolution en application de l'article 203, en application du principe *ne bis in idem*.

Néanmoins, l'article 203 se voit amputé d'une importante partie de son champ d'application, de sorte qu'il faut se poser la question de la nécessité de maintenir cette disposition. En effet, l'utilité de maintenir en parallèle deux voies pouvant mener à la dissolution de la société à l'initiative du ministère public doit être questionnée, car il y a là un risque élevé de créer des complications inutiles. Ne serait-il pas mieux d'introduire des infractions pénales correspondant aux chefs « d'inculpation » prévus par l'article 203, s'il n'en existe pas déjà quelques unes et ensuite d'abroger l'article 203 dans son ensemble ? Par exemple, il serait envisageable de créer le « délit défaut de siège social de la société » ou alors des infractions précises correspondant chacune à une violation considérée comme grave des lois sur les sociétés commerciales ou du Code de commerce, et qui permettrait, une fois la culpabilité de la société déterminée, de prononcer la dissolution de la société. Ceci amènerait une plus grande sécurité juridique, car les violations considérées comme graves seraient exactement déterminées et la prévisibilité du droit pénal serait conservée. En effet, la formulation actuelle de l'article 203 laisse au juge commercial une très grande marge de manœuvre, vu que la notion de violation grave de la loi concernant les sociétés commerciales est, en elle-même une notion très large<sup>76</sup>.

Il est vrai cependant que cela enlèvera l'application de l'article 203 aux chambres des tribunaux d'arrondissement traitant des affaires commerciales, pour la remettre aux mains des juridictions répressives. Au fond, rien ne change, sauf à ce que la procédure sera une procédure pénale avec les garanties y attachées et non plus une procédure de nature essentiellement civile.

Si on enlevait le statut de sanction civile à l'article 203 pour l'intégrer dans le droit pénal, il faudrait aussi se poser la question d'une éventuelle mise en marche du système de

---

<sup>76</sup> Une telle formulation vague est, en effet, contraire au principe de prévisibilité du droit pénal, et il faut aussi se poser la question si les comportements pouvant mener à la dissolution d'une société sur base de l'article 203, sont suffisamment bien définis.

l'article 203 sur initiative privée, tel que le Conseil d'État l'avait déjà suggéré lors de l'adoption de la loi de 1978 qui a introduit cet article, qui, à l'heure actuelle, fait gravement défaut.

L'article 203 est, en effet, l'objet d'une contradiction : d'une part il s'agit d'une procédure de nature essentiellement civile, quoiqu'elle puisse être mise en œuvre par le Procureur d'État, mais, d'autre part, la partie lésée par une société qui pourrait faire l'objet d'une sanction au titre de l'article 203, ne peut pas agir elle-même. Elle ne peut donc que se résigner à dénoncer le comportement contraire à l'article 203 au Procureur d'État, et elle ne pourra plus agir par la suite, étant exposée aux décisions du procureur. Notamment l'initiative de saisir elle-même les tribunaux en vue de rechercher la dissolution judiciaire de la société contrevenante, lui reste interdite.

Or, en matière civile, sphère dans laquelle l'article 203 rentre indubitablement, l'action est introduite par la personne lésée et le ministère public n'y joue qu'un rôle secondaire. La chambre de commerce enseignait d'ailleurs que cette procédure peut être comparée *mutatis mutandis* à la procédure prévue au règlement grand-ducal du 23 décembre 1974 concernant la concurrence déloyale, pour l'action en cessation, dans laquelle l'initiative du procès appartient à la partie lésée<sup>77</sup>. Pourquoi alors laisser subsister une procédure en matière civile qui contreviendrait à cette logique ?

Ceci est autant plus frappant que, lors de l'adoption de la loi qui a originellement introduit l'article 203 dans notre droit, le Conseil d'État a relevé qu'il conviendrait d'ouvrir le droit de recourir à l'article 203 à toute personne intéressée<sup>78</sup>, et il a proposé un amendement en ce sens. Il n'a cependant pas été suivi et son amendement n'a pas été retenu. C'est pourquoi, dans un avis complémentaire<sup>79</sup>, le Conseil a rappelé sa position selon laquelle il estime qu'un tel élargissement du droit de saisine du tribunal serait plus conforme à la logique juridique, s'agissant d'un procès civil. Le Conseil a d'ailleurs rappelé que le danger d'une action téméraire sera compensé par la possibilité pour le tribunal de commerce de condamner la partie demanderesse à réparer le dommage créé du chef de procédure vexatoire.

---

<sup>77</sup> Projet de loi n°2104<sup>1</sup>, *Avis de la chambre de commerce du 22 décembre 1977*, p. 5

<sup>78</sup> Projet de loi n°2104, *Avis du Conseil d'État du 3 mai 1977*, p.4

<sup>79</sup> Projet de loi n°2104<sup>1</sup>, *Avis complémentaire du conseil d'État du 28 février 1978*, p. 7

La Commission Juridique<sup>80</sup> n'a pas suivi l'argumentation du Conseil d'État, d'une part parce qu'elle craignait les abus et d'autre part parce qu'elle était d'avis que la « *dissolution constitue en l'occurrence une sanction dont il appartient aux autorités de déterminer l'opportunité* ». Ce raisonnement ne peut pas être approuvé.

Ce bref rappel de la procédure législative ayant mené à l'adoption de l'article 203 brosse un tableau fort triste : l'idée d'instaurer une initiative privée, qui aurait complété le mécanisme de l'article 203 de telle manière que la procédure serait devenue une procédure para-pénale, a été discutée, mais elle a été assez rapidement rejetée, aux motifs que les risques de blocages des fonctionnements de sociétés liés aux actions abusives étaient trop élevés<sup>81</sup>.

Ces développements, pris en résumé, nous permettent d'exprimer l'avis que d'un point de vue juridique, l'article 203 devrait être entièrement intégré dans le système pénal et cesser de mener une existence parallèle. Ceci permettrait notamment d'ouvrir la possibilité de l'exercice de l'action actuellement prévue par l'article 203, à la partie lésée, qui pourra se constituer partie civile et citer directement la personne morale ayant gravement contrevenu aux lois sur les sociétés commerciales ou sur le droit d'établissement, devant les juridictions répressives. Les valeureuses propositions du Conseil d'État seraient ainsi mises en œuvre et une plus grande cohérence du droit pénal, au moyen d'une intégration du droit des sociétés dans ce dernier, en serait la suite logique.

Il serait en conséquence peu recommandable de laisser l'article 203 coexister avec le système pénal à introduire, tout en prenant conscience du fait qu'on laisse survivre deux instruments juridiques permettant au procureur d'État d'obtenir la dissolution d'une société. A notre avis, le maintien de deux législations parallèles recherchant le même but n'est pas justifié, allant à l'encontre de toute sécurité juridique.

### **3) L'inévitable survie des sanctions administratives**

Les sanctions administratives, instrument par excellence à disposition des autorités de contrôle en droit financier, étaient à l'origine destinées à n'être prononcées qu'à l'encontre de personnes physiques. Cependant, avec l'évolution de la législation, ces sanctions, dont

---

<sup>80</sup> Projet de loi n°2104<sup>2</sup> *Avis de la Commission juridique du 15 mars 1978*, p. 2

<sup>81</sup> Les travaux parlementaires, dont notamment ceux de la Commission Juridique, ont ainsi fortement remis en cause l'utilité et le principe de la procédure de citation directe.

les amendes d'ordre sont l'émanation la plus proche d'une sanction pénale, peuvent aussi venir frapper les personnes morales.

Un bref rappel historique s'impose : au Luxembourg, une des premières applications de sanctions administratives date de 1945, année où un arrêté grand-ducal est venu prévoir la possibilité pour l'ancêtre de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF), de prononcer des amendes d'ordre à l'égard des administrateurs, gérants et directeurs de banques dans les cas où ils refuseraient de fournir les bilans ou si ceux-ci seraient incomplets ou faux<sup>82</sup>. Différentes lois ont ensuite généralisé ce recours aux sanctions administratives dans le secteur financier, pour enfin l'étendre aux personnes morales. Tel est notamment le cas de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché, qui prévoit dans son article 33 la possibilité pour la CSSF de prononcer des sanctions à l'encontre des personnes se trouvant sous sa surveillance auprès desquelles elle a constaté des violations de leurs obligations professionnelles. Le texte de loi ne précise pas expressément que ces sanctions peuvent aussi être prononcées à l'égard de personnes morales, mais les travaux préparatoires sont formels pour affirmer que cette possibilité existe<sup>83</sup>. Actuellement, la liste des domaines dans lesquels la CSSF peut prononcer des sanctions administratives est assez longue.<sup>84</sup>

Ces sanctions qui, « *malgré leur qualification d'administratives, accusent un caractère nettement punitif sans que pour autant toutes les garanties procédurales du droit pénal soient offertes* »<sup>85</sup>, ont clairement un aspect pénal. Ainsi, dans la loi coordonnée du 27 novembre 1984 les sanctions administratives peuvent même être retrouvées sous la rubrique « *dispositions pénales* »<sup>86</sup>. De même, selon la Chambre de commerce, ces sanctions pouvant être prononcées par la CSSF « *sont clairement assimilées à des sanctions pénales, dans la mesure où elles visent, comme en matière pénale, à punir les*

---

<sup>82</sup> Arrêté grand-ducal du 17 octobre 1945 relatif au contrôle bancaire, publié au Mémorial n°65 du 6 novembre 1945

<sup>83</sup> Projet de loi n°5415, *Commentaire des articles*, p. 46.

<sup>84</sup> Ainsi, à côté des matières des établissements de crédit et de l'abus de marché déjà évoqués, la CSSF peut prononcer des amendes d'ordre dans le domaine des titrisations (loi du 22 mars 2004 sur la titrisation), ou encore en application de la loi du 10 juillet 2005 relative aux prospectus pour valeurs mobilières.

<sup>85</sup> Dean Spielmann, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bulletin du Cercle François Laurent 1999 n° IV, p.40 et aussi pp. 35 s.

<sup>86</sup> Loi coordonnée du 27 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier, Memorial A N°103 du 28 novembre 1984, p. 1667. La loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier a réorganisé les sanctions, de sorte que sous la rubrique « *sanctions* », on retrouve désormais deux catégories de sanctions, les « *amendes d'ordre* » et les « *sanctions pénales* ».

*auteurs de faits contraires au projet de loi [relative aux abus de marché] et à dissuader les professionnels du secteur financier à se livrer à de telles pratiques »<sup>87</sup>.*

Il s'agit, à cet endroit, de relancer le débat sur la question de l'existence, du *ratio legis* des sanctions administratives et sur l'utilité de laisser se développer, parallèlement aux juridictions répressives ordinaires, un ordre répressif administratif. Le risque d'une double sanction est, en effet existant, étant donné qu'il est tout à fait possible qu'un certain comportement puisse être considéré aussi bien comme une infraction pénale que comme un comportement sujet à une sanction administrative. De plus, les personnes morales pourront faire l'objet, en premier lieu d'une sanction infligée par la CSSF, et ensuite, subséquemment, faire l'objet de poursuites pénales. Il y a donc un certain risque que l'ordre répressif administratif l'emporte sur les juridictions pénales : en effet, la procédure à disposition de la CSSF étant moins contraignante que la procédure pénale, celle-ci peut réagir plus vite et prononcer des sanctions dans un délai relativement bref. La conséquence est que les juridictions pénales devront ensuite s'aligner sur la décision de la CSSF. Cela n'est guère souhaitable ; si elles ne le faisaient pas, il y aurait double condamnation pour les mêmes faits<sup>88</sup>.

Le Conseil Constitutionnel français, a, pour sa part, admis la pleine constitutionnalité des sanctions administratives pécuniaires<sup>89</sup> : « *Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ».<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Projet de loi n°5415<sup>7</sup>, *Avis de la chambre du commerce du 14 décembre 2005*, p. 3 et O. Poelmans, S. Conin, *Le délit d'initié, première décision de jurisprudence et projet de réforme législative*, Bulletin Droit et Banque n°36 p. 18 s. et notamment p. 36

<sup>88</sup> En France cependant, les sanctions administratives ont survécu à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales et différentes autorités gardent ce pouvoir de sanctions administratives (comme notamment l'Autorité des Marchés Financiers française, issue de la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière) et elles n'hésitent pas à en faire usage.

<sup>89</sup> Voir notamment, pour une critique de cette décision : M. Dobkine, *L'ordre répressif administratif*, D. 1993, Chron. p. 157

<sup>90</sup> Décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Considérant 6, disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Le Conseil Constitutionnel a vu le risque d'un cumul de sanctions, et a entendu limiter ce dernier en posant la restriction suivante : « *si l'éventualité d'une double poursuite peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ; qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence* »<sup>91</sup>.

Au vu des considérations reprises ci-dessous, nous sommes d'avis que la solution préconisée par le Conseil Constitutionnel français est peu recommandable, étant donné que le système pénal serait mis en arrière-plan, car il devrait adapter la sanction à prononcer en fonction de celle prononcée par l'ordre répressif administratif, sauf à entamer une course contre ce dernier, ce qui n'est guère souhaitable et ne saurait en aucun cas servir la qualité des décisions juridictionnelles.

L'avant-projet commenté n'aborde en aucun de ses points la possibilité d'une remise en cause de l'existence même des sanctions administratives et on peut et doit le regretter. Or, la place qu'elles doivent et peuvent occuper au sein d'un droit pénal qui prévoit une responsabilité généralisée des personnes morales devrait être fortement remise en question. Ces sanctions sont, en effet, en première instance pour ainsi dire, prononcées par une autorité administrative, la CSSF, avec de faibles garanties d'une procédure contradictoire. Néanmoins, un recours à l'encontre de la décision de condamnation est en général prévu devant le tribunal administratif<sup>92</sup>.

L'occasion de l'avant-projet pourrait être saisie afin d'intégrer les sanctions administratives dans le système pénal, de sorte à procurer, une fois de plus, une certaine cohérence au système.

Il existe néanmoins des obstacles à une abolition complète des sanctions administratives du droit financier qui sont issus du droit européen. A titre d'exemple, nous citerons la directive relative aux abus de marché<sup>93</sup>, qui impose aux États de veiller à ce que : « *des*

---

<sup>91</sup> *Ibid. considérant 22*

<sup>92</sup> A titre d'exemple, dans le cas de loi relative aux abus de marchés, ce recours est prévu à l'article 34 de ladite loi

<sup>93</sup> Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initié et les manipulations de marché (abus de marché), JO L 96/16 du 14 avril 2003, p. 96/16, article 14

*mesures administratives appropriées puissent être prises ou des sanctions administratives appliquées à l'encontre des personnes responsables d'une violation des dispositions arrêtées en application de la présente directive. »*

Il n'y a donc, actuellement, pas de possibilité pour notre droit de réformer intégralement le système des sanctions administratives et de l'introduire dans notre droit pénal, étant donné que s'il le faisait, le Grand-duché de Luxembourg serait en violation des obligations imposées par le droit communautaire et s'exposerait à des sanctions. Encore une fois, le droit pénal est remis en cause, voire même écarté, dans une matière qui est d'une connotation fortement pénale.

#### **4) La gravité de l'infraction**

En droit pénal luxembourgeois, tout comme en droit français, la gravité de l'infraction se mesure à la peine principale prononcée : si la peine principale est une peine criminelle, l'infraction sera considérée comme constituant un crime. Il en va de même pour les délits et les contraventions. Ceci ne pose aucun problème pour les personnes physiques, où les peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles sont clairement distinguées. La situation est néanmoins différente pour les personnes morales, pour lesquelles la peine principale prévue pour les trois catégories d'infractions – crimes, délits et contraventions – est l'amende. Dès lors, si une personne morale est poursuivie seule, on ne saura déterminer la gravité de l'infraction commise.

La seule manière de sortir de cette impasse sera dès lors pour le tribunal de se référer, dans le jugement de condamnation, aux peines encourues par les personnes physiques pour la même condamnation<sup>94</sup>.

#### **B) Une mise en œuvre efficace de la répression**

A côté de la nécessité d'adapter les lois de fond, la procédure pénale est aussi sujette à des ajustements dans deux domaines importants. D'une part, il y a lieu de donner au juge d'instruction la possibilité de prendre des mesures provisoires à l'encontre de l'être moral, dans le but de lui permettre de mener l'instruction de manière efficace, sans que la

---

<sup>94</sup> Voir, pour la solution française, F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* pp. 76-77

personne morale inculpée ne puisse l'entraver (1) ; d'autre part, la question de la représentation de la personne morale en cours d'instance doit être résolue (2).

## **1) Les mesures provisoires**

Nous procéderons d'abord à la description des mesures envisagées (a) pour ensuite en faire une appréciation critique (b) :

### **a) De nouvelles mesures provisoires**

La spécificité des personnes morales, et notamment l'impossibilité de prendre à leur égard la mesure qu'est la détention préventive, rend nécessaire l'adaptation du catalogue des mesures provisoires pouvant être prises par le juge d'instruction. La nécessité de ces mesures se justifie par le risque, exposé plus haut, qu'une personne morale puisse procéder à sa dissolution en cours d'instance, respectivement se fasse absorber par une autre société, en vue d'échapper à sa responsabilité pénale.

L'avant-projet se propose d'introduire au Code d'instruction criminelle une nouvelle section à intégrer à la suite des dispositions relatives à la détention préventive et qui prévoit des mesures provisoires pouvant être prises par le juge d'instruction si deux conditions de fond sont réunies<sup>95</sup>. Il faut notamment :

- qu'il existe des indices graves de culpabilité chez une personne morale,
- que des circonstances particulières requièrent que des mesures provisoires soient ordonnées.

Si ces conditions sont remplies, les mesures provisoires suivantes peuvent être ordonnées :

- l'interdiction ou la suspension de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale,
- l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale,
- le dépôt d'un cautionnement dont il [le juge d'instruction] fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne en vertu du présent paragraphe,

---

<sup>95</sup> Avant-projet de loi, Article 112-1 à intégrer au Code d'instruction criminelle

- l'interdiction d'exercer certaines activités économiques faisant l'objet de l'information.

En ce qui concerne les conditions de forme, l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction ordonne ces mesures doit être spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce et elle doit se référer aux conditions indiquées ci-dessus.

L'avant-projet précise en outre que ces mesures pourront faire l'objet d'un recours en nullité<sup>96</sup>.

## **b) Des défaillances certaines**

Les mesures provisoires devraient inclure plus explicitement la possibilité pour le juge d'instruction d'empêcher la fusion ou la scission d'une société pour échapper à sa responsabilité pénale<sup>97</sup>. En effet, les possibilités d'interdire des dissolutions ou des transactions patrimoniales pouvant entraîner l'insolvabilité de la personne morale, ne devraient pas, à nos yeux, suffire pour permettre au juge d'instruction d'empêcher une fusion ou une scission. Il serait donc préférable d'inclure expressément la possibilité pour le juge d'instruction d'interdire à une société de procéder à une fusion ou à une scission.

On peut aussi regretter le choix des voies de recours opéré par les auteurs de l'avant-projet : la seule voie de recours retenue est celle consistant à requérir la nullité de la décision qui ordonne la mesure provisoire. Ainsi, selon le système proposé, la personne morale serait sujette à un régime beaucoup plus sévère que celui applicable aux personnes physiques. Celles-ci bénéficient en effet d'un interrogatoire préliminaire avant que des mesures provisoires soient prises à leur encontre. Ensuite, elles disposent, à côté d'un recours en nullité<sup>98</sup>, d'un recours devant une juridiction collégiale leur permettant d'obtenir la mise en liberté provisoire, recours pouvant être formée en tout état de cause<sup>99</sup>.

Par contre, le régime proposé pour les personnes morales est beaucoup plus sévère, le seul recours prévu étant destiné à rechercher la nullité de la mesure. Ce régime nous semble trop sévère et l'absence de recours parallèle à celui ouvert aux personnes physiques est, à

---

<sup>96</sup> Prévu aux articles 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle

<sup>97</sup> Cf. *supra* p. 10

<sup>98</sup> Prévu par l'article 126 du Code d'instruction criminelle

<sup>99</sup> Articles 113 et suivants du Code d'instruction criminelle

notre avis, injustifiée. Dès lors, il serait recommandable de refaire cette partie du projet de loi en créant un recours spécifique à l'encontre des mesures provisoires prises par le juge d'instruction, et dont le régime sera calqué sur celui de la demande de mise en liberté provisoire et qui s'exercera devant les mêmes juridictions que celles prévues à l'article 116 du Code d'instruction criminelle. Finalement, il nous semble impératif que ce type de recours puisse être formé en tout état de cause.

Ensuite, dans le régime proposé par l'avant-projet, les mesures provisoires peuvent être ordonnées par le juge d'instruction dès qu'une instruction est ouverte, sans qu'il soit nécessaire que la personne morale ne soit entendue. Ici encore, il y a une forte différence avec le régime applicable aux personnes physiques, pour lesquelles un mandat de dépôt ne peut être décerné qu'après que la personne ait été entendue une première fois par le juge d'instruction<sup>100</sup>. A notre avis, il conviendrait de refaire aussi cette partie de l'avant-projet en prévoyant une audition préalable du représentant légal de la personne morale par le juge d'instruction avant que ce dernier n'ordonne des mesures provisoires.

Enfin, les conditions pour qu'un mandat de dépôt puisse être décerné à l'encontre d'une personne physique sont différentes des conditions prévues pour que mesures provisoires puissent être prises à l'encontre d'une personne morale : en effet, un mandat de dépôt ne pourra être décerné que si les faits sur lesquels porte l'instruction sont d'une gravité certaine : il doit en effet s'agir de faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur à deux ans d'emprisonnement<sup>101</sup>. Par contre, pour les personnes morales, ces mesures peuvent être prononcées pour tous les crimes et délits<sup>102</sup>. Il est aussi à noter que pour les personnes morales, une condition est rajoutée pour que les mesures provisoires puissent être ordonnées : des circonstances particulières doivent le requérir, condition qui n'existe pas pour les personnes physiques.

En résumé, nous proposons l'instauration d'un régime calqué sur le régime des personnes physiques : les mesures provisoires seraient décidées par le juge d'instruction, après audition du représentant de la personne morale, ou du moins après que la personne morale

---

<sup>100</sup> Article 94 du Code d'instruction criminelle

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Tout en sachant que pour les délits, de telles mesures provisoires ne peuvent être ordonnées que si une instruction est ouverte, qui n'est, en matière de délit, que facultative. Ces mesures ne pourront pas être ordonnées en matière de contravention, étant donné que dans cette dernière hypothèse, aucune instruction ne sera ouverte.

ait été dûment convoquée à cette audition au moyen d'un équivalent de mandat d'amener qui serait à créer. De même, nous sommes d'avis qu'il y aurait lieu d'adapter les conditions de fond pour la prise de mesures provisoires à celles qui sont en vigueur pour les personnes physiques, de sorte à créer un régime harmonieux au lieu de deux régimes parallèles qui se ressemblent mais divergent dans les détails. Ces mesures pourraient ensuite faire l'objet d'un recours devant la chambre du conseil, susceptible d'appel, et qui pourrait également être intenté en tout état de cause. La procédure à suivre serait la même que celle prévue à l'article 116 du Code d'instruction criminelle<sup>103</sup>.

## **2) La représentation de la personne morale au cours de l'instance**

L'avant-projet entend régler la question de la représentation de la personne morale au cours de l'instance répressive, en insérant des règles spécifiques à cette matière au Code d'instruction criminelle, et notamment un nouvel article 394.

### **a) Le régime proposé**

L'article projeté prévoit que la procédure répressive sera menée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de ses représentants légaux ou statutaires à l'époque de l'introduction de l'action publique. Le projet prévoit ensuite que la personne morale peut désigner une personne bénéficiant d'une délégation de pouvoirs pour la représenter, la possibilité d'une telle délégation devant être prévue par la loi ou les statuts.

L'avant-projet prévoit encore des dispositions visant à éviter les conflits d'intérêts entre les représentants de la personne morale et cette dernière en cas de poursuites pour les mêmes faits ou des faits connexes contre la personne morale et ses représentants.

Finalement, l'avant-projet prévoit une procédure de désignation d'un représentant en cas d'absence de représentant. Le président du tribunal d'arrondissement pourra ainsi nommer, sur requête du ministère public, un mandataire de justice qui aura la charge de représenter la personne morale pour les besoins de l'instance répressive. L'avant-projet s'empresse de préciser que cette décision ne serait susceptible d'aucun recours, tout en précisant que le mandataire peut être révoqué ou remplacé à la requête du ministère public. Il est prévisible

---

<sup>103</sup> Qui prévoit la procédure de mise en liberté provisoire

que dès lors qu'un mandataire de justice a été désigné pour représenter la personne morale, son représentant légal n'aura plus qualité pour la représenter dans la procédure<sup>104</sup>.

## **b) Un régime à améliorer**

Le texte prévu suscite plusieurs réflexions :

### ***i) La saisine du président du tribunal d'arrondissement***

Le mode de saisine du président du tribunal est déconcertant : en effet, la saisine appartient au seul ministère public. Or, la nécessité pour une personne morale d'avoir un représentant lors d'une instance répressive relève surtout d'un intérêt privé, propre à la personne morale et il faut donc se demander pourquoi la saisine devrait être cantonnée au seul procureur ? On déplore l'impossibilité pour les actionnaires, voire même de toute personne susceptible de faire preuve d'un intérêt, dont notamment la partie civile, de saisir le tribunal d'arrondissement en vue d'obtenir la désignation d'un représentant. De même, on ne comprend que difficilement pourquoi le droit de saisir le président du tribunal d'arrondissement n'est pas prévu pour le juge d'instruction tel que c'est le cas en France<sup>105</sup>. A notre avis, il conviendrait d'élargir la saisine à toutes les personnes énumérées ci-avant.

### ***ii) La nature de la décision et l'incompréhensible absence de voies de recours***

L'avant-projet<sup>106</sup> affirme que la désignation d'un représentant serait une mesure d'administration judiciaire et motive par cette considération l'absence de voies de recours à l'encontre de la décision présidentielle.

Or, la procédure sera probablement à introduire par requête, sans que la société ne soit appelée et entendue et la décision présidentielle de nomination d'un représentant pour la société sera, à notre avis, nécessairement de nature civile. En conséquence, l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile devrait logiquement permettre qu'une voie de recours puisse être exercée à l'encontre de cette décision, celle-ci ayant été prise à l'insu de la société.

---

<sup>104</sup> Voir à ce sujet : Cass. Crim. fr. 5 janvier 2000, Bull. crim. n°4

<sup>105</sup> Article 706-43 alinéa 5 du Code de procédure pénale français, qui accorde le droit de saisine au juge d'instruction, à la partie civile et au procureur.

<sup>106</sup> Avant-projet, *Exposé des motifs*, p. 23

Il est encore critiquable de considérer la décision du président du tribunal d'arrondissement comme mesure d'administration judiciaire, qui est « *une mesure à caractère non juridictionnel (non susceptible de recours) destinée à assurer le fonctionnement de la juridiction soit d'une façon globale (répartition des juges entre les diverses chambres d'un tribunal ; répartition des affaires , délégation des fonctions etc.), soit à l'occasion d'un litige (radiation d'une affaire, ordonnance de clôture)* »<sup>107</sup>. On voit mal comment une décision nommant un représentant pour une personne morale pourrait tomber dans une de ces deux catégories. A notre avis, il s'agit bien d'une décision juridictionnelle, semblable à la nomination d'un administrateur *ad hoc* ; l'absence de voie de recours n'est donc pas compréhensible.

En conséquence, il convient de corriger l'avant-projet en ce sens en biffant les mentions selon lesquelles la décision serait une mesure d'administration judiciaire et qu'elle ne serait pas susceptible de voies de recours. La question à éclaircir cependant, serait de savoir qui représenterait la société pour l'exercice du recours, celle-ci n'ayant, par définition, pas de représentant légal.

L'absence de voies de recours peut d'ailleurs mener à la remise en cause des droits de la défense :

### ***iii) Le risque du bafouage des droits de la défense***

La procédure telle que prévue ne donne pas suffisamment de garanties, par rapport au risque réel, que la procédure soit menée à l'encontre de la personne morale, sans que celle-ci n'en soit informée.

En effet, la procédure de désignation d'un mandataire de justice ne prévoit pas de notification à la société. Ainsi, selon le régime prévu, le procureur d'État pourrait, une fois le réquisitoire introductif pris, saisir le président du tribunal d'arrondissement en vue de la nomination d'un représentant. La procédure serait ensuite entamée à l'encontre de la personne morale, prise en la personne de son représentant, à savoir le mandataire de justice désigné, sans que la personne morale ne soit informée de ce qu'une procédure a été ouverte et sans qu'une inculpation officielle ait été entreprise. Des mesures provisoires pourront même être ordonnées à son encontre.

---

<sup>107</sup> Gérard Cornu, *op.cit.*, V° Mesure

Un exemple tiré de la jurisprudence française illustre d'ailleurs parfaitement ce risque<sup>108</sup> :

En l'espèce, un juge d'instruction avait été saisi d'un réquisitoire à l'encontre d'une société et de son actuel président, représentant de la société. Le juge d'instruction avait demandé au président du tribunal de grande instance la désignation d'un mandataire de justice en vue de la représentation de la société, sans que la société ni son président<sup>109</sup> ne soient prévenus et, une fois le mandataire désigné, celui-ci a été informé de ce que la société a été mise en examen, sans, encore une fois, que la société ou son président en aient été informés. Le mandataire a ensuite été entendu et des mesures provisoires ont été prises à l'encontre de la société, dont le président de la société n'a été informé que par la presse.

Le président de la société, ne pouvant agir, a délégué son pouvoir de représentant au directeur général de la société, qui a introduit un recours contre les mesures provisoires. Il a été débouté de son recours pour défaut de qualité et au motif que la loi aurait été exactement appliquée.

Cette décision, fortement critiquée par la doctrine<sup>110</sup> illustre bien qu'il est tout à fait possible qu'une procédure soit menée à l'encontre d'une personne morale et à l'insu de celle-ci.

La législation, telle que prévue, semble aussi être en contravention avec l'article 6-3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, selon lequel « *tout accusé a droit à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». En effet, même si un mandataire de justice était informé de ce qu'une procédure est dirigée à l'encontre de la société qu'il est censé représenter, cela ne garantirait nullement que la société elle-même en soit informée.

Dès lors, il conviendrait de revoir l'avant-projet en adaptant la procédure de désignation d'un représentant, soit par l'introduction d'une procédure contradictoire menant à la désignation du mandataire, soit par la mise en place d'un procédé de notification à la

---

<sup>108</sup> C. Cass. Fr. Crim. 9 décembre 1997, D. 1998, Jurisprudence p. 296, note B. Bouloc.

<sup>109</sup> Qui était, en l'espèce, le représentant de la société

<sup>110</sup> *Ibid.* note 108, p. 298. Le commentateur de cette décision, le professeur Bouloc, invite d'ailleurs le législateur français à refaire la loi sur ce point.

société de la décision désignant un mandataire de justice et en prévoyant des voies de recours à l'encontre de cette décision.

## **Conclusion**

L'avant-projet, malgré les quelques critiques qui ont été exprimées dans les développements ci-dessus, constitue un gigantesque pas vers l'avant et il faut louer ses rédacteurs pour le travail effectué. Le projet présente un système cohérent en lui-même et complet, adapté à notre droit. Mais le projet suscite aussi de nombreuses réflexions, notamment sur la nécessité de maintenir l'article 203 de la loi concernant les sociétés commerciales ainsi que les sanctions administratives. Le législateur devra, avant d'adopter un tel projet, pousser ces réflexions, en vue de donner au droit luxembourgeois une certaine cohésion qui, à l'heure actuelle, peut être considérée comme faisant défaut. Il faut encore féliciter les auteurs de ne pas avoir succombé à une tendance actuelle qui est celle de la multiplication des définitions autonomes et de la complexité des dispositions légales, mais, au contraire, d'avoir choisi de légiférer de manière simple et concise, en posant des principes, plutôt que de poser des règles de détail complexes.

Finalement, l'heure serait peut-être adaptée pour se demander s'il ne faudrait pas saisir l'occasion de la présente réforme pour procéder à une refonte plus complète de notre droit pénal tout entier, à l'instar de la réforme française de 1994. Il serait envisageable d'introduire, à côté de la responsabilité pénale des personnes morale et tel que cela a été fait en France, un titre préliminaire dans le Code pénal qui rappellerait les principes généraux du droit pénal, mais aussi de revoir le mécanisme des circonstances atténuantes, qui est source de nombreuses complexités qui sont peut-être, parfois, inutiles.

Ainsi, la responsabilité pénale des personnes morales reste, à l'heure actuelle, une vision, qui pourrait, cependant, se réaliser dans un avenir très proche.

# Bibliographie

## I) Doctrine

### A) Traités et manuels

- O. Beaud, M. Henzelin, P. Leboulanger, R. Maison, H. Muir Watt, F. Poirat, J. Verhoeven, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles 2004
- J-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition 1999, n°96
- G. Cornu, *Droit Civil, Introduction, Les Personnes, Les Biens*, 9<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris 1999,
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 6<sup>ème</sup> éd, Paris 2004
- F. Desportes, F. Le Gunehec, *Le Nouveau Droit Pénal*, Economica 2000, pp. 499 s.
- P. Majerus et M. Majerus, *L'État luxembourgeois*, 6<sup>ème</sup> édition 1990, p.353
- *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, sous la direction de M. Nihoul, La Charte 2005
- P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Office des Imprimés de l'État, 1<sup>ère</sup> édition 1960, réimpression en 1978
- J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2002
- G. Ravarani, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise, 2<sup>ème</sup> édition 2006, n°54, p. 51
- Harald Renout, *Droit Pénal Général*, Editions Paradigme, Juillet 2005

### B) Articles et contributions

- B. Bouloc, *La représentation de la personne morale poursuivie : une loi à refaire*, D.1998, Jurisprudence p. 296
- M. Dobkine, *L'ordre répressif administratif*, D. 1993, Chron. p. 157
- C. Ducouloux-Favard, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D. 1998, Chron. p. 395
- L. Frieden, *Le droit constitutionnel et les partis politiques au parlement*, Annales du droit Luxembourgeois, vol. 1/1991, Bruylant, Bruxelles 1992, pp. 123-153
- H. Matsopoulou, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, RDS 2004 p. 283 et not. p. 285
- A. Outin-Adam, *La responsabilité pénale de la personne morale et le cumul avec la responsabilité individuelle*, Gaz. Pal. 1999 (1<sup>er</sup> sem.), p. 364
- D. Philippe et C. Notté, *Responsabilité pénale des personnes morales et délégation de pouvoirs*, Annales du droit luxembourgeois 2004, Bruylant, pp. 163 s.
- O. Poelmans, S. Conin, *Le délit d'initié, première décision de jurisprudence et projet de réforme législative*, Bulletin Droit et Banque n° 36 p. 18
- J. Pradel, *Le nouveau Code pénal (partie générale)*, D. 1993, Commentaires législatifs, p. 163, n°77

- H. Renout, *Droit Pénal Général*, Editions Paradigme, Juillet 2005
- J-C. Saint-Pau, *La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ?*, D.2000, Jurisprudence, p. 636
- O. Sautel, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie !*, D. 2002, Chron. p.1147
- O. Schnerb, *Cinq années de jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes morales en France*, Bulletin Droit et Banque n°30, ALJB 2000, p. 31
- D. Spielmann, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois*, Annales du Droit Luxembourgeois, vol. 4/1994, Bruylant, Bruxelles 1995, p. 127.
- D. Spielmann, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bulletin François Laurent n° IV 1999, p. 1
- D. Spielmann, *La responsabilité des personnes morale en droit pénal luxembourgeois et étranger : vers une responsabilité pénale des personnes morales ?*, Bulletin Droit et Banque n°30, ALJB 2000, p. 41
- N. Stolowy, *La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales*, JCP G, I, 138
- V. Tandeau de Marsac, *Le principe de responsabilité pénale des personnes morales a-t-il amélioré la situation des dirigeants face au risque de mise en cause de leur responsabilité pénale ?*, Gaz. Pal. 8-10 octobre 2000, p. 1652
- *Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, D. 2006p. 714

## **II) Jurisprudence**

- Trib. Arr. Luxembourg, 14 novembre 1984, n°29.500 du rôle
- Cass. Fr. Crim. 3 mars 1859, B., n°69
- Cass. Crim. fr., 8 mars 1883, DP 1884, 1, p. 428
- C. Cass. Fr. Crim. 9 décembre 1997, D. 1998, Jurisprudence p. 296, note B. Bouloc
- Décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Considérant 6, disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)
- Cass. Crim. fr. 5 janvier 2000, Bull. crim. n°4
- Cass. Fr. Crim. 20 juin 2000, D. 2001, *Jurisprudence* p.853 et p. 1608
- Cass. fr. Crim 5 février 2003, D. 2003, p. 2857
- Cass. Fr. Crim. 14 octobre 2003, JCP G 2003, IV 2926, p. 2116

## **III) Sites internet**

- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- [www.cass.be](http://www.cass.be)
- [www.chd.lu](http://www.chd.lu)
- [www.abbl.lu](http://www.abbl.lu)
- [www.cssf.lu](http://www.cssf.lu)
- [lde.uni.lu](http://lde.uni.lu)

## Table des matières

I) Une responsabilité pénale généralisée .....	7
A) Un champ d'application très large.....	7
1) Les personnes morales visées.....	7
a) l'exclusion de certaines personnes .....	8
i) Les personnes exclues .....	8
ii) Une justification des exclusions très sommaire voire lacunaire .....	8
b) Les transformations, fusions et scissions de sociétés : .....	9
i) Les transformations .....	9
ii) Les fusions et scissions .....	10
c) les personnes morales de droit étranger.....	12
i) Les personnes morales de droit privé.....	12
ii) L'épineuse question des États étrangers .....	13
2) Les infractions visées .....	14
B) La personne morale délinquante.....	16
1) L'imputabilité de l'infraction .....	17
a) L'infraction commise par un organe ou un représentant.....	17
b) L'infraction commise pour le compte de la personne morale.....	19
c) Les modalités de commission de l'infraction.....	21
2) La culpabilité de la personne morale et la personne physique.....	21
3) Responsabilité pénale et responsabilité civile.....	22
II) D'importantes innovations requises .....	22
A) La sanction de la personne morale .....	22
1) L'indispensable refonte des peines encourues .....	23
a) Le nouveau catalogue des peines .....	23
b) De fortes divergences inexplicables par rapport à la source d'inspiration.....	24
2) L'article 203 peut et doit-il encore subsister ? .....	26
3) L'inévitable survie des sanctions administratives.....	29
4) La gravité de l'infraction.....	33
B) Une mise en œuvre efficace de la répression .....	33
1) Les mesures provisoires .....	34
a) De nouvelles mesures provisoires .....	34
b) Des défaillances certaines .....	35
2) La représentation de la personne morale au cours de l'instance.....	37
a) Le régime proposé .....	37
b) Un régime à améliorer.....	38
i) La saisine du président du tribunal d'arrondissement.....	38
ii) La nature de la décision et l'incompréhensible absence de voies de recours .....	38
iii) Le risque du bafouage des droits de la défense.....	39
Conclusion.....	41
Bibliographie .....	42
I) Doctrine .....	42
A) Traités et manuels.....	42
B) Articles et contributions .....	42
II) Jurisprudence.....	43
III) Sites internet.....	43
Table des matières .....	44