

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 19 Juin 2008, 1813

Droit pénal de l'entreprise

Chronique rédigée par Élisabeth Fortis
professeur à l'université Paris X-Nanterre
directrice du Centre de droit pénal et de criminologie

et Yvonne Muller
maître de conférences à l'université de Cergy-Pontoise
directrice du Centre de droit pénal économique

Crimes et délits

Sommaire

Cette chronique couvre l'année 2007 et le début de 2008.

Oltre une actualité législative toujours fournie (récemment en matière de discriminations), la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation portant sur le droit pénal du travail doit être soulignée en matière de délégation de pouvoirs (§ 3) et de responsabilité pénale de la personne morale (§ 6). Les infractions traditionnelles du droit pénal des affaires : abus de confiance (§ 10), abus de biens sociaux et banqueroute (§ 12) ne sont pas absentes.

1. Droit pénal du travail

A. - Actualité législative

1. - Outre l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail le 1er mai 2008, la **loi n° 2008-496 du 27 mai 2008** portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations a été publiée au Journal officiel le 28 mai 2008. Outre les définitions des discriminations directe et indirecte qu'elle consacre et l'élargissement de l'interdiction du domaine des discriminations en matière de protection sociale et d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, la loi précitée a deux incidences pénales. La première, déjà connue, est relative à la preuve de la discrimination. L'article 4 de la loi précise le régime de preuve facilitée selon lequel *« toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en*

cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Elle énonce ensuite que ce régime ne s'applique pas devant les juridictions pénales. Cette précision avait déjà été faite par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002 (*Journal Officiel 18 Janvier 2002*) puisque la présomption d'innocence en matière pénale s'oppose à un partage du fardeau de la preuve. Par ailleurs, la loi du 27 mai 2008 modifie l'article 225-3 du Code pénal en son 3° relatif aux justifications des discriminations. Elle le remplace par trois paragraphes (3°, 4° et 5°). Les dispositions sanctionnatrices de l'article 225-2 du Code pénal ne sont pas applicables :

3° : *« aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;*

4° : *aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ;*

5° : *aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique. ».*

B. - Hygiène et sécurité

2. - Il s'agit ici d'analyser la conjonction de l'entrée en vigueur d'un nouveau Code du travail et des derniers développements jurisprudentiels en matière de responsabilité pénale des délégataires et des personnes morales en matière d'accidents du travail.

1° Délégation de pouvoirs

3. - L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 avril 2008 (*Cass. crim., 8 avr. 2008, n° 07-80.535 : JurisData n° 2008-043880*) est intéressant à un double titre.

En premier lieu, il affirme la continuité dans l'interprétation de l'ancien article L. 263-2 du Code du travail remplacé par l'article L. 4741-1 du même code par la codification nouvellement entrée en vigueur, en ce qui concerne la délégation de pouvoirs. En effet, l'article L. 263-2 constituait implicitement le fondement de la délégation de pouvoirs puisque la jurisprudence avait déduit de sa rédaction l'imputation alternative de la responsabilité pénale en matière d'hygiène et sécurité au chef d'entreprise ou à son délégataire. Or, l'article L. 4741-1 nouveau dispose : *« Est puni d'une amende de 3 750 euros, le fait pour l'employeur ou le préposé de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions suivantes et celles des décrets en Conseil d'État pris pour leur application (...) »*. Il fallait donc savoir si la responsabilité alternative entre l'employeur ou le préposé visait toujours le délégataire de pouvoirs sous le vocable « préposé ». C'est à cette interrogation qu'a répondu la Cour de cassation dans l'arrêt précité en cassant l'arrêt d'appel aux motifs qu'en déclarant inopérante l'argumentation du prévenu prise du défaut de délégation de pouvoirs et en retenant à sa charge une infraction aux règles de sécurité qui, selon les dispositions de l'article L. 263-2 du Code du travail devenu l'article L. 4741-1 du même code, *ne pouvait être imputée qu'au chef d'entreprise ou à son délégataire*, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires. La responsabilité en matière d'hygiène et sécurité sur le fondement de l'article L. 4741-1 du Code du travail est donc bien une responsabilité alternative employeur/délégataire.

En second lieu, l'autre apport de l'arrêt est la distinction faite entre le délégataire et le coordonnateur pour l'engagement de responsabilité en matière d'hygiène et sécurité (V. déjà, mais implicitement, *Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84.846*). La personne poursuivie pour blessures involontaires et violation des règles de sécurité était un coordonnateur salarié d'une société qui assurait la maîtrise d'ouvrage déléguée d'une opération de construction

de logements. Il faisait valoir qu'il n'avait ni qualité, ni compétence ni moyens, donc ni délégation de pouvoirs, pour faire assurer le respect des règles de sécurité sur le chantier. Pour le condamner les juges du fond avaient retenu qu'il avait pris part aux réunions de chantier et qu'il était chargé de constater la levée des réserves des parties privatives et communes de l'immeuble en construction. Comme l'accident était causé par l'utilisation d'un ascenseur non conforme lors de travaux préalables à la réception des appartements, il fut poursuivi comme coordonnateur. Or, la violation de ces règles de sécurité ne pouvait être imputée qu'au chef d'entreprise ou à son délégataire, ce que n'était pas le coordonnateur qui n'est pas chargé en tant que tel du respect de ces obligations de sécurité. Sa responsabilité est autonome, fondée sur le non-respect des seules obligations qui lui incombent c'est-à-dire « harmoniser sur le chantier l'action de toutes les entreprises dans le domaine de la sécurité » (A. Coeuret et É. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec 2004, n° 300). Sa responsabilité peut donc être recherchée sur la base des incriminations de droit commun en cas d'accident du travail ou de mise en danger.

4. - C'est dire alors que la délégation de pouvoirs suppose une autorité, des moyens et une compétence caractérisés dans un domaine d'intervention bien circonscrit. C'est ce que rappelle opportunément l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 mars 2008 (*Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07-84.730*). En l'espèce, le chef d'entreprise poursuivi pour violation de règles de sécurité soutenait qu'il avait délivré une délégation de pouvoirs verbale à un préposé embauché seulement quelques jours avant l'accident. Les juges du fond avaient relevé que l'attestation du maître de l'ouvrage concernant la qualité de chef de chantier du préposé et les déclarations des salariés présents sur le chantier présentant celui-ci comme le responsable du chantier, ne constituaient pas des éléments de preuve d'une délégation de pouvoirs. De plus, le fait de pouvoir acheter du matériel pour le compte de l'entreprise auprès d'un magasin Point P ne caractérisait pas davantage l'existence d'une délégation de pouvoirs. Pour les juges du fond, confortés par la Cour de cassation, ces éléments étaient insuffisants pour caractériser l'autorité, les moyens et la compétence du prétendu délégataire. En effet, en l'absence de délégation écrite, des attestations et déclarations telles que celles qui étaient décrites ne démontraient pas l'investiture du préposé par le chef d'entreprise comme délégataire de ses pouvoirs en matière de sécurité.

5. - Quand la délégation de pouvoirs est opératoire, les conditions d'engagement de la responsabilité pénale du délégataire sont celles du chef d'entreprise. Il importe donc de faire une distinction entre la responsabilité pénale engagée sur le fondement des seules infractions aux règles de sécurité et celle engagée sur le fondement de l'infraction d'homicide et de blessures involontaires puisque la commission des premières n'entraîne pas inéluctablement la responsabilité sur le fondement de la seconde. L'arrêt rendu par la cour d'appel d'Agen le 26 novembre 2007 (*CA Agen, 26 nov. 2007 : JurisData n° 2007-357594*) illustre bien cette différence de régimes. Le responsable d'un site de production de conserves alimentaires, titulaire d'une délégation de pouvoirs, était poursuivi du chef de violation des articles R. 233-19 et R. 233-27 (anciens) du Code du travail et blessures involontaires dont avait été victime une salariée en nettoyant une machine mélangeuse et sécheuse de sel. La machine avait été remise en marche par erreur par un autre salarié qui avait confondu les commandes du pupitre de la machine. Les juges du fond soulignent, pour condamner le délégataire, que les organes de service de la machine n'étaient pas clairement identifiables et avaient entretenu une confusion dans les commandes (violation de l'art. R. 233-19) et que le dispositif d'arrêt de la machine n'avait pas priorité sur le dispositif de commande (violation de l'art. R. 233-27). En revanche, le délégataire est relaxé du chef des blessures involontaires. On sait en effet que depuis la loi du 10 juillet 2000 portant réforme des délits non intentionnels, le régime de la responsabilité des décideurs exige la commission d'une faute qualifiée d'une certaine gravité pour que cette responsabilité soit engagée (*C. pén., art. 121-3*). Il doit s'agir soit d'une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que le décideur ne pouvait ignorer, soit de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. En l'espèce, les juges constatent que la violation des règlements particuliers de sécurité n'avait pas été délibérée. De plus, ils vérifient également l'absence de faute caractérisée en relevant qu'au moment de l'accident une procédure d'évaluation des risques était en cours dans l'entreprise. Le groupe de travail en charge de cette évaluation n'avait pas attiré l'attention du prévenu sur les risques encourus pour le nettoyage des machines. Celui-ci n'avait donc pas la connaissance effective et précise des risques créés par la machine. On soulignera l'appréciation clairement *in*

concreto de la faute caractérisée qui permet de désolidariser la responsabilité fondée sur les infractions du droit commun de celle, objective, fondée sur l'inobservation des règles spéciales de sécurité.

2° Responsabilité de la personne morale

6. - L'articulation des textes du Code du travail relatifs à l'hygiène et à la sécurité et ceux du Code pénal prévoyant les infractions d'homicide et de blessures involontaires soulève de nombreuses questions parmi lesquelles celle de la poursuite sur le fondement des seuls textes du Code pénal alors que les poursuites sur le fondement des textes du Code du travail sont abandonnées ou impossibles. Dans l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 15 janvier 2008 (*Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800 : Dr. pén. 2008, n° 71, obs. M. Véron*), un salarié électromécanicien était mortellement blessé au moment où il manoeuvrait, avec l'aide d'un intérimaire, une nacelle autoportée de location mise le matin même à la disposition de la société sans aucune démonstration de fonctionnement. À l'issue de l'information judiciaire, la société est renvoyée devant la juridiction de jugement pour homicide involontaire pour avoir omis de respecter la notice d'utilisation de la nacelle qui prescrivait la présence de deux opérateurs formés. Reprenant les motifs de l'ordonnance de renvoi, le tribunal et la Cour d'appel relèvent au surplus l'absence de formation à la sécurité spécifique à ce type de matériel et le remplacement, avec l'autorisation de l'employeur, du salarié devant lui apporter assistance par un parent, électricien intérimaire, dont le concours avait été inadapté. Les juges condamnent la société sur le fondement de l'homicide involontaire prévu par l'article 221-6 du Code pénal.

Or, l'ordonnance rendue par le juge d'instruction contenait un non-lieu partiel du chef du défaut de formation pratique appropriée en matière de sécurité prévue par l'article L. 231-3-1 ancien du Code du travail. Le pourvoi utilisait ce non-lieu pour soutenir que la prévenue ne pouvait être condamnée pour la commission de faits couverts par un non-lieu et que les juges avaient excédé leur saisine. Rejetant le pourvoi, la chambre criminelle de la Cour de cassation énonce « qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel qui a statué dans les limites de sa saisine sur le seul fondement de l'article 221-6 du Code pénal et n'a pas méconnu les droits de la défense, a justifié sa décision ; qu'il n'importe que la prévenue ait bénéficié d'une décision de non-lieu partiel s'agissant du délit spécifique prévu par l'article L. 231-3-1 du Code du travail pour lequel, à l'époque des faits, la responsabilité pénale de la personne morale n'était pas encourue ».

En premier lieu, l'article 221-6 alinéa 1er du Code pénal réprimant quiconque a causé la mort d'autrui par imprudence, maladresse... *ou* manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement n'exige donc pas la violation d'une règle spécifique. Une faute d'imprudence simple suffit. Les juges n'avaient donc nul besoin de se fonder sur la violation de l'article 231-3-1 ancien du Code du travail pour condamner la société. D'autre part, une jurisprudence ancienne admet que même si l'inobservation d'un règlement n'est pas poursuivie, elle peut demeurer un élément constitutif de l'infraction involontaire mais sans entraîner un cumul des peines puisqu'il n'y a pas juridiquement concours réel d'infractions (V. en cas d'amnistie ou de prescription : *Cass. crim., 3 févr. 1953 : Bull. crim., n° 31* ; - *Cass. crim., 23 janv. 1974 : Bull. crim., n° 36*. - *Cass. crim., 15 juin 1977 : Bull. crim., n° 223*). La loi du 10 juillet 2000 portant réforme des délits non intentionnels n'a pas remis en cause cette jurisprudence. Ainsi, a été qualifiée de faute caractérisée, une faute d'imprudence reprenant la violation d'obligations prévues par un règlement inapplicable aux faits de l'espèce (*Cass. crim., 4 oct. 2005 : Dr. pén. 2006, n° 2*, pour un accident survenu au cours d'une sortie scolaire). Ainsi, que cette solution soit implicite ou explicite dans les décisions, elle est en quelque sorte fondée sur la primauté et la généralité de la faute d'imprudence sur les fautes spécifiques, la première permettant de « récupérer » les secondes qui ne peuvent être retenues pour diverses raisons.

7. - Appliquée à la personne morale, cette jurisprudence pouvait apparaître critiquable dans la mesure où la violation d'une règle du Code du travail ne pouvait être imputée à une personne morale pour des faits commis avant le 31 décembre 2005, date de la mise en oeuvre de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales par la loi Perben II du 9 mars 2004. C'est d'ailleurs sur ce terrain que se plaçait l'argument fondé sur le non-lieu partiel dans l'espèce commentée. En réalité, le problème était connu avant 2004 et la plupart

des juridictions retenaient à la charge de la personne morale la violation d'une obligation prévue par la loi ou le règlement constitutive d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires. Cette solution quelque peu « bancal » était justifiée par l'idée que, selon l'article 121-2 du Code pénal relatif à la responsabilité pénale des personnes morales, la commission des infractions doit être le fait d'un organe ou d'un représentant de la personne morale pour lequel les infractions du Code du travail étaient bien imputables. De plus, l'infraction d'homicide et de blessures involontaires est imputable aux personnes morales depuis la réforme du Code pénal de 1992.

Cette difficulté d'articulation entre les textes soumis à des régimes différents a donc aujourd'hui disparu depuis la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales.

On soulignera enfin que dans notre espèce, la personne morale a été seule poursuivie et condamnée sans que les juges aient caractérisé la faute de l'organe ou du représentant mentionnée par l'article 121-2 alinéa 1er du Code pénal. Cet arrêt s'inscrit donc dans l'évolution tendant à éluder cette condition de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales en matière d'accidents du travail. En effet, un précédent arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation (*Cass. crim.*, 26 juin 2007, n° 06-84.821 : *Dr. pén.* 2007, n° 135) a énoncé que « si les juges du fond ont déclaré cette dernière coupable de blessures involontaires sans préciser l'identité de l'auteur des imprudences ou négligences constitutives du délit, cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la personne morale, que par ses organes ou représentants ». L'élimination de la condition d'identification de l'organe ou du représentant pour entraîner la responsabilité de la personne morale est fondée sur l'imputation légale directe des infractions précitées au chef d'entreprise ou à son délégataire dans le domaine des accidents du travail (V. déjà, *Cass. crim.*, 20 juin 2006, n° 05-85.255 : *Bull. crim.*, n° 188 ; *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 825, obs. Y. Mayaud). Cette liberté prise avec la lettre de l'article 121-2 du Code pénal est donc assise sur les obligations préexistantes mises à la charge du chef d'entreprise en droit du travail. Mais pour qu'il soit acceptable, ce raccourci probatoire dans l'identification de l'organe ou du représentant doit reposer dans les faits sur une enquête ayant démontré leur responsabilité. Il est en effet impossible d'exclure a priori, même s'il est rare, le fait d'un tiers ou de la victime qui constituerait la cause exclusive de l'accident. En définitive, les juges répressifs établissent une présomption simple de commission des faits par l'organe ou le représentant. De plus, cette solution est renforcée par le régime établi par la loi du 10 juillet 2000 qui n'exige pas une faute qualifiée mais une faute simple commise par l'organe ou le représentant pour engager la responsabilité pénale de la personne morale (*Cass. crim.*, 24 oct. 2000 : *Bull. crim.*, n° 308). On aboutit donc en réalité à une responsabilité quasi-directe de la personne morale sans reconnaître une faute distincte de sa part, faute que la chambre criminelle de la Cour de cassation a toujours refusé de reconnaître (*Cass. crim.*, 26 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 161).

8. - Cette responsabilité pénale de la personne morale a été aussi retenue dans une des affaires « amiante » qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la **cour d'appel de Douai le 6 mars 2008** (*CA Douai*, 6 mars 2008 : *JurisData* n° 2008-358494). Le chef d'établissement d'une usine fabriquant des chaudières industrielles et des circuits secondaires pour les centrales nucléaires était poursuivi pour violation du décret du 7 février 1996 relatif à la protection des travailleurs contre les risques liés à l'inhalation de poussières d'amiante. Des omissions nombreuses ont été relevées : omission de procéder à une évaluation des risques d'inhalation par les salariés des poussières d'amiante, absence de notices destinées à informer les salariés des risques pour chaque poste ou situation de travail, absence de formation spécifique à la prévention et à la sécurité contre les risques d'inhalation d'amiante, absence de mise à disposition d'équipements spéciaux de protection individuelle, absence de toute information concernant les risques potentiels sur la santé, omission de traitement des déchets par la procédure réglementairement prévue... Outre ces violations de dispositions particulières, les poursuites étaient également fondées sur le délit de mise en danger délibérée d'autrui réprimé par l'article 223-1 du Code pénal. La condition de la violation d'une réglementation spécifique étant remplie, il restait à démontrer le caractère délibéré de cette violation et le risque de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente auquel la violation exposait les salariés. Les juges ont retenu la connaissance certaine qu'avait le prévenu des risques liés à l'amiante puisque les risques d'exposition à l'amiante avant été identifiés et évalués avant son arrivée et que lui-même avait fait réaliser des diagnostics « amiante » dans le cadre du décret de 1996. Pour autant, la

preuve avait été rapportée d'une présence très importante d'amiante postérieurement aux mesures réalisées à l'initiative du prévenu, ce qui démontrait la violation délibérée des obligations de protection. Les juges relèvent enfin que les pathologies consécutives au contact avec la poussière d'amiante présentent un caractère mortel ou invalidant de manière permanente, ce qui constituait le risque exigé par l'article 223-1 du Code pénal. Cette décision est remarquable sur ce dernier point dans la mesure où les pathologies liées à l'amiante apparaissent souvent deux ou trois dizaines d'années après l'exposition au risque et que le caractère « immédiat » de ce risque mentionné par l'article 223-1 du Code pénal était discuté. Il semble qu'il faut comprendre plutôt que la violation de dispositions spécifiques doit recéler immédiatement un potentiel de mort ou de blessures graves, ce qui était le cas en l'espèce. Ce potentiel « négatif » doit être certain, le lien de causalité entre la faute et le dommage non encore réalisé devant être démontré. La Cour de cassation a déjà affirmé que les juges doivent caractériser un lien immédiat entre la violation des prescriptions réglementaires et le risque auquel avaient été exposés les salariés et ne peuvent déduire de la seule violation des prescriptions l'existence du risque (*Cass. crim.*, 16 févr. 1999 : *Bull. crim.*, n° 24 ; *JCP E* 1999, p. 2061 et nos obs.). La juxtaposition des événements n'est pas démonstration de causalité.

Les éléments constitutifs du délit de mise en danger délibérée ayant été considérés comme réunis, la personne morale a été condamnée au maximum de la peine d'amende encourue, soit le quintuple de la peine de 15 000 euros encourue par la personne physique, c'est-à-dire 75 000 euros.

Élisabeth Fortis

2. Droit pénal des affaires

A. - Actualité législative

9. - Nomination des commissaires aux comptes dans les sociétés par actions simplifiées (SAS) : les conséquences pénales du projet de loi de modernisation de l'économie. - La nomination des commissaires aux comptes dans les sociétés par actions simplifiées (SAS) est aujourd'hui obligatoire sans condition de seuils (*C. com.*, art. L. 227-9). L'article 14 du projet de loi de modernisation de l'économie (projet n° 842 du 28 avril 2008) prévoit, au titre des mesures visant à simplifier le fonctionnement des PME, un « *allègement du régime de recours aux commissaires aux comptes* » dans ces sociétés. Précisément, il est envisagé d'insérer, dans le Code de commerce, un article L. 227-9-1 aux termes duquel seront tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SAS qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, des chiffres fixés par décret en Conseil d'État pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant hors taxes de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de leurs salariés au cours d'un exercice. Notons que seront également tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SAS qui détiennent, directement ou indirectement, 5 % ou plus du capital ou des droits de vote d'une autre société.

Sur le plan pénal, la nomination obligatoire du commissaire aux comptes fondée sur le dépassement à la clôture de l'exercice social, de certains seuils fixés par voie réglementaire, a pour conséquence de réduire le champ d'application du délit de l'article L. 820-4 du Code de commerce. Celui-ci sanctionne tout dirigeant de personne ou de l'entité tenue d'avoir un commissaire aux comptes de ne pas en provoquer la désignation. Les dirigeants des SAS n'atteignant pas les seuils ainsi fixés se trouveront désormais en dehors du champ d'application du délit. Toutefois le rétrécissement du domaine de l'infraction ne doit pas être exagéré. La preuve de l'élément intentionnel, nécessaire à la constitution du délit, sera établie par la seule violation des dispositions relatives à la désignation sans que l'auteur du délit puisse se prévaloir de son ignorance du dépassement des seuils réglementaires. Dans une affaire où le président d'une association était poursuivi pour n'avoir provoqué la désignation du commissaire aux comptes alors que les seuils imposant une telle nomination avaient été atteints, la Chambre criminelle juge que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er

du code pénal » (*Cass. crim.*, 8 oct. 2003, n° 02-88.011). Si la mesure devait être votée, en dépit de l'opposition ferme de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, les dirigeants devront donc rester vigilants.

B. - Délit d'abus de confiance

10. - La preuve de l'élément intentionnel ne peut systématiquement résulter de la seule réalisation de l'acte matériel. - Le délit d'abus de confiance fait partie du « *noyau dur* » des infractions du droit pénal des affaires pour lesquelles une dépénalisation est jugée « *légitimement impossible* » (*Rapport Coulon sur La dépénalisation de la vie des affaires*, janv. 2008, *La documentation française*, p. 21). S'il est entendu que le texte d'incrimination « *doit être maintenu en l'état* » (*Rapport préc.*, p. 21), c'est sans doute à la condition que la chambre criminelle veille à en définir les contours afin d'éviter tout dévoiement de l'infraction à l'image de la mésaventure du délit d'abus de biens sociaux. Un arrêt de la chambre criminelle du 1er avril 2008 (*Cass. crim.*, 1er avr. 2008, n° 07-84.839 : *JurisData* n° 2008-043861) doit, pour cette raison, être salué qui vient - par une décision de cassation - utilement rappeler l'exigence de la preuve de l'élément intentionnel pour constituer le délit.

Les faits de l'espèce sont suffisamment singuliers pour être ici retenus. Embauchée par la société CFER 69, une salariée avait, à cette occasion, fourni copie de son diplôme universitaire de psychologue. L'emploi d'au moins une personne disposant d'un diplôme de psychologue permettait alors à la société CFER 69, spécialisée dans l'organisation de stages de sensibilisation à la sécurité routière, d'obtenir l'agrément préfectoral nécessaire (*C. route*, art. R. 223-5 et 223-7) à son activité, pour le département du Rhône où la salariée devait principalement travailler.

Celle-ci va alors poursuivre son employeur, par voie de citation directe, du chef d'usurpation de titre ou de diplôme et d'obtention indue d'une autorisation administrative, pour avoir produit une copie de son diplôme universitaire auprès de préfectures d'autres départements où la société CFER 69 souhaitait être agréée.

Relaxée en première instance, la société CFER 69 est condamnée, sur appel de la partie civile, par la cour d'appel de Lyon par décision du 7 juin 2007. Celle-ci, requalifiant les faits en délit d'abus de confiance, condamne la société à une indemnité de 1 500 euros. Il était précisément reproché à la société CFER 69 d'avoir *détourné la destination du diplôme universitaire de la salariée* dès lors que la société ne pouvait justifier avoir obtenu son accord pour solliciter des agréments préfectoraux en dehors du département du Rhône.

La décision est censurée par la chambre criminelle au motif, notamment, qu'il n'est pas démontré que « l'usage du diplôme impliquait la volonté par son détenteur de le détourner ou de se comporter comme son propriétaire ».

Si la décision de la chambre criminelle est, dans ses termes, conforme à la jurisprudence traditionnelle en matière d'abus de confiance, elle rappelle expressément - ce qui est plus rare - l'exigence, pour la constitution du délit, de l'élément intentionnel dont l'existence ne saurait systématiquement se déduire de la constatation de l'acte matériel. Revenons, en l'espèce, sur chacun des éléments du délit.

Il est acquis que l'acte matériel de détournement, constitutif du délit, peut prendre la forme d'un usage du bien remis, non conforme à la destination convenue. Dit autrement, le détournement d'affectation résulte d'un usage du bien à des fins étrangères à celles qui avaient été stipulées. C'est, en l'espèce, ce que soutenait la salariée en reprochant à la société CFER 69 d'avoir utilisé la copie de son diplôme pour obtenir des agréments préfectoraux en dehors du département du Rhône aux fins d'ouvrir d'autres centres. Elle estimait, en effet, n'avoir remis son diplôme à la société que dans le cadre de la conclusion de son contrat de travail portant sur l'animation de stages à Villeurbanne, dans la préfecture du Rhône. La société CFER 69 ne pouvait donc adresser copie de son diplôme aux préfectures d'autres départements sans son accord, quand bien même son contrat de travail aurait indiqué l'éventualité pour la salariée d'assurer des stages extérieurs, ces derniers pouvant être organisés par d'autres centres agréés.

La cour d'appel, infirmant la décision des premiers juges, va faire droit à sa demande et retenir la qualification d'abus de confiance à l'encontre de la société CFER 69. Précisément, la cour d'appel, après avoir relevé que cette dernière ne justifiait pas avoir obtenu l'accord de sa salariée pour solliciter des agréments préfectoraux en dehors du département du Rhône, va en déduire que le détournement de la destination du diplôme universitaire est établi.

Or, il est également acquis que le seul usage de la chose confiée ne suffit pas à caractériser le délit d'abus de confiance sauf à le confondre avec la simple faute civile du détenteur du bien. Encore faut-il apporter la preuve de l'intention coupable de l'auteur de détourner le bien remis. C'est ce que rappelle la chambre criminelle qui sanctionne les juges d'appels faute, pour ceux-ci, d'avoir recherché si l'usage du diplôme impliquait « *la volonté de son détenteur de le détourner ou de se comporter comme son propriétaire* » ; la cour de cassation renvoie ici au critère tiré de l'interversion de possession. Pour constituer un délit pénal, le détournement doit encore caractériser une interversion du titre de détention précaire en véritable possession. Il traduit, selon une jurisprudence constante, la volonté coupable de l'auteur de se comporter, même momentanément et en dehors de toute volonté d'appropriation, en propriétaire.

Souvent, la preuve de l'élément intentionnel résulte de la constatation de l'acte matériel de détournement. Cela se justifie sans doute lorsque l'acte matériel ne peut se réaliser que par une intention nécessairement coupable de l'auteur. Tel est, par exemple, le cas de celui qui vend le bien dont il sait pourtant n'avoir que la détention précaire. Mais le raisonnement déductif ne pouvait être ici retenu. La société CFER 69 pouvait en effet légitimement croire que la production de la copie du diplôme à des préfectures de départements autre que celle du Rhône était justifiée par l'éventualité, pour la salariée, d'effectuer des stages extérieurs et la possibilité de son affectation dans ces autres départements. Dès lors, l'élément intentionnel fait défaut, l'acte matériel de la société ne démontrant pas la volonté de détourner le bien ou de se comporter comme le propriétaire de celui-ci.

La décision mérite d'être relevée. Elle pose, en effet, une limite à la jurisprudence qui, par une formule constante, décide, pour l'abus de confiance, que l'affirmation de la mauvaise foi est nécessairement incluse dans la constatation du détournement. Outre le fait qu'elle rappelle utilement que les deux éléments constitutifs - matériel et intentionnel - ne sauraient se confondre, la décision de la chambre criminelle du 1er avril 2008 se fait l'écho des décisions rendues en matière de délit d'abus de biens sociaux. Après l'avoir longtemps ignoré, la chambre criminelle est venue, en effet, rappeler l'exigence, pour la constitution de ce délit, de la preuve de l'élément intentionnel (*Cass. crim., 1er mars 2000 : D. 2000, p. 214, obs. A. Lienhard. - Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-82.535*).

C. - La responsabilité pénale des personnes morales

11. - Ce sont les organes ou représentants qui agissent. - Le second moyen de cassation de l'arrêt de la chambre criminelle du 1er avril 2008 (*Cass. crim., 1er avr. 2008, n° 07-84.839, préc.*) apporte une intéressante précision pour la mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales. Les poursuites sont, en l'espèce, dirigées contre la société CFER 69, en sa qualité de personne morale, conformément à l'article 121-2 du Code pénal. Le moyen reproche aux juges d'appel de n'avoir pas constaté, pour retenir l'infraction d'abus de confiance, l'existence des éléments constitutifs qu'il s'agisse de l'élément matériel ou de l'élément intentionnel, « *en la personne des dirigeants de la personne morale visée par les poursuites* ».

En effet, l'article 121-2 du Code pénal dispose que les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Le texte exige ainsi, pour la mise en oeuvre de la responsabilité de la personne morale, la double preuve, d'une part que l'infraction a été commise par son organe ou son représentant, d'autre part qu'elle l'a été pour le compte de la personne morale. L'arrêt ici commenté vient préciser la première condition tenant à la commission de l'infraction par l'organe ou le représentant de la personne morale. Pratiquement, l'infraction ne peut lui être imputée que s'il est démontré que les éléments constitutifs sont constitués à l'égard dudit organe ou représentant lequel doit donc être mentionné dans les poursuites. Il n'est donc pas étonnant que la chambre criminelle reproche aux juges du fond de n'avoir pas

recherché si le délit avait été commis pour le compte de la société CFER, « par l'un de ses organes ou représentants ». Comme il est relevé dans le moyen du pourvoi, « les juges du fond se sont bornés à évoquer le CFER 69 (« société CFER 69 ») sans nullement s'intéresser à la personne de son dirigeant ou de ses dirigeants ».

Posée dans un arrêt - remarqué - de la chambre criminelle du 2 décembre 1997 (*Cass. crim.*, 2 déc. 1997 : *Bull. crim.* n° 408), cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de la chambre criminelle du 18 janvier 2000 censurant les juges d'appel de ne pas avoir recherché si les négligences, imprudences et manquement aux obligations de sécurité énoncés à l'encontre de la personne morale (SNCF) « avaient été commis par les organes ou représentants de cette dernière ».

Issue d'une lente évolution, la responsabilité pénale des personnes morales (code pénal de 1992), d'abord spéciale puis devenue générale par la loi Perben II du 9 mars 2004, est une responsabilité singulière en ce que, sans contredire le caractère personnel de la responsabilité pénale, elle tient un être incorporel pour l'auteur matériel et moral de l'infraction. L'arrêt de la chambre criminelle du 1er avril 2008 en montre sans doute l'ambiguïté dès lors que se pose la question concrète de la preuve de chacun des éléments du délit, laquelle doit « naturellement » passer par la personne physique de l'organe ou du représentant. C'est tout simplement rappeler - d'aucuns en ayant douté - que la construction juridique de la responsabilité pénale de la personne morale ne peut se passer de la réalité physique de l'intervention de ses organes ou représentants. L'observation doit cependant être nuancée qui ne vaut, semble-t-il, qu'en matière de délit intentionnel. En effet, dans une décision également récente du **15 janvier 2008** (v. *commentaire É. Fortis, supra* § 6), la chambre criminelle condamne la personne morale poursuivie pour une faute d'imprudence sans que les juges aient caractérisé la faute de l'organe ou du représentant. Comme le relève le professeur Fortis (v. *supra*), cet arrêt s'inscrit « dans l'évolution tendant à éluder cette condition de mise en oeuvre de la responsabilité des personnes morales en matière d'accidents du travail ». La différence ainsi posée par la chambre criminelle dans la mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, selon que la faute imputée est intentionnelle ou, au contraire, non intentionnelle, appelle sans doute une réflexion approfondie sur le rôle de l'élément moral dans l'infraction pénale, particulièrement dans le domaine des affaires. On ne peut donc que regretter le silence, sur ce point, du **rapport Coulon** (*Rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires, Documentation française, janv. 2008*).

D. - Délit d'abus de biens sociaux et délit de banqueroute

12. - Une relaxe peu conforme à la jurisprudence traditionnelle. - Un arrêt de la cour d'appel de Rennes (*CA Rennes, 20 déc. 2007 : JurisData n° 2007-356366*) est caractéristique des espèces jugées en droit pénal des affaires et qui, le plus souvent, relèvent plusieurs infractions à l'encontre du même dirigeant. En revanche, il est inattendu par sa décision de relaxe du prévenu des fins de la poursuite.

Dans cette affaire, le dirigeant de fait d'une SARL était poursuivi pour la commission de trois délits d'abus de biens sociaux et un délit de banqueroute par détournement d'actif. Reprenons chacun de ces délits.

Le premier cas d'abus de biens sociaux résultait d'un compte courant débiteur au nom du dirigeant de fait, pour un montant de 51 552,05 euros. Sur ce point, la jurisprudence est constante qui décide que la seule constatation de la position débitrice du compte suffit à constituer le délit (*Cass. crim.*, 8 sept. 2004 : *JurisData n° 2004-025161*. - *Cass. crim.*, 31 mai 2006, n° 05-86.635). Rappelons que le compte courant d'associé, dont l'usage est fréquent en droit des sociétés, est celui par lequel l'associé lui-même consent un prêt à la société. Le compte courant fonctionne alors comme un compte chèque bancaire sur lequel l'associé peut mettre ou retirer des fonds à son profit. Que le compte courant se retrouve débiteur et la situation s'analyse en un prêt accordé par la société à son associé, ce que la loi interdit formellement aussi bien dans la SA (*C. com.*, art. L. 225-43) que dans la SARL (*C. com.*, art. L. 223-21).

En l'espèce, le tribunal correctionnel de Saint Nazaire s'est donc, conformément à la jurisprudence dominante, contenté de relever, pour dire le délit d'abus de biens sociaux constitué, l'existence d'un compte courant débiteur

au nom du prévenu, au moment du jugement de liquidation de la SARL, soit le 25 octobre 2000.

On fera observer que la date de cessation des paiements ayant été fixée au 26 septembre 2000, les faits tenant à l'existence d'un compte courant débiteur pour la période du 26 septembre 2000 au 25 octobre 2000 auraient dû recevoir la qualification de banqueroute par détournement d'actif (*Cass. crim.*, 8 sept. 2004 : *JurisData* n° 2004-025161). Mais l'observation paraîtra, il est vrai, de faible intérêt dès lors que le défaut de substitution de la qualification de banqueroute à celle d'abus de biens sociaux, dans le cas où les faits sont commis après la date de cessation des paiements, n'entraîne pas nécessairement cassation de la décision. Celle-ci peut en effet s'analyser en une erreur de qualification sans affecter le dispositif de l'arrêt en cause (*V. Cass. crim.*, 6 juin 2007, n° 06-85.644 : *Rev. sc. crim.* 2007, p. 844 et s., *obs. D. Rebut*).

Revenons maintenant à la constitution du délit. Refusant l'automaticité de la qualification pénale d'abus de biens sociaux pour tout compte courant d'associé débiteur, la cour d'appel prend soin de relever que pour une partie de la somme (50 000 F), l'inscription en compte courant résulte d'un « *manquement grossier aux règles comptables* ». Selon les juges d'appel, ladite somme correspond, en effet, à l'existence d'une dette entre associés, laquelle ne peut donc apparaître sous la forme d'un compte courant débiteur au nom de l'associé emprunteur. Il faut donc comprendre - et admettre - que le compte courant débiteur ne peut constituer un abus de biens sociaux si les écritures comptables portées sur ce compte sont erronées.

Par ailleurs, les juges relèvent que le solde de la somme (soit 1 552,06 F) a été porté au débit du compte dans l'attente de « *la vérification qu'il s'agissait bien de sommes réellement dues à la société (..)* » et qu'en « *l'absence de certitude sur leur nature de dette envers la société (...) la somme susvisée ne peut caractériser le délit d'abus de bien social (...)* ». La position des juges est ici plus originale qui, s'écartant de la jurisprudence traditionnelle, ne se contente pas de la lecture comptable indiquant l'existence d'un compte courant débiteur pour retenir la qualification d'abus de biens sociaux. Sans aller jusqu'à retenir une erreur comptable, ils mettent en doute l'exactitude de l'écriture comptable. Le doute ne permet plus alors de retenir le délit. Sans doute faut-il rapprocher la décision des juges d'appel des observations d'un auteur qui, après avoir précisé que l'abus de biens sociaux n'a pas vocation à punir la violation de l'interdiction de compte courant débiteur, souligne que la répression ne peut intervenir « *qu'au titre d'une opération de qualification consistant à établir que la violation de cette interdiction caractérise l'élément matériel et l'élément intentionnel de l'abus de biens sociaux* » (*D. Rebut, obs. préc.*, p. 844). Prenant le contre-pied d'une jurisprudence traditionnelle, il est alors permis de penser que le compte courant débiteur ne caractérise pas nécessairement un délit d'abus de biens sociaux.

Le deuxième cas d'abus de biens sociaux portait sur la majoration de loyers dus par la société à la société civile immobilière SFR aux fins de permettre le rachat par le prévenu, à titre personnel, des locaux concernés. Ces mêmes faits sont qualifiés, pour la période postérieure à la date de cessation de paiements (soit du 26 septembre 2000 au 31 mars 2001) et selon une jurisprudence constante, de banqueroute par détournement d'actif. Les deux qualifications sanctionnent ici un détournement d'actif visant, pour le prévenu, à faire payer par la société, le rachat à titre personnel des locaux loués par celle-ci. Là encore les juges d'appel, infirmant le jugement, prononce la relaxe du prévenu. Les pièces de la procédure ne permettent pas, en effet, d'établir que la majoration des loyers, effectivement constatée au détriment de la société, aient d'une manière quelconque bénéficié au prévenu. C'est donc l'élément tenant à l'exigence d'un intérêt personnel de l'auteur pour constituer le délit d'abus de biens sociaux qui fait ici défaut. On ne manquera pas d'observer que, selon un courant jurisprudentiel récent, la cour prend soin ici de constater la réalisation ou l'absence de l'élément moral tenant à l'intérêt personnel de l'auteur. En outre, le prévenu ne semble pas être intervenu en qualité de dirigeant de fait, le bail ayant été signé par le gérant de droit de la société.

Enfin, le troisième cas d'abus de biens sociaux reproché résulte du financement par la trésorerie de la société de l'achat de voile équipant un navire dont le prévenu est copropriétaire à hauteur de 50 %. La relaxe prononcée par les juges d'appel est sans doute ici la plus étonnante au regard de la jurisprudence traditionnelle en matière d'abus de biens sociaux. Pour écarter le délit, les juges retiennent que le financement des voiles par la société correspond

à opération de parrainage au profit de cette dernière. Diverses photographies produites dans la procédure montrent que les voiles du navire font, de fait, la promotion des produits commercialisés par la société ; promotion dont les juges relèvent qu'elle apparaît également sur des boîtes d'allumettes ! La motivation laisse pour le moins perplexe : aucun contrat n'est produit pour justifier de cette opération dont les montants ne sont pas indiqués. Il eut certainement été déterminant de connaître le coût d'achat des voiles par la société et le coût estimé de la promotion assurée par le navire afin de s'assurer que l'usage des fonds sociaux n'est pas contraire à l'intérêt social ; l'indication selon laquelle le navire a été engagé dans des courses au large et qu'il a en outre remporté celle de la mini-Fastnet ne paraît pas suffisante pour écarter la constitution du délit dans l'hypothèse où le coût des voiles serait jugé excessif au regard de la promotion offerte. En outre, la référence aux boîtes d'allumettes n'emporte pas la conviction faute de savoir par qui elles ont été financées. Dans une espèce où les faits reprochés visent un simple dirigeant de fait et une opération de promotion pour laquelle aucun contrat n'a été signé entre la société et le prévenu, on peut s'étonner de la facilité avec laquelle les juges d'appel écartent ici le délit. Sauf, peut-être à deviner derrière les juges l'âme de poètes qui n'hésitent pas à écrire que « *les sommes engagées par cette société pour financer partiellement sa garde-robe ne revêt aucune coloration pénale* ». Voilà, pour une fois, le délit d'abus de biens sociaux déshabillé.

Yvonne Muller

Sociétés (en général). - Infractions. - Questions diverses

Travail. - Infractions. - Questions diverses