

Luxembourg, le 5 septembre 2006

Objet: Avant-projet de loi relatif 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 (3013DAN)

Saisine : Ministre de la Justice (27 décembre 2005)

PROJET D'AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'avant-projet de loi sous avis a pour objet d'introduire en droit luxembourgeois la responsabilité pénale des personnes morales. Par ce nouveau régime, une personne morale pourra être rendue pénalement responsable des infractions commises, pour son compte, par ses organes ou par ses représentants.

Résumé synthétique

La Chambre de Commerce salue en principe l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal luxembourgeois. L'irresponsabilité actuelle de ces dernières crée en effet une insécurité juridique préjudiciable à l'installation de nouvelles entreprises au Luxembourg. En l'état actuel des textes législatifs et de la jurisprudence, le dirigeant d'entreprise et/ou les préposés auxquels des pouvoirs ont été délégués sont les cibles privilégiées des poursuites pénales, sans qu'il ne se dégage des lignes de conduite suffisamment précises permettant de déterminer à l'avance les responsables pénaux potentiels. Cette insécurité juridique est d'autant plus grave que le législateur assortit de plus en plus de textes légaux de sanctions pénales. La Chambre de Commerce n'a cessé de mettre en garde contre cette pénalisation croissante de la vie des affaires, qui constitue un frein non négligeable à l'esprit d'entreprise.

Le régime juridique à mettre en place devra être simple, c'est-à-dire permettre aux dirigeants d'entreprises de déterminer à l'avance qui au sein de l'entreprise sera susceptible d'être poursuivi pour quelle infraction, et être équitable, notamment en instaurant des peines proportionnées à la gravité de l'infraction. Or, l'avant-projet de loi ne remplit que très partiellement ces exigences.

La Chambre de Commerce doit d'emblée exprimer son étonnement quant à l'exclusion des communes du champ d'application de la future loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, qui n'est guère justifiée aux yeux de la Chambre de Commerce.

Ensuite, une insécurité juridique malsaine existe en ce qui concerne les organes et représentants susceptibles d'engager la responsabilité pénale des personnes morales. Il serait préjudiciable aux personnes morales que des organes de fait dont elles peuvent ignorer l'existence puissent en toute circonstance engager leur responsabilité pénale. Un salarié qui a reçu une délégation de pouvoirs de son employeur ne saurait non plus être considéré comme un représentant, au sens de la loi.

Le projet de loi sous rubrique ne peut satisfaire la Chambre de Commerce alors que l'introduction d'un régime de responsabilité pénale des personnes morales n'aboutit pas à un allègement corrélatif de celle des dirigeants d'entreprises. L'avant-projet de loi admet en effet la poursuite tant de la personne morale que d'une personne physique pour le même fait délictueux. En pratique, le dirigeant d'entreprise qui exploite son commerce sous forme de personne morale risque donc en termes économiques une double peine pénale qui risque de s'ajouter à une responsabilité civile (qui peut elle aussi être double). Un cumul des responsabilités pénales pose en outre de

nombreux problèmes de détermination d'une personne physique coupable au cas où l'organe ou le représentant est un organe collégial et/ou composé de personnes morales. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce propose que le Luxembourg s'inspire des solutions retenues en France et en Belgique, à savoir que seules les infractions intentionnelles puissent faire l'objet d'une double poursuite pénale. En revanche, les infractions non intentionnelles devraient être imputées exclusivement à la personne morale.

La Chambre de Commerce déplore l'absence d'une gradation entre les peines criminelles et les peines correctionnelles : les peines les plus graves, telles que la dissolution ou la fermeture définitive d'un établissement ne devraient s'appliquer qu'aux crimes. En outre, la fermeture ne devrait concerner que les établissements ayant servi à la commission de l'infraction. Il devrait en aller de même de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle.

Les mécanismes de détermination et de modalités de la peine applicables aux personnes physiques (tentative, concours d'infractions, circonstances aggravantes, circonstances atténuantes, récidive et sursis) devraient pareillement s'appliquer aux personnes morales. L'action publique pour l'application de la peine qui s'éteindra à l'égard de la personne morale devrait bénéficier pareillement à la personne physique condamnée pour le même fait délictueux que la personne morale.

Certains pouvoirs du juge d'instruction à l'encontre des personnes morales vont bien au-delà de simples mesures provisoires, et constituent une immixtion disproportionnée dans le cours normal du fonctionnement d'une personne morale : l'interdiction d'exercer certaines activités économiques ou encore de procéder à certaines transactions patrimoniales risque de frapper les personnes morales de manière irréversible. De telles mesures ne sauraient a fortiori se justifier pour de simples contraventions.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver l'avant-projet de loi sous rubrique que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation de l'avant-projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	0
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	n.a.
Simplification administrative	n.a.
Impact sur les finances publiques	n.a.

Appréciations:	++ :	très favorable
	+	favorable
	0 :	neutre
	- :	défavorable
	-- :	très défavorable
	n.a. :	non applicable
	n.d. :	non disponible

Remarques générales

Alors que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois constitue un profond bouleversement du droit pénal luxembourgeois, on peut regretter que l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi n'analyse pas plus en détail les motivations théoriques et pratiques du présent avant-projet de loi. De l'avis de la Chambre de Commerce, une réforme d'une telle ampleur aurait nécessité au préalable une analyse approfondie de la situation actuelle des personnes morales luxembourgeoises face à la responsabilité pénale des dirigeants

sociaux pour en tirer des enseignements précieux sur le nouveau régime à mettre en place. Une étude comparative des législations de nos pays voisins, avec en premier lieu le droit belge dont le droit pénal luxembourgeois s'inspire traditionnellement, mais aussi avec le droit français, aurait paru tout aussi utile. La seule mention dans l'exposé que les rédacteurs du présent avant-projet de loi se sont inspirés de la législation française et non du système belge en raison des « *problèmes d'application de cette loi dont le régime est d'ailleurs critiqué par la Doctrine* » paraît être une analyse de droit comparé trop sommaire.

L'adoption d'un texte de loi trop lapidaire et non accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles fouillés risque d'ouvrir la porte à une jurisprudence erratique, n'assurant aucune sécurité juridique aux entreprises. Il serait regrettable que le futur régime luxembourgeois encoure une évaluation aussi sévère que le texte français: « *jamais dans l'histoire de la législation pénale, une institution nouvelle n'aura donné lieu à une si libre création du droit positif par les juridictions (..) Mais il n'est pas sûr que ce texte, dépourvu de fondement clair, mérite un religieux respect, et les inventions des tribunaux contiennent des intuitions de politique criminelle qui ont cruellement fait défaut au Parlement.* »¹

1. Les contraintes justifiant l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois

1.1. La situation actuelle : l'absence de responsabilité pénale des personnes morales est source d'insécurité juridique

Les juges luxembourgeois sont restés fidèles au principe qu'une personne morale ne peut pas commettre d'infraction, une peine ne pouvant être prononcée qu'à l'encontre d'un être réel. Si la jurisprudence ne sanctionne pas la personne morale en tant que telle, elle recherche néanmoins la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne a agi dans chaque cas particulier, et qu'elle qualifie d'auteur pénalement responsable, comme individu ayant commis l'acte illicite². La cible privilégiée des poursuites est le dirigeant de l'entreprise en raison de l'autorité qu'il exerce sur les hommes par le pouvoir de donner des ordres et de son devoir de veiller au respect des lois. La jurisprudence reconnaît toutefois que le dirigeant de l'entreprise ne peut pas être partout à la fois. Elle admet en effet que le chef d'entreprise puisse s'exonérer de la responsabilité résultant des actes commis par ses préposés, à condition de démontrer qu'il avait délégué à un subordonné la direction et la surveillance des services dans lesquels l'acte délictueux a été commis. Les conditions que doit remplir cette délégation ont été énoncées par un arrêt de la Cour d'Appel du 25 novembre 1986 (290/86, non publié) :

- le transfert de l'autorité exprès et public par le chef d'entreprise ;
- la qualification et compétence de la personne déléguée ;
- la transmission effective des pouvoirs avec les prérogatives de décision.

Sur base de ces conditions en apparence claires, les juges luxembourgeois n'ont pourtant jamais réussi à dégager une jurisprudence claire. En outre, une telle délégation des pouvoirs ne met le dirigeant nullement à l'abri de toute poursuite pénale. Il reste en effet pénalement responsable de sa propre faute, même en cas d'investiture régulière d'un ou de plusieurs délégataires. Il en résulte que le dirigeant d'entreprise ne peut à l'avance avoir aucune certitude quant à sa condamnation ou non au pénal en cas d'infraction pénale.

Aussi la Chambre de Commerce se rallie-t-elle au constat amer de Me Dean Spielmann : « *la jurisprudence luxembourgeoise en matière d'imputabilité des infractions brille par son imprécision et est constitutive d'une insécurité croissante. Désigner le responsable à l'avance relève*

¹ Albert Maron, Jacques-Henri Robert Cent personnes morales pénalement condamnées JCP 1999, I 123

² En ce sens notamment : Cass. 29 mars 1962, Pas. XXVIII p.450

de l'impossible.³ » Cette insécurité juridique porte préjudice à tout le monde : les dirigeants d'entreprises (qui ignorent s'ils seront ou non déchargés de la responsabilité pénale par une délégation de pouvoirs), le parquet (qui n'arrive souvent pas à désigner une personne physique coupable) et enfin les parties civiles à un procès pénal qui peuvent avoir le désir légitime de voir la personne morale impliquée dans la genèse de l'infraction frappée d'une sanction pénale.

Cette insécurité juridique sur le sort du dirigeant d'entreprise face à la responsabilité pénale est un aspect de nature à dissuader des entreprises à s'installer au Luxembourg. La pénalisation croissante du droit économique et social en est certainement un élément supplémentaire (cf. ci-dessous).

1.2. Contraintes juridiques résultant d'instruments internationaux

L'exposé des motifs avance comme seule justification à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois les « *obligations internationales engagées par le Luxembourg* » (Conseil de l'Europe, ONU, Union Européenne). Les instruments internationaux cités par les rédacteurs de l'avant-projet de loi desquels il découlerait une telle obligation⁴ ne traitent cependant que d'infractions bien déterminées. Pour se conformer aux obligations internationales ainsi contractées, il suffirait donc que le législateur luxembourgeois n'introduise une responsabilité pénale que pour les infractions visées par ces instruments internationaux, en d'autres mots d'adopter le principe de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales.

Les rédacteurs du présent avant-projet de loi ont pourtant préféré étendre la responsabilité pénale des personnes morales à toutes les infractions pénales existant tant dans le code pénal que dans les lois spéciales. La Chambre de Commerce partage l'opinion des rédacteurs du présent avant-projet de loi en ce que l'adoption du principe de spécialité constituerait une source de lacunes et d'incohérences en raison de la difficulté de dégager des critères rationnels permettant de désigner les infractions pour lesquelles la responsabilité pénale des personnes morales doit être prévue. L'exemple de la France qui a pratiqué pendant plus de dix ans le principe de la spécialité a en effet démontré les insécurités juridiques auxquelles il a donné lieu : face à des lacunes ou oublis législatifs, certains juges n'hésitaient pas à étendre la responsabilité pénale des personnes morales à des secteurs où elle n'était pas expressément prévue. En outre, le principe de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales compliquerait la compréhension et l'acceptation de la responsabilité pénale des personnes morales auprès du large public. Il paraîtrait injuste qu'un commerçant exploitant en nom propre puisse être condamné pour toutes les infractions pénales, tandis que cette possibilité n'existerait à l'encontre des personnes morales que pour quelques infractions.

Au regard de ces considérations, la Chambre de Commerce reconnaît la nécessité d'introduire le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois. Le régime à mettre en place devra impérativement lever l'insécurité juridique pesant actuellement sur les dirigeants d'entreprise.

2. Un système de responsabilité pénale des personnes morales simple et équitable

Un bouleversement aussi important que constitue l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois ne sera accepté par le large public et appliqué correctement par les tribunaux qu'à la condition que ce nouveau régime soit simple et équitable.

³ Dean Spielmann : « La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise en droit luxembourgeois », Revue de droit pénal et de criminologie p. 5 et s.

⁴ N.B. La décision-cadre du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, citée par les rédacteurs parmi les instruments de l'Union Européenne prévoyant une responsabilité pénale, n'est plus en vigueur.

2.1. Un système de responsabilité pénale des personnes morales simple et cohérent

Le nouveau système à mettre en place devra être suffisamment simple pour permettre tant aux petits commerçants qu'aux grands groupes de sociétés souhaitant s'installer au Luxembourg de saisir dans les grandes lignes les possibles responsabilités pénales encourues par quelles personnes au sein de l'entreprise, pour quels faits, et quelles peines pourront être encourues. Le présent avant-projet de loi ne remplit que très partiellement cette exigence ; il recèle en effet de nombreuses incertitudes juridiques épinglées dans le commentaire des articles ci-après. L'une des plus importantes est sans doute celle du cumul ou non de la responsabilité pénale des personnes morales avec celle des personnes physiques.

La Chambre de Commerce comprend certes les craintes des rédacteurs du présent avant-projet de loi que les personnes physiques puissent se servir de l'écran de la personne morale pour échapper à toute responsabilité pénale. Cette crainte ne justifie cependant guère l'instauration du principe du cumul de la responsabilité pénale de la personne morale avec celle de la personne physique. Un tel cumul se heurte à de nombreuses considérations.

Tout d'abord, un tel cumul ne lève en rien les insécurités juridiques qui planent à l'heure actuelle sur la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise : tandis que dans le régime actuel ceux-ci ignorent si une délégation de pouvoirs est de nature à les décharger de leur propre responsabilité pénale, ils ignoreront dans ce nouveau régime si le parquet va ou non systématiquement poursuivre à la fois la personne morale et l'organe ou le représentant de cette dernière. En cas de cumul systématique de la responsabilité pénale, la situation du dirigeant d'entreprise n'est donc en rien améliorée par rapport à la situation actuelle. Elle est au contraire aggravée, puisque le dirigeant risquera dorénavant en ternes économiques une double peine (cf. ci-dessous). En termes de compétitivité, cette incertitude juridique est de nature à dissuader les promoteurs de grands groupes de sociétés de s'installer au Luxembourg ; ils n'auront en effet aucune assurance que les dirigeants de la société luxembourgeoise seront en principe à l'abri de poursuites pénales.

A cet égard, il convient de souligner que si la majorité du Sénat et du Parlement en France a décidé en 1994 d'adopter le régime de la responsabilité pénale des personnes morales, c'était précisément afin d'alléger corrélativement celle des personnes physiques ayant pouvoir de décision au sein de l'entreprise⁵. Il devrait en être de même au Luxembourg. En effet, si la jurisprudence luxembourgeoise ne recherche à l'heure actuelle que la responsabilité pénale des dirigeants, c'est dans bien des cas un artifice, destiné à pallier l'absence de responsabilité pénale des personnes morales. La démarche intellectuelle des juges dans l'arrêt du 29 mars 1962 de la Cour Supérieure de Justice précité le démontre clairement : les juges ont d'abord constaté l'irresponsabilité de la société en raison de sa qualité de personne morale. Ils estiment ensuite que la violation de la loi pénale ne doit pas rester pour autant impunie. Ce n'est qu'après ces deux constats qu'ils recherchent la responsabilité pénale de la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi.

A ces inconvénients majeurs en termes de compétitivité s'ajoutent des réticences juridiques majeures face à un cumul systématique de la responsabilité pénale des personnes morales. Tout d'abord, la Chambre de Commerce s'interroge s'il n'enfreint pas le principe « *non bis in idem* »⁶. Du moins économiquement parlant, le cumul de la responsabilité entraîne une double peine, en particulier en ce qui concerne les S.à.r.l. unipersonnelles (et, après la promulgation du projet de loi

⁵ En ce sens notamment : Gérard Couturier Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques, Revue des Sociétés 1993 p. 307 et s. ; Frédéric Desportes : Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales, JCP E 1993, 219 ; Philippe Salvage JCP E p.952 et s.

⁶ Article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.* »

5352, introduisant entre autres la société anonyme unipersonnelle en droit luxembourgeois) : le gérant-associé unique serait frappé pour le même fait délictueux une fois dans son patrimoine professionnel (par l'amende ou toute autre sanction infligée à sa société), et une seconde fois dans son patrimoine privé (par l'amende ou toute autre sanction qui lui est infligée en tant qu'auteur immédiat de l'infraction). Ce cumul de la responsabilité pénale est d'autant plus choquant si on considère que ce commerçant n'aurait encouru qu'une seule peine s'il exploitait son commerce en nom propre. Cette double responsabilité pénale peut de surcroît s'accompagner le cas échéant d'une double responsabilité civile.

Un autre problème juridique se pose si l'organe ou le représentant de la personne morale qui a commis l'infraction n'est pas une seule personne physique, par exemple un gérant d'une S.à.r.l., mais un véritable organe collégial, composé de surcroît souvent de personnes morales. Le commentaire des articles note à cet égard que « *la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée en même temps que celle de ses organes (..)* ». La formulation est malencontreuse car en contradiction avec l'article 6-2 de l'avant-projet de loi qui parle de personnes physiques⁷. Le principe de la personnalité de peines s'oppose à ce que tous les membres de l'organe encourrent *de jure* la responsabilité pénale. Les juges devront alors rechercher ceux parmi les membres de l'organe qui remplissent les éléments constitutifs de l'infraction. Dès lors, un cumul est impossible au moins dans une situation : si l'organe de la société a été identifié, il se peut qu'on ne sache pas qui des membres de l'organe a voté pour la décision (p.ex. dans un conseil d'administration ou, a fortiori, dans une assemblée d'actionnaires. Il est en effet rare que les procès-verbaux relatent nommément les votants.) Le problème se complique davantage si un ou plusieurs membres de l'organe de la société en question sont eux-mêmes des personnes morales. Ce serait certainement sanctionner le lampiste que de condamner systématiquement au pénal le représentant physique de l'actionnaire membre du conseil d'administration. Il ne fait en effet en général qu'exécuter les consignes de vote reçues par son propre conseil d'administration, qui peut être à son tour composé de personnes morales. Dans ce cas de figure, le juge pénal devra-t-il remonter la chaîne des conseils d'administration jusqu'à ce qu'il tombe sur une personne physique ? Une telle manière de procéder est pour le moins hasardeuse car les éléments constitutifs de l'infraction risquent de devenir de plus en plus difficiles à rapporter en remontant la chaîne.

La Chambre de Commerce regrette en outre que ni le texte de l'avant projet de loi, ni le commentaire des articles n'éclaircissent la question de savoir si, dans l'hypothèse d'un cumul des responsabilités pénales (par exemple pour un vol commis par un dirigeant d'une société dans l'exercice de ses fonctions), la personne morale pourra pour le même fait être condamnée comme auteur pour l'infraction et comme complice ou coauteur de l'infraction commise par la personne physique. De l'avis de la Chambre de Commerce, tel ne devrait pas être le cas : puisque la responsabilité pénale de la personne morale ne saurait se concevoir sans l'action d'une personne physique, on ne saurait imputer à la personne morale en quelque sorte une seconde fois les faits de la personne physique. Pour reprendre l'exemple du vol, il serait inconcevable que la personne morale soit condamnée comme voleur et une seconde fois (dans le cadre du procès contre la personne physique) comme co-auteur, complice ou receleur du fait du vol commis par la personne physique.

Pour toutes ces considérations, la Chambre de Commerce se doit de mettre en garde contre un cumul systématique de la responsabilité pénale. Elle suggère au contraire aux rédacteurs du présent avant-projet de loi de s'inspirer du clivage infraction intentionnelle/infraction non intentionnelle qui sous-tend les régimes de responsabilité pénale des personnes morales de nos voisins français et belge.

⁷ En ce sens aussi les développements particulièrement éclairants du rapporteur Frédéric Desportes relatifs à Cass. Crim 2 décembre 1997 (JCP 1998 II 10 023) : « *les infractions imputables aux personnes morales doivent être commises par des personnes physiques. En cela la responsabilité pénale de la personne morale peut être qualifiée de responsabilité indirecte.* »

Dès 1995⁸, le Garde des Sceaux français a donné des instructions de poursuites visant à atteindre le but premier des parlementaires, à savoir réduire les cas dans lesquels la responsabilité des dirigeants est engagée. Cette circulaire a été renouvelée à plusieurs reprises, la dernière en date étant celle du 13 février 2006. Les consignes de poursuites tournent clairement autour de la notion d'intention: « *en cas d'infraction intentionnelle, la règle devra en principe consister dans l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits et contre la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants. En revanche, en cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter (...) de la simple inobservation en connaissance de cause d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale.* »

En outre, il existe déjà à l'heure actuelle dans le code pénal français une hypothèse bien précise qui admet cette distinction : l'article 121-3 consacre *expressis verbis* la notion de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi. Pour ces infractions, les personnes physiques qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter ne sont pénalement responsables que si elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi, soit commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Au cas où la personne physique est un organe ayant agi pour le compte d'une personne morale, il se peut donc que des poursuites pénales soient seulement possibles envers la personne morale, mais non envers la personne physique. Cet article 121-3 introduit en 2000 constitue ce qui depuis 1995 sont les critères d'opportunité de poursuite exposés ci-dessus⁹.

La solution retenue par le législateur belge tourne elle aussi autour de la notion d'intention. L'article 5 alinéa 2 du code pénal belge dispose en effet que : « *lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable.* » En d'autres mots, si une personne physique est soupçonnée d'être l'auteur de l'infraction, elle sera poursuivie en même temps que la personne morale. Mais le juge ne peut condamner cette personne physique que si deux conditions sont réunies : il faut que l'infraction ait été commise exclusivement en raison de son intervention et il faut qu'elle ait agi sciemment et volontairement. Si l'une des conditions fait défaut, le juge ne condamne que la personne physique ou la personne morale, qui aura commis la faute la plus grave¹⁰. Cependant, en raison de la difficulté de déterminer la faute la plus grave, il serait inopportun de suivre à la lettre la solution belge.

La solution française telle qu'exposée ci-dessus a le mérite d'être simple et équitable. En effet, la jurisprudence luxembourgeoise admet depuis longtemps la notion d'infraction matérielle. La jurisprudence est amplement fournie pour permettre au juriste conseil de déterminer à l'avance quelles infractions sont à qualifier comme telles¹¹. La solution française est en outre équitable : en cas d'infraction intentionnelle, il est en effet nécessaire de maintenir la possible sanction de la personne physique, afin d'éviter que la société ne soit utilisée comme écran. En revanche, en cas d'infractions non intentionnelles, seule la personne morale sera pénalement poursuivie. La Chambre de Commerce s'est inspirée du clivage français pour proposer une reformulation à l'article 6-2 qui assurerait aux chefs d'entreprises une plus grande sécurité juridique. La Chambre de Commerce se

⁸ Circulaire du Garde des Sceaux du 5 avril 1995 commentant les dispositions de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement

⁹ Frédéric Desportes, Francis Le Gunehec Droit pénal général, Economica, 12^e édition p.608

¹⁰ Jules Messinne : La responsabilité pénale des personnes morales en droit belge Bulletin Droit et Banque N° 30 p.15

¹¹ Pour un catalogue et un panorama de jurisprudence (certes critique) : Dean Spielmann : Les infractions matérielles et l'imputabilité des infractions, Pasirisrie 1993 p. 13

rallie à une partie de la doctrine française qui souhaite que le clivage infraction non intentionnelle (c'est-à-dire d'imprudence ou de négligence)/ infraction intentionnelle soit ancré dans l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal (pendant français de l'article 6-2 alinéa 2 proposé par l'avant-projet de loi sous avis)¹². La doctrine luxembourgeoise milite aussi en faveur d'une solution en vertu de laquelle la responsabilité pénale des dirigeants ne serait engagée que dans les infractions les plus graves¹³. La voie législative serait à préférer à une circulaire qui n'empêche pas les procédures pénales enclenchées par voie de citation directe par des victimes. L'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales ne devrait non plus résulter dans le phénomène inverse d'une recherche quasi automatique de la seule responsabilité pénale de la personne morale. Les personnes morales sont en effet a priori plus faciles à appréhender qu'une personne physique (qui peut organiser plus facilement sa fuite ou son insolvabilité qu'une personne morale).

On peut en outre déplorer que la notion de représentant qui agit pour le compte de la personne morale ne soit pas plus amplement spécifiée en ce qui concerne la situation des préposés. Alors que la jurisprudence luxembourgeoise est abondante sur la question de savoir si le dirigeant d'entreprise peut ou non être rendu responsable des faits commis par les préposés auxquels une mission particulière a été déléguée, le présent avant-projet de loi esquive la question, laissant de la sorte intacte l'insécurité juridique actuelle.

L'avant-projet de loi sous avis présente encore d'autres lacunes : les dispositions du code pénal et du code d'instruction criminelle non spécifiquement mentionnées s'appliqueront-elles ou non aux personnes morales ? On peut estimer que tous les articles du code pénal et des lois spéciales qui n'emploient pas spécifiquement le terme de « personne physique » devraient s'appliquer aux personnes morales. Il y a cependant d'autres infractions prévues à l'heure actuelle dans des textes qui incriminent *expressis verbis* les seuls dirigeants d'entreprises¹⁴. En raison de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales pour toutes les infractions pénales, il n'existe aucune raison logique de laisser perdurer de tels textes qui maintiendraient une distinction entre les infractions qui pourraient être commises par des personnes physiques, mais non par des personnes morales. La mise en place d'un système de responsabilité pénale des personnes morales cohérent nécessiterait donc de passer en revue le libellé de toutes les infractions pénales et d'y apporter le cas échéant les modifications nécessaires, afin qu'elles puissent s'appliquer tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

Certaines dispositions du code pénal et du code de l'instruction criminelle et du code pénal exigeraient pareillement une adaptation au cas spécifique présenté par des inculpés ou des condamnés qui sont des personnes morales. La Chambre de Commerce note par exemple la nécessité d'adapter l'article 444 3° du code d'instruction criminelle traitant des demandes en révision : en cas de disparition de la personne morale condamnée, ses anciens associés ou encore d'autres sociétés du groupe peuvent avoir un intérêt moral à vouloir tenter une action en révision pour laver la personne morale de l'opprobre et la perte de réputation causée par une condamnation pénale, de nature à refléter négativement en termes commerciaux sur les ex-associés ou autres entités du groupe de sociétés.

2.2. Un système de responsabilité pénale des personnes morales équitable

Le degré d'acceptation du droit pénal dans le large public dépend en large partie de l'équité des peines infligées par les juges.

¹² Henri Matsopoulou : La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Soc. 2004 p.287

¹³ Dean Spielmann Droit et Banque n° 30 p. 41 : « *Ainsi sommes nous d'avis qu'un régime de peines applicable et adapté aux personnes morales permettrait de mieux appréhender la vie des affaires, vu le pouvoir énorme et souvent anonyme détenue par certaines entités morales. La poursuite du dirigeant d'entreprise devrait rester réservée aux cas les plus graves.* »

¹⁴ Par exemple : Articles 163 3, 4°, 6°, 8° ; 166 167, 168, 171-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée ;

Le caractère souvent inéquitable du cumul de la responsabilité pénale des personnes morales avec celles des personnes physiques a déjà été exposé ci-dessus.

Le sentiment d'équité exige en outre que les incriminations les plus graves soient plus lourdement sanctionnées que les incriminations les moins graves, en d'autres mots qu'il existe une gradation des peines, que les juges devraient pouvoir adapter en fonction des cas qui leur sont soumis par les mêmes mécanismes que ceux applicables aux personnes physiques.

2.2.1. L'absence de gradation des peines

La Chambre de Commerce déplore que les peines criminelles soient dans le présent avant-projet de loi les mêmes que les peines correctionnelles. Des sanctions irréversibles comme la dissolution de la personne morale et la fermeture définitive d'un ou plusieurs établissements sont susceptibles d'avoir des implications économiques extrêmement graves non seulement pour les promoteurs de la personne morale, mais aussi pour ses salariés, ses fournisseurs, ses clients etc. Elles ne devraient donc s'appliquer qu'aux crimes les plus graves, et non, ou seulement de façon exceptionnelle, aux délits.

2.2.2. L'absence de mécanismes de personnalisation de la peine

Un principe fondamental de notre droit pénal est celui de la personnalité de la peine : il veut que la peine doit directement atteindre le coupable et être adaptée à sa personnalité. Le code pénal luxembourgeois prévoit une multitude de mécanismes permettant d'adapter la peine prononcée à la gravité de l'infraction en question et au caractère de dangerosité du condamné : c'est ainsi qu'il énonce des règles claires pour la détermination des peines d'emprisonnement moindres en cas de tentative de crime ou de délit, ou d'admission de circonstances atténuantes, ou au contraire des peines d'emprisonnement plus élevées en cas de récidive ou de circonstances aggravantes. Le code pénal énonce des règles claires en matière de concours d'infractions. La possibilité d'assortir les peines prononcées de sursis permet pareillement au juge pénal d'individualiser la peine. Ces mécanismes sont essentiels à la bonne administration de la justice pénale et à l'acceptation par le large public des sentences rendues par les juridictions pénales. Or, ni les dispositions actuelles du code pénal et du code d'instruction criminelle, ni celles du présent avant-projet de loi ne permettent d'appliquer ces mécanismes aux personnes morales. Pourtant, l'exemple français peut servir de référence : le code pénal français prévoit en effet *expressis verbis* le sursis simple pour les personnes morales¹⁵, des règles relatives à la récidive¹⁶, ou encore des dispositions en matière de réhabilitation judiciaire¹⁷. Ne pas admettre de tels mécanismes d'individualisation de la peine pour les personnes morales heurterait non seulement le principe constitutionnel d'égalité devant la loi, mais aussi le sentiment d'équité. En effet, si le représentant de la personne morale est condamné pour les mêmes faits que la personne morale, il est inéquitable que le premier puisse bénéficier par exemple de circonstances atténuantes, ou encore d'une peine prononcée avec sursis, alors que tel ne serait pas le cas pour la personne morale.

• *En ce qui concerne les mécanismes de la tentative, de la récidive, du concours d'infractions et des circonstances atténuantes*

L'article 52 du code pénal énonce que la tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, et énonce par la suite une gradation des peines criminelles d'emprisonnement. Afin que la règle de la tentative puisse s'appliquer aux personnes morales, il faudrait donc que les rédacteurs de l'avant-projet de loi sous avis introduisent une gradation des peines criminelles applicables aux personnes morales.

¹⁵ Article 132-30 du code pénal

¹⁶ Article 132-12 du code pénal

¹⁷ Article 133-14 du code pénal

La même gradation des peines devrait trouver application pour permettre la mise en œuvre du mécanisme de la récidive (articles 54 et s. du code pénal), du concours d'infractions (articles 58 et s. du code pénal) et des circonstances atténuantes (articles 73 et s. du code pénal).

- *En ce qui concerne le sursis à l'exécution des peines*

En ce qui concerne le sursis, l'article 626 du code d'instruction criminelle permet actuellement seulement le sursis de la peine de l'amende (et de la peine d'emprisonnement, non applicable par essence aux personnes morales). Dans un effort de personnalisation de la peine, la Chambre de Commerce suggère de s'inspirer de la solution française (article 132-33 du code pénal français) pour prévoir la possibilité d'assortir du sursis non seulement l'amende, mais aussi toutes les autres peines qui susceptibles d'être prononcées à l'encontre des personnes morales.

Les dispositions du code d'instruction criminelle relatives à la réhabilitation nécessiteraient pareillement une adaptation aux personnes morales.

La plupart des mécanismes énoncés ci-dessus dépendent de l'existence ou non des antécédents judiciaires de la personne morale condamnée. A cet égard, on s'étonne que l'avant-projet de loi ne procède pas à l'adaptation de la législation luxembourgeoise en ce qui concerne le casier judiciaire. L'article 3 du règlement grand-ducal du 14 décembre 1976 portant réorganisation du casier judiciaire tel que modifié¹⁸ fait seulement état de mentions figurant au casier judiciaire qui ne peuvent s'appliquer par essence qu'à des personnes physiques. La Chambre de Commerce en déduit que les condamnations prononcées à l'encontre de personnes morales ne pourront pas être répertoriées dans un quelconque casier, faute de base légale. Elle estimerait toutefois inéquitable une telle différence de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales et donne à considérer que le législateur français a pris soin de prévoir un tel casier pour les personnes morales¹⁹.

3. Un arrêt à la pénalisation du droit des affaires

La Chambre de Commerce met en garde contre une pénalisation croissante de la vie des affaires. Elle constitue une barrière psychologique importante pour les promoteurs de projets internationaux souhaitant s'installer au Luxembourg.

Seuls les faits les plus graves qui laissent présumer chez l'auteur une véritable intention de nuire à la société et constituant de ce fait un danger pour l'ordre public méritent d'être sanctionnés par des peines pénales. La Chambre de Commerce souscrit entièrement aux propos de Monsieur le Procureur Général d'Etat dans le rapport d'activité 2002-2003²⁰ : « *le législateur prévoit de nouveau le recours systématique à la voie pénale (...). En ce qui concerne la cessation de certains faits ou comportements il semble raisonnable d'avoir recours plutôt à l'action civile, en particulier au juge des référés, plutôt qu'à la voie pénale qui doit être réservée aux faits et comportements d'un certain degré de gravité.* »

¹⁸ Article 3 : « Les intéressés sont désignés sur les fiches par l'indication de leurs noms et prénoms, des noms et prénoms de leurs père et mère et le cas échéant, de ceux de leur conjoint, de la date et du lieu de naissance, de la résidence et de la profession, ou par un numéro d'identification. » A noter que le « numéro d'identification » ne saurait s'entendre comme un renvoi au numéro de la personne morale au Registre de Commerce et des Sociétés, étant donné que le règlement grand-ducal du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de commerce et des sociétés ainsi que de la comptabilité et les comptes annuels des entreprises désigne ce numéro sous le terme de « numéro d'immatriculation ».

¹⁹ Articles 768-1 et s. du code de procédure pénale français

²⁰ Rapport d'activité du Ministère de la Justice 2003, page 235

Enfin, l'introduction de ce nouveau régime mis en place dépend non seulement de la qualité et de la clarté du texte de loi. Il devra aussi s'accompagner de mesures concrètes pour en assurer une application adéquate par l'appareil judiciaire (cf. point 4).

4. Assurer une mise en œuvre efficace du nouveau cadre légal

L'efficacité du droit pénal et son effet comminatoire dépendent largement de la célérité avec laquelle les condamnations pénales sont prononcées. Tel n'est pourtant souvent pas le cas au Luxembourg. La Chambre de Commerce renvoie aux propos alarmistes de Monsieur le Procureur Général d'Etat dans son rapport d'activité 2003-2004 : « *le volume des affaires en instruction, notamment en matière économique-financière a augmenté régulièrement de façon très prononcée, de sorte que l'effectif des magistrats du cabinet d'instruction a été largement insuffisant à traiter tous les dossiers qui de ce fait se sont entassés ce qui conduit à un véritable engorgement du cabinet d'instruction.* »²¹ Ces lenteurs se font particulièrement sentir dans les affaires d'une haute complexité, notamment financière et/ou comptable, dans lesquelles des personnes morales sont hélas souvent mêlées. Il est primordial de réduire au maximum la durée de la phase d'instruction, afin qu'un commerçant (personne physique ou personne morale) faisant l'objet d'une instruction ne soit pas exposé indûment aux suspicions du public susceptibles d'entraîner une perte de renommée et de chiffre d'affaires.

Un système judiciaire rapide et efficace est en outre primordial sur la scène internationale en termes de crédibilité de place économique du Grand-Duché de Luxembourg.

Toutes ces considérations amènent la Chambre de Commerce à inviter le Ministre de la Justice à continuer les efforts entrepris ces dernières années de doter le système judiciaire luxembourgeois de moyens adéquats. Ils devraient non seulement se déployer en termes de quantités (i.e. crédits alloués, nombre de magistrats et effectifs de la police), mais aussi en termes de qualité, en particulier en ce qui concerne la formation des magistrats²². En effet, les affaires notamment économiques et financières, dont auront à connaître les juges luxembourgeois par l'entrée en vigueur du présent avant-projet de loi exigent des personnes chargées des dossiers des connaissances techniques poussées, notamment en droit des sociétés, comptabilité et droit financier.

Commentaire des articles

Concernant l'article 1er

Une phrase introductive aussi générale risque de soulever un problème d'interprétation. Afin d'éviter toute ambiguïté, la Chambre de Commerce invite les rédacteurs à spécifier isolément pour chaque disposition du code pénal si elle est modifiée, complétée, ajoutée ou abrogée.

Concernant le paragraphe 2) : en ce qu'il introduit un nouvel article 6-2 au code pénal

a) Le champ d'application de la responsabilité pénale

i) Le champ d'application personnel : les personnes visées

Il est à saluer que les rédacteurs de l'avant-projet de loi sous avis n'aient pas suivi la voie tracée par le législateur belge dans la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des

²¹ Rapport d'activité du Ministère de la Justice 2004, p. 347

²² Rapport du Ministère de la Justice 2004, p. 348 Monsieur le Procureur Général d'Etat notant : « *dans le domaine des affaires économiques et financières auprès du Service de la Police Judiciaire le fait que le nombre de dossiers traînent et pour partie se prescrivent est expliqué par la surcharge de travail mais aussi par le défaut d'aptitude des agents à traiter ces dossiers.* »

personnes morales qui fait encourir une responsabilité pénale à des groupements ne bénéficiant pas de la personnalité morale. En effet, seules peuvent être poursuivies des personnes morales, qui par leurs organes, sont en mesure de suivre les procédures judiciaires et qui disposent d'un patrimoine propre sur lequel les peines pourront être exécutées.

L'exclusion des communes du champ d'application de la loi n'est pas commentée par les rédacteurs de l'avant-projet de loi sous avis. Le principe de l'égalité devant la loi impose pourtant une application du texte à l'ensemble des personnes morales sans distinction. Une telle exclusion ne paraît guère justifiée, ce d'autant plus que les communes interviennent de plus en plus souvent en tant que véritables acteurs économiques (par exemple : exploitation de crèches, d'une cantine scolaire, d'une piscine etc.). Une telle différenciation de traitement entre les entreprises privées (susceptibles d'encourir une responsabilité pénale) et les communes (qui n'en encourraient pas) créerait une distorsion de concurrence. La nécessité d'assujettir les communes à une responsabilité pénale peut aussi s'illustrer par la récente condamnation au pénal d'édiles locaux pour violation de la loi du 12 juin 1937 concernant l'aménagement des villes et autres agglomérations importantes telle que modifiée²³.

En outre, il paraît peu logique que les communes soient expressément exclues du champ d'application du présent avant-projet de loi, tandis que les syndicats de communes, ou encore les GIE créés de plus en plus souvent par des communes, tomberaient dans ledit champ d'application. La Chambre de Commerce se sent confortée dans son analyse par l'article 121-2 du code pénal français qui admet la responsabilité pénale des collectivités territoriales et leurs groupements pour les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La théorie de service public, fort développée en droit administratif français, est certes inconnue en droit administratif luxembourgeois ; cette absence ne saurait cependant entraîner l'impunité pénale des communes, en particulier dans les domaines dans lesquels elles interviennent au même titre que des personnes morales privées.

En revanche, l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat est logique : il n'est en effet pas concevable que l'Etat, qui détient le monopole de punir, se sanctionne lui-même.

La Chambre de Commerce suppose que l'énumération au commentaire des articles des personnes morales tombant dans le champ d'application personnel de l'avant-projet de loi n'est qu'illustrative. D'autres entités juridiques disposant pareillement de la personnalité morale n'y sont en effet pas visées, tels que les ordres professionnels ou encore les syndicats de copropriétaires.

ii) Le champ d'application matériel : les infractions visées

Pour les raisons invoquées sous la rubrique « Remarques générales », la Chambre de Commerce salue le fait que la responsabilité des personnes morales s'appliquera à toutes les infractions pénales.

La Chambre de Commerce estime toutefois que le Ministre de la Justice devrait faire preuve de discernement et de bon sens dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites : il est indéniable que pour certaines infractions (en particulier celles du Livre II Titre VII du code pénal Des crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique), une condamnation d'une personne morale ne se conçoit en pratique que très difficilement.

b) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales

i) L'auteur immédiat de l'infraction

²³ T.A. Luxembourg 13^e chambre 30 avril 2002, Jugement n° 1090/2002

La Chambre de Commerce accueille favorablement le fait que l'infraction doit être nécessairement commise par un organe ou un représentant de la société. Contrairement à l'article 5 du code pénal belge qui autorise la condamnation de la personne morale pour des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte, les notions d'organe et de représentant restreindraient le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales. Cependant ces deux notions mériteraient d'être précisées dans le texte de loi final.

- *Les organes de la personne morale*

En vertu du commentaire des articles, la notion d'organe engloberait les organes de fait. En raison du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, la Chambre de Commerce est dubitative quant à licéité juridique d'étendre la responsabilité pénale aux organes de fait qui résulterait du seul commentaires des articles. Ensuite, une telle extension n'est pas sans risques pour les personnes morales. Il se peut en effet que les organes officiels de la personne morale n'aient pas eu connaissance de l'immixtion du dirigeant de fait. Dans ces circonstances, il paraît choquant que la personne morale puisse être tenue responsable pénalement des faits de ce dernier.

A supposer que les rédacteurs de l'avant-projet de loi entendent conserver cette notion, la Chambre de Commerce donne à considérer qu'en raison de la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale, cette extension de la notion d'organe devrait être incluse *expressis verbis* dans le texte de l'article. Une précision de texte s'avère indispensable afin d'éviter les dérives jurisprudentielles auxquelles la France est en proie : c'est ainsi que le tribunal correctionnel de Strasbourg n'a pas hésité à prononcer une condamnation à l'encontre d'une société pour un délit de travail clandestin commis par l'ancien président de ladite société qui continuait, de fait, à gérer cette dernière²⁴. Le texte de loi devrait donc préciser que la personne morale ne saurait être tenue responsable pénalement que si le dirigeant de fait agissait dans l'intérêt de la personne morale. En revanche, si le dirigeant de fait agissait essentiellement pour son propre compte, la personne morale devrait être exonérée²⁵.

- *Les représentants de la personne morale*

L'article mériterait une clarification sur la question de savoir si un mandataire spécial de la société qui est en même temps salarié de cette dernière peut ou non être qualifié de représentant au sens du présent article. Le commentaire des articles de l'avant-projet de loi sous avis exclut de la notion de représentant les préposés ayant pour mission d'accomplir des actes matériels. On peut donc s'interroger ce qu'il en est des préposés ayant reçu mission d'accomplir des actes juridiques. Cette question de la délégation des pouvoirs est au cœur des préoccupations des dirigeants d'entreprises. En France, elle a donné lieu à une discussion doctrinale jusqu'à ce que la Cour de Cassation française l'a tranchée dans un sens positif : en vertu de la jurisprudence française, un salarié qui est titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du code pénal français. Il engage donc la responsabilité pénale de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation (Cass. Crim. 30 mai 2000). Cette solution, pertinente en droit, ne paraît cependant pas tenir compte du fonctionnement pratique d'une entreprise : alors même que le salarié s'est fait transférer un certain nombre de pouvoirs, ses décisions sont en général impuissantes à modifier la structure et la politique de l'entreprise dont il est le salarié. Il est dès lors inéquitable de faire rejallir ses fautes sur la société. C'est la raison pour laquelle un salarié ne saurait en aucun cas être considéré comme un représentant au sens de l'article 6-1 du présent avant-projet de loi.

²⁴ Jurisprudence citée par H. Matsopoulou, *ibidem*

²⁵ En ce sens notamment : H. Matsopoulou : *ibidem*, p. 283 et s. ; Frédéric Desportes. Francis le Gunehec : *Droit pénal général*, p. 594 ; Economica, douzième édition

ii) La culpabilité de l'auteur immédiat de l'infraction

Les faits constitutifs de l'infraction doivent être réunis dans le chef de l'organe ou d'un représentant de la personne morale. Le tribunal doit nécessairement constater cette réunion, faute de quoi il ne saurait déclarer la personne morale pénalement responsable.

Le commentaire des articles en déduit d'une part que si l'auteur immédiat de l'infraction est déclaré non coupable par un tribunal, l'infraction ne pourrait plus être mise à charge de la personne morale. Au cas où l'organe ou le représentant qui a commis l'infraction est composé de plusieurs personnes (par exemple : le conseil d'administration, l'assemblée des actionnaires), ce principe soulève de nombreuses interrogations. Dans une telle hypothèse, le tribunal est certes souvent en mesure de déterminer sur base d'un procès-verbal d'une réunion de l'organe en question que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis. Il va de soi que le tribunal ne peut ni condamner pénalement l'organe (car dépourvu de personnalité morale), ni tous les membres de l'organe²⁶ (violation du principe de la personnalité des peines). Le tribunal doit-il alors nécessairement rechercher les membres personnes physiques de l'organe ayant participé à l'infraction ? Le commentaire des articles pourrait le laisser croire. Pourtant, l'article 6-1 ne pose pas une telle exigence. Il paraît judicieux d'éclairer cette question, au moins dans le commentaires des articles. D'ailleurs, dans bien des cas, le juge sera dans l'impossibilité de retrouver la/les personne(s) physique(s) auteur(s) immédiat (s) de l'infraction : elle peut en effet être en fuite ou décédée. Il est même possible qu'elle ne soit pas identifiée, notamment si l'infraction résulte d'un vote à bulletin secret. En outre les procès-verbaux des organes renseignent rarement les noms des personnes ayant voté pour ou contre une résolution. La situation se complique encore pour le juge ou cas où l'organe est composé totalement ou partiellement de personnes morales. Le juge pénal doit-il alors remonter la chaîne jusqu'à ce qu'il tombe sur une personne physique dans le chef duquel les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis ?

Le commentaire des articles énonce encore que « *lorsque l'organe ou le représentant bénéficie d'une des causes de justification subjectives (...) ayant pour effet de supprimer l'élément moral de l'infraction et donc la culpabilité de l'auteur, ces causes subjectives de non responsabilité bénéficient également à la personne morale, dans la mesure où les fautes qui lui sont imputées ne peuvent pas être dissociées de celles de ses organes ou représentants.* » Cette formulation est ambiguë à deux titres. Tout d'abord, la Chambre de Commerce s'interroge de quelle manière un organe, non doté de la personnalité juridique, composé de plusieurs personnes (qui peuvent de surcroît le cas échéant être des personnes morales) ou encore un représentant qui peut lui aussi être une personne morale, pourrait possiblement bénéficier de causes de justification subjectives. Elle en déduit que ces dernières doivent s'apprécier dans le chef des personnes physiques auteurs immédiats de l'infraction. Deuxièmement, une pure analyse linguistique de cette phrase peut laisser croire à l'existence de deux fautes distinctes : une faute imputable à la personne morale, et une autre faute imputable à l'organe ou le représentant. Or, il résulte clairement tant de la doctrine que de la jurisprudence françaises que la responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité indirecte. En effet, le législateur français n'a pas institué un mécanisme permettant d'imputer directement des faits délictueux à une personne morale. Dire qu'une personne morale est pénalement responsable d'une infraction ne signifie donc nullement qu'elle a « commis » elle-même l'infraction. Cela signifie seulement que la responsabilité pénale de l'infraction lui est imputable. Encourent donc la censure les décisions qui retiennent la responsabilité pénale d'une personne morale en relevant directement à l'encontre de celle-ci les éléments constitutifs de l'infraction²⁷. La Cour de Cassation française a clairement énoncé que la faute pénale de l'organe ou du

²⁶ C'est ainsi que la Chambre Criminelle française a jugé que la discrimination résultant de la délibération d'un conseil municipal ne pouvait être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable (Crim. 11 mai 1999 B. n° 93) ;

Dans le même sens : Bruxelles 24 avril 1985 Pas. Belge 1985, II, p.169 : dans cette affaire, un procès-verbal d'un conseil d'administration ne renseignait pas les votes individuels. Bien que la décision ait été prise de manière collégiale, les juges ont refusé d'admettre la responsabilité pénale collective de tous les membres qui se répartiraient de manière égale entre les individus qui ont participé à la décision

²⁷ Frédéric Desportes, Francis Le Guhenec, *ibidem* p. 582

représentant suffit à engager la responsabilité pénale de la personne morale, lorsqu'elle est commise pour le compte de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale²⁸. Ceci est d'ailleurs conforme au texte de l'article 6-2 de l'avant projet de loi qui ne fait pas la moindre allusion à une faute distincte de la personne morale.

En ce qui concerne les causes de justification objectives, le commentaire des articles laisse pareillement sous-entendre qu'elles doivent s'apprécier dans le chef de l'organe ou du représentant. Là encore, la Chambre de Commerce s'interroge comment un organe composé de plusieurs personnes et dépourvu de personnalité morale pourrait être en mesure d'invoquer collectivement une telle cause de justification.

Il résulte des développements qui précèdent que le commentaire des articles semble procéder à un amalgame regrettable entre d'une part la notion de « *organe et représentant de la personne morale* » et d'autre part d' « *auteur immédiat de l'infraction* ».

iii) Le lien entre l'infraction et la personne morale

L'infraction devra être commise « *pour le compte* » de la personne morale. Aucune culpabilité propre à la personne morale, distincte de celle de ses organes ou représentants, n'est exigée. Cette expression est empruntée aux textes de loi français. Il convient dès lors de s'inspirer de la doctrine et la jurisprudence française pour cerner la notion. Son étude montre que ce n'est pas la personne morale elle-même qui commet l'infraction : étant considérée comme un cadre juridique permettant l'exercice d'activités humaines, la personne morale est simplement déclarée responsable de l'infraction commise par un de ses organes ou de ses représentants. Encourent donc la cassation les arrêts retenant la responsabilité pénale d'une personne morale en relevant à son encontre les différents éléments constitutifs de l'infraction²⁹ ou ceux qui omettent de préciser quel organe ou représentant avait engagé la responsabilité³⁰.

La Chambre de Commerce déplore que des précisions capitales sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales ne se trouvent pas dans le texte de loi lui-même, mais seulement au commentaire des articles. Afin d'éviter toute dérive jurisprudentielle, le texte de loi devrait spécifier que la responsabilité pénale de la personne morale ne peut être recherchée que lorsque l'infraction est commise exclusivement au profit et dans l'intérêt de la personne morale. Même en présence d'une telle clarification du texte, on peut légitimement craindre que la responsabilité pénale des sociétés commerciales demeurera néanmoins quasi automatique : en effet leurs organes sont toujours censés agir dans l'intérêt des personnes morales³¹, alors même que leurs actes excéderaient l'objet social. Si cette présomption érigée par la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée s'appliquait aussi à la matière pénale, la société commerciale serait engagée même pour les faits de ses organes et représentants qui agiraient pour leur propre compte et dans leur intérêt personnel exclusif, alors même qu'ils se situent manifestement en dehors de l'objet social. Au moins le commentaire des articles devrait spécifier que ces présomptions ne trouveront pas application en matière pénale.

c) Le principe du cumul de la responsabilité des personnes morales et de celle des personnes physiques

L'article 6-2 alinéa 2 prévoit la possibilité d'un cumul de la responsabilité pénale de la personne morale avec celle de personnes physiques, qui sera en pratique souvent celle de l'auteur direct de l'infraction. La Chambre de Commerce renvoie à son scepticisme à l'égard de ce

²⁸ En ce sens l'arrêt de principe : Cass.crim. 2 déc. 1997 D. 1998 IR p. 61 ; JCP E 1998 p. 948 et les conclusions du rapporteur Frédéric Desportes.

²⁹ Cass. 2 déc. 1997 D. 1998 IR 61; Rev sociétés 1998 p 148, JCP E p.948

³⁰ Cass. 29 avril 2003 D. 2003 p.318

³¹ Articles 60 bis et 191 bis de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, respectivement

mécanisme développé sous la section 2.3. de la rubrique « *Remarques générales.* » et sa proposition de n'admettre le cumul que pour les infractions intentionnelles. C'est en effet sous cette condition que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales s'accompagnera de l'allègement nécessaire de la responsabilité pénale personnelle de l'entrepreneur. L'article 6-2 devrait donc être reformulé afin que seules les infractions pour lesquelles au moins un dol général est requis soient susceptibles d'être imputées à la fois à la personne morale et la personne physique. Le recours à la notion d'infraction matérielle, forgée depuis de longues années par la jurisprudence luxembourgeoise, permet d'atteindre cet objectif. Afin de permettre au législateur d'admettre néanmoins un cumul des responsabilités pénales pour des infractions pour lesquelles il le jugerait opportun, il convient d'ajouter une réserve en ce sens dans le texte. La Chambre de Commerce note en outre une divergence entre le libellé de cet alinéa tel que libellé dans le corps du texte avec celui figurant au commentaire des articles³². Ce dernier est directement inspiré de l'article 121-2 du code pénal français. Le terme « *indépendant* » peut prêter à confusion puisqu'il estompe le concept de responsabilité indirecte de la responsabilité pénale de la responsabilité pénale de la personne morale.

En conséquence, la Chambre de Commerce propose le libellé suivant à l'alinéa 2 de l'article 6-2 :

« *En matière d'infractions purement matérielles, la responsabilité pénale des personnes morales exclut celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions, à moins que la loi n'en dispose autrement.* »

Concernant le paragraphe 4), en ce qu'il introduit un nouvel article 7-1 au code pénal

L'article 7-1 énumère les peines criminelles que les personnes morales seront susceptibles d'encourir. La rédaction lapidaire du catalogue des peines est de nature à exposer l'inculpé à l'arbitraire du juge. Il revient au contraire au législateur de veiller à une gradation des peines en fonction de la gravité de l'atteinte à l'ordre public et d'encadrer le pouvoir de sanction du juge pénal. Elle donne à considérer que tant la France³³ que la Belgique³⁴ ont veillé à une telle gradation. La Chambre de Commerce s'est inspirée de ces deux expériences étrangères pour proposer un nouveau libellé à l'article 7-1. Elle renvoie en outre à ses développements sous la rubrique « *Remarques générales* » en ce qui concerne la nécessité d'introduire des dispositions relatives à la tentative, la récidive, au concours d'infractions, au sursis, aux circonstances aggravantes et atténuantes, ou encore à la réhabilitation.

En ce qui concerne les sanctions de la fermeture définitive d'établissement et l'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles prononcées à l'encontre des sociétés, la Chambre de Commerce donne à considérer qu'elles s'assimilent en pratique à une mise à mort de la société : une personne morale qui doit fermer son entreprise ou qui est interdite d'exercer une activité professionnelle (en particulier si elle n'en a qu'une seule), est en pratique dans l'impossibilité de poursuivre son existence. La fin de la personne morale frappe non seulement les dirigeants et les actionnaires de la société, mais aussi les preneurs d'intérêts de la société : ses salariés, les fournisseurs, clients, etc. Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce s'est inspirée de la législation française pour proposer de limiter la sanction de la fermeture de l'établissement au(x) seul(s) établissement(s) qui a/ont été à l'origine du trouble causé à l'ordre public, c'est-à-dire celui/ceux qui ont servi à commettre l'infraction. D'autre part, la sanction de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ne devrait s'appliquer qu'à celle qui a donné lieu à la commission de l'infraction. En outre, il convient de donner aux juges le pouvoir d'adapter la durée de cette sanction à la gravité de l'infraction. La Chambre de Commerce s'interroge de quelle manière la sanction de

³² Commentaire des articles, page 18 : « *La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions.* »

³³ Article 131-39 du code pénal

³⁴ Articles 35 et s. du code pénal

l'interdiction d'exercer une activité professionnelle sera portée à la connaissance du public, en particulier des instances gouvernementales délivrant les autorisations d'établissement. A ses yeux l'instauration d'un casier judiciaire spécifique aux personnes morales s'avèrera donc nécessaire.

En ce qui concerne la peine capitale, à savoir la dissolution, elle devrait rester tout à fait exceptionnelle. Une parallèle doit ici être tracée avec les personnes physiques : la peine la plus élevée, à savoir la réclusion à vie, n'est elle aussi prévue que pour les crimes les plus graves. Les rédacteurs de l'avant-projet de loi devraient donc prévoir les infractions pour lesquelles la dissolution pourra être prononcée. Au cas où il s'agit de la dissolution d'une société commerciale, il conviendra en outre de désigner l'autorité en charge de régler les aspects pratiques de la dissolution : règles de dissolution, désignation d'un liquidateur etc.³⁵. La Chambre de Commerce estime que le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale serait l'autorité disposant de plus de savoir faire que le juge pénal, étant donné que de tels pouvoirs d'organisation d'une liquidation lui sont déjà dévolus dans le cadre des articles 203 et 203-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée.

La Chambre de Commerce s'interroge sur la compétence du juge luxembourgeois de dissoudre une personne morale de droit étranger. L'actuel article 203-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée prévoit à l'heure actuelle seulement la fermeture de l'établissement luxembourgeois d'une société étrangère.

Enfin, il est difficilement imaginable que les peines d'interdiction d'exercer une activité professionnelle et de dissolution soient prononcées à l'encontre de personnes morales dont l'existence découle non pas de la volonté des personnes ayant constitué la personne morale, mais de la loi, tels que les syndicats de copropriété ou les ordres professionnels. Il devrait en aller de même des communes (au cas où les rédacteurs du présent avant-projet de loi suivraient l'avis de la Chambre de Commerce de les inclure dans le champ d'application de la loi). L'article 7-1 mériterait d'être précisé sur ce point.

Dès lors, l'article 7-1 prendrait le libellé suivant :

« Si une personne morale est déclarée responsable d'un crime, les peines portées par la loi sont remplacées par les peines suivantes :

- 1) *l'amende ;*
- 2) *la confiscation spéciale ;*
- 3) *la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus du ou des établissements de la personne morale ayant servi à commettre les faits incriminés ;*
- 4) *la publication ou l'affichage, aux frais de la personne morale condamnée, de la décision ou d'un extrait de la décision de condamnation ;*
- 5) *l'interdiction, à titre définitif, ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer la ou les activités professionnelles ayant donné lieu à la commission des faits incriminés ;*
- 6) *la dissolution de la personne morale lorsqu'elle a été créée ou détournée de son objet pour commettre les faits incriminés. Lorsque le juge décide la dissolution d'une société commerciale, il renvoie la cause devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui procède conformément à l'article 203 (3) et suivants de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée.*

Les peines définies aux 5) et 6) ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales dont l'existence résulte de la loi. »

³⁵ En ce sens aussi : article 131-45 du code pénal français : « La décision prononçant la dissolution de la personne morale comporte le renvoi de celle-ci devant le tribunal comptent pour procéder à la liquidation. »

Concernant le paragraphe 5), en ce qu'il introduit un nouvel alinéa à l'article 9 au code pénal

Un nouvel alinéa sera ajouté à l'article 9 du code pénal, afin de prévoir que le taux maximum de l'amende qui puisse être infligée à la personne morale est égal au triple de celui prévu pour les personnes physiques. La rédaction de ce nouvel alinéa peut prêter à confusion puisqu'il fait état de « *taux maximum de l'amende (..) prévu pour les personnes physiques* », sans qu'aucun autre article du code pénal n'énonce que les amendes exprimées au code pénal sont celles prévues à l'encontre de personnes physiques.

Concernant le paragraphe 6), en ce qu'il modifie l'article 14 du code pénal

La Chambre de Commerce relève une erreur matérielle au point 1) : la version actuellement en vigueur de cet article utilise le terme de « *l'emprisonnement* », et non ceux de « *la réclusion à vie ou à temps.* »

Concernant le paragraphe 7), en ce qu'il introduit un nouvel article 14-1 au code pénal

Un nouvel article 14-1 énoncera les peines correctionnelles applicables aux personnes morales. Alors que le juge pénal dispose à l'égard d'un condamné personne physique d'une large possibilité d'individualisation de la peine par le recours aux peines de substitution, ce pouvoir lui est ôté à l'encontre de personnes morales. Ces dernières ne peuvent en effet par essence point faire l'objet de peines de substitution, ou encore d'une interdiction de conduire certains véhicules.

La Chambre de Commerce estime toutefois essentiel qu'une certaine gradation des peines en fonction de la gravité des infractions soit maintenue. Il est donc regrettable que les peines correctionnelles soient les mêmes que les peines criminelles. Dès lors, la Chambre de Commerce propose les modifications suivantes : la fermeture pour une durée maximale de cinq ans qui met en péril l'existence même de la société et celle de nombreux de ses preneurs d'intérêts, ne s'avère guère justifiée et proportionnée pour la punition de délits. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce propose de réduire la durée maximale à deux ans. Au cas où le condamné a, antérieurement à sa condamnation exercé plusieurs activités, dont une seule lui est interdite pendant une durée relativement limitée, il aura plus de chances de pouvoir renouer avec l'activité économique qui lui a été temporairement interdite (retrouver la clientèle, les sources d'approvisionnement etc.).

Ce même souci devrait inspirer la durée maximale de l'interdiction d'une activité professionnelle. Les peines les plus lourdes, à savoir la fermeture définitive de l'entreprise ou d'un ou de plusieurs établissements et la dissolution devraient être réservées à la sanction des crimes.

Dès lors, l'article 14-1 prendrait le libellé suivant :

« *Si une personne morale est déclarée responsable d'un délit, les peines portées par la loi sont remplacées par les peines suivantes :*

- 1) *l'amende ;*
- 2) *la confiscation spéciale ;*
- 3) *la fermeture pour une durée de deux ans au plus du ou des établissements de la personne morale ayant servi à commettre les faits incriminés ;*
- 4) *la publication ou l'affichage, aux frais de la personne morale condamnée, de la décision ou d'un extrait de la décision de condamnation ;*
- 5) *l'interdiction, à titre définitif, ou pour une durée de deux ans au plus d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ayant donné lieu à la commission des faits incriminés.*

La peine définie au 5) ci-dessus n'est pas applicable aux personnes morales dont l'existence résulte de la loi. »

Concernant le paragraphe 8), en ce qu'il introduit un nouvel alinéa à l'article 16 du code pénal

La Chambre de Commerce renvoie pour le surplus à ses remarques formulées à l'encontre du paragraphe 5).

Concernant le paragraphe 9), en ce qu'il modifie l'article 25 du code pénal

La Chambre de Commerce estime qu'une erreur matérielle s'est glissée dans cet article qui devrait simplement reprendre le libellé actuel de l'article 25 avec la précision qu'il ne s'applique qu'aux personnes physiques, tandis que le nouvel article 25-1 traitera des peines de polices que pourront encourir les personnes morales. En outre, la Chambre de Commerce s'étonne de la suppression à l'article 25 de la référence aux « *peines autres que privatives prévues de liberté prévues par des lois spéciales.* »

Concernant le paragraphe 11), en ce qu'il introduit un nouvel alinéa à l'article 26 du code pénal

. La Chambre de Commerce s'interroge s'il n'y aurait pas lieu de retenir, pour des raisons de cohérence juridique du texte, exactement la même formulation aux articles 19 et 6 *in fine*.

Concernant le paragraphe 12), en ce qu'il modifie l'article 86 du code pénal

L'article 86 est modifié pour spécifier que les peines prononcées à l'encontre des personnes morales s'éteignent par la perte de la personnalité juridique. Alors que le législateur français a adopté une solution similaire³⁶, le législateur belge a opté pour la solution inverse : la perte de la personnalité juridique de la personne morale n'éteint pas la peine³⁷.

La solution retenue par les rédacteurs de l'avant-projet de loi favorisera la dissolution des personnes morales, afin de permettre l'extinction des peines pénales, voire de mettre en échec l'action publique (cf. le commentaire ci-dessous relatif à la modification de l'article 2 du code d'instruction criminelle). La Chambre de Commerce déduit de l'analyse des auteurs³⁸ que tout événement déclenchant la perte de la personne morale entraîne l'extinction de l'infraction, et, dans la suite logique des choses, des peines et de l'action publique pour l'application des peines.

En outre, la Chambre de Commerce invite les rédacteurs de l'avant-projet de loi à clarifier si l'alinéa 3 de l'article 86 du code pénal restera en vigueur ou non.

Concernant l'article 2

Une phrase introductive trop générale est de nature à susciter des doutes sur l'étendue des modifications. La Chambre de Commerce suggère de spécifier pour chaque article pris isolément en quoi il est modifié ou complété.

³⁶ Article 133-1 du code pénal français

³⁷ Article 86 du code pénal belge

³⁸ Page 14 alinéa premier du document : « *Comme la personnalité morale des sociétés cessera d'exister par l'effet de la fusion, les infractions commises préalablement à la fusion ne seront pas imputables aux sociétés absorbées suite à la fusion.* ».

Concernant le paragraphe 1), en ce qu'il modifie l'article 2 du code d'instruction criminelle

L'article 2 du code d'instruction criminelle sera modifié pour prévoir que l'action publique à l'encontre de personnes morales s'éteint par la perte de la personnalité juridique.

Cette solution démontre bien les limites de l'artifice de la responsabilité pénale des personnes morales : tandis que l'action publique pour l'application de la peine disparaît en cas de perte de la personnalité juridique de la personne morale, elle continuerait à exister à l'égard de la personne physique jusqu'à la prescription de l'action publique ou le décès de la personne physique. Cet état des choses peut choquer le sentiment d'équité, puisque la personne physique n'a pu commettre l'infraction que grâce et pour le compte de la personne morale. Il convient donc de s'interroger si l'extinction de l'action publique à l'encontre de la personne morale ne devrait pas aller de pair avec l'extinction de celle à l'encontre de la personne physique ayant commis l'infraction.

Concernant le paragraphe 2), en ce qu'il modifie l'article 26 (1) du code d'instruction criminelle

L'article 26 (1) ajoute la compétence territoriale du procureur d'Etat du siège social de la personne morale. Comme le commentaire des articles ne contient pas de précisions quant au mode de détermination du siège social, la Chambre de Commerce suppose qu'il se fera selon les règles du droit des sociétés luxembourgeois. Or, ce dernier adopte la théorie du siège réel, définition forgée par la doctrine et la jurisprudence. Avec la dématérialisation des documents sociaux, la virtualisation croissante de la tenue des conseils d'administration (et bientôt des assemblées générales), il sera en pratique bien souvent difficile pour le procureur de déterminer le siège social d'une société.

On peut douter que le terme de « *siège social* » soit approprié pour désigner le lieu d'établissement des personnes morales autres que les sociétés (par exemple : les syndicats de communes, les syndicats de copropriétaires, les ordres professionnels). C'est ainsi que les textes français utilisent le terme plus générique de « *siège* »³⁹.

En outre, la Chambre de Commerce suggère de reformuler la fin de la phrase comme suit : « (...) *celui du lieu d'arrestation d'une ces personnes physiques...* ». Il est en effet évident que les termes « *ces personnes* » ne sauraient s'entendre comme un renvoi aux personnes morales, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une arrestation.

Concernant le paragraphe 3), en ce qu'il modifie l'article 29 (1) du code d'instruction criminelle

La Chambre de Commerce renvoie à ses remarques sub 2) ci-dessus.

Concernant le paragraphe 4)

Il convient d'ajouter après « *Livre Ier, Titre III* » les termes « *Chapitre Ier* ».

L'article 112-1 énonce les mesures provisoires que le juge d'instruction est autorisé à prendre à l'encontre des personnes morales. Ces mesures, loin de frapper seulement la personne morale proprement dite, sont susceptibles de frapper lourdement – par ricochet – des tiers innocents : associés, salariés et/ou cocontractants de la personne morale en question. Il est dès lors essentiel de réduire au strict minimum l'immixtion du juge d'instruction dans la vie économique de la personne morale. La Chambre de Commerce tient à saluer le discernement des rédacteurs de l'avant-projet de loi qui sont, afin de préserver ce principe de non immixtion, allés plus loin que le législateur français qui n'exige pas de tels indices graves de culpabilité ou des circonstances

³⁹ Article 557 du code d'instruction criminelle

particulières⁴⁰ et que le législateur belge, qui exige certes des « *circonstances particulières* », mais retient seulement des « *indices sérieux de culpabilité* », notion plus faible aux yeux de la Chambre de Commerce que celle d'« *indices graves* ».

La Chambre de Commerce estime toutefois contraire au principe élémentaire du droit de la défense que ces mesures d'instruction puissent être prises sans que la personne morale n'ait été entendue une première fois par le juge d'instruction, comme c'est le cas en matière de délivrance d'un mandat de dépôt à l'encontre de personnes physiques⁴¹.

La Chambre de Commerce désapprouve en outre que les pouvoirs accordés par le juge d'instruction s'appliquent indistinctement à toutes les catégories d'infractions. Des pouvoirs aussi larges qui constituent une immixtion directe du juge dans la vie d'une personne morale ne sauraient lui être réservés que pour les incriminations les plus graves, à savoir les crimes et délits. La Chambre de Commerce relève en particulier une discrédance flagrante dans le traitement réservé aux personnes physiques avec celui prévu pour les personnes morales : tandis que les premières ne peuvent être privées de leur liberté d'aller et de venir par la délivrance d'un mandat de dépôt, qu'en cas d'indices graves de culpabilité pour des faits emportant une peine criminelle ou peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement⁴², il en irait autrement pour les personnes morales, qui pourraient être gravement restreintes dans leur liberté d'agir (en particulier l'interdiction de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale et de l'interdiction d'exercer certaines activités économiques) pour toutes les infractions, y compris de simples contraventions.

En ce qui concerne la mesure provisoire de l'interdiction ou de la suspension de la procédure de liquidation ou de dissolution, la Chambre de Commerce estime qu'il y a lieu d'assurer une publicité adéquate de cette décision afin d'en informer, notamment les tiers créanciers, de l'arrêt provisoire de la phase de liquidation. Un dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés et une publicité au Mémorial C est le mode le mieux adapté pour assurer une large diffusion de cette décision dans le public. La Chambre de Commerce invite les rédacteurs de l'avant-projet de loi d'ajouter une telle publicité à l'article 112-1.

En ce qui concerne la mesure de l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale, la Chambre de Commerce déduit de ce libellé (et en particulier l'emploi de termes « *spécifiques* »), que la mesure ne saurait être générale et interdire de facto toute activité économique à la personne morale pendant la durée de l'instruction.

En ce qui concerne la mesure provisoire du dépôt du cautionnement, la Chambre de Commerce donne à considérer que son montant devra entre autres être proportionné au patrimoine de la personne morale, ce qui relève souvent d'une appréciation nettement plus complexe que celle de l'appréciation de la fortune et des revenus d'une personne physique. Il est à craindre que le juge d'instruction sera souvent mal outillé pour procéder à une quasi analyse financière de la personne morale pour déterminer le montant du cautionnement. En outre, la Chambre de Commerce estime que l'article 122 du code d'instruction criminelle qui prévoit la fin des obligations résultant du cautionnement si l'inculpé se présente à tous les actes de procédure et pour l'exécution du jugement, devrait s'appliquer pareillement aux cautionnements prononcés à l'encontre des personnes morales.

En revanche, la Chambre de Commerce s'oppose à la mesure provisoire consistant dans l'interdiction d'exercer certaines activités économiques faisant l'objet de l'information. Elle donne à considérer qu'une telle interdiction entraînerait pour de nombreuses entreprises des pertes économiques irréparables et irréversibles (perte de clientèle, de chiffres d'affaires, perte de réputation, licenciements économiques des salariés etc.), pouvant aller jusqu'au dépôt de bilan de

⁴⁰ Article 706-45 du code de procédure pénale français

⁴¹ Article 94 du code d'instruction criminelle

⁴² Article 94 du code d'instruction criminelle français

l'entreprise. Une perturbation économique d'une telle ampleur et une immixtion aussi généralisée dans les affaires de la personne morale ne se justifie pas pour des mesures dites « provisoires » faites dans le cadre de la procédure de l'instruction qui de surcroît s'étend dans bien des cas sur plusieurs années. Au cas où l'innocence de la personne morale s'avérerait par la suite, l'Etat luxembourgeois risquerait d'encourir sa responsabilité sur base de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques. Par ailleurs, il convient de s'interroger si des pouvoirs aussi étendus qui sont de la sorte accordés au juge d'instruction excèdent en terme de proportionnalité le respect de la liberté de commerce et d'industrie garantie par la Constitution luxembourgeoise.

Dès lors, la Chambre de Commerce propose à titre principal le libellé suivant à l'article 112-1:

« (1) Lorsque le juge d'instruction constate qu'il existe des indices graves de culpabilité chez une personne morale et si le fait emporte une peine criminelle ou une peine correctionnelle, il peut, si des circonstances particulières le requièrent et par une ordonnance spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce et par référence aux conditions indiquées ci-avant, ordonner une ou plusieurs des mesures suivantes :

- 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 de cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne en vertu du présent paragraphe.

(2) Lorsque le juge d'instruction constate qu'il existe des indices graves de culpabilité chez une personne morale et si le fait emporte une peine contraventionnelle, il peut, si des circonstances particulières le requièrent et par une ordonnance spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce et par référence aux conditions indiquées ci-avant, ordonner une ou plusieurs des mesures suivantes :

- l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale ;
- le dépôt de cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne en vertu du présent paragraphe.

(3) Les articles 122, 126 et 126-2 sont applicables aux mesures ordonnées en vertu des paragraphes précédents. »

A titre subsidiaire, la Chambre de Commerce propose une rédaction plus circonstanciée de la sanction de l'interdiction d'exercer certaines activités économiques, inspirée de l'article 706-45 du code de procédure pénale français, qui devrait s'ajouter comme un nouveau tiret à l'énumération de l'article :

« - l'interdiction d'exercer certaines activités économiques, lorsque le fait a été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise. »

Concernant les paragraphes 5), 6), 7), 8), 9), 10) et 11), en ce qu'ils introduisent les articles 381, 383, 384, 387, 388 et 389 au code d'instruction criminelle

Les articles visent à régler la question des significations des actes à des personnes morales. Ils ne soulèvent pas de remarques particulières. La Chambre de Commerce renvoie à son

commentaire relatif à l'article 26 (1) ci-dessus en ce qui concerne le caractère inapproprié du terme « *siège social.* »

Concernant le paragraphe 12), en ce qu'il introduit un nouvel article 394 au code d'instruction criminelle

L'article 394 règle la représentation de la personne morale pendant la procédure pénale en cours et semble directement inspiré de l'article 776-43 du code de procédure pénale français⁴³.

La Chambre de Commerce note que l'alinéa 1^{er} du texte proposé s'écarte sur deux points du texte français : d'une part, il emploie tant le singulier que le pluriel. D'autre part, le texte englobe aussi les représentants statutaires. En ce qui concerne le premier point, est-ce à signifier qu'une action en justice dirigée à l'encontre d'une S.à.r.l. qui disposerait de plusieurs gérants serait exercée en la personne de tous ses gérants, conformément à l'article 191 bis de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée? En ce qui concerne le second point, la Chambre de Commerce suppose qu'il s'agit d'un renvoi implicite à l'article 53 alinéa 3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle que modifiée, autorisant les aménagements statutaires en ce qui concerne la représentation de la société en justice. L'action publique devra-t-elle alors être impérativement dirigée en la personne de ces représentants statutaires ? Le texte gagnerait en clarté si ces deux points se trouvaient résolus.

Le troisième alinéa de cet article permet à la personne morale de désigner un autre représentant au cas où le ou les représentants légaux ou statutaires font eux-mêmes l'objet d'une action publique pour les mêmes faits ou des faits connexes qui donnent lieu à poursuite à l'encontre de la personne morale.

L'alinéa 6 du texte proposé permet au président du tribunal d'arrondissement sur requête du ministère public de désigner un représentant au cas où la personne morale n'y aurait pas procédé elle-même. En vertu du commentaire des articles, cette personne peut être autant une personne occupant une fonction déterminée au sein de la personne morale qu'une personne tierce. Le commentaire des articles analyse cette décision en pur acte d'administration judiciaire contre lequel aucune voie de recours ne serait ouverte. Pourtant, la personne ainsi désignée d'office devrait avoir le pouvoir de décliner cette charge lourde de conséquences pour des raisons dûment motivées. En outre, la personne morale elle-même devrait disposer d'une voie de recours au cas où elle estime que la personne ainsi désignée ne dispose pas des compétences nécessaires pour mener à bien la représentation de la société.

En ce qui concerne la nomination d'une personne tierce, il convient de s'assurer qu'elle dispose de toutes les compétences et de l'honorabilité nécessaires pour assurer une représentation adéquate de la personne morale, la Chambre de Commerce suggère qu'elle devra impérativement être choisie parmi les professions réglementées suivantes : avocats à la cour, notaires, experts-comptables, réviseurs d'entreprises. Le texte du projet de loi mériterait clarification sur le point de savoir si la personne ainsi désignée d'office par le président du tribunal d'arrondissement a droit ou non à une rémunération et si cette dernière est à charge de la personne morale ou de la collectivité.

Le commentaire des articles exige que ce représentant doive toujours être assurée par une personne physique. La Chambre de Commerce reconnaît certes l'utilité pratique de cette exigence, mais donne à considérer qu'elle n'est pas énoncée par l'article 394. Il conviendra en outre de clarifier le sort des représentants légaux ou statutaires qui seraient des personnes morales. Il n'existe en effet à l'heure actuelle une obligation de désigner un représentant personne physique que pour les sociétés anonymes (articles 51bis et 60bis-4 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée)..

⁴³ Article 706-43 du code de procédure pénale français : « L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de **son représentant légal** à l'époque des poursuites. (...) »

Concernant le paragraphe 12), en ce qu'il introduit un nouvel article 395 au code d'instruction criminelle

L'article est directement inspiré de l'article 706-44 du code de procédure pénale français et ne soulève pas de commentaires.

Concernant l'article 3

La sanction de la dissolution prévue à l'heure actuelle aux articles 203 à l'encontre des sociétés luxembourgeoises et 203-1 à l'encontre des établissements luxembourgeois de sociétés étrangères qui poursuivent des activités contraires à la loi pénale est supprimée, afin d'éviter un double emploi avec la sanction prévue aux articles 7-1-6) et 14-1 6).

Concernant le paragraphe 1), en ce qu'il modifie l'article 203 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée

Pour des raisons de clarté, la Chambre de Commerce suggère d'ajouter que les autres paragraphes de l'article 203 demeurent inchangés.

Concernant le paragraphe 2), en ce qu'il modifie le premier alinéa de l'article 203-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée

Pour des raisons de clarté, la Chambre de Commerce suggère d'ajouter que les autres paragraphes de l'article 203-1 demeurent inchangés.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver l'avant-projet de loi sous rubrique que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

DAN/TSA