

Responsabilité pénale de la société absorbante pour des actes accomplis par la société absorbée : l'important revirement de jurisprudence de la Cour de cassation.

Par Thomas DUVAL.

Dans un arrêt du 25 novembre¹ dernier, la chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence de grande importance en matière de fusion de sociétés. Dorénavant, la responsabilité pénale de la société absorbante pourra être engagée pour des actes accomplis, avant la fusion, par la société absorbée.

Aux termes de l'article 121-1 du code pénal, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Il s'en déduisait jusqu'alors², dans le cadre d'une opération de fusion-absorption, qu'une société absorbante ne pouvait être poursuivie et condamnée pour des faits commis, antérieurement à ladite opération de fusion, par la société absorbée.

Cette solution reposait sur le fait que la société absorbée disparaissait au profit de la seule société absorbante. Or, cette position se démarquait tant du droit des sociétés (la fusion-absorption entraînant la dissolution *sans liquidation* de l'absorbée³), que de la réalité économique de la vie des sociétés (le patrimoine de la société absorbée étant universellement transmis à la société absorbante, et les associés de l'absorbée devenant les associés de l'absorbante dans les conditions déterminées par le contrat de fusion). Aussi, certains avaient cru pouvoir utiliser l'opération de fusion pour permettre à une société d'échapper à sa responsabilité pénale.

La Cour de cassation opère ici un véritable revirement de jurisprudence, en se basant avant tout sur la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale, mettant ainsi fin au rapprochement -jusqu'alors fait- avec l'hypothèse du décès d'une personne physique.

« C'est avec pragmatisme que la Cour de cassation opère ce revirement de jurisprudence, en se basant avant tout sur la réalité économique et fonctionnelle de la vie des sociétés. »

Désormais, elle considère que l'on doit déduire de l'article 121-1 du code pénal, interprété à la lumière de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que l'absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par l'absorbée avant l'opération de fusion-absorption.

En conséquence, « le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive précitée ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation ». L'on comprend que, puisque le transfert de responsabilité pénale est fondé sur la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale, les autres peines applicables aux personnes morales, notamment la dissolution, ne pourraient pas être prononcées.

¹ Cass. Crim., 25 novembre 2020, n° 18-86.955

² Voir par ex. deux arrêts publiés au bulletin : Cass. Crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-86.742 ; et Cass. Crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-86.376.

³ Article L.236-3 du code de commerce.

Il est à noter que cette solution s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de 2015 de la CJUE⁴.

Bien entendu, cette interprétation nouvelle ne pourra s'appliquer qu'aux fusions conclues postérieurement à la décision ici commentée, aux fins de respecter le principe de prévisibilité.⁵

Pour autant, la Cour de cassation, semblant vouloir faire œuvre de pédagogie et de prudence, ne manque pas de préciser, s'agissant de l'application dans le temps, que la solution serait différente en cas d'existence d'une fraude à la loi. Dans cette hypothèse, la Cour considère en effet, quelle que soit la date de la fusion ou la nature de la société concernée, que le juge peut prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption, y compris antérieure au présent arrêt, a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, et qu'elle constitue ainsi une fraude à la loi.

La décision du 25 novembre a donc une portée plus large que la jurisprudence de la CJUE précitée. En outre, l'on comprend qu'ici tout type de sanction pénale pourrait être prononcée par le juge, y compris la dissolution de l'absorbante.

D'une manière générale, cette décision rappelle l'importance pour la société qui envisage l'absorption d'une autre de réaliser, avant la fusion, un audit économique, juridique et fiscal de la société à absorber, pour obtenir une vision la plus complète possible des droits et obligations de celle-ci, et déceler un éventuel risque pénal (pour autant que celui-ci ne soit pas volontairement dissimulé par la future absorbée !).

« Cette solution s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la CJUE. »

Le banquier prudent, quant à lui, devra s'assurer que ces diligences ont été accomplies avant d'envisager le financement de l'opération. Il veillera, en outre, à bien comprendre la justification économique de l'opération de restructuration, notamment en prenant connaissance du mémorandum de structure que lui présentera son client.



L'AUTEUR

Thomas DUVAL est juriste en financements *corporate* au sein d'un établissement bancaire. Il est également administrateur de l'ANJB, et membre de son Conseil Scientifique.

⁴ Dans un arrêt de 2015, la CJUE avait considéré que les dispositions de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 devaient être interprétées en ce sens qu'une fusion par absorption entraînait la transmission à la société absorbante de l'obligation de payer une amende infligée après cette fusion pour des infractions au code du travail commises par la société absorbée avant la fusion (CJUE, arrêt du 5 mars 2015, Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho, C-343/13). Jusqu'alors, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'était refusée à prendre acte de cette décision.

⁵ Principe de prévisibilité juridique, découlant notamment de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.