Lettre Creda-sociétés
A retrouver sur le site de la CCI Paris Ile de France
n° 2021-01
13 janvier 2021

FUSION ET SANCTIONS PÉNALES : LES ÉLANS EUROPÉENS DE LA CHAMBRE CRIMINELLE

Par une décision du 25 novembre 2020 (Cass. crim., 25 novembre 2020, n° 18-86.955) la Cour de cassation vient modifier sa position sur la transmission de sanctions pénales à la société absorbante, lorsque les faits litigieux ont été commis par la société absorbée.

Une société est poursuivie pour destruction involontaire de biens appartenant à autrui par l'effet d'un incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi. La société ayant fait l'objet d'une fusion-absorption postérieurement à l'incendie, c'est l'absorbante qui est citée à comparaître par les parties civiles.

La société absorbante reproche à la juridiction d'appel d'avoir accepté un supplément d'information pouvant aboutir à l'engagement de sa responsabilité pénale pour des faits commis par la société absorbée, alors qu'une opération de fusion-absorption, en ce qu'elle entraîne dissolution de la société absorbée, ne devrait pas entraîner une telle transmission.

Cet argument est rejeté par la chambre criminelle. Dans une décision répondant à la méthode de la motivation enrichie, les juges considèrent que « en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ [de la directive 78/855/CEE du 9 octobre 1978, codifiée par la directive 2017/1132 du 14 juin 2017], la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération » (§ 35). La chambre criminelle opère un revirement circonscrit de jurisprudence.

UN REVIREMENT CONTRAINT DE LA CHAMBRE CRIMINELLE ?

Si la chambre criminelle avait jusqu'alors toujours refusé de considérer la transmission des sanctions et des poursuites pénales à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée (Cass. crim., 20 juin 2000 n° 99-86.742 ; Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 02-86.376 ; Cass. crim., 25 octobre 2016, n° 16-80.366) en raison de l'application du principe de personnalité des peines et des délits mentionné notamment à l'article 121-1 du Code pénal (CP), sa position devenait de plus en plus isolée :

- Le Conseil d'État avait plusieurs fois accepté la transmission de sanctions fiscales et financières à la société absorbante en raison de faits commis par la société absorbée (CE, 22 novembre 2000, n° 207697 ; CE, 30 mai 2007, n° 293423 ; CE, 23 juillet 2014, n° 359902) ;
- La Chambre commerciale avait déjà ordonné la transmission d'amendes civiles à la société absorbante du fait d'atteintes concurrentielles commises par l'absorbée avant la restructuration (Cass. com., 28 février 2006, n° 05-12.138 ; Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29.166) ;
- La Cour de Justice de l'Union Européenne, quant à elle, avait dit pour droit dans un arrêt *Continente* (CJUE, 5 mars 2015, C-343/13) « qu'une fusion par absorption (…) entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion »
- La Cour Européenne des droits de l'Homme enfin, statuant sur les mêmes faits que la chambre commerciale dans son arrêt de 2014, considère que l'application de l'amende civile à la société absorbante en raison d'infractions concurrentielles commises par la société absorbée n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, car l'absorbante ne représente que la continuité économique de l'absorbée (CEDH, 24 octobre 2019, n° 37858/14).

Ces deux dernières décisions ont justifié le revirement de jurisprudence, par un raisonnement en plusieurs étapes :

L'analyse traditionnelle de la non-transmission des sanctions et poursuites pénales à la société absorbante fondée sur l'article 121-1 CP repose sur une vision anthropomorphique de l'opération de fusion, qui « doit être remise en cause », car elle ne tient pas compte de la spécificité de la personne morale et est sans rapport avec la réalité économique (§21).

Dans le cadre d'une opération de fusion-absorption, les sociétés absorbée et absorbante représentent le même continuum économique, de telle sorte que les articles 121-1 CP et 6 du CPP peuvent, et doivent, être interprétés conformément au droit européen. Le premier texte n'interdit alors plus la transmission de la responsabilité pénale, alors que le second n'emporte plus extinction de l'action publique lors de l'absorption d'une société (§ 23 à 28).

En conséquence, et après avoir repris les motifs de la CJUE dans sa décision *Continente*, la chambre criminelle affirme que « l'interprétation de l'article 121-1 CP autorisant le transfert de responsabilité pénale entre la société absorbée et la société absorbante **est la seule voie** permettant de sanctionner pécuniairement la société absorbante pour des faits commis avant la fusion par la société absorbée », offrant la possibilité d'une condamnation pénale de la société absorbante (§ 34 et 35).

Lettre Creda sociétés
https://www.creda.cci-paris-idf.fr/info-debat/lettre-2021-01.html
n° 2021-01
13 janvier 2021

Fusion et sanctions pénales : les élans européens de la chambre criminelle

Dans le fond, comme dans la forme (50 paragraphes !), la chambre criminelle rend une décision en tous points comparable à celle de la CJUE. Pour autant, la solution rendue a un champ d'application précisément déterminé.

UN REVIREMENT DE PORTÉE RÉDUITE EN APPARENCE

La chambre criminelle prend soin de circonscrire le champ de la solution qu'elle adopte.

D'une part, *ratione materiae*, le principe de transmission de la sanction pénale de la société absorbée à la société absorbante est soumis à deux conditions :

D'abord, il est nécessaire que l'opération de fusion entre « dans le champ de la directive » 78/855/CEE du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes ». Ce texte concerne les sociétés anonymes à l'exclusion de toutes les autres. Pour autant, il paraît raisonnable d'étendre la solution aux SAS, SCA et sociétés européennes, dont le régime juridique emprunte à celui applicable aux sociétés anonymes (articles L. 226-1, L. 227-1 et L. 229-1 du Code de commerce).

Ensuite, la transmission de la responsabilité pénale ne peut viser que les peines « d'amende et de confiscation ». En raison de l'interprétation stricte du droit pénal, les autres sanctions telles les interdictions ou l'obligation de mettre en place un plan de vigilance anti-corruption ne seraient pas transmises. La note explicative accompagnant la décision justifie cette restriction par le principe de la transmission universelle du patrimoine, qui ne vise que les sanctions de nature pécuniaire.

D'autre part, *ratione temporis*, la chambre criminelle rappelle que tout revirement de jurisprudence ne vaut que pour l'avenir, en application du principe de prévisibilité de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. En conséquence, la solution ne peut concerner que les opérations de fusion conclues après le 25 novembre 2020, et n'est donc pas applicable en principe à la fusion donnant lieu au prononcé de cet arrêt (§ 39).

Une possibilité de dépasser cette double restriction est toutefois envisagée.

LA FRAUDE À LA LOI, EXCEPTION À TOUTES LES RESTRICTIONS

La chambre criminelle prévoit l'hypothèse dans laquelle l'opération de fusion-absorption se déroulerait dans le but de se soustraire à toute condamnation pénale, c'est-à-dire la fusion instrumentalisée dans le but de paralyser les poursuites ou les sanctions pénales. Ce cas de figure, qui avait déjà été mentionné dans la décision *Continente* de la CJUE, est constitutif selon la décision d'une « fraude à la loi » et doit entraîner la transmission des sanctions pénales, quelles qu'elles soient, quelles que soient les sociétés parties à l'opération, et quelle que soit la date de la conclusion de l'opération de fusion.

Cette limite constituée par la fraude, parce qu'elle correspond à la « doctrine » de la Cour (bien que prononcée pour la première fois dans le cadre d'une fusion), ne constitue pas un revirement de jurisprudence, n'est ainsi pas imprévisible et est donc applicable immédiatement, notamment aux litiges en cours. C'est la raison pour laquelle la Cour approuve le supplément d'information qui avait été demandé afin de déterminer si la fusion s'est produite afin d'échapper à toute responsabilité pénale. Cependant, parce que la personne commise n'était pas un membre de la Cour d'appel, l'arrêt est partiellement censuré sur ce point uniquement.

Une question quant à l'étendue de la fraude reste toutefois à trancher. S'il est certain qu'une opération de fusion dénuée de toute pertinence économique, dans le but exclusif d'échapper à la responsabilité pénale, entre dans le cadre de cette exception, le sort d'une telle opération justifiée économiquement, mais permettant incidemment d'échapper à la responsabilité pénale, est plus incertain. Tout sera alors une question d'appréciation, et on peut se demander si un parallèle avec l'abus de droit fiscal ne peut pas être dressé :

- L'opération de fusion dont le but est principalement d'échapper à la sanction pénale serait frauduleuse, et l'exception à la règle posée par l'arrêt serait applicable : toute forme sociale serait concernée par la transmission de la responsabilité pénale, quelle que soit la date de conclusion de la fusion, pour tout type de sanction
- La fusion dont le but principal est autre que celui précédemment décrit ne serait pas frauduleuse. L'opération conclue entre deux sociétés qui ne sont pas des sociétés anonymes ou des SAS, ou conclue avant le 25 novembre 2020 n'emporterait aucune conséquence pénale pour l'absorbante.

Loin de fermer la porte aux poursuites engagées contre les sociétés absorbantes pour les fusions intervenues avant le 25 novembre 2020, la chambre criminelle déplace le débat et offre aux juges du fond un moyen de transmettre la responsabilité pénale à l'entité survivant à la fusion : la caractérisation de la fraude. Ou comment, en prévoyant un revirement pour l'avenir, la chambre criminelle autorise aussi ses effets immédiats, sinon rétroactifs…

Matthieu ZOLOMIAN
Maître de conférences à l'Université Jean Monnet – Saint-Etienne