

### ACTUALITÉ

Page 2

#### ■ En bref

Page 3

#### ■ Ile-de-France

Nicolas Kirilowits

**Bilan 2020 positif pour l'immobilier en France et la région parisienne dans un contexte inédit**

### JURISPRUDENCE

Page 5

#### ■ Sociétés et autres groupements

Olivier Bureth

**Responsabilité pénale des personnes morales et fusion-absorption : le grand chambardement ou comment créer une hydre !**  
(Cass. crim., 25 nov. 2020)

### CULTURE

Page 24

#### ■ Bibliographie

Didier Du Blé

**Le Serpent à plumes**

## ACTUALITÉ Ile-de-France



### PARIS (75)

## Bilan 2020 positif pour l'immobilier en France et la région parisienne dans un contexte inédit <sup>158q2</sup>

Nicolas KIRILOWITS

La crise du Covid-19 a fait naître un désir de verdure et d'espace chez les acquéreurs. En Île-de-France, les prix des maisons poursuivent leur progression.

Sur le fond, rien ne change vraiment pour le marché immobilier. Malgré 9 mois de crise, les prix restent irrémédiablement à la hausse : + 4,2 % en un an pour les maisons anciennes et + 6,5 % pour les appartements anciens, selon les chiffres nationaux dévoilés le 10 décembre dernier par le Conseil supérieur du notariat. Mais c'est dans les détails, paraît-il, que se cache le diable. Si le volume des ventes a légèrement baissé (- 5 %) du fait de la mise à l'arrêt forcée du marché, au printemps dernier, pour s'établir légèrement sous la barre du million de transactions, c'est davantage l'évolution géographique des achats, portée par les acquéreurs franciliens, et la typologie des biens recherchés qui permettent d'appréhender une nouvelle tendance pour le marché résidentiel.

#### ■ Prédominance des acheteurs franciliens en province

Une envie de verdure et de plus d'espace pour les Franciliens, disait-on à la fin du

premier confinement. Ce qui relevait alors de la supposition se confirme en cette fin d'année. Sur les 9 premiers mois de l'année 2020, la part des acquéreurs locaux a baissé de 3 % en Normandie, comparé à l'an passé, et de 2 % en Centre-Val de Loire et en Bourgogne-France-Comté. Un coup d'œil rapide à la carte de France suffit pour constater que ces régions sont limitrophes de la région parisienne. Le détail départemental précise la tendance. Dans le département de l'Yonne, par exemple, 27 % des acheteurs d'une maison en 2020 étaient Franciliens. Un chiffre en hausse de 9 points en une année. Dans l'Eure et l'Orne, les acquéreurs originaires de la région capitale représentent, respectivement, 22 et 21 % des acheteurs. Soit un bond de 6 points par rapport à 2019. « Il est certain que les Franciliens ont essayé d'y acquérir soit une résidence secondaire, soit un deuxième lieu de vie.

Suite en p. 3

Édition quotidienne d'Actu-Juridique

petites-affiches.com

Petites **a**ffiches

annonces-pa@lextenso.fr  
Grande Arche de La Défense  
1, parvis de La Défense - 92044 Paris - La Défense  
Tél. : 01 42 61 56 14

gazettedupalais.com

Gazette du Palais

Accueil client  
annonces-gp@lextenso.fr  
12, place Dauphine - 75001 Paris  
Tél. : 01 44 32 01 50

le-quotidien-juridique.com

Le  
Quotidien  
Juridique

annonces-qj@lextenso.fr  
Grande Arche de La Défense  
1, parvis de La Défense - 92044 Paris - La Défense  
Tél. : 01 49 49 06 49

lalo.com

Journal  
la loi

annonces-jll@lextenso.fr  
Grande Arche de La Défense  
1, parvis de La Défense - 92044 Paris - La Défense  
Tél. : 01 42 34 52 34

Directeur de la publication :

**Bruno Vergé**

Responsables de rédaction :

**Valérie Boccara et Céline Slobodansky**

Comité de rédaction :

**Pierre Bézard**, président honoraire  
de la chambre commerciale de la Cour  
de cassation

**Jean-Pierre Camby**, professeur associé  
à l'université de Versailles  
Saint-Quentin-en-Yvelines

**Jean-Marie Coulon**, premier président  
honoraire de la cour d'appel de Paris

**Alain Couret**, professeur à l'université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Michel Grimaldi**, professeur à  
l'université Panthéon-Assas (Paris II)

**Jean-François Guillemin**, secrétaire  
général, groupe Bouygues

**Paul Le Cannu**, professeur à  
l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Jacques Massip**, conseiller doyen  
honoraire à la Cour de cassation

**Denis Mazeaud**, professeur à  
l'université Panthéon-Assas (Paris II)

**Nicolas Molfessis**, professeur à  
l'université Panthéon-Assas (Paris II)

**Jacqueline Morand-Deville**,  
professeure à l'université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Bernard Reynis**, conseiller à la Cour  
de cassation, président honoraire  
du Conseil supérieur du notariat

**Alain Sauret**, président du conseil  
scientifique de Fidere avocats

**Rédaction :**

**Tél. :** 01 40 93 40 51

**Fax :** 01 41 08 16 05

**E-mail :** [redaction@lextenso.fr](mailto:redaction@lextenso.fr)

**Merci de nous envoyer vos articles à :**  
[redaction@lextenso.fr](mailto:redaction@lextenso.fr)

**Abonnements :**

**Tél. :** 01 40 93 40 40

**Fax :** 01 41 09 92 10

**E-mail :** [abonnementpa@lextenso.fr](mailto:abonnementpa@lextenso.fr)

Revue éditée par Lextenso,  
1, Parvis de La Défense,  
92044 Paris - La Défense (CEDEX)

Commission paritaire N° 1221 I 81038 / ISSN 2741-3373 /  
Imprimé par Dupliprint Mayenne, 733, rue Saint Léonard,  
53101 Mayenne CEDEX sur du papier  
produit en Suède, issu de forêts gérées  
durablement ; 0 % de fibres recyclées ;  
impact gaz à effet de serre  
pour un exemplaire : 122 g éq. CO<sub>2</sub>



## A B O N N E M E N T S

Formule intégrale 112 €ttc : tous les jours, journal papier  
+ journal sur [actu-juridique.fr](http://actu-juridique.fr)

Formule numérique 78 €ttc : tous les jours, journal  
sur [actu-juridique.fr](http://actu-juridique.fr)

1 an Étranger (HT) UE.....297 €

Hors UE.....597 €

Pour tarifs particuliers  
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarcande

## ■ Bibliographie

### ■ Les combinaisons de droits réels <sup>158t4</sup>

Parce qu'elles permettent de multiplier le nombre de bénéficiaires des utilités qu'il procure, les situations dans lesquelles plusieurs droits réels s'enchevêtrent sur un immeuble sont extrêmement courantes. Les indivisions complexes, les usufruits d'usufruits, les démembrements en copropriété et, plus généralement, l'ensemble des cas de multiplication de servitudes et de démembrements distincts sur un même immeuble en sont des exemples.

Ces situations sont à l'origine d'un contentieux important entre les titulaires de droits dont les intérêts divergent. Les artisans du droit, notaires en particulier, s'attellent quotidiennement à prévenir et à traiter ces conflits de pouvoirs. L'auteur de cette thèse expose, pour la première fois, un ensemble de règles et de principes leur permettant d'apporter des solutions efficaces aux litiges en la matière.

Dans ce but, la présente recherche propose une typologie inédite des cas selon qu'il existe, ou non, une hiérarchie entre les droits réels en présence. Tirée de l'analyse attentive de la diversité des situations, cette typologie offre une meilleure compréhension du droit positif et précise l'éventail des possibilités offertes aux praticiens en ces domaines. En outre, elle révèle que ces enchevêtrements de droits réels ne sont pas de simples assemblages désordonnés et contingents, mais de véritables combinaisons dotées de leur logique et de leur nature propre.

Ferracci A., *Les combinaisons de droits réels*,  
Deffrénois, 58 €, 462 p.

### ■ Repenser la justice transitionnelle en Afrique subsaharienne <sup>158t5</sup>

Lorsque victimes et bourreaux se confondent dans le chaos des violences, les modèles classiques de justice deviennent très rapidement inopérants pour la détermination de la responsabilité et la reconstruction du vivre-ensemble. L'ambition de cette thèse est de proposer une vision plurielle et renouvelée de la justice au service de la réconciliation en Afrique, répondant davantage aux attentes des populations dans les zones en crise profonde et de formuler des recommandations pour l'articulation d'une complémentarité plus efficace entre les différents instruments de la justice transitionnelle.

Aussi, cette thèse défend l'idée que la justice transitionnelle exige d'être profondément repensée afin de s'adapter plus efficacement aux spécificités des contextes politiques, historiques et sociétaux de chaque conflit. Dans cette conviction, face au pluralisme désordonné qui caractérise aujourd'hui les diverses expériences de justice transitionnelle sur le continent africain, l'auteure propose une nouvelle forme de coopération et de coordination conciliant « l'un », c'est-à-dire la justice transitionnelle au service de la réconciliation, et « le multiple » des mécanismes qui la composent, afin que la justice post-conflit constitue enfin une ressource efficace pour la reconstruction des sociétés post-guerre civile en Afrique subsaharienne.

Stirn N., *Repenser la justice transitionnelle en Afrique subsaharienne*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 45 €, 552 p.



PARIS (75)

## Bilan 2020 positif pour l'immobilier en France et la région parisienne dans un contexte inédit <sup>158q2</sup>

**La crise du Covid-19 a fait naître un désir de verdure et d'espace chez les acquéreurs. En Île-de-France, les prix des maisons poursuivent leur progression.**

Sur le fond, rien ne change vraiment pour le marché immobilier. Malgré 9 mois de crise, les prix restent irrémédiablement à la hausse : + 4,2 % en un an pour les maisons anciennes et + 6,5 % pour les appartements anciens, selon les chiffres nationaux dévoilés le 10 décembre dernier par le Conseil supérieur du notariat. Mais c'est dans les détails, paraît-il, que se cache le diable. Si le volume des ventes a légèrement baissé (- 5 %) du fait de la mise à l'arrêt forcée du marché, au printemps dernier, pour s'établir légèrement sous la barre du million de transactions, c'est davantage l'évolution géographique des achats, portée par les acquéreurs franciliens, et la typologie des biens recherchés qui permettent d'appréhender une nouvelle tendance pour le marché résidentiel.

### ■ **Prédominance des acheteurs franciliens en province**

Une envie de verdure et de plus d'espace pour les Franciliens, disait-on à la fin du premier confinement. Ce qui relevait alors de la supposition se confirme en cette fin d'année. Sur les 9 premiers mois de l'année 2020, la part des acquéreurs locaux a baissé de 3 % en Normandie, comparé à l'an passé, et de 2 % en Centre-Val de Loire et en Bourgogne-France-Comté. Un

coup d'œil rapide à la carte de France suffit pour constater que ces régions sont limitrophes de la région parisienne. Le détail départemental précise la tendance. Dans le département de l'Yonne, par exemple, 27 % des acheteurs d'une maison en 2020 étaient Franciliens. Un chiffre en hausse de 9 points en une année. Dans l'Eure et l'Orne, les acquéreurs originaires de la région capitale représentent, respectivement, 22 et 21 % des acheteurs. Soit un bond de 6 points par rapport à 2019. « Il est certain que les Franciliens ont essayé d'y acquérir soit une résidence secondaire, soit un deuxième lieu de vie. C'est vraiment un changement d'état d'esprit », précise Élodie Frémont, membre de la commission des statistiques immobilières des notaires du Grand Paris, elle-même notaire à Paris.

Un changement qui se traduit logiquement dans le coût d'acquisition d'une maison : + 6,1 % en un an en province, et + 5,8 % en Île-de-France. Les premières estimations des notaires parisiens pour 2021 montrent d'ailleurs une accélération du phénomène. Pour eux, « le marché de la maison fait cavalier seul », avec une hausse prévue de leur coût d'achat, fin

janvier 2021, de 1 % par rapport au trimestre précédent. Durant la même période, le prix des appartements devrait baisser de 0,8 %. Un fait assez rare pour être souligné et qui valide le mouvement perçu – quoique léger – du marché francilien vers la banlieue.

### ■ **Si chère Paris**

Sommés-nous dès lors à l'aube d'un bouleversement tant conjecturé par le passé ? Rien n'est moins sûr. Les fondements d'un marché, si bien établi, ne peuvent changer en quelques mois. Ainsi, Paris reste sur une autre planète.

Pour devenir propriétaire d'un seul mètre carré parisien, il faut déboursier 10 640 € (+ 7,6 % en un an). Soit deux fois plus qu'à Lyon où il faut là déboursier 4 770 € (+ 10,6 %), deuxième ville la plus onéreuse de France, et trois fois plus qu'à Nantes avec un prix du mètre carré à 3 580 € (+ 13,2 %), cinquième ville du même classement. Aussi, selon les notaires de France, un acheteur, doté d'un budget de 300 000 €, désirant s'installer dans la capitale n'aurait accès qu'à un studio dans le XV<sup>e</sup> arrondissement de Paris. Le même montant lui permettrait d'acquérir un trois-pièces à Bordeaux, ou un quatre-pièces à Montpellier.

Suite de la lecture de l'article de couverture

# ACTUALITÉ

## Ile-de-France

Pour le Conseil supérieur du notariat, la robustesse du marché immobilier cette année prouve « l'appétence des Français pour la pierre » et conforte la perception qu'ils en ont en valeur

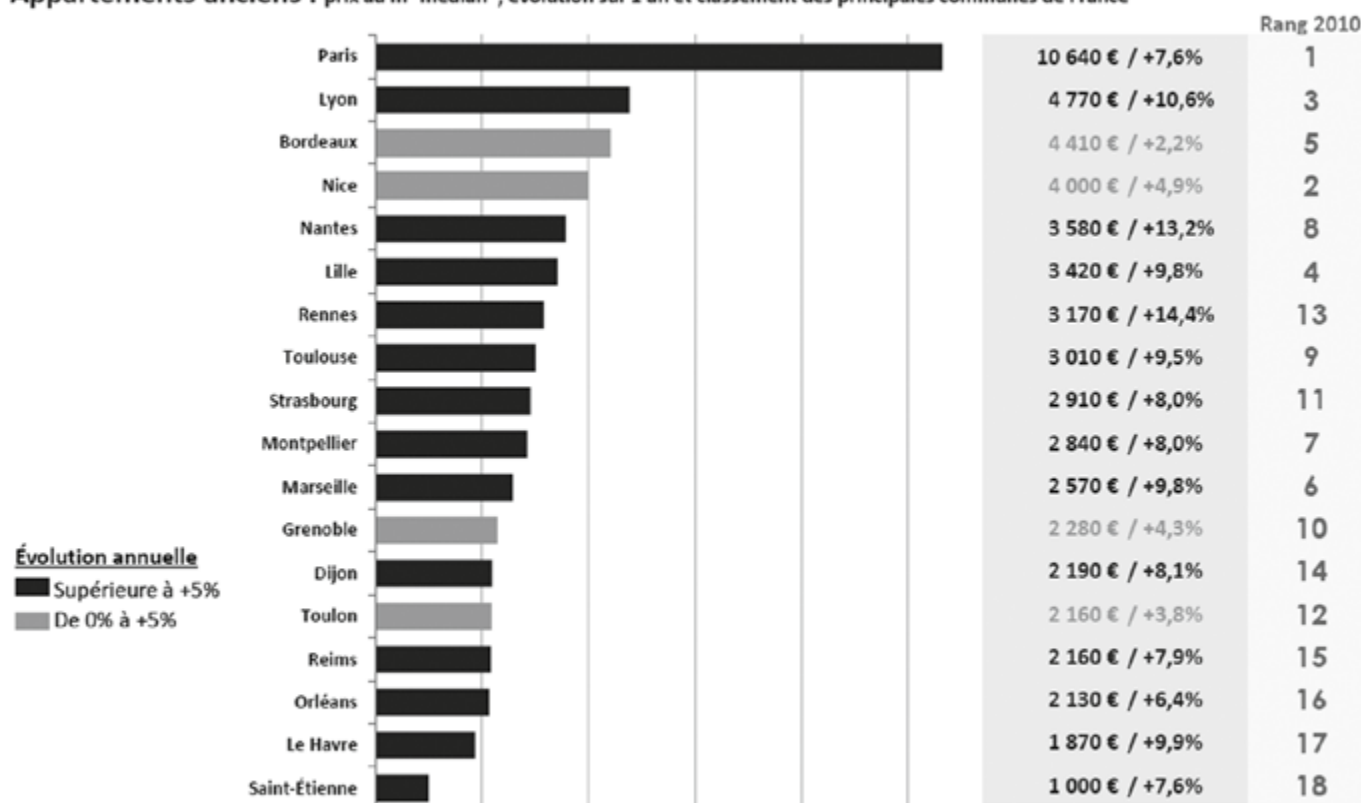
refuge. Mais les professionnels s'inquiètent. Qu'en sera-t-il l'an prochain si la crise se poursuit sur les premiers mois de 2021 lorsque les effets économiques et sociaux se feront réellement sentir ? Le

marché résidentiel ne pourrait certainement pas résister à une deuxième année de crise.

**Nicolas KIRILOWITS**

## NIVEAU ET ÉVOLUTION DES PRIX PAR VILLE

Appartements anciens : prix au m<sup>2</sup> médian\*, évolution sur 1 an et classement des principales communes de France



13

\* Pour Paris, moyenne des prix sous-jacents aux indices sur les 3 premiers trimestres 2020

Source : Bases immobilières des Notaires de France

Notaires  
de France

### Responsabilité pénale des personnes morales et fusion-absorption : le grand chambardement ou comment créer une hydre ! <sup>158g9</sup>

Olivier BURETH

Avocat au barreau de Paris

Associé fondateur du cabinet

MAJORIS

Le 25 novembre 2020, la chambre criminelle a rendu un arrêt remarquable qui bouleverse le régime de la responsabilité pénale des personnes morales en renforçant son efficacité. En effet, jusqu'à cet arrêt, les poursuites pénales engagées à l'encontre d'une personne morale prenaient fin par l'extinction de l'action publique lorsque ladite entité était dissoute à la suite d'une opération de fusion-absorption. Cette solution était fondée sur une assimilation sans nuance des personnes morales avec les personnes physiques, dont le décès entraîne l'extinction des poursuites pénales. L'arrêt commenté met partiellement fin à cette interprétation rigoureuse du principe de personnalité des peines et innove en appliquant la notion d'entreprise à la matière pénale. La digue étant désormais rompue, d'autres décisions devraient intervenir pour clarifier et, certainement, généraliser le nouveau principe dégagé par la chambre criminelle.

Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86955

La Cour :

(...)

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.
2. À l'issue de l'information judiciaire ouverte après l'incendie, le 28 janvier 2002, de ses entrepôts de stockage d'archives, la société Intradis, par acte du 24 juillet 2017, a été convoquée à l'audience du tribunal correctionnel du 23 novembre 2017, du chef de destruction involontaire de bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi.
3. Le 31 mars 2017, la société Recall France et sa filiale Intradis avaient été absorbées par la société Iron Mountain dans le cadre d'une opération de fusion-absorption.
4. La société Ebenal, M. A. X., M. B. Y. et la société Kering, parties civiles, ont fait citer la société Iron Mountain à comparaître à l'audience du 23 novembre 2017. En outre, cette dernière société est inter-

venue volontairement à la procédure ouverte après information judiciaire.

5. Par jugement en date du 8 février 2018, le tribunal correctionnel a fixé le montant des consignations à verser par les parties civiles en application de l'article 392-1 du Code de procédure pénale et ordonné un supplément d'information afin de déterminer les circonstances de l'opération de fusion-absorption, et de rechercher tout élément relatif à la procédure en cours, notamment s'agissant de l'infraction de destruction involontaire initialement poursuivie à l'encontre de la société Intradis.

6. La société Iron Mountain a formé appel de cette décision.

7. Par ordonnance en date 22 février 2018, le président de la chambre des appels correctionnels a ordonné l'examen immédiat de l'appel.

Examen des moyens

Sur les premier et deuxième moyens

Énoncé des moyens

8. Le premier moyen est pris de la violation des articles 1844-5, 1844-7 du Code civil, 2, 3, 6, 151 à 155, 388, 463, 591 à 593 du Code de procédure pénale.

9. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a débouté la société Iron Mountain France de sa demande de nullité du supplément d'information ordonné par le tribunal correctionnel d'Amiens visant à entendre M. C. Z., responsable en activité au sein des sociétés concernées par l'opération de fusion-acquisition du 31 mars 2017 et le pénalement responsable de la société Iron Mountain France, alors :

« 1°/que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en vertu de l'article 121-1 du Code pénal, sont interdites les poursuites pénales à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière ait perdu son existence juridique ; qu'en l'espèce, la société Recall France, ayant pour filiale la société Intradis, a fait l'objet d'une fusion-absorption par la société Iron Mountain France ; qu'en confirmant la mesure d'instruction destinée à entendre M. C. Z., responsable en activité au sein des sociétés concernées par l'opération de fusion-acquisition du 31 mars 2017 et le pénalement responsable de la société Iron Mountain France, aux motifs inopérants qu'elle permettrait de déterminer si la fusion-absorption avait été entachée de fraude et ainsi retenir la responsabilité pénale de la société Iron Mountain France dans les faits de destruction involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie reprochés à la société absorbée Intradis, bien que l'action publique ne pouvait pas être engagée à son égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

2°/ que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; que les tribunaux répressifs ne sont compétents pour connaître de l'action civile en réparation du dommage né d'une infraction accessoirement à l'action publique, que lorsqu'il a été préalablement statué au fond sur l'action publique ; qu'en l'es-

pèce, dès lors qu'aucune décision au fond sur l'action publique n'avait été prononcée, la juridiction correctionnelle ne pouvait connaître de l'action civile à l'encontre de la société Iron Mountain France ; qu'en refusant néanmoins d'annuler le supplément d'information, aux motifs inopérants qu'il permettrait de déterminer si la fusion-absorption avait été entachée de fraude et ainsi retenir la responsabilité pénale de la société Iron Mountain France dans les faits de destruction involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie reprochés à la société absorbée Intradis, la cour d'appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés. »

10. Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 463, 512, 538, 591 à 593 du Code de procédure pénale.

11. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a, avant dire droit au fond, ordonné un supplément d'information visant à entendre M. C. Z., responsable en activité au sein des sociétés concernées par l'opération de fusion-acquisition du 31 mars 2017 et le pénalement responsable de la société Iron Mountain France, sur les raisons, les modalités et les conditions de la fusion-acquisition des sociétés Intradis, Recall France et Iron Mountain France, sur l'existence d'une telle opération de reprise dans les autres pays européens où s'exerce l'activité de la société Iron Mountain France, ainsi que sur tout élément relatif à la procédure en cours et notamment l'infraction de destruction involontaire poursuivie initialement à l'encontre de la société Intradis, alors « que le supplément d'information ne doit porter que sur les faits et prévenus objets des poursuites ; qu'en l'espèce, en confirmant le jugement ayant ordonné le supplément d'information visant à rechercher la responsabilité pénale de la société Iron Mountain France, bien qu'il ait relevé qu'il intervenait dans le cadre de la procédure d'instruction visant uniquement la société Intradis, la cour d'appel a violé les textes et principes susvisés ».



---

## Réponse de la Cour

12. Les moyens sont réunis.

13. Les moyens posent la question de savoir dans quelles conditions, en cas de fusion-absorption, la société absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits commis, avant la fusion, par la société absorbée.

14. Pour répondre à cette question, il importe de déterminer s'il existe un principe général de transfert de la responsabilité pénale en cas de fusion-absorption (§ 15 à 37) et si, le cas échéant, ce principe s'applique immédiatement (§ 38 et 39). Ce n'est qu'en cas de réponse négative à l'une ou l'autre de ces deux sous-questions qu'il sera nécessaire de déterminer si la solution doit être différente en cas de fraude (§ 40 à 42).

15. Aux termes de l'article 121-1 du Code pénal, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.

16. Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ce principe, dont l'interprétation doit respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, s'oppose à ce qu'à la suite d'une opération de fusion-absorption, la société absorbante soit poursuivie et condamnée pour des faits commis antérieurement à ladite opération par la société absorbée, dissoute par l'effet de la fusion (Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86742 : Bull. crim., n° 237 – Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86376 : Bull. crim., n° 189).

17. La Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence même après que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que les dispositions de l'article 19§ 1 de la directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiées à l'article 105 § 1 de la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, doivent être interprétées en ce sens qu'une fusion par absorption entraîne la transmission à la société absorbante de l'obliga-

tion de payer une amende infligée après cette fusion pour des infractions au Code du travail commises par la société absorbée avant la fusion (CJUE, 5 mars 2015, n° C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA c/Autoridade para as Condições de Trabalho).

18. Elle a en effet considéré que, d'une part, l'article 121-1 du Code pénal ne pouvait s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière ne perde son existence juridique par l'effet d'une fusion-absorption, d'autre part, ledit article ne pouvait être écarté comme contraire à la directive du 9 octobre 1978 puisqu'une directive ne peut pas produire un effet direct à l'encontre d'un particulier (Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80366 : Bull. crim., n° 275).

19. Cette interprétation de l'article 121-1 du Code pénal se fonde sur la considération que la fusion, qui entraîne la dissolution de la société absorbée, lui fait perdre sa personnalité juridique et entraîne l'extinction de l'action publique en application de l'article 6 du Code de procédure pénale. La société absorbante, personne morale distincte, ne saurait en conséquence être poursuivie pour les faits commis par la société absorbée.

20. Elle repose sur l'assimilation de la situation d'une personne morale dissoute à celle d'une personne physique décédée.

21. Or, cette approche anthropomorphique de l'opération de fusion-absorption doit être remise en cause car, d'une part, elle ne tient pas compte de la spécificité de la personne morale, qui peut changer de forme sans pour autant être liquidée, d'autre part, elle est sans rapport avec la réalité économique.

22. En effet, selon l'article L. 236-3 du Code de commerce, la fusion-absorption, si elle emporte la dissolution de la société absorbée, n'entraîne pas sa liquidation. De même, le patrimoine de la société absorbée est universellement transmis à la

société absorbante et les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde. En outre, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, tous les contrats de travail en cours au jour de l'opération se poursuivent entre la société absorbante et le personnel de l'entreprise.

23. Il en résulte que l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui constitue la réalisation de son objet social, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération.

24. La Cour européenne des droits de l'Homme, se fondant sur la continuité économique existant entre la société absorbée et la société absorbante, en déduit que « la société absorbée n'est pas véritablement "autrui" à l'égard de la société absorbante » et juge en conséquence que le prononcé d'une amende civile, à laquelle est applicable le volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'encontre d'une société absorbante, pour des actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion par la société absorbée, ne porte pas atteinte au principe de personnalité des peines (CEDH, 24 oct. 2019, n° 37858/14, Carrefour France c/France).

25. Ainsi, la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale conduit à ne pas considérer la société absorbante comme étant distincte de la société absorbée, de sorte que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne s'oppose pas à ce que l'article 121-1 du Code pénal soit désormais interprété comme permettant que la première soit condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la seconde avant l'opération de fusion-absorption.

26. L'article 6 du Code de procédure pénale, qui ne prévoit pas expressément l'extinction de l'action publique lors de l'absorption d'une société, ne s'oppose pas non plus à cette interprétation.

27. Dès lors que la nouvelle interprétation de l'article 121-1 du Code pénal est pos-

sible, elle devient nécessaire si elle est la seule à même, en l'état du droit interne, de permettre de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015, précité.

28. Il convient en effet de rappeler que les juridictions nationales ont l'obligation d'interpréter le droit interne dans un sens conforme au droit de l'Union, sous la seule réserve que cette interprétation ne les conduise pas à faire produire aux dispositions d'une directive un effet direct à l'encontre d'un particulier (CJCE, 26 sept. 1993, n° C-168/95, Arcaro ; CJCE, 3 mai 2005, nos C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Berlusconi et a.). Cette limite est respectée lorsque le texte national peut être interprété dans le sens de la directive, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'écarter pour donner son plein effet à cette dernière.

29. Or, dans l'arrêt précité du 5 mars 2015, la Cour de justice de l'Union relève que l'opération de fusion par absorption entraîne de façon automatique non seulement la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, mais aussi la cessation de l'existence de la société absorbée. Elle en déduit que sans la transmission à la société absorbante de la responsabilité contraventionnelle, cette responsabilité serait éteinte.

30. Cette juridiction retient qu'une telle extinction serait en contradiction avec la nature même de la fusion par absorption telle que définie à l'article 3 paragraphe 1 de la directive n° 78/855, dans la mesure où, aux termes de ces dispositions, une telle fusion consiste en un transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante par suite d'une dissolution sans liquidation.

31. Elle ajoute que cette interprétation répond également à l'objectif posé par la directive de protection des tiers, parmi lesquels figurent les entités qui, à la date de la fusion, ne sont pas encore à qualifier de créanciers ou de porteurs d'autres titres, mais qui peuvent être ainsi quali-



---

fiées après cette opération en raison de situations nées avant celle-ci. Tel est le cas de l'État membre dont les autorités sont susceptibles d'infliger une sanction pour une infraction commise avant la fusion.

32. Elle relève encore que, si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné ou d'autres intéressés éventuels.

33. Selon la Cour de justice de l'Union, cette conclusion n'est pas infirmée par l'argument selon lequel la transmission de la responsabilité contraventionnelle d'une société absorbée moyennant une fusion serait contraire aux intérêts des créanciers et des actionnaires de la société absorbante, dans la mesure où ces derniers ne seraient pas à même d'évaluer les conséquences économiques et patrimoniales de cette fusion. En effet, d'une part, lesdits créanciers doivent, en vertu de l'article 13, paragraphe 2, de la directive n° 78/855, avoir le droit d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette protection nécessaire, le cas échéant en saisissant l'autorité administrative ou judiciaire compétente pour obtenir de telles garanties. D'autre part les actionnaires de la société absorbante peuvent être protégés, notamment, par l'insertion d'une clause de déclarations et de garanties dans l'accord de fusion. En outre, rien n'empêche la société absorbante de faire effectuer avant la fusion un audit détaillé de la situation économique et juridique de la société à absorber pour obtenir, en plus des documents et des informations disponibles en vertu des dispositions législatives, une vue plus complète des obligations de cette société.

34. En l'état actuel du droit interne, l'interprétation de l'article 121-1 du Code pénal autorisant le transfert de responsabilité pénale entre la société absorbée et la société absorbante est la seule voie per-

mettant de sanctionner pécuniairement la société absorbante pour des faits commis avant la fusion par la société absorbée.

35. Il se déduit de ce qui précède qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, 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.

36. La personne morale absorbée étant continuée par la société absorbante, cette dernière, qui bénéficie des mêmes droits que la société absorbée, peut se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer.

37. 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.

38. Cependant, cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux fusions antérieures à la présente décision sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef.

39. Elle ne s'appliquera, en conséquence, qu'aux opérations de fusion conclues postérieurement au prononcé du présent arrêt et sera donc sans effet dans la présente affaire.

40. Cependant, le supplément d'information critiqué par les moyens ayant notamment pour objet de mettre à jour une éventuelle fraude, il apparaît nécessaire de déterminer si un régime particulier s'applique dans une telle hypothèse.

41. À cet égard, il doit être considéré que l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale. Cette possibilité est indépendante de la mise en œuvre de la directive du 9 octobre 1978, précitée.

42. Si la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, sa doctrine, qui ne saurait ainsi constituer un revirement de jurisprudence, n'était pas imprévisible. Elle est donc applicable aux fusions-absorptions conclues avant le présent arrêt.

43. Il en résulte qu'en ordonnant un supplément d'information dans le but, notamment, de déterminer si l'opération avait été entachée de fraude, la cour d'appel n'a pas méconnu le droit applicable au moment où elle a statué.

44. En conséquence, les moyens doivent être écartés.

Mais sur le troisième moyen

Énoncé du moyen

45. Le moyen est pris de la violation des articles 463, 512, 591 à 593 du Code de procédure pénale.

46. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a, avant dire droit au fond, ordonné un supplément d'information et désigné le commandant de la compagnie de gendarmerie de Versailles pour y procéder, alors « que la juridiction qui ordonne un supplément d'information doit obligatoirement désigner pour y procéder un des membres qui a prononcé la décision ; qu'en refusant d'annuler le supplément d'information ordonné par le tribunal cor-

rectionnel, qui avait désigné le commandant de la compagnie de gendarmerie de Versailles pour y procéder au lieu d'un de ses membres, la cour d'appel a méconnu les règles de compétence d'ordre public et violé les textes susvisés ».

Réponse de la Cour

Vu les articles 463 et 512 du Code de procédure pénale :

47. Selon ces textes, s'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, la cour d'appel commet, par arrêt, un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 154-1 du Code de procédure pénale. Ce supplément d'information obéit aux règles édictées par les articles 114 et 119 à 121 du même code.

48. La cour d'appel a confirmé le supplément d'information ordonné par les premiers juges, ainsi que les dispositions du jugement désignant le commandant de la compagnie de gendarmerie de Versailles pour y procéder.

49. En statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de désigner l'un de ses membres pour procéder au supplément d'information qu'elle ordonnait, la cour d'appel a violé les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé.

50. La cassation est par conséquent encourue.

Par ces motifs, la Cour :

Casse et annule l'arrêt susvisé de la cour d'appel d'Amiens en date du 26 septembre 2018, mais en ses seules dispositions ayant désigné le commandant de la compagnie de gendarmerie de Versailles pour procéder au supplément d'information ordonné.

(...)

### NOTE

Depuis l'introduction de la responsabilité des personnes morales dans notre droit pénal, les juridictions du fond et la chambre criminelle de la Cour de cassation en définissent progressivement les contours. Si les juridictions du fond

NDA : M<sup>e</sup> Olivier Bureth est intervenu en tant qu'avocat d'une partie civile.

---

se sont parfois rebellées, confrontées qu'elles sont aux réalités économiques, il est un point sur lequel la chambre criminelle n'avait jamais varié, restant fidèle à sa première conception, c'est celui des conséquences de la fusion-absorption et de l'absence de transmission de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante. Considérant qu'il fallait assimiler la fusion-absorption au décès d'une personne physique, l'article 121-1 du Code pénal, relatif à l'individualisation de la responsabilité pénale, a systématiquement conduit la chambre criminelle à considérer que la fusion-absorption entraînait l'extinction pure et simple de l'action publique et avec elle, l'échec de l'action civile (sauf exception).

Or, par un arrêt tout à fait remarquable du 25 novembre 2020, la chambre criminelle a effectué un revirement à 180° en consacrant, mais uniquement pour l'avenir et concernant les sociétés par actions, la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante. La chambre criminelle consacre en outre une exception de fraude qu'il convient d'articuler avec le nouveau principe dégagé.

Le résultat est un régime particulièrement complexe à appréhender et notamment, une inégalité difficilement défendable entre des sociétés de formes différentes. L'on peut d'ores et déjà prévoir et appeler de nos vœux de prochaines décisions de la chambre criminelle, qui devraient lui permettre de clarifier sa jurisprudence.

Il faut donc d'emblée attirer l'attention des praticiens sur les risques d'un excès d'enthousiasme pouvant conduire à des conseils inexacts donnés à leurs clients.

Après avoir rappelé l'état du droit sur cette question (I), nous procéderons à l'analyse de la décision et de sa portée (II).

## I. Une solution anthropomorphiste controversée

L'interprétation du droit applicable à la responsabilité pénale des personnes morales par la chambre criminelle (A) est très contestable et contestée (B). Elle l'était particulièrement dans le cadre des fusions dites « frauduleuses » (C).

### A. Ce que dit la loi et ce que la chambre criminelle en a conclu

L'extinction de l'action publique à l'encontre d'une personne physique est prévue par l'article 6 du Code de procédure pénale : « l'action publique s'éteint par la mort du prévenu ».

En matière de dissolution des personnes morales, si la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales, n'a pas complété l'article 6 du Code de procédure pénale pour prévoir une disposition analogue à celle prévue pour le décès des personnes physiques, la chambre criminelle a, par plusieurs décisions, pourvu à ce vide en édictant le principe d'extinction de l'action publique en cas de dissolution d'une personne morale<sup>1</sup>.

Poursuivant dans cette logique, la chambre criminelle a considéré que la responsabilité pénale de l'absorbée ne pouvait pas se transmettre à l'absorbante et en dernier lieu, dans un arrêt désormais célèbre de 2016, dans lequel la chambre criminelle<sup>2</sup> réitère sa position : « L'article 121-1 du Code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique ».

La position de la chambre criminelle était donc absolutiste et particulièrement formaliste : la dissolution d'une personne morale, quelles que soient les

1) Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 04-85441 : RPDP 2006, p. 380, obs. X. Pin.

2) Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80366 : société LBR.

circonstances de cette dissolution, rendait impossible la poursuite des procédures pénales en cours et par voie de conséquence, la mise en jeu de la responsabilité pénale, tant de l'absorbée que de l'absorbante. Circulez, il n'y a rien à voir !

En pratique, cette solution a des conséquences importantes, puisqu'elle permet à une personne morale de se soustraire à sa responsabilité pénale, tant sur l'action publique que sur les actions civiles. Cela peut conduire à des dénis de justice qui choquent l'idéal de justice, notamment dans le cas d'infractions particulièrement graves, ayant causé, par exemple, des accidents mortels du travail. Examinée, non du point de vue de la responsabilité pénale de l'auteur, mais de celui de l'action publique, cette solution est encore plus choquante puisque la fusion-absorption constitue alors une sérieuse entaille à l'*imperium* de l'État lorsqu'il exerce sa *juridictio*. L'extinction de l'action publique du fait de la fusion-absorption est la négation même de la notion de responsabilité pénale des personnes morales. Dit autrement, la fusion-absorption est un véritable pied-de-nez de l'auteur des faits !

Mais il est une chose pour la puissance publique de renoncer à poursuivre une société dissoute en la personne de son actionnaire, il en est une autre de ne prévoir aucun aménagement pour permettre la juste et légitime indemnisation des parties civiles, puisque l'action civile étant l'accessoire de l'action publique, elle s'éteint avec elle (sauf toutefois, dans l'hypothèse, où un jugement sur le fond a déjà été rendu au moment où intervient l'extinction de l'action publique<sup>3</sup>).

### B. Une solution contestable et contestée

La comparaison faite entre la dissolution d'une personne morale et le décès d'une personne physique, qui seule fonde cette position, ne devrait pas être entendue

strictement et il faudrait tenir compte des spécificités des personnes morales. En effet, concernant les personnes physiques, la solution consistant en la disparition des poursuites se justifie pleinement : un décès, c'est la mort qui se définit comme l'état *irréversible* d'un organisme biologique qui a cessé de vivre. Or, en matière de personnes morales, la fusion-absorption n'est rien d'autre que le *suicide*, suivie d'une *réincarnation* en une autre société.

Ainsi, en matière de personne morale, la vie après la mort est une réalité en cas de fusion-absorption, alors que pour les personnes physiques, ce n'est qu'un espoir, au mieux une croyance.

C'est certainement pour tenir compte de ce fait incontestable que le législateur de 2004 s'est refusé à modifier l'article 6 du Code pénal qui énonce les cas d'extinction de l'action publique. Pour autant, il n'a pas dit le contraire et par conséquent, la solution dégagée par la chambre criminelle n'est pas *contra legem*, mais elle heurte simplement les consciences. En effet, quelle est l'efficacité d'une responsabilité, *a fortiori* de nature pénale, c'est-à-dire sanctionnant les fautes les plus graves, si l'auteur des faits peut y mettre fin instantanément et transférer à une autre société tout ce qui le constitue, en l'occurrence s'agissant d'une société, son activité, son savoir-faire, son patrimoine (actif et passif), son personnel, ses contrats et même ses dirigeants... ? S'il existe dans notre droit des possibilités d'échapper à sa responsabilité civile ou pénale, c'est pour tenir compte de la nécessité de protéger la personne concernée (i.e. procédures collectives), pour tenir compte d'impératifs d'intérêt général (i.e. immunité diplomatique) ou du temps long (prescription). Or, admettre qu'une société qui se dissout *volontairement* puisse se soustraire ainsi à sa responsabilité pénale ôte son intérêt à l'introduction dans notre droit de la responsabilité pénale des personnes morales.

3) F. Desportes et L. Lazergues-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 2015, Economica, n° 2983 et spécifiquement concernant le cas d'une fusion-absorption : Cass. crim., 23 avr. 2013 : Dalloz actualité, 13 mai 2013, obs. Fucini S.

---

Cette position de la chambre criminelle de la Cour de cassation est d'ailleurs souvent critiquée par la doctrine et contredite, notamment par la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), les autorités administratives indépendantes, le Conseil d'État et les juridictions du fond.

### 1) Conseil d'État

Le Conseil d'État a rendu le 4 décembre 2009<sup>4</sup> un avis sollicité par le tribunal administratif de Paris concernant un contentieux de nature fiscale.

Après avoir considéré que les pénalités fiscales étaient assimilées à des sanctions pénales au sens des stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), le Conseil d'État a rendu l'avis suivant : « Toutefois, un système d'imposition se fondant principalement sur les déclarations établies par les contribuables ne saurait préserver les intérêts financiers légitimes de l'État sans un régime de sanctions efficace. La nécessité de préserver le caractère effectif et dissuasif des pénalités fiscales impose ainsi d'appliquer le principe de personnalité des peines en tenant compte des spécificités des personnes morales, qui peuvent notamment décider de se transformer et de poursuivre leurs activités, sous une nouvelle forme juridique, à l'occasion d'opérations de restructuration. Dès lors, eu égard aux objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscale auxquels répondent les pénalités fiscales, le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, ces sanctions pécuniaires soient mises, compte tenu de la transmission universelle de patrimoine, à la charge de la société absorbante, d'une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou de sociétés issues de la scission, à raison des manquements commis, avant

cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée ».

Le Conseil d'État avait déjà admis dans un arrêt du 22 novembre 2000<sup>5</sup> que l'ancien conseil des marchés financiers pouvait prononcer une sanction pécuniaire contre une société absorbante pour des manquements commis par la société absorbée, cette sanction ne heurtant ni l'article 121-1 du Code pénal, ni le principe de personnalité des peines<sup>6</sup>.

### 2) La CJUE

Dans un arrêt du 5 mars 2015, n° C-343/13, la CJUE s'est prononcée sur une question préjudicielle présentée dans le cadre d'un litige au sujet de la décision de l'autorité de surveillance des conditions de travail portugaise qui avait condamné une société pour des infractions au droit du travail commises par une autre société avant son absorption par la société condamnée.

La décision est particulièrement bien motivée comme le sont le plus souvent les arrêts de la CJUE et l'argumentation mérite d'être reprise par la citation de quelques extraits : « 28. En ce qui concerne le contexte dans lequel la notion de "patrimoine passif" s'inscrit, l'article 19, paragraphe 1 de la directive n° 78/855 dispose qu'une fusion par absorption entraîne *ipso jure* et partant, de façon automatique non seulement la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, mais aussi, en vertu de cette disposition, sous c), la cessation de l'existence de la société absorbée. Il s'ensuit que, sans la transmission à la société absorbante de la responsabilité contraventionnelle, en tant qu'élément du patrimoine passif de la société absorbée, cette responsabilité serait éteinte. 29. Ainsi, que M. l'avocat général l'a relevé au point 61 de ses conclusions, une telle extinction serait en

5) JurisData n° 2000-142475 ; D. 2001, p. 237, note M. Boizard et D. 2001, p. 1609, note A. Reygrobelle ; AJDA 2000, p. 997, note M. Guyomar et P. Collin.

6) V. également CE, 17 déc. 2008 : Rev. sociétés 2009, p. 397, note C. Arsouze.

4) CE, 4 déc. 2009, n° 329173.



contradiction avec la nature même d'une fusion par absorption, telle que définie à l'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 78/855, dans la mesure où, aux termes de cette disposition, une telle fusion consiste en un transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante par la suite d'une dissolution sans liquidation. (...) 32. Il convient donc de considérer que figurent parmi les tiers, dont cette directive vise la protection des intérêts, les entités qui, à la date de la fusion, ne sont pas encore à qualifier de créanciers ou de porteurs d'autres titres, mais qui peuvent être ainsi qualifiés après cette fusion en raison de situations nées avant celle-ci, telle que la commission d'infraction au droit du travail qui ne sont constatées par voie de décision qu'après ladite fusion. En l'absence de transmission, à la société absorbante, de la responsabilité contraventionnelle de la société absorbée consistant à payer une amende pour de telles infractions, l'intérêt de l'État membre dont les autorités compétentes auraient infligé cette amende ne serait pas protégé. 33. Dans ce contexte, il convient d'observer, comme l'ont soulevé les gouvernements portugais et hongrois ainsi que la Commission, que, si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné ou d'autres intéressés éventuels. 34. (...) En outre, rien n'empêche la société absorbante de faire effectuer avant la fusion un audit détaillé de la situation économique et juridique de la société à absorber pour obtenir, en plus des documents et des informations disponibles en vertu des dispositions législatives, une vue plus complète des obligations de cette société. 35. Il y a donc lieu de répondre aux première et troisième questions posées que l'article 19, paragraphe 1, de la directive n° 78/855 doit être interprété en ce sens 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 ».

L'on peut retenir de cette décision les éléments suivants :

- La fusion-absorption implique la transmission de l'ensemble du patrimoine passif qui inclut la responsabilité pénale.
- La finalité du texte européen est la protection des intérêts des associés et des tiers qui doivent être sauvegardés. La notion de « tiers » doit s'entendre, selon la CJUE, au sens large, puisque sont également visées les personnes qui n'étaient pas créancières avant la date de la fusion, mais qui le sont devenues après cette date en raison de situations nées avant celle-ci.
- Le risque pris par la société absorbante dépend en partie d'elle, puisqu'elle a la possibilité de faire un audit approfondi et qu'elle réalise l'opération en toute connaissance de cause.

### 3) Le droit de la concurrence

Le principe de la responsabilité pénale personnelle n'est pas applicable dans le domaine du droit de la concurrence qui privilégie la notion « d'entreprise » et non de personne morale. Dans cette matière, une sanction pécuniaire, assimilée à une amende pénale, peut être prononcée contre une personne morale ayant repris une « entreprise », définie comme une branche d'activité et les personnels, bien qu'elle n'ait pas personnellement accompli l'action répréhensible.

### 4) L'Autorité des marchés financiers (AMF)

L'AMF, dans une décision de la commission des sanctions du 19 octobre 2006<sup>7</sup>, concernant des sanctions pécuniaires ayant la nature de sanction pénale, a considéré qu'elles pouvaient être mises à la charge « du prestataire qui a intégrale-

<sup>7</sup>) AMF, 19 oct. 2006, n° SAN-2007-03.

---

ment absorbé la société auteur des manquements à ses obligations professionnelles ».

### 5) La résistance des juridictions du fond

Les juridictions du fond résistent à la position radicale de la chambre criminelle de la Cour de cassation, conscientes de ce que cette position n'est pas juste, ni vis-à-vis du ministère public qui défend l'intérêt de la société à voir sanctionnées des infractions, ni vis-à-vis des parties civiles, dont l'action est, toujours selon la jurisprudence de la chambre criminelle, accessoire de l'action publique, de sorte qu'elle est irrecevable dès lors que l'action publique s'éteint.

Commentant un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 octobre 2003, Gabriel Roujou de Boubée constatait déjà une résistance des juridictions judiciaires, puisque les arrêts soumis à la censure de la chambre criminelle ont tous donné lieu à des arrêts de cassation.

Ce fût encore le cas pour l'arrêt du 25 octobre 2016<sup>8</sup>, qui a cassé un arrêt audacieux de la chambre de l'instruction de Rennes du 18 octobre 2015, qui s'était appuyée sur l'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015 qui lui permettait, croyait-elle, une interprétation de l'article 121-1 du Code pénal tenant compte des spécificités des personnes morales.

Et c'est encore le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 25 novembre 2020<sup>9</sup>.

Il faut également faire mention ici de l'avis donné en 2014 sur cette question par Didier Boccon-Gibot, premier avocat général près la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui s'interrogeait lui-même sur le fait de savoir si « on ne touche pas aux limites de l'anthropomorphisme, car si en principe une personne physique ne survit pas à son décès, une

personne morale peut retrouver l'essentiel de ce qui la définissait dans une nouvelle entité juridique »<sup>10</sup>.

### C. L'exception de fraude n'était pas reconnue par la chambre criminelle

S'il est un domaine où, jusqu'au 25 novembre 2020, le principe *fraus omnia corrumpit* n'avait encore jamais trouvé à s'appliquer, c'est celui de la fusion-absorption. En effet, la digue érigée par la chambre criminelle avait été jusqu'à écarter, quoiqu'elle en dise aujourd'hui, l'exception de fraude (1), alors même qu'elle avait déjà été reconnue par d'autres juridictions (2).

#### 1) Le rejet pur et simple de l'éventualité d'une exception de fraude par la chambre criminelle

L'exception de fraude avait déjà été écartée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 juin 2000 (Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86742). En effet, alors que l'un des moyens au soutien du pourvoi invoquait l'hypothèse de la fraude, la Cour de cassation a rejeté l'argument sans prendre la peine d'y répondre.

Dans l'arrêt du 25 octobre 2016, la chambre criminelle qui relève que la cour d'appel, qui avait décidé que l'absorbante pouvait voir sa responsabilité pénale engagée avait considéré que « la transmission de la responsabilité pénale de la (...) société absorbée, à (...), la société absorbante, était d'autant plus avérée du fait de la détention par cette dernière de près de la moitié du capital de la société absorbée et en raison de l'identité des associés des deux sociétés dont il résulterait que les personnes physiques qui les composent ne pouvaient ignorer, en tant qu'associés de la société absorbante, les agissements des personnes travaillant au sein de la société absorbée », considérait que cette « motivation [était] impropre à faire échec au principe

8) Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80366, Société LBR.

9) CA Amiens, 26 sept. 2018, n° 18/00192, ayant confirmé Trib. corr. Amiens, 8 févr. 2018.

10) Dr. soc. 2014, p. 923.



selon lequel nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

Or les éléments relevés par la cour d'appel sont parmi ceux qui pourraient permettre de caractériser une fraude. Il faut donc interpréter son attendu catégorique, péremptoire et sans aucune réserve, comme un refus d'envisager une exception de fraude et ce, jusqu'à l'arrêt du 25 novembre 2020.

### 2) L'exception de fraude consacrée par la chambre commerciale et appelée de leurs vœux par la doctrine et le premier avocat général près la chambre criminelle

La chambre commerciale avait déjà eu l'occasion de se prononcer dans des cas similaires de fusions-absorptions opportunistes. Dans son arrêt du 10 octobre 1995<sup>11</sup>, la chambre commerciale avait eu à connaître de l'opposabilité d'un cautionnement consenti par le dirigeant au profit d'une société ultérieurement absorbée, alors que des dettes de la société absorbée étaient apparues postérieurement à la cession, et que l'absorbante était en règlement judiciaire.

Au cas particulier, la chambre commerciale avait pu considérer que : « Mais attendu que l'arrêt retient de l'analyse des circonstances de la cause que les transformations successives ont été réalisées pour des raisons de pure convenance personnelle par M. X en vue de s'exonérer de son obligation (...); qu'ainsi, la cour d'appel a fait ressortir la fraude commise à l'encontre de la banque et l'inopposabilité des fusions à l'égard de cette dernière, ce dont il résulte que l'engagement de caution demeurait valable (...) ».

Un second arrêt du 15 juin 1999<sup>12</sup> concernait des sanctions prononcées par la commission des opérations de bourse (COB) à l'encontre de sept sociétés issues de la scission de la société auteur d'in-

fractions à la réglementation relative à l'information du public.

La chambre commerciale a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait annulé les sanctions : « Mais attendu que l'arrêt retient qu'il résulte des motifs des décisions attaquées, que les pratiques sanctionnées ont été commises par la seule société CIP dissoute et non par les sept sociétés objet des poursuites et des sanctions et que la COB n'a pas constaté que la société CIP aurait procédé à sa scission et à sa dissolution dans le but avéré d'éviter toute poursuite et aurait ainsi commis une fraude à la loi susceptible de vicier cette opération<sup>13</sup> ».

La chambre commerciale avait saisi cette occasion pour confirmer la nature des sanctions pouvant être infligées par la COB en considérant que « bien que de nature administrative, [elles] visent comme en matière pénale à punir les auteurs des faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la COB et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques » ce qui consistait à assimiler ces sanctions à des sanctions pénales.

La doctrine considérait majoritairement, à l'instar du professeur Nicolas Rontchevsky que l'exception de fraude posée par la chambre commerciale avait vocation à être transposée en matière pénale<sup>14</sup>.

C'était également ce que considérait Didier Boccon-Gibod<sup>15</sup>. Il constatait tout d'abord que : « Reste un domaine encore en friche ou presque : il n'a pas été trouvé, en tout cas en matière pénale, de réponse satisfaisante à la situation créée par la disparition, par l'effet d'une fusion-absorption, d'une personne morale dont la responsabilité pénale est engagée ».

Il s'agissait ici quasiment d'une invitation lancée aux juges du fond et aux parties et leurs conseils de résister et de proposer des alternatives « satisfaisantes »

11) Cass. com., 10 oct. 1995, Bethune BNP : Rev. sociétés 1995, p. 708.

12) Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16439 : RTD com. 1999, p. 914, commentaires de N. Rontchevsky.

13) Souligné par nos soins.

14) Note de N. Rontchevsky sous Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16439 : RTD com. 1999, p. 914.

15) Dr. soc. 2014, p. 923.

---

à une interprétation trop stricte de l'article 121-1 du Code pénal afin d'apporter des réponses adaptées aux particularités des personnes morales et ce, pour éviter les abus, qui priveraient en partie de sens et d'efficacité le principe même de la responsabilité pénale des personnes morales.

Puis, concernant la fraude en particulier, il était catégorique : « Les juridictions pénales sont totalement démunies lorsque la personne morale disparaît par l'effet d'une fusion-absorption. J'écarte le cas d'une fraude, jamais rencontré sauf erreur, où la nouvelle personne morale ne serait que le faux nom de l'ancienne. La poursuite resterait alors possible ».

Face à cette reconnaissance, tant nationale qu'internationale, des différentes juridictions les plus crédibles, il devenait difficile pour la chambre criminelle de persister dans une position susceptible de conduire à de nombreux dénis de justice !

## II. Le grand chambardement

### A. Le principe posé par l'arrêt du 25 novembre 2020

Dans l'affaire sur laquelle la chambre criminelle s'est prononcée dans son arrêt du 25 novembre 2020, les faits étaient les suivants.

En janvier 2002, un incendie a ravagé l'entrepôt d'une entreprise de stockage d'archives, détruisant des milliers de m<sup>3</sup> d'archives qui appartenaient à ses clientes. Ces dernières ont porté plainte pour incendie involontaire. À l'issue d'une instruction qui n'a duré pas moins de 15 ans, la société exploitante de l'entrepôt a finalement été renvoyée devant le tribunal correctionnel d'Amiens. Quelques semaines avant l'audience, les conseils de cette société ont indiqué au tribunal que la société avait été dissoute par l'effet d'une transmission universelle de patrimoine et que, par voie de conséquence, la citation était devenue sans objet. Certaines parties civiles ont alors cité à comparaître la société absorbante pour

qu'elle soit condamnée en lieu et place de l'absorbée à les indemniser, invoquant tant la transmission de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante, que l'inopposabilité de la fusion, dont ils subodoraient le caractère frauduleux.

Le tribunal correctionnel d'Amiens, par un jugement du 8 février 2018, a finalement décidé, non pas de mettre fin à l'action publique comme cela lui était demandé, mais d'ordonner un supplément d'information visant à entendre le dirigeant de la société absorbante, qui avait été dirigeant de la société absorbée, sur les raisons, les modalités et les conditions de la fusion-absorption.

Sur appel de la société absorbante, la cour d'appel d'Amiens<sup>16</sup> a confirmé le jugement, en indiquant expressément que le supplément d'information avait pour but de déterminer si la fusion-absorption avait été entachée de fraude, auquel cas la responsabilité pénale de la société absorbante pourrait être retenue. La société absorbante a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt.

Compte tenu de la motivation de l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens, la question qui se posait à la chambre criminelle était, ainsi que l'a relevé l'avocat général dans son avis, « de savoir si l'existence d'une fraude entachant une opération de fusion entre sociétés peut conduire à écarter la règle de la responsabilité pénale du fait personnel, posée par l'article 121-1 du Code pénal, en vertu de laquelle la responsabilité pénale de la société absorbée ne peut être transmise à la société absorbante ». L'avocat général, bien que limitant le champ de la décision que devait prendre la Cour de cassation a tout de même pris le soin de rappeler qu'il était nécessaire de maintenir le principe d'une responsabilité pénale du fait personnel en cas de fusion-absorption, notamment au motif que les infractions pénales comportent toujours un élément moral et que la notion d'entreprise, indépendante de toute

<sup>16</sup>) CA Amiens, 26 sept. 2018, n° 18/00192.

forme juridique, qui permet en droit de la concurrence de poursuivre l'absorbante s'oppose au principe de la personnalité des peines qui doit demeurer dans la matière pénale. L'avocat général était toutefois de l'avis que « l'extinction de l'action publique que la jurisprudence de la chambre criminelle attache à la fusion-absorption de la personne morale ayant commis l'infraction trouve sa limite dans le principe *fraus omnia corrumpit* ».

Ainsi, la chambre criminelle aurait pu se limiter à trancher la question de la possibilité d'introduire dans sa jurisprudence une exception de fraude. Elle a pourtant fait le choix inverse en considérant d'emblée qu'il lui importait « de déterminer s'il existe un principe général de transfert de la responsabilité pénale en cas de fusion-absorption ».

Faisant son autocritique, notamment de son arrêt du 25 octobre 2016<sup>17</sup>, qui balayait d'un revers de la main l'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015, la chambre criminelle est finalement revenue à la raison en considérant que : « Cette approche anthropomorphique de l'opération de fusion-absorption doit être remise en cause car, d'une part, elle ne tient pas compte de la spécificité de la personne morale, qui peut changer de forme sans pour autant être liquidée, d'autre part, elle est sans rapport avec la réalité économique ».

La chambre criminelle a donc finalement considéré, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt du 24 octobre 2019<sup>18</sup>, que : « la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale conduit à ne pas considérer la société absorbante comme étant distincte de la société absorbée ».

Nous serions injustes vis-à-vis de la CEDH si l'on ne citait pas *in extenso* le paragraphe 48 de sa décision, qui justifie à lui seul que la chambre criminelle de la Cour de cassation ne pouvait davantage persister dans son interprétation restric-

tive de l'article 121-1 du Code pénal. « Elle observe en effet qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, il y a transmission universelle du patrimoine et les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde (§ 18 ci-dessus), et l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui était l'essence même de son existence, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération. Du fait de cette continuité d'une société à l'autre, la société absorbée n'est pas véritablement "autrui" à l'égard de la société absorbante. Ainsi, condamner la seconde à raison d'actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion-absorption ne contrevient qu'en apparence au principe de la personnalité des peines, alors que ce principe est frontalement heurté lorsqu'il y a condamnation d'une personne physique à raison d'un acte commis par une autre personne physique ».

De fait, la chambre criminelle s'appuie sur l'arrêt de la CEDH pour considérer qu'une « nouvelle interprétation de l'article 121-1 du Code pénal est possible » et qu'elle devient même « nécessaire si elle est la seule, en l'état du droit interne, de permettre de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015 ».

Il y aura certainement beaucoup à dire sur cette étrange motivation qui consiste à s'appuyer sur un arrêt de la CEDH pour permettre à une décision de la CJUE de produire ses pleins effets en France... Il y avait certainement des chemins moins escarpés pour parvenir à un résultat identique.

En tout état de cause, cette nouvelle interprétation conduit la chambre criminelle à décider « qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société (...), la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction com-

17) Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80366.

18) CEDH, 24 oct. 2019, n° 37858/14, Carrefour France c/France.

---

mise par la société absorbée avant l'opération ».

## B. Les limitations posées par la chambre criminelle

### 1) Les peines encourues par l'absorbante sont cantonnées

La chambre criminelle limite les peines pouvant être mises à la charge de l'absorbante à l'amende et à la confiscation. Elle considère certainement que cela serait en effet injuste qu'une société absorbante puisse encourir les autres peines que prévoit le Code pénal à l'encontre des personnes morales, telles qu'énoncées à l'article 131-39 du Code pénal, la plus grave d'entre elles étant la dissolution, à savoir la peine de mort des sociétés.

Ce qui est plus problématique dans la position de la chambre criminelle, c'est la motivation de cette limitation des peines encourues. En effet, il semble, notamment à la lecture du commentaire publié par la Cour de cassation, que cette limitation serait dictée par la directive n° CEE 78/855 du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée à l'article 105, § 1, de la directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2015. Or la directive n'évoque pas ce sujet. Il se trouve en fait que l'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015 portait sur l'imputation d'amendes à la société absorbante. C'est donc fort logiquement que la CJUE a jugé que la « fusion par absorption, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive, 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 CJUE n'a pas dit que, dans d'autres hypothèses, d'autres peines ne pouvaient pas se transmettre à la société absorbante.

Or l'arrêt de la chambre criminelle est particulièrement ambigu. En effet, concernant les peines encourues par la société absorbante, il semble dire qu'en cas de

fraude, toutes les sociétés, quelle que soit leur forme juridique, et donc y compris les sociétés par actions, pourront se voir infliger « toute peine encourue »<sup>19</sup>.

Est-ce à dire que dans le cadre des opérations de fusion-absorption postérieures au 25 novembre 2020, les sociétés par actions n'encourraient pas les mêmes peines, selon que l'opération serait frauduleuse ou non ? Si le caractère frauduleux de l'opération de fusion-absorption avait une incidence sur les peines encourues, il aurait été nécessaire de le formuler clairement.

La chambre criminelle pourrait être amenée à préciser cette question dans de prochaines affaires.

### 2) La forme sociale des sociétés concernées

La chambre criminelle limite la nouvelle interprétation de l'article 121-1 du Code pénal aux fusions-absorptions entrant dans le champ de la directive n° 78/855/CEE.

Par l'effet de l'article L. 227-1 du Code de commerce, cette nouvelle interprétation de l'article 121-1 du Code pénal sera applicable aux sociétés par actions simplifiées (SAS)<sup>20</sup>.

Il en va de même concernant les sociétés en commandite par actions, en application de l'article L. 226-1 du Code de commerce.

Pour ce qui concerne les autres formes de sociétés, rappelons que la fusion-absorption est également prévue par l'article 1844-4 du Code civil. Elles seraient donc *a priori* exclues du champ d'application du nouveau principe dégagé par la chambre criminelle. Il sera difficile pour la chambre criminelle de maintenir deux interprétations de l'article 121-1 du Code pénal, ce qui la conduirait à considérer que la responsabilité pénale se transmettrait à la société absorbante dans le

---

19) V. le communiqué de la Cour de cassation du 25 novembre 2020.

20) D'ailleurs, dans l'affaire en question, les trois sociétés parties aux opérations de fusion-absorption étaient des SAS.

cas d'une fusion de sociétés par actions, mais ne se transmettrait pas à la société absorbante dans le cas de la fusion de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés civiles.

Par ailleurs, quelle serait la solution applicable dans le cas d'une société civile qui serait absorbée par une société anonyme ? *A priori*, une telle opération n'entre pas dans le champ de la directive CEE n° 78/855.

Les prochaines décisions de la chambre criminelle lui donneront probablement l'occasion de clarifier sa position et, le cas échéant, d'élargir cette nouvelle jurisprudence à l'ensemble des opérations de fusion-absorption, quelle que soit la forme sociale des sociétés parties à l'opération.

Mais en l'état de cet arrêt, il faut considérer que les fusions autres que celles de sociétés par actions ne donneront pas lieu à l'application de cette nouvelle interprétation de l'article 121-1 du Code pénal. Le nouveau principe dégagé par la chambre criminelle ne serait-il donc pas finalement plutôt une exception au principe de non-transmission de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante en ce qui concerne les sociétés par actions ?

### 3) L'application non rétroactive de la nouvelle interprétation

#### a. Le principe

La chambre criminelle considère que l'application de l'interprétation nouvelle de l'article 121-1 du Code pénal, qu'elle qualifie elle-même de revirement de jurisprudence, à des opérations de fusion-absorption qui seraient intervenues antérieurement à sa décision serait contraire au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la convention européenne des droits de l'Homme.

La chambre criminelle avait eu quelques occasions de décider que ses revirements ne s'appliqueraient que pour l'avenir, en particulier dans des affaires concernant l'exigence de motivation, de la période

de sûreté<sup>21</sup>, ou des peines contraventionnelles<sup>22</sup>, mais ce que l'on nomme les « revirements pour l'avenir » sont extrêmement rares de la part de la chambre criminelle.

Alors que dans ces rares espèces, elle avait fondé la limitation du revirement pour l'avenir sur la nécessité d'une bonne administration de la justice, ce qui apparaissait tout de même un fondement douteux, elle se fonde dans le présent arrêt sur l'article 7 de la convention européenne des droits de l'Homme. La chambre criminelle ayant notamment fondé son revirement de jurisprudence sur la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante sur le récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 2019 (préc.), lui-même fondé sur le respect de l'article 6 de la convention, il eût été inapproprié de ne pas tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 7 qui sanctionne l'application rétroactive des revirements de jurisprudence non prévisibles.

Cependant, c'est de manière contestable que la chambre criminelle a cru devoir considérer que le revirement qu'elle opérerait n'était pas prévisible. En effet, ce fut précisément tout le sens de l'argumentation des parties civiles qui, s'appuyant sur les décisions de la Cour de cassation (chambre commerciale), du Conseil d'État, de la CJUE et d'une partie de la doctrine, ont invoqué le fait que ce revirement était inéluctable. D'ailleurs, la chambre criminelle se contredit elle-même, puisqu'invoquant l'imprévisibilité de son revirement pour une fusion intervenue en 2017, elle fonde notamment son revirement sur « l'obligation d'interpréter le droit interne dans un sens conforme au droit de l'Union ». Or cet impératif étant connu de tous, dès l'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015, le revirement opéré dans le présent arrêt était « prévi-

21) Cass. crim., 10 avr. 2019, n° 18-83709 : Dalloz actualité, 2 mai 2019, note S. Fucini.

22) Cass. crim., 30 mai 2018, n° 16-85577.



---

sible » au sens de l'article 7 de la convention européenne des droits de l'Homme. En effet, dans un arrêt *Pessino* du 10 octobre 2006, la Cour de Strasbourg avait précisé la notion de prévisibilité comme étant « une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible ». Dans cet arrêt, la Cour avait estimé, pour considérer que l'article 7 avait été violé, que « même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale » (§ 36).

Or dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 25 novembre 2020, tout pouvait ou aurait dû laisser présager le revirement opéré.

b. L'aménagement : l'exception de fraude

Pour cantonner la portée de sa limitation pour l'avenir de son revirement, la chambre criminelle a réservé une exception de fraude. Alors que la chambre criminelle s'était toujours refusée à consacrer une telle exception de fraude, elle décide que « l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale ».

Cette formulation est pour le moins vague, puisque les critères de la fraude ne sont pas définis, ce qui est regrettable, car les juridictions du fond qui auront à évaluer l'existence d'une fraude, notamment dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, se trouveront quelque peu démunies.

L'avis de l'avocat général contient toutefois quelques éléments éclairants. Il propose ainsi la mise en œuvre d'un « faisceau d'indices précis et concordants »,

tels que « la concomitance de la mise en œuvre des opérations de fusion-absorption avec le déclenchement de poursuites pénales à l'encontre de la société absorbée et surtout, l'inutilité économique de l'opération de restructuration d'entreprises envisagée, dissimulant en réalité la volonté de faire échec aux règles d'ordre public de la responsabilité pénale ».

D'autres éléments peuvent également être trouvés dans les quelques décisions que nous avons déjà évoquées (v. I, C, 2 ci-dessus).

Notamment, dans son arrêt du 10 octobre 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'une fusion était frauduleuse dès lors que « les transformations successives ont été réalisées pour des raisons de pure convenance personnelle (...) en vue de s'exonérer de son obligation » et « qu'ainsi, la cour d'appel a fait ressortir la fraude commise à l'encontre de la banque et l'opposabilité des fusions à l'égard de cette dernière ». Or la notion de « pure convenance personnelle » n'évoque pas nécessairement l'intention de nuire. D'ailleurs, l'auteur de la note sous l'arrêt indique à juste titre que : « L'élément psychologique - l'intention de nuire - peut être difficile à établir en l'espèce, mais cela a finalement assez peu d'importance. La fraude paulienne n'implique en effet pas nécessairement l'intention de nuire, car elle peut résulter de la seule connaissance que le débiteur et son cocontractant ont eue du préjudice causé au créancier<sup>23</sup>. À partir du moment où la caution sait qu'en fusionnant elle va se mettre hors d'atteinte du créancier, elle commet au moins cette faute qu'elle connaissait le tort qu'elle allait lui causer. Une simple présomption de fraude est donc une fois de plus suffisante »<sup>24</sup>.

Il faut également relever que la portée de l'exception de fraude, ainsi créée par la

23) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 1985 : Bull. civ. I, n° 163.

24) Cass. com., 10 oct. 1995, note R. Routier : Rev. sociétés 1995, p. 708.

chambre criminelle a un champ d'application très différent de celui découlant du nouveau principe de transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à l'absorbante.

En effet, à la lecture de l'arrêt de la chambre criminelle, l'on ne peut qu'être intrigué par la dernière phrase du paragraphe 41 : « Cette possibilité [donnée au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante en cas de fusion ayant eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale] est indépendante de la mise en œuvre de la directive du 9 octobre 1978, précitée ».

C'est en lisant le communiqué publié par la Cour de cassation avec l'arrêt du 25 novembre 2020 que l'on comprend la portée de cette phrase. En effet, le communiqué précise, ce que ne fait pas l'arrêt, que : « Dans cette hypothèse, l'opération constitue une fraude à la loi, de sorte que toutes les sociétés, quelle que soit leur forme, sont concernées et que toute peine encourue peut être prononcée. S'agissant d'un principe qui n'était pas imprévisible, il reçoit une application immédiate et s'applique en conséquence à toutes les fusions, quelle que soit leur date ».

Il n'est pas certain que la chambre criminelle ait réellement eu conscience que, ce faisant, elle créait une hydre à plusieurs têtes !

En effet, concernant cette exception de fraude :

- elle s'appliquera aux fusions intervenues avant comme après l'arrêt aux sociétés qui ne sont pas des sociétés par actions. Ces sociétés encourront toutes la gamme des peines prévues pour les personnes morales, dont la dissolution !
- elle s'appliquera aux fusions intervenues avant le 25 novembre 2020 pour les sociétés par actions. Le commentaire de la Cour de cassation semble dire que pour ces opérations, interve-

nues avant le 25 novembre 2020, les sociétés par actions encourront toutes les peines prévues pour les personnes morales. Mais quelles seront les sanctions encourues dans le cadre des fusions frauduleuses intervenues postérieurement ?

### Conclusion

Il faut naturellement se réjouir de la décision de la chambre criminelle qui a finalement décidé de mettre fin à cette assimilation sans limite de la dissolution d'une personne morale dans le cadre d'une opération de fusion-absorption de sociétés par actions au décès d'une personne physique. Cependant, le fondement juridique de cette décision semble incertain et cette incertitude a conduit la chambre criminelle à délimiter le champ d'application de son revirement de jurisprudence de manière quelque peu artificielle et peu pertinente.

En effet, plusieurs règles sont désormais susceptibles de s'appliquer, selon la forme sociale des sociétés parties à l'opération de fusion-absorption et la date de l'opération. À ce titre, une inconnue demeure concernant la peine encourue par une société par actions partie à une opération de fusion-absorption qui serait considérée comme frauduleuse et qui interviendrait postérieurement au 25 novembre 2020.

Il en résulte un régime complexe et une superposition de principes, de limitations et d'exceptions (à tel point que l'on peine à distinguer ce qui est le principe et ce qui constitue l'exception), qui ne peut être que préjudiciable au principe de sécurité juridique et qui doit inciter les praticiens à la plus grande prudence dans l'évaluation des risques juridiques liés aux projets de leurs clients.

D'ailleurs, il n'est pas certain qu'un tel régime soit du goût du Conseil constitutionnel, dont il faut rappeler la décision du 18 mai 2016, portant sur la transmission à une société absorbante d'amendes de nature civile. Dans cette décision, le Conseil avait adopté une nouvelle moti-



.....

vation de principe selon laquelle : « Appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet ». Autrement dit, le Conseil n'est pas favorable à l'adaptation du principe de la personnalité des peines dans le cadre de la matière pénale.

Il ne fait nul doute que la question de la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à l'absorbante en cas de fusion-absorption n'a pas encore trouvé de réponse tout à fait satisfaisante et que les juridictions auront encore besoin de nombreuses années pour clarifier et unifier leurs positions.

## KIOSQUE Lextenso

**GRATUIT**  
AVEC VOTRE  
ABONNEMENT



## Feuilletez votre revue PETITES AFFICHES sur tous vos écrans !

Pour accéder à la version numérique  
feuilletable de votre revue :

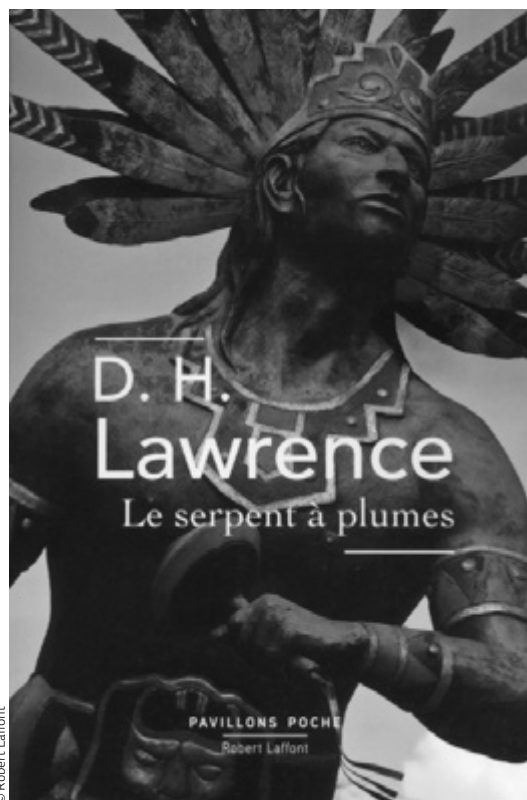
- sur **ordinateur** (PC ou MAC), rendez-vous sur [www.kiosque-lextenso.fr](http://www.kiosque-lextenso.fr)
- sur **tablette ou mobile**, téléchargez L'APPLICATION **KIOSQUE Lextenso**



Lextenso



## Le Serpent à plumes 153x1



Ce roman de D. H. Lawrence, souvent méconnu, fut tour à tour encensé et condamné par la critique.

Lawrence, avec *Le Serpent à plumes*, nous emmène dans le Mexique des années 1920. Kate, une Irlandaise, a quitté son pays après le décès de son mari, et, accompagnée d'un cousin et d'un ami américains, elle se retrouve à Mexico.

Dans un premier temps, Kate supporte difficilement le pays.

« Mexico était peut-être très agréable à la surface, avec ses villas dans les faubourgs, ses belles rues au centre, ses milliers d'autos, ses tennis et ses réunions de bridge. Le soleil y brillait tous les jours et de grandes fleurs vives décoraient les arbres. Une atmosphère de fête. Oui, jusqu'à ce que vous vous trouviez seul, face-à-face avec la ville. Alors le grondement se faisait entendre comme le cri sourd et irrité d'un jaguar que la nuit tachetait de noir. On sentait peser sur l'esprit une force lourde et déprimante, les

grands replis du dragon aztèque. Le dragon des Toltes s'enroulait autour de vous et étouffait votre âme, et sur la clarté du soleil passait une buée de sang, d'un sang irrité, sombre et impuissant, où les fleurs semblaient baigner leurs racines. De l'endroit s'exhalait une atmosphère cruelle, pénible et destructive ».

Peu à peu, Kate s'acclimatera et surmontera ce changement de vie, et sa rencontre avec Don Ramón Carrasco et surtout Cipriano Viedma la conduira à quitter Mexico et le microcosme occidental.

Elle s'installera alors sur les rives d'un lac hors du temps, entourée d'autochtones. Dans ce lieu presque idyllique, elle sera confrontée à la résurgence de Quetzalcóatl, le dieu serpent, qu'un groupe essaie de régénérer après sa longue absence.

À partir de ce moment, Kate modifie sa façon de vivre, ce qui l'emmène dans un voyage à la fois humain et intérieur.

Renoncera-t-elle toutefois à son pays, à sa civilisation, à ses valeurs, pour se fondre dans le culte de Quetzalcóatl et la tradition qui s'y rattache ?

Avec ce roman atypique, Lawrence poursuivait sa quête vers le retour aux croyances primitives, face au déclin spirituel dont il était le témoin. Le symbolisme abonde, et nous suivons Kate dans sa transformation psychologique.

C'est un choc de civilisation, entre la communion par le sang d'un peuple avec l'individualisme des sociétés dites « évoluées ». Opposition entre un fatalisme indigène et l'intellectualisme occidental. Les forces telluriques primitives des peuples antiques face au rationalisme.

Même si ce roman peut dérouter en oscillant entre réalisme et mystique, il exprime cependant une vision, même si elle est subjective, de la situation politique du Mexique de l'époque. Un classique à redécouvrir.

**Didier Du Blé**

### Infos

*Le Serpent à plumes*,  
D. H. Lawrence, Robert  
Laffont, 12,50 €, 662 p.