



Le transfert de la responsabilité pénale à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant la fusion-absorption

Résumé : En cas de fusion-absorption de sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées, la société absorbante peut désormais être condamnée pénallement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commis par la société absorbée avant cette opération.



Louise Bouvet
Étudiante en Master 2 Droit bancaire et financier de l'Université du Mans



Sanna Driouach
Étudiante en Master 1 Droit bancaire et financier de l'Université du Mans



Bastien Heppe
Étudiant en Master 1 Droit bancaire et financier de l'Université du Mans

Cass. crim. 25 nov. 2020, n°18-86.955 (Cassation partielle)

Par ce revirement de jurisprudence, la Cour de cassation semble s'éloigner de la tendance à l'anthropomorphisme dans le régime des personnes morales¹. Cette jurisprudence conduisait notamment à assimiler une société absorbée dissoute à une personne physique décédée lors d'une opération de fusion-absorption, en donnant tout à la fois un plein effet à la transmission universelle du patrimoine et un arrêt des poursuites pénales au motif du principe de personnalité des peines pénales.

Pour rappel, une fusion-absorption est l'opération juridique consistant à regrouper plusieurs sociétés qui disparaissent en une seule, par voie de dissolution sans liquidation de la société absorbée et de transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante².

Ainsi, c'est dans le cadre d'une telle opération de fusion-absorption que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé qu'en cas de fusion-absorption de sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées (i.e. entrant dans le champ d'application de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017), la responsabilité pénale de la société absorbante pouvait être engagée pour des faits commis par la société absorbée en amont de cette opération. Cette décision, aux antipodes de la jurisprudence établie depuis des années, interpelle alors sur l'éventail des risques que les sociétés absorbantes doivent prendre en compte lors de la réalisation d'une fusion-absorption.

En l'espèce, un incendie s'est déclaré dans les entrepôts de stockage d'archives de la société Intradis en 2002. En mars 2017, la société Intradis a été absorbée par la société Iron Mountain dans le cadre d'une opération de fusion-absorption. En juillet 2017, la société Intradis est convoquée à une audience devant le tribunal correctionnel suite à l'ouverture d'une information judiciaire. Cette dernière est appelée à comparaître pour destruction involontaire de bien appartenant à autrui par l'effet dudit incendie par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi.

Les sociétés Ebenal et Kering, parties civiles, ont fait citer la société Iron Mountain (société absorbante) à comparaître à cette audience en novembre 2017. À noter que celle-ci est intervenue

volontairement à la procédure ouverte après information judiciaire.

En première instance, par jugement du 8 février 2018, le tribunal correctionnel a ordonné un supplément d'information afin de déterminer les circonstances de l'opération de fusion-absorption et de rechercher tout élément relatif à l'infraction de destruction involontaire. La société absorbante a donc fait appel de cette décision.

La Cour d'appel d'Amiens a rendu une décision le 26 septembre 2018 dans laquelle elle déboute la société absorbante de sa demande en nullité du supplément d'information ordonné par le tribunal.

Dès lors, la société absorbante fait grief à la décision des juges du fond et forme un pourvoi en cassation. Elle reproche à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir ordonné un supplément d'information afin de rechercher si l'opération de fusion-absorption n'avait pas été entachée de fraude, au motif que dans un tel cas la responsabilité pénale de la société absorbante pourrait être engagée. La société absorbante fait alors valoir le principe de la personnalité des délits et des peines énoncé à l'article 121-1 du Code pénal qui s'opposerait à toute poursuite pénale contre la société absorbante pour des faits commis par l'absorbée avant la fusion-absorption.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 25 novembre 2020, rend un arrêt de cassation partielle. Elle décide, en effet, de casser l'arrêt de la Cour d'appel seulement en ce qu'il désigne le commandant de la compagnie de gendarmerie de Versailles pour procéder au supplément d'information ordonné alors qu'elle avait pour obligation de désigner l'un de ses membres pour procéder à une telle procédure.

Par cet arrêt, la Cour de cassation opère donc un revirement de jurisprudence total en suivant la position de la Cour d'appel puisqu'elle estime que la société absorbante peut être condamnée pénallement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération.

¹ Bellivier F., Droit des personnes, sept. 2015, Lexiteno

² C. com., art. L236-1 ; C. civ., art. 1844-4

Ce nouveau principe ne manquera pas d'étonner puisque la solution antérieure était acquise depuis des années et semblait intangible. La Chambre criminelle jugeait de manière constante que l'article 121-1 du Code pénal, selon lequel "*nul n'est responsable que de son propre fait*", s'opposait à ce que la société absorbante soit poursuivie pour des faits commis par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption³. À cet égard, elle considérait que la fusion devait entraîner l'extinction de l'action publique par décès en vertu de l'article 6 du Code de procédure civile⁴. Cette interprétation permettait ainsi de respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, quand bien même la Cour européenne des droits de l'homme ne s'était jamais prononcée sur le transfert de responsabilité pénale entre personnes morales.

C'est sûrement pour cela que l'arrêt de la Chambre criminelle apparaît comme étant très pédagogique puisque cette dernière prend le soin d'expliquer de façon particulièrement motivée et détaillée les raisons du revirement de jurisprudence. Pour arriver à ce raisonnement, elle a notamment distingué trois questions auxquelles elle a répondu successivement.

En premier lieu, elle s'est interrogée sur le fait de savoir si la société absorbante pouvait être condamnée pour des faits commis par la société absorbée avant la fusion. Elle estime alors que l'article 121-1 du Code pénal n'empêche pas de poursuivre pénalement la société absorbante dans un tel cas. De plus, la considération selon laquelle la fusion⁵ ne peut avoir pour effet de tenir pour responsable la société absorbante des faits commis par l'absorbée, ne peut pas être prise en compte en notre espèce. L'approche anthropomorphique ne se justifie plus puisqu'elle ne permet ni de prendre en compte les spécificités des personnes morales pouvant changer de forme sans pour autant disparaître, ni les réalités économiques. L'article L. 236-3 du Code de commerce dispose que la fusion-absorption n'emporte pas liquidation de la société absorbée mais seulement sa dissolution, ce qui suppose que l'activité économique de cette dernière perdure après son absorption. Selon la Cour de cassation, il n'est donc pas possible d'estimer que les sociétés absorbées et absorbantes soient distinctes en raison de la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale. Cet argument est d'ailleurs tiré de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait décidé que « *la société absorbée n'est pas véritablement "autrui" à l'égard de la société absorbante* »⁶. L'article 121-1 du Code pénal a donc vocation à s'appliquer rendant la société absorbante responsable des faits commis par l'absorbée. De plus, le moyen de la société absorbante tiré de l'article 6 du Code de procédure pénale, interprété strictement par les juges ici, est inopérant puisque celui-ci ne prévoit pas expressément l'extinction de l'action publique en cas de fusion-absorption.

Cette décision de la Chambre criminelle s'inscrit dans la continuité des tendances jurisprudentielles européennes et internes. Pour preuve, la Cour de justice de l'Union européenne a pu préciser qu'une fusion-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 fusion⁷. La Chambre commerciale a également suivi cette évolution en admettant l'application à la société absorbante d'amendes civiles prononcées pour des manquements à la réglementation en matière de concurrence commis, avant la fusion, par la société absorbée⁸. Cette position a également été reprise par le Conseil constitutionnel⁹, tout comme le Conseil d'État en matière de régulation des marchés financiers et en matière fiscale¹⁰.

Abandonner l'immunité pénale des sociétés en matière de fusion-absorption des sociétés anonymes et par actions simplifiées peut être perçu comme sévère, notamment au regard de la jurisprudence antérieure. Toutefois, elle se justifie facilement par son objectif : éviter les éventuels effets pervers du recours à la fusion-acquisition qui aurait pour seul but de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité.

La portée de cet arrêt n'est pas sans conséquence en pratique. En donnant un plein effet à la transmission universelle du patrimoine, la Cour oblige les praticiens à s'interroger sur les impacts futurs de cette décision sur les opérations de fusion-absorption. Cet arrêt invite les sociétés parties à une future fusion-absorption à réfléchir à la mise en place de nouvelles garanties adaptées. Une "garantie pénale" fonctionnant sur le principe d'une garantie de passif fiscal pourrait alors être envisagée. En cas d'amende prononcée à l'égard de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée, des indemnisations seraient alors prévues dans cette garantie. Par ailleurs, cet arrêt confirme l'importance particulière d'un audit pénal dans le cadre de la *due diligence* réalisée par l'acquéreur de la société absorbée. Dès lors, ces nouveaux risques pénaux obligent les sociétés à mettre en place de nouveaux mécanismes préventifs, de tel sorte qu'un audit préventif pourrait devenir une condition *sine qua non* à toute opération de fusion¹¹. D'ailleurs, la Cour de cassation encourage implicitement l'utilisation de ce mécanisme dans sa décision¹².

Il convient toutefois de remarquer que la reprise de la responsabilité pénale de la société absorbante reste néanmoins très encadrée. La Cour de cassation vient, en effet, préciser les conditions et les limites de transfert de responsabilité pénale de la société absorbée vers la société absorbante. D'abord, seules des peines d'amende et de confiscation peuvent être prononcées à l'égard de la société absorbante. Ensuite, les juges entendent limiter ce transfert aux seules sociétés entrant dans le champ d'application de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017, c'est à dire les sociétés anonymes. Il faut toutefois préciser que cette directive s'applique également aux sociétés par actions simplifiées, celles-ci étant soumises, dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières les concernant, aux règles concernant les sociétés anonymes¹³. Enfin, la sévérité de cette décision est également nuancée par le fait que la société absorbante, bénéficiant des mêmes droits que la société

³ Cass. crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-86.742 ; Crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-86.376 ; Cass. crim., 18 février 2014, pourvoi n° 12-85.807

⁴ Contrairement à l'action civile qui se transmet permettant ainsi, lorsque la condamnation pénale de l'absorbée a lieu avant la fusion, aux parties bénéficiaires d'obtenir réparation après la fusion auprès de l'absorbante

⁵ entraînant la perte de la personnalité juridique de la société absorbée et l'extinction de l'action publique

⁶ CEDH, décision du 24 octobre 2019, Carrefour France c. France, n°37858/14

⁷ CJUE, arrêt du 5 mars 2015, Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho, C-343/13

⁸ Cass. com., 28 février 2006, n° 05-12.138, Bull. 2006, IV, no 49 ; Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29.166

⁹ Cons. const., 18 mai 2016, décision n° 2016-542 QPC

¹⁰ CE 23 juillet 2014, n°359902.

¹¹ Emmanuel Daoud, *La nouvelle responsabilité des sociétés absorbantes (revirement de jurisprudence, éditions législatives, nov. 2020*

¹² "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" (cf. § 33)

¹³ Article L. 227-1 du Code de commerce al. 2



absorbée, puisse se prévaloir de tous moyens de défense que cette dernière aurait pu invoquer.

En second lieu, la Cour a pu se prononcer sur l'application dans le temps de ce nouveau principe de transfert de responsabilité pénale. En l'espèce, elle ne l'applique pas à la présente société absorbante. Ce revirement ne s'appliquera qu'aux fusions *post 25 novembre 2020* en vertu du principe de sécurité juridique et de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴. L'application *in futuro* répond également au respect du principe de prévisibilité.

En dernier lieu, les juges de la Chambre criminelle ont pu expliciter l'incidence d'une fraude à la loi commise à l'occasion d'une opération de fusion-absorption et de mise en jeu de la responsabilité pénale. Ce cas de fraude à la loi avait déjà été évoqué en jurisprudence dans des opérations de fusion-absorption¹⁵. Cependant, c'est la première fois qu'elle affirme que l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsqu'une telle opération a pour but de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale. La Cour prévoit un régime particulier en cas de fraude à la loi puisque la responsabilité pénale pourra être engagée quelle que soit la forme des sociétés concernées et les

peines susceptibles d'être prononcées. De plus, la Cour considère que sa position sur ce point n'est ni un revirement de jurisprudence, ni imprévisible. Par conséquent, cette solution est d'application immédiate et rétroactive. Les conditions et limites susmentionnées n'ont donc pas vocation à s'appliquer en cas de fraude. Il faut noter que l'interprétation de la fraude à la loi n'est pas certaine sur le plan de la sécurité juridique puisqu'il existe peu de jurisprudence à ce sujet. Il nous semble alors possible de s'inquiéter que cette solution ouvre la voie à des poursuites pénales à l'encontre d'opérations de fusion passées, et ce sans démonstration rigoureuse d'une fraude à la loi.

In fine, dans ce contexte de renouveau de la jurisprudence en matière de fusion-acquisition, il faudra redouter de vigilance lors du conseil et de la préparation de telles opérations. En particulier, dans un arrêt rendu le 26 novembre 2020¹⁶, la troisième Chambre civile a décidé que l'assurance de responsabilité souscrite avant une fusion-absorption par la société absorbante n'a pas vocation à garantir le paiement de la dette de responsabilité de la société absorbée transmise à l'absorbante du fait de la fusion. Cette décision nous semble dès lors s'inscrire dans cette tendance et obligera les praticiens à vérifier que le contrat d'assurance de l'absorbante couvre cette situation.

¹⁴ 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.

¹⁵ Cass. crim., 23 avril 1970, pourvoi n° 68-91.333 concernant une fusion absorption ayant pour but de faire échec à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise

¹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 26 novembre 2020 n° 19-17.824