

PAS DE FUNÉRAILLES POUR LES PERSONNES MORALES !

par **David Apelbaum**

Avocat associé, cabinet ABPA, Apelbaum Bendavid Poincloux Associés

Alice Battaglia

Avocate collaboratrice, cabinet ABPA, Apelbaum Bendavid Poincloux Associés

Crim. 25 novembre 2020, n° 18-86.955

Observations : L'arrêt rendu le 25 novembre 2020 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, admettant la transmissibilité de la responsabilité pénale d'une personne morale dans le cadre d'une fusion-absorption, est un coup de tonnerre. La Cour avait attiré la vigilance des juristes dans sa *Lettre de la chambre criminelle* du mois d'octobre 2020¹, mais cette précision pouvait aussi bien laisser présager une réaffirmation très motivée d'une jurisprudence constante qu'un revirement de jurisprudence. Après un *teaser* de plus d'un mois et demi, la chambre criminelle a redéfini sa position : si l'on ne déjeune pas avec une personne morale², on ne saurait non plus assister à son enterrement.

Alors que le droit des sociétés prévoit des conséquences très claires à l'opération de fusion-absorption³, le droit pénal a longtemps pris le parti de les ignorer. En effet, par la fusion de la société absorbée avec la société absorbante, la personne morale absorbée est dissoute et disparaît : elle n'a donc plus d'existence juridique. Or, le premier alinéa de l'article 6 du code de procédure pénale qui prévoit les conditions d'extinction de l'action publique envisage, parmi celles-ci, « la mort du prévenu », à laquelle la Cour de cassation assimilait l'absorption.

De plus, s'agissant du transfert de responsabilité pénale, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), interrogée sur la transmission d'une amende fiscale à un héritier, avait déjà jugé qu'« hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit »⁴. Le Conseil constitutionnel⁵ avait considéré que ce principe avait valeur constitutionnelle en ce qu'il se fondait sur les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁶. En conséquence, assimilant sans nuance personnes physiques et morales, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jusqu'alors opté pour une approche qu'elle qualifiait « d'anthropomorphique » de l'opération de fusion-absorption, traitant de la même manière la société absorbée et la personne physique décédée. Elle jugeait ainsi, de façon constante depuis un arrêt du 20 juin 2000⁷, au visa du principe de personnalité des peines de l'article 121-1 du code pénal, qu'il n'était pas possible que la société absorbante soit poursuivie et condamnée pour des faits commis par la société absorbée antérieurement à la fusion-absorption.

Cette interprétation conduisait à ignorer l'aspect principalement économique, et non personnel, de l'opération de fusion-absorption, pourtant souligné à plusieurs reprises par des autorités répressives diverses. Le revirement de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation traduit aujourd'hui une prise en compte assumée de la réalité économique de l'opération – dont toutes les conséquences doivent être supportées.

La résistance traditionnelle de la chambre criminelle au transfert de responsabilité

Alors que la plupart des juridictions nationales admettaient le transfert de responsabilité pénale de la société absorbée vers la société absorbante et qu'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne semblait imposer une telle interprétation en droit interne, la chambre criminelle de la Cour de cassation campait fermement sur sa position anthropomorphique.

Des juridictions et autorités nationales favorables à un transfert de responsabilité

Depuis plusieurs années, en matière répressive, diverses juridictions nationales ont ouvert la voie à l'admission d'un transfert de responsabilité en cas de fusion-absorption.

(1) www.courdecassation.fr/IMG/pdf/20201016_lettre_cr_3.pdf, p. 6.

(2) « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », aphorisme attribué au professeur Gaston Jèze, auquel le professeur Jean-Claude Soyer avait répondu, non sans esprit, « Mais je l'ai souvent vue payer l'addition ! ».

(3) La fusion-absorption est définie à l'art. L. 236-1 C. com. dans les termes suivants : « une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent » ; ses conséquences sont prévues par l'art. L. 236-3, I : dissolution sans liquidation, transmission universelle de son patrimoine à la société bénéficiaire et acquisition, par les associés de la société disparue, de la qualité d'associé de la société bénéficiaire.

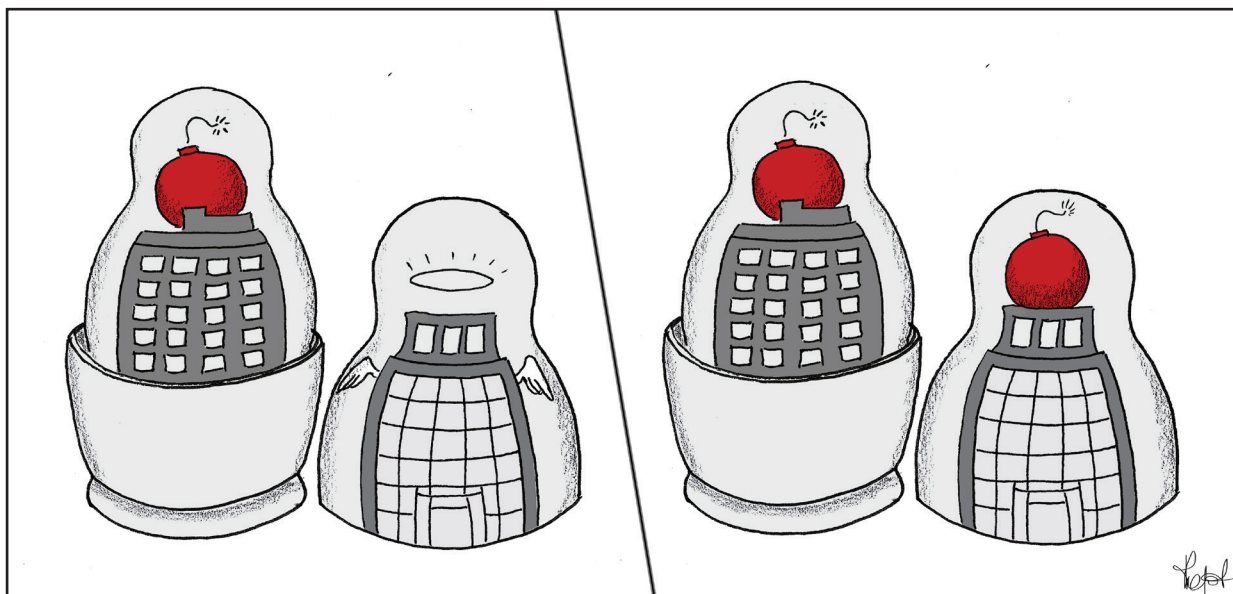
(4) CEDH 29 août 1997, n° 71/1996/690/882, *AP, MP et TP c/ Suisse*, spéc. § 48.

(5) Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC.

(6) DDH, art. 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; art. 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

(7) Crim. 20 juin 2000, n° 99-86.742, D. 2001. 853, note H. Matsopoulou ; *ibid.* 1608, obs. E. Fortis et A. Reygrobellet ; *ibid.* 2002. 1802, obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2001. 153, obs. B. Bouloc ; Crim. 14 oct. 2003, n° 02-86.376, D. 2004. 319, obs. G. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2003. 101, obs. A. P. ; RSC 2004. 339, obs. E. Fortis ; Crim. 18 févr. 2014, n° 12-85.807.

ILLUSTRATION DU MOIS



C'est d'abord le cas, dans une certaine mesure, **en matière boursière**. En 2000, dans une affaire où le Conseil des marchés financiers avait prononcé un blâme et une sanction pécuniaire à l'encontre d'une société absorbée antérieurement à la fusion-absorption, le Conseil d'État a opéré une distinction fondée sur la nature de la sanction. Dans sa décision *Société Crédit Agricole Indosuez Chevreux*⁸, dont le principe a été réaffirmé en 2008⁹, la Haute juridiction administrative a refusé le transfert des sanctions disciplinaires (en l'espèce un blâme) au visa du principe de personnalité des peines, mais a accepté ce transfert en ce qui concerne les sanctions pécuniaires.

En matière fiscale ensuite, le Conseil d'État a rendu un avis le 4 décembre 2009¹⁰ expliquant que le principe de personnalité des peines ne pouvait faire obstacle à ce que des sanctions pécuniaires soient mises à la charge de la société absorbante à raison de manquements commis, avant la fusion, par la société absorbée, fusionnée ou scindée, au regard de la nécessité de « préserver le caractère effectif et dissuasif des pénalités fiscales » et « des objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscale ».

Enfin, **en matière de concurrence**, les termes du débat sont différents puisqu'aux termes des articles L. 410-1 et suivants du code de commerce, le sujet de droit n'est pas la « personne morale » mais « l'entreprise » entendue comme une entité économique. Par conséquent, le principe de la responsabilité personnelle ne trouve pas à s'appliquer. La chambre commerciale de la Cour de cassation considère en effet traditionnellement qu'il ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise ayant commis les faits a été juridiquement transmise¹¹. Dans une décision du 18 mai 2016¹², le Conseil constitutionnel a confirmé ces interprétations jurisprudentielles, soulignant par ailleurs qu'elles « ne méconnaissent pas, compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait ». L'amende civile encourue est ainsi une sanction pécuniaire qui pouvait être prononcée à l'encontre d'une personne bénéficiaire de la transmission de patrimoine de la société dissoute sans liquidation.

L'ensemble de ces décisions traduisait une position commune – explicite en matière de concurrence, implicite en matière boursière et fiscale : l'opération de fusion-absorption étant avant tout une restructuration économique, dont les parties envisagent qu'elle sera à leur avantage, il n'est que justice qu'elle ne fasse pas obstacle à des sanctions de nature purement économique. En somme, la société absorbante peut avoir le beurre, mais pas l'argent du beurre.

Une jurisprudence européenne explicitement favorable au transfert de responsabilité pénale

Le 5 mars 2015, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹³ a rendu une décision aussi explicite qu'argumentée, qui semblait imposer un alignement de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur celles des juridictions ci-avant mentionnées.

Elle a en effet affirmé qu'une amende liée à des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion et infligée par une décision devenue définitive après une fusion-absorption était transmissible à la société absorbante. Il s'agissait, en l'espèce, de la fusion-absorption d'une société anonyme soumise

(8) CE 22 nov. 2000, n° 207697, Lebon ; D. 2001. 237, obs. M. Boizard ; *ibid.* 1609, obs. A. Reygrobellet ; RSC 2001. 598, obs. J. Riffault.

(9) CE 6 juin 2008, n° 299203, Lebon.

(10) CE, avis, 3^e et 8^e sous-sect., 4 déc. 2009, n° 329173, Lebon.

(11) Com. 21 janv. 2014, n° 12-29.166, D. 2014. 531, note M.-C. Sordino ; *ibid.* 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; *ibid.* 2434, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *ibid.* 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

(12) Cons. const. 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, D. 2017. 881, obs. D. Ferrier.

(13) CJUE 5 mars 2015, aff. C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)*, D. 2015. 1506, obs. C. Mascala ; *ibid.* 2401, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; AJ pénal 2015. 493, obs. J. Lasserre Capdeville.

à la directive 78/855 du 9 octobre 1978, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017. La CJUE a justifié sa position en précisant qu'en l'absence d'une telle transmission, la fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné.

La motivation de bon sens de cette décision (la fusion-absorption ne pouvant devenir un outil d'irresponsabilité répressive) avait été bien accueillie par certains auteurs qui soulignaient que, dans la mesure où la fusion-absorption emporte transmission universelle de l'actif et du passif de la société absorbée, il est logique que la dette pénale potentielle soit transmise comme élément de passif à la société absorbante. Ils avaient également précisé que la réalité économique de l'opération traduisait une transmission des moyens (matériels et humains) et du profit de l'infraction chez la société absorbante, absolument inassimilable à une transmission pour cause de mort¹⁴.

Ce sont ces mêmes arguments, pourtant déjà anciens, qui viennent d'être repris par la chambre criminelle de la Cour de cassation après cinq ans de résistance.

L'attachement de la chambre criminelle au principe de personnalité des peines

L'arrêt de 2015 de la CJUE aurait pu conduire la chambre criminelle de la Cour de cassation à revenir sur sa position. Toutefois, les juridictions nationales n'ont l'obligation d'interpréter le droit interne dans un sens conforme au droit de l'Union européenne que lorsque cette interprétation ne les conduit pas à faire produire aux dispositions d'une directive un effet direct à l'encontre d'un particulier¹⁵.

Ainsi, en dépit de la jurisprudence européenne nouvelle, la chambre criminelle a, dans un arrêt du 25 octobre 2016¹⁶, très clairement choisi de maintenir sa position traditionnelle – et ce, dans les termes les plus définitifs.

En effet, dans un arrêt du 18 décembre 2015, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes – se conformant à l'arrêt de la CJUE rendu quelques mois auparavant – avait considéré que la fusion-absorption entraînait

« la transmission de la responsabilité pénale de façon non contraire aux dispositions des articles 6 du code de procédure pénale et 121-2 du code pénal ». La chambre criminelle avait été saisie du pourvoi de la personne mise en examen.

Dans un premier temps, la chambre criminelle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel portant sur les articles 121-1 et 121-2 du code pénal, dont il était soutenu qu'ils créaient un vide juridique quant à la disparition de la personnalité juridique de la personne morale par une opération de fusion-absorption. La Haute cour a en effet considéré qu'aucune atteinte aux principes de légalité et de sécurité juridique ne pouvait être constatée et que les textes existant étaient suffisamment clairs et précis.

Dans un second temps, la chambre criminelle a cassé cet arrêt. Elle a, d'une part, indiqué que la directive objet de l'arrêt de la CJUE ne pouvait avoir d'effet direct à l'encontre des particuliers et, d'autre part, réaffirmé au visa de l'article 121-1 du code pénal que le principe de responsabilité personnelle « 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 ».

Un revirement majeur, presque parfaitement encadré

Le revirement jurisprudentiel de l'arrêt du 25 novembre 2020, qui n'est surprenant que par sa tardiveté, est fondé sur une prise en compte assumée de la réalité économique de l'opération de fusion-absorption. La chambre criminelle tire les conséquences juridiques d'un tel revirement en posant plusieurs conditions à son application.

En revanche, elle fait preuve d'une certaine sévérité en réservant l'hypothèse d'une fraude à la loi, bien moins encadrée, et probablement au cœur des débats judiciaires à venir.

Un revirement fondé sur la réalité économique de l'opération

L'arrêt du 25 novembre 2020 aurait pu être rendu bien plus tôt, notamment au regard de l'arrêt de 2015 de la CJUE et des positions prises par les juridictions nationales.

Pour justifier ce délai, qui rend le revirement d'autant plus spectaculaire, la chambre criminelle explique tirer les conséquences d'une décision rendue le 24 octobre 2019 par la CEDH¹⁷, qui lui aurait permis de tirer les conséquences de l'arrêt de la CJUE rendu cinq ans plus tôt. Dans cette décision, la CEDH a jugé que l'imputation d'une amende civile – à laquelle l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique – à une société absorbante pour des actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion par la société absorbée ne portait pas atteinte au principe de personnalité des peines. Elle a justifié cette position par l'existence d'une continuité économique entre la société absorbée et la société absorbante, déduisant alors que l'absorbée n'était pas véritablement « autrui » à l'égard de la société absorbante.

S'appuyant sur cette nouvelle interprétation de la CEDH, la Cour de cassation considère qu'il lui est dorénavant possible de s'émanciper de son approche anthropomorphique pour tenir compte des spécificités du droit des sociétés et des enjeux économiques. Le raisonnement est imparable et, à dire vrai, aurait déjà pu s'imposer en 2015 ; sans doute la référence aux droits de l'homme était-elle un argument plus fort que la prééminence du droit matériel de l'Union européenne pour faire admettre un tel changement.

En effet, non seulement le changement de forme d'une société n'entraîne pas nécessairement sa liquidation mais, en outre, la transmission universelle de patrimoine, le transfert des associés de l'absorbée à l'absorbante ainsi que le transfert de tous les contrats de travail en cours au jour de l'opération traduisent une réalité économique que la chambre

(14) V., not., F. Barrière, Fusion-absorption et personnalité des peines, *La Semaine juridique Entreprise et Affaires* 21 mai 2015, n° 21, p. 1234.

(15) CJCE 26 sept. 1993, aff. C-168/95, *Arcaro*.

(16) Crim. 25 oct. 2016, n° 16-80.366, D. 2016. 2606, note R. Dalmau ; *ibid.* 2017. 245, chron. G. Guého, L. Ascensi, E. Pichon, B. Laurent et G. Barbier ; *ibid.* 2335, obs. E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *ibid.* 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; *AJ pénal* 2017. 36, obs. J. Lasserre Capdeville ; *RSC* 2017. 297, obs. H. Matsopoulou.

(17) CEDH 24 oct. 2019, n° 37858/14, *Carrefour France c/ France*.

criminelle fait le choix de ne plus ignorer. Elle affirme ainsi 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 absorbante »¹⁸.

La chambre criminelle balaye enfin d'un seul considérant une interprétation jurisprudentielle vieille de vingt ans, lorsqu'elle indique que l'application de l'article 6 du code de procédure pénale relatif aux causes d'extinction de l'action publique ne s'oppose pas à cette interprétation nouvelle¹⁹.

Désormais donc, elle considère que la responsabilité pénale de la personne morale absorbée est transmissible à la société absorbante.

Des conditions d'application clairement précisées

L'arrêt de la chambre criminelle, qui se veut clair et pédagogique, précise les conditions et les limites de l'admission de ce transfert de responsabilité pénale. En premier lieu, la chambre criminelle en circonscrit l'application aux seules opérations de fusion-absorption relevant de la directive 78/855 du 9 octobre 1978 précitée²⁰. En ce qui concerne la France, l'application de la règle nouvelle concerne donc uniquement les fusions des sociétés anonymes (SA) et des sociétés par actions simplifiées (SAS).

En deuxième lieu, elle circonscrit son application aux seules peines d'amende et de confiscation²¹, confirmant que l'analyse purement économique de l'opération de fusion-absorption ne doit s'étendre qu'aux sanctions présentant également un caractère purement économique, voire strictement financier. Il est particulièrement notable que la peine d'interdiction de soumissionner aux marchés publics – notamment crainte des sociétés prévenues devant les juridictions correctionnelles – n'y soit pas incluse.

En troisième lieu, elle précise que les droits de la défense, au même titre que l'ensemble des droits de la société absorbée, sont transférés à la société absorbante qui peut, par conséquent, se prévaloir de tout moyen de défense que la première aurait pu invoquer²².

La chambre criminelle règle enfin la question de l'applicabilité dans le temps de la règle nouvelle. L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui fonde le principe de prévisibilité juridique, commande ainsi que ce revirement de jurisprudence – ainsi qualifié à plusieurs reprises par la Cour elle-même – ne s'applique qu'aux opérations de fusion-absorption postérieures à la publication de l'arrêt²³. Il y a là un certain pragmatisme : ce n'est pas la répression pénale elle-même qui était imprévisible, mais son extension à la société absorbante ;

c'est donc la date de l'opération qui doit dicter l'application de l'interprétation nouvelle, et non la date de commission de l'infraction pénale.

En dépit de cette modulation des effets du nouveau principe, il est évident que sa proclamation bouleverse dès à présent le marché des fusions-absorptions puisqu'il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des opérations actuellement en cours et non finalisées, entraînant ainsi la nécessité de réaliser un audit de risque pénal approfondi de dernière minute.

À cet égard, les praticiens n'auront pas manqué de relever l'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation²⁴ le lendemain de celui objet du présent commentaire, aux termes duquel il est affirmé que l'assurance de

responsabilité souscrite par la société absorbante avant la fusion n'a pas vocation à garantir le paiement d'une dette de responsabilité de la société absorbée transmise à l'absorbante.

Récemment mis en exergue par l'Agence française anticorruption²⁵, le risque pénal devient ainsi, plus que jamais, un élément indispensable de l'analyse des opérations de fusion-absorption.

Enfin, ce revirement de jurisprudence apporte vraisemblablement un éclaircissement bienvenu à une question restée en suspens : une société absorbante peut-elle conclure une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) – instrument hybride de la procédure pénale s'il en est – visant des délits commis par l'absorbée ? La logique de la CJIP, instrument de réparation et d'accompagnement autant que de sanction, plaiderait pour une réponse positive, de même que la nature administrative de l'amende, mais la jurisprudence de la chambre criminelle constituait un obstacle dissuasif au regard de la lourdeur qu'impose la mise en place d'un tel dispositif. Désormais, il semble acquis qu'à tout le moins, SA et SAS absorbantes pourront entrer en voie de justice négociée pour les délits commis par les absorbées... ou être « invitées » par le parquet à de telles négociations.

Le régime sévère réservé aux fraudes à la loi

Parce que les faits objets de l'affaire dont elle était saisie s'y prêtaient, la chambre criminelle se prononce sur le cas d'une opération de fusion-absorption dont l'objectif était de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale ; il s'agit de l'hypothèse de la fraude à la loi, qui se voit conférer un régime particulier, beaucoup plus répressif.

La société demanderesse au pourvoi critiquait l'arrêt attaqué en ce qu'il l'avait déboutée de sa demande de nullité du supplément d'information ordonné par un tribunal correctionnel aux fins de déterminer si la fusion-absorption dont il était question avait été motivée par une volonté de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, poursuivie notamment du chef de destruction involontaire de bien par incendie.

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que si le juge pénal constate que l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échec aux poursuites pénales diligentées à l'encontre de la société absorbée, il caractérise une fraude à la loi qui lui permet d'écarter les conséquences de la fusion-absorption, et de condamner pénalement la société absorbante pour les faits commis par la société absorbée.

Surtout, la Cour précise que cette interprétation est immédiatement applicable à toutes les opérations de fusion-absorption, y compris celles qui ont été conclues avant son arrêt et celles qui ne relèvent pas de la directive 78/855 du 9 octobre 1978. De même, toutes les peines susceptibles d'être prononcées sont concernées, et pas uniquement les peines d'amende et de confiscation.

(18) Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955, § 23.

(19) *Ibid.*, § 26.

(20) *Ibid.*, § 35 et § 37.

(21) *Ibid.*, § 37.

(22) *Ibid.*, § 36.

(23) *Ibid.*, § 38 et 39.

(24) Civ. 3^e, 26 nov. 2020, n° 19-17.824.

(25) Agence française anticorruption, *Guide pratique : Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions*, janv. 2020, consultable sur le site de l'AFA.

Pour justifier l'application extensive de ce régime, la chambre criminelle indique que « 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 »²⁶. Il apparaît pourtant que l'application immédiate de cette nouvelle doctrine aurait pu être davantage motivée. En effet, le seul argument apporté par la chambre criminelle est celui de la prévisibilité de cette solution, alors même qu'elle concède n'avoir jamais eu à se prononcer à ce sujet et n'évoque pas davantage d'arrêts en ce sens de juridictions du fond.

Le caractère prévisible de cette position est en réalité discutable car dans les très rares cas où le ministère public a, par le passé, exercé des poursuites à l'encontre d'une société absorbante pour des faits commis par la société absorbée, le délit visé n'était pas le délit originellement commis par la société absorbante au visa de la fraude à la loi, mais le délit de complicité ou recel d'organisation frauduleuse d'insolvabilité²⁷.

En réalité, la fraude à la loi n'avait été évoquée que dans un arrêt de la Cour de cassation – et plus précisément de la chambre commerciale – qui s'était interrogée, en 1999, sur son application dans le cadre d'une société suspectée de manquements au règlement de la Commission des opérations de bourse, ultérieurement scindée en sept entités distinctes, qui avaient toutes les sept été destinataires de notifications de grief. Mais la Cour ne s'était finalement pas prononcée sur l'existence d'une fraude à la loi, le principe de personnalité des peines faisant à cette époque obstacle à toute procédure. Très étonnamment, cet arrêt

ne figure pas dans la note explicative de la Cour de cassation²⁸, qui n'a pas souhaité attirer l'attention sur cette jurisprudence révolue.

Il faut davantage voir dans cette exception une marque de sévérité de la Cour de cassation, qui ne souhaite pas permettre à des opérations passées manifestement frauduleuses d'échapper à la répression en raison d'un seul critère temporel.

Le risque est ici que l'exception devienne la règle. Le parquet prendra sans doute l'initiative de poursuivre toute fusion-absorption douteuse sur le terrain de la fraude avec, pour la société concernée, les conséquences inhérentes à l'existence d'une procédure pénale – ne serait-ce qu'en termes de réputation – à charge pour ladite société de démontrer, dans un second temps, que l'opération visée, antérieure au 25 novembre 2020, n'était pas frauduleuse.

Non seulement les personnes morales ne seront plus enterrées, mais en outre, il est à craindre que le ministère public décide d'en ressusciter quelques-unes !

(26) Crim. 25 nov. 2020, préc., § 42.

(27) Pour une condamnation suivie d'une relaxe en appel, TGI Paris, 11^e/1 ch. corr., 4 mai 2015, P08135092031 ; Paris, pôle 5, ch. 12, 15 mars 2017, n° 15/042.

(28) Com. 15 juin 1999, n° 97-16.439, RSC 2000. 629, obs. J. Riffault.

LA DIGNITÉ DES DÉTENUÉS ENFIN RESPECTÉE : L'INCONSTITUTIONNALITÉ DU RÉGIME DE LA DÉTENTION PROVISOIRE

par Jenny Frinçaboy

Maître de conférences à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Cons. const. 2 octobre 2020, n° 2020-858/859 QPC - M. Geoffrey F. et autre (Conditions d'incarcération des détenus)

Observations : Emboîtant le pas à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour de cassation, c'était donc au Conseil constitutionnel de rendre, le 2 octobre 2020, une décision historique en faveur du respect de la dignité des détenus – en tout cas des détenus provisoires. Le Conseil a été saisi le 9 juillet 2020 par la Cour de cassation de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) portant sur les articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale. Pour rappel, ces textes posent les conditions et modalités selon lesquelles une personne mise en examen peut être placée ou maintenue en détention provisoire. Tout en affirmant le caractère exceptionnel et subsidiaire de cette mesure privative de liberté, l'article 144 prévoit sept motifs de placement en détention provisoire qui tendent essentiellement à assurer la sauvegarde de l'ordre public et l'efficacité de la procédure en favorisant la recherche des auteurs d'infractions. Corrélativement, il ressort de l'article 144-1 que la personne doit immédiatement être mise en liberté lorsque sa détention n'est plus justifiée au regard des causes énumérées à l'article 144 ou lorsque la mesure excède un délai raisonnable eu égard

à la gravité des faits reprochés et à la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. Rien n'est prévu, en revanche, pour l'hypothèse d'une personne qui demanderait qu'il soit mis fin à sa détention parce qu'elle est détenue dans des conditions contraires à sa dignité.

C'est dans ce contexte que les requérants reprochaient aux dispositions attaquées d'être entachées d'incompétence négative, faute d'imposer au juge judiciaire de faire cesser des conditions de détention provisoire contraires à la dignité de la personne humaine, et de méconnaître à ce titre le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, celui de prohibition des traitements inhumains et dégradants, la liberté individuelle, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée. Si le Conseil constitutionnel n'a pas suivi la demande des requérants tendant à reconnaître