La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Mariage entre pragmatisme et dogmatisme juridique

J.A.E. VERVAELE

Professeur ordinaire en droit pénal économique et financier à la Faculté de droit d'Utrecht

L'excellent rapport de mon collègue K. Tiedemann a pour but de mieux protéger les intérêts financiers de l'Union en élaborant des propositions d'harmonisation qui portent sur quatre domaines : 1) les règles en matière de responsabilité des auteurs individuels, sous l'angle de la qualité d'auteur, de coauteur, de complice, etc. ; 2) les règles en matière de responsabilité fonctionnelle (*vicarious liability*) ; 3) la responsabilité pénale des personnes morales et 4) l'élément moral de la responsabilité pénale (*mens rea*). Ce rapport découle d'un rapport beaucoup plus vaste contenant des propositions d'harmonisation en matière de droit pénal et de procédure pénale, sous la direction de M. Delmas-Marty [1].

L'objet de cette contribution est d'établir les conséquences qu'entraînerait l'adoption des propositions de K. Tiedemann sur le régime juridique existant aux Pays-Bas. Aux yeux de la plupart des Etats membres de l'Union, il s'agit d'une demande pertinente, suscitant bon nombre d'observations et de questions intéressantes, en matière tant de dogmatique pénale que de politique criminelle et de pratique judiciaire. Puisque les Pays-Bas connaissent depuis longtemps la responsabilité pénale des personnes morales, la question est sans fondement, l'adoption de ces propositions n'exigeant aucune adaptation de notre droit ou pratique. Il ne serait toutefois pas fondé de s'en tenir à ce constat. Je suis en effet d'avis que l'intégration européenne impose une harmonisation plus accrue en cette matière ; le droit néerlandais et son expérience jurisprudentielle peuvent apporter à cet égard une importante matière à réflexion. C'est pourquoi je souhaiterais vous présenter, dans le cadre de cette contribution, le droit néerlandais *de lege lata* en cette matière.

*
**

Jusqu'il y a peu, les Pays-Bas était le seul pays sur le continent européen à disposer d'une responsabilité pénale générale pour les personnes morales. En

1. Vers un espace judiciaire européen. *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, 1996.

dépit de l'origine napoléonienne du droit pénal néerlandais et d'une tradition juridique et dogmatique continentale, les Pays-Bas, en tant qu'espèce d'enclave anglo-saxonne, ont opté pour l'adage *societas/universitas delinquere sed punite potest*. Les personnes morales sont non seulement censées être en mesure de commettre des infractions (la personne morale en tant qu'auteur), mais elles peuvent également être poursuivies au plan pénal et être sanctionnées (possibilité de poursuivre et de punir). En accomplissant ce pas, les Pays-Bas ont définitivement abandonné l'idée selon laquelle la personne morale ne serait qu'une fiction juridique et selon laquelle, par conséquent, il n'y aurait que ses organes et les personnes physiques qui pourraient être interpellés au plan pénal (*No soul to damn, no body to kick*). On a opté pour la réalité sociale dans une société industrielle et post-industrielle moderne, qui part du principe que les personnes morales occupent, au sein des échanges socio-économiques, une place absolument fondamentale ; en cette qualité, elles ont des droits et des devoirs qui incluent une responsabilité pénale (et la protection juridique qui y est liée).

C'est précisément parce que les Pays-Bas ont déjà franchi le pas, il y a plusieurs décennies, dans le cadre d'une tradition dogmatique continentale que le modelage juridique de la responsabilité pénale dans ce pays et son contenu jurisprudentiel constituent une précieuse source pour les autres pays européens et pour les exercices d'harmonisation dans le cadre de l'intégration régionale européenne. Si la réglementation néerlandaise et ses ingéniosités juridiques sont encore relativement peu connues en Europe, il existe même, aux Etats-Unis, des auteurs qui qualifient la reconnaissance de la responsabilité pénale limitée aux personnes morales dans le nouveau code pénal français comme une nouveauté et une révolution pour des pays qui ne sont pas liés à la tradition de la *common law* (tradition de la *civil law*) : « To the international business community, however, the most important features of the Nouveau Code Penal are not the innovations in crime definition and punishment, but the establishment – for the first time in France and, indeed, for the first time in any civil law nation – of comprehensive principles of corporate criminal sanctions » [2]. Beaucoup de personnes ignorent apparemment que les Pays-Bas sont le premier pays continental à avoir introduit la punissabilité générale des personnes morales. On doit en outre relever que, dans les écrits étrangers portant sur cette matière néerlandaise, la réglementation n'est souvent pas décrite de manière correcte ou son essence n'est pas reflétée de manière précise. La méconnaissance du mode de pensée anglo-saxonne chez les juristes continentaux et la méconnaissance de la langue néerlandaise ne sont certainement pas étrangères à cet état de fait.

Historiquement, il y a une différence entre l'approche anglo-saxonne et l'approche continentale française. L'approche anglo-saxonne reconnaît, depuis le début du siècle, que les personnes morales peuvent être de manière fonctionnelle tenue responsables au plan pénal (*vicarious liability*) pour les actes ou l'omission de leurs employés. Le modèle continental français part toutefois non de la faute fonctionnelle mais de la faute individuelle et établit par conséquent que les sanctions criminelles ne peuvent être imposées qu'aux personnes physiques au sein de la personne morale et non à la personne morale elle-même.

2. L. Orland et C. Cachera, « Essay and translation : corporate crime and punishment in France : criminal responsability of legal entities (personnes morales) under the new french criminal code (nouveau code pénal), *11 Conn. J. INT'l L.* 111 (1995).

C'est au sein de la tradition anglo-saxonne que l'évolution est la plus marquante. Confronté à l'industrialisation, le juge, aux Etats-Unis, a suivi la doctrine anglaise, qui reconnaissait que la personne morale pouvait être condamnée au plan pénal pour des infractions où aucune intention ne devait être prouvée. Cette doctrine, généralement admise à la fin du XIX[e] siècle aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, a été modifiée au début du XX[e] siècle aux Etats-Unis par l'introduction des infractions *mens rea* (avec intention) au sein de la responsabilité pénale des personnes morales et par l'abandon de la théorie de l'organe. Cette dernière implique que non seulement les actes ou l'omission des organes de la personne morale mais aussi ceux de n'importe quelle personne physique qui travaille au sein de ou pour la personne morale peuvent impliquer la responsabilité pénale des personnes morales. En partant de ce point de vue, les Etats-Unis et le Royaume-Uni vont emprunter des voies différentes ; on relèvera à ce propos qu'aux Etats-Unis on continue à s'accrocher à la théorie limitée de l'*alter ego* ou théorie de l'organe. Dans le cadre de la responsabilité des infractions *mens rea*, il n'y a que les actes ou l'omission de gestion (*the corporation's brain*) qui peuvent conduire à la responsabilité pénale de la personne morale. La responsabilité pénale beaucoup plus large aux Etats-Unis repose sur une décision jurisprudentielle, à savoir une décision de la *Supreme Court*, datant de 1909 : « Anything done or omitted to be done by a corporation (...) which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation (...) shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties (...) [3]. » La *Supreme Court* a ainsi créé un principe de base de responsabilité pénale pour les personnes morales, qui est devenu le fondement de beaucoup d'incriminations légales aux Etats-Unis. En 1970, la *Supreme Court* a abordé de manière spécifique la responsabilité en cas d'omission du personnel subalterne : « In providing sanctions which reach and touch the individuals who execute the corporate mission (...) the Federal Food, Drug and Cosmetics Act imposes not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also, and promarily, a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The requirement of *foresight* and *vigilance* imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are not more stringent than the public has a right to expect of those who voluntary assume positions of authority in business enterprises (...) [4]. » C'est surtout au cours de ces dernières années que la responsabilité pénale des personnes morales a été étendue au non-respect des devoirs de soin, notamment dans le monde bancaire et financier.

J'ai abordé en particulier, même si c'est brièvement, l'évolution aux Etats-Unis ; ce pays constitue en effet le berceau de ce dogme et il a également exercé une grande influence sur l'évolution aux Pays-Bas, bien que ce pays soit juridiquement ancré dans la tradition napoléonienne. Les Pays-Bas constituent en fait l'exemple d'un pays charnière, situé entre la tradition juridique continentale et le monde anglo-saxon. C'est donc une raison supplémentaire pour s'attacher au droit néerlandais !

3. *New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.S.*, 212 U.S. 481, 495 (1909).
4. *U.S. v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

I. – LA PUNISSABILITÉ DES PERSONNES MORALES AUX PAYS-BA DANS UNE PERSPECTIVE HISTORIQUE

Au cours du siècle précédent, la punissabilité des personnes morales dan le droit pénal fiscal et douanier avait déjà été prévue. Le droit pénal fisc recourait ainsi au concept d'une responsabilité pénale de la personne mora assujettie à l'impôt, au sein duquel la personne morale peut être tenue pén lement responsable pour des actes commis en tant qu'auteur par des suba ternes. L'article 13 de la *Algemene Wet op de Douane* de 1870 prévoyait responsabilité en cas de fraude en matière de droits d'exportation (un dél CEE avant la lettre) : « Les sociétés et les sociétés d'armateurs sont respor sables des actes de leurs administrateurs, comptables, employés, ouvrier valets ou autres personnes à leur service, sur base de l'article 231 de la l générale du 26 août 1822 relative à toutes les infractions aux dispositio légales portant sur l'importation, l'exportation et le transit ainsi que sur l accises [5] ». Cette réglementation dérive donc de l'article 231 de la *Algeme Wet* de 1822 relative au prélèvement des droits en matière d'importatio d'exportation et de transit et des accises ainsi que des sommes d'argent lié au tonnage des navires : « Tous les commerçants, trafiquants, fabricants, pe sonnes faisant commerce, bateliers, voituriers et autres personnes qui pou raient avoir, en raison de leurs affaires particulières, quelque relation av l'administration, seront à son égard responsables des actes de leurs employé ouvriers, valets ou autres personnes rémunérées, pour autant que les act accomplis concernent la profession exercée. Si ces commerçants ou d'autr personnes énumérées plus largement ci-dessus sont saisis de fraude ou d'ur autre infraction à cette loi ou à des lois spéciales et s'ils invoquent en gui d'excuse que ces actes ont été commis, à leur insu, par leurs employés, vale ou ouvriers, ils seraient quand même, et en dépit de leur ignorance de l'act condamnés aux amendes infligées pour de telles infractions [6]. »

Cette approche s'est toutefois limitée au droit pénal spécial en matièr fiscale et douanière, le code pénal ayant comme point de départ dans s version originale de 1886 le principe *Societas/universitas delinquere non potes* L'article 342 (banqueroute simple) prévoyait une responsabilité pénale l'égard des présidents-directeurs généraux ou des membres du conseil d'adm nistration/gestion mais le ministère public devait prouver qu'une faute pe sonnelle leur incombait dans le cadre de l'infraction.

Entre les deux guerres, la jurisprudence avait aussi élaboré la théorie de l responsabilité fonctionnelle (*vicarious liability*). La figure du « faire commettre ne s'est pas développée aux Pays-Bas ; c'est la spiritualisation de la qualit d'auteur, culminant dans la qualité fonctionnelle d'auteur qui a offert un solution aux problèmes. En 1933, la Cour suprême a accepté que le ch d'une imprimerie soit pénalement responsable de l'impression de documen illicites [7]. Par cette construction, on peut éviter que toutes sortes de personn actives au sein de l'entreprise soient exposées à une responsabilité pénal Dans le même sens, l'architecte ou le constructeur peuvent être pénalemer responsables par le biais de la responsabilité fonctionnelle et non le maçon Cette responsabilité fonctionnelle n'exige pas qu'il y ait une action personnell

5. *Staatsblad* 1870, n° 61.
6. *Staatsblad* de 1822, 442.
7. HR 13 mars 1933, *NJ* 1933, 1385.
8. HR 29 juin 1936, *NJ* 1937, 9 ; HR 11 déc. 1951, *NJ* 1952, 366 et HR 18 juin 1963, *NJ* 196 107.

de la part du responsable [9]. L'activité de la personne qui a commis l'action est considérée (l'auteur direct) comme relevant de la responsabilité fonctionnelle de l'auteur indirect. Bon nombre de fois, cette responsabilité est aussi explicitement prévue dans les lois spéciales en matière économique.

La première moitié de ce siècle a également été caractérisée aux Pays-Bas par une importante intervention étatique au sein de la vie socio-économique, parallèlement au développement de l'Etat-providence. Suite à la crise de la fin des années vingt et de l'économie de guerre, le besoin de soumettre la vie économique à des obligations de droit public et de droit pénal s'est fait ressentir. Au début des années cinquante, la *Wet op de Economische Delicten* (*WED*) est entrée en vigueur. La *WED* est une loi-cadre orientée sur la sanction des délits économiques [10]. En matière de délits économiques la *WED* détermine qu'en cas d'infraction le contrevenant peut être puni d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende, éventuellement à caractère conditionnel. La durée de la peine d'emprisonnement et le montant de l'amende dépendent de la loi dont le cas relève. La durée maximale de la peine d'emprisonnement est de six mois et le montant maximum de l'amende est de 100 000 florins. A côté de ces peines maximales différentes peines et mesures accessoires peuvent être imposées. Les peines accessoires sont les suivantes : l'immobilisation totale ou partielle de l'entreprise du condamné, la confiscation des objets et des créances de l'entreprise où le délit a été commis, la privation totale ou partielle ou la déchéance de certains privilèges ou droits. Les mesures prévues sont les suivantes : la mise sous contrôle de l'entreprise du condamné, l'imposition de l'obligation d'accomplir ce qui a été omis illégalement, l'annulation de ce qui a été accompli illégalement et l'accomplissement des prestations en vue de réparer les faits aux frais du condamné et le paiement d'une somme d'argent à l'Etat en vue du retrait de l'avantage indûment acquis, y compris ce qui a été obtenu indûment par des faits analogues, pour lesquels il existe suffisamment de soupçons à l'égard du condamné. La *WED* est une loi-cadre, à laquelle sont jointes actuellement plus de 100 lois du domaine socio-économique. Il s'agit de législations en matière d'agriculture, de pêche, de denrées alimentaires, d'environnement, etc. Par l'introduction de la *WED* en 1950, l'important article 15 est entré en vigueur :

> « 1. Si un délit économique est commis par ou au nom d'une personne morale, d'une société, de toute autre association de personnes ou d'une fondation, les poursuites sont engagées et les peines et les mesures sont prononcées, soit contre ces personnes morales, cette société, cette association ou cette fondation, soit contre ceux qui ont donné l'ordre ou qui ont effectivement dirigé l'acte illicite ou l'omission, soit contre les deux.
>
> 2. Un délit économique est entre autres commis par ou au nom d'une personne morale, d'une société, d'une association de personnes ou d'une fondation, s'il est commis par des personnes qui, soit en raison d'un service salarié, soit pour d'autres raisons, agissent dans la sphère de la personne morale, de la société, de l'association ou de la fondation, indépendamment du fait que ces personnes aient commis chacune individuellement un délit économique ou qu'elles présentent ensemble les éléments du délit.

9. HR 31 janv. 1950, *NJ* 1950, 286.
10. A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983.

3. Si des poursuites sont engagées contre une personne morale, une société, une association de personnes ou une fondation, celles-ci sont représentées au cours des poursuites par l'administrateur et, s'il y en a plusieurs, par l'un d'entre eux. Le représentant peut comparaître par avoué. Le tribunal peut ordonner la comparution personnelle d'un administrateur déterminé ; il peut alors décerner un mandat d'amener.

4. Si des poursuites sont engagées contre une personne morale, une société, une association de personnes ou une fondation, l'article 538 sous 2°, du code de procédure pénale est d'application. »

Par l'article 15 *WED*, la qualité d'auteur et la punissabilité de la personne morale sont reconnues en matière de délits économiques. C'est en même temps la fin de la doctrine-fiction selon laquelle la personne morale n'existe pas . La réglementation socio-économique fonctionne désormais en recourant à des fonctions et à des fonctionnaires. Il s'agit alors de déterminer la fonction économique remplie par une entreprise déterminée ; s'il y a certaines dispositions liées à la fonction déterminée (de production ou de distribution) qui sont violées, le fonctionnaire et l'entreprise doivent être appelés à s'expliquer et l'entreprise doit subir les sanctions. En outre, on peut également envisager des sanctions à l'encontre des personnes physiques impliquées, mais la caractéristique de la réglementation est de s'adresser à l'unité intervenant dans la vie économique par le recours à des sanctions particulières qui généralement ne peuvent être supportées que par cette unité [11]. Sous le régime de la *WED*, il est néanmoins question de « dans la sphère de la personne morale », étant donné que la personne morale ne peut commettre elle-même une infraction (il s'agit toujours d'une fiction légale). L'article 15 *WED* n'exclut en aucun cas la responsabilité pénale normale des personnes morales (responsabilité à l'égard de leurs propres actes). Le fait que les personnes agissent dans le cadre d'une personne morale n'importe pas. Même si quelqu'un est l'auteur du fait, même s'il est associé dans une société, il demeure punissable [12]. En reconnaissant dans la *WED* la responsabilité pénale, on répond à ce que K. Tiedemann définit comme une nécessité sociale : « La sociologie nous enseigne que le groupement crée une ambiance, un climat qui facilite et incite les auteurs physiques (ou matériels) à commettre des délits au profit du groupement. D'où l'idée de ne pas sanctionner seulement ces auteurs matériels (qui peuvent changer et être remplacés), mais aussi, et surtout, le groupement lui-même. D'autre part, des formes nouvelles de criminalité comme les délits d'affaires, y compris ceux contre le consommateur, les atteintes à l'environnement et le crime organisé posent les systèmes et moyens traditionnels du droit pénal devant des difficultés si grandes qu'une approche nouvelle paraît indispensable. Ce n'est pas par hasard que le législateur en Europe continentale a admis, dès les années vingt de ce siècle, à savoir à partir de la naissance du droit économique moderne, des exceptions à l'adage *societas delinquere non potest* (par exemple en matière fiscale, douanière ou de concurrence) [13]. » Il s'agit précisément des terrains qui revêtent une valeur essentielle pour l'Union.

En 1965, le premier pas prudent a été accompli en droit pénal commun par l'introduction, dans le code pénal, de l'article 50 a : « Par disposition légale, suite à une infraction, commise par ou au nom d'une personne morale, d'une société, de toute autre association de personnes ou d'une..., une peine

11. V. note dans HR 23 février 1954, *NJ* 1954, 378 (arr. *IJzerdraad*).
12. F. Hollander, *Wed*, Arnhem, 1952, 102 ; HR 9 déc. 1952, *NJ* 1953, 139.
13. Rapport Tiedemann, p. 14.

peut être établie contre les administrateurs, membres du conseil d'administration ou commissaires, ainsi que contre ceux qui ont donné l'ordre ou qui ont effectivement dirigé l'acte illicite ou l'omission ». Préalablement à cet article, le *Hoge Raad* (Cour suprême) avait déjà reconnu à plusieurs reprises la responsabilité pénale des administrateurs à l'égard d'actes commis par d'autres personnes au sein de la personne morale [14]. L'article 50 a reconnaît, en cas d'infractions de droit commun, la qualité d'auteur à la personne morale (*societas delinquere potest*), mais non sa punissabilité (*sed non punite potest*). L'article 50 a suppose que le membre du conseil d'administration ait ordonné la commission de l'infraction ou du moins l'ait dirigée. Il est clair qu'il n'est nullement question ici d'une responsabilité pénale de la personne morale elle-même (*societas punite potest*). Lorsqu'une atteinte à une disposition légale est commise par ou au nom d'une corporation, une peine peut être établie contre les administrateurs ou contre ceux qui avaient donné l'ordre ou qui avaient effectivement dirigé l'acte illicite ou l'omission.

La responsabilité pénale de la personne morale n'apparaît qu'en 1976 avec l'introduction de l'article 51 du code pénal qui part du principe que toutes les infractions peuvent être commises par des personnes morales :

> « 1. Des infractions peuvent être commises par des personnes physiques et morales.
>
> 2. Si une infraction est commise par une personne morale, les poursuites peuvent être engagées et les peines et mesures prévues par la loi peuvent être prononcées, pour autant qu'elles entrent en ligne de compte en cette matière :
>
> 1 contre cette personne morale, sinon
>
> 2 contre ceux qui avaient donné l'ordre, ainsi que contre ceux qui ont effectivement dirigé le comportement illicite, sinon
>
> 3 contre les personnes nommées en 1 et en 2 ensemble.
>
> 3. Pour l'application de ce qui précède, la personne morale est mise sur le même pied que : la société qui n'a pas la personnalité juridique, l'association ou la fondation. »

En fait, en combinant le code pénal et la *WED*, les sanctions suivantes peuvent être infligées à la personne morale en cas de commission de délits économiques : amende, saisie, publication de la condamnation, confiscation, indemnisation, immobilisation partielle ou totale des activités de l'entreprise (le droit civil prévoit aussi la liquidation de l'entreprise), l'ordre de cesser/exécuter l'acte illicite/l'omission.

Dès l'introduction, en 1976, de l'article 51 dans le code pénal, les personnes morales sont pénalement responsables et ce, quelle que soit l'infraction, y compris l'infraction de décès par faute. Par l'effet général de l'article 51 du code pénal, l'article 15 *WED* est aboli. Toutes les garanties juridiques accordées par le code de procédure pénale et par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au prévenu s'appliquent à la personne morale prévenue.

La définition des sujets de droit tombant sous le coup de l'article 51 est plus large que la définition de droit civil des personnes morales. Tous les groupements, à l'exception des entreprises d'une personne, tombent sous

14. HR 26 nov. 1888, W 5645 (arr. *Cadier et Keer*), HR 13 mars 1933, *NJ* 1933, 1385 ; *a contrario* HR 21 févr. 1938, *NJ* 1938, 820.

le champ d'application. Le statut de droit civil de la personne morale n'est pas prépondérant. C'est pourquoi j'ai acquis la conviction que, dans l'intitulé du rapport de mon collègue Tiedemann et dans la proposition d'harmonisation, il vaut mieux parler de groupement que d'entreprises ou de personnes morales.

L'article 51 se caractérise également par une approche parallèle et binaire. A côté de la responsabilité de la personne morale, la responsabilité des dirigeants de fait ou des décideurs est également possible. L'une responsabilité n'exclut pas l'autre (aspect cumulatif), mais il doit être question de la personne morale en tant qu'auteur (sur la base de la qualité fonctionnelle d'auteur) avant que les dirigeants de fait ou les décideurs ne puissent être interpellés. En d'autres termes, il s'agit ici de vases communicants. Dans la pratique, il est apparu que la punissabilité de la personne morale est très importante pour la punissabilité des responsables fonctionnels au sein de l'entreprise. La qualité d'auteur de la personne morale n'est pas seulement la base de la punissabilité de la personne morale mais également celle des personnes physiques qui ont donné l'ordre et des personnes physiques qui ont effectivement dirigé le comportement illicite.

A côté de cette double voie de responsabilité de l'article 51, il demeure toujours possible de tenir pénalement responsables les fonctionnaires en leur propre chef, en tant qu'auteurs (responsabilité individuelle). Les personnes physiques peuvent donc être poursuivies et punies en tant qu'auteurs, complices, etc. Cette partie est liée à la première proposition d'harmonisation du rapport Tiedemann mais elle est, dans la législation pénale néerlandaise, complètement indépendante du dogme de l'article 51 du code pénal et donc aussi de la punissabilité des personnes morales. Pour terminer, il existe aussi, à côté de la responsabilité d'un fonctionnaire en tant qu'auteur propre » (personne qui commet, qui participe), en tant qu'auteur de qualité et en tant qu'auteur fonctionnel (commettre en fonction), la responsabilité des dirigeants dans les lois spéciales, comme la loi *Autovervœr Personen* (transport des personnes) et la loi *Autovervœr Gœderen* (transport des marchandises). Dans ces lois, on décrit de manière spécifique la personne qui est responsable et la manière dont elle peut se disculper.

Nous avons fait une esquisse historique, tracé les grandes lignes et montré l'importance de la problématique. Il est temps d'aborder plus en profondeur les vases communicants relevant de l'article 51 du code pénal, à savoir la responsabilité pénale des personnes morales et celle des dirigeants de fait ou des décideurs. Nous examinerons en particulier la manière dont ils communiquent par le biais de la dogmatique de la qualité fonctionnelle d'auteur. A mon avis, cette relation doit recevoir davantage d'attention dans la proposition d'harmonisation de K. Tiedemann, puisqu'il est possible de développer, au sein de la dogmatique de l'élément moral (*culpa et dolus*) une approche pénale fonctionnelle qui ne se heurte pas aux principes de base du droit pénal et de l'Etat de droit, mais qui permet également d'adapter le droit pénal aux développements actuels de la société.

II. – LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES ET DES DIRIGEANTS DE FAIT/DÉCIDEURS : L'ARTICLE 51 DU CODE PÉNAL

La problématique de la responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants de fait doit être située dans le contexte plus large de la responsabilité des entreprises et de leurs administrateurs.

La responsabilité pénale des administrateurs d'entreprise ne constitue qu'un petit aspect de la problématique globale de la responsabilité des administrateurs d'entreprise. Après l'introduction de la société privée en 1971, une législation d'abus a également été élaborée pour empêcher que la personne morale ne soit utilisée aux fins d'éluder la paiement de primes d'assurance sociale et d'impôts sur les salaires et sur le chiffre d'affaires. Les administrateurs sont responsables lorsque la personne morale ne remplit pas ses obligations de paiement. Les administrateurs peuvent en outre être responsables sur la base d'un acte illicite (ex. art. 1401, code civil). Sous l'influence des directives européennes, une responsabilité à risque est également introduite dans un certain nombre de cas. Pour terminer, une responsabilité spécifique de droit civil s'applique aussi en cas de faillite d'une personne morale commerciale. Etant donné que cette matière n'entre pas dans le cadre de cet article, je me contenterai de renvoyer à la littérature de base [15].

Mais tout le monde est d'accord pour dire qu'à côté de la responsabilité de droit civil on a également besoin d'une voie répressive, soit par le biais administratif, soit par le biais pénal. En ce qui concerne la responsabilité administrative (sanctions administratives), il y a eu, aux Pays-Bas, une récente codification du droit administratif (code général de droit administratif), dans laquelle aucune distinction explicite n'est prévue en ce qui concerne les sujets susceptibles de sanctions administratives. Tant les personnes physiques que les personnes morales sont soumises à la responsabilité administrative. L'article 12 définit la personne concernée comme la personne qui est directement touchée par une décision administrative. L'article 12 (3) fait explicitement mention de l'intérêt d'une personne morale. Par conséquence, toutes les sanctions administratives peuvent être imposées tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

2.1. *La responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants d'entreprise*

Je suis d'avis que les Pays-Bas ont développé et développent encore une nouvelle dogmatique pénale afin de saisir, au moyen de catégories nouvelles ou adaptées de droit pénal, les activités criminelles des personnes morales.

La loi pénale néerlandaise connaît depuis 1976 – contrairement à la plupart des autres pays continentaux – une réglementation générale de la punissabilité des personnes morales. Il ressort de la lecture de l'article 51 du code pénal que les principes *societas delinquere non potest* et *societas punite non potest* ont été complètement abandonnés.

Le ministère public dispose maintenant, dans la pratique, d'un éventail de possibilités, qui ne s'excluent pas en soi :

15. P.L. Dijk *et al.*, *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle, 1988 et J.J Brood - Grapper-Haus *et al.*, *Aansprakelijkheidsregelingen van bestuurders, commissarissen en hoofdaannemers*, Leyden, 1987.

1. poursuite d'une personne morale ;
2. poursuite d'un auteur physique ;
3. poursuite d'un fonctionnaire dirigeant en tant que participant ou auteur fonctionnel ;
4. poursuite d'un fonctionnaire dirigeant fondée sur la qualité d'auteur de la personne morale.

Nous nous attacherons en particulier à la poursuite de la personne morale et à celle du fonctionnaire dirigeant fondée sur la qualité d'auteur de la personne morale.

2.2. *La qualité d'auteur de la personne morale* [16] *: le critère* IJzerdraad

Aux Pays-Bas, il n'est pas question d'une qualité directe de la personne morale. Il faut donc constater des responsabilités individuelles auprès des personnes physiques, pour ensuite les attribuer, les imputer à la personne morale. Il est donc clair que l'imputation de responsabilité joue un rôle primordial. Dans le Mémoire de réponse au projet de loi-article 51, on avance que la question de savoir si l'intention présente chez un fonctionnaire subalterne peut être attribuée à la corporation va dépendre de l'organisation interne et de la répartition des compétences. La loi ne fournit pas de critères permettant de déterminer les circonstances dans lesquelles une personne morale, dáns un cas concret, peut être considérée comme ayant commis le fait. C'est pour cette raison que, depuis 1945, la jurisprudence aux Pays-Bas a conféré un contenu au critère de la qualité d'auteur des personnes morales. Mais le principe de base est de nature telle que, contrairement à beaucoup d'autres pays, l'acte ou l'omission des personnes physiques sont attribués (y compris l'intention) à la personne morale, ce qui permet de construire la qualité d'auteur de la personne morale. Une fois que la qualité d'auteur est construite, la punissabilité entre en jeu ; la qualité d'auteur forme également une condition à la punissabilité du dirigeant de fait, du décideur, de l'auteur fonctionnel. (Si la qualité d'auteur de la personne morale est établie, la responsabilité des personnes concernées par cette qualité d'auteur au sein de la personne morale peut être soulevée. On relèvera immédiatement, à la lecture de l'article 51, qu'on ne peut pas parler *sensu stricto* d'une responsabilité pénale du dirigeant. La qualité d'administrateur ou de commissaire ne constitue pas une condition à la punissabilité sur cette base. Il s'agit d'une responsabilité des dirigeants en général). Le groupement est donc auteur indirect ou fonctionnel.

En matière d'imputation, il faut distinguer l'imputation de l'élément matériel et celle de l'élément moral.

Imputation de l'élément matériel

La théorie de la qualité fonctionnelle d'auteur prend son origine dans la jurisprudence. Dans le célèbre arrêt *IJzerdraad* de 1954, le *Hoge Raad* (Cour de cassation) jugea en matière de responsabilité pénale de l'entrepreneur que « toutes les fautes commises dans une entreprise ne peuvent pas être considérées comme relevant de la sphère à risques de l'entrepreneur. Elles doivent se situer dans la sphère de pouvoir de l'entrepreneur et il doit les avoir accep-

16. R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984 ; N. Jörg, *Strafbare rechtspersonen in Amerika*, Arnhem, 1990 ; S. Field et N. Jörg, « Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen voor dodelijke ongevallen naar Engels en Nederlands recht », *Panopticon*, 1991, 233-248.

tées de manière générale ». Cette jurisprudence a été étendue par le *Hoge Raad* à la personne morale dans l'arrêt *Kabeljauw*. Ce n'est pas le comportement réel qui importe mais le comportement fonctionnel. L'acte de la personne physique pourra par conséquent être imputé à la personne morale si le comportement réel de la personne physique concorde avec une fonction sociale remplie par la personne morale en question. Il est toutefois clair que quasi chaque comportement d'une personne morale constitue un comportement fonctionnel. Le législateur néerlandais ne donne pas, dans l'article 51, une énumération limitative des personnes physiques qui provoquent la responsabilité pénale de la personne morale. Le *Hoge Raad* a élaboré en la matière le critère « pouvoir et acceptation ». La personne morale doit avoir un certain pouvoir sur la personne en question et, en outre, elle doit avoir accepté le comportement en question. Un simple employé peut donc occasionner cette responsabilité, voire quelqu'un qui ne travaille pas formellement sous les ordres de la personne morale mais qui opère sur le plan matériel en tant que tel. Le pouvoir et l'acceptation signifient également que certains comportements sont exclus : par exemple le cas où l'employeur vend des drogues au sein de l'entreprise (mais non le blanchiment en banque ou le déversement de déchets). La responsabilité peut également être établie à partir de plusieurs personnes physiques qui, considérées ensemble – et non séparément – répondent à l'élément constitutif de l'infraction commise par la personne morale (principe de l'agrégat).

Imputation de l'élément moral

Aux Pays-Bas, une distinction doit être faite en cette matière entre les contraventions, les délits et les crimes. En ce qui concerne les contraventions, l'élément moral se limite, chez l'auteur, au non-respect des devoirs de sauvegarde, de surveillance et de prudence. Il s'agit de la violation des devoirs de soin et des positions de garanties. Au sujet des délits et des crimes, nous parlons des formes classiques de *culpa* (faute) et de *dolus* (dol), le *dolus eventualis* (il aurait pu prévoir le fait et le prévenir mais il n'a rien entrepris) faisant partie du concept de dol. L'intention présente chez les personnes physiques, même chez les subalternes, peut être imputée à la personne morale pour laquelle elles travaillent. Tout dépend de l'organisation interne de la personne morale, de la tâche et des responsabilités imparties à cette personne physique. Les relations de fait existants sont donc déterminantes pour que le juge impute l'intention ou la faute de la personne physique à la personne morale. Il n'est pas nécessaire que les personnes physiques soient engagées auprès de la personne morale, une relation de fait est suffisante [17]. Il n'est donc plus nécessaire que la personne morale ou un organe de la personne morale prennent une décision formelle.

Il est clair que l'esprit de l'article 51 est peu problématique lorsque les comportements des fonctionnaires, en tant qu'auteur ou participant, constituent des actes. Cela devient plus difficile lorsqu'il s'agit d'un délit commis par omission. On doit alors construire un devoir qui reposerait sur le fonctionnaire. La Mémoire de réponse à l'article 51 du code pénal mentionne que, si un dirigeant s'est rendu coupable d'une infraction en omettant de modifier la gestion de l'entreprise ou en empêchant que les actes soient accomplis, il peut être puni en tant qu'auteur, selon le concept de qualité d'auteur développé plus largement dans la jurisprudence.

17. HR 16 juin 1980, *NJ* 1981, 586.

Grâce aux principes de base en matière d'imputation, on n'a pas non plus besoin des théories organiques, de la théorie *alter ego*, etc. « Souvent, la responsabilité de l'entreprise est seulement déclenchée par des actes ou omissions de la part des organes et/ou représentants légaux, juridiquement qualifiés pour agir au nom de l'entreprise. Cette restriction correspond à la théorie du droit civil et à la vue classique qui veut que la personne morale agisse à travers les organes. Le modèle contraire se contente des actes de toute personne agissant au nom de l'entreprise ou en faveur de celle-ci. Cette conception plutôt pragmatique va très loin tout en facilitant la preuve et en rendant superflue les distinctions entre différentes catégories de représentants, y compris les représentants de fait [18]. » Les Pays-Bas ont clairement opté pour le deuxième modèle avec des constructions très flexibles d'imputation au groupement.

En 1945, le grand magasin Vroom en Dreesman (V&D) a été poursuivi pour infraction à la réglementation des prix, une infraction qui n'exige par d'intention ou de faute. Dans l'entreprise, il existait une instruction de la direction qui interdisait de vendre au-dessus du prix légal maximal. En dépit de cela, l'entreprise fut quand même condamnée. Quatre critères relatifs à la qualité d'auteur de la personne morale ressortent de la décision du *Hoge Raad* en la matière [19].

Il doit s'agir d'une personne qui :

1. au service de l'entreprise
2. dans le cadre de sa compétence générale et
3. dans le cadre de ses activités
4. a agi au profit de l'entreprise.

En 1954, un nouveau pas fut accompli dans l'arrêt *IJzerdraad*, un arrêt relatif à la qualité fonctionnelle d'auteur dans une entreprise d'une personne. Une personne physique, propriétaire d'une entreprise d'une personne, soupçonnée d'exportation illégale, a été condamnée par le *Gerechtshof* sur la base du critère *V&D*. Le *Hoge Raad* était toutefois d'un autre avis et n'a pas établi la qualité d'auteur du proprétaire, qui avait déclaré être pénalement responsable en sa qualité de propriétaire. Le *Hoge Raad* était en effet d'avis que « les actes incriminés ne pouvaient être considérés comme actes du prévenu que si ce dernier pouvait agir sur ceux-ci, qu'ils aient ou non lieu, et que le déroulement des événements montre que ceux-ci aient été acceptés ou puissent l'être par le prévenu [20] ».

La percée du critère *IJzerdraad*, à savoir le fait de disposer du pouvoir et d'accepter, dans le domaine de la personne morale, est intervenue suite à l'arrêt *Kabeljauw*. Un armateur, personne morale, a été poursuivi pour pêche illégale. L'armateur avait équipé le bateau de filets spéciaux pour la pêche des soles et des plies ; il avait donné l'ordre de pêcher ce type de poisson. Le *Gerechtshof* a appliqué le critère *V&D* et considéra cet ordre comme un motif suffisant à l'acquittement. Le *Hoge Raad* jugea toutefois que le critère *IJzerdraad* était d'application, même dans le cadre de la personne morale et examina la disposition relative « au pouvoir et à l'acceptation ». En 1979, le *Hoge Raad* avait déjà accepté [21] l'idée selon laquelle « l'exercice de la pêche » n'est

18. Cf. rapport Tiedemann, p. 27.
19. Arrêt *V & D*, HR 27 janv. 1948, *NJ*, 197.
20. Arrêt *IJzerdraad*, HR, 23 févr. 1954, *NJ*, 1954, 378.
21. Arrêt *Kabeljauw I*, HR, 12 juin 1979, *NJ*, 1979, 555.

pas seulement pris en charge par l'équipage d'un bateau de pêche mais également par celui qui, en tant qu'armateur et/ou propriétaire, fait en sorte que la pêche effectuée soit contraire à l'interdiction. Dans l'arrêt *Kabeljauw II* [22], le *Hoge Raad* interpréta le concept « faire en sorte que » et établit qu'il en est question si « les actes accomplis à bord du bateau de pêche peuvent être considérés comme des comportements relevant du suspect. Ce serait le cas si le suspect pouvait agir sur ceux-ci ou si ces comportements pouvaient relever de ce dernier et avoir lieu, comme le montre le déroulement des événements, suite à son « acceptation ». En résumé, la qualité d'auteur d'une personne morale exige deux conditions cumulatives, à savoir que la personne morale *a)pouvait agir* sur l'extériorisation ou non du comportement punissable, ce qui signifie qu'elle pouvait l'interdire ou le réguler, et *b)* qu'elle a accepté ce comportement punissable ou du moins qu'elle a toléré un comportement analogue dans le passé. L'acceptation ne signifie pas que la personne morale ait accepté elle-même explicitement l'acte mais qu'il apparaisse que l'acte illicite doit être accompli dans le cadre de la politique d'entreprise de la personne morale.

On peut toutefois se demander si l'intention ou la faute (*culpa*), soit les éléments constitutifs subjectifs d'un délit, peuvent être imputées à une personne morale. Le législateur a omis d'éclairer plus en profondeur ce point. Dans l'exposé des motifs de l'article 51 du code pénal, on répond que l'imputation de l'intention d'une personne physique à une personne morale au sein de laquelle elle est en service dépendra également de l'organisation interne de la personne morale concernée et de la tâche et responsabilité attribuées à la personne physique [23].

Il s'agit d'un problème difficile sur lequel il existe relativement peu de jurisprudence. La punissabilité de la personne morale découle en effet du droit pénal économique. Dans le droit pénal économique, la poursuite d'une personne morale fondée sur la commission intentionnelle d'un délit économique (infraction) forme plutôt l'exception que la règle. En matière d'infractions économiques, il n'y a pas de condition d'intention. Il en va autrement dans le droit pénal commun, où il est exigé que l'auteur d'infractions graves (crimes) ait agi sciemment (intention-dol), soit par grave négligence, imprévoyance ou imprudence (*culpa*) ou qu'il ait omis d'agir. Il ressort clairement de la jurisprudence que la personne morale peut agir intentionnellement et que l'imputation de l'intention ou de la faute à la personne morale ne doit pas demeurer limitée aux organes ou aux fondés de pouvoir des personnes morales [24]. On ne doit pas perdre de vue que la condition portant sur la connaissance (agir en connaissance de cause) en droit pénal ne signifie pas qu'il existe également une perception du caractère illicite ou punissable du comportement. La personne (morale) doit seulement être consciente du fait que le comportement incriminé ait lieu (intention neutre) [25]. L'omission peut aussi être imputée aux personnes morales (délits par imprudence). La prise de conscience, la connaissance de l'absence prolongée de minutie, qui est requise dans une entreprise, constitue une atteinte à leur devoir de soin.

En ce qui concerne les contraventions, c'est un devoir général de soin qui s'applique, en ce sens que l'organisation réalise son pouvoir potentiel visant à éviter que ne se produisent des infractions, au moyen d'une politique, d'ins-

22. Arrêt *Kabeljauw II*, HR, 1er juill. 1981, *NJ*, 1982, 80.
23. Exposé des motifs, 19.
24. V. par ex. arrêt *Nut*, HR 16 juin 1981, *NJ* 1981, 586 et HR, 29 mai 1984, *NJ* 19985, 6.
25. HR 18 mars 1952, *NJ* 1952, 314, v. égal. P.L. van Dijk, *o.c.* 103-105.

tructions, de procédures et de mesures en vue de prévenir ou d'améliorer les situations qui pourraient être dangereuses. On doit toutefois avoir pu les prévoir, sans quoi il serait question de responsabilité à risques (*strict liability*). Une absence totale de faute est toutefois rare. L'omission d'agir raisonnablement au sein d'une situation potentiellement dangereuse implique en effet l'acceptation des conséquences [26]. Ce n'est que si une organisation a fait tout ce qui était en son pouvoir pour prévenir toutes les infractions prévisibles qu'elle pourra invoquer à juste titre l'absence de toute faute [27]. Si les instructions nécessaires sont données, si les installations techniques sont adaptées et si le contrôle nécessaire a eu lieu, l'organisation ne pourra pas être tenue responsable de l'ignorance des instructions par le personnel.

La condition supplémentaire d'intention ou de faute s'applique en cas d'infraction. Cela signifie au moins la connaissance de la commission (éventuelle) d'infractions au niveau de la direction, sans que des mesures de prévention ne soient prises, soit parce que l'on accepte la situation (intention), soit parce qu'on la sous-estime (faute).

Torringa répond à la question de l'imputation de l'intention ou de la faute à la personne morale en faisant les suppositions suivantes :

> « – S'il existe une décision du conseil d'administration, la faute ou l'intention qui en découle doit en principe toujours être imputée à la personne morale ;
>
> – s'il n'y a pas de décision du conseil d'administration mais s'il est question de l'attribution de missions, la faute ou l'intention (conditionnelle) qui en découle peut aussi être imputée à la personne morale. Il en va de même s'il est question de l'acceptation consciente d'actes fautifs, surtout lorsqu'il est question d'usages dans la gestion de l'entreprise. L'intention ou la faute sont alors contenues dans la politique d'entreprise ou dans le déroulement de fait des affaires au sein de la personne morale ;
>
> – l'intention ou la faute présente chez les employés ou chez d'autres exécutants de fait peut, dans certaines circonstances, être imputée à la personne morale, en réunissant diverses intentions ou fautes fragmentaires, découlant de plusieurs personnes physiques [28]. »

Le problème suivant se pose au sujet du système d'imputation : les garanties du droit prévues par le code de procédure pénale et par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent-elles être utilisées par toutes les personnes physiques qui sont à la base de la responsabilité de la personne morale ? Dans une affaire récente, le ministère public avait interrogé des personnes physiques au sein d'une entreprise comme témoins, en négligeant le droit au silence et l'obligation d'information de ce droit (*cautio*), prévue par l'article 29 du code de procédure pénale, pratique confirmée par la

26. V. HR 23 févr. 1993, *NJ* 1993, 605.
27. HR 1er juill. 1981, *NJ* 1982, 80.
28. R.A. Torringa, *De rechtspersoon als dader ; strafbaar leidinggeven aan rechtspersoon*, Arnhem, 1988. HR 16 juin 1981, *NJ* 1981, 586 et HR 2 mars 1982, *NJ* 1982, 446 déterminent tous deux que lorsque des prévenus, lors de la commission d'actes, dirigent effectivement ensemble les actes illicites, il importe peu de déterminer lequel des prévenus a précisément effectué les actes. Les formes de participation à la direction de fait sont donc possibles et l'élément intentionnel doit seulement être établi et prouvé à l'égard de la personne morale et non à l'égard du décideur ou du dirigeant. Il est vrai qu'en cas d'intention d'une personne morale il s'agira de l'intention d'une ou de plusieurs personnes physiques qui est imputée à la personne morale, mais il n'est pas exigé qu'il soit établi et prouvé que cette intention était également l'intention du décideur ou du dirigeant.

cour d'appel de La Haye [29], mais déjà fortement critiquée par la dogmatique [30].

2.3 *La punissabilité du fonctionnaire dirigeant fondée sur la qualité d'auteur de la personne morale : le critère* Slavenburg.

Si la qualité d'auteur de la personne morale est établie, la responsabilité des personnes concernées par la personne morale peut être avancée en la matière. L'acquittement d'une personne morale et la condamnation du décideur ou du dirigeant de fait est un *casus non dabilis*. Selon le droit néerlandais, il n'est toutefois pas exigé qu'une personne morale soit effectivement poursuivie pour pouvoir poursuivre les décideurs ou dirigeants de fait. Il suffit que le dossier indique que la condamnation de la personne morale est possible.

A la lecture de l'article 51, on remarque immédiatement qu'il ne peut pas être question d'une responsabilité pénale administrative au sens strict du terme. Il s'agit d'une construction fonctionnelle de la responsabilité et non d'une participation *sui generis*. L'avantage de la direction de fait réside en effet dans le fait que la dogmatique normale de la doctrine de la participation n'est pas d'application. Pour être sanctionné sur cette base, la qualité d'administrateur ou de commissaire ne constitue pas une condition. Il s'agit d'une responsabilité de dirigeants en général.

Le fait de diriger effectivement un comportement illicite est un concept distinct qui n'est pas en relation avec la qualité d'auteur de la personne physique. Ce point concerne la possibilité de poursuive, fondée sur la qualité d'auteur de la personne morale. C'est pour cette raison que la direction de fait et l'attribution d'une mission sont clairement distinguées de la qualité d'auteur et de la participation à l'acte illicite ou de l'intention ou de la faute en la matière. La responsabilité des décideurs et des dirigeants de fait s'applique tant à l'acte qu'à l'omission. La loi ne définit pas de manière précise la direction de fait et laisse à la jurisprudence le soin de compléter la notion [31]. L'affaire la plus spectaculaire et la plus déterminante pour la concrétisation de ce concept est incontestablement l'affaire *Slavenburg*. La banque Slavenburg avait, à la fin des années soixante-dix, la fâcheuse réputation d'être spécialisée dans la gestion, le blanchiment et le transfert d'argent noir. Une enquête judiciaire menée de manière professionnelle conduisit à l'arrestation du chef de l'entreprise et à deux jugements importants du *Hoge Raad* [32]. Le problème était toutefois le suivant : la plupart des faits mis à charge avaient été commis dans différentes agences et il n'était pas question d'une implication directe personnelle et active des personnes poursuivies. Tout tourne autour de la culture d'entreprise existante.

Le *Gerechtshof* de La Haye avait, dans un premier jugement, établit, sur la base de l'obligation de soin des prévenus, que la punissabilité est toujours présente si le dirigeant *devait être* au courant de l'acte illicite, ce qui s'apparente à une responsabilité pénale à risques. Dans les premières ordonnances de l'affaire *Slavenburg*, le *Hoge Raad* a annulé ce critère mais ce, en établissant

29. Aff. *van der Valk*, 19 juin 1996.

30. Cf. A.R. Hartmann et M.E. de Meijer, *De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautie-verplichting bij de verdachte rechtspersoon, NJB*, 1996, 1768-1773.

31. A. Mulder, Commentaire, « Feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan », Tvvs, *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 88/8213-219 ; R.A. Torringa, *o.c.* et P.L. Dijk, *o.c.*, p. 97-122.

32. Pour plus de détails au sujet de cette intéressante affaire de criminalité en col blanc, C.H. Brants, et K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude*, Arnhem, 1991.

d'une manière très maladroite et restrictive que : « ce n'est que si la personne est au courant de l'acte qu'il peut être admis qu'il a effectivement dirigé le comportement illicite [33] ». Dans une deuxième ordonnance prise dans cette affaire, le *Hoge Raad* revient sur sa première ordonnance. Le *Hoge Raad* utilise le critère *IJzerdraad* (voyez *supra*) et l'oriente sur la responsabilité du décideur ou du dirigeant de fait :

> « 5.1.1. Il peut, dans certaines circonstances, être question de direction de faits de comportements illicites si le fonctionnaire concerné – bien qu'il soit compétent et raisonnablement tenu de le faire en la matière – néglige de prendre des mesures de prévention et accepte sciemment l'importante éventualité que les comportements illicites se produisent. Dans cette situation, le fonctionnaire mentionné est censé avoir favorisé intentionnellement le comportement illicite.
>
> 5.1.2 L'acceptation consciente de l'importante éventualité mentionnée dans le point 5.1.1 peut se réaliser dans le cas où les éléments connus par le prévenu au sujet de la commission d'infractions par la banque sont en relation directe avec les comportements illicites mentionnés dans la signification de poursuites ultérieures ».

En résumé, il n'est pas exigé que la personne dirigeante ait connaissance des infractions spécifiques pour lesquelles la qualité d'auteur est établie au sein de la personne morale et qui constituent donc le fondement de sa propre poursuite sur la base de l'article 51, alinéa 2 sous 2 du code pénal. S'il ressort que le dirigeant avait connaissance d'autres comportements illicites qui sont étroitement liés à ces infractions, on suppose alors que le dirigeant a accepté sciemment une importante éventualité que les faits incriminés se produisent. Sur la base de cette construction de la connaissance, il doit être considéré comme responsable.

Pour que le dirigeant de fait puisse donc être tenu pour responsable, il doit d'abord occuper une fonction dirigeante. On envisage en cette matière le contenu effectif de sa fonction et non la désignation formelle, bien que celle-ci ne soit naturellement pas sans importance. Le fait que quelqu'un soit compétent et raisonnablement tenu de prendre, sur base d'une fonction de fait, des mesures en vue de prévenir les infractions dans une situation concrète est déterminant. Cela signifie aussi que les employés, dans certaines circonstances, peuvent être considérés comme dirigeants de fait. En deuxième lieu, le dirigeant de fait a personnellement au moins dû avoir connaissance de faits analogues (culture d'entreprise) et, en omettant de prendre des mesures de prévention, a sciemment pris un risque.

« Raisonnablement tenu » signifie en effet que tout le monde ne prend pas cette direction et n'a pas une obligation de soin par rapport au délit (garant). L'élément déterminant pour la punissabilité de la direction de fait n'est pas tant la fonction formelle mais la personne qui a omis dans la réalité d'exercer suffisamment de contrôle et qui y était tenue au plan fonctionnel. Selon le droit néerlandais, la punissibalité de la direction de fait nécessite au moins une intention conditionnelle portant sur la commission de comportements illicites. Un quelconque reproche de faute est donc exigé. L'obligation de soin peut consister en des ordres, des mesures, des moyens et du contrôle. Plus l'obligation de soin qui repose sur le dirigeant de fait est grande (en était-il chargé par excellence ou d'autres étaient-ils également concernés ?), plus on

33. HR 19 novembre 1985, *NJ* 1986, 125 et 126.

attend de lui des activités visant à prévenir ou à mettre fin aux comportements illicites (= vases communicants). La base de la responsabilité repose sur le manquement à une obligation de soin que l'on doit respecter du chef de sa fonction. On envisage en la matière la répartition en quatre points suivants :

1. implication active du dirigeant dans le comportement illicite ;
2. implication active dans la gestion de l'entreprise ;
3. implication passive dans le comportement illicite ;
4. implication passive dans la gestion de l'entreprise.

Le principe de la faute inconsciente s'applique aux délits par imprudence et aux contraventions. Le dirigeant de fait devait personnellement savoir qu'une situation potentiellement dangereuse se produisait dans l'organisation, au sein du domaine où résident ses propres compétences et ne pas s'être rendu compte des éventuelles conséquences pénales (il devait personnellement connaître la situation potentiellement dangereuse).

Le critère *Slavenburg* peut donc être résumé de la manière suivante [34] :

1. le dirigeant doit, au sein de la personne morale, avoir revêtu une position de pouvoir telle qu'il avait son mot à dire sur le comportement illicite ;

2. le dirigeant doit avoir eu personnellement connaissance [35] – du moins de faits analogues – de sorte qu'il soit tenu – et en vertu de sa position de pouvoir soit compétent – de prendre des mesures de prévention ;

3. en ayant négligé ces mesures, il doit avoir accepté sciemment l'importante éventualité que les comportements illicites se produisent, de sorte qu'il est censé avoir favorisé intentionnellement le comportement illicite.

La direction de fait n'implique pas seulement le fait de « faire » mais également le fait de « négliger ». Ces critères évitent en effet une trop grande extension du cercle des dirigeants responsables.

Les concepts « qualité d'auteur de la personne morale » et « direction de fait » constituent des vases communicants. Ce sont les critères *IJzerdraad* qui sont déterminants de la responsabilité : tant pour la question de savoir dans quelle mesure la personne morale a pu agir et accepter, que pour le reproche personnel que l'on peut faire individuellement aux dirigeants de fait parce qu'ils ont omis d'agir là où c'était possible et qu'ils ont donc manifestement accepté le comportement. Le premier point dépend de la manière dont la direction à divers niveaux est consciente et rend des comptes (en cas de crimes) ou devrait le faire (en cas de contraventions) sur la possibilité d'infractions potentielles dans le cadre des activités de l'entreprise. Pour le deuxième point qui ne vient à l'ordre du jour que lorsque la qualité d'auteur de la personne morale peut être établie, c'est le critère plus fin de la conscience personnelle qui s'applique.

Le fait que le ministère public puisse choisir, dans le cadre de l'article 51, entre la poursuite de la personne morale ou celle des décideurs ou des dirigeants de fait, à condition que la personne morale puisse être tenue pénalement responsable, a pour conséquence qu'une amende administrative peut être imposée à la personne morale et que des sanctions pénales peuvent être imposées au décideur/dirigeant de fait, sans que l'amende administrative ne

34. R.A. Torringa, *o.c.*, 56.

35. Il doit réellement être au courant du comportement punissable en question. Il ne suffit pas qu'il puisse ou doive en être au courant. V. HR 19 nov. 1985, DD 86, 163, *NJB* 1986, 110.

soit annulée, ce qui serait le cas, sur la base des règles anti-cumul, si les deux sanctions avaient été infligées à la personne morale.

III. – LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES AYANT AUTORITÉ PUBLIQUE

Le texte de loi de l'article 51 ne renvoie pas expressément aux personnes morales de droit public. L'Exposé des motifs s'attache toutefois explicitement à la matière, sans exclure la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, mais en soulignant qu'il s'agit d'une matière rétive, difficile à couler dans des dispositions légales. L'Exposé des motifs établit « qu'il n'est pas prudent d'exclure les activités punissables (des entreprises) des organes ou institutions de droit public, car cela pourrait être ressenti comme injuste, c'est-à-dire comme contraire au principe d'égalité » (§ 10, 21). Selon l'Exposé des motifs, la qualité d'auteur pénalement pertinente des personnes morales de droit public doit toutefois être limitée aux faits qui sont commis dans le cadre d'une activité d'entreprise qui est ou peut également être effectuée par des particuliers. Si l'infraction est liée aux tâches publiques générales ou spécifiques, il n'est pas question de punissabilité. La difficulté à tracer cette frontière ressort d'un certain nombre d'affaires appartenant à un passé récent et surtout d'un certain nombre d'affaires retentissantes récentes, où le ministère public et certains tribunaux ont admis la responsabilité pénale de l'Etat, comme celle d'organes étatiques inférieurs. En dépit du fait que la majeure partie de la dogmatique pénale aux Pays-Bas est d'avis que l'article 51 crée également une responsabilité pénale incombant aux personnes morales de droit public, la Cour suprême demeure réservée sur ce point.

Analyse jurisprudentielle

Au cours des quinze dernières années, la problématique de la responsabilité pénale des organes étatiques inférieurs a été à diverses reprises à l'ordre dans la jurisprudence de la Cour suprême [36]. Je me limiterai ici à un certain nombre d'exemples éloquents. Dans une affaire, en 1982, le ministère public a poursuivi un fonctionnaire de la commune de Tilburg pour avoir fait construire des ralentisseurs de vitesse sans que la commune ne soit mandatée en la matière par les autorités compétentes. La défense a soutenu, en vain, qu'il s'agissait de l'exercice d'une tâche publique spécifique, mais la Cour de cassation a décidé, sans définir de manière précise la « tâche publique », que « les comportements reprochés au prévenu dans l'acte d'accusation concernent une tâche de l'autorité, à savoir le soin apporté à la sécurité des voies publiques. Une commune ne peut pas être tenue pénalement responsable en la matière. Le juge du canton a donc violé le droit en acceptant les poursuites engagées par l'officier de justice » [37].

La définition de « tâche publique » n'a pas non plus été donnée dans une affaire relative à la ville de Voorburg. La ville avait fait détruire des nids de hérons dans un parc, parce que ces oiseaux polluaient l'endroit. C'était une contravention à la loi sur les oiseaux. La Cour suprême [38] jugea également ici que le tribunal aurait dû déclarer irrecevable la requête du ministère public,

36. Cf. C. Brants et R. De Lange, *Strafvervolgiing van overheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1996.
37. HR, 27 octobre 1981, *NJ* 1982, 474.
38. HR 23 oct. 1990, *NJ* 1991, 496.

parce qu'il s'agissait ici : 1) d'un organe public au sens du chapitre 7 de la Constitution (autorité publique) et 2) qui était tenu de garantir la bonne gestion des parcs comme obligation administrative du pouvoir. Il est donc très important de savoir s'il s'agit d'une personne morale ou d'un groupement relevant des autorités publiques (un organe public au sens du chapitre 7 de la Constitution), qui exerce une tâche publique.

Cela ressort également *a contrario* d'un certain nombre d'affaires en matière de pêche. La municipalité du village de Urk, qui organisait une criée de marée et qui violait les règles en matière d'enregistrement des quotas, fut condamnée ; le village participait en effet à une activité commerciale et n'exerçait donc pas une tâche publique. Cela fut confirmé par la Cour suprême [39]. Le tribunal de Middelburg a ainsi également condamné, en 1995, la commune de Vlissingen à une amende de 16 000 florins dans le cadre d'irrégularités commises dans l'administration de la criée communale de marée. Le tribunal a explicitement considéré, au sujet de la recevabilité du MP, « que les comportements mis à charge ne sont pas effectués en vue de la gestion d'une tâche publique, attribuée en particulier, par ou en vertu de la loi, au prévenu ».

Dans une affaire très récente, la Cour suprême a dû se prononcer sur la responsabilité pénale de l'Etat lui-même. A l'aéroport militaire de Volkel, il y avait eu, à plusieurs reprises, des problèmes de pollution de kérosène, en raison d'une fuite d'un réservoir de carburant (contravention de l'article 14, loi sur la protection du sol, consistant dans le non-respect, par l'usager du sol, de l'obligation de soin visant à prévenir la pollution, ce qui est sanctionné en tant que contravention dans la loi sur les délits économiques ; si elle est commise intentionnellement, elle est également sanctionnée en tant qu'infraction). Les premières fois, le ministre de la Défense avait pu éviter une procédure pénale en acceptant la paiement d'une transaction. Mais la récidive a contraint le ministère public à engager l'action publique contre le ministère de la Défense. Le tribunal a déclaré l'Etat pénalement responsable, mais n'a pas imposé de sanction [40]. La Cour suprême n'a pas suivi ce raisonnement et a déclaré que « 6.1. On doit retenir, en tant que point de départ, que les actes de l'Etat sont censés viser la défense de l'intérêt général. L'Etat peut se soucier, par loi et réglementation, administration, comportements de fait ou de toute autre manière, de toutes les questions. 6.2. Pour les actes de l'Etat, les ministres et les secrétaires généraux doivent de manière générale rendre des comptes aux Etats généraux. Ils peuvent en outre être poursuivis pénalement pour des malversations et être jugés sur la base des articles 483 et suivants du code de procédure pénale.

6.3. Ce système n'est pas suffisant pour que l'Etat lui-même puisse être pénalement responsable de ses actes.

6.4. Ce qui précède a pour conséquence que le tribunal aurait dû déclarer irrecevables les poursuites engagées par l'officier de justice » [41].

Par cette décision, la Cour suprême reconnaît à l'Etat une absolue immunité pénale : les poursuites pénales sont impossibles et les poursuites engagées par l'officier de justice sont irrecevables. Etant donné que l'immunité pénale de l'autorité est présentée par la Cour suprême comme un motif excluant les poursuites, on n'aborde pas le caractère punissable ou non d'un acte de l'autorité qui paraît à première vue constituer une infraction.

39. HR 8 juill. 1992, *NJ* 1993, 12.
40. Tribunal de 's-Hertogenbosch, 1er févr. 1993, *NJ* 1993, 257.
41. HR 25 janv. 1994, *NJ* 1994, 598 (C), MenR 1994, 104 (De L.) (*Vliegbasis Volkel*).

L'arrêt *Volkel* a été suivi, le 23 avril 1996, de trois arrêts relatifs à la poursuite respectivement d'un fonctionnaire communal qui avait effectivement dirigé une infraction [42], et de la province Noord-Holland et de l'Administration des Eaux West-Friesland [43], qui avaient tous deux, sans l'autorisation ou la dispense exigée, fait brûler de la paille sur le rivage. Je me limite ici à la première affaire. La commune de Boarnsterhim et une SA Grontmij ont versé dans le lac Pikmeer des boues draguées polluées. Le chef de la division des travaux de la commune a été renvoyé devant le tribunal correctionnel, car il a donné l'ordre ou du moins a effectivement dirigé l'action. Tant le tribunal que la Cour constatent l'existence de preuves suffisantes. La Cour avance : « Si la commune de Boarnsterhim ne peut être poursuivie au plan pénal, il n'empêche qu'elle puisse commettre des infractions et que la personne qui dirige effectivement les comportements illicites puisse être poursuivie pour ces faits. » Mais la Cour suprême a contredit cette vision : « La possibilité de poursuivre la personne morale et celle de poursuivre le dirigeant de fait sont si étroitement liées que la circonstance selon laquelle la personne morale ne peut pas être poursuivie, parce qu'elle est un organe public au sens du chapitre 7 de la Constitution et qu'elle intervient en vue de remplir la tâche publique qui lui incombe légalement, entraîne comme conséquence l'impossibilité de poursuivre au plan pénal les fonctionnaires et les contractuels de l'organe public, si ceux-ci, en leur qualité d'exécutant de la tâche publique, ont donné l'ordre ou ont effectivement dirigé le comportement illicite (...) [44]. » Il n'y a donc que la responsabilité pénale individuelle (en son propre chef) qui demeure possible. C'est précisément pour éviter que les exécutants subalternes ne soient confrontés aux conséquences pénales, que les règles de la qualité d'auteur des personnes morales et des dirigeants de fait ont été développées (qualité fonctionnelle d'auteur). Ces dernières menacent de ne plus pouvoir être appliquées au sein des organisations étatiques ; il en résulte que seules les personnes individuelles pourraient être interpellées sur la base de la qualité individuelle classique d'auteur. Ce seront fréquemment les exécutants subalternes qui en seront la victime, les supérieurs hiérarchiques s'en lavant les mains. Il est en outre frappant que la SA Grontmij ait quand même été poursuivie au plan pénal. La qualité d'auteur de la personne morale a été constatée et le dirigeant de fait a été poursuivi. La vision de la Cour suprême conduit dans la pratique à une étonnante inégalité juridique entre les personnes morales et au sein de la personne morale de droit public, à la sanction des subalternes en leur propre chef.

Il ressort clairement de ces arrêts que l'autorité inférieure jouit également d'une immunité pénale qui exclut toute condamnation par le juge pénal, pour autant qu'il s'agisse d'un organe public au sens du chapitre 7 de la Constitution, qui a en outre agi en vue de l'exécution d'une tâche conférée par la loi. Il y a en même temps, dans l'affaire *Boarnsterhim*, un point qui a été décidé et qui demeure, après *Volkel*, imprécis : l'immunité de l'autorité s'étend aux fonctionnaires et aux contractuels qui, dans le cadre de la tâche étatique, ont agi en tant que dirigeant de fait ou décideur (le deuxième aspect de l'article 51). L'arrêt *Volkel* et les trois arrêts du 23 avril 1996 (*Pikmeer, province Noord-Holland et Administration des Eaux West-Friesland*) constituent par essence la conclusion d'une évolution dans la jurisprudence relative aux poursuites

42. HR 23 avr. 1996, *NJ* 1996, 513 ('tH) (*Pikmeer*).
43. HR 23 avr. 1996, *NJB* 14 juin 1996, n° 61 (*Province Noord-Holland*) et HR 23 avr. 1996, *NJ* 1996, 512 (*Administration des Eaux West-Friesland*).
44. HR 23 avr. 1996, *NJ* 1996, 513 ('tH), GS 7035.3 (HH) (*Pikmeer*).

pénales de l'autorité. *Volkel* constitue un fait unique en cette matière puisque, pour la première fois – et provisoirement, cela ne fait pas de doute, pour la dernière fois – l'Etat des Pays-Bas a été épinglé comme prévenu et que tout acte de l'autorité centrale a été exclu par la Cour suprême de condamnation pénale ; le juge pénal dispose cependant d'une marge à l'égard de l'autorité inférieure (à savoir lorsqu'il ne s'agit pas d'un organe public au sens du chapitre 7 de la Constitution ou lorsqu'il n'est pas question de l'exécution d'une tâche publique conférée par la loi). Au cours des dernières décennies, la tâche publique et la manière dont elle est remplie et exercée ont toutefois tellement changé du point de vue de la forme et du contenu que la différence fonctionnelle entre tâche publique et tâche privée et la différence organique entre organe public et organe privé ne constituent plus un critère susceptible d'être utilisé dans de nombreuses différenciations juridiques. Le droit privé et le droit public ont également connu une évolution allant dans le sens d'une responsabilité croissante de l'autorité et d'une protection juridique accrue du citoyen. On ne peut par exemple plus faire accepter par une entreprise agricole, qui est confrontée à de lourdes obligations en matière d'environnement, sanctionnées au plan pénal, que la commune ou le ministère qui commettent des atteintes à l'environnement bénéficient d'une immunité. En fin de compte, on ne peut pas non plus faire accepter cette situation au citoyen.

Conclusion

Au sein du dogme de la qualité d'auteur des personnes morales et de la direction de fait, l'assouplissement des règles normales en matière de qualité d'auteur de l'article 47 et 48 du code pénal signifie que la qualité d'auteur et la responsabilité concordent avec la répartition des tâches, la responsabilité de la gestion et le pouvoir de décision qui sont propres aux organisations modernes. La responsabilité pénale normale demeure pour celui qui effectue l'acte punissable, pour autant qu'on puisse lui faire un reproche en la matière. Mais ce sont les règles en matière de qualité fonctionnelle d'auteur qui s'appliquent à l'organisation – qui ne peut commettre le fait que par le biais de personnes physiques et qui est par définition l'auteur fonctionnel –, alors que la responsabilité des dirigeants de fait, qui généralement ne correspondront pas complètement eux-mêmes à la définition du délit, est fonctionnelle.

Suite à l'évolution jurisprudentielle de la qualité fonctionnelle d'auteur et à son application à et dans le cadre de la personne morale, il est apparu possible, dans la pratique, non seulement d'attirer l'attention de la personne morale sur sa responsabilité pénale mais également en son sein de poursuivre pénalement les décideurs et les dirigeants de fait. Cela se fait sur la base de critères fonctionnels relatifs à la qualité d'auteur, qui demeurent attachés au *mens rea* dans la tradition continentale « pas de peine sans faute » et qui ne reposent pas sur la *strict liability*, en tenant toutefois compte de la structure actuelle de l'organisation et de la responsabilité au sein d'une entreprise ou organisation. Il en ressort que les règles classiques *mens rea* et les règles de la preuve en matière de qualité d'auteur et de participation constituent un instrument insuffisant pour traiter la personne morale d'une manière effective au plan pénal. K. Tiedemann signale par exemple la difficulté à punir la participation à une infraction d'imprudence surtout dans le domaine des affaires. Grâce à la division des responsabilités par le mécanisme de l'article 51, le problème est résolu. En général, il me semble que l'approche de

K. Tiedemann tient trop peu compte de la richesse de la responsabilité fonctionnelle (*vicarious liability*). Notamment en matière d'affaires et de protection des intérêts financiers de l'Union, il me semble essentiel de développer des systèmes de responsabilité pénale, aptes à responsabiliser les personnes morales. Dans le même sens, il m'apparaît que les vases communicants, élaborés dans l'article 51, présentent une grande richesse législative, ce qui avait d'ailleurs été développé auparavant dans la jurisprudence.

Pour terminer, il me semble tout à fait essentiel de réaliser la responsabilité pénale des personnes morales dans l'Union et d'éviter la fuite vers le droit administratif. Sous cet angle, j'adhère à la proposition de K. Tiedemann, tout en m'opposant à toutes sortes de doctrine qui excluent cette possibilité. Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme ait confirmé, dans plusieurs décisions, que les garanties de l'article 6 sont également d'application aux sanctions pénales de droit administratif, ne constitue en aucun cas un argument décisif pour accepter une fuite vers le droit administratif. Le droit pénal administratif présente, dans beaucoup de pays, une forme importante de sous-développement, tant au niveau du droit qu'au niveau de la pratique. Dans la plupart des Etats membres de l'Union, les pouvoirs de recherche, de saisie, de confiscation, etc. sont d'ailleurs beaucoup plus limités en droit administratif qu'en droit pénal. Contrairement à l'Allemagne, où il existe dans une certaine mesure des vases communicants entre l'administratif et le pénal, y compris en matière de procédure, les autres Etats connaissent des systèmes de sanctions administratives et pénales entièrement distincts ; les procédures administratives s'y caractérisent par des moyens de recherche, de saisie, etc., beaucoup plus limités que ceux des procédures pénales. Notamment dans le cadre des entreprises, il est primordial de disposer de moyens importants pour recueillir des preuves. Enfin, au niveau international et de plus en plus au niveau national, on est en train d'élaborer des sanctions de saisie et de confiscation dans le domaine de la grande criminalité. Cette évolution a lieu au sein du droit pénal et s'est avérée, notamment aux Etats-Unis, un instrument essentiel dans la lutte contre la criminalité commise par les entreprises. Il me semble dès lors que, si l'on se contente de sanctions de droit administratif, on fuit et on s'oriente vers une certaine impunité.