

Luxembourg, le 18 janvier 2010

Objet: Projet de loi no. 5718/00 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle et modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives (3013bisDAN/BAR)

Saisine : Ministre de la Justice (21 mai 2007)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le présent projet de loi fait suite à un avant-projet de loi dont la Chambre de Commerce avait été saisie en date du 27 décembre 2005 et où son avis a été rendu en date du 5 septembre 2006.

Le projet de loi sous avis, qui fait suite à l'avant-projet de lois, prévoit l'introduction du principe de la responsabilité pénale de la personne morale dans le droit luxembourgeois.

En date du 16 septembre 2008, le gouvernement luxembourgeois a déposé des amendements au projet de loi initialement soumis pour avis à la Chambre de Commerce. Ces amendements ont essentiellement pour objet de tenir compte, selon le gouvernement, des critiques formulées par les évaluateurs OCDE dans leur rapport d'évaluation du 20 mars 2008 sur l'application par le Luxembourg de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales. Ils ont complété le système général de responsabilité pénale des personnes morales prévu par le projet de loi 5718 par un cas d'exception à ce principe général. Les amendements ont prévu un élargissement des conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales pour certaines infractions particulièrement graves et portant atteinte à l'ordre public. Ces infractions sont énumérées limitativement par le texte du projet.

Le projet de loi sous avis, ainsi que les amendements gouvernementaux du 16 septembre 2008 y apportés, seront désignés dans la suite du présent avis ensemble, comme « *le projet* ».

Résumé

La Chambre de Commerce salue en principe l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal luxembourgeois. Le droit pénal actuellement applicable au Luxembourg ne connaît pas le principe de responsabilité des personnes morales, mais uniquement une responsabilité pénale applicable aux personnes physiques. L'irresponsabilité des personnes morales crée une insécurité juridique préjudiciable à l'installation de nouvelles entreprises au Luxembourg. En l'état actuel des textes législatifs et de la jurisprudence, le dirigeant d'entreprise et/ou les préposés auxquels des pouvoirs ont été délégués sont les cibles privilégiées des poursuites pénales, sans qu'il ne se dégage des lignes de conduite suffisamment précises permettant de déterminer à l'avance les responsables pénaux potentiels. Cette insécurité juridique est d'autant plus grave que le législateur assortit de plus en plus de textes légaux de sanctions pénales des personnes morales. La Chambre de Commerce n'a cessé de mettre en garde contre cette pénalisation croissante de la vie des affaires, qui constitue un frein non négligeable à l'esprit

d'entreprise, qui par ailleurs se trouve fragilisé par la crise économique sévissant actuellement sur le marché aussi bien international que luxembourgeois.

Le régime juridique à mettre en place devra être simple, c'est-à-dire permettre aux dirigeants d'entreprises de pouvoir déterminer à l'avance qui sera susceptible d'être poursuivi pour quelle infraction, et être équitable, notamment en instaurant des peines proportionnées à la gravité de l'infraction. Par ailleurs, au vu du fait que ce nouveau système de responsabilité pénale des personnes morales formera une des bases de notre système légal, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il doit être facilement compréhensible et accessible à tout un chacun. Même si la Chambre de Commerce salue l'effort de clarification opéré par les rédacteurs du projet par rapport à l'avant-projet de loi, le projet continue à ne remplir que partiellement ces exigences essentielles de simplicité et d'équité, d'accessibilité et de compréhension aisée.

La Chambre de Commerce doit d'emblée exprimer son étonnement et son opposition quant à l'exclusion pure et simple des communes du champ d'application de la future loi sur la responsabilité pénale des personnes morales. Selon l'avis de la Chambre de Commerce, cette exclusion n'est guère justifiée dans les cas où les communes interviennent en tant qu'acteurs économiques au même titre que les acteurs du secteur privé, ce qui est de plus en plus le cas notamment dans les domaines de l'exploitation de crèches, des cantines scolaires ou de piscines. En ce qui concerne les activités des communes relevant de l'exercice de la puissance publique, la Chambre de Commerce comprend la nécessité d'une exclusion des communes du champ d'application de la future loi, et n'y voit pas d'objections.

Un des buts principaux des dispositions relatives au principe de responsabilité pénale des personnes morales, à savoir d'arriver à un allègement corrélatif de la responsabilité pénale des dirigeants, n'est pas assuré par le présent projet. Le projet admet certes une responsabilité pénale des personnes morales applicables à toutes les infractions issues du Code pénal et des lois spéciales, mais le projet prévoit également la poursuite tant de la personne morale que d'une personne physique pour le même fait délictueux. En pratique, le dirigeant d'entreprise qui exploite son commerce sous forme de personne morale risque donc en termes économiques une double peine pénale qui risque de s'ajouter à une responsabilité civile (qui peut elle aussi être double).

La Chambre de Commerce déplore par ailleurs l'absence d'une gradation entre les peines criminelles et les peines correctionnelles inscrite dans le Code pénal. Ainsi, la peine qui s'assimile à la peine capitale, à savoir la dissolution de la personne morale, ne devrait s'appliquer qu'aux crimes. La sanction de l'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publique mériterait plus d'explications des auteurs du projet.

La Chambre de Commerce regrette aussi que les personnes morales puissent, pour des faits moins graves que ceux commis par des personnes physiques, faire l'objet de mesures provisoires. En revanche, elle se satisfait que, contrairement aux exemples belges et français, les rédacteurs du projet se soient contentés, en ce qui concerne la responsabilité pénale de principe, de doubler l'amende infligée aux personnes morales par rapport à celle qui peut être prononcée à l'encontre d'une personne physique. Pour les infractions particulièrement graves pour la sécurité et la sûreté de l'Etat, une peine quintuple est acceptable.

La Chambre de Commerce accueille favorablement la circonstance que la responsabilité « de principe » ne peut seulement être engagée pour des agissements des organes légaux et de ses membres et que les infractions devront être commises au nom et dans l'intérêt de la personne morale.

Par ailleurs, elle salue également le fait qu'à côté d'un régime général applicable à toutes les infractions pénales, le projet prévoit désormais un régime exceptionnel applicable à certaines infractions limitativement énumérées par le texte, et engageant avant tout la sûreté de l'Etat. Pour

ces infractions, énumérées limitativement à l'article 34 du projet (*crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, actes de terrorisme et de financement de terrorisme, infractions aux lois relatives aux armes prohibées en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle, traite des êtres humains et proxénétisme, homicide et coups et blessures volontaires en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle, blanchiment et recel, concussion, prise illégale d'intérêts, corruption active et passive, corruption privée, aide à l'entrée et au séjour irréguliers en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle*) qui sont d'une gravité certaine pour l'ordre public, le législateur a élargi le cercle des commettants potentiels au niveau de la personne morale à tout mandataire, de droit ou de fait, exerçant une fonction dirigeante et rapportant directement à un de ses organes légaux. Vu la gravité de ces infractions, l'élargissement aux mandataires, de fait et de droit, est justifiée.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet sous rubrique que sous réserve de la prise en compte des remarques formulées dans le présent avis.

Appréciation du projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	n.a.
Simplification administrative	n.a.
Impact sur les finances publiques	n.a.

Appréciations:	++ :	très favorable
	+	favorable
	0 :	neutre
	- :	défavorable
	-- :	très défavorable
	n.a. :	non applicable
	n.d. :	non disponible

* * *

Considérations générales

Alors que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois constitue un profond bouleversement du droit pénal luxembourgeois, on peut regretter que l'exposé des motifs du projet n'analyse pas plus en détail les motivations théoriques et pratiques du présent projet. De l'avis de la Chambre de Commerce, une réforme d'une telle ampleur aurait nécessité au préalable une analyse approfondie de la situation actuelle des personnes morales luxembourgeoises face à la responsabilité pénale des dirigeants sociaux pour en tirer des enseignements précieux sur le nouveau régime à mettre en place. Une étude comparative des législations de nos pays voisins, avec en premier lieu le droit belge, dont le droit pénal luxembourgeois s'inspire traditionnellement, mais aussi avec le droit français, aurait paru tout aussi utile.

1. Les contraintes justifiant l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois

1.1. La situation actuelle : l'absence de responsabilité pénale des personnes morales est source d'insécurité juridique

Les juges luxembourgeois sont jusqu'à maintenant restés fidèles au principe qu'une personne morale ne peut pas commettre d'infraction, une peine ne pouvant être prononcée qu'à l'encontre d'un être réel. Si la jurisprudence ne sanctionne pas la personne morale en tant que telle, elle recherche néanmoins la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi dans chaque cas particulier, et qu'elle qualifie d'auteur pénalement responsable ayant commis l'acte illicite¹. La cible privilégiée des poursuites pénales est le dirigeant de l'entreprise en raison de l'autorité qu'il exerce sur ses préposés, notamment par son pouvoir de donner des ordres et par son devoir à veiller au respect des lois. La jurisprudence reconnaît toutefois que le dirigeant de l'entreprise ne peut pas être partout à la fois et admet qu'il puisse s'exonérer de la responsabilité résultant des actes commis par ses préposés, à condition de démontrer qu'il avait délégué à un subordonné la direction et la surveillance des services dans lesquels l'acte délictueux a été commis. Les conditions que doit remplir cette délégation ont été énoncées dans un arrêt de la Cour d'Appel du 25 novembre 1986 (290/86, non publié) :

- le transfert de l'autorité exprès et public par le chef d'entreprise ;
- la qualification et la compétence du délégataire;
- la transmission effective des pouvoirs avec les prérogatives de décision.

Sur base de ces conditions en apparence claires, les juges luxembourgeois n'ont pourtant jamais réussi à dégager une jurisprudence claire en la matière. En outre, une telle délégation des pouvoirs ne met pas le dirigeant à l'abri de toute poursuite pénale, car il reste pénalement responsable de sa propre faute, même en cas d'investiture régulière d'un ou de plusieurs délégataires. Il en résulte que le dirigeant d'entreprise ne peut avoir aucune certitude quant à sa condamnation ou non au pénal en cas d'infraction pénale.

Aussi la Chambre de Commerce se rallie-t-elle au constat amer de Me Dean SPIELMANN : « *La jurisprudence luxembourgeoise en matière d'imputabilité des infractions brille par son imprécision et est constitutive d'une insécurité croissante. Désigner le responsable à l'avance relève de l'impossible.*² » Cette insécurité juridique porte préjudice à tout le monde : aux dirigeants d'entreprises qui ignorent s'ils seront ou non déchargés de la responsabilité pénale par une délégation de pouvoirs, au Ministère public qui n'arrive souvent pas à désigner une personne physique coupable et enfin aux parties civiles à un procès pénal qui peuvent avoir le désir légitime de voir la personne morale impliquée dans la genèse de l'infraction frappée d'une sanction pénale.

Cette insécurité juridique sur le sort du dirigeant d'entreprise face à la responsabilité pénale est un aspect de nature à dissuader des entreprises à s'installer au Luxembourg. La pénalisation croissante du droit économique et social en est certainement un élément supplémentaire (cf. ci-dessous).

1.2. Contraintes juridiques résultant d'instruments internationaux

L'exposé des motifs avance comme seule justification à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois les « *obligations internationales engagées par le Luxembourg* » (Conseil de l'Europe, ONU, Union Européenne). Les instruments internationaux cités par les rédacteurs du projet, desquels il découlerait une telle obligation, ne traitent cependant que d'infractions spécifiques et déterminées. Pour se conformer aux obligations internationales ainsi contractées, le législateur luxembourgeois aurait pu se limiter à n'introduire

¹ En ce sens notamment : Cass. 29 mars 1962, Pas. XXVIII p.450

² Dean Spielmann : « La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise en droit luxembourgeois », Revue de droit pénal et de criminologie p. 5 et s.

qu'une responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions visées par ces instruments internationaux. En d'autres mots, il aurait suffi d'adopter le principe de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales pour ces infractions.

Les rédacteurs du présent projet ont pourtant préféré instituer une responsabilité pénale des personnes morales « de principe » applicable à toutes les infractions pénales existant tant dans le Code pénal, que dans les lois spéciales, ainsi qu'une responsabilité pénale spéciale pour certaines infractions limitativement énumérées dans le texte proposé. Le projet est maintenant clairement divisé entre principe général et exception.

L'exemple de la France, qui a pratiqué pendant plus de dix ans le principe de la spécialité, a en effet démontré les insécurités juridiques auxquelles la spécialité a donné lieu : face à des lacunes ou oublis législatifs, certains juges n'hésitaient pas à étendre la responsabilité pénale des personnes morales à des secteurs où elle n'était pas expressément prévue par un texte. Il paraît injuste qu'un commerçant exploitant en nom propre puisse être condamné pour toutes les infractions pénales, tandis que cette possibilité n'existe à l'encontre des personnes morales que pour quelques infractions.

Au regard de ces considérations, la Chambre de Commerce reconnaît la nécessité d'introduire un principe général de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois, tout en prévoyant un régime spécial pour certaines infractions nommées dans le texte de loi et particulièrement graves pour l'ordre public. Cette spécialité va à l'encontre des demandes de l'OCDE, visant l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales, sans pour autant élargir les cas d'ouverture de la responsabilité pénale de principe des personnes morales.

La Chambre de Commerce comprend le besoin du gouvernement de se conformer aux remarques formulées par l'OCDE dans ses rapports d'évaluation, et salue le fait qu'il n'a pas simplement procédé à une extension des cas d'ouverture de la responsabilité de principe des personnes morales, mais qu'il a clairement distingué entre principe et exception. Elle met cependant encore une fois en garde contre une pénalisation trop accentuée de la vie des affaires.

La Chambre de Commerce ne se fatigue pas de souligner que le régime à mettre en place devra impérativement lever l'insécurité juridique pesant actuellement sur les dirigeants d'entreprise.

2. Un système de responsabilité pénale des personnes morales simple et équitable

Un bouleversement aussi important que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois devra se faire par le biais d'un nouveau régime simple et équitable.

2.1. Un système de responsabilité pénale des personnes morales simple et cohérent : les dangers d'un cumul des responsabilités pénales

Le nouveau système à mettre en place devra être suffisamment simple pour permettre, tant aux petits commerçants qu'aux grands groupes de sociétés souhaitant s'installer au Luxembourg, de saisir dans les grandes lignes quelles sont les personnes susceptibles d'encourir des responsabilités pénales au sein de l'entreprise, pour quels faits elles peuvent être poursuivies, et quelles sont les peines qui pourront être encourues. Le présent projet ne remplit que très partiellement cette exigence. Il recèle en effet de nombreuses incertitudes juridiques épinglées dans les observations ci-après. L'une des plus importantes est sans doute celle du cumul ou non de la responsabilité pénale des personnes morales avec celle des personnes physiques.

La Chambre de Commerce comprend certes les craintes des rédacteurs du projet que les personnes physiques puissent se servir de l'écran de la personne morale pour échapper à toute responsabilité pénale. Cette crainte ne justifie cependant guère l'instauration du principe du cumul de la responsabilité pénale de la personne morale avec celle de la personne physique.

Tout d'abord, un tel cumul ne lève en rien les insécurités juridiques qui planent à l'heure actuelle sur la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise : tandis que dans le régime actuel ceux-ci ignorent si une délégation de pouvoirs est de nature à les décharger de leur propre responsabilité pénale, ils ignoreront dans ce nouveau régime si le Ministère Public va ou non poursuivre à la fois la personne morale et les représentants de cette dernière. En cas de cumul systématique de la responsabilité pénale, la situation du dirigeant d'entreprise n'est en rien améliorée par rapport à la situation actuelle. Elle est au contraire aggravée, puisque le dirigeant risquera dorénavant en termes économiques une double peine (cf. ci-dessous). En termes de compétitivité, cette incertitude juridique risque d'être de nature à dissuader les promoteurs de grands groupes de sociétés de s'installer au Luxembourg. Ils n'auront en effet aucune assurance que les dirigeants de la société luxembourgeoise seront à l'abri de poursuites pénales.

A cet égard, il convient de souligner que si la majorité du Sénat et du Parlement en France a décidé en 1994 d'adopter le régime de la responsabilité pénale des personnes morales, c'était précisément afin d'alléger corrélativement celle des personnes physiques ayant pouvoir de décision au sein de l'entreprise³. Il devrait en être de même au Luxembourg. En effet, si la jurisprudence luxembourgeoise ne recherche à l'heure actuelle que la responsabilité pénale des dirigeants, c'est dans bien des cas un artifice, destiné à pallier l'absence de responsabilité pénale des personnes morales. La démarche intellectuelle des juges dans l'arrêt du 29 mars 1962 de la Cour Supérieure de Justice précité le démontre clairement : les juges ont d'abord constaté l'irresponsabilité de la société en raison de sa qualité de personne morale pour estimer ensuite que la violation de la loi pénale ne doit pas rester pour autant impunie. Ce n'est qu'après ces deux constats qu'ils recherchent la responsabilité pénale de la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi.

A ces inconvénients en termes de compétitivité s'ajoutent des réticences juridiques majeures face à un cumul systématique de la responsabilité pénale des personnes morales. Tout d'abord, la Chambre de Commerce s'interroge s'il n'enfreint pas le principe « *non bis in idem* »⁴.

Du moins économiquement parlant, le cumul de la responsabilité entraîne une double peine, en particulier en ce qui concerne les S.à.r.l. et S.A. unipersonnelles⁵ : le gérant-associé ou administrateur unique serait frappé pour le même fait délictueux une fois dans son patrimoine professionnel (par l'amende ou toute autre sanction infligée à sa société), et une seconde fois dans son patrimoine privé (par l'amende ou toute autre sanction qui lui est infligée en tant qu'auteur immédiat de l'infraction). Ce cumul de la responsabilité pénale est d'autant plus choquant si on considère que ce commerçant n'aurait encouru qu'une seule peine s'il avait exploité son commerce en nom propre. Cette double responsabilité pénale peut de surcroît s'accompagner le cas échéant d'une double responsabilité civile.

³ En ce sens notamment : Gérard Couturier Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques, Revue des Sociétés 1993 p. 307 et s. ; Frédéric Desportes : Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales, JCP E 1993, 219 ; Philippe Salvage JCP E p.952 et s.

⁴ Article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.* »

⁵ Le projet de loi 5730 sur la modernisation du droit des sociétés luxembourgeoises prévoit la création d'une nouvelle forme sociétaire- la société par actions simplifiée (« SAS »), qui peut également être unipersonnelle. Si le projet est voté, la SAS est à inclure dans nos commentaires.

Par ailleurs, le cas des domiciliataires de sociétés pose un problème supplémentaire, car la loi du 31 mai 1999 telle que modifiée, sur les domiciliations (...) ⁶ fixe les cas de responsabilité des domiciliataires. La Chambre de Commerce s'interroge sur la conciliation des dispositions du présent projet avec les dispositions existantes en matière de domiciliation de sociétés.

La Chambre de Commerce regrette en outre que ni le texte du projet, ni le commentaire des articles n'élucident la question de savoir si, dans l'hypothèse d'un cumul des responsabilités pénales (par exemple pour un vol commis par un dirigeant d'une société dans l'exercice de ses fonctions), la personne morale pourra pour le même fait être condamnée comme auteur de l'infraction et comme complice ou coauteur de l'infraction commise par la personne physique. De l'avis de la Chambre de Commerce, tel ne devrait pas être le cas : puisque la responsabilité pénale de la personne morale ne saurait se concevoir sans l'action d'une personne physique, on ne saurait imputer à la personne morale en quelque sorte une seconde fois les faits de la personne physique. Pour reprendre l'exemple du vol, il serait inconcevable que la personne morale soit condamnée comme voleur et une seconde fois (dans le cadre du procès contre la personne physique) comme co-auteur, complice ou receleur du fait du vol commis par la personne physique.

Au vu de toutes ces considérations, la Chambre de Commerce se doit de s'interroger sur la nécessité d'un cumul systématique de la responsabilité pénale.

Le projet sous avis présente encore d'autres lacunes : les dispositions du Code pénal et du Code d'instruction criminelle non spécifiquement mentionnées s'appliqueront-elles ou non aux personnes morales ? On peut estimer que tous les articles du Code pénal et des lois spéciales qui n'emploient pas spécifiquement le terme de « *personne physique* » devraient s'appliquer aussi aux personnes morales. La solution est moins certaine pour les articles employant le terme d'« individu ⁷ ». Il y a cependant d'autres infractions prévues à l'heure actuelle dans des textes qui incriminent *expressis verbis* les seuls dirigeants d'entreprises ⁸. En raison de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales pour toutes les infractions pénales, il n'existe aucune raison logique de laisser perdurer de tels textes qui maintiendraient une distinction entre les infractions qui pourraient être commises par des personnes physiques, mais non par des personnes morales.

La mise en place d'un système de responsabilité pénale des personnes morales cohérent nécessiterait donc de passer en revue le libellé de toutes les infractions pénales et d'y apporter le cas échéant les modifications nécessaires, afin qu'elles puissent s'appliquer tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

Certaines dispositions du Code pénal et du Code de l'instruction criminelle exigeraient pareillement une adaptation au cas spécifique présenté par des inculpés ou des condamnés qui sont des personnes morales. La Chambre de Commerce note par exemple la nécessité d'adapter l'article 444 3° du Code d'instruction criminelle traitant des demandes en révision : en cas de disparition de la personne morale condamnée, ses anciens associés ou encore d'autres sociétés du groupe peuvent avoir un intérêt moral à vouloir intenter une action en révision pour laver la personne morale de l'opprobre et de la perte de réputation causée par une condamnation pénale, de nature à refléter négativement en termes commerciaux sur les ex-associés ou autres entités du groupe de sociétés.

⁶ Loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés et - modifiant et complétant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; - modifiant et complétant certaines dispositions de la loi modifiée du 23 décembre 1909 portant création d'un registre de commerce et des sociétés; - modifiant et complétant la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales; - complétant la loi du 12 juillet 1977 relative aux sociétés de participations financières (holding companies); - modifiant et complétant certaines dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. - complétant la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances

⁷ Notamment à l'article 58 du Code pénal

⁸ Par exemple : Articles 163 3, 4°, 6°, 8° ; 166 167, 168, 171-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée ;

2.2. Un système de responsabilité pénale des personnes morales équitable

Le degré de compréhension du droit pénal dépend en large partie de l'équité des peines infligées par les juges. Le caractère souvent inéquitable du cumul de la responsabilité pénale des personnes morales avec celle des personnes physiques a déjà été exposé ci-dessus.

Le sentiment d'équité exige en outre que les incriminations les plus graves soient plus lourdement sanctionnées que les incriminations les moins graves. En d'autres mots, il faut qu'il existe un principe de gradation des peines donnant aux juges la possibilité d'adapter les peines en fonction des cas qui leur sont soumis par les mêmes mécanismes que ceux applicables aux personnes physiques.

2.2.1. L'absence de gradation des peines

La Chambre de Commerce déplore que les peines criminelles soient dans le présent projet les mêmes que les peines correctionnelles. Il reviendrait dès lors au seul juge (avec tous les aléas que cela comporte) de procéder à la personnalisation de la peine, en fonction de la gravité du fait commis. Afin d'éviter des peines qui soient perçues comme inéquitables, la Chambre de Commerce suggère l'application d'une gradation des peines criminelles et correctionnelles en matière de responsabilité pénale des personnes morales telle qu'elle est inscrite dans le Code pénal pour les personnes physiques.

2.2.2. Des mécanismes de personnalisation de la peine limités

Un principe fondamental de notre droit pénal est celui de la personnalité de la peine : il veut que la peine doit directement atteindre le coupable et être adaptée à sa personnalité. Le Code pénal luxembourgeois prévoit une multitude de mécanismes permettant d'adapter la peine prononcée à la gravité de l'infraction en question et au caractère de dangerosité du condamné : c'est ainsi qu'il énonce des règles claires pour la détermination des peines d'emprisonnement moindres en cas de tentative de crime ou de délit, ou d'admission de circonstances atténuantes, ou au contraire des peines d'emprisonnement plus élevées en cas de récidive ou de circonstances aggravantes. Le Code pénal énonce des règles claires en matière de concours d'infractions. La possibilité d'assortir les peines prononcées de sursis permet pareillement au juge pénal d'individualiser la peine. Ces mécanismes sont essentiels à la bonne administration de la justice pénale et à la compréhension des sentences rendues par les juridictions pénales.

Le projet sous avis ne permet que partiellement ces mécanismes de personnalisation des peines. C'est certes avec satisfaction que la Chambre de Commerce note la prise en compte par les auteurs du projet de ses revendications formulées à l'encontre de l'avant projet de loi de prévoir la possibilité du sursis, de la récidive et de la réhabilitation pour la condamnation des personnes morales. Ainsi, l'article 52 du Code pénal énonce que la tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, et énonce par la suite une gradation des peines criminelles d'emprisonnement. Afin que la règle de la tentative puisse s'appliquer aux personnes morales, il faudrait donc que les rédacteurs du projet de loi sous avis introduisent une gradation des peines criminelles applicables aux personnes morales.

La même gradation des peines devrait trouver application pour le mécanisme du concours d'infractions (articles 58 et s. du Code pénal) et des circonstances atténuantes (articles 73 et s. du Code pénal). Il est regrettable que ni le texte du projet, ni son commentaire des articles n'énoncent que ces mécanismes essentiels pour une bonne administration de la justice pénale s'appliqueront aussi aux personnes morales. En particulier en ce qui concerne le concours des infractions, il est regrettable que l'article 58 du Code pénal énonce qu'il s'applique à « *tout individu* », terme plutôt réservé dans le langage courant à des personnes physiques, par opposition aux personnes morales.

La plupart des mécanismes énoncés ci-dessus dépendent de l'existence ou non des antécédents judiciaires de la personne morale condamnée. A cet égard, on s'étonne que le projet ne procède pas à l'adaptation de la législation luxembourgeoise en ce qui concerne le casier judiciaire. L'article 3 du règlement grand-ducal du 14 décembre 1976 portant réorganisation du casier judiciaire tel que modifié⁹ fait seulement état de mentions figurant au casier judiciaire qui ne peuvent s'appliquer par essence qu'à des personnes physiques. La Chambre de Commerce en déduit que les condamnations prononcées à l'encontre de personnes morales ne pourront pas être répertoriées dans un quelconque casier, faute de base légale. Elle estimerait toutefois inéquitable une telle différence de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales et donne à considérer que le législateur français a pris soin de prévoir un tel casier pour les personnes morales sous forme de « casier judiciaire national automatisé »¹⁰. Dès lors, elle invite les rédacteurs du projet à présenter un projet portant modification de ce règlement du 14 décembre 1976.

3. La mise en garde contre une pénalisation croissante du droit des affaires

La Chambre de Commerce met en garde contre une pénalisation croissante de la vie des affaires qui constitue une barrière psychologique importante pour les promoteurs de projets internationaux souhaitant s'installer au Luxembourg, et qui met souvent un frein à l'esprit d'entreprise déjà fragilisé par la crise économique actuelle. Elle invite le gouvernement à l'opportunité de procéder à une analyse systématique quant au maintien de certaines infractions pénales. Bien que le droit pénal français diffère sur de nombreux points du droit pénal luxembourgeois, le gouvernement trouverait néanmoins des pistes de réflexion intéressantes dans les conclusions que le groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires a présenté en janvier 2008 à Madame le garde des Sceaux.¹¹

Seuls les faits les plus graves qui laissent présumer chez l'auteur, personne physique, une véritable intention de nuire à la société et constituant de ce fait un danger pour l'ordre public méritent d'être sanctionnés par des peines pénales. La Chambre de Commerce souscrit entièrement aux propos de Monsieur le Procureur Général d'Etat dans le rapport d'activité 2002-2003¹² : « *le législateur prévoit de nouveau le recours systématique à la voie pénale (...). En ce qui concerne la cessation de certains faits ou comportements il semble raisonnable d'avoir recours plutôt à l'action civile, en particulier au juge des référés, plutôt qu'à la voie pénale qui doit être réservée aux faits et comportements d'un certain degré de gravité.* »

Enfin, l'introduction de ce nouveau régime mis en place dépend non seulement de la qualité et de la clarté du texte de loi. Il devra aussi s'accompagner de mesures concrètes pour en assurer une application adéquate par l'appareil judiciaire (cf. point 4).

4. Nécessité d'assurer une mise en œuvre efficace du nouveau cadre légal

⁹ Article 3 : « *Les intéressés sont désignés sur les fiches par l'indication de leurs noms et prénoms, des noms et prénoms de leurs père et mère et le cas échéant, de ceux de leur conjoint, de la date et du lieu de naissance, de la résidence et de la profession, ou par un numéro d'identification.* » A noter que le « *numéro d'identification* » ne saurait s'entendre comme un renvoi au numéro de la personne morale au Registre de Commerce et des Sociétés, étant donné que le règlement grand-ducal du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de commerce et des sociétés ainsi que de la comptabilité et les comptes annuels des entreprises désigne ce numéro sous le terme de « *numéro d'immatriculation* ».

¹⁰ Articles 768-1 et s. du code de procédure pénale français : « Casier judiciaire national automatisé »

¹¹ « La dépenalisation de la vie des affaires. Rapport au garde des sceaux, ministre de la Justice, Groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, 1^{er} Président honoraire de la Cour d'appel de Paris, Janvier 2008

¹² Rapport d'activité du Ministère de la Justice 2003, page 235

L'efficacité du droit pénal et son effet comminatoire dépendent largement de la célérité avec laquelle les condamnations pénales sont prononcées. Tel n'est pourtant pas souvent le cas au Luxembourg. La Chambre de Commerce renvoie aux propos alarmistes de Monsieur le Procureur d'Etat dans son rapport d'activité 2006: « *il est évident que nonobstant le renforcement réel, tant du nombre des magistrats du Parquet, que celui des fonctionnaires, l'augmentation du nombre des affaires a pour résultat des difficultés énormes pour traiter et évacuer toutes les affaires dans de bons délais tout en y apportant tous les soins que chaque affaire mérite.* » Il y plaide notamment en faveur d'un renforcement des magistrats du Ministère Public. En ce qui concerne les affaires de criminalité économique et financière, Monsieur le Procureur d'Etat réitère dans son rapport de 2006 les mêmes constats qu'en 2005 « *l'évacuation des autres affaires risque d'être illusoire, étant donné que le Service de la Police Judiciaire ne parvient pas à évacuer toutes les affaires lui confiées.* » Ces lenteurs se font particulièrement sentir dans les affaires d'une haute complexité, notamment financière et/ou comptable. Il est primordial de réduire au maximum la durée de la phase d'instruction, afin qu'un commerçant (personne physique ou personne morale) faisant l'objet d'une instruction ne soit pas exposé indûment aux suspicions du public susceptibles d'entraîner une perte de renommée et de chiffre d'affaires, voir même la faillite.

Un système judiciaire rapide et efficace est en outre primordial sur la scène internationale en termes de crédibilité de la place économique du Grand-Duché de Luxembourg.

Commentaire des articles

Concernant l'article 1er portant modification du Code pénal :

Concernant les paragraphes 1 à 4 :

L'article 1^{er} du projet modifie en ses paragraphes 1 à 4 certaines dispositions du Code pénal, afin de spécifier qu'elles ne s'appliquent qu'aux personnes physiques. Il ne soulève pas de commentaires.

Concernant le paragraphe 5) relatif à l'insertion au Livre Ier du Code Pénal d'un Chapitre II-1 qui réintroduit les articles 34 à 40 comme suit :

Concernant l'article 34 du Code pénal :

L'article 34 consacre en son premier alinéa le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales (ci-après « le principe général »), et en son alinéa 2 les cas des d'exception et d'extension à ce principe général pour certaines infractions limitativement énumérées (ci-après « l'exception »).

Cet article se doit d'être analysé en détail et sous plusieurs points de vue :

a) Le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales:

Il est à saluer que les rédacteurs du projet sous avis n'aient pas suivi la voie tracée par le législateur belge dans la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes

morales qui fait encourir une responsabilité pénale à des groupements ne bénéficiant pas de la personnalité morale, telles que les sociétés en formation ou les associations momentanées. En effet, en vertu du présent projet peuvent uniquement être poursuivies des personnes morales, qui par leurs organes, sont en mesure de suivre les procédures judiciaires et qui disposent d'un patrimoine propre sur lequel les peines pourront être exécutées.

i) *Le champ d'application personnel : les personnes morales visées*

L'exclusion par l'alinéa 3 de cet article des communes du champ d'application du projet est justifiée dans le commentaire des articles par la « *considération qu'en tant que dépositaires d'une parcelle de la puissance publique, elles ne sauraient être placées sous le contrôle des juridictions répressives* ». Cet argument ne convainc guère pour les activités de plus en plus nombreuses des communes qui interviennent en tant que véritables acteurs économiques : exploitation de crèches, de cantines scolaires, de piscines, ou organisation de manifestations culturelles ou sportives. Dans tous ces domaines, d'autres acteurs économiques privés interviennent eux aussi sur le marché. Une différenciation de traitement entre les personnes morales de droit privé (susceptibles d'encourir une responsabilité pénale) et les communes (qui n'en encourraient pas), créerait une distorsion de concurrence. Le Code pénal français admet quant à lui la condamnation des collectivités territoriales et de leurs groupements sous certaines conditions¹³. Le Code belge contient la même exclusion que le présent projet (article 5 alinéa 2 du Code pénal belge), mais fait l'objet de critiques dans la doctrine belge qui s'appliquent de l'avis de la Chambre de Commerce pareillement au présent projet : « *quoi qu'il en soit, il y a là une discrimination (le fait que les pouvoirs publics ne puissent pas engager leur responsabilité pénale) difficilement acceptable au regard du principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution.* »¹⁴

En outre, il paraît peu logique que les communes soient expressément exclues du champ d'application du présent projet, tandis que les syndicats de communes, ou encore les groupements d'intérêt économique créés de plus en plus souvent par des communes tomberaient dans ledit champ d'application. La Chambre de Commerce se sent confortée dans son analyse par l'article 121-2 du Code pénal français qui admet la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements pour les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La théorie de service public, fort développée en droit administratif français, est certes inconnue en droit administratif luxembourgeois ; cette absence ne saurait cependant entraîner l'impunité pénale des communes, en particulier dans les domaines dans lesquels elles interviennent au même titre que des personnes morales privées. Les réflexions et travaux qui sont actuellement menés en vue de la réforme de l'aménagement du territoire et visant entre autres à définir les missions essentielles des communes pourraient être l'occasion de réfléchir à cette notion. Ainsi en France, le gouvernement a édicté par voie de circulaire les activités déléguables (circulaire du 14 mai 1993). En font notamment partie les transports en commun, les cantines scolaires, le ramassage d'ordures ménagères. Dans tous ces domaines, les communes n'exercent pas leur puissance publique ; elles offrent au contraire un service à leurs citoyens. En revanche, les activités tels que l'état civil, l'organisation d'élections, la délivrance de permis de construire relèvent de l'exercice de la puissance publique, seules les communes ayant compétence pour exercer ces activités. De l'avis de la Chambre de Commerce, l'exclusion de la responsabilité pénale des communes ne se justifie que pour ces dernières activités.¹⁵

L'argument de la séparation des pouvoirs avancé par les rédacteurs du présent projet afin de justifier une absence de responsabilité pénale des personnes morales ne saurait s'appliquer aux infractions commises par des Etats ou des communes étrangères qui, dans les cas de figure

¹³ Article L.121-2 du Code pénal français (...) « *Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de délégation de service public.* »

¹⁴ M. le Conseiller d'Etat Jules Messinne, La responsabilité pénale des personnes morales en droit belge, Bulletin Droit et banque n° 30, page 20

¹⁵ Sur cette problématique : Frédéric Desportes, Francis Le Gunehec Droit pénal général p.556 et s.

énoncés par le Code d'instruction criminelle, peuvent être pénalement poursuivis au Luxembourg. La poursuite pénale au Luxembourg de personnes morales de droit public étranger soulève des questions épineuses de droit international, qu'il n'est pas de la mission de la Chambre de Commerce à analyser. Elle estime néanmoins regrettable que le commentaire des articles du présent projet passe ces questions entièrement sous silence, à une époque où les tentatives de poursuivre des entités publiques (par exemple pour des actes de tortures) semblent aller en croissant.

En revanche, l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat est logique : il n'est en effet pas concevable que l'Etat, qui détient le monopole de punir, se sanctionne lui-même.

La Chambre de Commerce suppose que l'énumération au commentaire des articles des personnes morales tombant dans le champ d'application personnel du projet n'est qu'illustrative. D'autres entités juridiques disposant pareillement de la personnalité morale n'y sont en effet pas expressément visées, tels que les sociétés anonymes unipersonnelles ou encore les syndicats de copropriétaires.

En ce qui concerne le moment à partir duquel les personnes morales sont susceptibles d'encourir la responsabilité pénale, le commentaire des articles énonce comme principe général que les sociétés tant civiles que commerciales naissent dès la constitution de l'acte constitutif, indépendamment de leur enregistrement au Registre de Commerce et des Sociétés ou encore de l'accomplissement de mesures de publicité. Le commentaire des articles conclut en toute logique que c'est à partir de la constitution de la société que cette dernière est susceptible d'encourir sa responsabilité pénale. Le commentaire des articles omet cependant de préciser deux exceptions au principe de la naissance des sociétés par la seule conclusion des statuts, à savoir la société européenne et la société coopérative européenne. En vertu de l'article 1er de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et de l'article 18.1. du Règlement communautaire 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (en vigueur depuis le 18 août 2006) respectivement, ces sociétés n'acquièrent la personnalité juridique qu'au jour de l'immatriculation au Registre de Commerce et des Sociétés.

ii) Le champ d'application matériel : les infractions visées

Pour les raisons invoquées sous la rubrique « Remarques générales », la Chambre de Commerce salue le fait que le principe général s'appliquera à toutes les infractions pénales, tant du Code pénal que des lois spéciales.

Seules les infractions limitativement énumérées à l'alinéa 2 du même article, à savoir les infractions particulièrement graves pour l'ordre public et l'intérêt de l'Etat, seront exclues de l'application du principe général et seront soumises à un régime spécial qui va dans le sens d'une extension des cas d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales.

D'un point de vue général, la Chambre de Commerce estime toutefois que le Ministre de la Justice devrait faire preuve de discernement et de bon sens dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites : il est indéniable que pour certaines infractions (en particulier celles du Livre II Titre VII du Code pénal. Des crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique), une condamnation d'une personne morale ne se conçoit en pratique que très difficilement.

b) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales

i) L'auteur immédiat de l'infraction

- *en ce qui concerne le principe général :*

La Chambre de Commerce accueille favorablement le fait que pour l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, de principe l'infraction doit être nécessairement commise par un organe légal d'une personne morale ou par un ou plusieurs membres de ces organes légaux.

En vertu du commentaire des articles, le contenu de la notion d'« *organe légal* » « sera déterminée par référence aux textes de loi spécifiques instituant et organisant la personne morale visée ». La Chambre de Commerce en déduit que les organes de personnes morales de droit étranger sont déterminés en fonction de la législation de l'Etat d'origine de la personne morale¹⁶. La solution ne va pas de soi, étant donné qu'une partie de la doctrine française estime que la question de savoir si une entité étrangère est ou non à considérer comme une personne morale pouvant faire l'objet de sanctions pénales devrait se trancher en vertu du droit français : seules les entités étrangères que la France reconnaît comme sujet de droit civil, ayant la capacité d'agir en justice, de passer des contrats et d'engager sa propre responsabilité civile pourraient faire l'objet de sanctions pénales¹⁷.

Le commentaire des articles énumère les organes légaux des personnes morales de droit privé à but lucratif résultant de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, mais omet de mentionner le directoire et le conseil de surveillance (pour les sociétés anonymes de type dualiste).

La Chambre de Commerce salue expressément l'exclusion des organes de fait des personnes morales susceptibles d'engager la responsabilité de ces dernières. Il serait en effet inconcevable que des organes de fait, dont la personne morale peut parfois même ignorer l'existence, puisse engager la responsabilité pénale des personnes morales. Cette exclusion évitera en outre les errements de jurisprudence qu'ont connus les jurisprudence et doctrine françaises sur cette problématique.

Il en va de même de la non inclusion des « *représentants* » d'une personne morale, notion si vague qu'elle aurait probablement donné lieu à un contentieux abondant, contrairement au souci de sécurité juridique.

- *en ce qui concerne l'exception :*

Les amendements gouvernementaux du 16 septembre 2008 ont prévu un cas d'extension de la responsabilité des personnes morales pour certaines infractions spécialement énumérées dans l'article 34. Il s'agit des crimes et délits contre la sécurité de l'Etat, des actes de terrorisme et de financement du terrorisme, des infractions aux lois relatives aux armes prohibées en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle, la traite des êtres humains et le proxénétisme, le trafic de stupéfiants en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle, le blanchiment et le recel, la concussion, la prise illégale d'intérêts, la corruption active et passive, la corruption privée, l'aide à l'entrée et aux séjours irréguliers en relation avec une association de malfaiteurs ou une organisation criminelle.

Dans le cas d'une de ces infractions, les auteurs prévoient une extension du cas d'ouverture de la responsabilité. En effet, la responsabilité de la personne morale est engagée si l'infraction est commise par un de ses mandataires *de droit ou de fait* qui exerce une position dirigeante à l'intérieur de la personne morale et qui rapporte directement à un des organes légaux.

¹⁶ En ce sens, entre autres : Fernand Schockweiler : les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois Editions Paul Bauler, 2^e édition point 213

¹⁷ Frédéric Desportes, Francis Le Gunehec Droit pénal général, Economica 12^e édition p.566 et s.

La Chambre de Commerce reconnaît l'obligation du législateur de prendre en compte les remarques formulées à son encontre dans les rapports de l'OCDE, et accueille la solution retenue par le gouvernement de clairement distinguer entre un principe général et une exception. Ce système, nonobstant les autres remarques formulées à son encontre dans le présent avis par la Chambre de Commerce, semble être la meilleure solution pour suivre les recommandations de l'OCDE.

Le gouvernement prévoit que dans le cas de l'exception, la responsabilité pénale peut être engagée si une des infractions nommées (ou plusieurs) est commise par un mandataire de droit ou de fait. Alors que pour le principe, on dit clairement que la responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de commission de l'infraction par l'organe légal, le terme de mandataire de droit ou de fait ouvre la voie à un grand nombre de commettants.

Le mandat se définit comme étant un « *acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques* ». ¹⁸ Il est régi par les articles 1984 à 2010 du Code civil luxembourgeois. L'article 1984 dispose encore que « *le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

En ce qui concerne le mandataire de fait, il agit sur base d'un mandat apparent. Ce terme a été forgé par la doctrine et la jurisprudence dans un souci de protection des tiers qui ne sont pas toujours en mesure de connaître l'existence et/ou les limites du mandat d'une personne agissant au nom et pour le compte d'une autre. Le problème du mandat apparent se rencontre fréquemment du fait de l'absence de vérification, volontaire ou par la force des choses, des pouvoirs du mandataire, réel ou prétendu. Cette absence de vérification des pouvoirs de son vis-à-vis est essentiellement due à la vélocité et la souplesse avec laquelle des transactions commerciales doivent parfois se conclure, aux usages ou encore à la confiance que l'autre partie a su inspirer.

Au Luxembourg, un arrêt du 13 janvier 1998 ¹⁹ exige, pour l'application de la théorie du mandat apparent, la croyance légitime de celui qui invoque cette théorie aux pouvoirs du prétendu mandataire. Aux termes de l'arrêt, « *pour que la croyance soit légitime, il faut à la fois qu'il y ait eu apparence de mandat et que les circonstances aient autorisé celui qui se prévaut de la théorie à ne pas vérifier la réalité des pouvoirs du mandataire apparent* ».

Un arrêt du 5 juin 1985 ²⁰ statue que « *la notion de croyance légitime doit, (...), s'interpréter en fonction de la qualité du prétendu mandataire et de son comportement, et surtout en fonction de la qualification professionnelle du tiers* ».

Les deux exigences, à savoir une apparence de mandat (ou une compétence apparente de représentation) et la bonne foi du tiers se retrouvent à la fois dans les jurisprudences française et luxembourgeoise. Le critère de l'imputabilité de l'apparence au mandant, sans exigence de faute de sa part, ne semble pas avoir été retenu expressément par les juridictions françaises et luxembourgeoises comme condition d'applicabilité de la théorie du mandat apparent. Toutefois, la jurisprudence luxembourgeoise paraît l'admettre en tant que « *circonstance devant permettre de renforcer la légitimité de l'erreur commise par le tiers dans des cas où les autres circonstances ne sont pas à elles seules totalement concluantes* » ²¹ et encore faut-il que le fait du mandant ne soit pas étranger à l'apparence créée. L'arrêt du 5 juin 1985 précité se réfère également au comportement du prétendu mandant en retenant que « *les fautes et négligences commises par la commune (tiers en l'espèce) sont d'autant plus inexcusables* » qu'il n'y a trace (...) que les

¹⁸ Dalloz, Lexique de termes juridiques, 8e éd.

¹⁹ (Cour 13 janvier 1998, P.30, 465)

²⁰ (Cour 5 juin 1985, P.26, 349) En l'espèce, le tiers était une administration communale qui s'était méprise au sujet de la qualité de propriétaire ou de locataire d'un fonds relevant de sa propre administration.

²¹ Cass., 18 décembre 1997, P.30, 331

prétendus mandants « *se soient jamais comportés comme approuvant, de façon directe ou indirecte, les agissements de la Commune* ».

Le problème du mandat apparent se pose souvent dans le cadre de commandes ou de transactions commerciales passées par un employé ou un dirigeant (gérant ou administrateur) d'une société, alors qu'il n'était pas dûment habilité à engager la société, soit qu'il n'avait pas les compétences requises pour ce faire, soit encore que son pouvoir d'engager la société, c'est-à-dire que ses pouvoirs de signature, étaient limités statutairement.

A cet égard, l'article 60bis de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée, dispose que « *la société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 53, alinéa 4, ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve* ». Des dispositions similaires existent pour les sociétés à responsabilité limitée (article 191bis) et pour les sociétés en commandite par actions (article 103 prévoyant l'applicabilité générale des articles concernant les sociétés anonymes aux sociétés en commandite par actions).

Les limitations statutaires aux pouvoirs des dirigeants de sociétés relatives à l'objet social ne sont donc en principe pas opposables aux tiers de bonne foi à l'exception de celle expressément prévue par l'article 60 alinéa 3 qui énonce que « *la clause, en vertu de laquelle la gestion journalière est déléguée à une ou plusieurs personnes agissant soit seules soit conjointement est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9* » (traitant de la publication des actes de la société). Ces limitations conservent néanmoins leur effet sur le plan interne de la société.

L'application de la théorie du mandat apparent aux actes passés par les dirigeants de société a donc perdu une grande partie de son intérêt depuis la loi du 23 novembre 1972 transposant la première directive européenne en matière de droit des sociétés et qui a introduit ces dispositions dans la loi du 10 août 1915. Toutefois, elle garde tout son intérêt pour les actes accomplis par un préposé de la société ou par toute autre personne qui se prétend mandataire de la société.

Une telle extension des personnes pouvant engager la responsabilité de la personne morale est très dangereuse pour la personne morale. Il se peut en effet que les organes légaux de la personne morale n'aient pas eu connaissance de l'immixtion du dirigeant de fait. Dans ces circonstances, il paraît choquant que la personne morale puisse être responsable des faits de ce dernier.

La Chambre de Commerce réitère qu'elle accueille favorablement le fait que les auteurs n'aient pas procédé à une généralisation de cette extension de responsabilité. Par ailleurs, les auteurs ont su tempérer cet élargissement de responsabilité en introduisant certains bémols. Selon l'article, l'infraction doit avoir été commise au nom et dans l'intérêt de la personne morale et le mandataire doit exercer une fonction dirigeante et rapporter directement à un de ses organes légaux. Sont donc visées, seules les personnes nommées à une position dirigeante au sein de la personne morale et non pas les préposés. Au vu du caractère attentatoire à l'ordre public et à la sécurité de l'Etat des infractions retenues dans l'exception, la Chambre de Commerce peut accepter que les auteurs aient intégré la notion de mandataire de fait dans l'article 34 alinéa 2. Cependant, elle se doit également de mettre en garde contre une « surpénalisation » de la vie des affaires, qui pourrait largement nuire au Luxembourg.

ii) La culpabilité de l'auteur immédiat de l'infraction

Les faits constitutifs de l'infraction doivent être réunis dans le chef de l'organe légal ou d'un ou de plusieurs membres de cet organe de la personne morale. Le tribunal doit nécessairement constater cette réunion, faute de quoi il ne saurait déclarer la personne morale pénalement responsable.

Le commentaire des articles énonce que les causes de justification objectives ont pour effet d'enlever le caractère délictueux à l'acte posé par l'organe légal ou ses membres. La Chambre de Commerce s'interroge comment un organe composé de plusieurs personnes et dépourvu de personnalité morale pourrait être en mesure d'invoquer collectivement une telle cause de justification.

Le commentaire des articles énonce encore que les causes de justification subjectives de non responsabilité dans le chef de l'organe bénéficient également à la personne morale « vu que les fautes qui lui sont imputées ne peuvent pas être dissociées de celles de ses organes légaux ». La Chambre de Commerce s'interroge là encore de quelle manière un organe, non doté de la personnalité juridique, composé de plusieurs personnes (qui peuvent de surcroît le cas échéant être des personnes morales), pourrait bénéficier de causes de justification subjectives. Elle en déduit que ces dernières doivent s'apprécier dans le chef des personnes physiques auteurs immédiats de l'infraction.

iii) Le lien entre l'infraction et la personne morale

L'infraction, aussi bien pour le principe général que pour l'exception, devra être commise « *au nom et dans l'intérêt* » de la personne morale. Aucune culpabilité propre à la personne morale, distincte de celle de ses organes ou représentants, n'est exigée.

La Chambre de Commerce se félicite que le texte luxembourgeois s'écarte de la solution belge et du droit français en n'utilisant pas le terme de « *au nom* », mais ceux, plus restrictifs aux yeux de la Chambre de Commerce de « *au nom et dans l'intérêt* ».

La Chambre de Commerce accueille cette limitation de la responsabilité pénale aux seuls faits dont la personne morale a tiré d'une manière ou d'une autre profit. Dès lors, les faits dont la personne morale ne tire aucun avantage ou profit, tels que les actes de négligence ou d'imprudence, ne sauraient être imputés à une personne morale. Le commentaire illustre le champ d'application quant aux infractions pouvant être imputées à des personnes morales *a contrario* en procédant par exclusion. Si la Chambre de Commerce souscrit quant au fond entièrement à cette délimitation du champ de la responsabilité pénale des personnes morales quant aux infractions, elle déplore quant à la forme que ce champ soit seulement délimité dans le commentaire des articles, et non dans le texte du projet lui-même.

c) Le principe du cumul de la responsabilité des personnes morales et de celle des personnes physiques

L'article 34 alinéa 4 du Code pénal prévoit la possibilité d'un cumul de la responsabilité pénale de la personne morale avec celle de personnes physiques. La Chambre de Commerce renvoie à son scepticisme à l'égard de ce mécanisme développé sous la section « *Remarques générales* ».

Le commentaire des articles ne semble envisager que l'hypothèse des organes légaux composés par des personnes physiques : « *ce principe (du cumul de la responsabilité) qui consiste à imputer à une personne morale une infraction qui a été nécessairement commise par une ou plusieurs personnes physiques²² faisant partie de l'entité juridique en leur qualité d'organe légal.* » Or, les mandats sociaux sont souvent remplis par des personnes morales qui désignent ensuite un

²² C'est la Chambre de Commerce qui souligne

représentant personne physique. Est-ce alors cette personne physique dont la responsabilité pénale pourra être mise en cause, alors qu'elle n'agit que sur instruction de la personne morale détentrice du mandat ? Les articles 51bis (conseil d'administration et conseil de surveillance), 60bis-4 (directoire) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée fait supporter à ces représentants personnes physiques de mandataires personnes morales la même responsabilité civile²³ que si elle exerçait cette mission en nom propre ne sauraient, au regard de leur libellé, de toute évidence être étendues à la responsabilité pénale. Le projet N° 5730 portant réforme de la loi du 10 août 1915 ne portera qu'une réponse partielle à la question, étant donné qu'il élargira certes l'obligation pour les personnes morales de désigner des représentants permanents pour revêtir un mandat social, mais que cette extension n'est pas globale, car ne s'étendant par exemple pas aux commissaires aux comptes et que ce projet ne fait imputer aux représentants permanents que la même responsabilité civile²⁴ que les mandataires sociaux, personnes physiques.

La Chambre de Commerce se permet finalement de relever un manque de précision dans l'alinéa 3 du même article 34. En effet, le texte prévoit que « *Lorsqu'une personne morale a commis une infraction à l'étranger, elle sera punie suivant les distinctions du Code d'instruction criminelle.* »

Les auteurs justifient le texte par le fait que de par cette formulation, toutes les dispositions pertinentes du Code d'instruction criminelle seront applicables, et il ne serait dès lors pas nécessaire de spécifier l'article/les articles précisément visé(s). La Chambre de Commerce souligne cependant qu'il n'y a pas de sanction sans texte précis ou de renvoi précis à un texte. Elle est donc d'avis que le texte doit être complété par les références précises des articles auxquels les auteurs veulent recourir, notamment l'article 5 du Code d'instruction criminelle.

Concernant le paragraphe 4), en ce qu'il introduit un nouvel article 35 du Code pénal :

L'article 35 du Code pénal énumère les peines criminelles ou correctionnelles que les personnes morales seront susceptibles d'encourir, à savoir l'amende, l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, l'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publique et la dissolution.

La peine de l'exclusion des marchés publics ne devrait s'appliquer qu'à l'activité professionnelle spécifique qui a donné lieu à la commission de l'infraction.

En ce qui concerne la sanction de l'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publique, la Chambre de Commerce donne à considérer que ces deux notions (en particulier celle d'« *avantage* ») ne connaissent pas de définition légale et sont de ce fait particulièrement floues. Le fait par exemple qu'une personne morale puisse se voir consentir un délai de paiement en matière de la taxe sur la valeur ajoutée est-il déjà à considérer comme avantage ?

En ce qui concerne la sanction de la dissolution, la Chambre de Commerce donne à considérer qu'il s'agit pour une personne morale de la peine capitale, comparable à la mise à mort d'une personne physique. Elle touchera par ricochet dans bien des hypothèses d'autres personnes, telles que les clients, les fournisseurs ou les salariés et les familles de ces derniers de la personne morale. Afin de respecter une certaine gradation des peines, cette sanction devrait dès lors être réservée aux infractions les plus graves, à savoir les crimes, et non pas à la première infraction commise (mais en cas de récidive). Il est vrai que l'article 38 limite dans une certaine mesure la prononciation de cette peine ; toujours est-il qu'il paraît exagéré de prononcer une telle mise à mort pour une infraction punie au moins par seulement trois ans d'emprisonnement. La Chambre de Commerce a conscience que l'article 38 est inspiré du Code pénal français ; elle tient toutefois à souligner que l'œuvre du législateur luxembourgeois ne devrait pas se limiter à un pur travail de

²³ C'est la Chambre de Commerce qui souligne

²⁴ C'est la Chambre de Commerce qui souligne

droit comparé et de copiage servile des solutions plus ou moins opportunes et adaptées aux spécificités luxembourgeoises.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce renvoie en outre à ses développements sous la rubrique « *Remarques générales* » en ce qui concerne la nécessité d'introduire des dispositions relatives à la tentative, au concours d'infractions, et aux circonstances aggravantes et atténuantes.

Concernant l'article 36 du Code pénal : la sanction de l'amende

L'article 36 fixe le taux de l'amende applicable aux personnes morales. Le minimum est de 500 euros, le maximum étant égal au double de celui prévu à l'égard des personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.

En ce qui concerne les infractions pour lesquelles le Code pénal ne prévoit pas à l'égard des personnes physiques une amende, le taux maximum de l'amende pour les personnes morales se détermine par un mécanisme inspiré de l'article 20 du Code pénal : multiplication de la peine privative de liberté exprimée en jours par le montant pris en considération en matière de contrainte par corps (soit 50 euros par jour, article 30 du Code pénal), multiplié par deux.

Le mécanisme de détermination de la peine est inspiré du Code pénal français. Il s'en écarte en ce que le texte français prévoit un quintuplement de l'amende, tandis que le présent projet n'en prévoit que le double. La Chambre de Commerce salue cette modération des rédacteurs du projet et un certain parallélisme qui est maintenu entre les amendes prononcées à l'encontre des personnes physiques et celles prononcées à l'encontre des personnes morales. Des maxima dans les infractions pénales trop élevées seraient en effet susceptibles de constituer un mauvais signal en termes d'attractivité du Luxembourg à l'installation de sociétés dans notre pays. Des maxima élevés dans les amendes pénales à prononcer à l'encontre de personnes morales semblent en effet partir de la fausse prémisse que les personnes morales sont par nature plus solvables que les personnes physiques.

En tout état de cause, le juge pénal devra, afin de se conformer au principe de la personnalité des peines, tenir compte notamment des possibilités financières de la personne morale et moduler l'amende en fonction du bon ou du mauvais comportement de la personne morale (par exemple : existence ou non au sein d'une société d'un plan efficace de prévention des infractions)²⁵.

Concernant l'article 37 du Code pénal :

Pour les infractions visées à l'article 34 alinéa 2 faisant partie de l'exception à la règle générale de la responsabilité pénale des personnes morales, le taux maximum de l'amende applicable est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques.

L'OCDE a critiqué l'insuffisance des peines que le projet de loi initial retenait, et les amendements ont donc renforcé la lourdeur des peines. Au lieu de généraliser et de prévoir le quintuple de la peine pour toutes infractions d'une personne morale, les auteurs sont restés dans la logique de leur subdivision en principe général et en exception, pour ne changer que la peine pour les infractions de l'exception, infractions jugées particulièrement dangereuses pour la sécurité de l'Etat et donc pour l'ordre public.

²⁵ En ce sens : Pierre-Jérôme Delage : Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales Droit pénal n° 1, Janvier 2005, Etude 2

La Chambre de Commerce reconnaît l'effort du gouvernement pour se conformer à ses engagements tant européens que internationaux, mais fait cependant état de son inquiétude de « surpénaliser la vie des affaires » et de freiner de cette manière l'esprit d'entreprise.

Concernant l'article 38 du Code pénal : sanction de la dissolution

L'article 38 définit limitativement les cas dans lesquels la sanction de la dissolution pourra être prononcée par le juge pénal. La Chambre de Commerce se félicite que cette sanction capitale ne peut être prononcée que dans des circonstances où la personne morale n'a été constituée qu'à des pures fins criminelles ou lorsque son objet « a été intentionnellement détourné afin d'exercer systématiquement les faits incriminés. » Il résulte donc du libellé même de l'article qu'un fait pénal isolé ne saurait justifier une dissolution judiciaire (sauf si la société a été créée intentionnellement pour commettre les faits incriminés). La Chambre de Commerce renvoie à ses critiques ci-dessous à l'encontre de l'article 35 en ce qui concerne l'opportunité de prononcer la dissolution pour des délits.

La Chambre de Commerce s'interroge sur la compétence du juge luxembourgeois de dissoudre une personne morale de droit étranger. L'actuel article 203-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée prévoit à l'heure actuelle seulement la fermeture de l'établissement luxembourgeois d'une société étrangère.

Concernant les articles 39 et 40 du Code pénal : peines de substitution

Les articles 39 et 40 du Code pénal traitent des peines de substitution applicables aux personnes morales. Elles rentrent dans les possibilités de personnalisation de la peine. La Chambre de Commerce salue ce parallélisme entre la personnalisation des peines des personnes physiques et celles des personnes morales.

Concernant les articles 57-2 et 57-3 du Code pénal : le mécanisme de la récidive pour les personnes morales

Les nouveaux articles 57-2 et 57-3 du Code pénal instituent la technique de la récidive pour les personnes morales. La Chambre de Commerce salue cette technique dont elle avait recommandé l'institution dans son avis relatif à l'avant projet de loi. Cette disposition instaure un parallélisme entre ce mécanisme d'aggravation des peines prévues pour les personnes physiques récidivistes et celui applicable aux peines prévues pour les personnes morales récidivistes

La mise en œuvre de la récidive présuppose la mise en place d'un casier judiciaire qui recueillera les peines prononcées à l'encontre des personnes morales. La Chambre de Commerce renvoie à ses développements sous la rubrique « *Considérations générales* ».

Concernant l'article 86 du Code pénal : conséquence de la perte de la personnalité juridique

L'article 86 du Code pénal est modifié pour prévoir que la perte de la personnalité juridique n'éteint pas la peine. Si la Chambre de Commerce peut comprendre la raison d'être de cette disposition inspirée du droit belge²⁶, elle ne manquera pas de poser des problèmes d'application concrets, particulièrement en ce qui concerne la perte de la personnalité juridique opérée sans procédure de liquidation (fusion et liquidation simplifiée, suite à l'adoption du projet de loi N° 5730 portant modernisation de la loi du 20 août 1915 concernant les sociétés commerciales), lorsque les

²⁶ Article 86 du Code pénal belge

associés qui reprennent à leur compte l'actif et le passif de la personne morale sont inconnus et se trouvent dans des paradis fiscaux ou des pays avec lesquels la coopération pénale internationale est quasi inexistante.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce regrette que le commentaire des articles passe sous silence les hypothèses de transferts d'actifs, de branches d'activités et d'universalité (régis par la Section XVbis de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales). Les articles 308bis-2 et 308bis-4 énoncent tous les deux que ces opérations entraînent de plein droit le transfert à la société bénéficiaire des actifs et des passifs. Le terme « *passif* » englobe-t-il non seulement (entre autres) les actions en justice potentiels au civil, mais aussi les actions en justice potentiels au pénal, avec, comme voie de conséquence le cas échéant la condamnation à des peines pénales ? De l'avis de la Chambre de Commerce, tel ne saurait être le cas. En vertu de l'exposé des motifs du projet de loi 4992 ayant introduit les articles 308bis-2 et 308bis-4, les cessions d'universalités ou parties d'actifs y visés opèrent transmission universelle du patrimoine, « c'est-à-dire sans devoir procéder à des cessions individuelles de dettes ou de créances ». Les actions pénales ne sauraient de toute évidence ranger dans cette catégorie. En d'autres termes, le « *passif* » visé par les articles 308bis-2 et 308bis-4 de la loi du 10 août 1915 telle que modifiée ne vise pas le « *passif* » pénal. De surcroît, aucune action pénale ne saurait être intentée contre le cessionnaire puisque l'infraction en question n'a pas été commise en son nom, en son intérêt par un de ses propres organes légaux, comme l'exige pourtant l'article 34 alinéa 1^{er} du Code pénal.

Concernant l'article 2 portant modification du Code d'instruction criminelle :

Concernant le paragraphe 1), en ce qu'il modifie l'article 2 du Code d'instruction criminelle

L'article 2 du Code d'instruction criminelle sera modifié pour prévoir que l'action publique à l'encontre de personnes morales s'éteint par la perte de la personnalité juridique.

Concernant le paragraphe 2), en ce qu'il modifie l'article 26 (1) et l'article 29 (1) du Code d'instruction criminelle: règles de compétence territoriale

L'article 26 (1) ajoute la compétence territoriale du procureur d'Etat du siège social de la personne morale. Comme le commentaire des articles ne contient pas de précisions quant au mode de détermination du siège social, la Chambre de Commerce suppose qu'il se fera selon les règles du droit des sociétés luxembourgeois. Or, ce dernier adopte la théorie du siège réel, définition forgée par la doctrine et la jurisprudence. Avec la dématérialisation des documents sociaux, la virtualisation croissante de la tenue des conseils d'administration et des assemblées générales, il sera en pratique bien souvent difficile pour le procureur de déterminer le siège social d'une société.

Par ailleurs, on peut douter que le terme de « *siège social* » soit approprié pour désigner le lieu d'établissement des personnes morales autres que les sociétés (par exemple : les syndicats de communes, les syndicats de copropriétaires, les ordres professionnels). C'est ainsi que les textes français utilisent le terme plus générique de « *siège* »²⁷.

En outre, la Chambre de Commerce suggère de reformuler la fin de la phrase comme suit : « (...)celui du lieu d'arrestation d'une de ces personnes physiques... ». Il est en effet évident que les termes « *ces personnes* » ne sauraient s'entendre comme un renvoi aux personnes morales, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une arrestation.

Concernant le paragraphe 4) : Mesures provisoires à l'égard des personnes morales

²⁷ Article 557 du Code d'instruction criminelle

L'article 89 du Code d'instruction criminelle énoncera les mesures provisoires que le juge d'instruction est autorisé à prendre à l'encontre des personnes morales. Ces mesures, loin de frapper seulement la personne morale proprement dite, sont susceptibles de frapper lourdement – par ricochet – des tiers innocents : associés, salariés et/ou cocontractants de la personne morale en question. Il est dès lors essentiel de réduire au strict minimum l'immixtion du juge d'instruction dans la vie économique de la personne morale. La Chambre de Commerce tient à saluer le discernement des rédacteurs du projet qui sont, afin de préserver ce principe de non immixtion, allés plus loin que le législateur français qui n'exige pas de tels indices graves de culpabilité ou des circonstances particulières²⁸ et que le législateur belge, qui exige certes des « *circonstances particulières* », mais retient seulement des « *indices sérieux de culpabilité* », notion plus faible aux yeux de la Chambre de Commerce que celle d' « *indices graves* ».

La Chambre de Commerce désapprouve une discrédence dans le traitement réservé aux personnes physiques avec celui prévu pour les personnes morales : tandis que les premières ne peuvent être privées de leur liberté d'aller et de venir par la délivrance d'un mandat de dépôt, qu'en cas d'indices graves de culpabilité pour des faits emportant une peine criminelle ou peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement²⁹, il en irait autrement pour les personnes morales, qui pourraient être gravement restreintes dans leur liberté d'agir (en particulier l'interdiction de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale et de l'interdiction d'exercer certaines activités économiques) pour des infractions moins graves car uniquement sanctionnables par des peines d'emprisonnement d'au moins six mois.

En ce qui concerne la mesure provisoire de l'interdiction ou de la suspension de la procédure de liquidation ou de dissolution, la Chambre de Commerce estime qu'il y a lieu d'assurer une publicité adéquate de cette décision afin d'en informer, notamment les tiers créanciers, de l'arrêt provisoire de la phase de liquidation. Un dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés et une publication au Mémorial C est le mode le mieux adapté pour assurer une large diffusion de cette décision dans le public. La Chambre de Commerce invite les rédacteurs du projet d'ajouter une telle publicité à l'article 89 du Code d'instruction criminelle.

En ce qui concerne la mesure de l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale, la Chambre de Commerce déduit de ce libellé (et en particulier l'emploi de termes « *spécifiques* »), que la mesure ne saurait être générale et interdire *de facto* toute activité économique à la personne morale pendant la durée de l'instruction.

La Chambre de Commerce salue *expressis verbis* que ces mesures provisoires soient entourées de suffisamment de garde-fous et de voies de recours. Il en va ainsi de :

- l'obligation imposée au juge de spécialement motiver son ordonnance d'après les éléments de l'article 89 du Code d'instruction criminelle ;
- de l'application du régime des nullités des actes de la procédure d'instruction ;
- de la possibilité de demander la mainlevée de la mesure.

Concernant le paragraphe 5., en ce qu'il introduit les articles 223 et 224 au Code d'instruction criminelle : représentation en justice des personnes morales

L'article 223 du Code d'instruction criminelle règle la représentation de la personne morale pendant la procédure pénale en cours et est inspiré de l'article 776-43 du code de procédure pénale français³⁰.

²⁸ Article 706-45 du code de procédure pénale français

²⁹ Article 94 du Code d'instruction criminelle français

³⁰ Article 76-43 du code de procédure pénale français : « L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal à l'époque des poursuites. (...) »

Le paragraphe 6 du texte proposé permet au président du tribunal d'arrondissement sur requête du ministère public de désigner un représentant au cas où la personne morale n'y aurait pas procédé elle-même. En vertu du commentaire des articles, cette personne peut être autant une personne occupant une fonction déterminée au sein de la personne morale qu'une personne tierce. L'article 223 paragraphe 6 second alinéa et le commentaire des articles analysent cette décision en pur acte d'administration judiciaire contre lequel aucune voie de recours ne serait ouverte. Pourtant, la personne ainsi désignée d'office devrait avoir le pouvoir de décliner cette charge lourde de conséquences pour des raisons dûment motivées. En outre, la personne morale elle-même devrait disposer d'une voie de recours au cas où elle estime que la personne ainsi désignée ne dispose pas des compétences nécessaires pour assurer de façon optimale la représentation de la société.

En ce qui concerne la nomination d'une personne tierce, il convient de s'assurer qu'elle dispose de toutes les compétences et de l'honorabilité nécessaires pour assurer une représentation adéquate de la personne morale. La Chambre de Commerce suggère qu'elle devra impérativement être choisie parmi les professions réglementées suivantes : avocats à la cour, notaires, experts-comptables, réviseurs d'entreprises. Le texte du projet mériterait clarification sur le point de savoir si la personne ainsi désignée d'office par le président du tribunal d'arrondissement a droit ou non à une rémunération et si cette dernière est à charge de la personne morale ou de la collectivité.

Le commentaire des articles exige que cette représentation doive toujours être assurée par une personne physique. La Chambre de Commerce reconnaît certes l'utilité pratique de cette exigence, mais donne à considérer qu'elle n'est pas énoncée par l'article 223 du projet. Il conviendra en outre de clarifier le sort des représentants légaux ou statutaires qui seraient des personnes morales. Il n'existe en effet à l'heure actuelle une obligation de désigner un représentant personne physique que pour les sociétés anonymes (articles 51bis et 60bis-4 de la loi du 10 août 1915, telle que modifiée³¹).

Concernant les paragraphes ,7., 8., 9., 10., 11., 12. et 13., en ce qu'ils introduisent les articles 381, 383, 384, 387, 388 et 389 au Code d'instruction criminelle

Les articles visent à régler la question des significations des actes à des personnes morales. Ils ne soulèvent pas de remarques particulières. La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire relatif à l'article 26 (1) ci-dessus en ce qui concerne le caractère inapproprié du terme « siège social. » Par ailleurs, il va sans dire que la référence au siège social et au Registre de Commerce et des Sociétés est a fortiori inapproprié pour les personnes morales de droit public susceptibles d'encourir une responsabilité pénale.

Concernant les paragraphes 14., 15.,16.,17.,18.,19.,20. : Mécanisme de la suspension du prononcé de la condamnation et du sursis applicables aux personnes morales

La Chambre de Commerce salue *expressis verbis* que les personnes morales bénéficieront des mêmes mécanismes de personnalisation dans l'exécution de la peine que les personnes physiques.

Concernant le paragraphe 22.,23.,24. et 25. : le mécanisme de la réhabilitation au profit des personnes morales

³¹ L'obligation pour les personnes morales détentrices d'un mandat social dans une société commerciale luxembourgeoise de désigner un représentant permanent ne deviendra une réalité qu'après l'adoption du projet de loi N° 5730 portant modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, encore que cette obligation ne vaille que pour les sociétés commerciales luxembourgeoises.

Les articles 646, 647, 648 et 652 du Code pénal sont modifiés afin que les personnes morales puissent bénéficier du mécanisme de la réhabilitation. La Chambre de Commerce tient à signaler que le Code pénal français prévoit un délai de réhabilitation uniforme de cinq ans pour les personnes morales³². La solution proposée par les rédacteurs du projet qui vont jusqu'à exiger un délai de vingt ans est donc plus sévère que le système français. La Chambre de Commerce regrette que le projet qui se caractérise par ailleurs à de nombreux endroits par son pragmatisme et le souci de ne pas créer un système de responsabilité pénale totalement dissuasif aux investisseurs étrangers potentiels, ne se soit pas inspirée de cette solution française. Elle demande de fixer un délai uniforme de cinq ans.

Concernant l'article 3 : adaptation des dispositions de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée, relatives à la dissolution judiciaire de sociétés commerciales

La sanction de la dissolution prévue à l'heure actuelle aux articles 203 à l'encontre des sociétés luxembourgeoises et 203-1 à l'encontre des établissements luxembourgeois de sociétés étrangères qui poursuivent des activités contraires à la loi pénale est supprimée, afin d'éviter un double emploi avec la sanction prévue aux articles 7-1-6) et 14-1 6).

La Chambre de Commerce se pose la question de savoir si les termes employés par les auteurs dans cet article ne font pas état d'imprécision. En effet, la dissolution peut être prononcée par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale si le fait à la base de cette décision de liquidation ne « fait pas l'objet de poursuites pénales ». Quel est le point de départ à retenir pour les poursuites pénales ? Ne faut-il pas clairement prévoir à partir de quel moment les tribunaux siégeant en matière commerciale ne peuvent plus dissoudre la société ? A part cette remarque d'ordre formelle, les modifications ne donnent pas lieu à commentaire.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet sous rubrique que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

DAN/BAR/BCO

³² Article 133-14 du Code pénal français