

N° 5718⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI

- 1. introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle**
- 2. modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(19.1.2010)

Par dépêche en date du 6 avril 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

Le Conseil d'Etat s'est vu transmettre en date du 22 octobre 2007 l'avis de la Chambre des métiers.

Par dépêche du 18 avril 2008, un communiqué de presse et un rapport, adoptés le 20 mars 2008 par le groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales de l'OCDE, ont été communiqués au Conseil d'Etat. Ce rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation révisée de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales fait état des inquiétudes du groupe de travail sur „l'absence persistante de responsabilité des personnes morales en matière de corruption internationale“. Prenant note du dépôt du projet de loi sous rubrique, le groupe de travail „met en relief les lacunes de ce projet qui, s'il était adopté en l'état, ne pourrait satisfaire aux exigences de la Convention“.

Le 16 septembre 2008, le Conseil d'Etat a été saisi d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous examen. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire. Le Conseil d'Etat a encore eu communication d'un texte coordonné du projet de loi, reprenant les modifications proposées. Le Conseil d'Etat procédera à l'examen du projet de loi sur base dudit texte coordonné.

Finalement, le Conseil d'Etat s'est encore vu transmettre en date du 12 août 2009 copie d'un courrier du groupe de travail sur la corruption de l'OCDE à l'adresse du Premier Ministre, ainsi que copie d'un courrier du ministre de la Justice attirant l'attention sur l'urgence que revêt l'adoption du projet de loi en exergue.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Par une loi du 15 janvier 2001, le Luxembourg a approuvé la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Cette même loi a procédé à une réforme substantielle des dispositions du chapitre III du titre IV du Livre II du Code pénal relatives au détournement, à la destruction d'actes ou de titres, à la concussion, au trafic d'influence, et aux actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique.

Aux termes de l'article 2 de la Convention précitée, „chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger“.

Le Conseil d'Etat avait à l'époque été d'avis que „les Etats, dont le droit ne connaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, ne sont pas tenus d'établir une telle responsabilité pour les besoins de la Convention“ (avis relatif au projet de loi portant approbation de la Convention de l'OCDE, projet de loi *No 4400*). Il avait toutefois renvoyé aux évolutions législatives en France et en Belgique pour ce qui est du principe de la responsabilité pénale des personnes morales, estimant que la législation luxembourgeoise devrait être portée au même niveau, surtout dans l'esprit qui prévaut de nos jours et qui tend à un rapprochement des principes du droit pénal du moins entre Etats membres de l'Union européenne. Il avait rappelé ces observations dans le cadre de son avis du 23 novembre 2004 sur le projet de loi *No 5262* portant approbation: a) de la Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union Européenne, signée à Bruxelles, le 26 mai 1997; b) du deuxième Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union Européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes, signé à Bruxelles, le 19 juin 1997; c) de la Convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg, le 27 janvier 1999; d) du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, signé à Strasbourg, le 15 mai 2003; et modifiant et complétant: 1) certaines dispositions du code pénal; 2) la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (Doc parl *No 5262*¹).

Le présent projet de loi entend introduire la responsabilité pénale des personnes morales, jusqu'ici inconnue du droit positif luxembourgeois, pour permettre ainsi d'associer pleinement le Luxembourg aux efforts entrepris dans de multiples domaines, sur le plan communautaire et international, à l'effet de rendre plus efficace la lutte contre la criminalité.

Dans un arrêt du 29 mars 1962 (Pasicrisie 18, page 450), la Cour de cassation a résumé la situation actuelle; elle a retenu, à propos d'une société coopérative (mais la solution dégagée peut être transposée à toutes les sociétés commerciales, et de manière plus générale à toutes les personnes morales), que „si une société coopérative ne peut, en raison de sa qualité de personne morale de droit privé, commettre une infraction, l'auteur pénalement responsable de pareille infraction est la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi dans chaque cas particulier, cette personne physique étant responsable non pas en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individu ayant commis l'acte illicite“.

L'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois est une obligation au regard des engagements de droit international. Aussi le Conseil d'Etat n'entend-il pas approfondir le débat théorique sur le principe même de la responsabilité pénale d'une personne morale, qui est loin de faire l'unanimité des juristes. Il n'en reste pas moins que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales reste un exercice technique délicat.

Au regard de la jurisprudence précitée, l'introduction en droit positif de la responsabilité pénale des personnes morales soulève des questions, pour ce qui est de l'imputabilité des infractions (et on peut y rattacher la question de la nature de la responsabilité pénale de la personne morale), d'une part, et pour ce qui est du cumul des responsabilités pénales des personnes morales avec celle des personnes physiques par l'intermédiaire desquelles elles agissent (on pourrait encore parler du concours des responsabilités), d'autre part. Le Conseil d'Etat examinera le projet de loi sous rubrique notamment sous cet angle de vue.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Les points 1 à 4 de cet article ne donnent pas lieu à observation.

Le point 5 introduit un nouveau Chapitre II-1 au Livre Ier du Code pénal, qui est appelé à préciser dans quels cas une personne morale peut être déclarée pénalement responsable, d'une part, et à déterminer les peines encourues par la personne morale déclarée pénalement responsable, d'autre part.

Une première observation s'impose: les nouvelles dispositions légales régissant la responsabilité pénale des personnes morales ne sont pas applicables à l'Etat et aux communes.

L'exclusion de l'Etat du domaine d'application de la loi en projet est justifiée dans le commentaire des articles du projet de loi originaire par la considération que „l'auteur de la poursuite et de la répression ne peut pas être en même temps l'objet de la poursuite et de la répression“. La loi belge du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales exclut également l'Etat, lequel ne peut pas être considéré comme personne morale pénalement responsable (article 5 du Code pénal belge). Il en est de même en France (article 121-2 du Code pénal français).

Pour ce qui est des communes, le commentaire des articles fait état de ce que „en tant que dépositaires d'une parcelle de la puissance publique, elles ne sauraient être placées sous le contrôle des juridictions répressives“. Le législateur belge exclut également les communes (article 5 du Code pénal).

Il paraît effectivement difficile de procéder à une assimilation pure et simple des personnes morales de droit public aux personnes morales de droit privé. En effet, les personnes morales de droit public „se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général“¹.

Il ne reste pas moins qu'il y a aussi des domaines d'activités qui peuvent être gérés, et qui souvent sont gérés, indistinctement par des personnes morales de droit public et par des personnes morales de droit privé, ces domaines ne touchant pas à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Par ailleurs, on ne saurait non plus exclure que la commune commette des infractions à l'occasion de l'exercice de la puissance publique.

Les dispositions de la loi belge, excluant l'Etat et les communes au titre des personnes morales pouvant être déclarées pénalement responsables, ont été soumises au contrôle de la Cour d'arbitrage, précisément à raison d'activités où la distinction personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé ne joue pas de rôle. La Cour a, en effet, considéré, dans son arrêt du 10 juillet 2002, que la différence de traitement était justifiée. Elle a relevé que seules les personnes morales disposant d'organes directement élus selon des règles démocratiques se trouvaient exclues, et elle a considéré qu'il s'agissait là d'un critère objectif, ajoutant que le législateur pouvait raisonnablement redouter d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se mener par la voie politique.

¹ Arrêt No 128/2002 de la Cour d'arbitrage du 10 juillet 2002 (Extraits):

- B.7.2. Les personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général. Le législateur peut raisonnablement considérer que son souci de lutter contre la criminalité organisée ne l'oblige pas à prendre à l'égard des personnes morales de droit public les mêmes mesures qu'à l'égard des personnes morales de droit privé.
- B.7.3. Le législateur doit cependant tenir compte de ce que des personnes morales de droit public ont des activités semblables à celles de personnes morales de droit privé et que, dans l'exercice de telles activités, les premières peuvent se rendre coupables d'infractions qui ne se distinguent en rien de celles qui peuvent être commises par les secondes. Il lui appartient, pour concilier avec le principe d'égalité sa volonté de mettre fin à l'irresponsabilité pénale des personnes morales, de ne pas exclure du champ d'application de la loi les personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique.
- B.7.4. Il ressort des travaux préparatoires de la disposition en cause qu'en principe les personnes morales de droit public sont pénalement responsables et que l'exception à cette règle ne concerne que celles „qui disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques“ (Doc. parl., Sénat, 1998-1999, No 1-1217/1, p. 3).
- B.7.5. La différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif.
Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique. Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique.
- B.7.6. Il s'ensuit que, en excluant des personnes morales de droit public du champ d'application de l'article 5 du Code pénal et en limitant cette exclusion à celles qui sont mentionnées à l'alinéa 4 de cet article, le législateur n'a pas accordé à celles-ci une immunité qui serait injustifiée.

Cette position de la Cour d'arbitrage a été vivement critiquée par la doctrine (voir Revue de droit pénal, 2003, pages 810 et ss.), ce qui n'a toutefois pas empêché la Cour de confirmer ultérieurement cette même position dans son arrêt No 8/2005 du 12 janvier 2005.

Le Code pénal français n'exclut pas d'office les communes, même si l'article 121-2 du Code pénal français n'admet la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements que pour ce qui est des „infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public“. Au vu de la solution retenue par le législateur français, il n'est pas sûr que notre Cour constitutionnelle s'aligne nécessairement sur la jurisprudence de l'ancienne Cour d'arbitrage belge, ce d'autant plus qu'originellement le projet de loi français ayant introduit les dispositions relatives à la responsabilité pénale des personnes morales excluait de manière générale les collectivités territoriales (c'est-à-dire aussi les communes), et que c'est le Parlement français qui a institué la responsabilité pénale des collectivités territoriales (même si elle n'est pas totale), ayant eu la volonté de faire prévaloir le principe d'égalité devant la loi (Jurisclasseur Pénal, article 121-2, No 27).

On peut encore s'interroger sur l'exclusion générale des communes dans la mesure où le projet de loi n'exclut pas expressément les syndicats de communes. Or, les syndicats de communes sont des établissements publics investis de la personnalité juridique. N'étant en tant que personnes morales de droit public pas expressément exclues du domaine d'application de la future loi, leur responsabilité pénale pourrait être recherchée. Or, les infractions qui pourraient être reprochées aux syndicats de communes auront été commises par les organes du syndicat. Les organes d'un syndicat de communes sont le comité, le président et le bureau. Les attributions du comité sont celles qui incombent à un conseil communal dans une commune. Les attributions respectivement du président et du bureau sont celles qui sont exercées respectivement par le bourgmestre et le collège des bourgmestre et échevins dans une commune. Le Conseil d'Etat relève encore que les établissements publics, les chambres professionnelles et les organes professionnels dotés de la personnalité civile relèvent du champ d'application de la loi en projet. A noter que les organes des chambres professionnelles et des professions réglementées sont également issus d'élections et assument des missions de droit public.

Le Conseil d'Etat peut, en conclusion des développements qui précèdent, se déclarer d'accord avec l'exclusion de l'Etat du cercle des personnes morales dont la responsabilité pénale peut être recherchée. Cette exclusion se justifie également au regard des dispositions de l'article 82 de la Constitution, alors qu'il semble difficilement concevable que la responsabilité pénale des ministres soit assujettie à des conditions dérogatoires au droit commun, alors que la responsabilité pénale de l'Etat en tant que tel ne le serait pas.

Par contre, l'exclusion générale des communes pose problème au regard du principe d'égalité de traitement tant en relation avec d'autres personnes morales de droit public qu'en relation avec des personnes morales de droit privé exerçant des activités similaires à celles des communes. On pourrait envisager une solution consistant soit à exclure toutes les personnes morales de droit public, ce qui ne serait pas sans causer de nouveaux problèmes au niveau de l'égalité de traitement par rapport aux personnes morales de droit privé, soit à englober dans le champ d'application de la loi en projet toutes les personnes morales de droit public, au moins pour les activités qui ne relèvent pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Le Conseil d'Etat marque sa préférence pour cette dernière solution qui revient à se baser sur le critère de la distinction traditionnelle entre actes „iure gestionis“ et actes „iure imperii“ des pouvoirs publics. Le Code pénal français part de la même logique, même si les termes de „délégation de service public“ posent des problèmes d'application pratique.

Une personne morale ne peut être déclarée pénalement responsable que

- lorsqu'un crime ou un délit est commis „au nom et dans l'intérêt de cette personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs membres de ses organes légaux“;
- lorsqu'un crime ou un délit est commis „en son nom et dans son intérêt par un de ses mandataires, de droit ou de fait, exerçant une fonction dirigeante et rapportant directement à un de ses organes légaux“.

Le Conseil d'Etat est à s'interroger tout d'abord sur la terminologie employée:

- Que signifient les termes „la personne morale peut être déclarée pénalement responsable“? Une personne peut être civilement responsable de la faute d'autrui. Le caractère personnel du droit pénal s'oppose par contre en principe à une responsabilité pénale du fait d'autrui.

- Que signifient les termes „la personne morale peut (être déclarée pénalement responsable)“? Le législateur, en déterminant dans quels cas une personne (qu'elle soit physique ou morale) s'expose à des sanctions pénales, le fait toujours sans préjudice du droit du ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites (abstraction faite, pour les besoins de la présente discussion, du correctif que constitue la mise en mouvement de l'action publique à l'initiative de la victime d'une infraction), et sans préjudice, dans chaque cas, du droit des juridictions d'instruction d'apprécier les charges existant contre une personne inculpée et des juridictions de jugement d'apprécier la culpabilité d'une personne prévenue.
- Que signifient les termes „(au nom et) dans l'intérêt (de la personne morale)“? Les termes „dans l'intérêt de la personne morale“ semblent revêtir un sens davantage patrimonial. A lire le commentaire des articles, cet avantage patrimonial peut également consister dans des économies procurées à la personne morale. Comme l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales s'inscrit toutefois aussi dans la lignée de la lutte contre le terrorisme, le critère de l'intérêt patrimonial risque de porter à faux, le terrorisme ne poursuivant pas des fins patrimoniales.
- Que signifient les termes „mandataires, de droit ou de fait, exerçant une fonction dirigeante et rapportant directement à un de ses organes légaux“? Selon le commentaire de l'amendement gouvernemental, il s'agit de tenir compte des critiques de l'OCDE à l'égard du texte initial limitant la responsabilité pénale des personnes morales aux seuls crimes et délits commis au nom et dans l'intérêt de la personne morale par ses organes légaux ou par un ou plusieurs membres de ses organes légaux. Quelle différence y a-t-il entre un „mandataire de droit exerçant une fonction dirigeante“ et un „organe légal“ de direction de la société? Par ailleurs, les termes „mandataires de fait“ sont difficilement compréhensibles, notamment en raison de la précision „et rapportant directement à un de ses organes légaux“, précision qui n'est aucunement explicitée par le commentaire de l'amendement. Est-ce que l'organe légal doit être le mandant du dirigeant de fait? Quel est l'organe légal auquel le „mandataire, de droit ou de fait, exerçant une fonction dirigeante“ devrait directement rapporter? Est-ce que les auteurs des amendements ont, de manière cryptique, voulu se référer aux règles de droit commun de la participation criminelle, telles qu'énoncées aux articles 66 et 67 du Code pénal (en ce sens que la responsabilité pénale de la personne morale serait engagée parce que les organes légaux ont prêté pour l'exécution d'une infraction une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis, etc.)?

Les questions de terminologie ci-dessus évoquées ne sont en définitive que le reflet de problèmes beaucoup plus fondamentaux qui se posent dans le contexte de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

La personne morale ne peut pas, matériellement, être elle-même l'auteur de l'infraction, dans la mesure où elle ne dispose que d'une existence juridique et ne peut agir matériellement qu'à travers des personnes physiques. Selon le commentaire des articles, il doit toujours y avoir un „auteur immédiat de l'infraction“ qui ne peut être qu'une personne physique. C'est cette personne physique qui commet l'infraction, qualifiée de crime ou de délit suivant que la loi punit le fait de peines criminelles ou de peines correctionnelles (article 1er du Code pénal). La nature criminelle ou correctionnelle d'une infraction dépend toujours de la peine privative de liberté qui sanctionne le fait en question. L'amende en elle-même n'est jamais déterminante de la nature criminelle ou correctionnelle d'une infraction, alors que l'amende criminelle et l'amende correctionnelle comportent le même minimum. C'est donc toujours en fonction de la peine privative de liberté dont est passible l'auteur immédiat de l'infraction, c'est-à-dire la personne physique, que la nature de l'infraction, crime ou délit, est déterminée.

Toute la difficulté consiste à articuler la responsabilité pénale de la personne morale et l'imputabilité matérielle de l'infraction à une personne physique.

Selon le commentaire des articles du projet de loi originaire, „le crime ou le délit commis par l'organe légal ou un ou plusieurs de ses membres suffit à engager la responsabilité pénale de la personne morale s'il a été commis au nom et dans l'intérêt de cette dernière, sans qu'il soit nécessaire d'établir une faute distincte à charge de la personne morale. En effet, aucune culpabilité propre à la personne morale, distincte de celle de ses organes légaux n'est exigée.“

Les auteurs du texte semblent ainsi s'orienter sur le modèle français, qui a institué un système de responsabilité pénale des personnes morales dans lequel il n'est pas nécessaire d'établir une faute distincte à charge de la personne morale (Jurisclasseur Pénal, précité, No 170, et l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 26 juin 2001, y mentionné).

Il est surprenant de lire au commentaire des articles du projet de loi sous examen qu'„un crime ou un délit peut uniquement être imputé à la personne morale s'il peut être caractérisé et prouvé en la personne de l'auteur immédiat de l'infraction“. Le même commentaire précise certes que „s'il n'est pas nécessaire que l'auteur immédiat soit effectivement poursuivi et condamné, sa culpabilité doit cependant être établie par le tribunal qui doit constater que l'infraction reprochée a effectivement été commise dans tous ses éléments matériels et intellectuels par l'organe légal ou par un de ses membres“. C'est pourtant lier la culpabilité de la personne morale à la culpabilité de l'auteur immédiat de l'infraction. Or, une culpabilité de l'auteur immédiat de l'infraction ne peut être établie que s'il est lui-même poursuivi. Faudra-t-il en conséquence toujours engager cumulativement des poursuites contre l'auteur immédiat et contre la personne morale? Le commentaire mentionné présuppose également l'identification de l'auteur immédiat de l'infraction.

Les auteurs du projet de loi sous examen ont entendu reprendre à leur compte la philosophie à la base du régime français de responsabilité pénale de la personne morale. Un élément clé de cette philosophie est le souci de permettre une plus juste imputation de la responsabilité et plus particulièrement le souci de cantonner dans de plus justes limites la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux (Jurisclasseur Pénal, précité, No 12). Le Conseil d'Etat ne voit dès lors pas pour quelle raison il n'y aurait pas lieu de suivre les solutions jurisprudentielles dégagées sous l'empire des textes français: en d'autres termes, la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée alors même que l'organe ou le représentant n'aurait pas été effectivement poursuivi et déclaré coupable de l'infraction. Il suffit que le juge puisse acquérir la certitude que l'infraction a été commise, dans tous ses éléments, par un organe ou un représentant (Jurisclasseur Pénal, précité, No 157), pour que la personne morale puisse être déclarée coupable de cette infraction. Dans un tel système, même l'identification d'une personne physique précise, organe ou représentant fautif, n'apparaît pas toujours nécessaire (*ibidem*).

Ce n'est également que dans un tel système que la règle selon laquelle „la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions“ prend tout son sens. D'un côté, la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas engagée à la suite d'une sorte d'emprunt de criminalité de l'auteur immédiat de l'infraction. D'un autre côté, le fait que l'auteur immédiat ait agi en tant qu'organe (ou représentant) de la personne morale n'est pas pour lui une cause d'irresponsabilité pénale personnelle.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs du mal à souscrire à la dualité de régime de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales qu'il est proposé d'introduire, à la suite des amendements gouvernementaux au projet de loi originaire:

- Il y aurait d'abord le régime général, qui vaut pour tous les crimes et délits du Code pénal (et, en vertu de l'article 100-1 du Code pénal, pour toutes les infractions de même nature prévues par des lois spéciales pour autant que celles-ci ne prévoient pas de règles dérogatoires). Dans le régime général, la responsabilité pénale de la personne morale n'est engagée que si l'infraction a été commise par un organe légal ou par un ou plusieurs membres des organes légaux.
- Il y aurait ensuite le régime particulier, dans lequel, pour une liste d'infractions déterminées, la responsabilité pénale de la personne morale est aussi engagée si l'infraction a été commise par une personne physique ne relevant pas des organes légaux, à condition que cette personne physique soit „mandataire, de droit ou de fait, exerçant une fonction dirigeante et rapportant directement à un des organes légaux“. Le Conseil d'Etat a déjà signalé les difficultés qu'il y a pour cerner le sens et la portée de ces conditions. Dans le système du droit des sociétés, la combinaison des concepts retenus dans le projet de loi soulève d'évidentes questions de cohérence juridique. Comment un mandataire de fait peut-il rapporter à un organe légal, alors que la notion même de mandataire de fait laisse conclure à l'inaction des organes légaux?

Selon la version initiale du projet de loi, qui constituerait désormais le régime général de mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, ces dernières ne répondent pas pénalement des infractions commises par les dirigeants de fait. Mais même dans ce régime général, la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée, si, par ses organes légaux, elle est coauteur ou complice des infractions commises par un dirigeant de fait. Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé ci-dessus, la responsabilité pénale de la personne morale n'a pas à sa base un emprunt de criminalité de l'auteur immédiat de l'infraction.

Le mécanisme envisagé risque par ailleurs de ne pas couvrir l'hypothèse où des infractions sont commises par les dirigeants de fait qui ne rapportent d'aucune façon aux organes légaux de la personne morale. C'est pourtant dans pareille hypothèse que la sanction de la dissolution de la personne morale

apparaît comme la sanction la plus efficace. Cette hypothèse ne peut guère être appréhendée que dans un système de responsabilité pénale des personnes morales prenant en considération la faute de la personne morale (mauvaise organisation interne, etc.), tel le système institué par la loi belge du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales.

Le Conseil d'Etat se prononce dès lors contre le double régime de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, et il recommande de s'en tenir au texte original de l'article 34 nouveau à introduire au Code pénal.

Pour tenir compte des appréhensions de l'OCDE, il propose d'inclure expressément à l'alinéa 1er une référence aux articles 66 et 67 du Code pénal, pour ainsi faire clairement ressortir que la responsabilité pénale de la personne morale est engagée, que les organes légaux, ou un ou plusieurs membres des organes légaux, soient les auteurs immédiats de l'infraction ou que ces mêmes soient coauteurs ou complices d'un tiers, auteur immédiat de l'infraction.

Le Conseil d'Etat a pris acte des explications qui ont amené les auteurs des amendements à ajouter au texte la précision que „lorsqu'une personne morale a commis une infraction à l'étranger, elle sera poursuivie suivant les distinctions du Code d'instruction criminelle“. Le Conseil d'Etat considère que la disposition en question est superfétatoire, au regard des dispositions et du Code pénal (articles 3 et 4) et du Code d'instruction criminelle régissant la compétence internationale des juridictions répressives luxembourgeoises. Cet ajout est par conséquent à supprimer.

Finalement, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y aurait pas lieu de généraliser la responsabilité pénale des personnes morales en y incluant également les contraventions de police. Ce faisant, il ne serait plus nécessaire de recourir au succédané des sanctions administratives. Le Conseil d'Etat de renvoyer à ce sujet à la loi du 5 juin 2009 ayant pour objet de modifier: 1) la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne; 2) la loi modifiée du 19 mai 1999 ayant pour objet a) de réglementer l'accès au marché de l'assistance en escale à l'aéroport de Luxembourg, b) de créer un cadre réglementaire dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, et c) d'instituer une Direction de l'Aviation Civile; 3) la loi du 26 juillet 2002 sur la police et sur l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi que sur la construction d'une nouvelle aérogare, ainsi qu'à son avis complémentaire du 3 mars 2009 relatif au projet de loi devenu la loi précitée du 5 juin 2009 (documents parlementaires No 5273).

S'agissant des contraventions de police, il ne paraît en effet pas nécessaire d'exiger que l'infraction ait été commise au nom de la personne morale par ses organes légaux ou par un ou plusieurs membres de ces organes légaux. Toute personne agissant pour compte de la personne morale, y compris les préposés de la personne morale, devraient pouvoir, en matière de contraventions, engager la responsabilité pénale de la personne morale.

Si la Chambre des députés décidait de suivre le Conseil d'Etat dans ses réflexions, il suggère le libellé suivant pour le nouvel article 34 à introduire au Code pénal:

„Art. 34. La responsabilité pénale des personnes morales est engagée, selon les distinctions des articles 66 et 67 du présent Code, pour les crimes et délits commis, au nom et dans l'intérêt ou pour le compte de ces personnes morales, par leurs organes légaux ou par un ou plusieurs membres de ces organes légaux.

La responsabilité pénale des personnes morales est engagée pour les contraventions commises par toute personne agissant pour compte de ces personnes morales.

Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables à l'Etat. Elles ne sont applicables aux autres personnes morales de droit public que pour les activités qui ne relèvent pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits.“

Au nouvel article 35 à introduire au Code pénal, le Conseil d'Etat s'interroge si, sous le point 4, l'avantage est également public, auquel cas il y aurait lieu d'écrire „l'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics“. Le Conseil d'Etat s'interroge, plus fondamentalement, sur la question s'il appartient aux juridictions répressives de prononcer de telles sanctions.

Pour ce qui est de la peine de l'exclusion des marchés publics, le Conseil d'Etat préconise d'écrire „l'exclusion de la participation à des marchés publics“.

Dans la lignée de la suggestion du Conseil d'Etat d'étendre la responsabilité pénale des personnes morales à toutes les catégories d'infractions, il y aurait lieu de prévoir un nouvel article 36 de la teneur suivante:

„Art. 36. Les peines de police encourues par les personnes morales sont l'amende et la confiscation spéciale.

L'amende en matière de police applicable aux personnes morales est de 50 euros au moins et de 500 euros au plus.“

Si le Conseil d'Etat était suivi dans cette proposition, les renvois figurant actuellement au nouvel article 35 seraient à adapter.

Le nouvel article 36 (37 selon le Conseil d'Etat) à introduire au Code pénal donne lieu aux observations suivantes.

Compte tenu de la proposition du Conseil d'Etat de porter le montant de l'amende de police applicable aux personnes morales à 500 euros au plus, le minimum de l'amende en matière correctionnelle et criminelle est à fixer à 501 euros.

Puisque la responsabilité pénale des personnes morales est engagée à raison de tous les crimes, donc aussi à raison des crimes qui emportent la peine de la réclusion à vie, le système de „conversion“ préconisé par les auteurs pour la détermination du maximum de l'amende n'est pas toujours praticable. Il y a donc lieu de fixer uniformément le maximum de l'amende encourue, du moins en matière criminelle. En considération de la „conversion“ appliquée à la peine de réclusion à temps la plus longue (30 ans de réclusion = 540.000 euros), le Conseil d'Etat propose de fixer le maximum de l'amende en matière criminelle à 750.000 euros.

Le nouvel article 36 (37 selon le Conseil d'Etat) comprendrait donc un alinéa 2 et un alinéa 3 nouveaux, qui pourraient prendre la teneur suivante:

„En matière criminelle, le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est de 750.000 euros.

En matière correctionnelle, le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au double de celui prévu à l'égard des personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. Lorsqu'aucune amende n'est prévue à l'égard des personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction, le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales ne peut excéder le double de la somme obtenue par multiplication du maximum de la peine d'emprisonnement prévue, exprimée en jours, par le montant pris en considération en matière de contrainte par corps.“

L'article 37 (38 selon le Conseil d'Etat) prévoit un taux maximum de l'amende plus élevé pour certaines infractions déterminées. Compte tenu des observations ci-dessus à l'endroit du taux maximum de l'amende en matière criminelle et afin de tenir aussi compte de l'hypothèse où la loi qui réprime l'infraction ne prévoit pas d'amende, le texte est à modifier comme suit:

„Art. 38. Le taux maximum de l'amende encourue selon les dispositions de l'article 37 (selon le Conseil d'Etat) est quintuplé lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée pour une des infractions suivantes: (suit la liste des infractions).“

L'article 38 (39 selon le Conseil d'Etat) subordonne la dissolution de la personne morale à une double condition alternative: ou bien la personne morale a été intentionnellement créée pour commettre les faits incriminés, ou bien, s'agissant de crimes ou délits emportant pour les personnes physiques une peine privative de liberté égale ou supérieure à trois ans, son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer systématiquement les faits incriminés. Les auteurs se sont inspirés de l'article 131-39 du Code pénal français. Le Conseil d'Etat demande la suppression du terme „systématiquement“. La notion de „systématiquement“ exclut la peine de la dissolution en cas d'unicité des faits et requiert une répétition d'actes. Il est pour le moins peu orthodoxe de retrouver, au niveau des conditions d'application d'une peine, une condition qu'on s'attendrait tout au plus à voir apparaître au niveau de l'incrimination (voir pour l'escroquerie fiscale, l'exigence de l'emploi systématique de manœuvres frauduleuses). L'ambiguïté se retrouve d'ailleurs au niveau de la terminologie employée, dès lors qu'il est question de l'exercice systématique des faits incriminés. Le Conseil d'Etat ne peut en conséquence pas marquer son accord au texte sous examen. Il demande que le texte français soit repris, de sorte que l'alinéa 1 de l'article sous examen se lirait comme suit:

„La dissolution peut être prononcée lorsque, intentionnellement, la personne morale a été créée ou, lorsqu’il s’agit d’un crime ou d’un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d’une peine privative de liberté supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés.“

Le Conseil d’Etat considère encore qu’il n’y a pas lieu de prévoir un renvoi, par la juridiction répressive de jugement, au tribunal compétent pour connaître de la liquidation. L’exécution des décisions rendues sur l’action publique appartenant au ministère public, c’est à ce dernier de saisir la juridiction compétente. Aussi le Conseil d’Etat propose-t-il de reprendre tel quel le texte de l’article 131-45 du Code pénal français et de libeller l’alinéa 3 comme suit:

„La décision prononçant la dissolution de la personne morale comporte le renvoi de celle-ci devant le tribunal compétent pour procéder à la liquidation.“

A l’article 39 (40 selon le Conseil d’Etat), il n’y a pas lieu d’écrire „auteur d’un délit“, alors que la personne morale peut très bien n’être que complice du délit. Le Conseil d’Etat propose donc d’écrire:

„Art. 40. *Lorsque la personne morale encourt une peine correctionnelle autre que l’amende, cette peine correctionnelle peut être prononcée seule à titre de peine principale.“*

L’article 40 (41 selon le Conseil d’Etat) est la transposition aux personnes morales de l’article 19 du Code pénal. Cette disposition ne donne pas lieu à observation.

Le point 6 de l’article 1er du projet de loi sous avis entend compléter le chapitre V du Livre Ier du Code pénal traitant de la récidive. Il en est de même du point 7 de l’article 1er. Aussi le Conseil d’Etat propose-t-il de regrouper ces deux points en un seul point 6, qui se lirait comme suit:

„6. Le Chapitre V du Livre Ier du Code pénal est complété par les articles 57-2 et 57-3, ainsi rédigés: (...)“

Le nouvel article 57-2 à introduire au Code pénal règle la récidive de crime sur crime, tandis que le nouvel article 57-3 règle la récidive de délit sur crime, d’une part, la récidive de délit sur délit, d’autre part.

A l’article 57-2, et compte tenu de la proposition du Conseil d’Etat de fixer un taux maximum de l’amende uniforme en matière criminelle (voir ci-dessus les observations à l’endroit de l’article 36 nouveau à introduire au Code pénal), le libellé est à modifier en conséquence:

„Art. 57-2. *Lorsqu’une personne morale, ayant été condamnée à une peine criminelle, engage sa responsabilité par un nouveau crime, le taux maximum de l’amende applicable est égal au quadruple de celui fixé à l’article 36.“* (Il y aura lieu de veiller à la concordance des renvois, suivant le texte qui sera définitivement adopté par la Chambre des députés.)

Le deuxième alinéa du nouvel article 57-2 devient superfétatoire.

Les alinéas 1 et 2 du nouvel article 57-3 pourraient utilement être réunis en un seul alinéa, de la teneur suivante:

„Lorsqu’une personne morale, ayant été condamnée à une peine criminelle, engage sa responsabilité pénale par un délit, le taux maximum de l’amende applicable est égal au quadruple de celui fixé à l’article 36 et selon les distinctions y prévues.“

Le troisième alinéa du nouvel article 57-3 entend régler la récidive de délit sur délit. Il y a lieu de faire débiter l’alinéa comme suit: *„Les peines prévues à l’alinéa précédent ...“*. Il y a encore lieu d’écrire *„amende correctionnelle“* au lieu de *„amende délictuelle“*. Il ne semble pas s’agir d’une récidive spécifique, mais bien d’une récidive générale.

Au point 8, il est proposé de compléter l’article 86 du Code pénal, à l’effet de préciser que la perte de la personnalité juridique n’éteint pas la peine. Une disposition, en substance identique, a été inscrite à l’article 86 du Code pénal belge par la loi belge précitée du 4 mai 1999. Le Conseil d’Etat n’a pas d’observation particulière.

Le Conseil d’Etat voudrait encore aborder une question sur laquelle le projet de loi reste muet. Il s’agit de l’application aux personnes morales des dispositions relatives aux circonstances atténuantes. L’appréciation des circonstances atténuantes peut aussi être le fait des juridictions d’instruction, en particulier au niveau de la procédure de règlement, lorsqu’il s’agit de décider, au vu des charges existantes, du renvoi devant les juridictions de jugement. S’agissant des personnes morales, l’appréciation des circonstances atténuantes s’effectue certes dans leur chef, mais par rapport aux peines

prévues par la loi à l'égard des personnes physiques, auteurs immédiats de l'infraction (que celles-ci soient ou non poursuivies cumulativement avec la personne morale). Le Conseil d'Etat est à s'interroger s'il ne se recommanderait pas d'ajouter un nouvel article 75-1 au chapitre IX du Livre Ier du Code pénal, qui pourrait faire l'objet d'un nouveau point 8 à l'article 1er du projet de loi:

„8. Le Chapitre IX du Livre Ier du Code pénal est complété par un article 75-1, ainsi rédigé:

„L'appréciation des circonstances atténuantes dans le chef d'une personne morale s'effectue au regard des peines criminelles encourues par la personne physique pour les faits susceptibles d'engager la responsabilité pénale de la personne morale.“ “

Le point 8 du projet deviendra en conséquence le point 9.

Article 2

A l'article sous examen du projet de loi, sont regroupés une série d'adaptations ou de compléments du Code d'instruction criminelle qui s'imposent à la suite de la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales. Ces modifications sont essentiellement d'ordre technique. L'ampleur des aménagements apportés met en évidence l'importance du changement que la loi sous rubrique apporte au droit pénal axé sur la responsabilité de la seule personne physique. Les auteurs du projet se sont inspirés, pour adapter le Code d'instruction criminelle, des lois belge et française en privilégiant tantôt l'une, tantôt l'autre. La comparaison des dispositions proposées avec les textes de référence met en évidence que les auteurs du projet n'ont souvent que partiellement repris les règles belges ou françaises, probablement dans un souci de simplification d'une matière déjà suffisamment complexe. Cette façon de procéder aboutit à la mise en place d'un mécanisme particulier luxembourgeois.

Point 1

Ce point porte modification de l'article 2 du Code d'instruction criminelle en prévoyant la prescription de l'action publique en cas de perte de la personnalité juridique de la personne morale. Alors que l'article 20 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle belge met l'accent sur les procédures ayant entraîné la perte de la personnalité juridique, à savoir la liquidation ou la dissolution, le projet sous rubrique retient le résultat. Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur la praticabilité du système et plus précisément sur le sort tant des opérations ayant conduit à la perte de personnalité juridique de la personne morale concernée que des opérations posées à la suite des premières.

Le texte du projet de loi reprend, avec une terminologie différente, la solution d'une „survie“ de la personne morale, si la perte de la personnalité juridique a été organisée pour échapper aux poursuites. Même si le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du texte, il s'interroge sur l'application pratique d'une telle fiction juridique. N'aurait-il pas été indiqué de sanctionner plutôt les actes des responsables de la société qui ont organisé la perte de la personnalité juridique? Il est vrai que cette observation renvoie à la problématique plus générale des rapports entre la responsabilité d'une entité juridique qui ne peut exprimer une volonté que par le biais d'organes composés de personnes physiques et la responsabilité propre de ces personnes.

Points 2 et 3

Ces points modifient les articles 26 et 29 du Code d'instruction criminelle en ce sens que la compétence territoriale du procureur d'Etat et du juge d'instruction est déterminée par rapport au siège de la personne morale. La loi belge du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales a encore ajouté le critère du siège d'exploitation. L'article 706-43 du Code de procédure pénale français vise le siège tout court. Dans l'optique de la non-exclusion des personnes morales de droit public, il y a lieu d'écrire „siège“ et non pas „siège social“ sinon de reprendre les deux concepts de siège social et de siège administratif conformément au texte modifié du paragraphe 4 de l'article 386 du Code d'instruction criminelle proposé par les auteurs.

Point 4

Le point 4 introduit dans le Livre Ier, Titre III du Code d'instruction criminelle, une nouvelle procédure permettant au juge d'instruction d'adopter des mesures provisoires à l'égard des personnes morales au cours de l'instruction.

Les auteurs du projet expliquent s'être inspirés, pour la rédaction du nouvel article 90 du Code d'instruction criminelle, de l'article 91 du Code d'instruction belge. Le Conseil d'Etat constate que le dépôt d'un cautionnement n'a pas été retenu, alors que cette mesure paraît *a priori* adaptée pour les personnes morales qui ne sauraient encourir que des amendes. Il préconise de reprendre sur ce point le texte de l'article 91 du Code d'instruction criminelle belge. Par ailleurs, il marque son accord avec les conditions prévues, à savoir l'ouverture d'une instruction, l'existence d'indices graves de culpabilité et l'existence de circonstances particulières à l'affaire.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'exigence d'une ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction. En principe, toute ordonnance doit être motivée au regard des conditions prévues par la loi. En l'espèce, la portée de l'obligation de motivation découle, à suffisance, de l'existence de circonstances particulières, énoncées au paragraphe 1er de l'article 89, sans qu'il soit besoin de le répéter. Introduire dans le Code d'instruction criminelle le concept d'ordonnances spécialement motivées risque de créer une hiérarchie dans l'exigence de la motivation, contre-productive en termes de sécurité juridique et de respect des droits de la défense. Aussi le Conseil d'Etat insiste-t-il sur la suppression de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 89.

De même, le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de la fixation d'une durée limitée des mesures. Le texte de référence belge ne contient pas de limitation de ce type. Les auteurs n'expliquent pas pour quelles raisons il y a lieu de se départir de la référence belge. Dans la logique du système mis en place, les mesures provisoires doivent être justifiées au regard des „circonstances particulières“. Le juge d'instruction peut, à tout moment, revenir sur les mesures qu'il a adoptées. L'article 90 prévoit expressément que la mainlevée des mesures peut être demandée. Le fait de limiter les mesures dans le temps et d'exiger des décisions de renouvellement risque de compliquer inutilement la tâche du juge d'instruction. Les mesures provisoires à l'égard d'une personne morale ne sauraient être assimilées à une détention préventive ordonnée à l'égard d'une personne physique. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat propose également la suppression du second alinéa du paragraphe 2 du nouvel article 89.

Le paragraphe 2 serait ainsi à supprimer et la numérotation subséquente à adapter.

Le nouvel article 90 n'appelle pas d'observation particulière.

Point 5

Sous le point 5, le projet de loi introduit dans le Livre II du Code d'instruction criminelle un nouveau Titre II-2 relatif aux procédures menées à l'encontre de personnes morales et comportant deux nouveaux articles 223 et 224.

Les auteurs se sont inspirés de l'article 706-43 du Code de procédure pénale français, même si le texte de référence français n'est pas suivi sur tous les points. Le Conseil d'Etat marque son accord avec la différenciation opérée entre trois cas de figure, la représentation de la personne morale par le représentant légal, par un délégué ou par un mandataire de justice. En ce qui concerne ce dernier cas, le Conseil d'Etat marque son accord avec le paragraphe 6 qui, contrairement au texte français, limite au seul ministère public le droit de saisir le président du tribunal aux fins de désigner un mandataire. Le Conseil d'Etat préconise toutefois de remplacer les termes „requête du ministère public“ par les termes „*requête du procureur d'Etat*“, alors que le Code d'instruction criminelle met l'accent sur l'organe compétent pour agir et non pas sur la fonction assumée par cet organe.

Le paragraphe 7 énonce une évidence dont le législateur français a d'ailleurs estimé faire abstraction. Le Conseil d'Etat en propose la suppression.

Point 6

Ce point, qui prévoit une renumérotation des titres du Livre II, n'appelle pas d'observation.

Points 7 et 8

Les compléments apportés aux articles 381 et 383 du Code d'instruction criminelle n'appellent pas d'observation.

Points 9, 10 et 11

Les modifications apportées aux articles 384, 386 et 387 du Code d'instruction criminelle n'appellent pas d'observation particulière. Les auteurs du projet indiquent avoir suivi, à cet égard, l'article 155 du Nouveau code de procédure civile. Le Conseil d'Etat marque son accord à la référence au siège admi-

nistratif dans la mesure où la loi concerne des personnes morales de droit public. Il est renvoyé aux observations aux points 2 et 3 ci-dessus.

Points 12 et 13

Sans observation.

Points 14, 15, 16, 17, 18, 19 et 20

Le Conseil d'Etat relève une erreur de référence à l'article 628-1; l'ajout devrait porter sur le nouvel article 57-3, alinéa 3, et non pas sur le nouvel article 57-2, alinéa 3 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat renvoie à la renumérotation des articles 57-1 et 57-2 opérée dans les amendements. Les articles 57-1 et 57-2 initiaux deviennent en effet les articles 57-2 et 57-3.

Points 21, 22, 23, 24 et 25

Les articles 646, 647, 648 et 652 du Code d'instruction criminelle sont modifiés en vue d'inclure les personnes morales ayant fait l'objet d'une condamnation pénale dans le régime de la réhabilitation de droit et de la réhabilitation judiciaire.

Ces textes, de nature technique, n'appellent pas d'observation particulière. Dans les dispositions en cause, référence est faite au casier judiciaire. Le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention des auteurs du projet de loi sur la nécessité d'adapter le règlement grand-ducal modifié du 14 décembre 1976 portant réorganisation du casier judiciaire rédigé dans la logique d'une condamnation des seules personnes physiques.

Article 3

L'article 3 du projet de loi modifie les articles 203 et 203-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales aux fins d'éviter qu'une société fasse l'objet, pour le même fait, de sanctions pénales, au titre des dispositions de la loi en projet, et d'une décision de dissolution, de liquidation ou de fermeture d'établissement au titre des articles 203 et 203-1 de la loi du 10 août 1915.

Le Conseil d'Etat comprend la disposition en ce sens qu'il s'agit de veiller au respect de la règle „non bis in idem“. Une société commerciale ne pourra plus faire l'objet d'une décision au titre des articles 203 et 203-1 de la loi du 10 août 1915, si les faits qui lui sont reprochés relèvent de la seule loi pénale. Si elle a contrevenu au droit commercial ou au droit sur les sociétés, elle peut faire l'objet d'une action au titre des articles 203 et 203-1, même si l'inobservation du droit commercial ou du droit sur les sociétés est pénalement sanctionnée, à condition toutefois que le fait n'ait pas fait l'objet de poursuites pénales. En d'autres termes, le procureur d'Etat garde le choix entre l'action publique et la procédure de dissolution prévue par la loi sur les sociétés. Comme la règle „non bis in idem“ requiert l'identité de la personne juridique, objet des deux condamnations, la poursuite pénale du seul dirigeant d'entreprise ne devrait pas faire obstacle à la dissolution de la société pour les mêmes faits.

La dissolution est érigée, à l'article 38 du projet de loi, en sanction ou mesure spécifique. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de cet article. Il faut se rendre compte que cette disposition est plus restrictive que l'actuel article 203 de la loi sur les sociétés commerciales en ce sens que le parquet doit prouver, outre la commission d'infractions par la société, le fait qu'elle a été intentionnellement créée à cette fin ou détournée de son objet. Ces conditions renvoient d'ailleurs à un comportement délictueux intentionnel des représentants ou fondateurs de la personne morale.

Article 4

Cet article porte modification de l'article 4 de la loi du 2 avril 2008 transposant la directive 2005/35/CE (et non, comme indiqué dans les documents soumis, 2005/36/CE) du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions et la décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires. Un nouvel article 6-1 fixe les sanctions à prononcer à l'encontre de personnes morales qui ont commis des infractions à la loi.

Dans la logique du respect du principe „non bis in idem“ qui est à la base des modifications apportées à l'article 3 de la loi sur les sociétés commerciales, le Conseil d'Etat s'interroge sur le paragraphe

3 du nouvel article 6-1 de la loi du 2 avril 2008, précitée, qui permet à l'autorité administrative de retirer l'agrément en cas de condamnation pénale. Le Conseil d'Etat note que la loi précitée du 2 avril 2008 ne contient pas de procédure d'agrément.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 janvier 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

