

**FUSIONS-ACQUISITIONS
ANTICIPER ET TRAITER LE RISQUE PÉNAL**

Antoine Moizan

Avocat associé

Président – Commission Droit pénal des affaires

**feugère
moizan**
avocats

Diane Hervey-Chupin

Avocate associée

SOLFERINO
ASSOCIÉS

ENJEUX

- **Bien appréhender les règles de la responsabilité pénale**
 - **Infractions, peines, prescription**
 - **Articulation / cumul** des responsabilités entre personnes physiques et morales
 - « **Transfert** » de **responsabilité / passif pénal(e)** en cas d'acquisition ou d'absorption
 - **Risque prud'homal / Risque civil** en cas d'infraction pénale
- **Effectuer un audit pénal**
 - **Identifier les risques** d'engagement de la responsabilité pénale
 - Domaines d'activités à risque
 - Secteurs à risque
 - Interlocuteurs à risque
 - Pays à risque, etc.
 - Appliquer **la bonne méthode**
 - L'audit « papier »
 - L'audit « physique »
- **Sécuriser l'opération**
 - Le passé : **la convention de garantie de passif pénal**
 - Conditions
 - Méthode
 - L'avenir : **les délégations de pouvoir**
 - Conditions
 - Méthode

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

I. Qui est responsable pénalement ?

- **Les personnes physiques**
- **Les personnes morales** (article 121-2 du Code pénal) :
 - Pour quasiment **toutes les infractions** (sauf rares exceptions, notamment les infractions de presse prévues par la loi du 29 juill. 1881, art. 43-1)
 - **Société étrangère ?** Oui, si l'un des éléments constitutifs de l'infraction a eu lieu sur le territoire français (art. 113-2 du Code pénal). Appréciation large des critères de rattachement : exemple de la remise de fonds pour l'escroquerie
- **La loi pénale incrimine :**
 - L'auteur
 - Le complice (par aide ou assistance, par fourniture de moyens, par instigation)
 - Le receleur (par détention ou profit) de l'infraction

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

II. Comment s'articulent la responsabilité pénale de la société et celle de ses dirigeants ?

Le **principe du cumul** de la responsabilité pénale de la société et de celle des dirigeants sociaux (article 121-2 du Code pénal):

- La **théorie** : circulaire préconisant de préférer l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, en cas d'infraction « *technique* » ou « *non intentionnelle* » (n° CRIM 2006 03 E8 du 13 février 2006).
- La pratique : fréquent cumul des poursuites de la personne morale et du dirigeant, raisons.

La notion d'« *organes ou représentants* » de la personne morale:

- La nécessité réaffirmée par la jurisprudence d'**identifier précisément** la personne physique ayant commis l'infraction pour le compte de la personne morale;
- Les **dirigeants de droit** (fonctions, notion de participation personnelle à l'infraction, nécessité d'exercice de fonction à l'époque des faits) ;
- Les **dirigeants de fait** (notion, cas d'utilisation de la notion).

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

III. En cas d'acquisition : la transmission de la responsabilité pénale de la société cédée

- En cas d'acquisition:
 - le cessionnaire reprend non seulement l'actif mais aussi le passif de la société cédée;
 - la personnalité morale de la société acquise demeure, sa responsabilité pénale demeure donc également.

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

IV. En cas de fusion ou d'absorption : Position traditionnelle de la Chambre criminelle (1/3)

1. En matière pénale : l'évolution de la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Traditionnellement, la Chambre criminelle de la Cour de cassation refusait de reconnaître la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée vers la société absorbante au nom du principe de personnalité des peines :

Article 121-1 du Code pénal : « *Nul n'est responsable pénalement **que de son propre fait*** »

Par ailleurs, l'article 133-1 du Code pénal prévoit que la dissolution de la personne morale est un cas d'extinction des peines :

« *Le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale, sauf dans le cas où la dissolution est prononcée par la juridiction pénale, la grâce et l'amnistie, empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine.* »

En conséquence, la société absorbante ne pouvait être tenue pénalement responsable des infractions commises par la société absorbée.

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

IV. En cas de fusion ou d'absorption : Évolutions de la jurisprudence européenne (2/3)

○ La position de la chambre criminelle était en contradiction avec celles de la CEDH et de la CJUE :

➤ **Pour la CEDH :**

La continuité économique et fonctionnelle existante entre la société absorbée et la société absorbante justifie le prononcé d'une amende civile à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée. (CEDH, 24 octobre 2019, Carrefour France c. France, n°37858/14).

➤ **Pour la CJUE :**

Fondement : « *la fusion entraîne ipso jure et simultanément les effets suivants : [...] la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine* » (article 19 de la 3^{ème} directive n°78/855 du 9 octobre 1978, relatif aux fusions de sociétés anonymes).

Solution : **la société absorbante est tenue au paiement des amendes auxquelles avait été condamnée une société absorbée, par une décision postérieure à la fusion-absorption, pour des faits antérieurs à la fusion-absorption** (CJUE 5 mars 2015, aff. C-343/13).

○ Parallèle avec la matière « para-pénale »

➤ Principe : applicabilité du principe de personnalité des peines mais admission d'aménagements (Cons. Const., décision QPC n° 2016-542, 18 mai 2016).

➤ Aménagements : acceptation d'un transfert des sanctions pécuniaires (prononcées par une AAI - CE, 22 novembre 2000, « Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux ») ; idem pour les sanctions non pécuniaires (prononcées par un ordre professionnel – interdiction d'exercice - CE, ch. réunies, 5 juin 2019, Cerballiance Normandie, n° 422627).

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

IV. En cas de fusion ou d'absorption : Revirement de la Chambre criminelle (3/3)

Par arrêt du 25 novembre 2020 (n°18-86.955), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé sur le fondement de la directive n°78/855/CEE :

- « *Qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération* ».
- « *En conséquence, le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive précitée ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, **déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation.*** »

Toutefois, ce revirement n'est applicable qu'aux opérations de fusion de **sociétés par actions (SA et SAS)** conclues **postérieurement au 25 novembre 2020**, sauf dans les cas où la fusion avait pour finalité de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale (Crim., 13 avril 2022, n°21-80.653). Pose la question de la prévisibilité de la règle pénale.

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

V. Quelles sont les peines susceptibles d'être prononcées à l'encontre de personnes morales ? (1/2)

L'amende (art. 131-37 CP).

- L'amende peut être forfaitaire ; son **montant maximal** est :
 - le **quintuple** de celui prévu pour les personnes physiques (art. 131-38, al. 1, et 131-41 CP) ;
 - dans le cas d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue pour les personnes physiques, de **1.000.000 €** (art. 131-38, al. 2 du code pénal) ;
 - le juge peut majorer l'amende d'un montant de 10 % maximum, pour financer l'aide aux victimes (art. 132-20 CP, art. 707-6 CPP).
- De plus en plus fréquemment, le montant de l'amende peut aussi être **indexé** :
 - sur le **produit tiré de l'infraction** :
 - ✓ cas des atteintes à la probité commises par les personnes exerçant une fonction publique (corruption passive, concussion, prise illégale d'intérêts),
 - ✓ cas des pratiques commerciales agressives : amende de 10% du chiffres d'affaires (art. L.132-11 du C.Conso) ;
 - sur les **dépenses engagées** pour commettre l'infraction : cas des pratiques commerciales trompeuses; (art. L.132-2 C. Conso.)

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

V. Quelles sont les peines susceptibles d'être prononcées à l'encontre de personnes morales ? (2/2)

Les **autres peines**, qui peuvent être prononcées lorsque la loi le prévoit (art. 131-39 CP) sont :

- La **dissolution**, « lorsque la personne morale a été créée ou [...] détournée de son objet pour commettre les faits incriminés »
- « L'**interdiction d'exercer** directement ou indirectement **une ou plusieurs activités** professionnelles ou sociales » [...]
- « La **fermeture** [...] **des établissements** ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés »
- « L'**exclusion des marchés publics** [...] »
- « L'interdiction [...] de faire appel public à l'épargne » ou « l'interdiction [...] d'émettre des chèques [...] ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- « La **confiscation de la chose** qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le **produit** ; »
- « L'**affichage** de la décision prononcée ou sa diffusion [...] »
- « L'**interdiction**, [...] de percevoir toute aide publique [...] »
- « L'**obligation** » de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, [...] à un **programme de mise en conformité** » (131-39-2 CP).

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

VI. Pendant combien de temps la société peut elle être poursuivie pénalement ?

- **Prescription doublée** par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 :
 - contraventions : 1 an
 - délits : 6 ans
 - crimes : 20 ans
- **Droit transitoire** : application de la loi aux prescriptions en cours
- Le **point de départ** de la prescription est **différé** pour les **infractions occultes ou dissimulées**, fréquemment reprochées aux sociétés
 - **Solution déjà retenue par la jurisprudence pour certaines infractions** (ex : abus de confiance, abus de biens sociaux)
 - Création d'un « plafond » : **Délai butoir de 12 ans.**

BIEN APPRÉHENDER LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

VII. Les autres risques en cas d'infraction au sein de l'entreprise

- La prise en charge par l'employeur des **frais de défense pénale du salarié** (*Soc.*, 5 juil. 2017, n°15-13702)
- La prise en charge par la société des conséquences financières de la responsabilité pénale du salarié
 - La faute pénale du salarié est **présumée** engager la responsabilité civile de la société qui l'emploie, sauf « abus de fonction » (*Crim.*, 13 nov. 2018, n°17-81.398 ; *Ass. plén.*, 17 juin 1983, pourvoi n° 82-91.632, *Bull. crim.* 1983, *Ass. plén.*, n° 8)
 - L'abus de fonction est difficile à prouver : **3 conditions nécessaires**
 - Le préposé a agi sans autorisation
 - Le préposé a agi à des fins étrangères à ses attributions
 - Le préposé s'est placé hors de ses fonctions

=> Risques majeurs : l'employeur assume les conséquences financières de la défense du salarié et de l'infraction qu'il a commise

L'AUDIT PÉNAL

IDENTIFIER LES RISQUES

I. Quels sont les secteurs à risque ?

- Certaines infractions de droit pénal des affaires générales sont susceptibles d'être caractérisées dans tous les secteurs ;
- D'autres infractions sont plus susceptibles de se rencontrer dans certains secteurs ; étude de cas :
 - Groupes comprenant des entités publiques;
 - Sociétés ayant recours à la sous-traitance;
 - Plateformes d'intermédiation / sites de e-commerce;
 - Sociétés commercialisant des produits via des réseaux de commerciaux ou d'intermédiaires;
 - Secteur industriel;
 - Sociétés commercialisant des produits à destination des consommateurs;
 - Secteur médical ou paramédical ;
 - Secteur du bâtiment et des travaux publics ou de l'immobilier ;
 - Secteurs manipulant des espèces
 - Secteurs particulièrement soumis à des obligations de mise en conformité (SAPIN 2, LCB/FT...)

L'AUDIT PÉNAL

IDENTIFIER LES RISQUES

II. Quels sont les interlocuteurs à risque ?

- **Les intermédiaires** : courtiers, commissionnaires et apporteurs d'affaires ;
- **Les bénéficiaires d'actions de *sponsoring* ou de mécénat** ;
- **Les clients historiques** ;
- **Les nouveaux clients** ;
- **Les interlocuteurs revêtant la qualification de personne politiquement exposée/agent public ou ayant des liens avec de telles personnes (cf. Recommandation AFA)**

L'AUDIT PÉNAL

IDENTIFIER LES RISQUES

III. Quels sont les pays à risque ?

- Evolution dans un **environnement international** : source potentielle de risque pénal.
- **Risque fiscal**, en cas de sociétés ou d'intermédiaires domiciliés :
 - dans des **Etats et territoires non-coopératifs**;
 - dans des zones à régime fiscal spécifique (**zones franches d'exportation**) ;
 - si choix du **lieu d'établissement de la société est décorrélé du lieu de fourniture des activités**.
- Pays considérés comme « à risque » par les pouvoirs publics :
 - pays concernés par des sanctions financières et embargos, restrictions à l'exportation ;
 - cas de l'Afrique, Moyen Orient ;
 - Pays à haut risque de blanchiment selon l'Union européenne ou le GAFI ;
- Relations avec les USA et compétence extraterritoriale.

L'AUDIT PÉNAL LA MÉTHODE

I. L'audit « papier » (1/2)

○ Prendre connaissance des **risques déjà identifiés** :

- Si l'entreprise est soumise à la **loi Sapin 2 : programme de *compliance*** (cartographie des risques, audits) ;
- Si l'entreprise est pourvue d'un **dispositif d'alerte** (obligatoire pour toutes les entreprises de plus de 50 salariés) : recensement des alertes déjà identifiées;
- Documentation RGPD : aura permis d'identifier des risques (analyse d'impact, registre des traitements, etc.);
- Si l'entreprise fait l'objet d'une enquête pénale ou administrative : consultation de bases de données gratuites ou payantes ;
- Si l'entreprise à des liens avec des agents publics/ personnes politiquement exposées (bénéficiaire effectif, mandataire social, fournisseur, intermédiaire, client...) : consultation de base de données gratuites ou payantes ;
- Si l'entreprise (ou son dirigeant) a déjà fait l'objet d'une sanction :
 - **Condamnation pénale** : consultation du **casier judiciaire de la personne morale**, à défaut, **déclaration du cédant** ;
 - **Contrôle ou sanction administrative** : courriers ou PV de contrôle / de sanction d'une AAI, de l'administration fiscale, de l'inspection du travail, DIRECCTE, CARSAT, DGCCRF, DDPP, DSV, un ordre professionnel, etc. ;

=> Au vu des documents récoltés, **s'assurer que la société cédée a pris les mesures correspondantes** pour vérifier la conformité de son organisation /se mettre en conformité avec les éventuels manquements relevés.

L'AUDIT PÉNAL

LA MÉTHODE

I. L'audit « papier » (2/2)

- Identifier les **risques non décelés** – demander la communication des document suivants :
 - Organigramme(s) de l'entreprise, de ses secteurs / départements,
 - Documentation classique : Derniers bilans – pour identifier CA, R, etc.,
 - Documentation sociale : registre du personnel – pour identifier les effectifs salariés,
 - Document unique d'évaluation des risques (DUER), etc.
 - Procédures et *process* en place au sein de l'entreprise
 - Ex : process « achats », peut donner une idée du risque de fraude / corruption auquel l'entreprise est exposée
 - Ex : process « comptabilité », peut donner une idée du risque d'abus de confiance au sein de l'entreprise
 - Documentation contractuelle (si elle est formalisée) avec les interlocuteurs à risque préalablement identifiés : qui, où, quoi, comment ?
 - Etc.

L'AUDIT PÉNAL

LA MÉTHODE

II. L'audit « physique »

- **Constat** : incohérence, contradiction voire absence d'effectivité des *process* formalisés au sein de l'entreprise
- **Solutions** :
 - Entretiens avec les dirigeants et les salariés (imposés par l'Agence française anticorruption dans la mise en place des programmes de *compliance* Sapin 2)
 - Vérification des *process* mis en place, analyse des risques en cas de non-respect, etc.
 - Méthode :
 - Organisation de concert avec le Directeur juridique ou *Compliance officer* de la cible;
 - Identification des interlocuteurs : dirigeants, cadres salariés et opérationnels selon les secteurs à risque
 - À défaut, assurer la prise d'un engagement par le cédant qu'il transmet les **process en vigueur au sein de l'entreprise**

SÉCURISER L'OPÉRATION LE PASSÉ

Comment rédiger une convention de garantie de passif adaptée? (1/4)

1. Pourquoi prévoir une clause de garantie de passif ?

- Logique indemnitaires, mécanisme de responsabilité: faute, préjudice, lien de causalité.
- Insuffisance des garanties légales en cas de survenance d'un passif lié à une condamnation pénale :
 - Difficultés d'application de la théorie des vices du consentement (dol, erreur);
 - Difficultés d'application des garanties de la vente (éviction, vice caché).

2. Comment déterminer le bénéficiaire de la GAP ?

- En matière pénale, le principe de la responsabilité des peines fait obstacle ce qu'une personne soit déchargée des conséquences de sa responsabilité pénale.
- Le bénéficiaire de la garantie ne peut donc être **que l'acquéreur / le cessionnaire, et non la société elle-même.**

SÉCURISER L'OPÉRATION LE PASSÉ

Comment rédiger une convention de garantie de passif adaptée? (2/4)

3. Comment déterminer la durée de la GAP ?

- Caractère essentiel de la **négociation de la durée** pendant laquelle l'acquéreur peut mettre en œuvre la garantie de passif ;
- En pratique, délais différenciés selon le type de passif ;
- En matière pénale, calquer le délai de mise en œuvre sur le **délai de prescription** (6 ans pour les délits, 12 ans maximum en cas d'infraction occulte ou dissimulée);
 - pour les passifs de nature pénale, prévoir une durée de **12 ans** .
- Durée **très longue** , bien supérieure aux durées généralement négociées
 - néanmoins **justifiée et justifiable** par référence aux textes applicables.

SÉCURISER L'OPÉRATION LE PASSÉ

Comment rédiger une convention de garantie de passif adaptée? (3/4)

4. Comment définir le fait déclencheur de la GAP ?

- **Enjeux** de la définition du fait déclencheur.
- En matière de risque pénal, nécessité de définir le fait déclencheur de façon à inclure :
 - toute **réclamation d'un service habilité à constater des infractions** ;
 - toute réception par la société, un de ses dirigeants, ou un salarié pour des faits commis dans le cadre de ses fonctions, d'une **convocation** à une audition de suspect, à une garde à vue ou à une audience pénale ;
 - tout dépôt de **plainte** susceptible de viser la société dont la société serait informée ;
 - **l'apparition d'une violation des déclarations** du cédant pendant la période de garantie, si cette violation est susceptible de permettre l'engagement de la responsabilité pénale de la société.
- Afin d'éviter un litige sur le **caractère certain du préjudice** pendant la période garantie, nécessité de préciser que toutes les conséquences préjudiciables de ce dommage seront garanties y compris si elles ne sont **chiffrées qu'après l'expiration de la durée** de la garantie (Sentence arbitrale Federal Mogul/Alcan Pechiney & Usinor, 3 juillet 2006).

SÉCURISER L'OPÉRATION LE PASSÉ

Comment rédiger une convention de garantie de passif adaptée? (4/4)

5. Comment fixer le plafond de la GAP ?

- Point **crucial** : la **détermination du plafond** de la garantie de passif.
- Lorsqu'un **risque pénal a été identifié**, nécessité d'en **couvrir les possibles conséquences financières**.
- **Difficultés pratiques** nécessitant de **qualifier** les infractions qui pourraient être retenues.
- Difficulté de prévoir le **montant de l'amende** :
 - Fixation par le code pénal des **montants maximum**, parfois **décorrélés de la pratique** judiciaire ;
 - Possible **indexation de l'amende sur une variable** pas forcément connue au stade de l'audit ;
 - Possibilité pour l'amende d'être assortie en tout ou partie d'un **sursis ...**
- Difficulté de prévoir le **montant des dommages et intérêts** qui pourraient être alloués aux **parties civiles**:
 - Recensement des **personnes** susceptibles d'agir (ayant subi un préjudice du fait de l'infraction);
 - Quantification de leur **préjudice**.

Conclusion.

SÉCURISER L'OPÉRATION L'AVENIR

Comment rédiger des délégations de pouvoirs efficaces ? (1/6)

○ Phase préalable :

- Vérifier la validité des délégations de pouvoirs existantes
 - Impact de l'arrêt du 25 novembre 2020 sur le sort des délégations de pouvoir consenties dans une entité absorbée ou fusionnée : pas nécessairement caduques.
- Les adapter si besoin
- À défaut, en prévoir si les circonstances l'exigent et si conditions sont remplies

○ Intérêts d'une délégation de pouvoir

- La délégation de pouvoir implique la délégation de responsabilité pénale
- En cas d'infraction commise dans le domaine de la délégation, la responsabilité du dirigeant sera exclue
- **Attention** : l'infraction pénale du préposé délégataire de pouvoirs pourra engager la responsabilité pénale de la personne morale.

SÉCURISER L'OPÉRATION L'AVENIR

Comment rédiger des délégations de pouvoirs efficaces ? (2/6)

- La délégation de pouvoirs comme condition d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale (article 121-2 du code pénal)
- Double utilité de la délégation de pouvoirs :
 - pour le dirigeant d'entreprise, outil de gestion du risque pénal,
 - pour l'autorité de poursuite, outil facilitateur d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale.
- Double standard: autant la jurisprudence apprécie strictement les conditions permettant de valider une délégation de pouvoir comme outil de délégation du risque pénal, autant elle apprécie de façon très souple l'existence d'une délégation de pouvoirs permettant d'engager la responsabilité pénale de la personne morale:
 - Délégation de pouvoirs de fait, non écrite (Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 18-87.027 ; Cass. crim., 13 oct. 2021, n° 19-87.424).
 - Même en l'absence de délégation de pouvoirs, possibilité d'engagement de la responsabilité pénale de la société-mère par des salariés d'une société fille, non titulaires d'une délégation de pouvoirs, et un organe de la société mère (Cass. crim., 16 juin 2021, n° 20-83.098, Alcatel-Lucent).

SÉCURISER L'OPÉRATION L'AVENIR

Comment rédiger des délégations de pouvoirs efficaces ? (3/6)

○ Les domaines exclus de la délégation de pouvoirs

- Les franchissements de seuils des articles L.247-1 et L.247-2 du Code de commerce (notamment nomination d'un CAC)
- La fonction légale de direction elle-même
- Autre activités qui ne peuvent être déléguées :
 - Exemple : la loi du 9 décembre 2016 (Sapin II) impose aux présidents, directeurs généraux et gérants de certaines sociétés de prendre les mesures destinées à prévenir et détecter la commission de faits de corruption ou de trafic d'influence.

○ Les cas de délégation de pouvoir non exonératoire de la responsabilité pénale du délégant

- le fait constitutif du délit se situe en dehors de la mission qui fait l'objet de la délégation ou sort du cadre de la relation de travail et de l'exploitation de l'entreprise ;
- le délégant a participé, en même temps que le délégataire, à la commission de l'infraction (auquel cas un cumul de poursuites pénales contre le salarié délégataire et le chef d'entreprise est possible) ;
- si sont délégués les pouvoirs propres de chef d'entreprise, dont ce dernier ne saurait se départir.

SÉCURISER L'OPÉRATION L'AVENIR

Comment rédiger des délégations de pouvoirs efficaces ? (4/6)

○ Les conditions de validité de la délégation de pouvoirs

- Le délégant doit avoir une **autorité hiérarchique** (pouvoir disciplinaire) sur le délégataire
- La délégation doit être **spéciale** (une formulation vague ou trop générale est à proscrire)
- La délégation doit être **certaine** et **non équivoque**
- Le délégataire doit être pourvu de **la compétence, des moyens** et de **l'autorité** nécessaire à l'accomplissement de sa mission
- Elle doit être **acceptée** par le délégataire antérieurement aux faits

Ces conditions sont issues de 5 arrêts (*Crim.*, 11 mars 1995, n°90-84931, n° 91-80.598, n° 92-80.773, n° 91-83.655, n° 91-80.958) et sont *rappelées depuis dans les décisions récentes* (*Crim.*, 31 oct. 2017, n°16-83683, *Crim.*, 13 oct. 2020, n° 19-84.737).

- Quid du caractère **nécessaire ou indispensable** de la délégation ?

SÉCURISER L'OPÉRATION L'AVENIR

Comment rédiger des délégations de pouvoirs efficaces ? (5/6)

○ Réflexes pratiques

- En préambule et par précaution, indiquer en quoi la délégation de pouvoirs **s'impose** ;
- Identifier les **qualités** du délégant et du délégataire ;
- Définir le plus précisément possible les **domaines / tâches** déléguées ;
- Indiquer expressément que la délégation de pouvoirs emporte une **délégation de responsabilité** ;
- Documenter la « **compétence** » du délégataire : CV, expérience professionnelles (pas nécessaire de les annexer à la délégation) ;

SÉCURISER L'OPÉRATION L'AVENIR

Comment rédiger des délégations de pouvoirs efficaces ? (6/6)

- Définir précisément les « **moyens** » dont le délégataire dispose (financiers, matériels, etc.) ;
 - Moyens financiers : définir un seuil de dépense / d'engagement au-delà duquel le délégataire doit en référer à sa hiérarchie. En cas d'urgence, l'idéal est de ne fixer aucun seuil ni obligation d'information préalable, donnant la plus grande liberté d'action au délégataire.
 - Exemples de formulations : « *pouvoirs les plus larges et les moyens nécessaires* »
- Indiquer et définir l'« **autorité** » confiée au délégataire sur les salariés concernés (« *pouvoirs de contrôle, de direction et de discipline* » par exemple)
- Attention au critère de la **rémunération** : elle n'est pas imposée, mais est prise en considération en pratique comme un élément de preuve de l'**effectivité de la délégation**
 - Si rémunération complémentaire : la prévoir expressément dans la délégation ;
 - Si pas de rémunération complémentaire : préciser que la délégation « formalise » le fait que les missions déléguées font partie intégrante des fonctions du délégataire
- Organiser un suivi des délégations de pouvoir.

Commission ouverte
Droit pénal des affaires

27 avril 2023

Merci pour votre participation !

Pour toute question :

- Antoine Moizan : amoizan@feugere.eu
- Diane Hervey-Chupin : dhc@solferino.fr