

À la une

Engendrement transgenre et filiation : le mythe du « mauvais corps » à l'épreuve de la vérité sociale de l'enfant

note par Patrice LE MAIGAT sous CA Toulouse, 9 févr. 2022

Dans une décision inédite, la cour d'appel de Toulouse (cour de renvoi) résiste à la Cour de cassation qui l'a saisie, et reconnaît, pour la première fois en France, le droit à une femme transgenre, née homme, d'être désignée comme la mère dans l'acte de naissance de son enfant biologique



© Olga_AdobeStock

Actualité

La « catastrophe annoncée » du futur palais de justice de Lille

focus

Doctrine

La Cour européenne des droits de l'Homme et la Fédération de Russie (2021-2022)

étude par Christophe PETTITI

Technique

La prolongation de la garde à vue

par Thomas LEBRETON
et Evan RASCHEL

Jurisprudence

Les effets de la gestion d'affaires vis-à-vis des tiers

note par Philippe CASSON
sous Cass. 1^{re} civ., 2 févr. 2022

Gazette Spécialisée

DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

SOUS LA RESPONSABILITÉ SCIENTIFIQUE DE

• Laurent SAENKO

Maître de conférences à l'université Paris-Saclay

• Nicolas CATELAN

Maître de conférences à Aix-Marseille université

AVEC LA PARTICIPATION DE

Olivier BILLARD, Bernard BOULOC, Quentin COLOMBIER, Morgan DE WALSCHE, Lorraine DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ,
Laurence IDOT, Igor SIMIC



PÉNAL DES AFFAIRES

Interprétation systématique de la notion d'entreprise et responsabilité pénale des personnes morales GPL434g7

Quand le droit de la concurrence bouscule le droit pénal des personnes morales

L'essentiel

Sans nier le principe fondamental de la personnalité des peines, l'objectif d'effectivité du droit répressif commande parfois de dépasser l'organisation purement juridique d'une entreprise. La notion d'entreprise retenue en droit de la concurrence a-t-elle, pour autant, vocation à s'appliquer en droit pénal français ?



Étude par
Loraine DONNEDIEU DE
VABRES-TRANIÉ
Avocate au barreau de
Paris, associée, Tactics



et Morgan DE WALSCHÉ
Doctorante, université
Paris-Panthéon-Assas

La responsabilité pénale des personnes morales a récemment été révolutionnée par l'introduction en droit pénal français du principe de continuité économique ⁽¹⁾. À l'aune d'un arrêt du 25 novembre 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet effectué un spectaculaire revirement de jurisprudence en consacrant le principe de continuité économique des personnes morales en cas de fusion-absorption, lui-même récemment reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ⁽²⁾. Elle en a déduit que « 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 » ⁽³⁾. Par cet arrêt, la Cour de cassation française a donc mis un terme à sa conception anthropomorphique des personnes morales qui, depuis l'avènement du nouveau Code pénal, l'amenait à les assimiler à des personnes physiques. Elle a ainsi fait sien la théorie de la continuité économique, déjà admise dans d'autres branches du droit, notamment en droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette transformation de la conception de la personne morale en droit pénal est, selon la Cour de cassation, motivée par la nécessité de tenir compte de la réalité économique et de garantir l'effectivité du droit pénal en évitant que les opérations de

fusion-absorption ne constituent un moyen pour les sociétés d'échapper aux conséquences des infractions qu'elles auraient commises ⁽⁴⁾. N'est-ce pas là une prouesse sans précédent que de voir les concepts du droit de la concurrence ainsi inspirer, peut-être même s'imposer au droit pénal ? La question mérite d'être posée tant, loin d'être étranger au droit européen de la concurrence, un tel impératif d'effectivité de la règle de droit et de sa sanction a, depuis bien longtemps, guidé la mise en œuvre des règles de concurrence, tant par les autorités administratives que par les juridictions amenées à connaître « des contentieux concurrence » ⁽⁵⁾.

L'un des exemples les plus significatifs de l'exigence d'effectivité du droit de la concurrence reste sûrement l'interprétation finaliste de la notion d'« entreprise » par les juridictions européennes. En effet, le nécessaire dépassement de la personne morale afin d'appréhender la réalité de l'entreprise ⁽⁶⁾ et de garantir l'effectivité du droit de la concurrence ⁽⁷⁾ n'est pas nouveau. De plus, l'effectivité des règles de concurrence est, depuis quelques années, intensifiée par le développement du contentieux privé de la concurrence, c'est-à-dire les actions en réparation du préjudice concurrentiel subi par les victimes d'infractions au droit de la concurrence ⁽⁸⁾. Ce contentieux constitue incontestablement un nouveau terrain fertile pour le développement de la notion « d'entreprise ». Or, on le sait, depuis l'arrêt *Skanska* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 14 mars 2019 ⁽⁹⁾, cette notion doit être interprétée de manière uniforme dans le cadre des contentieux public et privé. Dès lors, les interprétations de la notion d'entreprise effectuées dans le cadre du contentieux public de la concurrence ne sont pas sans répercussions sur le contentieux privé, et inversement. Or nul ne peut ignorer, parmi les arrêts les plus

(4) Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86955, pt 21.

(5) G. Godiveau (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe*, 2021, Bruylant.

(6) L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* 2012, n° 1, p. 55.

(7) J.-P. Kovar, « Sanction des pratiques anticoncurrentielles et personnalité des peines », *Revue de l'Union européenne* 2015, n° 589.

(8) CJCE, 20 sept. 2001, n° C-453/99, *Courage*, pts 26-27. Ces actions sont facilitées par l'adoption de la directive 2014/104/EU du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'UE.

(9) CJUE, 14 mars 2019, n° C-724/17, *Skanska*, pt 47.

(1) Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86955.

(2) CEDH, 5^e sect., 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14, *Carrefour c/ France*.

(3) Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86955, pt 35.

récents de la CJUE, l'affaire *Sumal* dans laquelle il a été admis que la victime d'une pratique anticoncurrentielle peut introduire un recours en indemnité indifféremment contre une société mère sanctionnée par une décision de la Commission ou contre sa filiale (ou les deux conjointement) si elles constituaient, au moment de l'infraction, une unité économique ⁽¹⁰⁾.

C'est alors que cet effet de « réversibilité » ⁽¹¹⁾ lié à l'interprétation autonome et systématique de la notion d'entreprise pourrait jouer un rôle sur la responsabilité d'une personne morale exerçant une activité économique. On le sait, la question de la responsabilité des personnes morales en droit de la concurrence a fait l'objet de plusieurs analyses extrêmement détaillées dévoilant l'approche pragmatique du droit européen de la concurrence conciliant la nécessité d'appliquer efficacement les règles de concurrence aux entreprises avec le respect du principe de responsabilité personnelle au nom duquel une personne ne peut être rendue responsable que de ses propres actes ⁽¹²⁾.

“ On assiste à une infiltration discrète de la notion d'entreprise au sens du droit européen de la concurrence vers le droit pénal français ”

Dans la continuité de ces analyses, le présent article a vocation à mettre en lumière les influences récentes du droit répressif de la concurrence sur le droit pénal français. Plus précisément, il s'agira de montrer qu'il existe une certaine porosité entre ces deux matières qui favorise une infiltration discrète de la notion « d'entreprise » au sens du droit européen de la concurrence vers le droit pénal français ⁽¹³⁾. Certes, cette notion matricielle du droit de la concurrence n'est utilisée qu'à la marge en matière pénale. Les dernières évolutions jurisprudentielles concernant la responsabilité pénale des personnes morales invitent cependant à s'interroger sur une certaine systématique de cette notion, qui ne s'applique plus seulement en droit des pratiques anticoncurrentielles, mais bien au-delà. Mais pour quelles conséquences ? *Quid* de la théorie de la personnalité juridique ? *Quid* du principe de personnalité des peines ? Cette systématique de la notion d'entreprise ne serait-elle pas vectrice d'une nouvelle « responsabilité économique » ⁽¹⁴⁾ ? Au regard de sa récente consécration en droit pénal, le principe de continuité

économique – au cœur duquel se trouve la notion d'entreprise (I) – pose alors la question d'une refonte de la responsabilité pénale des personnes morales (II).

I. AUX ORIGINES DU PRINCIPE DE CONTINUITÉ ÉCONOMIQUE : LA NOTION D'ENTREPRISE

L'entreprise constitue la notion de référence du droit des pratiques anticoncurrentielles et, plus largement, du droit de la concurrence ⁽¹⁵⁾. Mobilisée à deux titres dans la mise en œuvre des règles de concurrence, elle assume deux fonctions complémentaires ⁽¹⁶⁾. La première consiste à déterminer l'applicabilité des règles de concurrence, l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles énoncée aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'adressant directement aux « entreprises ». La notion d'entreprise, entendue comme toute entité exerçant une « activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » depuis le célèbre arrêt *Hofner* ⁽¹⁷⁾, constitue donc le critère d'application *ratione personae* de ces articles. La seconde fonction de l'entreprise est celle qui fera l'objet de cette étude. Et pour cause, elle est mobilisée au stade de l'application des règles de concurrence, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le périmètre de l'entreprise susceptible de se voir attribuer la responsabilité d'une infraction et infliger une sanction ⁽¹⁸⁾.

La notion d'entreprise aux fins d'imputabilité de l'infraction. La problématique, disons-le, n'est pas nouvelle. Elle réside dans le fait que les destinataires des règles de concurrence et ceux des décisions de la Commission européenne ou des autorités nationales de concurrence ne sont pas nécessairement les mêmes ⁽¹⁹⁾. Les articles 101 et 102 du TFUE visent les entreprises sans considération de leur mode d'organisation ou de leur forme juridique ⁽²⁰⁾, tandis que les décisions de sanction des autorités de concurrence sont adressées à des personnes physiques ou morales ⁽²¹⁾. Aussi, lorsqu'une autorité de concurrence sanctionne une pratique anticoncurrentielle, elle doit se demander à quelle personne il y a lieu d'imputer cette infraction. Le périmètre « spatial » et « temporel » ⁽²²⁾ de l'entreprise contrevenante doit alors être défini afin de répondre aux questions suivantes : faut-il dépasser la personne morale pour appréhender le groupe de sociétés en tant qu'unité économique ou encore pour tenir compte de la continuité économique entre plusieurs personnes

(10) CJUE, gde ch., 6 oct. 2021, n° C-882/19, *Sumal*.

(11) R. Whish, D. Bailey, *Competition law*, 8^e éd., 2015, Oxford University Press, p. 99, cité par M. Le Soudéer, *Droit antitrust de l'Union européenne et droits fondamentaux des entreprises*, 2019, Bruylant, p. 789.

(12) V., en particulier, L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* 2012, n° 1, p. 55 ; J.-P. Kovar, « Sanction des pratiques anticoncurrentielles et personnalité des peines », *Revue de l'Union européenne* 2015, n° 589.

(13) À ce propos : H. Matsopoulou, « L'autonomie du droit pénal et le droit commercial », *Cahiers de droit de l'entreprise* juill. 2021, n° 4, dossier 29.

(14) CEDH, 5^e sect., 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14, *Carrefour c/ France*, pt 49.

(15) V., en particulier, E. Thomas, *L'entreprise contrevenante en droit des pratiques anticoncurrentielles : Variations autour de la distinction entre société et entreprise (Union européenne et France)*, 2021, Concurrences.

(16) L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2003, Frison-Roche, p. 523.

(17) CJCE, 23 avr. 1991, n° C-41/90, *Höfner*.

(18) La notion d'entreprise, en tant qu'unité économique, fût également utilisée afin de justifier la non-application du droit de la concurrence aux accords intra-groupes : CJCE, 12 juill. 1984, n° C-170/83, *Hydrotherm*, pts 11-12 et TPICE, 12 janv. 1995, n° T-102/92, *Viho*, pts 47 à 52.

(19) CJCE, 10 sept. 2009, n° C-97/08 P, *Akzo Nobel* : voir les conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott du 23 avril 2009, pt 36.

(20) CJCE, 11 déc. 2007, n° C-280/06, *ETI Spa*.

(21) TFUE, art. 299.

(22) L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* 2012, n° 1, p. 57.

morales successives – à l’occasion d’une fusion-absorption par exemple ?

L’entreprise et le principe « d’unité économique ». La réponse ne fait plus de doute tant la CJUE confirme avec constance que le droit des pratiques anticoncurrentielles « ignore largement la personne morale »^[23] et ne connaît que l’entreprise. L’entreprise est alors entendue comme une « unité économique du point de vue de l’objet de l’accord en cause »^[24], c’est-à-dire comme une organisation unitaire d’éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé^[25]. Cette approche n’est pas sans avantage car elle permet de sanctionner, non seulement l’entité directement impliquée dans une infraction, mais également l’ensemble de « l’entreprise » dont elle fait partie. Depuis l’arrêt de la CJUE dans l’affaire *ICI*, le comportement anticoncurrentiel d’une filiale peut être rattaché à sa société mère lorsque cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché^[26]. La division d’une entreprise en plusieurs personnes morales est donc sans effet sur l’imputation des pratiques anticoncurrentielles, le critère décisif étant l’existence d’une unité de comportement sur le marché^[27]. L’unité de comportement doit être caractérisée du point de vue du marché sur lequel la pratique a été mise en œuvre^[28]. Ainsi une société mère exerçant une influence déterminante sur sa filiale sera toujours considérée comme agissant sur le même marché que cette dernière, et donc comme composant avec elle une unité économique^[29]. À l’inverse, il se peut qu’une filiale n’agisse pas sur le même marché que celui sur lequel sa société mère a commis une pratique anticoncurrentielle. Elle ne sera donc responsable que s’il est démontré qu’elle était active sur le marché concerné par l’infraction^[30].

L’entreprise et le principe de « continuité économique ». Une seconde conséquence découle de la notion d’entreprise : une entreprise exploitée par une première personne morale peut être continuée par une seconde qui, à ce titre, pourra se voir imputer l’infraction commise par la première, à certaines conditions. C’est le principe de « continuité économique ». En effet, dans le souci d’éviter que l’utilisation excessivement formaliste du principe de la responsabilité personnelle conduise à un détournement des règles du droit des sociétés et permette aux personnes morales d’échapper aux sanctions du droit

de la concurrence^[31], la CJUE a très tôt été amenée à se prononcer sur l’imputabilité d’une infraction en cas de restructuration des personnes morales contrevenantes. Cette hypothèse questionne nécessairement les limites de l’application du principe de responsabilité personnelle en vertu duquel une personne ne peut être rendue responsable que de ses propres actes. *A priori*, les modifications de la structure ou des liens juridiques entre les différentes entités exploitant successivement une entreprise ne sont pas censées impacter les modalités d’imputabilité de l’infraction à la personne qui était responsable au moment des faits. Dès lors, en principe, la personne qui exploitait l’activité économique au moment où l’infraction a été commise doit répondre de celle-ci, même si, au jour du prononcé de la décision constatant l’infraction, cette activité a été transférée à une autre personne^[32]. De plus, dans le cas où la prise de contrôle d’une société n’entraîne pas sa disparition juridique, l’acquéreur ne peut pas être tenu responsable des pratiques anticoncurrentielles commises par la société avant son acquisition^[33].

Toutefois, ce principe connaît une exception consacrée pour la première fois dans l’affaire *Suiker Unie*, par laquelle la CJUE a attribué la responsabilité d’une pratique anticoncurrentielle à la société qui avait repris tous les droits et obligations des coopératives impliquées dans l’infraction. La CJUE relevait que le comportement de la nouvelle entité et de ses prédécesseurs était caractérisé par une « unité d’action évidente »^[34] et justifiait donc la transmission de l’imputabilité des pratiques anticoncurrentielles par l’existence d’une « unité économique dans le temps » entre l’exploitant initial de l’activité économique et le nouvel exploitant^[35]. On retrouve le critère décisif de la notion d’entreprise : l’absence d’autonomie du comportement. Il s’agit en effet de qualifier une unité économique, non plus dans sa dimension spatiale (l’entreprise constituée de plusieurs personnes morales distinctes), mais dans sa dimension temporelle (l’entreprise exploitée par plusieurs personnes morales successives). Initialement, la transmission de la responsabilité de pratiques anticoncurrentielles d’une personne morale vers son successeur économique reposait sur le constat de la présence d’une « entreprise » au sens du droit de la concurrence. C’est seulement dans l’arrêt *Anic* du 8 juillet 1999 que la CJUE évoqua l’expression de « continuité économique » telle qu’on la connaît aujourd’hui^[36]. Ce principe n’est cependant que le corollaire immédiat^[37] de la notion d’entreprise au sens du droit de la concurrence, ce que confirme d’ailleurs la CJUE dans l’arrêt *Skanska* en s’appuyant sur le caractère autonome de la notion d’entreprise afin de transposer sa jurisprudence en matière de continuité

(23) L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* 2012, n° 1, p. 56.

(24) CJCE, 12 juill. 1984, n° C-170/83, *Hydrotherm*, pt 11.

(25) CJUE, 1^{er} juill. 2010, n° C-407/08 P, *Knauf Gips*, pts 84 et 86.

(26) CJCE, 14 juill. 1972, n° C-48/69, *ICI*, pts 132 à 135.

(27) CJCE, 14 déc. 2006, n° C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, pt 41.

(28) C. Kersting et J. Otto, « “Up and down-stream” liability within the economic unit: children are liable for their parents! », *G.C.L.R.* 2021, 14(3), 126-128, qui considèrent la notion d’unité économique comme « market-related », ce qui restreint l’attribution de la responsabilité au sein des groupes de sociétés.

(29) CJCE, 10 sept. 2009, n° C-97/08 P, *Akzo Nobel*, pt. 74. Pourra être prise en compte une présomption capitalistique (M. Debroux, « Sanction des cartels en droit communautaire : définition et conséquences d’une “responsabilité de groupe” », *Concurrences* 2008, n° 1, p. 1).

(30) CJUE, gde ch., 6 oct. 2021, n° C-882/19, *Sumal*, pt 52.

(31) CJCE, 11 déc. 2007, n° C-280/06, *ETI Spa* : voir les conclusions de l’avocate générale Juliane Kokott du 3 juillet 2007, pt 74.

(32) TPICE, 17 déc. 1991, n° T-6/89, *Enichem ANIC*, pts 236-238 ; CJCE, 8 juill. 1999, n° C-49/92 P, *ANIC Partecipazioni*.

(33) CJCE, 16 nov. 2000, n° C-297/98 P, *SCA Holding*, pt 27 ; CJCE, 16 nov. 2000, n° C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags*, pt 37 ; CJCE, 16 nov. 2000, n° C-279/98 P, *Cascades*, pt 79.

(34) CJCE, 16 déc. 1975, n° C-40/73 à C-48/73, *Suiker Unie et a.*, pts 80 à 87.

(35) C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, 2013, Bruylant, Droit de l’Union européenne, n° 393.

(36) CJCE, 8 juill. 1999, n° C-49/92 P, *ANIC Partecipazioni*, pt 145.

(37) CJUE, 14 mars 2019, n° C-724/17, *Skanska* : v. les conclusions de l’avocat général Nils Wahl du 6 févr. 2019, pt 76.

économique dans le cadre du contentieux privé⁽³⁸⁾. Le principe de continuité économique que l'on a récemment vu apparaître en droit pénal est donc directement rattachable à la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence dans sa dimension temporelle⁽³⁹⁾. En mobilisant le principe de continuité économique en droit pénal, le juge français se fonde en réalité sur la notion dont ce dernier est issu : l'entreprise en tant qu'unité économique.

II. LA MOBILISATION DU PRINCIPE DE CONTINUITÉ ÉCONOMIQUE EN DROIT PÉNAL

Qualifié tout à la fois de « révolution »⁽⁴⁰⁾, de « progrès »⁽⁴¹⁾ ou encore de « naufrage »⁽⁴²⁾ en matière de responsabilité pénale des personnes morales, l'arrêt rendu le 25 novembre 2020 par la chambre criminelle de la Cour de cassation consacre une nouvelle interprétation de l'article 121-1 du Code pénal et reconnaît que la société absorbante puisse être condamnée pénalement pour une infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption. La Cour adopte ainsi une approche plus économique et fonctionnelle de la personne morale, qui ne se limite désormais plus à son enveloppe juridique. La solution retenue est directement fondée sur le principe de continuité économique, et est ainsi calquée sur le droit des pratiques anticoncurrentielles et sur la notion d'entreprise telle que précédemment décrite.

En effet, ce revirement de jurisprudence est notamment fondé sur une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme en date du 24 octobre 2019 rendue en matière de pratiques restrictives de concurrence⁽⁴³⁾. S'appuyant sur « la continuité économique de l'entreprise », la CEDH a reconnu une certaine autonomisation⁽⁴⁴⁾ du principe de personnalité des peines lorsque celui-ci est appliqué à des personnes morales. Aussi a-t-elle jugé que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH) ne s'opposait pas à la condamnation de la société absorbante au paiement d'une amende civile pour une pratique restrictive commise par la société absorbée. Dans les faits, la société Carrefour hypermarchés France avait été condamnée, sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, à une amende civile. Tandis que les procédures internes se poursuivaient, la société mise en cause fut dissoute et absorbée, avec transmission universelle de son patrimoine, par la société Carrefour France. La société absorbante fut alors condamnée au paiement d'une amende civile pour des

faits imputables à son ancienne filiale. Ses prétentions ayant été rejetées par les juridictions françaises, la société Carrefour France a introduit une requête devant la CEDH en invoquant la méconnaissance du principe de personnalité des peines tel qu'il découle de l'article 6, §§ 1 et 2 de la Convention EDH. La Cour européenne a rejeté sa requête et estimé que « la société absorbée n'est pas véritablement "autrui" à l'égard de la société absorbante »⁽⁴⁵⁾. Ainsi, condamner la seconde pour des faits commis par la première avant la fusion-absorption ne contrevenait pas au principe de personnalité des peines.

La décision de la CEDH entretient des liens étroits avec le droit européen de la concurrence. En effet, au titre des motifs de sa décision, la CEDH fait directement référence à la conception de la responsabilité des personnes morales dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, au point 50, elle indique que « l'approche du droit positif de l'Union européenne dans le domaine de la concurrence est similaire et traduit le même souci d'éviter, tout en assurant la protection des droits de la défense, que des entreprises échappent aux sanctions infligées par la Commission par le simple fait que leur identité a été modifiée à la suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels, et d'assurer la mise en œuvre efficace des règles de concurrence ». La CEDH cite notamment l'arrêt *Erste group Bank* par lequel la CJUE a, d'une part, rappelé les hypothèses selon lesquelles une entité qui n'est pas l'auteur de l'infraction peut néanmoins être sanctionnée pour celle-ci⁽⁴⁶⁾ et, d'autre part, a affirmé que la Commission peut choisir discrétionnairement les personnes morales qu'elle décide de poursuivre⁽⁴⁷⁾. La notion d'entreprise, telle qu'interprétée en droit de la concurrence, et ses effets sur la responsabilité des personnes morales qui la composent semblent donc de plus en plus mobilisés dans d'autres branches du droit répressif. Or, dès lors que les références faites au droit de la concurrence ne sont pas limitées au seul principe de continuité économique, et qu'en tout état de cause, celui-ci constitue un prolongement de la notion d'entreprise, il pourrait être envisagé que le droit pénal soit de plus en plus imprégné par cette notion. Ce n'est donc pas à une pénalisation du droit de la concurrence à laquelle nous assisterions, mais à une « concurrentialisation » du droit pénal. Une telle influence pourrait dès lors engendrer un bouleversement du principe de personnalité des peines si, tout comme en matière de concurrence, la responsabilité pénale d'une personne morale était étendue, non seulement à son successeur économique, mais également à d'autres personnes morales composant, avec elle, la même unité économique. Une telle extension de la responsabilité pénale des personnes morales apparaît toutefois, pour le moment, moins envisageable tant elle s'opposerait au principe de la responsabilité personnelle tel qu'il est garanti par les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et affirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision du

(38) CJUE, 14 mars 2019, n° C-724/17, *Skanska*, pts 47 à 51.

(39) Ce que confirme d'ailleurs la CJUE dans l'arrêt *Skanska* en s'appuyant sur le caractère autonome de la notion d'entreprise afin de transposer sa jurisprudence en matière de continuité économique dans le cadre du contentieux privé.

(40) R. Salomon, « Responsabilité pénale de la société absorbante au titre des infractions commises par la société absorbée », *Dr. sociétés* 2021, comm. 13.

(41) G. Beaussonie, « La fin de l'impunité des personnes morales absorbées et absorbantes », *D.* 2021, p. 167.

(42) L. Saenko, « Responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion-absorption : revirement de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RTD com.* 2020, p. 961.

(43) CEDH, 5^e sect., 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14, *Carrefour c/ France*.

(44) M.-S. Garnier, « "Un pour tous, et tous pour un !" : l'arrêt *Sumal* précise le périmètre de la notion d'entreprise pour faciliter les actions privées », *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 186.

(45) CEDH, 5^e sect., 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14, *Carrefour c/ France*, pt 48.

(46) CJCE, 24 sept. 2009, n° C-125/07 P, C-133/07 P, C135/07 P et C-137/07 P, *Erste Group Bank et a.*, pts 79 et 80.

(47) CJCE, 24 sept. 2009, n° C-125/07 P, C-133/07 P, C135/07 P et C-137/07 P, *Erste Group Bank et a.*, pts 82 à 85.

18 mai 2016 ⁽⁴⁸⁾. Cependant, la « responsabilité économique » à laquelle il est fait référence dans l'arrêt de la CEDH pourrait conduire à de nouveaux rebondissements concernant la responsabilité pénale des personnes morales, et ce en méconnaissance du particularisme apparent de la matière pénale ⁽⁴⁹⁾. La CEDH fait d'ailleurs directement référence à l'arrêt *Skanska* susvisé ⁽⁵⁰⁾.

En guise de conclusion, remarquons qu'au fil des années, la CJUE s'est efforcée de maintenir une conception unique de la notion d'entreprise. Son objectif était clairement d'appréhender de manière réaliste des situations économiques et juridiques de plus en plus complexes. Cette unicité entraîne nécessairement un certain effet de réversibilité, selon lequel les changements dans la définition du périmètre de l'entreprise dans une branche du contentieux se répercuteront dans une autre branche du contentieux.

(48) Cons. const., QPC, 18 mai 2016, n° 2016-542.

(49) R. Salomon, « Responsabilité pénale de la société absorbante au titre des infractions commises par la société absorbée », *Dr. sociétés* 2021, comm. 13.

(50) CEDH, 5^e sect., 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14, *Carrefour c/ France*, pt 25.

Ce mouvement amorcé dans la mise en œuvre publique du droit de la concurrence, puis perpétué dans la mise en œuvre privée de ce même droit, aura-t-il pour autant vocation à s'appliquer dans d'autres contentieux qui, sans y faire directement référence, s'appuient indéniablement sur la notion d'entreprise ? Rien n'est moins sûr dès lors que la préservation du principe de la responsabilité personnelle constitue une exigence constitutionnelle à laquelle seuls des aménagements limités peuvent être apportés, et que l'interprétation de la notion d'entreprise par la CJUE s'est toujours limitée « au contexte [du] droit de la concurrence » ⁽⁵¹⁾. Il est toutefois certain que la perméabilité entre les diverses branches du droit répressif est avérée et qu'il faut s'attendre à de nouvelles influences mutuelles afin de servir l'objectif omniprésent d'effectivité des règles de droit.

(51) CJCE, 12 juill. 1984, n° C-170/83, *Hydrotherm*, pt 11.