

N° 7125

Cour de justice de l'Union européenne (5^e ch.)

— 5 mars 2015

C-343/13

Sièg. : M. T. VON DANWITZ, président de la chambre, MM. C. VAJDA (rapporteur), A. ROSAS, E. JUHÁSZ et D. ŠVÁBY, juges.

Min. publ. : M. M. WATHELET, avocat général.

Plaid. : M^e D. ABRUNHOSA E SOUSA (advogado).

(Modelo Continente Hipermercados SA c/Autoridade para as Condições de Trabalho — Centro Local do Lis (ACT))

Renvoi préjudiciel. — Régime des fusions des sociétés anonymes. — Directive 78/855/CEE. — Fusion par absorption. — Article 19. — Effets. — Transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante. — Infraction commise par la société absorbée avant la fusion. — Constat de l'infraction par décision administrative après cette fusion. — Droit national. — Transfert de la responsabilité contraventionnelle de la société absorbée. — Admissibilité.

Il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause.

Il convient donc de considérer que figurent parmi les tiers — dont la troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, concernant les fusions des sociétés anonymes vise la protection des intérêts — les entités qui, à la date de la fusion, ne sont pas encore à qualifier de créanciers ou de porteurs d'autres titres, mais qui

peuvent être ainsi qualifiées après cette fusion en raison de situations nées avant celle-ci, telles que la commission d'infractions au droit du travail qui ne sont constatées par voie de décision qu'après ladite fusion. En l'absence de transmission, à la société absorbante, de la responsabilité contraventionnelle de la société absorbée consistant à payer une amende pour de telles infractions, l'intérêt de l'État membre dont les autorités compétentes auraient infligé cette amende ne serait pas protégé.

L'article 19, paragraphe 1, de la troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, telle que modifiée par la directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, doit être interprété en ce sens qu'une « fusion par absorption », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive, entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion.

ARRÊT

1. — La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 19, paragraphe 1, de la troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes (*J.O. L 295*, p. 36), telle que modifiée par la directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009 (*J.O. L 259*, p. 14, ci-après la « directive 78/855 »).

2. — Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS SA (ci-après « MCH ») à l'AUTORIDADE PARA AS CONDIÇÕES DE TRABALHO — CENTRO LOCAL DO LIS (ACT) (autorité de surveillance des conditions de travail — Centre local de Lis), au sujet de la décision de cette dernière de condamner MCH pour des infractions au droit du travail portugais commises par GOOD AND CHEAP — COMÉRCIO RETALHISTA SA (ci-après « GOOD AND CHEAP ») avant l'absorption de celle-ci par MCH.

LE CADRE JURIDIQUE

Le droit de l'Union

3. — Les troisième et sixième considérants de la directive 78/855 énonçaient :

*« [...] la protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des États membres concernant les fusions de sociétés anonymes et [...] il convient d'introduire dans le droit de tous les États membres l'institution de la fusion ;
[...]*

[...] les créanciers, obligataires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés qui fusionnent doivent être protégés afin que la réalisation de la fusion ne leur porte pas préjudice ».

4. — Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive :

« Au sens de la présente directive, est considérée comme fusion par absorption l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable. »

5. — L'article 13, paragraphes 1 et 2, de ladite directive était rédigé dans les termes suivants :

« 1. Les législations des États membres doivent prévoir un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de fusion et non encore échues au moment de cette publication.

2. À cet effet, les législations des États membres prévoient, au moins, que ces créanciers ont le droit d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette protection nécessaire et que ces créanciers ne disposent pas déjà de telles garanties.

Les États membres fixent les conditions de la protection prévue au paragraphe 1 et au premier alinéa du présent paragraphe. En

tout état de cause, les États membres veillent à ce que les créanciers puissent saisir l'autorité administrative ou judiciaire compétente pour obtenir des garanties adéquates, dès lors qu'ils peuvent démontrer, de manière crédible, que la fusion constitue un risque pour l'exercice de leurs droits et que la société ne leur a pas fourni de garanties adéquates. »

6. — L'article 19, paragraphe 1, de cette même directive disposait :

« La fusion entraîne ipso jure et simultanément les effets suivants :

a) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante ;

b) les actionnaires de la société absorbée deviennent actionnaires de la société absorbante ;

c) la société absorbée cesse d'exister. »

7. — La directive 78/855 a été abrogée, à compter du 1^{er} juillet 2011, par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, concernant les fusions des sociétés anonymes (*J.O.* L 110, p. 1). Ainsi qu'il ressort de son considérant 1, cette dernière directive vise, dans un souci de clarté et de rationalité, à codifier la directive 78/855 qui avait été modifiée à plusieurs reprises et de façon substantielle. L'article 19, paragraphe 1, de la directive 2011/35 reprend l'article 19, paragraphe 1, de la directive 78/855 dans des termes identiques.

Le droit portugais

8. — L'article 112 du Code des sociétés commerciales (Código das Sociedades Comerciais, ci-après le « CSC ») prévoit :

« L'inscription de la fusion au registre du commerce :

a) entraîne la dissolution des sociétés absorbées ou, en cas de constitution d'une nouvelle société, de toutes les sociétés fusionnées, leurs droits et obligations étant transmis à la société absorbante ou à la nouvelle société ;

b) les associés des sociétés dissoutes deviennent associés de la société absorbante ou de la nouvelle société. »

LE LITIGE AU PRINCIPAL
ET LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

9. — Le 15 février 2011, l'ACT a procédé à une inspection du registre des heures de travail effectuées par les travailleurs de GOOD AND CHEAP pour les mois de décembre 2010 et de janvier 2011. Elle a constaté des infractions aux dispositions du droit du travail portugais en ce qui concerne tant le nombre d'heures consécutives effectuées par certains employés que le nombre d'heures de repos entre les périodes de travail dans certains cas.

10. — Il ressort du dossier soumis à la Cour que, le 22 février 2011, MCH et GOOD AND CHEAP ont enregistré au service compétent du registre du commerce un projet de fusion, lequel a été publié sur le site Internet des publications du ministère de la Justice.

11. — Le 7 mars 2011, l'ACT a dressé deux procès-verbaux contre GOOD AND CHEAP au sujet desdites infractions. Elle n'a toutefois procédé à la notification de ceux-ci que le 4 avril 2011.

12. — Le 31 mars 2011, la fusion par absorption du patrimoine de GOOD AND CHEAP dans MCH a été enregistrée, ce qui a entraîné la dissolution de la première société en raison de l'absorption de celle-ci par la seconde.

13. — Par décision du 24 septembre 2012, l'ACT a confirmé les procès-verbaux susmentionnés et a infligé à MCH des amendes pour chacune des infractions contraventionnelles en cause.

14. — Dans son recours contre cette décision devant le Tribunal do Trabalho de Leiria, MCH a soulevé la question de la compatibilité de l'article 112 du CSC, tel qu'interprété par l'ACT, avec l'article 19 de la directive 2011/35. À cet égard, ladite juridiction se demande si, lors d'une fusion par absorption, la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, telle que prévue au paragraphe 1, sous a), de ce dernier article, peut inclure le transfert, à la société absorbante, de la responsabilité du paiement des amendes infligées pour des infractions de nature contraventionnelle commises par la société absorbée avant cette fusion.

15. — C'est dans ces conditions que le Tribunal do Trabalho de Leiria a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) À la lumière du droit [de l'Union], en particulier [de l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35], la fusion de sociétés implique-t-elle un régime de transmission de la responsabilité contraventionnelle à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant l'enregistrement de la fusion ?

2) Une sanction de nature contraventionnelle peut-elle être considérée, aux fins de l'application de la directive 2011/35, comme une créance d'un tiers (en l'occurrence l'État, pour infraction à des normes de la législation du travail), la créance invoquée (l'amende infligée pour sanctionner une contravention) détenue par l'État étant transférée à la société absorbante ?

3) La thèse selon laquelle l'article 112 du CSC n'implique l'extinction ni de la procédure relative à une contravention commise avant la fusion ni de l'amende infligée ou à infliger n'est-elle pas contraire à la directive 2011/35, qui définit les effets de la fusion de sociétés, en donnant de cette disposition une interprétation extensive contraire aux principes du droit [de l'Union], en particulier à l'article 19 de [cette] directive ?

4) Cette thèse ne constitue-t-elle pas une violation du principe selon lequel il ne peut y avoir de contravention sans responsabilité objective (atténuée) ou responsabilité pour faute de la société absorbante ? »

SUR LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

Sur la recevabilité

16. — Dans leurs observations écrites, les gouvernements allemand et autrichien émettent des doutes en ce qui concerne la recevabilité de certaines questions posées par la juridiction de renvoi. Le gouvernement allemand considère que les troisième et quatrième questions portent sur l'interprétation du droit national. Le gouvernement autrichien soutient, quant à lui, que la deuxième question porte sur une situation dans laquelle, contrairement aux faits du litige au principal, l'amende a déjà été infligée avant la fusion et qu'elle revêt, par conséquent, un caractère hypothétique. En outre, la question de la responsabilité pénale évoquée dans la quatrième question ne serait pas réglée par la directive 2011/35 et ne présenterait donc pas de lien avec le droit

de l'Union exigé par l'article 51 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

17. — À cet égard, il convient de constater d'abord que, s'il ressort effectivement de l'exposé des faits au principal présenté par la juridiction de renvoi que les amendes ont été infligées par une décision adoptée après l'absorption de GOOD AND CHEAP par MCH, il ne découle pour autant pas du libellé de la deuxième question que celle-ci ne vise pas un tel cas de figure. Partant, il ne saurait être considéré que cette question revêt un caractère hypothétique.

18. — Ensuite, par sa troisième question, la juridiction de renvoi cherche manifestement une interprétation non pas du droit national, mais de la directive 2011/35, en particulier de l'article 19 de celle-ci, aux fins de déterminer si l'interprétation de l'article 112 du CSC adoptée, notamment, par l'ACT, est contraire au droit de l'Union.

19. — Enfin, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 34 de ses conclusions, la quatrième question apparaît porter sur l'interprétation de principes de droit portugais et est dépourvue de toute référence au droit de l'Union. Or, il convient de rappeler que la procédure établie à l'article 267 TFUE est fondée, selon une jurisprudence constante, sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, cette dernière étant uniquement habilitée à se prononcer sur l'interprétation ou la validité des actes de l'Union visés à cet article. Dans ce cadre, il n'appartient pas à la Cour d'apprécier l'interprétation des dispositions du droit national ou de juger si l'interprétation que la juridiction nationale en donne est correcte (voir arrêt *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588, point 28 et jurisprudence citée).

20. — Il en résulte que, à l'exception de la quatrième question, les questions posées par la juridiction de renvoi sont recevables.

Sur le fond

21. — À titre liminaire, il importe de relever que la directive 2011/35, dont l'interprétation fait l'objet des trois premières questions, n'était pas encore en vigueur à la date des faits au principal. Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner les questions posées uniquement au regard des dispositions de la directive 78/855.

22. — Dès lors, il y a lieu de considérer que, par ses trois premières questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 19, paragraphe 1, de la directive 78/855 doit être interprété en ce sens qu'une « fusion par absorption », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion.

23. — Conformément à l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 78/855, une fusion par absorption entraîne *ipso jure* la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante.

24. — Afin de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi, il convient, dès lors, d'examiner si la responsabilité contraventionnelle d'une société, consistant plus particulièrement en l'obligation de payer une amende fixée après la fusion par absorption de cette société pour des infractions commises avant ladite fusion, doit être considérée comme faisant partie du patrimoine passif de cette même société, au sens de ladite disposition.

25. — Il est constant, parmi les intéressés visés à l'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne qui se sont prononcés sur ce sujet, qu'une amende fixée par décision définitive avant la fusion de deux sociétés, mais non encore soldée fait partie du patrimoine passif de la société absorbée, dans la mesure où le montant d'une telle amende doit être considéré comme constituant une dette de cette société en faveur de l'État membre concerné. En revanche, s'agissant de la situation au principal, à savoir une situation où une amende n'a été fixée qu'après la fusion des sociétés en cause au principal, seuls les gouvernements portugais et hongrois ainsi que la Commission européenne sont d'avis que l'obligation de payer une telle amende relève du patrimoine passif de la société absorbée, alors que MCH et le gouvernement allemand soutiennent la thèse contraire.

26. — À cet égard, il y a lieu de relever que la notion de « patrimoine actif et passif », telle qu'elle figure, notamment, à

l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 78/855, n'est pas définie par celle-ci. En outre, cette disposition ne contient aucun renvoi au droit des États membres en ce qui concerne une telle définition.

27. — Or, selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (voir, notamment, arrêts *Fish Legal et Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, point 42, ainsi que *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, point 14).

28. — En ce qui concerne le contexte dans lequel la notion de « patrimoine passif » s'inscrit, l'article 19, paragraphe 1, de la directive 78/855 dispose qu'une fusion par absorption entraîne *ipso jure* et, partant, de façon automatique non seulement la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, mais aussi, en vertu de cette disposition, sous c), la cessation de l'existence de la société absorbée. Il s'ensuit que, sans la transmission à la société absorbante de la responsabilité contraventionnelle, en tant qu'élément du patrimoine passif de la société absorbée, cette responsabilité serait éteinte.

29. — Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 61 de ses conclusions, une telle extinction serait en contradiction avec la nature même d'une fusion par absorption, telle que définie à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 78/855, dans la mesure où, aux termes de cette disposition, une telle fusion consiste en un transfert de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante par suite d'une dissolution sans liquidation.

30. — L'interprétation de la notion de patrimoine passif qui précède est confirmée par l'examen de la finalité de la directive 78/855. À cet égard, il ressort du troisième considérant de celle-ci que la coordination des législations des États membres, en ce

qui concerne les fusions de sociétés anonymes par l'introduction, dans le droit de ces derniers, de l'institution de la fusion, a notamment pour objectif la protection des intérêts des associés et des tiers lors d'une fusion par absorption.

31. — Or, la notion de tiers est plus large que celle, employée au sixième considérant de ladite directive, de « créanciers, obligataires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés qui fusionnent », ces créanciers et ces porteurs d'autres titres faisant l'objet de certaines mesures de protection spécifiques prévues, notamment, aux articles 13 à 15 de la directive 78/855.

32. — Il convient donc de considérer que figurent parmi les tiers, dont cette directive vise la protection des intérêts, les entités qui, à la date de la fusion, ne sont pas encore à qualifier de créanciers ou de porteurs d'autres titres, mais qui peuvent être ainsi qualifiées après cette fusion en raison de situations nées avant celle-ci, telles que la commission d'infractions au droit du travail qui ne sont constatées par voie de décision qu'après ladite fusion. En l'absence de transmission, à la société absorbante, de la responsabilité contraventionnelle de la société absorbée consistant à payer une amende pour de telles infractions, l'intérêt de l'État membre dont les autorités compétentes auraient infligé cette amende ne serait pas protégé.

33. — Dans ce contexte, il convient d'observer, comme l'ont soulevé les gouvernements portugais et hongrois ainsi que la Commission, que, si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné ou d'autres intéressés éventuels.

34. — Cette conclusion n'est pas infirmée par l'argument de MCH selon lequel la transmission de la responsabilité contraventionnelle d'une société absorbée moyennant une fusion serait contraire aux intérêts des créanciers et des actionnaires de la société absorbante, dans la mesure où ces derniers ne seraient pas à même d'évaluer les conséquences économiques et patrimoniales de cette fusion. En effet, d'une part, lesdits créanciers doivent, en vertu de l'article 13, paragraphe 2, de la directive 78/855, avoir le droit d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette

protection nécessaire, le cas échéant en saisissant l'autorité administrative ou judiciaire compétente pour obtenir de telles garanties. D'autre part, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 61 de ses conclusions, les actionnaires de la société absorbante peuvent être protégés, notamment, par l'insertion d'une clause de déclarations et de garanties dans l'accord de fusion. En outre, rien n'empêche la société absorbante de faire effectuer avant la fusion un audit détaillé de la situation économique et juridique de la société à absorber pour obtenir, en plus des documents et des informations disponibles en vertu des dispositions législatives, une vue plus complète des obligations de cette société.

35. — Il y a donc lieu de répondre aux première à troisième questions posées que l'article 19, paragraphe 1, de la directive 78/855 doit être interprété en ce sens qu'une « fusion par absorption », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive, entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion.

SUR LES DÉPENS

36. — La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (cinquième chambre) dit pour droit :

L'article 19, paragraphe 1, de la troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, telle que modifiée par la directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, doit être interprété en ce sens qu'une « fusion par absorption », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive, entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion

pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion.

Observations. — La transmission d'une amende dans le cadre de la fusion par absorption.

CHAPITRE I. — INTRODUCTION

SECTION I. — ANTÉCÉDENTS DE L'ARRÊT ET QUESTIONS

1. — Le 15 février 2011, l'autorité portugaise pour le contrôle des conditions de travail, l'*Autoridade para as Condições do Trabalho* de Leiria, (ci-après, l'ACT) procède à une inspection du registre des heures du travail prestées par les travailleurs de la société de droit portugais GOOD AND CHEAP.

Au cours de cette inspection, l'ACT constate un certain nombre d'infractions aux dispositions du droit du travail portugais.

2. — Le 22 février 2011, la société de droit portugais MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS SA (ci-après, MCH) et la société GOOD AND CHEAP enregistrent un projet de fusion au service compétent du registre du commerce portugais. Le projet de fusion est publié sur le site internet des publications du ministère de la Justice portugais.

3. — Le 7 mars 2011, l'ACT dresse deux procès-verbaux contre GOOD AND CHEAP au sujet desdites infractions mais ne procède pas immédiatement à la notification de celles-ci.

4. — Le 31 mars 2011, la fusion par absorption de GOOD AND CHEAP par MCH est enregistrée au registre de commerce, entraînant conformément à l'article 112 du Code portugais des sociétés commerciales (ci-après, le « CSC ») la dissolution de GOOD AND CHEAP.

5. — Les infractions au droit du travail sont notifiées par l'ACT à MCH le 4 avril 2011.

6. — Le 24 septembre 2012, l'ACT confirme les procès-verbaux constatant les infractions (qualifiées d'« *infractions contraventionnelles* ») et inflige en conséquence des amendes à MCH.

7. — MCH introduit un recours contre la décision de l'ACT devant le tribunal du travail (*Tribunal do Trabalho*) de Leiria. Dans le cadre de ce recours, le tribunal sursoit à statuer et pose

à la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après, la « Cour ») les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) *À la lumière du droit [de l'Union], en particulier [de l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35], la fusion de sociétés implique-t-elle un régime de transmission de la responsabilité contraventionnelle à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant l'enregistrement de la fusion ? »*
- 2) *Une sanction de nature contraventionnelle peut-elle être considérée, aux fins de l'application de la directive 2011/35, comme une créance d'un tiers (en l'occurrence l'État, pour infraction à des normes de la législation du travail), la créance invoquée (l'amende infligée pour sanctionner une contravention) détenue par l'État étant transférée à la société absorbante ?*
- 3) *La thèse selon laquelle l'article 112 du CSC n'implique l'extinction ni de la procédure relative à une contravention commise avant la fusion ni de l'amende infligée ou à infliger n'est-elle pas contraire à la directive 2011/35, qui définit les effets de la fusion de sociétés, en donnant de cette disposition une interprétation extensive contraire aux principes du droit [de l'Union], en particulier à l'article 19 de [cette] directive ?*
- 4) *Cette thèse ne constitue-t-elle pas une violation du principe selon lequel il ne peut y avoir de contravention sans responsabilité objective (atténuée) ou responsabilité pour faute de la société absorbante ? »*

SECTION 2. — DÉCISION DE LA COUR

8. — La Cour a considéré que, par ses trois premières questions, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 19, § 1, de la directive 78/855/CE doit être interprété en ce sens qu'« une *fusion par absorption* », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion »(1).

9. — Elle a par ailleurs déclaré irrecevable la quatrième question posée par le tribunal du travail de Leiria car elle porterait

(1) Point 22 de l'arrêt annoté.

sur l'interprétation de principes de droit portugais et non sur l'interprétation ou la validité des actes de l'Union visés à l'article 267 du TFUE(2).

10. — La Cour relève ensuite que « (...) *si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné ou d'autres intéressés éventuels* »(3).

11. — Elle poursuit en indiquant que « (...) *sans la transmission à la société absorbante de la responsabilité contraventionnelle, en tant qu'élément du patrimoine passif de la société absorbée, cette responsabilité serait éteinte (...) et qu'une telle extinction serait en contradiction avec la nature même d'une fusion par absorption (...)* »(4).

12. — Elle en conclut que « [l]'article 19, paragraphe 1, de la troisième directive 78/855/CEE (...) doit être interprété en ce sens qu'une "fusion par absorption" (...) entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant ladite fusion »(5).

SECTION 3. — PLAN

13. — Nous commencerons par analyser les précisions qu'apporte la Cour sur le régime de transmission universelle du patrimoine dans le cadre de la fusion par absorption (chapitre II). Nous retracerons à cet effet le raisonnement adopté par la Cour pour arriver à sa décision en faisant un bref détour par les développements de l'avocat général sur les questions posées à la Cour. Nous verrons ensuite quelle portée peut être donnée à l'arrêt *MCH*, en particulier à quels types d'opérations et de responsabilité (d'amende) la solution retenue peut être appliquée.

Si la décision rendue par la Cour peut paraître claire aux premiers abords, celle-ci a fait l'objet de nombreux commentaires de la part de la doctrine française en raison de son silence sur

(2) Point 19 de l'arrêt annoté.

(3) Point 28 de l'arrêt annoté.

(4) Points 28 et 29 de l'arrêt annoté.

(5) Point 33 de l'arrêt annoté.

le principe de la personnalité des peines. Nous verrons donc ce qu'il en est (chapitre III).

Nous examinerons enfin quelle peut être l'incidence de la décision de la Cour en droit belge (chapitre IV).

**CHAPITRE II. — PRÉCISIONS APPORTÉES PAR LA COUR DE JUSTICE
CONCERNANT LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE PASSIF
OPÉRÉE PAR LA FUSION**

SECTION I. — RAISONNEMENT DE LA COUR

*§ 1 Interprétation autonome de la notion
de « patrimoine passif »*

14. — La Cour commence par rappeler que, selon l'article 19.1, a) de la directive 78/855/CEE(6), « *la fusion entraîne ipso jure (...) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante* ».

La directive 78/855/CEE et, à sa suite, la directive 2011/35/UE procèdent en effet de l'idée de continuité de la société absorbée dans la société absorbante(7).

15. — La Cour relève ensuite que l'article 19 précité ne définit pas la notion de « patrimoine passif » et qu'il ne contient aucun renvoi au droit des États membres aux fins de la définir. La Cour se réfère en conséquence à une jurisprudence désormais clas-

(6) Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité CEE et concernant les fusions des sociétés anonymes (78/855/CEE), *J.O.C.E.*, 20 octobre 1978, n° L295/36. À la suite de nombreuses modifications et, dans un souci de clarté et de rationalité, la troisième directive a été abrogée par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes pour en assurer la coordination. L'arrêt examiné a été rendu sur la base de la directive 78/855/CEE, ce qui ne change en principe rien à l'analyse en raison de l'identité de rédaction, en particulier de l'article 19, entre la directive 78/855/CEE et la directive 2011/35/UE.

(7) P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1379, p. 1989 ; J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur les rapports du droit privé et du droit fiscal en matière de fusions et de scissions de sociétés », *Liber amicorum Jean-Pierre Lagae*, Diegem, Ced.sansom, 1998, p. 117, n° 4 ; G. KLEYNEN et M. DASSESSE, « Le nouveau régime fiscal des fusions de sociétés à l'épreuve du droit communautaire », *J.T.*, 1990, p. 449, n° 5.

sique(8) selon laquelle l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union ainsi que le principe d'égalité impliquent de donner à la notion concernée une interprétation autonome et uniforme en tenant compte de son contexte et de l'objectif poursuivi par la législation en cause(9).

16. — Deux thèses se sont opposées sur l'interprétation à donner à la notion de « patrimoine passif ».

En effet, le gouvernement allemand et MCH soutenaient que, à défaut de décision administrative ou judiciaire définitive avant la fusion, une amende ne pouvait être comprise dans les dettes de l'absorbée, transférées à l'absorbante(10).

Par contre, la Commission et les gouvernements hongrois et portugais soutenaient que l'obligation de payer l'amende s'inscrit dans le processus de transmission universelle en cas de fusion et passe donc à l'absorbante en tant qu'élément passif du patrimoine de l'absorbée(11).

C'est cette dernière position qui sera adoptée par l'avocat général et par la Cour bien que, comme nous le verrons, les solutions qu'ils préconisent diffèrent sensiblement.

§ 2 *Position de l'Avocat général*

17. — Selon l'Avocat général, le « patrimoine passif » comprend l'ensemble des dettes qui grèvent la totalité des biens et obligations d'une même personne, envisagée comme formant une universalité de droit.

L'origine de la dette, qu'elle provienne d'une responsabilité civile, pénale ou « quasi-pénale », est sans conséquence. Il faut et il suffit qu'il s'agisse de la responsabilité de la société absorbée elle-même et qu'elle puisse se traduire dans une valeur monétaire(12).

18. — Ces principes s'appliquent que la dette d'amende en question soit fixée par décision définitive avant la fusion ou qu'elle

(8) Voyez notamment : C.J.U.E., arrêt *Deckmyn et Vrijheidsfonds* du 3 septembre 2014, C-201/13, pt 14 ; C.J.U.E., arrêt *Fish Legal et Shirley*, 19 décembre 2013, C-279/12, pt 42 ; C.J.U.E., arrêt *Flachglas Torgau GmbH c/ Bundesrepublik Deutschland*, 14 février 2012, C-204/09, pt 37.

(9) Point 27 de l'arrêt annoté.

(10) Point 36 des conclusions de l'avocat général.

(11) Point 40 des conclusions de l'avocat général.

(12) Point 49 des conclusions de l'avocat général.

soit *in statu nascendi* au moment de la fusion. En effet, la fusion implique que « *la société absorbante acquière la société absorbée dans son intégralité, y inclus son passé* » parce que, notamment, « *la fusion est opérée par le moyen de “dissolution sans liquidation” des sociétés qui fusionnent, ce qui implique le transfert de l’ensemble de la société absorbée sans extinction des obligations que la liquidation aurait provoquée* »(13).

19. — L’avocat général conclut que l’article 19, 1, a), ne s’oppose pas à ce qu’une réglementation nationale prévoie qu’une fusion entraîne la transmission de l’obligation de payer une amende pour des infractions commises par l’absorbée avant cette fusion même si l’amende a été infligée par décision définitive après cette fusion(14).

La question du principe même de la transmission relèverait ainsi de chaque État et, en tout état de cause, le transfert d’un passif à caractère pénal ne serait pas contraire à la directive européenne(15).

§ 3 Position de la Cour

20. — La Cour semble faire sienne l’analyse de l’avocat général en adoptant toutefois une position plus tranchée. Elle décide en effet que la notion de « patrimoine passif » doit s’entendre comme englobant l’obligation de payer une amende pour infraction à la législation sociale commise avant la fusion mais devenue définitive après celle-ci et que cette obligation est transmise à la société absorbante dans le cadre de la fusion.

21. — Pour arriver à cette conclusion, la Cour constate que, vu le **contexte** dans lequel la notion de « patrimoine passif » s’inscrit, la fusion entraîne de façon automatique, non seulement la transmission universelle de l’ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée, mais également la cessation de son existence.

Elle en déduit que, si la responsabilité « contraventionnelle » n’était pas transmise, cette responsabilité serait éteinte, ce qui serait contraire à la nature même de la fusion qui implique le

(13) Point 61 des conclusions de l’avocat général.

(14) Point 72 des conclusions de l’avocat général.

(15) A. COURET, « La transmissibilité à l’absorbante de l’amende prononcée après la fusion », *Bull. Joly Soc.*, 2015, p. 204.

transfert de l'intégralité du patrimoine tant dans ses aspects actifs que passifs(16).

22. — En ce qui concerne l'**objectif** poursuivi par la directive 78/855/CEE, la Cour relève que celle-ci entend assurer la protection des intérêts des associés et des tiers dans le cadre de fusions(17).

La Cour apporte à cet égard une précision importante sur ce qu'il y a lieu d'entendre par « tiers ». Pour la Cour, la notion de « tiers » est plus large que celle de créanciers ou de porteurs de titres des sociétés qui fusionnent, et recouvre les entités qui, à la date de la fusion, ne sont pas encore à qualifier de créanciers ou de porteurs d'autres titres, mais qui peuvent être ainsi qualifiés après cette fusion en raison de situations nées avant celle-ci (telles que la commission d'infractions au droit du travail qui ne sont constatées, par voie de décision, qu'après ladite fusion).

Au regard de cet objectif, l'État est donc également un tiers dont les intérêts doivent être protégés(18).

23. — La Cour précise également que la solution adoptée n'est pas contraire aux intérêts des créanciers et des actionnaires de la société absorbante car, d'une part, ceux-ci doivent avoir le droit d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette protection nécessaire (art. 13 de la directive) et, d'autre part, les actionnaires de la société absorbante peuvent être protégés par le biais d'un audit détaillé de la société absorbée et l'insertion de clauses de déclarations et garanties dans l'accord de fusion(19).

(16) Point 28 de l'arrêt annoté.

(17) Directive 78/855/CEE, considérants 3 et 6 : « la protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des États membres concernant les fusions de sociétés anonymes et qu'il convient d'introduire dans le droit de tous les États membres l'institution de la fusion » (considérant 3) ; « les créanciers, obligataires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés qui fusionnent doivent être protégés afin que la réalisation de la fusion ne leur porte pas préjudice » (considérant 6).

(18) Points 30 à 32 de l'arrêt annoté.

(19) Point 34 de l'arrêt annoté.

SECTION 2. — PORTÉE DE LA DÉCISION DE LA COUR

§ 1 *Effet pour les juridictions nationales de l'Union*

24. — Les décisions de la Cour de justice ont en principe autorité de chose interprétée⁽²⁰⁾ de sorte que les juridictions nationales des États membres devraient suivre l'interprétation donnée par la Cour dans le cadre de l'arrêt *MCH* de la notion de transmission universelle du patrimoine.

Si une juridiction nationale trouve toutefois l'interprétation donnée par la Cour insatisfaisante ou insuffisante, elle conserve la possibilité de saisir la Cour⁽²¹⁾.

§ 2 *Type d'opérations concernées*

25. — L'arrêt concerne le cas spécifique de la fusion par absorption.

On peut néanmoins se poser la question de savoir si la solution dégagée par la Cour peut être étendue à d'autres opérations de ce type.

26. — Nous avons vu que tant la Cour que l'avocat général se sont fondés, d'une part, sur l'effet de transmission universelle du patrimoine qu'entraîne la fusion et, d'autre part, sur la perte de la personnalité juridique de la société absorbée.

On peut, à notre avis, en déduire que les principes dégagés par cet arrêt peuvent s'appliquer à d'autres opérations similaires telles la fusion par constitution d'une nouvelle société (visée par les directives 78/855/CEE et 2011/35/UE), la scission par absorption ou encore à la scission par constitution de nouvelles sociétés.

En effet, comme la fusion par absorption, ces opérations entraînent le transfert universel du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante et la dissolution de l'absorbée. Par ailleurs, la direc-

(20) C.J.C.E., arrêt *Deutsche Telekom AG contre Lilli Schröder*, 10 février 2000, C-50/96, pt 43 ; H. LE NABASQUE, « Personnalité des délits et des peines et fusions. Portée de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2015 », *Bull. Joly Soc.*, 2015, p. 397 ; M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 379 et 453.

(21) M. WATHELET, *op. cit.*, n° 319, p. 379.

tive 82/891/CEE(22), qui harmonise la scission au niveau européen a, comme la directive 78/855/CE, pour objectif la protection des tiers et des associés(23).

§ 3 Amendes visées

27. — L'arrêt vise le cas d'amendes prononcées à charge de l'absorbante après la fusion pour des faits commis par l'absorbée avant la fusion.

A fortiori, la transmission universelle du patrimoine opérée par la fusion devrait également valoir pour des amendes prononcées avant la fusion à charge de l'absorbée. Il n'était en effet pas contesté dans le cadre de la procédure devant la Cour qu'une amende (dans son aspect pécuniaire) prononcée à l'encontre de la société absorbée avant la fusion doit être supportée par la société absorbante(24).

28. — En ce qui concerne le type d'amende englobé dans le transfert universel du patrimoine de la société absorbée, l'affaire soumise à la Cour portait sur une amende prononcée par une autorité administrative pour des infractions au droit du travail portugais.

Il transparait cependant de la décision de la Cour (et des conclusions de l'avocat général) que tout type d'amende est visé : qu'elle soit prononcée par une autorité administrative ou répressive (toute la matière pénale paraissant concernée), qu'elle résulte d'une contravention, d'un délit ou d'un crime(25).

29. — À notre avis, seules les amendes sont visées, à l'exclusion d'autres types de sanctions.

En effet, si les amendes sont évaluables en argent et revêtent un aspect patrimonial, d'autres sanctions non évaluables en argent et de type extrapatrimoniales ne doivent, à notre avis, pas être comprises dans le transfert. On aperçoit en effet mal que, par exemple, la sanction de dissolution, dont la société absorbée aurait pu faire l'objet, soit prononcée à l'encontre de la société

(22) Sixième directive du Conseil du 17 décembre 1982 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du Traité et concernant les scissions de sociétés anonymes (82/891/CEE, *J.O.* L 378 du 31 décembre 1982).

(23) Considérants n^{os} 3 et 6.

(24) Point 25 de l'arrêt annoté.

(25) En ce sens, H. LE NABASQUE, *op. cit.*, *Bull. Joly Soc.*, 2015, p. 399.

absorbante(26). Cette idée se retrouvait d'ailleurs en filigrane des conclusions de l'avocat général qui indiquent que « *ledit article [19 de la directive] vise donc clairement à couvrir toute dette possible, quelles qu'en soient l'origine et la nature de la responsabilité civile, pénale ou quasi pénale, pour autant qu'il s'agisse de la responsabilité de la société absorbée elle-même et qu'elle puisse se traduire dans une valeur monétaire* »(27).

CHAPITRE III. — SILENCE DE LA COUR SUR LE PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ DES PEINES

SECTION 1. — POSITION DE LA QUESTION

30. — Les principes dégagés par la Cour semblent clairs et logiques, au vu notamment de la continuité économique qu'implique la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée.

Cette solution ne fait toutefois pas forcément l'unanimité, en particulier en France où l'arrêt *MCH* a fait l'objet de nombreux commentaires. En effet, la transmission de sanctions pénales ou quasi-pénales dans le cadre de fusions ou d'opérations assimilées divise, depuis un certain temps déjà, la jurisprudence française au regard de la compatibilité d'une telle transmission avec le principe de la personnalité des peines.

Afin de mieux saisir la portée de ce principe ainsi que le lien qu'il est susceptible d'entretenir avec la décision rendue par la Cour, nous commencerons par en rappeler les fondements (Section 2) et tenterons de déterminer si la Cour aurait dû y faire référence (Section 3).

Nous examinerons ensuite la position du droit français sur ce point (Section 4).

(26) Pour une analyse en ce sens, H. LE NABASQUE, *op. cit.*, *Bull. Joly Soc.*, 2015, p. 395, note infrapaginale n° 38 ; F. BARRIÈRE, « Fusion-absorption et personnalité des peines », *La semaine juridique. Entreprises et affaires*, 2015, nos 8 et 11.

(27) Point 49 des conclusions de l'avocat général ; c'est nous qui soulignons.

SECTION 2. PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ DES PEINES

§ 1 Convention européenne des Droits de l'homme

31. — Le principe de la personnalité des peines est déduit par la Cour européenne des Droits de l'homme de l'article 6, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales(28).

Selon la Cour, « *cette règle [la personnalité des peines] est aussi requise par la présomption d'innocence consacrée à l'article 6 § 2 de la Convention. Hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit* »(29).

Précisons que la plupart des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme faisant application du principe de la personnalité des peines concernent des personnes physiques.

32. — Les garanties qui découlent de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme s'attachent en principe à toutes les sanctions relevant de la « matière pénale » et ce, nonobstant leur qualification en droit interne(30).

Il n'y a donc *a priori* pas de raisons pour que le principe de la personnalité des peines échappe à cette règle(31).

(28) « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

(29) C.E.D.H., *MP et TP c/ Suisse*, 29 août 1997, n° 71-1996-690-882, AP, § 48 (au sujet d'une amende fiscale de nature pénale infligée aux héritiers du défunt pour une fraude fiscale imputée à ce dernier) ; voyez également : C.E.D.H., *Silickiené c. Lituanie*, 10 avril 2012, § 51 ; C.E.D.H., *Vulakh c/ Russie*, 10 janvier 2012, § 34 ; C.E.D.H., *Succession Nitschke c. Suède*, 27 septembre 2007, § 52.

(30) E. WILLEMART, « Les sanctions administratives pénales », in *Actualités en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 101 et 120.

(31) C. BERTSCH, « Le pouvoir de sanction des autorités de contrôle des marchés financiers et des assurances », in *Les autorités de contrôle des marchés financiers, des assurances et de la concurrence, bilan et perspectives. Actes du colloque de Bruxelles, 25 mai 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 179, n° 23 ; voyez également en droit belge : « *Il résulte de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des garanties qui découlent des principes généraux du droit pénal, également applicables aux amendes administratives à caractère répressif prédominant, que les principes fondamentaux de la personnalité des peines et de la présomption d'innocence doivent être respectés* » : C. Const., arrêt n° 119/2009 du 16 juillet 2009, § B.6.3, concernant une amende infligée en vertu du Code des droits de succession ; C.E.D.H., *MP et TP* précité.

33. — La « matière pénale » englobe les sanctions qui répondent aux critères développés par la Cour européenne des Droits de l'homme (critères dit « Engel »)(32).

On distingue au sein de celle-ci plusieurs niveaux de protection.

Certains domaines relèvent ainsi du « noyau dur » (selon l'expression de la Cour) de la « matière pénale » et profitent de toutes les garanties du procès équitable tandis que pour les autres, qui n'en relèvent pas, toutes les garanties du procès équitable ne doivent pas être respectées de manière aussi rigoureuse(33).

34. — Ressortissent à cet égard au « noyau dur » du droit pénal les domaines qui relèvent de l'essence du droit pénal, à l'inverse des domaines auquel le champ pénal a été étendu.

Ainsi, ne relèvent en principe pas de l'essence du droit pénal : les contraventions administratives(34), les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire(35), les infractions douanières(36), les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence(37) et les amendes infligées par des juridictions financières(38).

Les amendes comme celle dont question dans l'arrêt *MCH* relèvent sans doute de cette dernière catégorie, l'avocat général les qualifiant expressément de « quasi-pénales ».

(32) Voyez à ce sujet notamment : C.E.D.H., *Hüseyin Turan c. Turquie*, 4 mars 2008 ; C.E.D.H., *Ieremeïov c. Roumanie* (n° 2), 24 novembre 2009 ; C.E.D.H., *Serqueï Zolotoukhine c. la Russie (GC)*, 10 février 2009, n° 53 ; C.E.D.H., *Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, Série A n° 73, § 52 ; C.E.D.H., *Engel c. Nedeland*, 8 juin 1976, § 82 ; T. BOMBOIS, D. DÉOM, « La définition de la sanction administrative », in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 102 à 128. E. WILLEMART, « Les sanctions administratives “pénales” », in *Actualités en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 101 ; A. LECOQ, « Le principe “non bis in idem” en droit financier. Vers un changement de paradigme ? », *D.B.F.*, 2013, p. 145.

(33) C.E.D.H., *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006, n° 43 ; C.E.D.H., *Janosevic c. Suède*, 21 mai 2003, n° 81 ; C.E.D.H., *Bendenoun c. France*, 24 février 1994, n° 46.

(34) C.E.D.H., *Öztürk c. Allemagne*, précité.

(35) C.E.D.H., *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A n° 80.

(36) C.E.D.H., *Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, série A n° 141-A.

(37) C.E.D.H., *Société Stenuit c. France*, 27 février 1992, série A n° 232-A.

(38) C.E.D.H., *Guisset c. France*, 26 septembre 2000, n° 33933/96.

§ 2 Charte des droits fondamentaux
de l'Union européenne

35. — Le principe de la personnalité des peines découle également des articles 47 à 50 de la Charte des droits fondamentaux des États de l'Union(39) et, en particulier, de son article 48(40) qui est libellé de façon similaire à l'article 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon M. PITTIE et P. HONORÉ, « *le principe de la personnalité des peines est un principe général du droit qui, en tant que tel, s'impose aux institutions de l'Union et revêt une valeur supérieure au droit dérivé de l'Union* »(41).

36. — Le domaine du droit de la concurrence de l'Union européenne, dont le sujet est l'entité économique (et pas la personne morale en tant que telle), est à cet égard particulièrement intéressant dans la mesure où la Cour de Justice et le Tribunal de l'Union y font une application spécifique du principe de la personnalité des peines(42).

En effet, la Cour de Justice admet la transmission de l'imputabilité de comportements infractionnels au nouvel exploitant d'une activité en cas notamment de restructuration au sein d'un groupe de sociétés s'il existe une continuité économique (présence des éléments humains et matériels ayant concouru à la commission de l'infraction au sein du nouvel exploitant de l'entreprise) avec l'auteur de l'infraction.

Ainsi, dans le cas de fusion par absorption, la société absorbante doit répondre des agissements anticoncurrentiels de l'absorbée dont elle est le successeur juridique. Selon la Cour de justice, la société absorbante est responsable du comportement infractionnel de la société absorbée du seul fait qu'elle assure, en tant

(39) H. LE NABASQUE, *op. cit.*, *Bull. Joly Soc.*, 2015, p. 396.

(40) « *Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

(41) M. PITTIE et P. HONORÉ, « Imputabilité des infractions et plafond légal des amendes en droit européen de la concurrence », *C.D.E.*, 2012, p. 109, n° 28.

(42) Voyez notamment : Trib. U.E., arrêt *RWE AG* du 11 juillet 2014, aff. T-543/08, pt 70 ; C.J.U.E., arrêt *SNI SpA*, 5 décembre 2013, aff. C-448/11 P, pts 22 et 23 ; M. WATHELET, concl. avant C.J.U.E., 18 décembre 2014, *Commission c/ Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin*, aff. C-434/13 P, pt 13 ; Trib. U.E., *Krupp Thyssen Stainless*, 13 décembre 2001, T-45/98, point 63 : « *une personne, physique ou morale, ne doit être sanctionnée que pour les faits qui lui sont individuellement reprochés* ».

que personne morale, la continuité juridique des droits et obligations de cette dernière(43).

37. — Cette imputabilité des infractions au droit de la concurrence dans le chef du successeur économique d'une personne morale (auteur de l'infraction) constitue manifestement des dérogations au principe de personnalité des peines.

Elle est justifiée par le juge de l'Union par une nécessaire adaptation de ces principes aux réalités économiques qui permettent de préserver l'effet utile des articles 101 et 102 du TFUE(44) et doit être interprétée de manière stricte(45).

SECTION 3. — RAISONS DU SILENCE DE LA COUR

38. — Malgré la force des textes dont il découle, ni la Cour, ni l'avocat général n'abordent le principe de la personnalité des peines dans l'arrêt annoté.

Il était cependant effleuré par la quatrième question préjudicielle posée par le tribunal du travail de Leiria qui, comme vu *supra* (n° 9) a été déclarée irrecevable par la Cour en raison des règles qui gouvernent sa compétence. En réalité, cette question portait sur l'interprétation d'un principe de droit portugais et ne relevait donc pas de la compétence de la Cour.

39. — On peut toutefois se demander si la Cour n'aurait pas pu se référer aux règles internationales qui consacrent (implicitement) le principe de la personnalité des peines. Ceci d'autant plus que la Cour de justice a déjà eu l'occasion de rappeler que lorsqu'elle est saisie à titre préjudiciel, elle doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation par la juridiction nationale, de la conformité de la réglementation en question avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect(46).

(43) C.J.U.E., arrêt *SNIA SpA / Commission*, 5 décembre 2013, aff. C-448/11 P, pt 26 ; J.-P. KOVAR, « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles et personnalité des peines », *Revue de l'Union européenne*, 2015, pp. 365-366.

(44) M. PITTIE et P. HONORÉ, *op. cit.*, *C.D.E.*, 2012, p. 109, n° 28 ; J.-P. KOVAR, « Sanction des pratiques anticoncurrentielles et personnalité des peines », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 368.

(45) M. PITTIE et P. HONORÉ, *op. cit.*, *C.D.E.*, 2012, p. 109, n° 28 ; Trib. UE, *Krump Thyssen Stainless*, 13 décembre 2001, T-45/98 et T-47/98, § 63.

(46) A. REYGROBELLET, « La fusion emporte transmission de la responsabilité contraventionnelle dans le patrimoine de la société absorbante : une clarification bienvenue de la CJUE », *R.L.D.A.*, 2015, p. 12, n° 17.

Certes, l'Union européenne n'est pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme(47) mais ce principe découle également du droit de l'Union et la Cour l'applique notamment dans le domaine du droit de la concurrence.

Nous sommes donc d'avis que la Cour aurait pu utilement s'y référer(48), quitte à s'en écarter comme le font parfois les juridictions de l'Union dans le domaine du droit de la concurrence. À défaut, elle laisse subsister un doute quant à la combinaison de la solution qu'elle préconise et le principe de personnalité des peines.

SECTION 4. — DROIT FRANÇAIS

40. — La compatibilité du principe de la personnalité des peines avec le transfert de la responsabilité pénale et quasi-pénale d'une société absorbée à une société absorbante a fait l'objet d'une jurisprudence et de développements importants en France notamment dans le cadre des sanctions infligées par l'Autorité des Marchés Financiers (ci-après, l'« AMF »).

41. — Les cours et tribunaux de France considèrent de manière générale que la responsabilité pénale et « para-pénale » n'est pas transmissible dans un processus de transmission universelle du patrimoine(49).

Ainsi, les juridictions de l'ordre judiciaire décident que les amendes infligées par l'AMF ne font pas partie du patrimoine passif de la société absorbée (que la sanction infligée revêt un caractère moral ou pécuniaire).

Plus précisément, la chambre commerciale de la Cour de cassation de France décide que « *le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions s'oppose à ce qu'en l'absence de dispositions dérogatoires expresses, des personnes physiques ou morales autres que l'auteur du manquement en cause, puissent se le voir imputer et faire l'objet de sanctions à caractère pénal* »(50).

La chambre criminelle de la Cour de cassation de France refuse également de faire supporter une amende à une société

(47) F. BARRIÈRE, *op. cit.*, p. 19, n° 12.

(48) En ce sens, A. REYGROBELLET, *op. cit.*, *R.L.D.A.*, 2015, p. 12, n° 17.

(49) A. COURET, *op. cit.*, *Bull. Joly Soc.*, 2014, p. 180, n° 1.

(50) Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 127.

absorbante en raison d'une infraction commise par la société absorbée(51).

42. — En revanche, le Conseil d'État de France adopte une conception plus restrictive du principe de la personnalité des peines en considérant que l'AMF est en droit d'infliger des sanctions pécuniaires à la société absorbante pour des infractions commises par la société absorbée. Elle ne pourrait par contre pas infliger de sanction morale telle des blâmes ou la publicité d'une condamnation. Le Conseil d'État considère en effet que « *le principe de la personnalité des peines ne faisait pas obstacle à ce que la commission des sanctions prononçât une sanction pécuniaire à l'égard de [la société absorbante]* »(52).

Selon certains auteurs français, la différence de traitement entre les peines pécuniaires et morales pourrait être justifiée par le fait que la créance pécuniaire est patrimoniale et donc transmissible alors qu'une sanction disciplinaire est extrapatrimoniale et donc non-incluse lors d'une transmission universelle du patrimoine(53).

Notons également que le Conseil d'État de France admet la transmission des pénalités fiscales(54).

43. — La solution retenue par la Cour dans l'arrêt *MCH* est fort proche de celle retenue par le Conseil d'État de France puisque ce dernier admet également le transfert des amendes nonobstant la disparition de la société ayant commis l'infraction à l'origine de l'amende.

Selon la doctrine française, l'arrêt *MCH* devrait donc impliquer que la Cour de cassation de France abandonne sa jurisprudence actuelle au profit sans doute d'une position plus proche de celle du Conseil d'État(55).

(51) Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 02-86.376, *Bull. crim.*, 2003, n° 189.

(52) C.E., 30 mai 2007, n° 293.423, *R.J.D.A.*, 02/08, n° 151 ; C.E., 17 décembre 2008, n° 316.000, *R.J.D.A.*, 04/09, n° 358.

(53) F. BARRIÈRE, *op. cit.*, in *La semaine juridique. Entreprises et affaires*, n° 21, 21 mai 2015, p. 18.

(54) A. COURET, *op. cit.*, *Bull. Joly Soc.*, 2014, p. 180, n° 1.

(55) F. BARRIÈRE, *op. cit.*, *La semaine juridique. Entreprises et affaires*, 2015, p. 19, n° 13 ; A. REYGOBELLET, *op. cit.*, *R.L.D.A.*, 2015, p. 15, n° 33 ; H. LE NABASQUE, *op. cit.*, *Bull. Joly Soc.*, 2015, pp. 395 et 400.

CHAPITRE IV. — INCIDENCE DE L'ARRÊT EN DROIT BELGE

SECTION 1. — POSITION DE LA QUESTION

44. — On peut, en droit belge comme en droit français, se poser la question de l'application de la solution de la Cour aux amendes administratives relevant de la matière pénale et aux amendes pénales au sens strict, en particulier au regard du principe de la personnalité des peines. Nous analysons cette question ci-dessous.

SECTION 2. — TRANSFERT DES AMENDES ADMINISTRATIVES RELEVANT DE LA MATIÈRE PÉNALE

45. — Les amendes infligées par des autorités administratives se multiplient en raison de la grande efficacité qu'elles présentent par rapport aux sanctions pénales classiques. Elles se rencontrent dans des domaines aussi variés que le droit social⁽⁵⁶⁾ (par ex., amendes infligées par le SPF Emploi en matière de respect des lois sociales), le droit fiscal, le droit de l'urbanisme (par ex. : infraction au code du logement de la région de Bruxelles-Capitale) ou encore le droit financier⁽⁵⁷⁾ (par ex. : amendes infligées par la FSMA en matière d'abus de marché).

46. — Si on applique la solution rendue par la Cour, il faut admettre le transfert de ces amendes administratives, fussent-elles à caractère pénal.

Nous avons toutefois vu que, appliqué strictement, le principe de la personnalité des peines, qui est élevé au rang de principe général de droit belge⁽⁵⁸⁾, est susceptible de s'opposer à pareil transfert bien qu'il ne doive pas être appliqué dans toute

(56) Voyez, concernant, de manière générale, la répression des infractions en droit pénal social par le biais d'amendes administratives, J.-M. DEMORCK, « Amendes administratives et droits de la défense », *J.L.M.B.*, 2004, p. 618 ; P.-P. VAN GEHUCHTEN, S. GILSON, « Les sanctions administratives en droit social : essai d'une typologie », in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 395 à 454 ; F. KÉFER, « La sanction répressive administrative : l'exemple du droit du travail », in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 463 à 481.

(57) Voyez à ce sujet notamment C. BERTSCH, « Le pouvoir de sanction des autorités de contrôle des marchés financiers et des assurances », in *Les autorités de contrôle des marchés financiers, des assurances et de la concurrence, bilan et perspectives. Actes du colloque de Bruxelles, 25 mai 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 153 à 218.

(58) « La peine ne peut atteindre une autre personne que l'auteur d'une infraction » (Cass., 23 mai 2012, R.G. n° P.12.0268.F, *Pas.*, 2012, I, n° 328, p. 1170) ;

sa rigueur pour les sanctions qui ne relèvent pas du cœur de la « matière pénale » (*supra* n^{os} 31. - *et sq.*)(59).

47. — À cet égard, la continuité économique de l'absorbée au sein de l'absorbante devrait à notre avis pouvoir justifier que cette dernière supporte les conséquences des comportements infractionnels commis par l'absorbée.

En effet, tous les moyens humains et matériels qui ont permis de commettre une infraction au niveau de l'absorbée subsistent au sein de l'absorbante, comme d'ailleurs le profit réalisé par l'infraction.

48. — Par ailleurs, selon certains, l'application du principe de la personnalité des peines en matière de transmission universelle n'est tout simplement pas justifié au regard du fondement originel de ce principe qui avait pour finalité essentielle de soustraire les héritiers à la répression pénale pour des faits commis par leur auteur.

Or, on ne peut assimiler purement et simplement la dissolution sans liquidation de la personne morale et le décès de la personne physique(60).

En effet, contrairement au décès d'une personne physique qui implique que son patrimoine soit liquidé, la perte de la personnalité juridique de la personne morale dans le cas d'une fusion résulte de la poursuite de l'entreprise de l'absorbée au sein de l'absorbante sans aucune liquidation de son patrimoine(61).

49. — Pour ces raisons, nous pensons que le principe de la personnalité des peines ne devrait pas faire obstacle au transfert

F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. Tome 1 : la loi pénale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, n^o 36, p. 37.

(59) Voyez une décision de la cour du travail de Liège selon laquelle « *L'amende administrative a le caractère d'une peine. Il en résulte qu'elle est personnelle. En cas de disparition de la personne morale auteur de l'infraction — en l'occurrence la Régie des Postes —, l'amende administrative ne se transforme pas en dette civile faisant partie du passif transmis à la nouvelle personne morale.* » : C.T. Liège (5^e ch.), 12 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 438.

(60) Voyez R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz, 2011, n^o 546, pp. 426-427 et les références citées.

(61) Les travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1993 modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 indiquent que « *l'entreprise de la société absorbée se poursuit sans solution de continuité dans la société absorbante, exactement comme lorsqu'une société adopte une forme juridique nouvelle* » : Projet de loi modifiant en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n^o 47-1214/1, Exposé des motifs, p. 4.

d'amendes administratives relevant de la matière pénale dans le cadre d'une fusion (que l'amende soit infligée avant la fusion ou après, pour des faits commis par l'absorbée avant la fusion).

Nos juridictions devraient donc adopter une position proche de celle adoptée par le Conseil d'État de France.

SECTION 3. — TRANSFERT DES AMENDES PÉNALES

50. — Les conséquences de la perte de la personnalité juridique de la personne morale sur la responsabilité pénale de cette dernière ont été précisées par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales(62).

Les travaux préparatoires de la loi précisent que, si certaines condamnations à l'encontre d'une personne morale dissoute n'ont plus de sens, l'obligation de payer une amende prononcée à la suite d'une condamnation intervenue avant la fusion ne s'éteint pas en raison de la perte de la personnalité juridique.

Il incombe aux liquidateurs de veiller à ce que cette obligation soit respectée(63).

A fortiori, cette solution s'applique en cas de fusion, la société absorbante devant à notre avis supporter le paiement de l'amende déjà prononcée.

51. — L'article 86 du Code pénal prévoit par ailleurs que « *la perte de la personnalité juridique de la personne morale condamnée n'éteint pas la peine* ».

52. — Il s'agit là toutefois de situations où l'amende a déjà été prononcée au moment de la dissolution.

Dès lors, afin d'empêcher la personne morale de recourir à la fusion ou à la scission pour échapper à une responsabilité pénale latente, le législateur a introduit, via l'article 20 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, un système ayant pour objectif d'éviter que les personnes morales « effacent » cette responsabilité latente par le biais de la fusion ou de la scission.

(62) Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Mon. b.*, 22 juin 1999, p. 23411.

(63) Projet de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. S. VERHERSTRAETEN, n° 49-2093/5, pp. 36-37.

L'article 20 du titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit ainsi que :

« L'action publique s'éteint par la mort de l'inculpé ou par la clôture de la liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

L'action publique pourra encore être exercée ultérieurement, si la mise en liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation a eu pour but d'échapper aux poursuites ou si la personne morale a été inculpée par le juge d'instruction conformément à l'article 61bis avant la perte de la personnalité juridique.

L'action civile peut être exercée contre l'inculpé et contre ses ayants droit ».

On constate cependant que, en dehors des hypothèses de fraude retenues par l'article 20, alinéa 2, du titre préliminaire du Code de procédure pénale (64), la nouvelle entité créée à la suite de la fusion n'est plus tenue, sur le plan pénal, des infractions éventuellement commises par cette dernière avant la fusion et ce, contrairement aux principes applicables à la responsabilité civile (65).

Dès lors, hors les cas de fraude, dans la mesure où il ne permet pas de faire supporter par la société absorbante une amende pénale pour des faits commis par la société absorbée, il faut à notre avis conclure que l'article 20, alinéa 1^{er}, du titre préliminaire du Code de procédure pénal n'est pas compatible avec la solution de la Cour dans l'arrêt *MCH*.

(64) Rappelons que la Cour constitutionnelle a considéré que l'article 20, alinéa 2, du titre préliminaire du Code de procédure pénale ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution lus isolément ou en combinaison avec l'article 6 CEDH en ce que cette disposition instaurerait une différence de traitement entre, d'une part, une personne physique décédée et, d'autre part, une société anonyme dissoute sans liquidation dans le cadre d'une opération de quasi-fusion telle que décrite à l'article 676 du Code des sociétés : C. Const., arrêt n° 2013/052 du 18 avril 2013.

(65) J. CASTIAUX, note sous Cour const., 18 avril 2013, n° 52/2013, *Rev. Dr. Pén. Entr.*, 2014, p. 94, n° 3.2 ; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 299, p. 467 ; P. HAMER et S. ROMANIELLO, « La responsabilité pénale des personnes morales : principes », in *Les sociétés bientôt punissables — Quel impact sur la vie des entreprises ?*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 35, n° 2.3.2.

53. — Notons qu'en ce qui concerne la compatibilité du transfert d'amendes pénales avec le principe de la personnalité des peines, et pour les raisons vues au point précédent (continuité de l'absorbée au sein de l'absorbante et différence entre le décès d'une personne physique et la dissolution sans liquidation d'une personne morale), nous sommes d'avis que ce principe ne devrait pas s'opposer à la transmission d'une amende pénale dans le cadre d'une fusion.

Cette solution est cependant incertaine dans la mesure où il s'agit de sanctions relevant du « noyau dur » de la matière pénale, les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme devant en principe s'appliquer dans toute leur rigueur.

54. — Rappelons également que, comme l'arrêt *MCH* ne vise pas expressément les amendes prononcées par des juridictions répressives, un doute peut subsister sur l'extension de la décision de la Cour à des amendes pénales, ce qui pourrait, le cas échéant, donner lieu à une nouvelle question préjudicielle.

CHAPITRE V. — CONCLUSION

55. — La Cour de justice apporte une précision intéressante au régime des fusions par absorption en décidant que la fusion par absorption entraîne la transmission à la société absorbante d'amendes pour des infractions commises par la société absorbée avant la fusion et infligées par décision définitive après la fusion.

56. — À notre avis, la solution retenue par la Cour relève d'une certaine logique dans la mesure où la fusion implique la continuité économique de l'absorbée au sein de l'absorbante. Dans d'autres domaines (en particulier, le droit de la concurrence), c'est d'ailleurs cette réalité économique de la fusion qui prend le dessus sur une vision stricte de la personnalité⁽⁶⁶⁾.

57. — Comme l'a fait remarquer la doctrine française, on peut néanmoins reprocher à l'arrêt *MCH* de ne pas s'être prononcé sur la compatibilité de pareille transmission avec le principe de la personnalité des peines.

(66) F. BARRIÈRE, *op. cit.*, in *La semaine juridique — entreprise et affaires*, n° 21, 21 mai 2015, p. 18.

À notre avis, le principe de la personnalité des peines ne devrait pas s'opposer au transfert d'une amende dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine d'une personne morale.

Toutefois, l'absence de référence à ce principe laisse planer le doute quant à sa combinaison avec la solution de la Cour.

THOMAS SELVAIS

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ LIBRE
DE BRUXELLES