

# Droit pénal des affaires

Memento Geneviève Judith Delage

Affaire Jupé, 2003 emplois fictifs de la mairie de Paris : emprisonnement avec sursis / Chirac, 2009 : abus de confiance et détournement de fonds publics.

Affaire Angolate : trafic d'armes et système de corruption, années 90, sommes énormes en jeu, une 40aine de prévenus : Pasqua, Mitterrand, Atali... Charles Pasqua a été condamné pour trafic d'influence, infraction qui a un lien fort avec l'incrimination de corruption, il a fait appel et a demandé la levée du secret défense, comme moyen de défense.

C'est l'étude du droit pénal dans les affaires, études des incriminations commises par des personnes, la plus part du temps au cours de leur vie professionnelle.

On évoquera la notion de droit pénal des affaires et son évolution.

## **I- La notion de droit pénal des affaires :**

Cette notion est une notion assez récente. Entre les deux guerres on parlait principalement de droit pénal financier. Ensuite, aux alentours de la seconde guerre mondiale évoque plus tôt la notion de droit commercial ou de droit pénal économique. Le premier ouvrage à utiliser la notion de droit pénal des affaires est écrit par Mme Delmas Marty et depuis c'est cette dénomination qui est utilisée par tous els auteurs car elle correspond à un champ plus large de recherche. Michel Véron parle du droit pénal des affaire se demande si c'est un mythe ou une réalité.

### **A - Les affaires:**

Le petit robert nous dit que ce sont les activités économiques notamment dans leurs conséquences commerciales et financières. On la retrouve dans de nombreuses expressions populaires. C'est un peu comme un monde à part, un monde important, un monde d'argent. Dumas disait : Les affaires c'est bien simple c'est l'argent des autres. Parfois on dit que les affaires c'est un monde de mensonge. Eva Joly, ancienne magistrate française, qui a instruit l'affaire elf, renchérit en disant que faute pour la société française d'avoir pensé l'argent, l'argent s'est mis à penser pour elle et la corruption s'est développée de manière assez impressionnante. Plus positivement c'est un monde d'investissement.

Les nombreuses expressions anecdotiques nous amènent à évoquer la morale des affaires des affaires et un affaire de morale.

La morale des affaires est un vieux discours, toute la culture classique se prête à ce discours. Aristote constate l'existence d'échanges commerciaux mais condamne la notion de prêts à intérêts. Pour Saint Thomas d'Acquin, faire du commerce c'est pêcher. Au XIXème siècle c'est l'épanouissement du capitalisme, c'est le règne des affaires. En dehors du domaine économique, on va la retrouver dans des pièces de théâtres, notamment L'auberge des attraits. Il y a aussi des ouvrages, toute la littérature de Zola.

L'Affaire de Panama, énorme scandale financier sous la troisième République, il s'agit de solliciter le public pour permettre la construction de ce canal. Beaucoup de cet argent va être utilisé pour soutenir des campagnes de presses, mais ça va échouer. Nouvelle tentative avec le soutien de parlementaires et de ministres. Ferdinand de Lesseps va mettre en place des emprunts. Et finalement la banqueroute est déclarée des centaines de milliers de souscripteurs sont ruinés. Ferdinand et son fils sont poursuivis pour abus de confiance et escroquerie et ne seront finalement pas condamnés à cause d'un vice de procédure. Au final, un seul Ministre sera condamné car il avait avoué avoir été acheté pour avoir influencer un certain nombre de projets.

Le XXème siècle c'est la crise économique de 1929, le Président Hoover a expliqué dans ses mémoires que la spéculation sans limite qui a mené à la crise de 1929 est pire que l'assassinat. Après la seconde Guerre mondiale, il y a eu d'autres affaires importantes, notamment dans le secteur immobilier qui a fait l'objet d'une réglementation importante, le cinéma dans les 70, 80, s'est emparé de ces questions, Wall Street, premier film porno sur l'argent, puis « révélation » de Mickael Man ou « L'ivresse du pouvoir » de Claude Chavrole. On a aussi des romans : toute la littérature de Denis Robert, journaliste qui a beaucoup travaillé sur ces questions là, il y a les ouvrages d'Eva Joly.

Une affaire de morale : c'est-à-dire la prise de conscience depuis 15 - 20 ans qu'il est nécessaire de mettre en place une éthique, une déontologie. Aux USA, le mouvement a débuté d'abord là-bas avec un enseignement dans les écoles qui forment des hommes d'affaires, le mouvement s'est poursuivi en France et pendant les années 2000, le mouvement s'est accentué, une volonté de réaffirmer une déontologie dans les affaires; de nombreuses Chartes de déontologie ont été rédigées et ont pour objectif de définir les devoirs d'un comportement professionnel, exigés pour les personnes physiques ou morales dans les relations avec les usagers, entre eux et pour la profession elle-même. Ces chartes sont d'origine parfois purement privée, parfois elles sont homologuées par l'Etat et parfois elles ont été créées par l'Etat, elles ont pour modèles les codes de déontologie créés par les ordres professionnels. Aujourd'hui, le législateur délègue à des professionnels

l'adoption d'un certain nombre de règles, l'exemple le plus récent est la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie par laquelle le législateur autorise le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures qui ont pour objet de prévoir la mise en place de ces codes de conduite. Cette loi vise deux domaines spécifiques : le domaine financier, la question des instruments financiers, mais aussi tout le domaine de l'épargne et de l'assurance sur la vie. Le législateur a délégué son pouvoir à l'exécutif pour prendre des ordonnances et le gouvernement français a pris une première ordonnance le 5 décembre 2008 dans les deux domaines précités. Donc on a un code de déontologie rédigé par le secteur professionnel puis homologué par l'exécutif. Le gouvernement prend un arrêté d'homologation et dès lors il vaut règlement, il a valeur normative contraignante. Des professionnels se sont émus de ce système car d'ordinaire, il est approuvé par décret en conseil d'Etat et pour apprécier la valeur de cette charte, le conseil peut recourir à un grand nombre de principes, or le comité d'homologation est constitué en majorité par des professionnels du secteur et des administratifs, il n'y a que deux parlementaires et un membre du CE, il convient d'attendre pour apprécier les effets liés à cette procédure et vérifier comment les AAI apprécieront l'application de ces règles déontologiques, pour le moment la question est pendante.

## **B - La délinquance d'affaire**

### 1 - La littérature criminologique :

La criminalité est apparue sous une terminologie qui a fait fortune : la criminalité en col blanc, au Québec on parle en collet blanc et en Italie en gant blanc. Cette terminologie a été utilisée par un homme politique britannique dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle 1872. Elle a ensuite été utilisée par Gabriel Tarde, théorie de l'imitation : il a posé le problème des rapports entre la criminalité et les professions. Un Américain, Edwin Sutherland a une conception qui se développe autour de trois domaines : le crime, son auteur et la société où il est commis. C'est l'acte d'une personne respectée, elle va violer une règle qui peut être professionnelle, cet acte va consister à exploiter la confiance, la crédulité des autres et cet acte est réalisé de façon ingénieuse, rusée, on parle de criminalité occulte, cachée. Ce concept de crime en col blanc est important pour Sutherland car il va permettre d'attirer l'attention sur certains points, notamment sur certains illégalismes, conduites antisociales qui jusqu'au début des années 30 n'étaient pas prises en compte par la criminalité traditionnelle, c'est un nouveau champ de recherche qu'il met en avant. Il explique que c'est une criminalité des classes aisées, il faut la distinguer de certaines criminalités segmentaires, c'est un acte générique qui s'intéresse à une certaine catégorie de personne, elle est portant relative aux activités professionnelles de ces criminels. Enfin, il insiste sur la gravité de cette criminalité, car elle est sournoise, elle peut provoquer des dommages importants, les victimes peuvent être nombreuses. Quant à

l'auteur de cette délinquance, il s'agit d'un citoyen au dessus de tout soupçon, c'est un personne concient de ce qu'il faut, il connait le caractère illégal ou illégitime de son acte, mais il ne s'estime pas délinquant, il est convaincu de la justesse de son acte. Il explique que le rationnel, le rentable l'emporte sur els aspects légaux du comportement. Enfin l'auteur de cet acte estime avoir un droit personnel à violer les lois, sa position sociale l'autorise à. La troisième élément étudié est la société. Il y a deux critères retenus apr l'auteru, l'état de la société au moment où le crime est commis puis la réaction de al société. Edwin Sutherland va reprendre les concepts mis en avant par Emil Durkeim qui a beaucoup étudier la notion d'anomie, c'est une société dans laquelle il n'y a quasiment pas de normes et pour lui, à notre époque il y aurait une distorsion assez forte entre les objectifs poursuivis et les moyens légaux pour y accéder. Objectifs : réussite sociale, argent... Moyens légaux : travail, héritage, investissements ..., mais ils sont tellement importants au nombre de personnes vont utiliser tous els moyens possible pour atteindre cet objectif et les moyens légaux ne sont pas suffisants, l'important est de gagner, peu importe les règles du jeu. Quant à la réaction de la société, Sutherland est assez pessimiste, il la qualifie de plusieurs manières. Il y a une certaine ignorance de cette criminalité en col blanc. Ensuite, une certaine indifférence à son égard, l'opinion public et les médias de l'époque s'en désintéressant. Ensuite, une sorte de crainte, si on met les entreprises en difficultés, que va-t-il se passer? Une crainte à ce que des poursuites entraînent un frein un dynamisme des entreprises, entravent la compétitivité. Mais également admiration pour l'argent, pour ces personnages qui osent qui réussissent qui sont audacieux. Il y a également une notion de solidarité entre les membres de la société et le criminel d'affaire, pour lui, il apparait dans notre société occidentale comme un homme comme un autre. Mais il appartient au groupe sociale, alors que les délinquants de droit commun seraient des êtres différents. La classe dominante met en place des mécanismes préférentiels pour traiter deux sortes d'illégalisme, ce sont des questions sur lesquelles reviendra Michel Fouqueau . Il y aurait deux formes d'illégalismes : des illégalismes des biens et des droit. La première accessible aux classes populaires, relève des tribunaux ordinaires, des châtiment répressifs, c'est la délinquance commune et ils relèvent du pénal. Deuxième catégorie, l'illégalisme des droits, plutôt l'idée de savoir contourner les lois, les règlements, elle serait réservée à la bourgeoisie, classe aisée qui a cette possibilité et elle va elle bénéficier de juridiction particulière et va bénéficier de procédure spéciale, procédure de la transaction, et plutôt sanctionner d'amende et très peu d'emprisonnement. Sutherland appartient à une littérature criminologique de combat, très engagée. Il voulait d'abords mettre en avant, en évidence la criminalité d'affaire, sa dangerosité, y compris pour la société et également l'injustice qui en découlait lié au traitement différentiel entre les différents criminels. Sutherland a ouvert la voie pour que les politiques prennent en considération ce type de délinquance.

Les infractions relatives à la criminalité d'affaire sont très diverses, il y a des infractions de droit commun.

Les condamnations dans ce domaine là représentent un peu moins de 5% de l'ensemble des condamnations pénales, elles coutent également 10 fois plus cher, car c'est souvent obscure, les recherches sont nombreuses, à prend du temps. Les condamnations concernent surtout l'escroquerie et également en droit du travail.

On sait que el chiffre noir est très important dans ce domaine là, beaucoup plus que le chiffre noir concernant la délinquance ordinaire. On retrouve des infraction cachées, occultes ..., des victimes qui sont absentes qui ne savent pas, une tolérance et puis des infractions qui ont une dimension internationale dans beaucoup de situations.

En droit pénal des affaire, le rôle des Administrations est très important, l'administration a en effet le pouvoir de transiger, d'éviter les poursuites judiciaires et on constate aussi asse peu de dénonciation de l'administration vers l'aspect judiciaire. Notamment, les douanes qui ont un devoir de conseil, également des services très pointus tels les organismes qui reçoivent des déclaration de clients, ce service a été pendant très longtemps assez peu en relation avec le système judiciaire, c'est préjudiciable à la justice et ça augmente le chiffre noir. En 1994, un magistrat expliquait qu'aucune instruction d'envergure n'était encore arrivé jusqu'au jugement devant un tribunal français. Ce n'est plus le cas, mais il y a c'est vrai un déficit. « On va à la chasse au rapaces, mais on ne ramène que des passereaux. »

### **C - Lien entre droit pénal et affaires**

Il y a à ce sujet plusieurs discussions qui ne sont pas complètement abouti. Il y a un premier débat su l'opportunité du droit pénal des affaires et un débat sur la spécialité du droit pénal des affaires.

Débat sur l'opportunité : deux questions se posent, est-il légitime de créer un droit pénal dans un secteur si important? Son efficacité?

Ceux qui la conteste : les milieux d'affaires en générale, selon eux il y a des logiques contradictoires entre le monde des affaires et celui des juges. Le premier demande de la rapidité, dans le deuxième il faut prendre du temps. La notion de temps ne correspond pas du tout. La philosophie non plus ne correspond pas. Un PDG d'une grande société française avait été interrogé comme témoins dans l'affaire ELF : il n'y a vraiment que els magistrats français pour ignorer que le capitalisme français s'est construit à coup de délit d'initiés. Le droit pénal freine le droit des affaires. Rippert disait qu'en affaire il fallait préférer la tolérance d'une habile immoralité à l'inquiétude d'une suspicion. Gavalda disait que le droit pénal est aux affaires ce que la chirurgie est à la médecine : l'aveu de l'insuffisance de sa technique.

Sont convaincus les juristes et les membres de l'administration.  
1<sup>er</sup> argument : ne tout domaine il convient de fixer des limites à la liberté de chacun, limiter la liberté du professionnel lorsqu'il y atteinte de la personne

en situation de faiblesse et limitation à la liberté au regard de l'intérêt général puisque dans certaines hypothèses les finances de l'Etat peuvent être touchées.

2<sup>ème</sup> argument : question d'égalité entre les citoyens devant la répression, principe de confiance, principe de crédibilité de ce droit des affaires qui comme les autres a ses brebis galeuses. Fouqueau explique que c'est une technique tout à fait malsaine de rompre le principe d'égalité entre les citoyens.

3<sup>ème</sup> : évoquer un paradoxe puisque le droit pénal des affaires ne serait pas un droit de répression, il s'agirait de prévenir le crime et de rendre la règle pénale symbolique. L'aspect symbolique dans le sens où le droit pénal contribuerait à faire évoluer les mentalités. Certains expliquent que le capitalisme a pu évoluer grâce à l'existence d'un certain droit pénal, il a pu se civiliser.

On va admettre qu'il est légitime.

Est-il effectif, efficace en droit des affaires? Il y a de nombreuses querelles, querelles non seulement doctrinales, qui se retrouvent devant le Parlement ou au prétoire.

Les partisans de l'efficacité : le droit pénal viendrait suppléer des droits spécialisés car ils sont incapables de s'assumer seuls et finalement si l'on accepte cette doctrine on peut dire que le droit pénal deviendrait le meilleur protecteur du droit des affaires, principalement en raison des principes que la chambre criminelle doit appliquer, notamment le principe de la légalité et de l'interprétation stricte de la loi pénale. Si l'on compare la jurisprudence de la chambre sociale et celle de la chambre criminelle ce principe est d'avantage ancrée dans la jurisprudence criminelle, la chambre sociale fonctionne sur un modèle beaucoup plus casuistique. La chambre criminelle doit interpréter strictement le texte quand il existe et l'appliquer. Quand la chambre criminelle interprète le texte, elle doit le faire en tenant compte de la volonté du législateur. La chambre sociale peut s'écarter un peu plus de la loi, elle peut renoncer à certaines dispositions législatives, il y a une sorte de sécurité en pénal qui n'existe pas en civil, cette position est celle de Mme Judith Delage.

Les adversaires vont mettre en avant le risque de banalisation du droit pénal. Pour eux, si on se sert mal du droit pénal, il s'use beaucoup. Pour eux, il y a beaucoup trop de droit pénal dans la vie des affaires. L'Etat de façon générale crée beaucoup trop d'infraction, donc on ne les voit plus, on ne les dénonce plus on ne les punit plus. On s'habitue à avoir un droit pénal qui n'est pas utilisé dans toute son amplitude. En pratique cette idée de dépénaliser le droit des affaires existe depuis longtemps. Il y a d'une part la loi du 25 janvier 85 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises qui a dépénalisé notamment les cas de banqueroute. Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 86 qui a éliminé des incriminations, en transformant certaines en contravention. Elle a supprimé le délit d'entente, elle l'a transformé en manquement au droit de la concurrence et a fait glisser l'acte

interdit de façon administrative et c'est donc le Conseil de la concurrence qui devient compétent pour traiter de ces questions. Dans ces années là on va créer de nombreuses AAI, dans les années 80, elles ont un pouvoir important parallèle au pouvoir judiciaire. Rapport Coulon : c'est le président de la république qui à la fin de l'année 2007 a demandé à ce magistrat de réfléchir sur la dépénalisation du droit des affaires. L'objectif affiché correspond aux positions prises par les adversaires de la pénalisation : la surpénalisation entraîne l'insécurité juridique et freine l'initiative d'entreprise. Il est vrai qu'une infraction non utilisée devrait disparaître, elle n'a aucun intérêt. Le rapport Coulon a été remis à la présidence le 20 février 2008 et on y fait un certain nombre de propositions. Mais finalement ça ne change pas beaucoup les choses. On souhaite articuler de façon plus harmonieuse les pouvoirs qui existent au sein des AAI avec les pouvoirs du juge. On veut modifier les règles de la prescription. Le point de départ a été considéré dans de nombreuses affaires comme le jour de la découverte de l'infraction : c'est une pirouette jurisprudentielle, normalement c'est 3 ans à compter des faits. Cette règle est contra legem et crée de l'insécurité, donc le rapport souhaite que l'on revienne au principe de départ : point de départ = commission des faits. Le rapport propose d'augmenter le délai de prescription. Il propose de créer une action de groupe, permettre à l'ensemble des citoyens d'engager une action même s'ils ne sont pas dans une association.

Deuxième débat : sur la spécialité du droit pénal.

Le droit pénal des affaires est un droit spécial car il a des liens spécifiques avec le droit commun, c'est un droit spécialisé.

Un droit spécial : les influences entre ce droit et le DP commun sont importantes. 1<sup>ère</sup> raison : les incriminations traditionnelles : vol, escroquerie, abus de confiance s'appliquent aussi au droit des affaires. Les infractions traditionnelles vont servir de modèle pour créer des infractions spécifiques, c'est le cas de l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux, c'est le cas de l'escroquerie à l'origine de la publicité mensongère. C'est plutôt le droit pénal des affaires qui a influencé le droit spécial commun. C'est l'originalité qui a rejailli sur le droit pénal spécial.

Un droit pénal spécialisé du point de vue de l'auteur. Un délit de professionnels, d'initiés qui agissent dans le cadre de leur activité. Il est spécialisé du point de vue du cadre, du contexte de la commission de l'infraction. Il y a les infractions qui ont un rapport nécessaire avec l'entreprise, il y a la législation du travail..., il y a une deuxième catégorie qui ont un rapport occasionnel avec l'entreprise qui va faciliter la commission de l'infraction.

## **II - Evolution du DP des affaires :**

Robert Vouin disait déjà en 1970 « les affaires de droit pénal ne se sont jamais ignorées ».

On évoquera les prémisses de cette rencontre, puis la consécration de ce DPA, puis on s'intéressera aux sources essentielles.

## **A- Les prémices :**

En Italie, au XIV<sup>ème</sup> siècle, il y a quelques textes qui sont applicables autour des grands lacs concernant les pêcheurs et les bouchers. Pendant le Carem, le poisson est très demandé et l'offre et la demande sont déséquilibrés. La réglementation va essayer de rééquilibrer : pas de vente cachée, ils doivent vendre sur les places et les marchés + obligation de vendre à prix fixe, obligation de vendre aux concitoyens italiens avant les étrangers + prohibition du refus de vente. Les bouchers doivent posséder une balance exacte et marquée. Il est interdit de gonfler les bêtes d'air, l'abattage et le dépeçage doit se faire sous contrôle du public, on ne peut vendre des bêtes malades et il est interdit de vendre sous une fausse appellation.

En France, le premier secteur des affaires touchés par le droit pénal est le secteur des impôts. Au XV<sup>ème</sup> siècle, les cives fermières fraudaient le fisc et des enquêtes ont été ordonnées. La première enquête mise en œuvre par Charles VII, il s'agit de fermiers généraux qui vont détourner de l'argent. Plus tard, à peu près à la même époque, Louis XI va ordonner une enquête de grande envergure, condamnation. Un siècle plus tard, on intègre le crime de Péculation, il s'agit de commettre un vol de deniers publics par ceux qui en ont l'administration et le maniement. Sanction : confiscation des biens de la personne. Jean Pinnet, receveur général des impôts, pendu en 1866 pour avoir commis ce crime de péculation. L'hôtel Pinnet va être confisqué par l'Etat, vendu au grand séminaire et c'est aujourd'hui le siège de la présidence de l'université.

Cet ensemble législatif va être codifié par l'ordonnance de 1681.

La fondamentale est la loi du 28 avril 1816, loi fiscale.

Le deuxième secteur touché est celui des produits alimentaires. Il y a un embryon ancien du droit pénal de la consommation. L'idée est de faire respecter la loyauté des transactions et d'être attentif à la sécurité publique. Au XV<sup>ème</sup> siècle les sanctions sont sévères : le pilori.

La loi fondamentale est celle du premier août 1905 sur la répression des fraudes dans les ventes de marchandises et de falsification des denrées alimentaires et des denrées agricoles. Elle a été intégrée dans le code de la consommation par une loi du 26 juillet 93.

Troisième secteur : le domaine des ventes. L'objectif est d'organiser un certain ordre économique et sociale, maintenir la paix sociale, réglementer tout le processus de vente. Au XVIII<sup>ème</sup> siècle on va prohiber la technique de l'accaparement, il s'agissait de bloquer les ventes, stocker les marchandises pour faire augmenter les prix et vendre au prix fort. Au XIX<sup>ème</sup> siècle on voit surgir une réglementation dirigiste en matière de prix, de modalités de vente...

Quatrième domaine : le droit douanier. Il est très marqué par ses



origines sous l'ancien régime. Le droit douanier actuel a été codifié par les ordonnances royales au XVIIIème siècle. Le droit douanier a évolué de façon constante, y compris pendant la révolution française. C'est en 48 que le code des douanes françaises va être refondu et le dernier changement notable est lié à la mise en place d'un code des douanes communautaires depuis 1992.

Le droit pénal des affaires a été mobilisé par deux grandes catégories d'intérêts, les intérêts particuliers et l'intérêt général, cad les intérêts de l'Etat et tout ce qui touche à son budget. Pour tenter d'associer ces deux intérêts, on met en place une protection de l'individu et des marchés qui se développe au début du XIXème siècle, époque pendant laquelle l'Etat ne doit intervenir que dans les cas extrêmes où les opérateurs économiques ne peuvent réguler seul les marchés. C'est le principe de liberté. C'est la logique du laisser faire, laisser passer. Le droit pénal existe à minima, c'est un droit pénal butoir, au service d'un OP minimum.

## **B- La consécration d'un Droit pénal des affaires :**

Elle est évidente au début du XXème siècle. C'est entre les deux guerre que le droit pénal est confirmé. Il faut évoquer les motifs de cette consécration et ses conséquences.

La date à retenir est 1935. Motifs de 3 ordre :  
Les concepts économiques ont changé, à partir de 35 on se rend compte que l'intervention de l'Etat est utile.

La crise économique de 1929 qui rend nécessaire la protection de certaines activités commerciales, industrielles et agricoles dès lors que des formes de concurrence dangereuses ont été mises en place dans les années.  
Organisation de certains marché : blé, vin, viande... pour permettre aux français d'avoir un minimum de produits disponibles. On va créer un comité de surveillance des prix permettant de réprimer les hausses excessives et injustifiées des prix. C'est un loi de 36.

Quelques célèbres affaires financières qui vont devenir des scandales dont l'affaire Stavisky : il va crée un établissement financier dans le sud de la France qui va émettre des bons caisses et il va y avoir des détournements d'argent importants, en 34 500 millions de francs s'envolent. Ces détournements de fonds avaient été tacitement acceptés par quelques politiques et notamment le député maire de Bayonne. Stavyski avait également des amitiés avec la presse, le pouvoir judiciaire ce qui ralentie la procédure. Le scandale éclate. Stavyski avait rémunéré ces services. Il s'enfuit et est retrouvé suicidé.

Conséquences : le législateur va adopter un certain nombre de textes très importants à partir des années 30.

Quatre lois qui ont modifié le paysage.

Décret-loi, 8 aout 35 qui crée 3 niveaux délits en droit des sociétés :  
présentation inexacte de comptes sociaux, abus de biens sociaux ou de

crédit, l'abus de pouvoir ou des voix. Par cette loi, l'usure devient un délit simple non plus d'habitude, donc plus sévèrement réprimé.

2 juin 45, 2 grandes ordonnances par lesquelles on voit apparaître la notion de droit pénal économique. La première s'intéresse à la réglementation des prix. La deuxième s'intéresse plutôt aux questions de concurrence, relative à la contestation, poursuite et répression des infractions à la législation économique. Apparaît une police spécialisée et qui a un pouvoir d'enquête au près d'entreprises suspectées de malversation, ex : pouvoir de visite ou communication de dossier de l'entreprise. C'est une police administrative qui a un rôle très important. La responsabilité pénale tant que dirigeant de l'entreprise. Ces deux ordonnances ont été abrogées et remplacées par une ordonnance intégrée dans le code de commerce en 2009.

L'ordonnance du 28 septembre 1967, on est dans le domaine boursier et on va créer une autorité particulière, la commission des opérations de bourse, COB, elle a un rôle de régulation du secteur, de surveillance des opérations de bourses et parallèlement on va créer un nouveau délit d'exploitation abusive d'informations privilégiées, nommé couramment par l'expression délit d'initié. Par cette ordonnance on veut surtout que soit respectée l'égalité entre opérateurs boursiers et transparence dans la circulation d'information, pour que tous est l'information utile pour pronostiquer et aller plus loin dans leur activité. Dans le domaine boursier, domaine où l'opacité est importante, certains opérateurs peuvent être mieux placés que d'autres pour avoir les informations utiles. Le délit va exister à partir du moment où on utilise les informations connues dans les conditions de non concurrence.

Loi du 4 août 75 qui introduit dans le CPP un nouveau titre « de la poursuite et du jugement des infractions en matière économique et financière. ». On voit apparaître des magistrats instructeurs spécialisés, des juridictions spécialisées...

C'est donc un droit pénal multiforme qui a été prolongé par des conventions internationales. Jusqu'aux années 70, quasiment aucune convention ne s'intéressait à ce domaine. Convention d'assistance mutuelle administrative, très souvent bilatérale, parfois multilatérale, c'est par exemple la convention de Nairobi du 9 juin 77, convention ONU, qui permet aux autorités douanières de se coordonner afin de prévenir, rechercher et réprimer les infractions douanières. Au sein de l'Union Européenne, une directive du 17 décembre 77, relative à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs. Au sein du Conseil de l'Europe, une simple recommandation demandant aux États de réprimer tout ce qui touche à la protection de l'environnement, au domaine informatique et à la protection des travailleurs.

### **C- Les textes essentiels :**

## 1- En droit interne:

### *a- Le code pénal :*

Pour comprendre le contenu du code pénal, il faut faire 2 observations sur ce qui existait avant 94. Ce qui manque le plus avant 94 c'est la responsabilité pénale des personnes morales. Avant 1994, les choses avaient évolué, une évolution certaine depuis 1806 pour prendre en compte notamment la responsabilité des chefs d'entreprises. La responsabilité va devenir d'ailleurs quasiment automatique quand une faute est commise par leurs subordonnés. Le principe était quand même l'irresponsabilité des pénale pour les fautes commises par d'autres.

Très peu d'infractions sont prévues par le Code. On trouve le faux en écriture. On trouve la corruption des fonctionnaires publics et des employés des entreprises privées. En dehors de ces deux infraction spécifiques et pointues, on retrouve dans un même section des infractions d'escroquerie et de banqueroute et autres espèces de fraudes : abus de confiance, entrave à al liberté des enchères... infractions très différentes les unes des autres et donnant à l'ensemble une image assez peu cadrée. Il s'agit la plus part du temps d'ecrimes contre des particuliers, on souhaite réprimer les tricheurs et protéger les consommateur au moment où ils achètent. Tout le processus d'évolution du droit des affaires s'est fait hors du code pénal. On a mla loi du 24 juillet 66 sur les sociétés commerciales qui va être longtemps la base de la répression en droit des sociétés et la loi de 85 sur la liquidation et le redressement des entreprises. Le Code pénal de 94 va mettre en place la responsabilité pénale des personnes morales, personnalité érigée en principe, article 182 du CP : Toute personne morale peut être poursuivie + Principe de la généralité, cad que la personne morale peut être poursuivie quelque soit l'infraction visées par le code + le cumul de responsabilité entre la personne physique et la personne morale.

Relativement aux incrimination, il y a d'un point de vu formel des glissements ou des disparition d'infraction. On relève trois mouvements relatifs aux incriminations. Premier mouvement : il y a des incriminations qui étaient insérées dans le code pénale et qui vont changer de place dans le code pénal. Avant 94, les infraction contre l'Etat, la paix public...étaient au début du code, aujourd'hui le livre IV est celui qui s'intéresse à ce type d'infraction, ex le faux en écriture, de même pour els infractions de corruption. Deuxième mouvement : les incriminations vont quitter le code pénal pour intégrer un autre texte. Ex : infraction de provocation de la hausse ou de la baisse artificiel du prix des denrées ou marchandises. Cette incrimination est contenue dans l'ordonnance de 45 mais qui décide de l'insérer dans le code pénal. Par l'ordonnance de 86, le texte va être extrait du code pénal car porte sur la concurrence, mais l'inconvénient est que cette ordonnance est relative à la dépénalisation et s'y retrouve un texte réprimant ce comportement. Cette incrimination, par l'ordonnance du 18 septembre 2000 va être intégré dans le code de commerce.

L'infraction de banqueroute : c'est une infraction générique qui consiste à continuer à gérer une entreprise en faisant croire que tout va bien alors que tout va mal. Dans le code de 1810, la banqueroute était intégré dans plusieurs articles, la loi de 85 va récupérer ces textes et depuis l'ordonnance du 18 septembre 2000, les textes sur la banqueroute appartiennent au code de commerce. C'est une infraction qui existe depuis longtemps, elle remonte au MA, c'était une infraction criminelle. C'est finalement simplement au Xxème siècle que les choses vont un peu changer, l'infraction pénale va être différencié de l'infraction de cessation de paiement. A partir du Xxèmes siècle une distingue une situation civile commerciale / pénale. En 68, l'infraction de banqueroute est commercialisée et avec la loi de 85, les comportements sont pour la plus part d'entre eux dépénalisés sauf l'hypothèse de la fraude, il faut apporter la preuve d'un dole particulièrement spécial. Par cette loi on va simplifier l'infraction, on retient simplement les cas les plus graves de banqueroute, les cas manifestement intentionnels. Donc 5 cas :

le maintien artificiel d'une entreprise défaillante : le dirigeant veut retarder l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire et va utiliser certains procédés, par exemple avoir recours à des prêts bancaires, multiplier les actions ;

détournement ou dissimulation d'actif, hypothèse d'un opérateur qui va disposer d'un bien alors qu'il est en gage ou constitue une sureté ;

augmentation frauduleuse du passif

Comptabilité fictive dissimulée

Comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière.

A propos de l'auteur, il s'agit de personnes physiques ou morales. Concernant la personne physique toute personne commerçant, agriculteur ou immatriculé au registre des métiers. La condition préalable qui doit être respectée: le tribunal correctionnel pour condamner sur le fondement de la banqueroute doit avoir constaté qu'une procédure de liquidation judiciaire a été préalablement ouverte et donc qu'il y a eu une cessation de paiement. Sanction : 5 ans d'emprisonnement et la tentative n'est pas punissable.

Mouvement de dépénalisation : le rapport Coulon. Mais il existe déjà des textes qui n'existent plus, supprimés par le législateur au fil des lois. D'abord, le délit de fournisseur des forces armées, il s'agissait de protéger l'institution militaire, fait en sorte qu'elle soit toujours approvisionnée. Il y avait aussi l'infraction de violation des règlement d'administration public relatif aux produits manufacturés exportés, le soucis était que la France ne soit pas en manque de ces produits. L'infraction d'embauchage d'ouvrier étrangers en vue de luire à l'administration française. Les lois qui sont en cours doivent continuer le toilettage.

Bilan : l'objectif de cohérence qui était mené avec le nouveau code pénal est globalement atteint, exclusivement pour ce qui est inscrit dans le code pénal.

Le code de 94 n'a que très peu pris en compte le droit pénal hors code. L'accès matériel à ces textes est encore assez difficile. Du point de vue du caractère répressif ou non du code pénal. Le code pénal de 94 est autant répressif que l'ancien, sinon plus. Ce qui est le plus critiquable c'est que le législateur n'a pas mis en place de principe directeur pour pénaliser ou dépenaliser, essayer de trouver un fil conducteur dans le droit pénal des affaires pour déterminer ce qu'il faut réprimer et ce qu'il ne faut pas réprimer. Le législateur n'a pas joué son rôle de mettre en place un code pilote. Cela aurait permis au législateur de s'appuyer dessus et de travailler plus vite dans les années 2009 quand il a travaillé sur le code de commerce... En ce qui concerne les autres codes, il y a eu à la fin des années 90 un grand projet de codification à droit constant des différentes lois. Le code de commerce est à nouveau codifié. C'est une codification à droit constant. A propos de l'élément matériel on s'est fondé sur le code pénal pour le définir. Cette modification rédactionnelle a suscité quelques interrogations. Avant la modification de ces textes, la jurisprudence de la chambre criminelle considérait que certaines abstention était constitutif d'abus de biens sociaux. L'abus de pouvoir par le président de la société était constitutif de l'infraction, il s'avait qu'en ne faisant rien il a produire telles conséquences. La nouvelle rédaction oblige le juge à qualifier els faits en une action et non en une abstention ou omission et ce par application des textes. La jurisprudence a considéré que el fait de ne pas utiliser ses pouvoirs constituait en soi un abus de pouvoir. Elle va avoir une motivation particulière qui lui permet de conserver sa jurisprudence ancienne.

A propos de l'élément moral, le code pénal de 94 a supprimé la catégorie des délits matériels cad pour lesquels l'intention est inutile à rapporter. Le fait de ne pas avoir respecter une prescription entraînait automatiquement l'intention du délinquant à ne pas observer la règle, la fraude était avérée. Pour éviter cela le code pénal a prévu un article 121-3 qui pose les règles générales relativement à la faute, à l'élément moral de l'infraction. La preuve de l'intention est le principe pour tout juge. Le texte prévoit un certain nombre d'exceptions en matière délictuelle. En lien avec cet article, en droit des affaires, lors de la codification à droit constant, on a supprimé les adverbess contenus dans lestextes puisque finalement l'idée est qu'il faut apporter la preuve de l'intention sauf exception prévue par un texte. Les rédacteurs ont considéré que ces adverbess étaient surabondant. Est-ce que cela signifie que le code pénal est un code pilote des codes de commerce et monétaire et financier par rapport à l'élément moral. Quoiqu'il en soi la suppression des adverbess a parfois provoquée une rédaction inverse à celle qui était voulu. L'harmonisation, le toilettage des textes n'a pas été totale. D'autres expressions demeurent. L'adverbe frauduleusement a été conservé, mais à juste titre car c'est plus que al volonté de. On a conservé la notion de MF ou l'adverbe volontairement.

La codification à droit constant a posé un certain nombre de difficultés y compris en dehors du droit pénal non envisagées par le législateur.

## 2- En droit international :

Multiplications des textes au sein l'ONU, Conseil de l'Europe et de l'union européenne. Ces textes contraignants ont eu pour origine des textes qui ne le sont pas. A la fin des années 80, un nombre important.

Domaine du blanchiment et des stupéfiants :

Convention de décembre 88

Convention du 8 novembre 90 du Conseil de l'Europe : ne pas limité le domaine du blanchiment d'argent aux stupéfiants.

Directive de 91, modifiée une première fois en 2001, puis en 2005 et une troisième fois en 2008.

Protection des intérêts financiers de la communauté : Convention PIF de 95, 96 et 97 qui exigent des Etats qu'ils incriminent tout comportement à l'origine d'une fraude au budget de l'union. Dans le domaine des marchés financiers, deux conventions de 89 Conseil de l'Europe sur les opérations des initiés, une directive européenne de 2003, sur le opération initiés et les manipulations de marché.

Domaine de la corruption qui a fait l'objet de convention ONU 2003, OCDE 97, au sein du conseil d l'Europe, 3 conventions de 99 et de 2003 relatives au domaines pénal ou civil. Union européenne, une convention en 97 et une décision cadre en 2003.

# **Partie I : Des règles du droit répressif appliqué aux affaires**

## **Chapitre I : Droit pénal général : dispositions générales du droit péanl appliqué au droit des affaires.**

Ces incriminations possèdent des caractéristiques communes à toutes.

### **Section I: Infractions**

#### **I- Le préalable légal**

Le principe de la légalité joue de façon très stricte. Article 11-3 du CP. De nombreuses questions sont soulevées en droit pénal des affaires :

détermination du texte applicable au regard de sa rédaction, il faut s'intéresser au contenu des textes et aux relations qu'ils entretiennent entre eux ; la date d'entrée en vigueur du texte, problème d'application de la loi dans le temps, principe de la rétroactivité in mitius, on considérerait que ce principe ne devait pas être appliqué au regard des enjeux économiques.

### **A- Le principe de textualité:**

Sur cette question il y a une question qui relève principalement du droit interne, la rédaction du texte pénal et la question des incidences du droit de l'union européenne sur le droit pénal des affaires.

#### 1- La rédaction du texte interne :

Il y a contradiction entre nécessité d'un justice efficace et la nécessité de l'efficacité des affaires. C'est une exigence à l'égard du législateur de rédiger des textes qui sont complets : le comportement interdit, la sanction de ce comportement. La question de l'accessibilité à la règle doit se faire dans les meilleures conditions. Le droit pénal des affaires s'écarte de ces exigences par l'utilisation de 2 techniques : l'incrimination de type ouvert, qui fait que les lois pénales sont vagues sont floues et la technique du renvoi qui a pour conséquences des lois pénales vides.

##### *a- Incrimination de type ouvert :*

Le législateur se refuse à déterminer les contours de l'infraction. Il s'agit plutôt d'un vase, un entonnoir. Ce type d'incrimination n'est pas spécifique au droit pénal, mais le droit pénal compte beaucoup beaucoup de ce genre d'incrimination; Conséquences : on ne sait plus ce qui interdit, il faut attendre l'appréciation du juge. Le délit de falsification est prévu à l'article L212-3 : seront punis ceux qui auront falsifié. Le législateur aurait pu être plus explicite. Il y a de nombreux cas dans les quels la question ne se pose pas. Cas du mouillage du lait, le coupage du vin. Dans les années 90, le législateur avait une jurisprudence assez curieuse rendue dans le traitement du vin : le traitement devait être effectué par un technicien, dans l'affaire, le négociant avait traité bien avec le bon produit, mais l'a fias lui-même, la procédure n'est pas suivi à la lettre. Juge : il y a falsification car les conditions règlementaires n'ont pas été respectée. Interprétation large et un peu abusive de la falsification. A partir de cette jurisprudence, la chambre criminelle a continué à considérer que le non respect d'une règle administrative est une falsification.

##### *b- Incrimination par renvoie:*

Cette technique est tout à fait différente de la précédente, elle consiste à morceler la règle pénale, cad que la définition du comportement est dans

un texte et la sanction du comportement dans un autre texte. C'est le morcellement de la règle pénale. Cette technique oblige le lecteur à effectuer une recherche qui n'est pas toujours simple.

Ex qui n'utilise pas cette technique : le faux en écriture. Dans cet article là, on a deux alinéas, le premier définit le faux, il s'agit de l'altération de la vérité causant un préjudice et accompli par n'importe quel moyen. Dans le même texte on a de suite la sanction qui est associée aux textes. Il n'est pas toujours possible de pratiquer ainsi et la méthode qui permettrait au législateur d'être au plus proche du principe serait de faire un copier coller des textes auxquels ils renvoient.

Plutôt que de faire un simple renvoi, cette disposition en matière de concurrence reproduit les articles auxquels L442-1 nous renvoi.

Il ya de nombreuses exceptions qui sont constitutives de la violation du principe de la légalité dans le sens de l'accessibilité de la règle de droit.

Il y a deux catégories : le renvoi interne : externe.

Renvoi interne : césure entre le texte qui incrimine et celui qui précise la sanction encourue. On a deux disposition différentes mais qui appartiennent à la même loi ou même règlement. Parfois on ne sait pas.

Vol = soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Il aurait pu être aisé d'indiquer à la suite la sanction.

Banqueroute : 3 articles : personnes responsables, actes interdits, sanction.

Renvoi externe : Ce mécanisme va obliger à rechercher ailleurs que dans la loi que l'on lit, par exemple le quantum de la sanction et ce ailleurs peut être divers, il peut être national mais aussi international. Renvoi dans une autre loi; à un décret d'application, le principe de la légalité est ici encore un peu plus attaqué, la loi va donner une sorte de chèque en blanc à l'exécutif qui travail après le législateur. Il est difficile de remédier à ça dans els système français. Quand le texte de renvoie est un texte international, il y a de ce point de vu là deux grandes catégories de textes internationaux, la convention classique ou des textes de droit dérivé de l'union européenne. Le renvoie à une convention internationale a été appliqué assez rarement et une vérification faite dans le code pénale permet de montrer qu'il n'y a plus de renvoie à une convention internationale depuis 97. On a le délit de corruption qui renvoyait à deux conventions de 97, parce que le législateur avait créé cet article avant même que la convention en soit applicable en France, elle avait préparé le terrain. Quand la convention a été publié en France, le texte a été modifié pour utiliser de la convention les termes utiles.

Le renvoie aux dispositions communautaires est un renvoie très important surtout dans le domaine de la consommation, des fraudes, des douanes, de la pêche. Dans le domaine de fraudes, existe depuis 70 et n'a pas été modifié. On a un texte qui pose le principe d'une interdiction, mais les modalités précises relatives à l'interdiction sont prévues par des décrets mais depuis les années 80 l'UE a pris en charge tout ce domaine de la consommation, or dans nos textes français, la loi renvoie à des décrets, donc pour que la loi soit utilement applicable en droit pénal il faut trouver un lien. A chaque fois qu'un règlement communautaire était pris à Bruxelles, il fallait



prendre un décret d'assimilation, de constatations qui expliquerait que les mesures prises à Bruxelles sont les mesures d'exécutions. On ne fait que rédiger ces textes relai. Le législateur délègue ses pouvoirs au législateur européen, certains parlent d'abandon de souveraineté, mais finalement on accepte de ne plus être compétent dans tous les domaines. La pêche est un domaine réglementé en France depuis la XIX<sup>ème</sup> siècle, décret loi du 9 janvier 1852 : les pêcheurs devaient se conformer aux règlements dans le domaine de la pêche. A partir des années 70, la pêche est de la compétence communautaire. L'UE met en place des règlements. La France n'a pas recouru au décret d'assimilation. Le juge, dans les années 80 est face à une situation délicate : il a considéré que l'absence de textes français n'était pas un problème, la veille loi qui interdit de pêcher en dehors des règles et un règlement communautaire qui doit donc être respecté comme tout règlement peut l'être qu'il ne soit pas interne. Elle a appliqué la lettre du texte. L'idée était de sanctionner ces pêcheurs, mais le législateur ayant compris que cette jurisprudence n'était pas tout à fait conforme au principe de légalité en 85 a modifié la loi en expliquant quand matière de pêche la violation du règlement communautaire était puni par... Il n'est pas nécessaire de rédiger des textes liens. Le problème est de comprendre les textes européens.

Observations :

La grande imprécision qui existe à l'égard de l'incrimination ouverte, contraire aux exigences de Strasbourg, à l'exigence de qualité de la loi, au proverbe, « nul n'est censé ignorer la loi ».

Le problème du transfert de compétence au judiciaire ou à l'exécutif. Avec le système de l'incrimination ouverte, on laisse un pouvoir trop important au juge. Cela a de conséquences préjudiciables pour les opérateurs économiques qui demeurent dans l'incertitude juridique.

Le problème est plutôt celui du transfert à l'exécutif, quand le renvoi est externe on peut dire que le pouvoir réglementaire légifère. Lorsque le renvoi est externe, il y a abandon de pouvoir.

## 2- Les incidences du droit de l'UE:

Pendant longtemps on a parlé des incidences du droit communautaire sur le droit des affaires, mais le droit communautaire n'existe plus.

UE parce que les atteintes qui sont le plus souvent évoquées ici sont des atteintes du point de vue économique tel la concurrence, le domaine des fraudes et les marchés réglementés au niveau européen. Tout ce qui est de nature financière et particulièrement des atteintes aux intérêts financiers de l'Union.

*1<sup>ère</sup> observation : Les compétences de l'Union:*

Pendant longtemps, l'UE ne possédait que des compétences

d'attribution parmi lesquels on ne trouvait pas la compétence pénale, elle n'avait pas le pouvoir de prévoir des incrimination ni d'édicter des sanctions pénales, ni même d'imposer aux Etats d'en créer. Le droit de l'union avait des champs d'application très spécifiques dans lesquels il pouvait édicter des manquements et des sanctions à ces manquements, l'exemple typique est le domaine de la concurrence, mais tout ce domaine est du domaine administratif (au sens européen du terme) puisque c'est la commission qui prévoit les manquements et prononce les sanctions. On considère que c'est un domaine quasi pénal tellement le vocabulaire, les procédures et les sanctions s'en rapprochent. En dehors de ce domaine là et de quelques autres très particuliers, le droit pénal n'était pas de la compétence de la communauté. Aujourd'hui, les choses ont un peu changé, pas complètement, en lien avec une jurisprudence qui traite du domaine de l'environnement, c'est une jurisprudence du 13 septembre 2005, jurisprudence importante qui a des retombées dans le domaine de Lisbonne. C'est une affaire Conseil c/ la Commission, domaine de protection de l'environnement qui fait parti des compétences de la commission. En janvier 2003, le Conseil de l'UE adopte une décision cadre par laquelle il oblige les Etats à adopter des sanctions pénales à l'égard des auteurs d'atteintes à l'environnement. Dans cette décision cadre le Conseil énumère les agissements qui doivent être réprimés, c'est une norme qui aura des incidences pénales. Le fondement de cette décision va poser problème à la commission. L'environnement est de la compétence de la commission, premier pilier, initiative de la commission pour qu'une directive soit adoptée par le conseil. La Commission va argumenter en disant : pas possible de prendre de décision sur un des domaines de compétences de la commission via une directive. La commission va exercer un recours devant le CJCE, recours en annulation de la décision cadre. L'enjeu était important. La CJCE va annuler la décision cadre. Dans cette décision la CJCE va rappeler le principe : elle reconnaît que la législation pénale ne relève pas de la compétence de la communauté, mais en même temps, elle rappelle qu'il lui appartient de veiller à ce que les actes dont le conseil prétend qu'ils relèvent du 3<sup>ème</sup> pilier ne grignotent pas sur la compétence de la communauté. La protection de l'environnement constitue un objectif essentiel de la communauté, en conséquence, il appartient à la communauté d'aller jusqu'au bout de la logique pour cette protection soit la meilleure possible. Elle insiste sur le fait que la communauté a une compétence pénale dans le domaine particulier. Le 23 octobre 2007, la CJCE récidive : elle distingue le pouvoir donné à la directive de mettre en place des incrimination, au Conseil de l'union d'adopter des décisions cadres par lesquelles le Conseil pourra édicter des sanctions : on distingue la norme de comportement et la norme de répression. L'un par la commission, l'autre par le Conseil. Depuis la commission a pris la directive « environnement » dans laquelle on définit certains comportements + l'Etat se préoccupe des sanctions.

Dans le nouveau traité sur l'UE, un article 83.2 reprend les motifs de ces 2 jurisprudences et permet aux institutions de l'union d'adopter des directives

qui établiront des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Le Traité de l'Union aujourd'hui n'évoque plus que des directives puisque les normes qui vont être prises pour l'essentiel vont être des règlements et directives à partir d'aujourd'hui (1<sup>er</sup> décembre 2009).

*2<sup>ème</sup> observation : L'impacte de l'union sur les droits nationaux*

Le droit communautaire, le droit de l'UE produit des effets sur l'ensemble des droits nationaux puisque le droit de l'UE est avant tout un droit international, qu'il a investi toutes les branches et le droit pénal n'y échappe pas. Le droit pénal des affaires a été le premier touché.

Arrêt Ramel, 22 octobre 1970 : un négociant en vin italien, le droit communautaire autorisait un enrichissement du vin différent du maximum français. Il est poursuivi pour avoir trop enrichi au regard de la règle française mais pas de l'euro-péenne. L'administration fiscale avait formé un pourvoi en cassation : la loi fiscale ne peut tenir en échec la loi internationale. C'est la première fois que la chambre criminelle va neutraliser la règle française pour faire primer l'euro-péenne.

*3<sup>ème</sup> observation : L'impacte particulier sur le droit français*

Le droit de l'union est un droit très en pointe au regard des atteintes aux intérêts financiers de l'UE. C'est aujourd'hui l'article 325 du traité sur le fonctionnement de l'UE qui oblige les Etats à réprimer de la même manière les atteintes au budget de l'union qu'il sanctionneraient les atteintes à leurs intérêts financiers propres.

Pour inciter les Etats à agir rapidement et efficacement l'UE a adopté à la fois une Convention PIF (protection des intérêts financiers de la communauté) et un règlement 2988 du 18 décembre 95 qui s'intéresse à toutes sortes de manquements auxquels sont associées toutes sortes de sanctions administratives, mais il appartient aux Etats de décider des sanctions, pose l'obligation de faire respecter les obligations/ la convention pose des incriminations et des sanctions. Le mélange des deux est l'exemple le plus complet de ce que pouvait faire l'UE dans les années 90. C'est un exemple important repris par les traités sur l'UE entrés en vigueur le premier décembre 2009 et repris à l'article 83.2. Mais il faut ajouter à ce texte à l'article 86 qui permettra à l'UE de créer un Parquet européen qui aura le pouvoir d'engager l'action publique dans les Etats membres. On pourra avoir un Procureur de Bruxelles qui viendra dans les Etats faire des réquisitions alors que les intérêts de l'UE ont été atteints. Il faut que le Conseil de l'Union statue à l'unanimité pour créer ce Parquet européen. On a gravité une marche supplémentaire, cette notion existe depuis 20 ans, à l'époque c'était une révolution et aujourd'hui c'est dans les normes. Si le Parquet est créé, il n'aura pas de pouvoir de police, il n'aura pas d'autorité sur les forces de Police nationales. Peut-être que Europol aura un pouvoir d'enquête, un pouvoir opérationnel plus important qu'aujourd'hui.

### *a- Incidence sur les incriminations :*

Le droit de l'UE a deux facettes : liberté / organisation des marchés. D'un côté, on autorise, on veut le plus de liberté possible pour tous les opérateurs et de l'autre on réglemente un certain nombre de marchés.

Le droit de l'UE va autoriser. Le principe de primauté du droit de l'UE va neutraliser le droit pénal national : principe de neutralisation du droit interne. En dehors du principe de primauté, le juge français est le juge communautaire de droit commun. Le principe a été consacré dans un arrêt Blanc 12 juin 95 : cesse d'être applicables aux poursuites en cours les dispositions des lois et règlements mêmes non expressément abrogées dans la mesure où elles sont inconciliables avec les dispositions d'une loi nouvelle ou d'une convention internationale. Le droit national n'a plus aucune influence sur ces questions là.

Après la neutralisation il y a l'organisation des Polices communautaires, donc mise en place d'obligations par règlements, directives que les opérateurs économiques au sein des Etats doivent respecter. Le droit communautaire peut seulement inciter les états à prendre des sanctions.

Quelle obligation l'UE peut imposer aux Etats. Pendant longtemps, aucun pouvoir. C'est la raison pour laquelle on parle de mobilisation du droit interne. Le droit communautaire est handicapé. En France, on va retrouver l'incrimination par renvoi ou l'incrimination ouverte. Lorsqu'en France, l'incrimination est une incrimination par renvoi.

1<sup>ère</sup> technique : assimilation = dire que le droit l'union est assimilé au droit français.

2<sup>ème</sup> technique pour permettre aux obligations communautaires d'être respectés : technique de la substitution quand l'incrimination est ouverte. On va pouvoir y intégrer les comportements définis à Bruxelles et qui vont pouvoir se substituer aux textes prévus par le droit internes dans les années qui précèdent.

En droit Français on s'est débrouillé avec ce qu'on avait, soit en utilisant le principe de primauté qui permet d'écarter le droit nationale soit en assimilant ou substituant des incriminations les unes aux autres.

### *b- Les sanctions :*

Quand le droit de l'union touche à la sanction celle-ci ne peut être qu'affectée et non complètement dissoute par le droit de l'union. Il peut freiner les initiatives nationales, modérer. Lorsque le droit de l'union souhaite qu'une sanction doit être mise en place, cette sanction doit être dissuasive.

La sanction modérée on la retrouve d'abord et principalement en matière de droit douanier qui a été conçu à l'époque du protectionnisme, c'est un droit original et extrêmement rigoureux. C'est le dernier rempart de

l'autorité de l'Etat. La surveillance du droit l'union a modifié la situation. Arrêt CJCE de 76 Donckewolcke : a imposé le principe de proportionnalité comme base de l'application d'une sanction. Si l'infraction qui a été commise est de nature purement administrative, on ne peut pas alors sanctionner l'exportateur ou l'importateur de façon trop forte, la sanction doit être modérée à l'égard de l'infraction commise sinon le principe de libre circulation ne peut plus fonctionner. Cette jurisprudence a eu en France des effets importants.

Arrêt Epuran : un importateur de produits chimiques qui importe des produits provenant d'Allemagne. A priori ses produits sont européens et un certain nombre de taxes ne sont pas à payer. Mais en fait les produits sont originaires de Suisse, ce qui change tout. Il est donc poursuivi pour importation sans déclaration de ses produits mais il est relaxé car on ne peut lui appliquer plus que ce qu'il peut raisonnablement connaître. L'administration des douanes forme un pourvoi en cassation rejeté par la chambre criminelle qui en même temps casse partiellement l'arrêt : en effet le délit ne pouvait être constitué faut de pouvoir rapporter l'intention de fraude, mais peut être que les juges auraient dû se demander si une autre qualification ne pouvait être recherchée, une qualification contraventionnelle, pour éviter que les importateurs et exportateurs s'engouffrent dans cette brèche.

L'UE souhaite des sanctions dissuasives, donc utiles, suffisantes, exemplaires. La jurisprudence européenne à l'origine de cette notion remonte à un arrêt du 21 septembre 1989, arrêt Mais Grec : du maïs qui part de Grèce et va en Belgique, on est au sein de l'Union, pas de taxe au profit de l'Union. L'enquête menée par les offices européens montre que le maïs est yougoslave. Dans sa décision du 21 septembre 89, la Cour rappelle que les auteurs de violation de réglementations européennes doivent être sanctionnés de même manière que s'il s'agissait d'atteintes au droit national (un message adressé aux Etats). La sanction doit être effective, proportionnée, dissuasive, formule que l'on retrouve dans toutes les jurisprudences postérieures et dans le traité de fonctionnement de l'Union européenne. Cette règle est aujourd'hui intégrée à l'article 325 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE.

### **B- Le principe de la non rétroactivité:**

En droit pénal général, question de la rétroactivité in mitius, les plus douces rétroagissent. En droit pénal général, le principe général est celui de la non rétroactivité de la loi pénale qui permet la protection des personnes poursuivies et les principes essentiels. Mais en appliquant ce principe à la loi plus douce, l'individu en subirait les conséquences il se verrait condamné alors que la société a considéré que ça n'en valait plus la peine : ratio legis. Du point de vue des valeurs sociales, quand la loi change, on espère toujours que la nouvelle est meilleure à l'ancienne. Le principe de la rétroactivité in

mitius est le second principe pénal. Ce principe a même acquis valeur constitutionnelle, depuis 81.

Pourtant en droit pénal des affaires, il y a un certain particularisme dans le domaine économique et fiscal.

### 1- L'évolution de la jurisprudence:

Dès 1916, la chambre criminelle affirme que les modifications nouvelles en matière de tarification du prix ne peuvent enlever à l'arrêté précédent sa force pendant toute la période pendant laquelle celui-ci a été déclaré applicable et cette idée évoquée à une époque où la règle n'avait pas encore valeur constitutionnelle va être consacrée dans un arrêt Von Saldern : les textes réglementaires dans les domaines économique et fiscal ne rétroagissent pas sauf si un texte le prévoit expressément. On est en pleine première Guerre mondiale, prise par rapport aux arrêtés de taxation des prix revu en fonction de la conjoncture fluctuante, cela permettait de faire cesser le marché noir. En pratique, on pouvait avoir un opérateur économique poursuivi sur le fonctionnement d'un arrêté et traduit en justice à l'époque où un texte était plus doux, pouvant entraîner une sanction moins lourde, comme les opérateurs faisaient trainer le procès : donc dans ce domaine pas de rétroactivité in mitius pour que le système ne soit pas ébranlé. La chambre criminelle n'a jamais vraiment motivé ses décisions, c'est la doctrine qui a essayé d'expliquer juridiquement cette doctrine de la Cour de cassation.

1<sup>ère</sup> formulation de l'argument prétorien : il y a une opposition entre ce qui est vraiment pénal et ce qui est extra-pénal. Idée : dans toutes les infractions qui sont ici par renvoi, on a une norme pénale en 2 morceaux, ce qui bouge (tarification) et ce qui ne bouge pas (le domaine répressif, l'interdiction, l'infraction). La loi pénale ne bouge pas, peu importe que l'arrêté qui n'est pas du domaine pénal bouge, cette règle de la rétroactivité in mitius ne s'applique pas, ce n'est pas du domaine pénal. 2<sup>ème</sup> : une opposition entre le structurel (le prononcé de la peine, ça ne bouge pas) et le conjecturel (donnée économique mouvante, qui évolue et qui elle peut bouger).

On retrouve dans le domaine des douanes un scénario assez identique, c'est à dire que pour tricher en matière de douane on cachait la marchandise dans son coffre et puis la fraude a été beaucoup plus sophistiquée. La délinquance est devenue plus subtile et face à elle il fallait aussi trouver des moyens policiers et judiciaires pour être à la hauteur et l'un des moyens pour contrer cette délinquance était de dire tant pis. On ne peut pas dans ce domaine appliquer une jurisprudence ordinaire. On peut quand même s'interroger sur le bien fondé de cette jurisprudence. Depuis un certain nombre d'années, le particularisme qui prévaut en droit pénal des affaires aurait du être supprimé et notamment en raison de 2 événements juridiques qui vont remettre en cause l'application de cette règle de la non rétroactivité.

Décision du Conseil constitutionnel du 9 janvier 81 à propos de la Police des chemins de fer, il s'agit d'une loi qui prévoyait une diminution de peine en

cas de non compostage, mais en adoptant la loi on s'est rendu compte que si on la laissait tel qu'elle plein d'procédures en cours feraient ml'objet d'un appel et les tribunaux engorgés. Donc dans la loi on explique que la loi pénale plus douce ne s'appliquerait qu'à partir d'une certaine date, peut importe que d'autres contentieux puissent profiter de cette loi. La loi a fait l'objet d'une saisine devant le Conseil constitutionnel qui a sanctionné la disposition et en même temps a donné une valeur constitutionnelle à cette règle fondée sur l'article 8 de la DDHC.

Entrée en vigueur le 4 février 81 en France du Pacte international de New-York relatif aux droits civils et politique : article 15-1 principe de rétroactivité in mitius. Ce texte consacre ce principe sans exception. Il devrait aussi s'appliquer au Droit pénal des affaires.

## 2- L'actualité de la question :

Il faut distinguer deux catégories de textes : lorsque la jurisprudence a du appliquer les traités d'adhésion à l'UE / l'application de règlements internes et communautaires/

A propos des traités d'adhésion : le principe est celui de l'application de la rétroactivité in mitius, la chambre criminelle va appliquer le principe constitutionnel. On est dans les années 90 et la RDA, l'Espagne et la Portugal sont membres de l'union. Des poursuites douanières avaient été engagé contre des opérateurs économiques à l'époque ou ces Etats étaient tiers. Ils vont être condamnés au moment de l'adhésion et la question va être posée à la chambre criminelle : l'adhésion du pays dans l'union permet-elle d'appliquer les règles plus douces que les précédentes?

Arrêt Alain, 93 : cet importateur est poursuivi pour avoir déclaré provenir de Yougoslavie des marchandises provenant de RDA. Il est condamné pour fausse déclaration et importation illicite de marchandise, masi au moment où son affaire est en appel la RDA rejoint l'Allemagne, l'arrêt de condamnation va être cassé par la chambre criminelle : les dispositions communautaires sont devenues applicables sur le territoire des provinces de l'Allemagne de l'Est.

A propos des règlements : la question est beaucoup plus complexe et n'a pas encore trouvé de réponse définitive et satisfaisante. Il faut distinguer les 2 catégories de règlements que sont les règlements de l'UE et ceux de droit interne.

Règlements de l'UE :

Avant 96, la jurisprudence est extrêmement ambiguë car selon le domaine d'application du règlement communautaire elle sera ou non favorable à la règle de la rétroactivité in mitius. D'un aprt, maintient du particularisme de la non rétroactivité en matière économique et douanière, mais les spécificités de l'affaire vont permettre à la chambre criminelle de ne pas appliquer cette règle : arrêt Bregent, 86, il s'agit d'un importateur de

poisson qui importe pendant une période de non commercialisation de cette marchandise. Mais quelques semaines plus tard, il n'est plus dans la transgression. Peut-il encore être poursuivi? La chambre criminelle rappelle le principe en matière économique et douanière : l'abrogation d'un texte n'affecte pas rétroactivement, pas de rétroactivité in mitius, sauf précision contraire : principe de textualité. Dans cet arrêt la chambre criminelle va examiner à partir de quel moment le texte réglementaire européen a été adopté et si ce moment là est antérieur au réquisitoire introductif, c'est à dire au déclenchement des poursuites sur le plan national, à ce moment là, retour au principe de la rétroactivité in mitius. Ce qui intéresse la chambre criminelle c'est le déclenchement de la procédure et non la commission des faits ce qui est contraire au principe de la légalité.

En matière fiscale la position prise par la chambre criminelle est différente puisqu'elle applique en toute hypothèse le principe de la rétroactivité in mitius, principe différent en matière fiscale de la matière douanière. Depuis 1996, la chambre criminelle accepte de faire rétroagir sans aucune condition toute situation dans laquelle un règlement communautaire est en jeu : affaire Giusti : investisseur importe des marchandises qu'il prétend de Hong Kong alors que Japonnais. Le négociant va être poursuivi sur le fondement du code des douanes, mais pendant les poursuites, le contingentement est levé, application immédiate par la Cour d'appel. Pourvoir rejeté par la Cour de cassation qui applique le principe de la rétroactivité in mitius. C'est un texte qui a en droit interne une valeur supérieure à la loi nationale. Le règlement communautaire a une place particulière dans la hiérarchie des normes.

Quand aucun règlement communautaire n'est en jeu, la chambre criminelle refuse d'appliquer le principe de rétroactivité in mitius dans sa généralité au motif qu'il ne vaut qu'en droit pénal. La chambre criminelle va faire une recherche assez subtile. Si le texte support de l'incrimination n'a pas été modifié, pas de rétroactivité in mitius depuis un arrêt Betti du 3 octobre 95. Si le texte a été abrogé, la chambre criminelle vérifie si le règlement interne qui a été modifié a été abrogé avant ou après la mise en mouvement de l'action publique. Si le règlement a été abrogé avant, on fait rétroagir, sinon pas de rétroactivité in mitius. Cette jurisprudence est identique à celle que l'on avait évoqué avant 96, c'est une jurisprudence qui est assez habile car elle permet d'appliquer le principe d'application de la loi pénale plus douce seulement par exception, mais c'est une jurisprudence contradictoire au regard des principes constitutionnels, elle est aussi assez compliquée et cela ne se justifie pas et en même temps, le principe de sécurité juridique est escamotée avec ce principe de jurisprudence. Elle n'est pas véritablement satisfaisante.

## **II- Les éléments constitutifs de la norme pénale**

Incrimination par renvoi permet de dire que le droit pénal ne peut pas



tout faire, renvoie à d'autre. / Incrimination .... permet de considérer des situation qui a priori ne seraient pas comparables. Il y a des inconvénients en terme d'incertitude.

A propos de l'élément matériel :

Infraction d'omission et mise en danger délibérée. L'infraction d'omission est liée à l'OP de direction. On peut considérer que les infractions en droit pénal des affaires sont classées en fonction des valeurs de références qu'elles implique, ces valeurs sont de 2 ordre, il y a une sorte de dualité entre l'OP de protection / de direction. Le premier correspond aux valeurs classiques que sont les notions de confiance, de propriété... il est là pour protéger les victimes. Au regard de ces valeurs là, le Droit pénal a mis en place des interdictions de faire, il ne faut pas faire. Quand on évoque l'OP de protection on pense plutôt à des actes positifs : tromper, abuser, frauder... L'OP de direction est un peu différent, il est lié à des valeurs plus modernes, plus récentes, sous tendues par un ordre économiques et financier de plus en plus pointilleux, il est là pour orienter les affaires dans une perspective imposée par l'Etat ou des ordres professionnelles. Il y a des prescriptions, des obligations de faire, le DP va s'intéresser de ce qui n'est pas fait : incrimination par omission, par abstention. Il y a dans le DP des affaires de plus en plus d'infractions d'omission. En même temps, leur régime de répression est un régime très sévère car beaucoup appartiennent à la catégorie des infractions continues. Ce régime de sévérité peut se décliner de 3 façon.

Le reproche c'est de n'avoir rien fait, L'infraction se continue tant qu'on a pas fait ce que l'on attend de nous.

Le point de départ de la prescription est repoussé presque indéfiniment.

Il y a toujours possibilité de nouvelles poursuites, si l'omission persiste après une première condamnation.

La notion de mise en danger délibérée provient de la doctrine allemande assez longtemps inconnue en droit français qui consacre cette notion à l'article 121-3 du CP. Il s'agit d'infraction dans lesquelles toute personne peut être poursuivie avant même que se manifeste un résultat dommageable. Or CP, on retrouve cette notion notamment dans le Ccom au regard de toutes les atteintes à la concurrence, toutes les pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles on utilise : « quand elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet », ce qui compte c'est le risque pris en appliquant ces pratiques anticoncurrentielles. Pourtant la plus part des atteintes dans ce domaine n'entraînent pas immédiatement des conséquences scientifiquement mesurables. Quand le législateur invoque une pratique anticoncurrentielle, il s'intéresse plus tôt à une atteinte à la conscience, il n'y a pas tjrs directement de dommage et il n'est pas forcément non plus immédiat. En droit pénal des affaires, quand on s'intéresse à la mise en danger délibérée on incrimine plus tôt le moyen considéré comme dangereux

pour l'équilibre sociale, on se rapproche de l'infraction obstacle. Mais on la retrouvera avec l'incrimination de corruption.

A propos de l'élément moral :

La notion d'imputabilité : il n'existe cette fois ci aucun particularisme du DPA, on se réfère au droit commun pour tout ce qui concerne les causes d'irresponsabilité pénale. La notion d'erreur de droit a une application plus restrictive en DPA. Elle est prévue à l'article 122-3 du CP. La charge de la preuve de l'erreur de droit pèse sur celui qui s'en prévaut. L'erreur exonératoire est une erreur inévitable. Celui qui en rapporte la preuve doit prouver qu'il n'était pas en mesure d'éviter la faire; Elle doit avoir été provoquée par quelqu'un d'autre ou par une information reçue mais erronée. Cette erreur doit également avoir été commise de BF, il n'est pas possible pour le professionnel de détecter d'erreurs. Il y a eu de nombreuses jurisprudences, la chambre criminelle est sévère pour les professionnels, c'est le cas d'une société qui demande l'extension d'une surface commerciale et qui avait commencé les travaux et qui demande un avis du ministère selon lequel l'extension est possible. Le même professionnel avait eu d'abord des avis négatifs. Il avait eu le bras long, mais cela n'a pas suffi, on a douté de sa BF, il avait mis sous silence ces différents refus. 4<sup>ème</sup> condition : l'erreur de droit doit être précédée de toute démarche préalable adéquate. Dans une autre affaire un avocat avait été consulté, la chambre criminelle a rejeté l'erreur car le juriste qu'était l'avocat n'était pas une autorité suffisamment pertinente.

La notion de culpabilité : il existe en DPA des infractions pour lesquelles on exige une fraude caractérisée, MF, abus : il faut une intention claire et nette. Il existe des infractions involontaires pour lesquelles il faudra apporter la preuve de la négligence. Aussi en DPA, tendance assez forte à l'objectivisation, c'est à dire à l'élimination plus ou moins importante de l'intention, l'élément moral n'est parfois pas recherché par la jurisprudence, parfois elle constitue des poussières d'intention. Cette tendance existait avant la mise en place du CP et elle existe tjrs. Avant le CP de 94, la question se pose essentiellement pour des textes d'incriminations qui sont de nature extra pénale, réglementation fiscales, économiques principalement : on a des textes qui imposent des obligations, à respecter des réglementations sinon on condamne. Soit le texte prévoit une intention et à ce moment là la jurisprudence, en application du principe de légalité l'exige également. Mais quand le texte ne révèle rien de particulier, la notion d'abus de fraude... n'apparaissent pas, la jurisprudence a tendance à considérer l'incrimination comme matérielle, on parle de délit matériels qui étaient assez nombreux en matière douanière, environnement, législation sur les stés... L'attendu principal était souvent celui-ci : le délit a seulement le caractère d'une infraction matérielle, le fait qu'il incrimine implique une faute dont la preuve

n'a pas à être spécialement pas le Ministère public le prévenu ne peut être exonéré que par la force majeure. Cette jurisprudence était choquante du point de vue de principes, mais en pratique ça avait des avantages importants pour le juge et pour le procureur. Depuis l'entrée en vigueur du CP, les délits matériels, le principe même a disparu dans les textes, un article 121-3 pose toutes les possibilités au regard de la faute pénale. Loi de 92 a précisé que les délits non intentionnels réprimés par les textes antérieurs demeurent constitués seulement s'il y a imprudence, négligence, mise en danger délibérée. La jurisprudence : la chambre criminelle a requalifié certains délits en délits d'imprudence (non intentionnels) ou certains délits matériels sont devenus intentionnels. Mais il y a tout un champ vers lequel la chambre criminelle dérape, plusieurs arrêts, un en 97 et dans un arrêt du 5 avril 2006 en matière de contribution indirecte : la violation en connaissance de cause des prescriptions légales et réglementaires impliquent de la part de son auteur l'intention coupable exigée par 121-3 du CP. Il y a donc une présomption de culpabilité.

La CEDH, dans un arrêt *Salabaku c/ France* du 7 octobre 88 : avait considéré finalement comme compatible avec l'article 6 de la Convention la présomption de culpabilité quasi irréfragable posée par le code des douanes, mais encore fallait-il que cette présomption de culpabilité remplisse 2 conditions. 1<sup>ère</sup> condition : la gravité de l'infraction est suffisante. 2<sup>ème</sup> : nécessité de préserver les droits de la défense.

Au regard de cette présomption, la responsabilité des opérateurs va se jouer dans une sorte de fourchette, ils sont présumés connaître la réglementation, à la jurisprudence d'essayer d'apprécier l'intention, l'élément moral quand une infraction survient.

Section II : la répression :

I- Les personnes responsables :

Affaire ancienne du Talc Morange dans les années 80 : un produit pour bébé qui va provoquer la mort de nombreux enfants en raison d'un mauvais dosage de l'un des composants du talc. Cette affaire a donné lieu à la poursuite simultanée des dirigeants : responsabilité pénale de 3 dirigeants et de plusieurs employés. Seront poursuivis : le dirigeant de la société qui produit et vend le talc, le PDG de la société qui fabrique le composant et enfin le PDG de la société qui a fabriqué le talc avec ce composant. L'un des responsables de l'entreprise de fabrication du produit, le chef de l'atelier de préparation du talc, enfin l'ouvrier aide-préparateur à l'origine de l'incident. On veut incriminer les décideurs et les auteurs matériels.

Affaire plus récente, dans les années 90, des Girondins de Bordeaux : un club va demander une subvention aux collectivités territoriales pour construire un complexe sportif sur l'un des terrains de la ville de Bordeaux. On se rend

compte que la demande est majoré au regard des besoins nécessaires à la construction de ce complexe d'environ 1.5 million d'euros. Le club avait mis en place un système de fausses factures et de contrats fictifs avec un certain nombre d'entreprise. Il y avait d'abord un contrat de prestation conclu avec un architecte et les services de cet architecte ont été majoré. Ensuite, plusieurs contrats conclus avec des entreprises de travaux. Un contrat fictif de représentation commerciale au profit du fils du Président du club. Lors de divers controles les manipulations ont pu être révéler. Ce qui a permis des condamnations pour abus de biens sociaux et détournement de fonds publics.

Ce qui est difficile c'est de découvrir l'infraction et qui tire les fils.  
Pour essayer d'être équitable, le législateur et la jurisprudence ont mis en place un certain particularisme dans l'attribution de la responsabilité :  
On a élargi le domaine de la complicité  
On a élargi la responsabilité à de nouvelles personnes

### **A- La complicité :**

Les conditions de poursuites et de condamnations pour complicité :

Un fait principal(infractionnel) + un fait de complicité.

Acte de complicité : Un élément matériel et un élément moral = on aide, on assiste, on provoque.

Il faut que cet acte est un lien avec le fait principal, qu'il soit concomitant ou antérieur à l'acte principal.

L'acte de complicité est un acte positif.

Donc il est à la fois dépendant d'un fait principal et en même temps indépendant parce qu'il peut vivre tout seul, ce qui permet de poursuivre le complice même si le principal ne peut être poursuivit.

Il y a une sévérité plus importante à l'égard des professionnels. Le législateur a parfois préféré transformer un fait de complicité en délit autonome, en infraction distincte pour être sur que le complice puisse être poursuivi en toute situation.

#### 1- Sévérité à l'égard du professionnel :

Elle présente tous les éléments de l'infraction.

Sur l'élément matériel : Il arrive assez régulièrement que la complicité par abstention soit acceptés par le juge pénal. C'est celui qui laisse faire alors que ses compétence professionnelles lui permettent de déceler la fraude et dénoncer le délinquant.

Il s'agit de professionnels, il a les compétences, le pouvoir d'intervenir, il ne le fait et par ce il apporte son concours à l'infraction. Ex : l'établissement fixer qui doit déclarer ses soupçons à l'égard de mouvements un peu louches à propos de l'un de ses clients. D'une certaine manière il l'encourage à

continuer.

L'engagement de responsabilité du professionnel tient à l'inobservation de règles particulières de contrôle imposées à certains professionnels eu égard à leur profession.

En ne respectant pas l'ensemble de ces règles, l'inaction du professionnel va déboucher sur un acte positif. Ex : le commissaire au compte, s'il ne relève pas les inexactitudes constatées il va permettre l'authentification des comptes.

Sur l'élément moral : la jurisprudence est sévère lorsqu'il s'agit de faire la preuve de l'intention de la complicité.

En droit pénal des affaires, il y a souvent une présomption mise en place par la jurisprudence, présomption de MF puisqu'il est professionnel, il est présumé avoir connaissance de... et donc il est responsable. Autrement dit, il a les moyens légaux de s'opposer à l'infraction, il ne pouvait pas ne pas savoir, alors il est présumé de MF.

Pour se dégager de sa responsabilité, le professionnel doit apporter la preuve qu'il avait fait un certain nombre de démarches préalables et ensuite qu'il avait informé plusieurs autorités de ses doutes, de ses soupçons. Il doit apporter la preuve qu'il a pris un certain nombre de précaution, au juge de dire si celles-ci sont suffisantes pour faire échec à l'élément moral.

## 2- Création de délits distincts :

En droit commun, la complicité est toujours un acte dépendant de l'infraction principal. En DPA, on a décidé d'autonomiser certaines infractions: il peut ne pas y avoir d'acte principal. Mais l'existence d'un délit distinct facilite la preuve de l'infraction de complicité.

Dans le domaine fiscal : Dans CGI, un article punit quiconque va agir pour faire échapper à l'impôt tout autre personne. Il s'agit d'un acte de complicité totalement détaché du fait principal et la mise en œuvre de cet article permet de réprimer la tentative de ce fait.

Il y a des infractions qui visent les professionnels qui sont des professionnels comptables.

En droit douanier, on a également un certain nombre d'incrimination : « ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque » à un ensemble d'actes.

## **B- L'extension de la responsabilité à de nouvelles personnes :**

Plusieurs mouvements sont apparus en jurisprudence et en législation. Il y a d'une part le mouvement qui a intéressé le « dirigeant », personne physique. Il a vu sa responsabilité élargie.

Le 2<sup>ème</sup> mouvement relève de la personne morale : responsabilité pénale des personnes morales.

## 1- Responsabilité des dirigeants :

Relation matérielle entre l'infraction et la conduite personnelle de l'agent, c'est à dire une relation de participation. Article 121-1CP : nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Lorsqu'on se trouve au sein d'une société cette participation de l'agent à une infraction est souvent difficile à établir. Il faut distinguer les cas où l'infraction est commise au préjudice de l'entreprise ou pour le compte de celle-ci.

1<sup>ère</sup> hypothèse : relation directe entre infraction commise et l'activité professionnelle de l'agent. Il y a responsabilité du fait personnel.

2<sup>ème</sup> : la relation de participation vient plus difficile à apprécier, car l'agent (qui n'a pas commis lui-même l'acte matériellement répréhensible) qui exerce le pouvoir de décision peut avoir joué un rôle dans la commission de l'infraction. Il y a une césure entre l'élément matériel et l'élément moral partagé entre le décideur et l'auteur matériel.

Il peut y avoir 2 types de responsabilités : la responsabilité du fait personnel / du fait d'autrui.

### *a- Responsabilité du fait personnel :*

Quelle est la qualité du dirigeant poursuivi? Est-il un dirigeant de fait ou de droit? Aujourd'hui, la plus part des infractions sont définies par des dispositions qui visent comme auteur le dirigeant. Il n'y a pas de précision sur le fait qu'il soit dirigeant de droit ou de fait. Mais il y a des données factuelles importantes à apprécier. L'un des caractéristiques criminologiques de la délinquance d'affaire, c'est l'utilisation du prête-nom, de l'homme de paille. Le dirigeant de fait n'a aucun pouvoir légalement mais qui finalement tire toutes les ficelles. Soit il ne peut pas exercer la fonction de dirigeant pour des raisons multiples (clause de non concurrence, condamnation pénale antérieure, incapacité) et il y a des situations dans lesquelles où il ne veut pas apparaître dans son nom propre. Il va être associé à un prête nom, au dirigeant de droit, qui lui signe tout, est responsable de tout, mais ne fait rien.

Le principe en matière pénale est celui de la répression cumulative. La jurisprudence a été assez longue à se mettre en place parce que cette situation était un peu délicate.

Première époque, on s'intéresse principalement au dirigeant de fait. Jusqu'à la loi de 66, aucun texte n'existe et donc seul le prête nom était responsable de tous les actes commis dans l'entreprise. Le dirigeant de fait ne pouvait être considéré que comme complice des actes éventuellement commis par le prête nom. Donc si la preuve d'un fait principal n'était possible à rapporter, le complice ne pouvait être puni. La situation n'était pas satisfaisante. La loi du 24 juillet 66 va permettre d'assimiler au dirigeant de droit, toute personne qui directement ou par personne interposée aura en fait exercé le pouvoir de dirigeant de droit.

A partir de la loi du 25 janvier 85, on va élargir la possibilité de responsabilité du dirigeant de fait à d'autres questions que celles prévues par la loi de 66. La jurisprudence cherchait.

A propos du dirigeant de droit : ses actes étaient considérés comme des actes faisant l'objet de poursuite. Lorsque l'infraction était commise par le dirigeant de fait, le prête nom devait tout au plus être considéré comme complice.

Avant 66, le dirigeant de fait ne peut jamais être considéré comme coupable car il n'existe pas dans les textes, puisqu'il n'est responsable de rien. Donc forcément le dirigeant de droit ne pouvait être complice.

Aujourd'hui, il y a assimilation et répression cumulative puisque l'on a maintenant la possibilité d'engager la responsabilité du dirigeant de fait et de réduire la responsabilité du dirigeant de droit. Il y a une sorte de rééquilibrage qui s'est produit par souci d'équité, également de moralisation de la vie des affaires, mais aussi de responsabilité.

#### *b- Responsabilité du fait d'autrui :*

A priori, elle est exclue en DP. Mais là encore, la tendance liée à l'évolution de la société a été d'admettre une scission des éléments constitutifs de l'infraction et partage des responsabilités alors que l'infraction a été commise par quelqu'un d'autre.

Sources : Elles sont textuelles et jurisprudentielles.

Texte : le CP de 92 n'a prévu aucun texte général à propos de cette responsabilité du fait d'autrui qui existe depuis un petit moment. Lorsque le CP était à l'état de projet, plusieurs propositions de parlementaires, mais aucune n'a été conservée. Tous étaient d'accord pour entériner cette jurisprudence, on a même été jusqu'à expliquer quelle était bien établie et que c'était inutile. Il y a bien sur quelques textes mais qui sont finalement rares. Il y a 3 catégories d'imputations de la responsabilité du fait d'autrui. Il y a une responsabilité indirecte du dirigeant, une responsabilité facultative et une exclusive.

Illustrations :

Textes sur la responsabilité indirecte :

On assimile le fait du dirigeant à l'infraction qui a été commise par l'auteur matérielle : une disposition qui incrimine le délit d'usage irrégulier de qualité. Il s'agit donc du dirigeant qui « a fait ou laissé figurer certains noms dans la publicité qui est faite dans l'intérêt de l'entreprise ». La personne susceptible d'avoir commis l'infraction c'est toujours le dirigeant, le supérieur hiérarchique. A lui de surveiller.

Article 226-16 CP : il s'agit de mettre en place des traitements automatisés de données sans avoir obtenu les autorisations nécessaires. Il s'agit de « procéder ou de faire procéder à ». Là encore il s'agit du décideur, du dirigeant.

Textes où on évoque une responsabilité facultative du dirigeant:

La difficulté dans ces textes est que les textes en disent pas forcément de façon tout à fait claire la personne qui doit avoir matériellement agi, qui doit être considéré comme auteur matériel. On a des textes qui commencent par « quiconque », « le fait de », ... c'est un domaine extrêmement large. Les délits de pollutions sont souvent ainsi. On a un ensemble de textes qui permet au juge de décider qui est responsable et pourquoi.

Textes où la responsabilité du dirigeant est exclusive. Ce sont les textes dans lesquels seules les personnes nommément désignées peuvent être poursuivies. C'est le cas dans le domaine de la banqueroute.

La jurisprudence a fait preuve d'audace en introduisant un principe général de responsabilité pénale du chef d'entreprise. Cette jurisprudence remonte à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, elle va être améliorée et consolidée et c'est une décision du 23 novembre 50 qu'on considère comme le point de départ de la jurisprudence actuelle. Elle attrait à un décret qui interdisait de transporter des personnes en utilisant des appareils de levage, des transpalettes. Un chef d'entreprise va être mis en cause : il avait fait afficher les consignes de sécurité... il avait pris des précautions, mais il y a un accident lors d'une de ses absences. A priori, il n'y a pas d'élément matériel à sa charge. Pour autant, la responsabilité pénale de ce chef d'entreprise va être retenue. On retient celle de l'employé qui a transgressé les consignes, mais aussi le chef d'entreprise. La condamnation de l'ouvrier n'était pas exclusive du chef d'entreprise, « à qui il incombait de veiller personnellement à la stricte application par ses subordonnés des prescriptions légales et réglementaires destinées à assurer la sécurité de son personnel ». Depuis cette décision, cette solution a été réaffirmée par la haute juridiction dans les affaires mettant en cause des chefs du personnel. Il y a une sorte de dématérialisation de l'infraction commise par le chef de l'entreprise. On pourrait dire qu'elle résulte d'une certaine défaillance de sa part. Mais la jurisprudence de la Cour criminelle a une conception très extensive : emprunte de matérialité du décideur au préposé.

En matière douanière, la chambre criminelle va également considérer que le dirigeant ne saurait utilement invoquer la responsabilité d'un tiers dès lorsqu'il est dirigeant de droit. On retrouve ce type de jurisprudence quelque soit le domaine.

Le régime juridique :

**Les causes d'exonération** : il y en a deux principalement.

La délégation de pouvoir : pendant longtemps, en jurisprudence il y a eu une confusion importante. Dans certaines décisions on admettait l'exonération et d'autres le refusaient. Cette hésitation n'existe plus. Depuis des arrêts de 93, la Cour de cassation a mis en place un régime assez uniforme : « sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de la responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs



à une personne pourvue de al compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires ». Le principe est celui de l'exonération de responsabilité dès lors que al délégation existe.

Illustrations : vente d'un titre appartenant à la société constitutive d'un délit d'initié. Le PDG a souhaité s'exonérer de sa responsabilité panle en apportant la preuve d'une délégation, mais c'est une des hypothèses om la loi a interdit la délégation. C'est son pouvoir de gestion qui prévalait sur sa soit disante délégation.

Pour être applicable, la délégation doit présenter un certain nombre de caractéristiques. Au regard de l'entreprise, on s'intéresse à ces caractéristiques structurelle. Il faut que l'entreprise est atteint une certaine complexité. Le délégataire doit appartenir aux salariés qui disposent d'une certaine autorité dans l'entreprise. Le délégataire doit avoir autorité, compétence, moyen. Autorité signifie autonomie du délégataire au regard du chef d'entreprise. Compétence = le délégataire doit posséder une certaine qualification professionnelle qui justifie al délégation qui doit être vérifié par le délégant. Enfin, il doit détenir les moyens nécessaires à l'exercice de ses pouvoirs. Sinon, la délégation n'existe pas. L'acte de délégation doit être défini, il est toujours limité. Il faut une publicité minimale

L'absence de faute : La question est de savoir dans quelle conditions plus ou moins rigoureuse la jurisprudence va admettre l'absence de faute. Dans un premier temps, la jurisprudence écartait toute cause d'exonération, sauf la délégation. Jurisprudence du fond : une forme de richesse économique devait se voir contre balacer par une certaine vulnérabilité pénale. 2<sup>ème</sup> période : loi du 6 décembre 76 qui prévoit un cas de responsabilité pénale du chef d'entreprise pour faute personnelle. La preuve de l'absence de faute devait pouvoir exonérer le décideur. La jurisprudence a été timide à utiliser cette possibilité. Les décisions prétoriennes ont montré que les juges affirmaient l'existence de la faute plutôt que la démontrait. La doctrine en a souvent déduit que la faute était présumée. 3<sup>ème</sup> époque: le CP de 94 qui d'une part abroge les délits matériels et surtout une nouvelle formulation, un nouvel alinéa dans l'article 121-3 relatif à l'élément de l'infraction. Cette nouvelle formulation va entraîner une jurisprudence assez importante. D'une part, avant la loi du 13 mai 96, on a une multiplication des décisions relatives aux décideurs de toutes sortes er qui prononçait la condamnation des dirigeants que le lien de causalité soit très directe ou extrêmement lointain. Le problème essentiel à l'égard des infractions non intentionnelles quasi toujours imputés aux décideurs. Il y a une très forte demande de modification des textes. Loi du 13 mai 96 qui demande au juge de motiver d'avantage leurs décisions de condamnation par cette loi, le délit d'imprudence ou le manquement à une obligation textuelle de sécurité peut être vérifiée sauf si l'auteur des faits a accompli des diligences normales. 1<sup>ère</sup> conséquence : le prévenu peut se dégager de sa responsabilité pénale en apportant la preuve qu'il a accompli les diligences normales eu égard à ses pouvoirs et moyens.

2<sup>ème</sup> : on pensait que le juge ferait une application in concreto. On imaginait que le juge tiendrait davantage compte de la situation particulière qui lui était soumise. Or, il a continué à faire une appréciation in abstracto. Il a affirmé que le décideur n'avait pas accompli les diligences normales: assez lapidaire et peu satisfaisant. A nouveau des revendications de la part des élus : naissance de la loi du 10 juillet 2000 qui modifie à nouveau 121-3 en insérant un 4<sup>ème</sup> alinéa. On ne s'intéresse qu'aux personnes physiques qui participent à une situation sans avoir une action directe dans le préjudice qui est subi. Il y a simplement une contribution à la situation en raison de la responsabilité, fonction, mission... de ce décideur. Pour que dans ces situations là le décideur puisse être considéré comme pénalement responsable, le législateur a considéré qu'il faut apporter la preuve d'une faute qualifiée, soit que le décideur a commis une faute caractérisée. Au regard de cette nouvelle disposition, il faut savoir comment on peut déterminer une faute caractérisée. Le vocabulaire du législateur est assez commun. Il y a eu plusieurs jurisprudences depuis cette loi de juillet 2000.

Un arrêt du 16 janvier 2001 : dirigeant condamné, n'avait pas respecté des mesures de sécurité, mort d'un salarié découvert dans le fond d'une cuve qui contient des matières toxiques.

Même année, arrêt de rejet : un Président de société qui concède à une filiale la licence d'exploitation d'un procédé de nettoyage pour canalisation, un défaut d'information concernant les risques de réactions chimiques : condamnation pour faute caractérisée.

La jurisprudence est tout de même assez réticente à expliciter la notion de faute caractérisée, ou moins à la délimiter davantage.

Décision 9 juin 2009, rejet de la chambre criminelle : décès d'un enfant due à la chute d'un panneau d'affichage instable sur un chantier interdit au public mais le non accès n'était pas sécurisé. Le délégataire est poursuivie. On considère qu'il n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombent au vu de ses compétences, il a commis une faute caractérisée d'une particulière gravité en sa qualité de coordonnateur de sécurité.

## **Le cumul de responsabilité en cas de pluralité des personnes poursuivies**

C'est une question qui en pratique est assez complexe, qui intéresse principalement la faute non intentionnelle. Dans ce cas le régime juridique est très complexe : peut-on cumuler les responsabilités, par exemple celle du dirigeant et du délégataire? Entre le décideur et l'auteur matériel de l'infraction.

Cumul entre délégant et délégataire : a priori le cumul est exclu puisque la responsabilité est alternative. Mais, il y a des questions sur lesquelles des exceptions demeurent, c'est notamment le cas, dans l'affaire du talc morange. Dans ce type d'affaire, c'est à dire un produit qui a entraîné des morts chez des bébés, on avait des poursuites engagées contre des

décideurs et des personnes ayant reçu des délégation. Le directeur de la sté vendeuse : il avait commis pour le Parquet une faute de négligence en ce que l'information sur le caractère toxique était insuffisante et la mise en garde sur l'emploi de ce produit absente. Poursuite contre le DG de la sté qui a fait le talc : faut de négligence pour absence de contrôle et analyse de al matière première et du produit fini. Enfin contre le DG de la sté qui a préparé le prototype. Enfin poursuites contre le directeur technique de cette dernière sté, pour négligence en ce qu'on a constaté une mauvaise organisation du service de contrôle de la production. Le délégataire va également être poursuivi pour négligence dans le sens d'une mauvaise organisation du service. Sur ces 5 personnes, 4 vont être condamnés : le 1<sup>er</sup> dirigeant a été relaxé car on a considéré qu'en soit le produit n'était pas dangereux; le délégataire a été poursuivi et condamné au même titre que els autres. C'est une décision discutable.

Cumul entre décideur et auteur matériel :  
Juridiquement, le cumul est possible, la Cour de cassation l'a toujours admis dans son principe : la responsabilité pénale du chef d'entreprise n'exclue pas nécessairement celle de la personne qui aurait commis une faute personnelle. Encore faut-il que la faite du subordonné soit nettement caractérisé, plutôt dans l'hypothèse d'une infraction intentionnelle. La responsabilité du chef d'entreprise se cumule rarement avec celle du préposé.

## 2- La responsabilité pénale des personnes morales :

### *a- Les personnes :*

On exclu l'Etat et les collectivité territoriales.

Observation sur les personnes morales de droit privée. Toute forme d'entité personnifiée. Il va y avoir toute une série de groupements qui ne sont pas visées par l'article 122-2 du CP. On exclu toute forme de société en participation car elles ne sont pas personnifiées. Toutes les formes de société sont visées. La nationalité de la personne morale n'a pas d'importance dès lorsque l'infraction est commise par une société française ou qu'un de ses faits constitutifs s'est produit sur le territoire national. Un groupe de société n'a pas de personnalité juridique. Il faut apporter la preuve de la responsabilité morale de chaque société composite. La difficulté aujourd'hui, c'est la situation des société qui établissement leur siège dans un Etat de l'union, crée leur filiale dans un autre de l'union et éventuellement en dehors de l'union.

Les questions que l'on peut se poser à l'égard des société concerne plutôt la question de la société qui a disparu : fusion, absorption par une autre, également l'hypothèse de la dissolution.

121-1 responsabilité individuelle personnelle / 121-2 responsabilité des personnes morales. Lorsqu'une personne physique meurt, les poursuites

s'arrêtent. A priori pareil pour les personnes morales. Mais il peut y avoir des arrangements pour que les poursuites en cours ne puissent proposer.

Hypothèse de la fusion, de l'absorption : la sté perd sa personnalité juridique. Les juridictions de fond ont souvent considéré que la société absorbante devenait responsable pour les fautes de l'absorbé. Soit on parlait de substitution. Soit on disait qu'il y avait transmission du droit, des biens, de obligations et donc également de tout l'aspect pénal. La chambre criminelle a toujours cassé ces décisions du 14 octobre 2003 : elle invoque l'article 121-1 du CP, la responsabilité pénale individuelle qui vaut même si on est une personne morale. Cassation au motif que la Cour d'appel en décidant que la sté absorbante avait continué la personnalité juridique de la sté absorbée, la juridiction a méconnu le principe de 121-1. Aujourd'hui, pas de solution. Tout du moins pas celle-là. Il y a d'autres possibilités : des institutions qui peuvent déclarer le procédé illicite pour fraude à la loi.

L'hypothèse de la dissolution : une réponse assez similaire. Pendant la période de liquidation de la société, une procédure judiciaire est mise en place. Il y a possibilité de poursuivre le processus dès lors que le point de départ a été engagé dès lors que la personne existait / si après liquidation, plus rien est possible car il y a extinction de la personnalité juridique. Ces situations sont considérées comme assez insatisfaisantes par le législateur.

#### *b- Les infractions:*

Jusqu'à la fin de 2005, on applique le principe de spécialité et depuis le 1<sup>er</sup> 2006 : principe de généralité, sauf exception prévue par la loi. Il y avait des infractions oubliées ou non prévues et qui aujourd'hui sont visées.

#### *c- Conditions d'engagement de la responsabilité :*

L'infraction doit être commise par un organe représentant et pour le compte de la personne morale. Ces conditions sont cumulatives. Il faut ici reprendre en quelques mots la question de la causalité directe ou indirecte et puis il faut évoquer la question de la personnalité de la personne physique préalable à la responsabilité de la personne morale.

121-3 : l'al3 vaut pour toute personne / l'al4 ne vaut que pour les personnes physiques. Cette disposition nouvelle dans l'article 121-3 a sans doute permis à la jurisprudence de prendre un peu de recul par rapport à sa jurisprudence première où elle avait du mal à détacher la responsabilité de la PP de celle de la PM.

1<sup>ère</sup> décision : décembre 97, la chambre criminelle reproche aux juges de fond de ne pas avoir recherché si le DG de la société avait eu personnellement connaissance de l'inexactitudes des faits relatés dans les attestations de faux : système de responsabilité pénale directe ou par ricochet. Les juridictions de fond étaient plus audacieuses, plus souples.

La jurisprudence change à partir de 2006 : la Cour de cassation semble basculer pour appliquer la théorie de la responsabilité autonome, la chambre

criminelle n'exige plus de rechercher l'existence d'une faute de la PP, non plus d'identifier cette PP. La première décision date du 26 juin 2007 : un ouvrier blessé, poursuite de 2 sociétés, une sous-traitante et une charge de la maîtrise d'œuvre et de la sécurité; la question était de savoir si l'absence d'identification de la PP susceptible d'avoir commis une faute d'imprudence peut-elle engager la responsabilité pénales de la société en charge de la sécu? Si les juges ont déclaré cette dernière coupable de blessure involontaires sans préciser l'auteur de la négligence, cette infraction n'a pu être commise pour le compte de la PM que par ses organes ou représentants; En 2008 l'affirmation est plus forte, il s'agissait d'une infraction intentionnelle, jurisprudence du 25 juin 2008 : faux en écriture, les sociétés sont poursuivies et condamnées, elles invoquent l'intentionnalité de l'infraction qui devrait exigé du juge d'identifier la PP ayant commis le délit. La chambre criminelle rejette ce moyen : les infractions retenus s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent avoir été commise pour el compte des sociétés que par leurs organes ou représentants. Donc : renversement de jurisprudence, car des cas où responsabilité pénale engagée peu important l'identification de la PP responsable.

## **II- Sanctions :**

Emil Durkeim, sociologue, distinguait deux grandes catégories de sanctions : les répressives qui vont avoir pour objectif de créer une douleur, une souffrance, physique ou morale; Il distinguait ces sanctions des sanctions rétribuiez, qui consistent plutôt à une remise en état, un rétablissement des rapports.

Aujourd'hui, cette distinction aussi tranchée n'est plus vraiment observable, d'abord parce que le législateur a diversifié les sanctions pénales, au point que certaines peines ne ressemblent pas à des peines(ex: dispense de peine). Aussi parce que on a développé en France et dans d'autres pays, des sanctions administratives à fonction répressive : sanctions pécuniaires par l'administration, certaines privations de droit par un juge pénal ou autre). Ces sanctions administratives ne sont pas toujours facile à distinguer des répressives, on les dits sanctions quasi répressives ou quasi pénales, lesquelles jouent un rôle important en droit des affaires.

### **A- Sanction quasi pénale :**

Ce n'est pas une particularité française, c'est en développement important au sein de l'UE.

#### **1- En droit de l'UE :**

Deux hypothèses sont à envisager :

La première est une hypo où la répression est communautaire. On a du droit de l'union qui définit le comportement qui doit être respecté, les procédures à respecter et enfin définition des sanctions. Le droit de l'union a une compétence importante, mais il ne possède pas l'imperium, le pouvoir de faire respecter les décisions prises par les institutions de l'union. Le domaine caractéristique de cette question est le droit de la concurrence; dans ce domaine là il y a des textes généraux et aussi des atteintes à la réglementation de la BCE. En droit de la concurrence, il y a des textes très connus, articles 81 et 82 du TCE, aujourd'hui 101 et 102 du TFUE. Ces articles définissent la notion d'abus de position dominante et la notion d'entente, hypo de pratiques anticoncurrentielles. Aussi article 83 TCE, devenu 103 du TFUE prévoyant la mise en place de règlement, directives, pour appliquer les principes prévus aux articles 81 et 82.

Aussi, le règlement I-2003 qui a repris un ancien règlement 17-62, règlement d'application des principes évoqués aux articles 81, 82 et 83. L'article 23 du règlement I-2003 prévoit un pouvoir de sanction conféré à la commission européenne qui peut prononcer des amendes soit parce que l'entreprise ne répond pas aux questions de la commission, volontairement ou par négligence, entrave à la commission européenne. L'amende ne peut être supérieure à 1% du chiffre d'affaire. La commission doit tenir compte de la gravité de l'infraction, de la durée, de l'élément intentionnel, de l'éventuelle récidive de la société. Mais à la fin de cet article 23, paragraphe 5 : il est dit que les décisions prises dans le cadre des deux premiers paragraphes ne sont pas un caractère pénal.

Un règlement adopté en 1989, modifié en 2004, on s'y intéresse au contrôle des concentrations. La commission européenne est gardienne des traités, elle est divisée en différentes directions, comme la direction de la concurrence qui a une police administrative. L'office de lutte antifraude est l'organe de la direction de la concurrence qui peut aller visiter les entreprises, demander des documents utiles, demander à l'Etat de faire procéder à des perquisitions, confrontations.... Il ne peut exercer de contraintes. A la fin de l'enquête, la commission prend une décision qui peut faire l'objet d'un appel devant le tribunal de première instance et d'un pourvoi devant le CJCE.

Règlement BCE. Les amendes infligées par la BCE le sont en exécution de l'article 132 TFUE, relié au règlement du 23 novembre 1998. On retrouve le même vocabulaire; elle peut prononcer des amendes inférieures à 500 000 euros, des astreintes, comme la commission. Tout cela n'est pas pénal.

2<sup>ème</sup> système où la répression est mixte : infraction et sanction communautaire, mais la mise en œuvre est nationale, on va donc ici également faire intervenir le juge pour à la fois dire le droit et mettre en place l'imperium. Ce système existe depuis longtemps dans de nombreux domaines. On va s'intéresser au domaine PIF (protection des intérêts financiers) : une convention et un règlement, 2 textes fondamentaux.

Convention de juillet 1995 pour la protection des intérêts financiers de la

communauté

Règlement de décembre 95 qui intéresse le domaine quasi pénal, complémentaire de la convention.

La convention demande aux Etats de mettre en place la responsabilité pénale des entreprises dans ce secteur, la mise en place de mesures relatives à l'extradition, aux poursuites... On est dans le champ pénale. Mais c'est une convention et chaque Etat se garde le droit de dire oui ou non au texte. \*

Le règlement de 95 est de ce fait directement applicable, ce ne sont pas des mesures pénales, mais ce sont de dispositions qui s'en rapprochent et qui imposent aux Etats de prendre des mesures contraignantes, de faire en sorte que els irrégularités constatées soient effectivement réprimées dans chacun des Etats.

Les deux ensembles font que la protection des intérêts financiers de l'Europe est verrouillé.

## 2- en droit interne :

En droit interne, le principe d'émettre des sanctions administratives a été très critiqué par la doctrine qui y a vu plusieurs objections et notamment que sont objet n'est pas purement administratif, ce qui lui donne une couleur répressive. Le principe même du prononcé d'une sanction par l'administration a été retenu par le Conseil constitutionnel et par la CEDH, ce qui lui donne une certaine assise.

Le Conseil constitutionnel se prononce dans le domaine fiscal et ce sur terrain, il admet le principe d'une sanction extra pénale mais il ne apparait pas tout à fait convaincu, un peu hésitant. En 87, le Conseil constitutionnel est à nouveau saisi sur une question de contentieux de la concurrence, il s'agissait d'un transfert de compétence du juge à ce conseil. Le conseil ne remet pas en cause le pouvoir de l'autorité administrative mais il admet que , mais surtout el législateur souhaite unifier les règles de compétences. Les dates importants pour le Conseil constitutionnel c'est 87 mais surtout 89. En 89, dans le domaine de l'audiovisuel, possibilité de transfert de compétence au CSA s'il n'y a pas atteinte à al séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs; Dans le domaines des marchés financiers : possibilité de sanctions administratives répressives à propos de la COB, qui était soumise à une obligation d'impartialité et de déontologie. Possibilité de transfert de compétence à cet organisme dans la mesure où ça ne pote pas atteinte à la séparation des pouvoir. La Conseil constitutionnel st encore plus net en admettant la possibilité de sanctions administratives répressives à propos de la COB soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aussi de déontologie.

La Convention de Strasbourg s'est prononcé sur la question : dans la convention de sauvegarde on aborde pas la question des sanctions répressives. En 76, la Cour juge que les états peuvent, dans l'accomplissement de leur rôle de gardiens de l'intérêt public, de maintenir

ou établir une distinction entre droit pénal et droit disciplinaire. L'Etat peut donc avoir un peu d'imagination. La Cour va tout de même considérer qu'elle a un rôle à jouer, elle s'estime compétente sur la base de l'article 6 de la CESDH pour vérifier que tout ce qui est extra pénal n'empiète pas sur le pénal. L'idée est d'empêcher une éventuelle fraude à la Convention.

En 94, pour permettre à la Cour de procéder à une vérification, la Cour européenne a eu l'idée d'étendre la notion de pénal avec la qualification pénale à des catégories de sanction certes répressives mais extra pénales.

Les mesures qui font l'objet de cette vérification sont tout ce qui relève du disciplinaire, il y a également les mesures de régulation, tel des recommandations, des mises en gardes et des sanctions répressives en tant que tel qui sont pour la plus part pécuniaires.

Il peut y avoir cumul entre sanction de l'autorité administrative et sanction prononcée par le juge pénal.

#### *a- Le cumul des sanctions pénales et administrative*

Il y a certains Etats comme l'Allemagne ou comme l'Italie qui ont utilisé la sanction administrative comme outil de dépenalisation. En France, le système est un peu différent, dans beaucoup de situations les 2 formes de sanctions coexistent, le point de départ étant qu'il y a un principe de séparation des deux autorités, d'indépendance de ces 2 systèmes. Parfois la loi le précise, mais al plus part des textes ne disent rien et il y a une superposition de ces questions là.

#### Le fonctionnement du cumul :

Parfois els poursuites administratives et la sanction sont antérieures à al procédure pénale, parfois parce que al sanction administrative est une sanction provisoire et parfois c'est l'autorité administrative qui est saisie et elle se rend compte qu'il y a une infraction pénales et peut saisir le juge judiciaire. Parfois al sanction administrative est prononcée par le juge pénal en même temps qu'il prononce la peine. L'administration fiscale peut intervenir en soutient de l'action publique. Elle va demander la condamnation solidaire du prévenu aux pénalités fiscales. Aujourd'hui, la sanction pénale conserve son caractère indemnitaire, mais elle a tout de même un aspect plus répressif qu'indemnitaire.

Quoi qu'il en soit qu'elles se succèdent ou soient simultanées, le principe est le cumul, même si en pratique, on se rend compte que el cumul n'est pas si fréquent. La raison essentielle est due au comportement de l'administration qui a un pouvoir important de diffusion des affaires au près des juridictions pénales. Elle a un pouvoir d'enquête important dans le secteur économique. L'autorité des marchés financiers peut contrôler les sociétés. Ces autorités ont plus d'informations. Elles filtrent elles mêmes les affaires qu'elles renvoient au juge judiciaire. Il est souvent arrivé que ces autorités administratives décident de ne pas transmettre les informations utiles. En fait, elles décident pour les autorités judiciaires. Certaines parlent de



monopole de l'administration. Il y a des manquements aux règlements adoptés par l'autorité des marchés financiers : manquement relatif à l'utilisation d'une information privilégiée (exploitation abusive d'une information obtenue facilement du fait de la profession), manquement relatif à l'information du public. L'AMF peut sanctionner sur la base de ces manquements. / Sur le versant pénal, on ne parle plus de manquement mais d'infraction. On va parler d'exploitation abusive d'informations privilégiées, il y a une parenté proche avec le manquement sus mentionné. Aussi l'infraction de fausse information. Le juge pénal peut sanctionner le contrevenant, le délinquant à des peines pécuniaires similaires aux possibilités ouvertes à l'AMF avec une privation de liberté que l'AMF ne peut prononcer.

On voit une violation du principe non bis in idem : une même personne ne peut être jugée deux fois pour les mêmes faits, principes connus tant au niveau national qu'au niveau de l'union européenne.

Le conseil constitutionnel a précisé que ce principe ne s'appliquait lorsqu'il y avait de procédures différentes et que les sanctions étaient de type différent. La seule règle à respectée était relative au montant de la sanction pécuniaire : le cumul des deux amendes ne pouvait dépasser le plafond légal ou la plus haute somme des deux amendes.

Une loi du 2 juillet 96 a clarifié tout ça. Avant 96, la COB prononçait une sanction et si elle atteignait le maximum de ce qu'elle pouvait faire, les poursuites pénales ne permettaient pas aux juges de prononcer une sanction, mais seulement une dispense de peine. La loi de 96 va insérer une nouvelle disposition dans le texte. Il y a une sorte d'imputation de la sanction pécuniaire sur l'amende prononcée par le juge. Le juge peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce.

Le dépénalisation partielle ou totale :

Une remarque sur le transfert de fait de l'appréciation de l'opportunité des poursuites : il y a un tel transfert du judiciaire vers l'administratif. Les infractions dans le domaine des affaires sortent assez peu. On peut dire qu'il y a eu un pic dans les années 90, lequel a décliné à partir des années 2000. Il y a aussi le chiffre noir entre les infractions commises et celles faisant l'objet d'une déclaration à la police. Ce qui est plus inquiétant, c'est le chiffre gris entre ce qui est constaté par les autorités de police et ce qui va être jugé, tout cette déperdition. Il y a un chiffre gris entre les informations recueillies par les autorités administratives et celles transmises aux juges. Explications : d'abord les prérogatives de certaines administrations : l'administration fiscale peut transiger avec certains délinquants. L'intérêt est double : l'administration est sûre d'être payée vite et la personne est sûre de ne pas passer devant le juge, donc pas de frais de justice, pas d'amendes... 2<sup>ème</sup> motif : la rétention de dossier par l'administration. En raison de ce chiffre gris important, la justice ne peut pas faire son travail dans de bonnes conditions.

Une remarque sur le transfert de droit : en France, il pose des difficultés car en France, il n'y a pas de droit commun de la sanction administrative. Le

législateur fait toujours du coup par coup et il est nécessaire de préciser à chaque fois le régime juridique... Il y a des cas de figure de dépenalisation et à ce moment là, la sanction est civile, administrative et dans les cas de dépenalisation pure et simple, le juge pénale n'intervient plus, l'exemple topique est celui de la dépenalisation des questions relatives à la concurrence en France. Il y a tout de même des pratiques anticoncurrentielles qui ne sont pas dépenalisées et qui sont transférées dans le Code de commerce.

*b- Les garanties de mise en œuvre des sanctions administratives :*

Sur ces questions là, on retrouve encore des principes généraux du droit commun, qui ont été dégagées soit par des instances de droit interne, soit par des juridictions européennes. L'ensemble de ces principes ont été repris par les autorités administratives ou le juge judiciaire. On voit se dessiner une véritable théorie d'ensemble des sanctions administratives. Il y a un véritable corpus de garanties devant être respectées par les autorités administratives.

Remarques sur le fond :

Le principe de la légalité des sanctions : les autorités administratives doivent appliquer les sanctions prévues par les textes qu'elles ont en charge d'appliquer.

Principe de non rétroactivité.

Principe de proportionnalité des sanctions aux manquements constatés. Aujourd'hui, dans le code de commerce, à l'article L464-2, le principe est rappelé, les sanctions pécuniaires sont proportionnées à ...

Règle non bis in idem : dans une affaire relative au CSA, le conseil constitutionnel avait décidé qu'un même manquement ne pouvait pas donner lieu à plusieurs sanctions. Mais on est dans le domaine spécifique de l'audiovisuel. En matière financière, la règle est différente selon le Conseil constitutionnel, puisqu'elle considère qu'il y a une procédure pénale, une administrative et donc simplement une question du cumul et de ce point de vu, le conseil constitutionnel de veiller à rééquilibrer les sanctions et donc de veiller à respecter le principe de la proportionnalité.

Al chambre criminelle ne se soucie pas de la question de la double condamnation dans le domaine fiscal, pour cela elle se fonde sur un protocole n°7 où on pose le principe d'application de non bis in idem mais la France a émis une réserve à ce protocole : seule les infractions de la compétence des juridictions pénales doivent être regardées comme des infractions. Cela lui a permis dans une décision du 11 novembre 97 de rejeter un pourvoi qui invoquait ce principe et se fondant sur cette réserve, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi, l'interdiction d'une double condamnation ne trouve pas à s'appliquer car il y a deux aspects dans les sanctions prononcées contre ces personnes : administratives et pénales.

La CEDH, dans les mêmes années écartait l'application du principe non bis in

idem. Dans une affaire Ponsetti c/ France : 2 requérants poursuivis pour infraction fiscale, et il sont condamnés à une amende fiscale et une pénale. Ils exercent un recours devant la Cours EDH qui va la rejeter : ce sont des infractions distinctes, l'une sanctionnant le défaut de déclaration dans les délais prévus et la pénales incrimine le caractère volontaire de cette omission.

Remarques sur la procédure :

Des questions ont été soulevées devant certaines autorités administratives et là encore les garanties viennent de ce qui était imposé au juge judiciaire.

Le conseil constitutionnel a énuméré dans la fin des années 80, les principes procéduraux qui devaient être respectés par ces autorités.

En 89, le conseil constitutionnel a ainsi jugé que el respect des droits de la défense faisait obstacle à ce que la COB, aujourd'hui l'AMF, puisse à l'égard d'une personne et s'agissant des mêmes faits concurremment, d'une part exercer les pouvoirs de sanctions qu'elle détient et d'autre part exercer tous les droits de la partie civile. Il y a incompatibilité, on en peut être juge et partie.

Les Cours européennes vont dans le même sens. La cours de Luxembourg a à de nombreuses reprises sanctionnées les décisions prises par la commission européenne. La CJCE est intervenue à plusieurs reprises en droit de la concurrence soit parce que les sanctions étaient trop fortes ou disproportionnées. Dans un arrêt Pioneer du 7 juin 83, elle a affirmé que le respect du droit de la défense constitue un principe fondamentale du droit communautaire qui doit être observé par la commission dans ses procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions en application du traité.

La Cour de Strasbourg a évoqué ces questions.

Prescription juridictionnelle des Cours suprêmes française :

On s'intéresse aux garantie procédurales. La première question relève du principe d'impartialité et d'auto saisine des organes investi d'un pouvoir de sanction. Jurisprudence CE, Octobre 200Habank Ltd : la commission bancaire va ouvrir une enquête, une procédure disciplinaire à l'encontre de cette banque. Elle décide de sanctionner la banque par un blâme et une amende. La banque va alors exercer un recours devant le CE. Le requérant critique al commission. Il estime qu'il y a eu une saisine d'office doublé d'une sanction par la même instance. Il y a violation du principe d'impartialité. Le CE va pour al première fois devoir se prononcer sur cette question qui relève de l'art 6-1 CDEH et sa réponse vaut pour tout organisme administratif qui peut être qualifié de tribunal en raison de sa nature, de sa composition et de ses attributions. 1<sup>ère</sup> affirmation du CE : l'auto saisine est en soi acceptable et n'est pas contraire aux dispositions de la CESDH. 2<sup>ème</sup> : il rappelle l'exigence d'impartialité en rappellent qu'elle s'apprécie de façon objective. Il faut que l'organisme en question offre des garanties suffisantes pour qu'il n'y ai aucun doute sur son impartialité. Pour ce, il faut que cet organisme administratif

face apparaitre avec précision les faits à l'origine de cette saisine, être transparent. Il doit aussi faire apparaitre de façon claire la qualification juridique des comportements visés et exclure toute expression qui pourrait faire croire que les personnes visées sont présumées coupables. Cette décision du CE a été annulée parce que justement la juridiction administrative avait considéré qu'il y avait méconnaissance de l'impartialité, les faits étaient tenus pour établis et la commission bancaire avait pris partie sur la qualification juridique des faits. Cette solution a été saluée par la doctrine car elle conserve aux organismes la faculté de cette saisine mais en même temps, la commission bancaire et tout autre organisme administratif doit précéder les modalités d'exercice de la saisine. La 2<sup>ème</sup> question est relative à la séparation des fonctions, au principe d'indépendance de ces organismes. Il y a deux décisions.

Assemblée plénière Cour de cassation, 5 février 99 a décidé que un membre de l'autorité des marchés financiers nommé rapporteur, chargé de l'instruction ne peut pas ensuite participer aux délibérés de l'organe sans violer le principe européen de séparation des fonctions.

Arrêt Cour d'appel Paris, 7 mars 2000 va préciser les données du pb, et ça va entraîner un mouvement de réforme dans le secteur des marchés financiers : plusieurs sociétés, la société DAPTA, la société LAFA et la société MDV. DAPTA et MDV sont liées puisque MDV est une filiale de DAPTA. DAPTA fait l'objet d'une prise de contrôle par IFI et ça va lui permettre de mettre en place une politique de croissance externe importante. LAFA est une filiale de Pineau Printemps qui veut céder ses filiales et LAFA change de groupe, elle va être rachetée par MDV, filiale de DAPTA. DAPTA organise une AG exceptionnelle de ses actionnaires et l'AG va autoriser le CA de la société à procéder à un emprunt d'obligations. Pour cela, il y a une procédure à suivre : la sté doit rédiger une note d'information qui va être communiquée au public. Dans cette note d'information il doit y avoir des renseignements précis sur l'émission d'emprunt et sur les comptes consolidés de la sté et la consolidation des comptes s'effectue par des Commissaires aux comptes qui doivent authentifier les comptes de la sté. Va intervenir la sté KPNG, laquelle certifie du caractère sain de la sté, cette note est diffusée au public et transmise à la commission des opérations de bourses. La commission des opérations de bourses va décider d'ouvrir une enquête, elle est assez sceptique sur la certification des comptes telle qu'effectuée par KPMG. Ouverture d'une enquête pour sanctionner ces sociétés. La COB sanctionne l'ensemble de ces personnes pour manquement aux obligations d'informations du public. Elle va estimer que certains ne sont pas précis d'autres non sincères. Donc atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs. KPMG et certains commissaires exerçaient leurs fonctions pour DAPTA mais aussi pour LAFA. Les commissaires avaient intégré des éléments d'actifs de LAFA dans les comptes de DAPTA. Ils ont été condamnés. Les personnes ont exercé un recours non motivé sur des questions de fond mais de procédure : séparation des pouvoirs à l'intérieur de la COB.

A cette époque, l'enquête était effectuée par les agents de la commission

(COB). Quand la décision d'ouverture d'une procédure est acquise, les mêmes agents continuent leurs investigations et font un rapport par lequel les concernés sont avisés des griefs. En même temps le Président de la COB désigne un rapporteur pour mettre l'affaire en l'état d'être jugé et le rapport était soumis à la commission toute entière en présence de la personne mise en cause. Donc tout le monde participait à tout. Lors du délibéré, le rapporteur était tout de même exclu. Lorsque la Cour d'appel examine l'affaire, elle se pose 2 questions : d'une part la violation ou non du principe de séparation des fonctions. Rien est indiqué dans les textes qui prévoient cette procédure, la Cour d'appel va examiner les faits et se rend compte que certains agents de la COB ayant participé à l'enquête préalable puis à l'enquête ont également participé aux délibérés. Elle estime que les craintes du défendeur sont justifiées et annule la décision pour défaut d'indépendance et d'impartialité. La Cour d'appel peut-elle juger en lieu et place de la COB? Selon les faits, le vice procédural a existé dès le départ et en conséquence aucun élément actuel ne permet à la Cour d'appel d'évoquer l'affaire et de rendre une décision en conséquence.

Le 20 mars, le Président de la COB rend un communiqué où il explique que la COB engage un projet de réforme de sa procédure de sanction et suspend toutes les procédures en cours et tout ce qui peut être du ressort répressif est transmis au judiciaire. Rapidement 2 décrets vont être pris le 1<sup>er</sup> août 2000 : à partir de là, la COB va être composée d'un Président et un Directeur général qui a une compétence d'attribution et notamment un pouvoir d'initiative. Ce domaine réservé au directeur général semblait permettre à la COB que la nouvelle procédure correspondait aux prescriptions de l'assemblée plénière de 99/

Mais la Cour d'appel de Paris va annuler une décision de sanction au motif qu'aucune des décisions de l'autorité ne précise les noms des membres ayant participé aux délibérés. Ne pouvant vérifier ces identités la Cour d'appel ne peut pas contrôler que les décisions ont été rendues dans le respect des principes fondamentaux.

Tout cela a provoqué l'adoption d'une loi du 1<sup>er</sup> août 2003 et donne un nouveau nom : AMF. 2 composantes principales : le collège et la commission de sanction. Quelques enquêteurs vont procéder à une enquête par sondage. A partir de là, le collège va décider l'ouverture d'une procédure de sanction et transmet les griefs de la personne en cause à la commission dans les sanctions. La commission désigne un rapporteur qui rédige un rapport écrit, la procédure est contradictoire, la personne contre qui la procédure est dirigée parlera en dernier. Enfin, la commission statue par une décision motivée et participe à ce délibéré les membres de la commission mais pas le rapporteur ni le représentant du collège.

## **B- Les sanctions pénales :**

Le législateur a prévu un aménagement du droit commun. Les sanctions ne sont quasiment jamais criminelles. Toutes fois les circonstances

aggravante peuvent modifier les incriminations. Il y a des circonstances aggravantes générales : ex article 132-79, hypo de l'utilisation d'un moyen de cryptologie pour commettre un crime ou délit ou en facilité la préparation. Il y a une disposition particulière qui est assez réduite, c'est la question du repentir. Cette circonstance aggravante ne s'applique soit sur décision de l'autorité judiciaire soit sur décision de l'autorité administrative à celui qui va remettre la version claire des messages chiffrés.

### 1- Peines principales :

Applicables aux PP :

Emprisonnement : max 10 ans pour els plus graves notamment en matière de blanchiment ou corruption et 6 mois pour els moins graves telles les infractions en matière d'urbanisme.

Peines alternatives : interdiction d'émettre des chèques, immobilisation des véhicules...

Peines pécuniaire : depuis 94 l'amende est exprimée par un maximum. On trouve encore quelque fois l'ancien système, la fourchette. Pour les incriminations qui existante hors CP, l'amende représente la peine la plus encourue et surtout la plus fréquemment prononcée. Cette double particularité s'explique par un souci législatif d'efficacité. Le meilleur moyen d'éviter la réside, c'est de faire en sorte que commettre des actes de délinquance lui coute plus cher. Il y a aussi dans le domaine des affaires des sanctions pécuniaires proportionnelle à l'infraction commise. Ces amendes sont évaluées par cf à la valeur de l'objet de l'infraction, au dommage causé, profit réalisé. Le juge peut prononcer des peines alternatives à l'amende. On retrouve les mêmes que celles existant lorsque la peine principale est l'emprisonnement.

Applicables aux PM :

l'amende est la peine principale la plus souvent prononcée. Elle se fonde sur le montant que l'on peut prononcer à la PP, que l'on multiplie par 5.

#### Les peines complémentaires

Se sont des peines devant être expressément prévu pour chaque incrimination, et expressément prononcées par le juge. Il peut ne pas les prononcer et ne doit prononcer que celles prévues par le texte. Ces peines sont en principe facultatives. Certaines, telle la confiscation sont obligatoire. D'autres sont automatiques. C'est la particularité de certaines incriminations.

Les interdictions professionnelles : elles existent pour les PM et les PP. Elles sont le plus souvent temporaires. Cette peine peut porter sur l'activité professionnelle sociale, mais aussi sur toute autre activité professionnelle ou sociale, qui définit par la loi, réprime l'infraction.

La confiscation : elle porte sur la chose objet de l'infraction + sur tout

objet mobilier défini par la loi ou le règlement. La confiscation peut être ordonnée en valeur. Le produit est dévolu à l'Etat, sauf disposition contraire. Il est des cas de restitution à la victime mais c'est rare car cela pose des difficultés. Il y a des frais par exemple pour cette restitution. Parfois le produit de la confiscation doit être détruit. C'est le cas de la contrefaçon. La confiscation est une peine délicate à mettre en place. Il s'agit d'une simple peine lorsqu'elle porte sur des objets dont la possession est licite (voiture, ordinateur). La confiscation a pour but unique de sanctionner le délinquant. Comme c'est une peine, il y a des conséquences préjudiciables pour les tiers. Il peut s'agir d'une mesure de sûreté tenant compte de la dangerosité du bien.

En matière de contrefaçon, la confiscation peut être prononcée par le tribunal. En ce cas la, le tribunal décide soit de la destruction des biens, soit par exception, de la remise au propriétaire des marchandises contrefaites. La victime qui récupère la marchandise peut quand même demander la réparation du dommage subi. Il n'y a pas de lien. La mesure de confiscation peut être extrêmement rigoureuse en pratique. La cour de cassation intervient alors afin d'éviter une trop grande disproportion entre la peine prononcée et l'infraction commise. Exemple : infraction : omission de demande d'autorisation administrative. Peine de confiscation : milliers d'euros. A chaque fois la chambre criminelle censurait la décision des juges du fond.

L'UE a adopté une décision cadre relative aux mesures de gèle (=mesures conservatoires pouvant être utilisées à titre probatoire) et de saisie de gains de crime. Les Etats doivent prévoir dans leur ordre interne des dispositions permettant le gèle des biens dans un Etat, avant que l'Etat propriétaire du bien ne le réclame et en demande la restitution. Cette décision a été transposée en France en le CPP. En pratique ces textes sont difficiles à appliquer. On ne sait pas confisquer le bien, mettre en place de mesures permanente permettant de restituer le bien à l'Etat étranger.

Les mesures de publicité : le pouvoir de la pub a un rôle non négligeable. Régulièrement, les gens d'affaires qui sont soumis à cette peine engage des actions contre cette pub. Le tribunal peut exiger une publication, un communiqué. Cette publication est à la charge du condamné et n'existe plus en matière contraventionnelle.

Conclusion sur les peines accessoires : peines automatiques applicables même si le juge ne les prononce pas. Elles ont disparu du CP en 94. Une loi du 1<sup>er</sup> février 94, pour harmoniser l'ensemble de ces peines a transformé ces peines accessoires en peines complémentaires. Il y a eu un problème d'interprétation de cette loi en lien avec la question de l'application de la loi

dans le temps. L'abrogation des peines accessoires valait pour l'application des peines antérieures à 94, étaient-elles supprimées, ou encore fallait-il les transformer toutes en peines complémentaires. La loi n'est pas claire sur ce passage. La chambre criminelle a résisté longtemps à ce changement. Elle décidait que les peines accessoires devaient rester accessoires. Il a fallu l'assemblée plénière de 200 pour harmoniser le système : toutes les peines accessoires antérieures devaient devenir complémentaires. Il y a par exception quelques peines accessoires qui existent encore dans le Code monétaire et financier.

Observation sur le rôle du juge : il a un pouvoir important en matière de prononcé des peines. La loi va l'inciter à prononcer des peines alternatives à l'emprisonnement. Les Avocats ont aussi un rôle assez important : absence de connaissance précise du panel des sanctions applicables.

## **Chapitre 2 : Les dispositions procédurales spécifiques au droit des affaires**

Le droit pénal des affaires, du point de vue procédural obéit en générale aux règles communes. Toutes fois il y a des spécificités liées à la qualité des personnes, la complexité des litiges...

### **Section I : les conditions du procès :**

Les infractions au droit pénal des affaires sont difficiles à détecter et les montages financiers difficiles à comprendre. Il est nécessaire de recourir à des autorités spécifiques qui auront les moyens de s'intéresser à ces techniques extrêmement pointues. Afin de faciliter la poursuite, on a également prévu un certain nombre de moyens que l'on a pris du droit commun.

#### **I- Les autorités compétentes :**

Elles sont multiples : pénales, spécialisées, administratives... on les a créés dans certains domaines, c'est la question des AAI. Elles peuvent être à la fois administratives et européennes, c'est la création de l'OLAF (office de lutte anti fraude) qui a un rôle exclusif dans le domaine des affaires.

#### **A- Les juridictions spécialisées :**

Le principe a depuis très longtemps été discuté en droit des affaires.



Depuis l'apparition du code, on se demande s'il ne faut pas créer dans ce domaine des juridictions spécialisées. Il faut attendre la fin du 20<sup>ème</sup> siècle : loi du 6 août 1975, premier texte législatif qui traite de juridiction spécialisée en droit des affaires. Le modèle est ici allemand. Dans les années 70 la question est cruciale : poursuites insignifiantes, sanctions faibles... La loi de 1975 va intégrer un titre 13 dans le Code pénal. Cette pose le principe de la spécialisation des juridictions : dans chaque Cour d'appel, un TGI devient compétent pour instruire et juger des infractions visés à l'article 704 : blanchiment corruption, délits douaniers, en matière d'impôt, de société, dans les domaines de l'urbanisme... Il faut que ces infractions apparaissent d'une grande complexité. Il faut ajouter que cette compétence attribuée à ce TGI est subsidiaire, c'est à dire que le Parquet peut décider ou non de saisir la juridiction spécialisée. La procédure était lourde;

Le titre 13<sup>ème</sup> du CPP va être modifié par une loi du 1<sup>er</sup> février 94 : on a étendu l'infraction + a permis la création de plusieurs tribunaux par la Cour d'appel pour alléger la tâche des juridictions + suppression de la règle de compétence subsidiaire au profit d'une compétence concurrente. L'affaire peut directement être dirigée vers ces juridictions spécialisées ou vers le Magistrat compétent en droit commun. Compétence de droit commun : tribunal compétent : lieu de commission de l'infraction, lieu d'arrestation de la personne, son lieu de résidence ou siège social. Il peut y avoir un conflit. Dans ce type d'affaire, certains Magistrats peuvent être intéressés par une grosse affaire.

Des règles ont été mises en place pour régler le problème de compétence. La loi de 94 a permis d'alléger la procédure des juridictions spécialisées permettant plus d'efficacité. On s'est demandé s'il pouvait y avoir des recours exercés par les parties au regard de cette organisation. Dans un arrêt du 26 juin 2001, la chambre criminelle a admis que les parties n'étaient pas admises à contester la mise en œuvre des règles de compétences des juridictions spécialisées en matière économique ou financière. Le 23 janvier 2002, elle a précisé qu'en cas d'accord entre les Magistrats, le dessaisissement était automatique et ne nécessitait pas de nouvelles réquisitions du Ministère public. Afin d'améliorer le traitement de ces affaires, une loi du 2 juillet 98 va créer des assistants spécialisés. Il s'agit soit de fonctionnaires de catégorie A ou B qui ont une expérience professionnelle de quelques années et qui vont être détachés de leur corps d'origine pour aider les juges dans son travail de décodage. Ensuite personnes titulaires d'un diplôme supérieur dans le domaine économique, financier et ayant une expérience de quelques années dans ce domaine. Ils viennent principalement de la Banque de France, du domaine de la concurrence ou des Marchés financiers. Ils appartiennent à l'équipe dirigée par le Magistrat.

A partir de 99, on voit apparaître des pôles économiques et financiers. Dans certaines villes, le Ministère de la justice va mettre en place des pôles. L'idée est de concentrer dans un même lieu des moyens logistiques modernes et des personnes d'horizons différents. On a créé de tels pôles à Paris, Marseille, Bastia, Lyon, Fort de France et Lille.

Pour encore conforter ces juridictions et ces pôles, il a été créé une autre fonction, celle d'assistant de justice.

Depuis la loi du 6 août 1975, il y a un 2<sup>ème</sup> texte qui va modifier ce titre 13<sup>ème</sup> du CPP, loi Perben II du 9 mars 2004 : on parle de la procédure applicable aux infractions économiques et financières. Elle ajoute une nouvelle possibilité de saisir des juridictions spécialisées. Ici, on ajoute à la notion de complexité, la notion de très grande complexité : 2<sup>ème</sup> niveau qui va entraîner la compétence d'un TGI qui pourra travailler sur le ressort de plusieurs Cours d'appel. Cette loi permet à la juridiction spécialisée de travailler en dehors de son secteur. Elle est liée au nombre d'auteurs, de victimes ou de complices ou parce que les infractions s'étendent au-delà du ressort de la Cour d'appel. Ces tribunaux spécialisés s'appellent des JIRS (juridictions inter régionales spécialisées). Les JIRS ont une compétence très spécifique. Ces JIRS ne s'intéressent qu'aux affaires économiques et financières. Elles ont une compétence d'attribution. Il en existe dans plusieurs villes de France : Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes et Fort de France. Leur compétence est toujours concurrente avec les autres juridictions selon les règles de droit commun, notamment en matière de compétence territoriale. Lorsqu'il y a un conflit de compétence, le Procureur de la République saisi de l'affaire peut recourir au Collège des Juges d'instruction et leur demander de dessaisir de l'affaire au profit d'une JIRS. Si le Collège accepte, l'affaire s'en va de la JIRS. Mais ce dessaisissement peut aujourd'hui faire l'objet d'un recours. Pour les parties cela peut entraîner des frais importants. Ce recours s'effectue devant la chambre de l'instruction, si les tribunaux concurrents appartiennent à la même Cour d'appel. Dans le cas contraire, la chambre criminelle est compétente pour régler le conflit.

En matière de corruption et de trafic d'influence : compétence concurrente entre le TGI de Paris et le TGI compétent au regard des règles de droit commun car on a considéré qu'il y avait une dimension internationale importante, les informations importantes sont connues à Paris et non dans le ressort du TGI.

Délits boursiers : compétence exclusive du TGI de Paris, donc compétence sur le territoire national.

## **B- Autorités administratives indépendantes**

AAI et API, organismes qui agissent au nom de l'Etat, qui disposent d'un réel pouvoir, elles ne relèvent pas de l'autorité du Gouvernement, elles présentent des particularités importantes et notamment au regard des principes de l'organisation de l'Etat. Elles ont été créées pour traiter de 2 questions : assurer la protection des droits et libertés ou réguler un secteur d'activité économique. Elles sont créées sur initiatives publiques, financées par des fonds publics, mais elles ne relèvent pas de l'autorité du Gouvernement. Cette catégorie forme un ensemble assez hétérogène. Aujourd'hui, il y en a environ 40 : CNIL, CSA, l'ART, AERS (agence d'évaluation et de recherche de l'enseignement supérieur).

Le secteur économique et financier est un des secteurs privilégiés de ces autorités : AMF, autorité de la concurrence, ...

Ces autorités présentent une grande diversité d'attribution. Elles peuvent avoir un rôle de réglementation, un rôle d'enquête et aussi un pouvoir de sanction. Elles peuvent posséder l'ensemble de ces pouvoirs ou l'un ou l'autre. Le transfert à ces autorités d'un pouvoir de sanction a bouleversé la classique césure entre les autorités administratives et les juridictions. Ces structures peuvent prononcer des sanctions. Elles ont un pouvoir quasi judiciaire, mais en même temps, elles conservent leur spécificité d'autorité indépendante.

L'AMF (autorité des marchés financiers) intervient dans le secteur boursier. Elle est la fusion de 3 organismes : COB (commission des opérations de bourse), le CMF (Conseil des marchés financiers) et le Conseil de discipline de gestion financière. Le point de départ, c'est en 1967 la création de la COB (ordonnance du 28 septembre 1967). La COB avait pour mission de veiller à la protection de l'épargne publique, l'information des investisseurs, le bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Pour se faire elles disposent de pouvoirs étendus : législatif, d'enquête et de sanctions. Législateur : Elle va édicter des comportements par rapport au fonctionnement des marchés et à l'activité professionnelle, elle va aussi octroyer des agréments. Gendarme : elle prononçait des sanctions + pouvoir de coopération avec ses homologues étrangers. La COB ne disposait pas de l'exercice de l'action publique, elle ne pouvait ni l'engager ni transiger. En pratique, les choses sont un peu différentes. Les enquêtes judiciaires étaient souvent consécutives à des enquêtes menées par la COB. En 2000, la procédure de sanction va être remise en cause. On va remettre en cause certains de ses membres pour délit d'initiés. A partir de là, une nouvelle procédure est mise en place, précurseur du remplacement de la COB par l'AMF.

Le conseil des marchés financiers a été créé par une loi de juillet 1996. Il s'agit d'une autorité professionnelle qui était dotée de la personnalité morale et le Conseil des marchés financiers avait pour objectif principal de vérifier que les professionnels respectaient les règles appropriées et vérifiait la régularité des opérations dans le domaine des marchés financiers. Il pouvait prononcer des sanctions. Il pouvait agir d'initiative ou à la demande du Président de la COB. Il intervenait principalement dans les OPA (offres publiques d'achat). La COB et le CMF étaient très liés. Pour les opérations boursières, ils déclaraient ou non les opérations recevables. La COB intervenait pour autoriser la diffusion au public de la note d'information sur les mêmes opérations. Cette spécificité française était critiquée par sa lourdeur, sa complexité. On a décidé qu'il fallait mieux les fusionner pour créer l'AMF : loi du 1<sup>er</sup> août 2003. L'AMF est actuellement prévue dans le CMF aux articles L 681 et suivants. Pb : 2 institutions aux statuts différents. Quel statut donner à l'AMF. Si on lui accordait le statut d'AAI, le rôle de l'Etat devenait important comme nommant un grand nombre de ses membres. Le législateur a décidé que l'AMF est une autorité publique indépendante dotée de la personnalité

morale. Elle est composée de professionnels, mais également de personnel provenant de la fonction publique. C'est une autorité publique et non administrative, pour souligner qu'elle n'est pas intégrée dans la hiérarchie administratives et qu'elle bénéficie d'une autonomie fonctionnelle. Elle est composée de personnes provenant des Grands Corps de l'Etat, mais également du secteur privé. L'octroie de al personnalité morale est la 2<sup>ème</sup> particularité. Ça lui permet plus de souplesse, d'abord dans el recrutement du personnel, possibilité de conclure des conventions internationales. C'est totalement institutionnalisé. Elle peut aussi agir en justice. C'est une autorité qui est véritablement indépendante, indépendance organisée et reconnue juridiquement.

Elle a 2 missions principales :

Les mêmes missions qu'avait la COB : protection de l'épargne, information des investisseurs, réguler le fonctionnement des marchés financiers, article L621 - 1 CMF.

Une mission de régulation des marchés à l'échelon européen et international. C'est une consécration de la pratique antérieure qui est aujourd'hui institutionnalisé.

Pour exécuter ses missions, le législateur permet à l'AMF d'adopter un règlement général publié au JO après homologation du Ministre chargé des finances. La procédure d'adoption d'un règlement général n'est pas anodine car il va instituer des principes que devront suivre els professionnels concernés. « Le règlement général de l'AMF détermine notamment » : le législateur a considéré qu'il fallait donner à l'AMF une certaine liberté de manœuvre. Ce pouvoir réglementaire « indéfini » n'est pas forcément respectueux des règles constitutionnelles. Une question avait été posée au Conseil constitutionnel sur l'étendu des pouvoirs accordés au CSA. Le Conseil constitutionnel avait accepté l'idée dans la mesure où cette subdélégation était limitée à un certain contenu. Dans le cas de l'AMF le doute est permis, mais le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de la question.

Dans ce domaine on a la création d'une commission de al concurrence, remplacée par le Conseil de la concurrence. Les dispositions relatives à cette institution sont prévues dans le Code de commerce aux articles L450-1 et suivant. Les missions attribuées à cette autorités sont principalement une mission de consultation par la Ministre en ce qui concerne les projets de concentration et toute opération qui pourrait porter atteinte à la concurrence. L'autorité peut être saisie par le même Ministre à propos de pratiques considérées comme anti concurrentielles. Enfin, l'organisme peut se saisir lui de toute affaire qui lui semble relever de son domaine d'intervention. Pouvoir de sanction proportionnée à al gravité des fiats, à l'importance du dommage avec un montant maximum au prorata du chiffre d'affaire de l'entreprise. L'autorité de la concurrence a renforcé et acquis certains pouvoirs : pouvoir de communication et d'information, d'échange au près d'organismes internationaux, notamment l'OCDE, ainsi qu'avec la même institution qui existe à l'OMC. C'est en France notamment depuis une loi du 15 mai 2001.

## **C- Spécialisation d'un organe communautaire : OLAF**

La protection des intérêts financiers. Pendant longtemps la protection du budget de l'union était du ressort de cellules antifraudes. Ce système était très plafonné, peu efficace. On a décidé de créer une unité anti fraude, placée sous l'autorité du secrétaire générale de la direction pour que son travail soit transversale. Elle a été créée en 87. Deux règlements vont lui donner le pouvoir de faire des enquêtes externes, de faire des enquêtes sur place, dans les entreprises, sur le territoire des Etats membres. On a pris exemple sur le domaine de la concurrence qui était déjà très avancé. On sein de la commission, il y a des suspicions importantes, si bien qu'elle va démissionner de façon collective, on va transformer l'UCLAF en OLAF. L'OLAF va rester au sein de la Commission tout en étant indépendant de la commission. 2 textes : une décision du 28 avril 99 et un règlement du 25 mai 99. C'est un organisme sous l'autorité de la commission administrativement, mais en fait indépendant. Domaine : toute la délinquance économique et financière + fraude au budget de l'UE. L'OLAF contient un service d'enquête qui va pouvoir demander des communications d'informations....

2 avantages :

Pluridisciplinarité de l'entreprise : composé d'enquêteur de tous les Etats d'Europe, de toutes les structures qui peuvent avoir un intérêt à travailler ces questions (police, douane). Ça lui donne une expertise importante qui leur permet d'être fin dans l'analyse des situations et aussi efficace + un réseau de communication avec des inspecteurs nationaux gigantesque  
Centralisation, synthèse des informations. Elles viennent des services de la commission, des autres institutions de l'UE : Banque centrale, Cour des comptes, Europol...

L'inconvénient majeur est le problème de l'insertion d'office dans la procédure pénale nationale. Problème de la transmission au juge des informations transmises par l'OLAF : des renseignements, des moyens de preuve? Comment l'OLAF peut intervenir dans une procédure pénale nationale? À quel titre?

La décision du 28 avril 99 propose d'une part un travail de l'OLAF en indépendance par rapport à la commission et en même temps, le même texte interdit à cet Office d'être mandaté par une autorité judiciaire nationale. Seul le directeur de l'Office a le pouvoir d'ouvrir ou non une enquête. L'OLAF est l'interlocuteur direct des autorités judiciaires nationales pour ces questions.

Le règlement du 25 mai 99 confirme l'absence de compétence pénale attribuée à l'OLAF, elle est du ressort de l'Etat. Dans ce même règlement, les Etats sont tenus d'informer OLAF des enquêtes pénales en cours et OLAF a une obligation d'informer les autorités nationales des enquêtes administratives qu'il mène. Les textes sont un peu confus, posent des principes, essaient de poser des règles dirigistes, mais en pratique, la coordination est mauvaise, c'est une source constante de difficultés si bien

que régulièrement lorsque le bureau de l'OLAF demande aux autorités nationales judiciaires françaises de leur ouvrir des dossiers le plus tard possible. C'est un problème qui peut être va être résolu d'une autre manière. Il y a une concentration d'information qui ne profite à personne, sauf peut être aux délinquants. Aujourd'hui, le traité de Lisbonne va peut être permettre de résoudre ces difficultés actuelles. Dans un article 86 du TFUE, il est prévu que le conseil de l'Union européenne, pour lutter contre la fraude, pourra instituer un Parquet européen qui aura la main mise de l'action publique sur ces questions de fraude au budget de l'union. Le règlement doit être obtenu à l'unanimité du Conseil. Pour certains, l'OLAF est tout à fait destiné pour devenir ce Parquet. Mais les rédacteurs du traité de Lisbonne ont préféré choisir Eurojust (réunion de 27 professionnels des Etats membres, policiers et magistrats qui représentent leurs Etats et qui permettent de résoudre des affaires pénales) comme institution de base.

## **II- Recherche et constatations des infractions :**

La PJ, en vertu de l'article 14 du CPP constate les infractions ainsi que les circonstances dans lesquelles celles-ci ont pu être commises. En principe ce sont les membres de la PJ qui ont seule compétence pour dresser les PV. Mais la nature de certaines affaires a obligé l'intervention d'un personnel plus spécialisé qui n'appartient pas à la PJ, elles vont fonctionner parallèlement, elles vont dépendre du Ministère qui s'intéresse à ce type d'affaire : Ministère de la finance, du travail, de l'agriculture....

Ces Polices possèdent des prérogatives très importantes, même s'ils n'ont de pouvoir que dans leur domaine d'intervention, ces pouvoirs ont été encadrés, délimités.

### **A- Pouvoirs et devoirs de ces Polices :**

Ces pouvoirs se sont souvent inspirés de l'économie de guerre. Les règles au 20ème siècle étaient des règles d'exception, des règles dérogatoires au droit commun et souvent tout à fait contraires aux libertés individuelles. Depuis 40 ou 50 ans, il y a une évolution de ce point de vue là et les choses vont aller doucement, alors que d'un autre côté il y a une multiplication de ces Polices aux pouvoirs considérables. Finalement, l'amélioration la plus nette va venir de la saisine du Conseil constitutionnel en décembre 83. Il doit se prononcer sur une loi qui attribuait aux agents des contributions directes des pouvoirs extrêmement importants. Le conseil constitutionnel va considérer que les prérogatives attribuées aux agents des contributions directes ne sauvegardent pas suffisamment les libertés individuelles et le contrôle judiciaire n'est pas suffisant. La loi va donc être réformée. La loi de finance de 84 va être conforme à l'ensemble de ces principes. Depuis cette époque il existe une nouvelle procédure dans le domaine fiscal et ces grandes ont été appliquées dans d'autres domaines : domaine de la concurrence et domaine douanier. Fin 90, on a le domaine

fiscal, le domaine de la concurrence, le domaine douanier pour lesquels la plus apte des garanties sont respectés. Mais tous les autres domaines pour lesquelles des lois avaient été adoptées n'ont pas été modifiés. Donc depuis les années 80, on a deux types de procédures : des procédures critiquées et des procédures rénovées. Cette distinction fondamentale se retrouve encore aujourd'hui, du point de vue du droit de visite, droit de communication et droit de visite.

### 1- Droit de visite :

Dans le droit commun de l'enquête préliminaire, les OPJ ne disposent pas d'un droit de visite automatique, ils ne peuvent pénétrer chez le particulier qu'avec son consentement.

En procédure traditionnelle : les articles du code autorisent à pénétrer dans les locaux. Lorsqu'il s'agit de locaux exclusivement professionnels, les agents peuvent pénétrer dans ces lieux de jour entre 8H et 20H, voir tout le temps si l'activité professionnelle se poursuit de nuit. Les locaux professionnels sont tous les locaux où l'activité économique se produit. Ils peuvent également prélever toutes sortes d'échantillons et ils ont accès à tout type d'information au près du personnel qui ne peut pas se soustraire à cette obligation (délit d'entrave). Si le local est à la fois professionnel et privé, l'accès n'est possible que de jour et si l'occupant refuse cet accès, l'accès ne sera possible qu'avec autorisation du juge des libertés et des rétentions.

S'il s'agit d'un local exclusivement privé, dans ce cas là, on revient au droit commun, pas de pouvoir excessif.

Lorsqu'il s'agit d'une procédure rénovée : il y a deux types d'enquêtes qui peuvent être mise en place : enquête préliminaire simple/lourde.

Lorsqu'elle est simple, l'enquête préliminaire va permettre aux agents d'utiliser un pouvoir de constatations. Elle correspond à un droit de visite dans les locaux à usage professionnel : accès libre et permanent sans formalité préalable et parfois il y a possibilité de prélever des échantillons. Les agents des douanes ne peuvent pas prélever sans en informer le procureur de la République. Lorsque les agents souhaitent visiter des locaux à la fois professionnels et privé, l'enquête devient lourde, elle est beaucoup plus encadrée.

Illustration en matière économique : ce type de pouvoir est confié aux agents de l'autorité de la concurrence. Pour qu'elle soit mise en place, il faut qu'une demande vienne soit des services de la commission européenne (OLAF), soit d'une demande expresse du Ministère, soit du rapporteur général de l'autorité de la concurrence. Lorsque c'est l'autorité de la concurrence qui demande ce type d'enquête, le juge des libertés et de la rétention doit expressément donner son avis. Le juge est toujours présente, il va pouvoir vérifier le bien fondé de la demande, intervenir à tout moment et interrompre la visite. Ce contrôle se fait qu'elle que soit l'origine de la demande. Ça pose

problème par rapport aux services de la CE : Le juge ne peut refuser la demande de la commission, a priori.

Elle se fait seulement de jour, en présence de l'occupant ou de deux témoins et en présence d'un OPJ. Cette procédure peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction du second degré et ensuite d'un pourvoi en cassation.

Illustration dans le domaine boursier : lorsque l'autorité des marchés financiers souhaite exercer son pouvoir de visite, il doit d'abord motiver sa demande au regard des infractions qu'il suspecte, telle diffusion de fausse information, délit d'initié, manipulation de cours... elle doit être autorisée par le juge des libertés et de la détention. Entre 6H et 21H, en présence d'un OPJ. Des recours sont possibles.

La procédure est intéressante pour ces agents car elle étend les prérogatives de la Police et elle permet des investigations un peu plus poussées, ça ressemble un peu plus à un droit de perquisition.

Ce type de procédure est extrêmement limitée, c'est un droit strict.

Le grand intérêt de cette procédure est qu'elle permet des pouvoirs extrêmement importants.

## 2- Le droit de communication :

C'est un droit qui est très général et qui peut être exercé par tout agent de l'administration. Il s'exerce sur toute pièce, tout document. Il s'exerce sur toute pièce utile à l'exercice de la fonction de contrôle. En conséquence, on va exclure tout ce qui est d'ordre privé : correspondance privée... L'agent est le seul à apprécier ce qui peut être en lien avec sa fonction. Ce droit de communication ne doit pas être confondu avec le droit de perquisition, car on va lui transmettre le document, il n'y a pas de fouille. En cas de refus, il y a d'« élit d'opposition à fonction et la jurisprudence a considéré que le délit est constitué dès lors que la personne est passive. On considère que la communication doit se faire sans délai. La jurisprudence a également dû s'interroger sur la question du secret professionnel. En principe le secret ne peut être opposé aux agents.

Exception pour les avocats et médecins qui sont soumis à un secret absolu. Pour les avocats, on considère qu'il y a atteinte au droit de la défense. Les avocats et médecins sont seuls à pouvoir apprécier l'atteinte.

Depuis la fin des années 90, il y a possibilité d'information entre administration. Depuis une loi de 98, il y a un principe de collaboration générale entre la douane et le fisc. Il y a possibilité de transmission, y compris spontanée. Aujourd'hui c'est également le cas entre les agents de l'autorité de la concurrence et les autorités douanières. Ça pose quelques fois des soucis notamment en niveau international. Certains juges d'instruction avaient pour principe de ne rien dévoiler au fisc.

## 3- Le droit de saisie :



Il est doublement utile pour les administrations. Soit il permet de mettre un produit hors circuit. Soit il permet de constituer des preuves. Cette saisie peut être temporaire ou définitive. Il existe deux procédés de saisie. La saisie peut être le prolongement de la communication de documents. Il y a aussi le prélèvement direct d'échantillon qui se fait pendant la visite de certaines administrations. Les modalités de saisie vont être différentes selon que l'on est en procédure traditionnelle ou rénovée. Dans la première les saisies sont faites par l'agent qui procède à la visite et le même agent va apprécier s'il est utile de mettre en place une expertise. Il s'agit d'une procédure unilatérale. Ce n'est que lorsque l'expertise va être effectuée que la procédure redevient contradictoire et que le professionnel en cause peut avoir un certain nombre d'exigences. Quand la procédure est rénovée, on retrouve les mêmes règles qu'en cas de droit de visite. On a un respect des règles du contrôle et du contradictoire. Donc la saisie peut faire l'objet d'un recours par les personnes soumises à la saisie. Il est possible que les règles françaises disparaissent un jour ou l'autre. La CJCE, le 2 avril 2008, a condamné la France pour sa procédure en matière fiscale qui selon elle n'est pas respectueuse du principe de procès équitable.

## **B- Les Devoirs :**

On des pouvoirs importants contrebalancés par des devoirs.

Certains agents agissent en amont. Ces professionnels vont être parfois tenus de dénoncer non pas des infractions mais de soupçons que le Professionnel pourrait avoir dans une affaire précise. Il y a aussi une obligation générale qui vaut pour toute personne ayant une fonction particulière : article 40 alinéa 2 du CPP.

### 1- Obligations générale

L'article 40 du CPP prévoit que toute autorité constituée, tout office public ou fonctionnaire qui dans l'exercice de ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis au Procureur de la République et de transmettre à ce Magistrat tous les renseignements, PV et actes qui y sont relatifs. Ce texte vise les autorités constituées : autorités de la concurrence, officiers publics, fonctionnaires. La déclaration qui peut être faite du PR : la connaissance doit se faire dans l'exercice des fonctions, il s'agit de donner avis, à propos d'un crime ou d'un délit : c'est assez et flou. C'est à destination du PR. C'est un texte intéressant mais assez peu appliqué. Les difficultés d'appréciations sont nombreuses. Elle pose des questions aux professionnels : quand faire cette déclaration? Il ne s'agit pas de le faire de façon trop prématurée. De quels moyens dispose le professionnel pour avoir connaissance de ces agissements? Comment concilier cette obligation avec l'obligation du secret professionnel? Dans quelle mesure peut-ils être tous deux conciliés? Le problème de la relation de confiance entre le professionnel et son client. Il y a enfin le souci de

délation.

Cette obligation est surtout formelle. La dénonciation n'est pas pénalement sanctionnée.

Dans une affaire assez ancienne, Dominique Troscan avait eu connaissance dans ses fonctions de l'époque d'une cassette vidéo dans laquelle un personnage accusait des politiques d'actes délictueux. Il n'a pas considéré que cette cassette devait être transmise au PR. En revanche, le Préfet Bonnet avait multiplié les saisines de la justice via l'article 40 al2 : une appréciation qui reste unilatérale.

Les dénonciations via l'article 40 al 2 sont très rares. Les inspecteurs expliquent que le fait de transmettre des informations à la justice présente des risques : risque de dénonciations calomnieuses pour les inspecteurs du Ministère des finances. Il y a des règles en droit pénal qui interdisent au juge de poursuivre sur dénonciation calomnieuses. Il y a un risque de paralysie de l'action administrative. Aussi un risque de porter à la connaissance du juge des dysfonctionnements de l'administration en question.

Les choses ont beaucoup évolué grâce à la présence des assistants spécialisés qui ont permis de faire une parcelle entre l'administration et la justice, ce qui a un peu estompé les craintes de l'administration. Il n'y a pas de jurisprudence sur le fondement de l'article 40 car pas de sanctions. Toutes fois, il est évoqué dans certaines affaires. Notamment, dans une affaire de favoritisme = le fait pour une personne ayant des prérogatives de services publics d'avantager un opérateur économique en cas d'appel d'offre des marchés publics. Il se fait communiquer des documents, il a des indications précises sur le délit de favoritisme et procède à une dénonciation au Parquet. Recours : l'agent est allé plus loin que ces prérogatives le lui permettait. Rejet: le droit de communication est un droit dévolu à cette administration et l'article 40 al2 a été appliqué comme il se doit.

## 2-Obligations spéciales :

### *a- Les Organismes financiers et les Commissaires aux comptes.*

Les obligations spéciales qui visent les organismes financiers :

Elles existent depuis une loi du 12 juillet 86, loi sur la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment d'argent le but étant qu'en amont de la procédure judiciaire, il puisse y avoir des organismes professionnels qui aident à la détection de comportements louches. Toutes les personnes qui pourraient à l'occasion de mouvement d'argent pourraient avoir des soupçons sur les opérations et l'origine sur ces produits. L'obligation consiste à déclarer les soupçons qui portent sur des opérations financières. L'infraction qui au final va être visée sera une infraction de blanchiment d'argent. Il s'agit de s'intéresser aux activités criminelles organisées. La déclaration de soupçon doit être faite au près d'un service qui appartient au Ministère de l'économie et des finances, TRACFIN : traitement

du renseignement et de l'action contre les circuits financiers.

Lorsque la déclaration est faite, l'organisme financier n'est pas tenu de suspendre l'opération financière en cours. Il laisse faire. Mais en faisant cette déclaration, l'organisme financier est couvert, on ne pourra pas le considérer comme Co-auteur ou complice. Si la déclaration n'est pas faite ou si elle est faite dans certaines conditions, il y a plusieurs délits liés à la déclaration faite ou à l'absence de déclaration.

1<sup>ère</sup> sanction : la déclaration est faite, et l'organisme financier en informe son client, c'est un délit.

Soit la justice va faire la preuve que malgré la déclaration il y a concertation frauduleuse entre l'organisme financier et son client, il s'est couvert alors qu'il était complice.

Si en revanche l'organisme financier omet de faire la déclaration soit parce qu'il y a un manque avéré de vigilance, soit parce qu'il y a des carences importantes. Dans ce cas, la sanction n'est pas pénale mais disciplinaire.

La résistance se fait plutôt au niveau de TRACFIN qui a du mal à transmettre certaines informations à la justice.

#### *b- Le Commissaire :*

Il a des obligations plus précises et plus importantes en raison de ses fonctions. Il a le pouvoir de connaître les infractions qui éventuellement ont été commises. Sa mission peut se définir comme une mission de contrôle et de vérification. Il a d'abord un pouvoir d'investigation permanent à l'intérieur des entreprises, un pouvoir de communication sur place de tout document, de toute pièce. Il a également un droit d'information au près des tiers. C'est ainsi que certains professionnels ne peuvent pas lui opposer le secret professionnel. Dans certaines hypothèses, il a l'obligation de demander l'autorisation judiciaire pour que le notaire puisse lui fournir des informations soumises au secret professionnel. Il est lui-même soumis au secret professionnel. Toute personne qui le bloque peut être poursuivie pour délit d'entrave, soumis à la juridiction pénale.

Quelques jurisprudences se sont prononcées sur la question.

En contrepartie de ses pouvoirs importants, le professionnel est tenu à deux obligations principales : la dénonciation de tout fait susceptible de constituer une irrégularité dans le fonctionnement de la société. A cette obligation correspond une infraction, une infraction mensongère : le commissaire au compte peut être poursuivi pour avoir menti sur la situation de la société. L'acte matériel consiste à donner ou confirmer une information mensongère. La jurisprudence a été amenée à préciser en quoi le mensonge pouvait constituer une infraction. Ici, c'est l'inexactitude donnée par le Commissaire sur la situation de la société. Il va par exemple confirmer une écriture fautive au bilan. Il peut aussi approuver un bilan faux, puisqu'il a pour mission de consolider les comptes, on se fie à son cachet. Pour autant cette

inexactitude, ce mensonge doit être précis. La jurisprudence n'attache pas d'importance aux modes de communication. Ce mensonge peut être constitutif d'une réticence. Ça veut dire que le professionnel qui ne dément pas une information signifie pour la jurisprudence qu'il avalise cette information. La jurisprudence est très sévère vis-à-vis de l'acte matériel pour le Commissaire. L'élément moral consiste à connaître le caractère mensonger de l'information. La jurisprudence va même jusqu'à exclure toute possibilité d'exonération, la délégation de pouvoir ne peut pas toujours l'exonérer de sa responsabilité pénale.

La deuxième obligation consiste à dénoncer tout fait délictueux alors même que la situation s'est régularisée. La non révélation de faits délictueux : infraction d'omission plus difficile à constater.

Cette obligation de dénonciation concerne-t-elle tous les faits délictueux que pourrait commettre la société. Ne doit-il dénoncer que les infractions au droit des sociétés? La jurisprudence est plus prudente car c'est une infraction d'omission : le devoir de dénonciation du commissaire ne concerne que le domaine de sa mission.

Quelle connaissance doit avoir le Commissaire aux comptes des faits non dénoncés. Faut-il qu'il recherche de lui-même toutes les infractions commises par la société, ou alors doit-il ne dénoncer que ce qu'il connaît, ce qui vient à sa connaissance. La jurisprudence a considéré que la 2<sup>nd</sup>e solution était plus raisonnable.

A propos de l'élément moral le juge doit rechercher l'intention, qui ne peut être déduite d'un retard ou d'un défaut de vigilance de la part du commissaire. Le commissaire aux comptes est un professionnel, donc l'exigence est moindre de la part de la jurisprudence. Le retard dans la dénonciation peut constituer l'élément moral de l'infraction.

A propos du secret professionnel, le commissaire qui dénonce ne commet pas une violation du secret professionnel en dénonçant, y compris si la procédure se termine par un classement sans suite ou par un non lieu.

A propos de la réalité de la dénonciation : elle est assez rarement du fait du commissaire aux comptes, c'est le plus souvent le fait d'un associé minoritaire, un cadre congédié, un liquidateur...

Sa fonction est ambiguë car il est choisi et rémunéré par la société qu'il contrôle. Il est difficile pour lui d'assumer le rôle du délateur. De plus, il intervient le plus souvent quand ça a déjà été fait. Le contenu de sa mission est aussi souvent un obstacle. Il procède par sondage et il s'en remet souvent au travail fait par l'expert comptable de la société. Il peut passer à côté d'un certain nombre de choses.

## **Section II : L'action publique : action pour application des peines, art 1<sup>er</sup> du CPP.**

### **I- Le déclenchement de l'action publique :**

Selon l'article 1 du CPP, l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement ou exercée par les Magistrat ou fonctionnaires aux quels elle est confiée par la loi. Elle est a priori exercée par le Ministère publique. Elle connait quelques aménagement du point de vu de son déclenchement et de son extinction.

Le Parquet prend l'initiative des poursuite. Aussi la possibilité pour la partie civile d'obliger le Ministère publique à engager de poursuites.

### **A- Hypothèses de droit commun :**

L'initiative revient tjrs au Parquet qui dispose de toute liberté quant à la poursuite. Le Parquet va être saisi par des PV qui lui sont adressés par l'administration qui souhaite que des poursuites soient engagées. Il peut parfois demander l'avis à une autorité administrative, souvent sous forme de rapport. Cet avis reste consultatif.

1<sup>er</sup> exemple : En matière de droit des fraudes. C'est une situation assez simple. Le Code de la consommation prévoit que le direction de la consommation et de la répression des fraude adresse des PV au Parquet.

2<sup>ème</sup> exemple : En matière d'opérations boursières, le Code monétaire et financier prévoit un avis obligatoire de la part de l'AMF. L'avis préalable de l'AMF est obligatoire.

En matière de concurrence, il y a particularité liée à l'adoption de l'ordonnance de 86. 2 catégories de pratiques susceptibles de poursuites pénales.

Des pratiques restrictives de droit commun : ce sont des infractions, sur Pv de l'autorité de la concurrence le Ministère publique est libre de son choix, situation comparable au droit des fraudes.

Il y aussi des pratiques anti concurrentielles qui a priori ne constituent plus des infractions après l'ordonnance de 86. Pour toutes ces pratiques, l'autorité compétente est l'autorité de al concurrence. Elle est saisie par des association de consommateur, par collectivité territoriales....

2 Procédures ont été mises en place : procédure simplifiée(1 commission à l'intérieur de l'autorité de la concurrence qui permet de sanctionner des comportement) + la Procédure ordinaire pour els infractions les plus grave, l'autorité de la concurrence peut prononcer des injonctions ou sanctions pécuniaires, avec respect des principes du droit pénal. Il y a possibilité de recours devant la Cour d'appel. Le Ministère publique ici n'intervient plus.

Exception à la règle : la personne va participer de façon frauduleuse à l'organisation ou à la mise en œuvre de cette entente. Le Ministère publique reprend ses droits, c'est à dire que l'autorité de al concurrence va saisir le Ministère publique puisqu'il y a suspicion d'infraction pénale. Elle n'y est pas obligée, elle a le choix. Mais si elle décide de saisir le Ministère publique, elle

rédige un PV qui est transmis au Parquet. L'autorité de la concurrence peut également sanctionner dans cette hypothèse. Il pourrait aussi y avoir une procédure engagée par la commission européenne.

4<sup>ème</sup> exemple : En matière douanière, l'action publique, bien sûr obéit aux règles de droit commun mais ne concerne que les délits et contraventions de

5<sup>ème</sup> classe. Il y a aussi l'action fiscale qui elle va s'intéresser aux contraventions de la 1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> classe mais aussi aux délit. L'administration fiscale est seule compétente jusqu'à la quatrième classe et après il y a concours de compétence. L'action publique a pour objet et objectif le prononcé de l'amende et l'action fiscale va tendre vers le prononcé de sanctions fiscales, mais également à la confiscation des biens : pénalité fiscale soit en nature soit en valeur. Pour les contraventions de la 5<sup>ème</sup> classe et les délits, l'administration fiscale peut s'associer au Ministère public, il y a donc 2 actions accusatoires. Ou alors le Ministère public exerce principalement l'action pénale et se voit confier l'action fiscale accessoirement. Ces deux actions sont portées devant les juridictions répressives. Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre. D'ailleurs le Ministère public ne peut pas exercer l'action fiscale sans l'action publique. Si l'action publique est considérée comme irrecevable cela n'empêche pas l'action fiscale d'être menée à son terme. Donc il y a indépendance dans la mesure où le juge doit se prononcer sur les deux actions.

## **B- Les hypothèses dérogatoires :**

Le Ministère public n'est pas totalement libre d'engager des poursuites. Soit il doit exister un certain nombre de formalités préalables à l'engagement des poursuites, soit il doit s'assurer du dépôt d'une plainte. L'une des hypothèses les plus courantes est la formalité de la mise en demeure, elle est faite par l'inspection du travail et si elle n'a pas été faite, il y a irrecevabilité de l'action publique, le Parquet est bloqué.

La nécessité d'une plainte préalable : Elle est déposée par l'administration et tant qu'elle n'est pas déposée l'action publique ne peut être exercée. Une fois déposée, le Ministère public retrouve sa liberté de poursuivre ou non. Le domaine privilégié est le domaine de la fraude fiscale. Avant même de déposer plainte, l'administration doit saisir la commission des infractions fiscales, laquelle doit donner un avis favorable ou non sur la poursuite de la procédure voulue par l'administration. L'avis doit être conforme, favorable pour que la procédure se poursuive. A partir de là l'administration peut déposer des plaintes. Le Ministère public peut engager des poursuites in rem. (au regard des faits précisés dans l'avis de la commission). Si cette procédure antérieure n'est pas effectuée la procédure est irrecevable.

Procédure mise en place en 1977 pour tenter de désamorcer des difficultés de l'époque. Le juge administratif est juge de l'imposition.

En créant cette commission, le but était à la fois d'atténuer les risques de contestations et limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration qui ne transmettait que peu d'affaire à la justice. On se rend compte que l'administration fiscale transmet peu de dossiers à la Commission car elle craint qu'elle transmette trop d'affaire à la justice.

### **Observation sur els groupes qui vont porter l'intérêt public :**

La défense des intérêts collectifs par des personnes morales qui jouent un rôle essentiel dans la mise en mouvement de l'action publique et qui constitue un contre pouvoir important.

Il y a un texte général pour els syndicat. Il y a des textes spéciaux pour els professionnels. Il y a des textes d'habilitation pour els associations. Ces groupes ont un rôle important lorsque pour différentes raisons le Ministère public décide de ne pas poursuivre. Il y a différentes affaires en France de détournement de fond qui ont touchés tous els parties qui ont été révélé par l'action d'association de consommateurs mais le Parquet n'avait pas bougé. Aussi un cas de corruption en matière de distribution d'eau dans la ville de Grenoble.

### **Observation sur la class action : Le rôle des actions de groupes.**

C'est un groupe de personnes qui se considèrent comme appartenant à un même groupe, ils ont subi un préjudice de masse. Ils se réunissent autour de ce préjudice. Cette action de groupe est exercée pour el groupe et pour l'ensemble des membres de ce groupe. Cela existe aux EU où cela marche assez bien.

Le Président Chirac en 2005 avait exprimé le vœu de mettre en place ces actions de groupes, permettre aux groupes de consommateurs d'intenter des actions contre des pratiques abusives sur certains marchés. On a mis en place un groupe de travail.

## **II- Extension de l'action publique :**

Article 6 CPP : nombreux : décès amnistie, abrogation de la loi, retrait de plainte, prescription et transaction...

### **A- La Prescription :**

On pense qu'au bout d'un moment els preuves ont dépéris. Le pb est qu'en DPA, les infractions sont occultes, cachées. Antinomie entre le délai de prescription relativement court et le caractère de ces infractions.

Point de départ de la prescription est le problème crucial. Selon que l'infraction est instantanée ou continue le point de départ est différent. Quand l'infraction est instantanée, le délai court à compter du jour de la commission d'infraction. Pour infraction continue, à compter du jour où cesse

l'infraction.

Délai d'action publique : 1 an pour infraction, 3 ans pour les délits et 10 ans pour les crimes.

Le législateur a essayé de modifier le point de départ de la prescription pour certaines infractions, c'est notamment le cas de la banqueroute, jour de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

C'est la jurisprudence qui a joué le plus grand rôle sur cette question. Pour les abus de biens sociaux .... Le point de départ de l'action publique est repoussé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Pour limiter un peu les critiques, la jurisprudence a tenté de circonscrire un peu plus précisément le point de départ de la prescription. Elle a considéré que la prescription de l'action publique court sauf dissimulation à compter de la présentation des comptes annuels. Il appartient aux juges du fond d'apprécier la question de la dissimulation. C'est un arrêt rendu par la chambre criminelle le 13 octobre 99 qui a permis de restreindre cette question. Cette position prise par la chambre criminelle en 99 a été rappelée dans d'autres arrêts, et notamment confirmée dans un arrêt du 27 juin 2001. Malgré cette jurisprudence, les critiques sont restées et la Commission Coulon propose de modifier les règles de la prescription de l'action publique, elle considère qu'il faut revenir aux principes. Le point de départ doit être intangible : c'est la date de commission de l'infraction. Mais allonger les délais de prescriptions : crimes 15 ans et 7 ans pour délits.

L'utilisation par la PJ des modalités de mise en œuvre de l'infraction. En matière d'escroquerie notamment ou l'usage de faux. Manœuvres frauduleuses = manœuvre qui permet de tromper la victime qui remet volontairement un bien. Le délai de prescription cesse de courir à partir de la dernière opération.

Pour l'usage de faux c'est le dernier fait qui compte, tant qu'il y a usage de ce faux, il y a infraction et la prescription ne commence à courir que quand l'activité délictueuse cesse. La prescription court tant que dure l'acte délictueux. Idée de répétition.

## B- La Transaction :

La transaction est une procédure qui a priori n'est pas acceptable en droit pénal. On peut la définir à la fois comme un aveu et comme un accord de volonté, puisque dès qu'elle accepte de transiger elle admet au moins une partie des actes commis. C'est un acte de nature civile, puisque c'est un contrat passé avec l'administration. Fait une proposition d'une certaine somme d'argent contre abandon de poursuites. Le délinquant doit accepter ce marché. L'offre est susceptible de recours administratifs individuels. L'article 6 du CPC admet la transaction, mais elle doit rester à la fois limitée et exceptionnelle. Les domaines où elle est largement acceptée et appliquée : fisc et douanes. Avant l'enclenchement de poursuites pénales, la transaction est tjrs possible. Après la mise en mouvement d'une action. La loi a très



sensiblement diminuée les possibilités de transactions mises en place par l'administration. C'est possible, mais on est en cours en procédure, pour que l'administration puisse transiger, elle doit obtenir l'accord d'une autorité judiciaire, dans la mesure où la procédure est la fois publique et fiscale. Une fois, le jugement définitif, aucune transaction n'est possible.

Si elle a été exécutée, il y a extinction de l'action publique, quelque soit les peines encourues. Mais cette extinction de l'action publique est liée à la personne qui a transigé. S'il y a des complices ou coauteurs, ils ne sont pas liés par cet acte. Si la transaction n'a pas été exécutée, l'administration a le choix entre la contrainte et agir en résolution de l'accord.

Si la transaction a été accordée à une personne morale, elle est menée entre le représentant de la PM et l'administration, à ce moment là le dirigeant ne négocie pas pour lui mais pour la société qu'il représente.

## **Partie II: Les infractions au droit pénal des affaires**

### **Chapitre 1 : Des infractions communes**

Elles relèvent du droit commun, elles peuvent être commises quelque soit le domaine d'activité professionnel.

Le DPA s'est d'abord construit à partir d'infractions qui existaient dans le CP. Ces infractions relevant du droit commun, on ne s'y intéressera pas. On préférera s'intéresser aux affaires en liens directes avec le DPA. 2 types d'infraction : infractions autonomes / infractions de conséquences.

Section I : Délits autonomes :

On retrouve tout ce qui relève des atteintes à la probité et à la confiance publique.

#### **I- Atteintes à la probité :**

Des infractions qui ne peuvent être commises que par certaines personnes/par quiconque.

## **A- Infractions commises par une personne exerçant une fonction ou mission publique :**

Personne exerçant une mission publique : il ne s'agit pas nécessairement d'une personne qui a un statut. C'est une personne qui accomplit a priori un acte dans l'intérêt général et peu importe que ce professionnel ait ou non le pouvoir de décision au nom de la puissance publique, il est chargé d'une fonction de service public, il a un rôle de cadre dans son domaine d'intervention : chambre criminelle, arrêt 27 février 2002, un ingénieur qui travaillait au Commissariat à l'énergie atomique et mis à disposition d'une instance et avait pour charge d'instruire des demandes d'aides publiques, il avait instruit une demande faite par une sté en lien avec l'autre sté, or il est actionnaire de la 2<sup>ème</sup> sté. Donc il a été condamné pour infraction en lien avec l'exercice de service public, peu important que ce ne soit pas lui qui ait pris la décision finale.

3 catégories d'infractions :

Concussion

Prise illégale d'intérêt

Favoritisme

### 1- Concussion :

Article 432-10 du CP. C'est un vieux terme qui signifie secousse, bouleversement. C'est un acte qui va être commis par quelqu'un qui devrait se conduire de façon irréprochable. Il a une fonction. C'est la 1<sup>ère</sup> infraction considérée comme un manquement au devoir de probité.

Condition préalable : elle est relative à l'autorité de l'auteur : dépositaire de l'autorité publique, chargé d'une mission de SP. Se double : dans le 1<sup>er</sup> alinéa, il s'agit soit de recevoir une somme soit d'exiger de recevoir une somme. Cette perception se fait tjrs en rapport à un droit, une contribution ou un impôt. Evidemment cette somme d'argent n'est due ou excède ce qui est dû : donc il faut un élément moral, puisque la personne sait qu'elle n'est pas due.

Notion de somme d'argent : selon la jurisprudence de la chambre criminelle, le fait de recevoir de l'argent peut être le fait de ne pas en dépenser.

Ex 1 : La chambre criminelle précise qu'on peut parler de concussion quand les avantages reçus ne sont pas déduits de son traitement mensuel, on reçoit en quelque sorte des avantages en nature.

Ex 2 : Un arrêt du 24 novembre 2001 : le directeur d'une caisse de prévoyance sociale qui perçoit à titre de salaires et indemnités des sommes qui ne lui étaient pas dues. Depuis 94, on ne parle plus de salaires et indemnités. Mais selon la chambre criminelle, le salaire est un droit rémunérateur, donc appartient à la catégorie des droits donc entre dans le

champ d'application du texte réprimant la concussion.

Le 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 432-10 consiste à accorder une exonération.

Chambre criminelle, 3 décembre 2008 : un membre d'une commune qui va obtenir une promotion et donc une rémunération importante, mais il semble qu'elle l'ait obtenu sans remplir toutes les conditions. Non lieu faute de preuve qu'elle est participé activement pour obtenir la promotion + la personne qui obtient une promotion n'a pas à vérifier le contenu des textes. Cette affaire concerne la question de la prescription. Le point de départ du délai ne peut être retardé à la date à laquelle la partie civile en a pris connaissance, c'est la date de commission de la concussion qui est pris en compte.

## 2- La prise illégale d'intérêts :

Article 432-12 et 432-13. Ce sont des infractions qui se ressemblent. Mais dans la première hypo, la personne est encore en activité, on parle de délit d'ingérence. Il s'agit aussi d'une personne qui a quitté ses activités et profite encore d'un certain nombre d'avantage : pantouflage.

Article 432-12 : Délit d'ingérence. Avec cette incrimination on a cherché à protéger l'argent public, le budget public. Cette incrimination est une sorte de régulateur économique. On veut assurer l'égalité des chances entre opérateurs économiques.

Conditions préalables :

La qualité de la personne poursuivie, dépositaire de l'autorité publique, chargé d'une mission de SP ou encore investi d'un mandat électif.

Un Maire avait embauché des personnels de maison et ils étaient en même temps agents de la communes : il utilise l'argent public à son profit personnel.

Ces personnes ont des responsabilités qui leur confèrent un pouvoir effectif. La notion de pouvoir effectif est très importante, c'est souvent là-dessus que la jurisprudence va être la plus précise.

Liée aux affaires qui peuvent donner lieu à prise d'intérêt. Le texte évoque une entreprise ou une opération dont l'agent a au moment de l'acte, en tout ou en partie, la charge d'assurer la surveillance, la liquidation ou le paiement. Charges qui vont lui permettre d'avoir un pouvoir réel sur une opération d'entreprise. Peu important qu'il s'agisse d'actes isolés ou successifs.

Il a été décidé qu'un adjoint au maire en même temps notaire ne pouvait pas intervenir dans l'adoption des décisions du Conseil municipal qui conditionne la réalisation d'actes passés dans l'office notarial. La jurisprudence a une interprétation souple de la mission de surveillance et de pouvoir d'administration, parfois le seul fait de pouvoir proposer suffit à entraîner la condamnation. Par exemple : le pouvoir de rédiger des contrats.

a- Élément matériel :

L'élément matériel consiste à prendre, recevoir, conserver un intérêt quelconque directement ou indirectement : prise d'intérêt. La prise d'intérêt est conçu de façon extensive. On peut utiliser un intermédiaire pour arriver à ses fins. La prise d'intérêt n'est pas non plus lié à la prise de profit, peut importe qu'elle n'enrichisse pas l'agent. On a aussi la notion de conservation d'un intérêt, intéressante pour la jurisprudence car elle va permettre de faire démarrer le délai de prescription plus tardivement.

Dans l'article 432-12 il y a un tempérament à la rigueur de l'administration pour les communes qui ont moins de 350 000 habitants, il fallait assouplir pour que les communes puissent se développer. Le Maire, les adjoints, conseillers municipaux... peuvent traiter en leur qualité d'opérateur économique. Aspect négatif : rupture d'égalité.

b- Élément morale :

Il fallait apporter la preuve que l'agent était animé par un objectif de cupidité. Aujourd'hui, la Cour de cassation se contente d'un dol général; c'est une démarche assez sévère.

Arrêt Morin, 14 juin 2000 : un architecte chargé par un office d'HLM d'assurer la maîtrise d'œuvre d'opérations de construction de logements sociaux dans le département. Il va analyser les soumissions de 2 entreprises et l'enquête va montrer qu'il avait des intérêts dans les 2 entreprises. Il est poursuivi et condamné pour prise illégale d'intérêt, il exerce une mission de service public. Il a un intérêt direct à l'attribution des marchés. L'élément moral est également présente puisqu'il aurait dû se démettre de ses fonctions dès lors qu'il savait que les 1<sup>ères</sup> candidates étaient des stés dans lesquelles il avait des intérêts. La chambre criminelle rejette car le délit est consommé par le seul abus de fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou avantage personnel.

Délit de pantouflage : 432-13. Ce sont des agents publics qui ont cessé leur activité, mais qui peuvent abuser de leurs pouvoirs pour en tirer un intérêt quelconque. La catégorie de ces personnes là est plus importante. On trouve aussi des agents de sté d'économie mixte ou exploitant de stés de télécommunication. En même temps, on va limiter le temps pendant lequel ce délit peut être commis. La limite est de 3 ans. En dehors de la qualité des personnes la 2<sup>ème</sup> condition préalable tient à sa mission. Il peut simplement donner des avis. On envisage pas une tutelle directe.

CE, fin 96 : avait décidé d'annuler la nomination d'un haut fonctionnaire de la direction du trésor au crédit foncier de France, car ils ont considéré que ce passage de l'un à l'autre risquait d'entraîner un délit de prise illégale d'intérêt.

3- Délit de favoritisme :

Atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de marché publique. A l'origine de ce texte il y a une loi du 3 janvier 91 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché. L'idée est de rendre plus fluide, plus transparent, plus concurrentiel les marchés dans ce domaine. Cette loi soumet la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Cette loi a également créé une mission interministérielle d'enquête des marchés publics et SP. Elle a pour objet principal de vérifier les conditions dans lesquels ces marchés sont passés et réalisés : institution de contrôle. Cette mission a également des pouvoirs d'enquête importants pour que ce contrôle soit effectif et efficace. Cette loi a également créé le délit de favoritisme, pendant de l'obligation. L'infraction était prévue par une loi spéciale du 8 février 95 qui a transféré ce délit de favoritisme dans le CP. C'est l'article 432-14.

*a- La qualité des personnes en cause :*

Le texte énumère les personnes susceptibles d'être auteur de l'infraction. On désigne d'abord quelques personnes, mais ensuite on élargit à toute personnes qui agiraient pour le compte des personnes listées.

*b- l'avantage injustifié procuré à autrui :*

Le délit ne suppose pas que le coupable est tiré ou cherché à tirer un profit personnel de l'acte délictueux. L'avantage injustifié est attribué à quelqu'un d'autre. Celui qui a favorisé cette entreprise souhaite remercier celle qui lui a permis d'obtenir le marché. Toute fois ce n'est pas une condition pour l'infraction. C'est un acte contraire aux lois et règlements, c'est un élément matériel très vaste qui va correspondre à de très nombreuses violation du Code des marchés publics. Il est nécessaire pour les personnes citées précédemment de se référer constamment à ce Code pour savoir si l'acte visé est contraire ou non. Acte contraire à la loi et au règlement, c'est par exemple un acte qui peut porter atteinte à la publicité des marchés, c'est un acte par lequel le dépositaire de l'autorité publique va transmettre des informations à certains candidats et pas à d'autres., c'est l'élimination de la concurrence en insérant des clauses que l'on sait que certains candidats ne pourront pas respecter. On vicie la procédure.

Dol général, ppe de droit commun, pour autant une simple négligence ne suffit pas à incriminer. Le délit de favoritisme est sanctionné dès lors que l'on le procure ou que l'on tente de le procurer : la tentative est punissable. Arrêt 13 décembre 2000 : une commune a un projet de modification de voirie, de travaux de voiries sur le territoire de la municipalité, mais il y a des plaintes au près des instances supérieures et la chambre régionale des comptes va saisir l'autorité des marchés publics car il semble que le marché conclu entre la commune et une entreprise ne soit pas conforme à ces règles précitées : Un contrat conclu postérieurement aux travaux ; Pas de

concurrence faute de pub.... La mission interministérielle d'enquête avait retenu des agissement délictueux : condamnation du Maire pour favoritisme. La condamnation est fondé sur le fait que le maire avait fractionné le marché. Dans cette affaire, pas trop de difficultés car le maire avait avoué. Il y a quand même eu un pourvoi notamment parcequ'il fallait apporter la preuve de l'avantage injustifié, ce qui n'a pas été fait et l'entreprise ayant emportante le marché était la moins disante. Rejet du pourvoi : fractionnement des amrchés alors qu'ils n'étaient pas très différents les uns des autres + Une absence de mise en concurrence réelle donc une inégalité de traitement injustifiée.

Ex 2 : un Maire qui a ouvert le dossier d'un candidat pour un appel d'offre pour vérifier le prix proposé et l'indiquer aux autres pour qu'ils soient moins disant. Un enquête est menée : le maire et condamné, confirmé en appel. La Cour d'appel va considérer que el point de départ de al prescription est le jour om le délit est apparu dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. La chambre criminelle va casser cette décision en considérant qu'il s'agit d'une infraction instantanée. Elle précise que quand l'acte est dissimulé, commis de façon occulte, le point de départ est reculé au jour de la condamnation, mais encore faut-il que la juridiction du fond apporte la preuve que dans l'affaire il y a bien eu dissimulation, occultation. Le point de départ de la prescription n'est retardée que si les faits ont été dissimulés.

Chambre criminelle 17 décembre 2008 : Le Président de l'université traite pendant des années de gré à gré avec des services traiteurs. La règle a changé, mais laisse faire selon les pratiques antérieurs : on considère avantage injustifié faut de mise en concurrence. Dans cet arrêt, la chambre criminelle entérine la jurisprudence de 99, elle considère que els services de Police ont été saisi rapidement, mais els fiats étaient dissimulés, donc le point de départ de la prescription devait être reporté à la découverte des faits.

## **B- Infractions commises par quiconque :**

On ouvre la question de al qualité de la personne. On va parler des infractions de corruption et de trafic d'influence : infractions voisines.

### 1- Les infractions de corruptions :

Observation sur la notion elle-même : le flou de le notion :

Le terme de corruption est victime des ambigüités du sens commun. Il est utilisé comme une notion générique qui englobe toutes les formes d'abus de fonctions privés ou publics. Le terme reçoit une signification encore plus

grande, plus extensive. La corruption devient donc à peu près synonyme de déviance mais sans que pour cela on définisse exactement les comportements liés à cette forme de déviance. L'essentiel de l'attention sociale s'est portée sur la corruption politique alors que celle des acteurs privés a été plus ou moins oublié.

Pour illustrer ses différentes facettes, on va prendre différents exemples. 1<sup>er</sup> exemple : en mars 99, le Comité international olympique va tenir une session extraordinaire car il semblerait que certains de ses membres aient pratiqué des actes de corruption. C'est la presse américaine qui va dans un premier temps révéler les conditions de sélection de la ville américaine choisie comme ville olympique : Salt Lake city. D'autres villes candidates sont intéressées par la question de la corruption dans ce choix. Le choix de la ville olympique est quelque chose de très important pour la renommée et d'un point de vue économique. On a pratiqué la politique des petits cadeaux, mais elle s'est transformée en pratique des grands cadeaux, certains membres du CIO ont été corrompus. Le scandale éclate et le Président du CIO va être mis en cause. Le CIO va exclure 6 membres du CIO. Tous appartenaient à des pays d'Afrique ou d'Amérique du Sud. Le Président a été confirmé dans son poste et a annoncé un programme de réforme, mais ce n'est pas allé plus loin.

2<sup>ème</sup> affaire : On est au sein de la Commission européenne qui va démissionner en tant que collectivité, qu'institution. Cette décision a été prise pour permettre de lutter contre un certain nombre d'activités. Conflit important entre Commission européenne et Parlement européen qui aurait pu privé la commission de budget. A ce conflit s'ajoute les prochaines élections générales du mois de juin. Il faut démontrer aux ressortissants européens qu'ils peuvent faire confiance... finalement, on se rend compte que ce conflit est lié à un certain nombre d'hypothèses de favoritisme : recrutement et contrats avec des proches, des procédures internes peu respectées, ainsi qu'un certain nombre d'irrégularités commises par des personnes sans que les responsables n'en soient au courant. Ici, le CIO avait utilisé la technique du bouc-émissaire. C'est à partir de là que l'on va créer l'OLAF.

3<sup>ème</sup> : l'affaire des frégates : un client Thomson qui souhaite conclure un marché de vente de frégates militaires avec Taiwan, sans y parvenir. Raisons : Thomson a du mal à obtenir le soutien politique de la France qui ne reconnaissait pas la Chine nationaliste + une opposition de la Chine de Pékin à la conclusion de ces contrats avec la Chine nationaliste. Thomson va faire en sorte de lever le veto chinois et il va utiliser un réseau d'influence. Il a un premier réseau qui va tenter de convaincre Taiwan de choisir le marché français, un 2<sup>ème</sup> va tenter d'amadouer la Chine de Pékin et un 3<sup>ème</sup> réseau va tenter de convaincre en France le MAE, Dumas. En 91, le contrat est signé par Taiwan. La question est de savoir comment ça a pu se faire? Mais il y a des mécontentements au sein des réseaux et des éléments parviennent aux oreilles de la justice. Roland Dumas va être mis en examen pour recel et

abus de biens sociaux quant aux cadeaux qu'on lui aurait offerts. Sont mis en évidence des mouvements financiers curieux sur le compte bancaire de Dumas et de Mme Deviers-Joncour. Il ne démissionne pas du Conseil constitutionnel, mais se met en congé. Le Président du conseil constitutionnel est relaxé. Mme Deviers-Joncour est condamné pour trafic d'influence ainsi que les responsables de Thomson. Dans cette affaire, il y a aussi des morts suspects, des personnes qui se seraient suicidé à Taiwan...

Observation sur l'évolution de la notion de corruption en France :

Le concept juridique de corruption n'est devenu autonome qu'à partir de 1791, avant dans le droit romain et l'ancien droit, confondue avec la concussion. En 91 c'est une infraction parfois punie de peine de mort, selon la qualité de la personne ou de réclusion criminelle. En 1810, la sévérité demeure et c'est à partir de 43 que l'on va correctionnaliser l'infraction. Donc il y a un adoucissement dans l'incrimination, mais la peine est plus importante, notamment amende plus élevée. Dans le CP de 92, on a tjrs les 2 types de corruption, active et passive : le corrompu / le corrupteur.

Le droit français a tjrs considéré que le corrupteur et le corrompu avaient une responsabilité identique. Ce n'est pas le cas partout, il y a d'autres système : le corrupteur serait le complice. Le pb en droit français est la question de la tentative : si le corrompu ne fait qu'essayer, le corrupteur complice ne pourrait être incriminé. On a donc considéré qu'il fallait mieux les considérer tout deux comme auteur principal de l'infraction commise. Il y a des textes relatifs à la corruption du Magistrat, de l'expert, du juré ou d'un arbitre : c'est un délit qui peut devenir un crime lorsque al corruption agit au bénéfice ou au détriment d'une personne poursuivie pour crime. Aussi, un article s'intéresse au professions médicales(article 441-8 al3). On s'intéressera à la corruption nationale, mais un volet de la corruption à l'international est intégré dans le CP.

[cf Polycop : p9, corruption passive et trafic d'influence : corruption interne(pas de dimension européenne ou internationale  
P10, article 433-1 s'intéresse à la corruption active, tjrs en droit interne, l'article 433-2 s'intéresse au trafic d'influence

Article 435-1, au dessus, l'intitulé est « atteinte à l'administration publique » , on se retrouve, dans des situations de corruption à l'échelle internationale : 435-1 c'est le corruption passive; 435-2, trafic d'influence passif; 435-3, corruption active; 435-4, trafic d'influence actif.

Au dessus de l'article 435-7, p12 « Atteinte à l'action de la justice » : 435-7:corruption ; 435-6:trafic d'influence passif.

P13 : Corruption et trafic d'influence actif : 435-9 et-10.

Ensuite des dispositions communes.]

Le corrompu et le corrupteur doivent être incriminé. Il y la plus part du temps des redites et des distinctions du point de vu de la personne incriminée.



Observation sur l'article 445-1 : il intéresse la corruption dans le secteur privé.

Tous ces articles intéressent la corruption dans le secteur public.

Dans les 2 cas on s'intéresse au corrompu, celui auquel on va s'intéresse pour obtenir quelque chose.

#### *a- Corruption passive (article 432-11CP) :*

Les conditions préalables relèvent de la qualité de la personne. L'article 432-11 CP liste les personnes susceptibles d'être corrompues : d'une part les personnes dépositaires de l'autorité publiques, c'est à dire qui possèdent un pouvoir de décision, de contrainte, la plus part du temps des représentants de l'Etat, des autorités territoriales, des fonctionnaires de l'ordre administratif et aussi des officiers ministériels. Le texte ajoute les personnes chargées d'une mission de SP, donc d'intérêt général, ainsi on a considéré qu'un agent de la RATP était chargé d'une mission de SP, et cette qualité permettait de le tenir responsable de corruption. Enfin, 3<sup>ème</sup> catégorie, les personnes investies d'un mandat de SP, c'est un peu redondant par rapport à la 1<sup>ère</sup> catégorie, mais vise aussi les personnes élues en vertu d'un mandat électif public, non privé. C'est pour palier ce vide juridique à l'égard des personnes du privé que l'article 445-1 a été adopté par la loi du 4 juillet 2005, parce qu'il y avait des dispositions auparavant, mais elles étaient beaucoup plus restrictives. Avant 2005, un article L442-6 du CT qui incriminait la corruption d'un directeur ou salarié d'une entreprise privée mais la jurisprudence était assez restrictive et pour que ce texte soit applicable, il fallait que les personnes se trouvent dans un lien de subordination résultant d'un contrat de travail et on exclu de cette catégorie de personnes et les dirigeants sociaux. La loi de 2005 va modifier tout cela, elle va supprimer L442-6 du CT et va intégrer 445-1 dans le CP : on réprime les personnes ayant une fonction de direction ou un travail pour une PP ou PM ou pour un organisme quelconque, donc un groupement qui n'a pas la personnalité morale est également visée, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale. On a voulu ici couvrir tout le secteur privé. Cela répond à des exigences européennes.

L'élément matériel consiste en plusieurs éléments : solliciter ou agréer, commettre à tout moment, sans droit directement ou indirectement, pour soit ou pour autrui...

Solliciter ou agréer : la sollicitation implique de la part du corrompu un minimum de démarches, il joue ici un rôle actif. L'agrément suppose un rôle plus positif, il accepte par exemple les réceptions de dons.

Il s'agit d'une infraction formelle, le seul fait de solliciter, d'agréer suffit à constituer l'infraction.

La jurisprudence exigeait des dons d'une certaine valeur. Pendant un temps, la jurisprudence a considéré que ce don, ce présent devait être matériel. C'était critiquable depuis 94 car dans le CP depuis 94 on utilise

l'expression avantage quelconque. Aujourd'hui la jurisprudence est plus souple et a admis que la corruption est avérée dans une affaire dans la quelle le conseiller à la chambre régionale des comptes avait remis des pièces confidentielles d'un dossier contre embauche d'un ami.

Solliciter des offres à tout moment : il faut distinguer avant et après la loi du 30 juin 2000. Avant le délit n'est caractérisé que si le pacte conclu précède l'acte ou l'abstention qu'elle avait pour objet de rémunérer. La jurisprudence considérait que pas de corruption, si on accomplit l'acte et que seulement après le fonctionnaire demande sa récompense.

Ex : un inspecteur des impôts qui fournit des infos à un contribuable soumis au redressement fiscal. Il va demander dédommagement mais la chambre criminelle va casser l'arrêt pour avoir méconnu le principe de l'antériorité du pacte : jurisprudence sévère et critiquée.

La jurisprudence était critiquée, et les critiques se fondaient sur 2 éléments : d'une part, le texte prévoyait qu'une simple sollicitation; d'autre part, le texte prévoyait la répression des agissements même sans passage à l'acte : donc on peut incriminer avec pacte sans passage à l'acte mais pas l'inverse, ce n'était pas cohérent. Pour contrer ces reproches, la jurisprudence avait imaginé une solution : s'il y avait des relations suivies entre le corrompu et le corrupteur, même si la preuve du pacte ne pouvait être faite, il y avait sanction. La continuité des relations était le fondement de la condamnation.

Selon les juges, la répétition des actes vaut antériorité du Pacte : chambre criminelle, 12 mai 98. Il était utile que la législation soit modifiée : « à tout moment » est adjoind dans la définition du délit. Donc dorénavant, le moment de la conclusion du Pacte n'a pas d'importance. Mais un certain nombre d'auteurs s'interroge sur le résultat de cette distinction. Actuellement : sollicitation, à tout moment pour accomplir ou pour ne pas accomplir un acte. Le « pour » signifierait une chronologie entre le Pacte et l'acte. Peut-être que le texte est mal rédigé. Ses auteurs auraient préféré supprimer toute référence. On aurait pu indiquer : « pour accomplir ou avoir accompli » : intégré une formule passée pour inclure toute situation possible. Quand le texte est peu clair, le juge peut recourir à l'interprétation téléologique. On peut dire que l'expression à tout moment a été choisie par le législateur pour supprimer la difficulté antérieure.

L'expression sans droit semble vouloir dire qu'un fonctionnaire pourrait dans certains cas demander des avantages pour exécuter un acte de sa fonction, une sorte de récompense. En fait, il faut revenir à des textes pris en droit international : des textes qui souhaitaient prendre en compte les cas particuliers de certains pays où les actes de corruption étaient particulièrement graves : tolérer des actes de corruption mineure pour que ces Etats puissent évoluer. Aujourd'hui, les conventions internationales ne prévoient plus ces hypothèses là, en conséquence, la loi du 13 novembre 2007 qui a toiletté le texte aurait dû supprimer cette indication qui n'a pas de sens, surtout pas en droit français. L'article indique également que la sollicitation peut se faire directement ou indirectement. C'est large, va

permettre d'envelopper beaucoup de situation, y compris l'intermédiaire, c'est à dire que le corrompu peut proposer sans exécuter lui-même l'acte de corruption.

« Lui-même ou autrui » : indication nouvelle, ajoutée par la loi du 13 novembre 2007. La personne qui en profite peut être une PP ou une PM. Le corrompu peut ne pas s'être enrichi personnellement, ce qui est incriminé c'est le manque de probité.

Elément intentionnel : Le texte ne prévoit rien de particulier. Il y a un dol spécial, puisqu'il ya un objectif particulier à atteindre en commentant l'infraction. Finalité : accomplir u ne pas accomplir un acte qui correspond à la fonction de la personne destinataire de la demande. Il faut faire la preuve d'une relation causale entre l'avantage demandé et l'action commise par le corrompu. La Cour de cassation veille à ce que cette exigence ne soit pas escamotée. Il ne suffit pas d'apporter la preuve de l'aspect consécutif de l'acte par rapport au dons mais aussi que el but recherché était bien celui-ci. Il peut s'agit d'un inspecteur des impôts qui va consentir un abattement sur les revenus imposables, ou un fonctionnaire de al direction départementale de l'équipement qui va fournir des équipements. Lorsqu'il s'agit d'acte d'abstention, c'est par ex le fonctionnaire de Police qui va s'abstenir de dresser un PV d'infraction.

L'acte qui est facilité par la fonction, ça signifie que la personne n'agit pas au regard de sa fonction immédiate mais elle peut commettre cet acte au regard du cadre dans lequel elle évolue. C'est le cas d'un fonctionnaire qui travaille à al Préfecture et qui va proposer à des étrangers en situation irrégulière de leur fournir un titre de séjour. La question est de savoir si l'offre faite par le fonctionnaire est susceptible de constituer le délit. La Cour d'appel a répondu oui il peut y avoir corruption passive même si ne rentre pas dans ses fonctions spécifiques, mais l'acte a été facilité par ses fonctions.

A propos de la répression les peines sont lourdes : 10 ans, + interdiction de droit civiques + interdiction d'exercer une fonction publique+ confiscation sommes et objets reçus. La prescription coure à compter de la prescription de l'infraction et l'infraction est réalisée dès lorsque la sollicitation est faite avec la possibilité de reculer le point de départ de la prescription dès lors que l'infraction a été dissimulé.

### *b- Corruption active*

Ici, on s'intéresse au corrupteur.  
Article 433-1 1°, dernier alinéa et 445-1 CP.  
Les éléments matériels et moraux sont identiques.

Observations sur divergences :

Observation sur la qualité de la personne. Le texte réprime « le fait de par

quiconque » : tout le monde peut être corrupteur.

Élément matériel : on va proposer une récompense, un don, ou alors on va céder aux sollicitation de la personne qui représente l'autorité publique, pour mieux le corrompre. Que l'on propose ou que l'on cède aux sollicitations du corrompu, il importe qu'elle soit suivi d'effet, elle peut intervenir avant ou après l'acte, à tout moment.

Arrêt 16 octobre 95 : un étudiant ajourné va envoyer un courrier à son enseignant et y joint un chèque de 1 500 euros.

### *c- corruption à dimension internationale*

Commise au sein de l'UE ou dans des instances hors UE. En grand nombre de conventions internationales ont été adoptés. 1<sup>ère</sup> convention : Convention UE signée à Bruxelles le 6 mai 47 qui intéresse la corruption des membres de l'UE + convention OCDE pour corruption agents publics étrangers dans les transactions internationale + Convention pénale de 99 pour lutter contre la corruption + un protocole à cette convention en mai 2003 + une convention Nations unis contre la corruption, ONU + 2 textes : conventions CE 99 + décision cadre UE du 22 juillet 2003. Tous ces textes sont intégrés dans l'ordre juridique français. L'adoption de ces textes a obligé le législateur à modifier els dispositions du CPP : loi du 30 juin 2000 qui s'intéresse aux conventions OCDE et de l'UE + une loi du 4 juin 2005 qui va transposer la décision-cadre + une loi du 13 novembre 2007 qui essaie de réorganiser l'ensemble des textes.

On s'attaque à al corruption publique des agents non français : membres des institutions communautaires, agents publics étrangers, fonctionnaires des états membres de l'union.... Tout agent non français qui travaille dans une organisation internationale européenne ou non.

La Convention OCDE vise exclusivement les agents publics étrangers dans els relations commerciales internationale. C'est De la corruption active.

Ex : hypo de collusion entre de Hauts responsables chinois et une entreprise française de construction d'armes(cf affaire Taiwan)

Ex : corruption de chefs africains par des investisseurs pétroliers pour l'exploitation de gisements d pétrole.

La convention de mai 2007 signé à Bruxelles s'intéresse à des domaines qui dépassent le domaine commerciale, mais plus étroite car elle ne vise qu'une catégorie de personnes : ceux qui travaillent au sein d'une institution communautaire.

Ces 2 conventions ont un objectif commun : conserver une certains égalité entre les investisseurs pour éviter une concurrence déloyale.

Les conventions Conseil de l'Europe et ONU 97 et 2003 vont apporter des nouveautés : ce qui existait déjà un peu dans la convention de Bruxelles va être consacré au sein du CE et de l'ONU: la corruption peut exister dans d'autres domaines que el commercial, ex : le sport. Donc élargissement du champ d'application. On traite des 2 formes de corruption, actives et

passives. Les agents visés dans ces conventions là sont plus largement définis puisqu'en dehors des fonctionnaires, il y a aussi des agents contractuels, des membres des assemblées parlementaires... On veut réprimer très largement.

La convention CE va plus loin car elle vise aussi le trafic d'influence.

Les conventions s'intéressent beaucoup à la procédure : on met en place un système de livraison surveillée.....

La convention Onu prévoit des techniques pour le recouvrement des avoirs et aussi la confiscation voire restitution des avoirs aux victimes. Les Etats ont beaucoup de mal à lutter contre la corruption. Les poursuites se font plutôt sur la notion d'abus de biens sociaux, car preuve plus facile à rapporter.

En France, la législation a dû être modifiée.

Sur les incriminations : loi 30 juin 2000 et 2 novembre 2007. Par celle de 2000 on introduit une incrimination de corruption au sein de l'UE et hors UE, en gros tout ce qui relevait des relations commerciales au sens international....

La loi de 2007 va élargir les personnes susceptibles d'être incriminées et le CP français a choisi de distinguer selon l'atteinte à l'administration publique ou à l'action de la justice.

Atteinte à l'administration publique : article 435-1 à 6

Corruption relative à l'action en justice : 435-7 à 13.

Relativement à l'action de la justice, c'est nouveau, article 435-7 vise 5 catégories de personnes. On peut les définir comme participant de près ou de loin à une juridiction au sens large puisque l'arbitrage est également visé.

Dans ces textes, on a toujours un élément d'extranéité, mais on en peut distinguer selon que l'on est dans l'UE ou plus large. Il faut s'intéresser aux compétences de poursuites pour le déterminer.

Quand il y a un élément d'extranéité, que tout se passe à l'étranger, que l'auteur est de nationalité étrangère, le juge français peut être compétent à condition que :

L'auteur soit le sol français

Le texte français vise une convention internationale

Ex : la convention sur la torture.

Pour mieux réprimer les actes de corruption, la loi du 30 juin 2000 a prévu un article 689-8 CPP qui permet la compétence des juges français au regard de 3 conventions, les 2 premières sont relatives aux intérêts financiers de l'UE (conventions PIF) et la convention corruption adoptée au sein de l'UE. Si l'une des incriminations correspond à ces dispositions le juge français peut se déclarer compétent : compétence universelle.

La loi du 13 novembre 2007 a complexifié le système : il faut lire les textes pour savoir qui est visé. Mais en même temps, il y a une sorte de simplification puisque l'on distingue bien les hypothèses envisageables : l'infraction dans laquelle il y a un lien avec l'UE et l'infraction dans laquelle le lien d'extranéité est hors-UE. Lorsque l'élément d'extranéité est extérieure à l'UE, pour que la compétence judiciaire française soit possible, la requête ne

peut être que celle faite par le Ministère public, cela interdit toute possibilité de partie civile. Mais en revanche si on est dans une hypothèse de compétence personnelle, à ce moment là, il n'est pas obligatoire que soit la victime, soit l'Etat étranger ai agit au préalable. Lorsqu'on lit el travaux préparatoire, le législateur explique que l'impossibilité de constitution de partie civile est liée à la crainte qu'un concurrent évincé du marché, qui ne peut pas se constituer partie civile dans son pays, se constitue trop facilement partie civile en France.

2ème hypothèse, l'infraction qui a un lien avec l'UE. Ici la requête peut être faite au nom du Ministère public, mais al constitution de partie civile est accepté, le texte ne le dit pas mais ne l'interdit pas non plus. La convention de Bruxelles exigeait que les Etats mettent en place un système équivalent que la corruption soit nationale ou européenne, il s'agissait d'éviter que els Etats considère que la nationale est plus importante : similitude des poursuite. + les systèmes sont homogènes, donc il y a moins de risque d'instrumentalisation du système judiciaire par un concurrent évincé.

## 2- Infractions de trafic d'influence :

Proche de la corruption. Cette incrimination est née de certaines insuffisances de l'incrimination de corruption, on donne souvent comme point de départ un scandale : il s'agissait de trafic de décoration. La chambre des députés est saisie d'une demande de poursuite de ce député indélicat et elle avait accordée cette autorisation de poursuite. Le chef de l'Etat a du démissionner, le député é été condamné en première instance, puis relaxé en Cour d'appel, puisqu'il n'avait qu'user de son influence et à l'époque, ça ne tombait sous el coup d'aucune incrimination. On a décidé qu'il fallait ajouter une incrimination : loi du 4 juillet 89. C'est une infraction voisine de la corruption : d'une part, voisinage textuel, car souvent dans le même texte, d'autre part voisinage structurel, puisque trafic d'influence actif ou passif et des moyens très proches.

Différence : objectif à atteindre : le corrompu va accomplir ou non qqch qu'on lui demande / un abus d'influence réel ou supposé, on souhaite qu'il use, abuse de son influence réelle ou supposée, on s'intéresse donc à l'intermédiaire.

### a- Les personnes :

Dans un premier temps, le trafic d'influence concernait les particuliers et les agents publics nationaux. A propos des particuliers, tout le monde peut demander à ce qu'on abuse de son influence. Mais il y a des hypothèse où un particulier peut demander à un autre qu'il abuse de son influence parce qu'il le connaît bien. A partir de al loi du 13 novembre 2007, le champs des personnes concernées est élargie aux agents publics internationaux qui travaillent dans l'administration publique. On ne s'intéresse pas aux agents aui travaillent à l'étranger, il faut que l'agent français travaille dans une

organisation internationale, car on a considéré que l'infraction de trafic d'influence ne s'applique pas partout et on a craint qu'incriminer un agent étranger risquait de créer une distorsion entre concurrents sur le marché. Cette même loi élargit aussi aux personnes qui exercent une fonction juridictionnelle au sein d'une juridiction internationale.

#### b- Les éléments constitutifs :

Comme pour la corruption, il faut un pacte, peu importe le moment de sa signature. Les moyens utilisés sont identiques à ceux de la corruption. On s'intéresse à l'influence réelle ou supposée. Il n'est pas utile d'apporter la preuve d'un résultat, peu importe que l'influence ait été à l'origine de la décision, même si la décision n'a finalement pas été prise. La jurisprudence indique que la décision peut être régulière ou légitime. Du point de vue de la répression, pas grand-chose à dire, sauf qu'un texte au moins punit le trafic d'influence de façon minorée. La personne qui use de son influence est une personne privée, on divise les peines par 2.

#### c- L'action publique :

Le point de départ de la prescription de l'infraction publique peut être reculé au jour de la découverte du comportement. Il faut apporter la preuve que l'infraction était dissimulée. La chambre criminelle l'a rappelé dans un arrêt de la chambre criminelle du 19 mars 2008 : un contrat de vente relatif à des boîtes de vitesse pour équiper les Chars Leclerc commandé par des émirats arabes et des hommes publics français de l'époque son condamné, notamment Charles Pasqua.

(cf polycop :

Art 432-11 : le 1<sup>er</sup> al intresse l'infraction de corruption et de trafic d'influence sur circonstances et moyens; 1<sup>er</sup>ement corruption passive et 2<sup>è</sup>mement trafic d'influence

À partir de 433-1 : la même structure : corruption active ou trafic d'influence, le dernier al constitue des hypo de corruption ou trafic d'influence il s'agit de céder à une personne

L'article 433-2 est exclusif du trafic d'influence et s'intéresse au trafic d'influence entre particuliers

A la page 11, à partir de 435-1, on est dans la zone internationale, 435-1 corruption, 435-2, trafic d'influence, 435-3 corruption, 435-4 trafic d'influence. Ensuite, dispo communes qui relèvent de l'explication des poursuites. Dispo communes relatives aux poursuites, article 435-11. )

Ces deux catégories sont des infractions extrêmes difficiles à découvrir, ce sont aussi des incriminations difficiles à prouver. La plus part du temps, on utilise l'abus de biens sociaux, car souvent c'est combiné à des faits relatifs d'abus de biens sociaux. L'abus de biens sociaux est une incrimination plus faciles, sans doute parce que le juge nationale est plus habitué à en apporter

la preuve.

## **II- Atteintes à la vérité :**

Article 431-1 et suivant du CP : faux et usage de faux.

Il y a toutes sortes de faux. On va s'intéresser aux incriminations générales.

L'article 431-1 est un article particulièrement bien rédigé : une définition puis une sanction : incrimination ni ouverte ni part renvoie. Il s'agit d'une altération frauduleuse de la vérité; on va s'intéresser au support, aux éléments constitutifs et à la répression.

### **A- Conditions préalables : un support, un écrit et toute autre forme d'expression de la pensée.**

Lorsqu'il s'agit d'un écrit, il y a quelques caractéristiques à préciser : l'écrit doit avoir une valeur probatoire. Le législateur a voulu entériner une jurisprudence ancienne et constante, l'écrit ne mérite pas en soi qu'on le protège. Il faut que l'écrit ait une certaine force, une force juridique importante, cela signifie qu'il n'y a pas de faux, pour par exemple des états de frais qui ont été modifiés, dans la mesure où tous ces documents écrits peuvent être soumis à vérification ou à discussion. C'est par exemple le cas lorsqu'un acte de cession de droit au bail avait été modifié, mais finalement le document n'avait pas été signé, et donc ce document, faute d'avalisation, ne peut être constitutif d'un faux. Par contre, il y a faux, lorsqu'il fausse facture permet de montages comptables, lorsqu'il y a donc des effets juridiques. Il y a faux lorsque l'écrit est lui-même porteur de droit. Dans cette hypothèse là, toute altération qui l'affecte réalise le faux sans discussion. La disposition substantielle sera par exemple une mention lue et approuvée par l'un des contractants qui sait que le contenu est faux.

Tout support d'expression de la pensée : aux vues des progrès technologiques, on a considéré qu'il fallait élargir les possibilités de constituer l'infraction.

### **B- Élément constitutif :**

Il faut apporter la preuve d'un préjudice. L'altération de la vérité, c'est la fabrication du faux. Avant 94, le CP énumérait des modes de faux. Le nouveau CP n'a pas repris cette liste. Le procédé le plus classique est la fausse signature ou contrefaite ou l'absence de signature; Contrefaçon d'écriture ; il y a aussi dénaturer les actes ou conventions, on essaie d'obtenir des signatures par surprise. Dans ces hypothèses là, la difficulté est d'apporter la preuve que la personne a signé par surprise.

Le préjudice n'était pas une condition prévue par l'ancien CPP. Article 441-1 : le juge doit constater ce préjudice. Mais la jurisprudence considère que si le préjudice est la conséquence naturelle de la falsification suffit à dire



qu'il est présente et que la falsification est condamné. Ex : le faux en écriture publique, la falsification elle-même est constitutive du préjudice. Dans un 2<sup>ème</sup> temps, la jurisprudence l'a étendu au domaine des affaires en considérant qu'un certain nombre de faux étaient nécessairement de nature à causer un préjudice : tous les faux en écriture de commerce, toutes celles qui ont une mission de SP....

Le préjudice peut être matériel ou moral. Le faux peut porter atteinte à la considération de la personne. Ex : un architecte à qui un permis de construire lui a été faussement attribué.

Le préjudice est individuel, mais il peut être collectif.

Dans l'article relatif à l'élément moral il y a l'idée d'une altération frauduleuse; Le faux est une infraction intentionnelle : dol général + dol spécial. Dans certaines occasions on a exigé que l'auteur ait le dessein de nuire à l'autre. Dans d'autres jurisprudences, la seule conscience de cette éventualité était suffisante. Finalement c'est la seconde analyse qui est aujourd'hui consacrée par la chambre criminelle. C'est plus répressif car ainsi la jurisprudence réprime le faux même si l'auteur n'y a aucune volonté de nuire. On peut préciser qu'il existe une quasi-présomption de l'existence de ce dol spécial lorsque sont en cause des actes publics ou lorsque l'auteur est un professionnel d'une compétence avérée (commissaire aux comptes, expert comptable...). Jusqu'en 1958, le faux était considéré comme un crime, ça a été correctionnalisé. Il existe quelques hypothèses dans lesquelles le faux peut être aggravé : articles 441-2 et suivants. Quelques fois même il redevient criminel au regard de la qualité de la personne : article 441-4.

Observation sur l'usage de faux :

C'est une infraction de conséquence. Il est différent du faux mais en même dépendante du faux pour qu'il soit en soi incriminé. Il faut que l'usage porte sur un support qui soit un faux punissable. Seul le document falsifié conditionne la répression, on ne s'intéresse pas à l'auteur du faux.

On s'est demandé si l'usage d'une photocopie peut constituer un usage de faux? Si la photocopie devient sophistiquée, il s'agit d'un faux documentaire, sa valeur est trompeuse et finalement elle peut constituer un support à l'usage de faux. La preuve d'un dol général est suffisante pour que l'infraction soit constituée, il suffit que le document soit faux.

Le faux est une infraction importante car souvent liée aux autres infractions.

## **Section II : Infractions de conséquences:**

Il faudra apporter la preuve d'une infraction d'origine. Sont importantes l'infraction de recel et l'infraction de blanchiment.

### **I- L'infraction de recel :** (cf polycop p.16)

Cette incrimination va permettre d'agir en aval, après la commission

d'une infraction qui aura été commise. Il faut une infraction préalable et ensuite des éléments constitutifs.

### **A- L'infraction préalable :**

Elle est selon le texte soit un crime soit un délit. Selon la Cour de cassation, 321-1 ne distingue pas entre les différents crimes ou délits à l'origine du recel. Le juge doit donc qualifier l'infraction préalable, il doit apporter la preuve qu'à l'origine il y a un crime ou un délit. Il faut que le comportement visé soit pénalement qualifié.

Affaire d'abus de biens sociaux : infraction d'origine d'abus de biens sociaux + recel d'abus de biens sociaux. D'abord qualifié d'escroquerie puis en abus de confiance. Le pourvoi se fondait sur ces requalifications successives.

On croit volontiers que le recel concerne souvent le délit de vol, mais en fait c'est une infraction pratique pour les juges, utilisée dans de nombreuses situations...

Si les faits qui ont permis le recel présentent un caractère délictueux cela suffit pour réprimer le recel, peu importe que l'auteur ne soit pas poursuivi. Cette affirmation a posé parfois des problèmes et notamment quand la personne accusée de recel était un journaliste.

Ex : arrêt du 3 avril 95 : un article publié dans un hebdomadaire. Cet article s'intéresse à un PDG, accusé d'avoir des salaires importants. Ils ont diffusés des avis d'imposition de cette personne. Il y a des poursuites contre le journaliste et l'hebdomadaire pour recel d'informations pour violation du secret professionnel et pour recel de photocopies provenant d'un vol. finalement, condamné pour recel de photocopie. La jurisprudence explique que forcément un fonctionnaire des impôts est à l'origine de la divulgation, a photocopié les documents et a transmis les photocopies au journaliste. Ils ont été condamnés, le pourvoi rejeté. La CEDH va donner raison au journal et va condamner la France pour violation du principe de liberté d'expression.

Observation sur la nature de la chose recelée : à l'origine c'était un bien matériel, puis la Cour de cassation a étendu le recel d'une chose au bénéfice ou au profit tiré du produit de l'infraction. Donc une répression extrêmement large. Pour tenter de limiter les dérives, la Cour de cassation est revenue sur sa doctrine au regard d'un délit : le délit d'initié, commis dans le cadre du domaine boursier (il s'agit d'utiliser une information dans ce domaine de la bourse pour en profiter en achetant ou vendant des actions aux moments spécifiques). Au regard de ce délit, la chambre criminelle a considéré que le recel ne pouvait exister que lorsque l'information privilégiée, nous l'avons utilisée. Il ne suffit pas de la détenir, encore faut-il l'utiliser à son profit. En 2004, la chambre criminelle a dû se prononcer sur le recel de favoritisme et à ce propos, la solution est différente : on revient à l'idée que l'on peut dématérialiser l'infraction de recel et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'une personne qui a pu bénéficier d'un marché public comme coupable de recel de favoritisme : obtention de renseignements privilégiés + connaissance de l'origine délictueuse du marché qui lui avait été attribué.

## B- Les éléments constitutifs :

Du point de vu matériel, 2 façons de commettre un recel : la détention matérielle (dissimulation, transmission...) et le fait de bénéficier du produit de l'infraction. Quelque soit l'hypothèse, la jurisprudence est assez sévère.

Cette détention peut ne pas être personnelle, c'est à dire que la chose peut être détenu par un mandataire ou un préposé qui va agir pour le compte d'un receveur. La détention peut ne pas porter sur le produit directe de l'infraction d'origine, elle peut porter sur l'argent qui provient de l'argent de la vente du produit initiale, on considère que le recel se perpétuer malgré la transformation subie par le produit initial de l'infraction d'origine.

Bénéficiaire du produit de l'infraction, 2<sup>ème</sup> alinéa inséré pour entériner une jurisprudence antérieure. C'est ce qu'on appelle le recel d'usage. Dans une affaire de concussion, un Directeur d'hôpital s'en était servi, et son épouse avait été poursuivie pour recel du produit de l'infraction.

A propos de l'élément moral, dans le premier alinéa on dit « en sachant que », dans le 2<sup>ème</sup> « en connaissance de cause ». C'est un dol général qui consiste en la connaissance de l'origine frauduleuse de la chose par le receleur, mais ils n'a pas besoin d'être informé en détail des conditions de l'infraction préalable, il suffit qu'il ne puisse pas avoir de doute sur l'origine délictueuse du bien. Renversement de la charge de la preuve : le receleur doit apporter la preuve de sa BF, de son ignorance. La qualité de la personne va jouer un rôle très important.

Dans une affaire de trafic d'influence, URBA : le trésorier du parti socialiste ne pouvait pas ne pas savoir que certaines sommes étaient affectées aux arrangements existants entre des buros d'études et des sociétés. Il est indifférent qu'il n'es t pas été informé du détail des circonstances dans lesquelles le délit a été commis.

La jurisprudence a du prendre position sur une question délicate : une personne ne connaît pas l'origine frauduleuse au moment de la prise de possession. Ex : une personne achète un bien et à l'occasion de cet achat, on se rend compte de l'origine frauduleuse, et le 1<sup>er</sup> propriétaire réclame son bien. Pendant longtemps la Cour de cassation considérait que le dernier propriétaire est receleur : jurisprudence sévère. Cette jurisprudence n'existe plus depuis une 30aine d'années.

La prescription : le recel est à la fois un délit distingue de l'infraction d'origine et une infraction de conséquence. Le recel est punissable même si l'infraction d'origine ne l'est pas. Le délai ne court pas tant que l'infraction

n'a pas cessée. Mais il est aussi lié à l'infraction d'origine, donc le délai de prescription ne peut commencer à courir que le jour où le délai de prescription de l'infraction d'origine lui-même commence à courir. Donc si c'est un abus de biens sociaux (infraction instantanée), le délai court au jour où est découverte l'infraction.

## **II- Le blanchiment :**

C'est une infraction générique, il y a plusieurs catégories de blanchiment. Historiquement, l'infraction a été pendant longtemps une activité honnête de nettoyage. Donc c'est au 20<sup>ème</sup> siècle que la 2<sup>ème</sup> définition apparaisse : une série d'opérations pour que l'origine délictueuse soit inconnue. C'est aux EU que va apparaître ce stratagème.

Ex : Al Capone, jamais condamné pour blanchiment qui va finalement être arrêté et condamné pour fraude fiscale.

Dans une autre affaire l'administration américaine s'était étonné qu'on est pu laver une grande quantité de voitures alors qu'il y avait une tempête de neige.

Meyer Lanski va recourir aux banques suisses pour faire transiter cet argent. Il a été très souvent soupçonné mis on a jamais pu el condamné.

3 étapes du blanchiment :

Le placement : se débarrasser d'importantes sommes d'argent en numéraire

L'empilage : multiplier els opérations financières afin de brûler les pistes. On va faire intervenir les paradis fiscaux. Ces Etats favorisent l'installation de sté écran, boute aux lettres...

L'intégration : rapatrier dans l'économie nationale, sur els comptes bancaires des stés.

Ces techniques sont très sophistiquées. Mais la vieille méthode du passeur existe encore.

Illustrations :

Une affaire que a mis en cause la Suisse, appelée la connexion libanaise qui a entraîné la démission du Ministre de la justice et du Procureur général de al fédération. C'est à l'occasion de saisine de morphine et de cock. On va réussir à arrêter deux hommes d'origine libanaise et qui ont effectué des versements sur des comptes bancaires à Zurich. Le ministre et le Procureur ont été mis en cause car il y avait eu des négligences dans l'enquête menée en Suisse. Les deux libanais ont été condamné à la réclusion criminelle et Suisse.

L'affaire Margarita : trafic de cock, acheminée par des voiliers. 4argent provenant du trafic est changé en dollars et ces sommes d'argent vont être transférées par virement dans des banques américaines, mais en fait c'était une couverture des services anti-drogue américain : ils sont tombés dans la gueule du loup. Condamnations d'un grand nombre de personnes, il y a eu des procédures en France.

L'affaire Carlo : arrêt chambre criminelle d'octobre 2009 : contrôle routier à la frontière franco-espagnole et on découvre une somme importante, ils n'ont

pas fait de demande de transfert d'argent. Consultation de la liste Schengen : ils découvrent qu'ils ont été condamné pour trafic de stup. La justice va considérer que l'argent sentant la cock, ils sont en même temps blanchisseurs.

Face à ce problème important, les Etats vont décider d'agir. Les 1ères réflexions vont commencer à la fin des années 70.

Au sein du Conseil de l'Europe, de l'ONU, il y a une réflexion très active, même au sein d'interpole un groupe spécialisé sur le blanchiment d'argent se met en place.

En France, on avait déjà dans les années 80 considéré que le trafic de stup pouvait faire l'objet de blanchiment, il fallait donc réprimer el blanchiment de trafic de stup. On a 2 dispositions majeurs : dispositions dans le Code de al santé publique qui incrimine le blanchiment d'argent + disposition dans le code des douanes qui va incriminer le blanchiment des délits douaniers.

Sur le plan international, il y a 2 conventions majeures : Convention du 20 décembre 88 trafic illicite de stup et de substances psychotique + Convention Conseil de l'Europe de 90 relative au blanchiment, dépistage, saisi et confiscation des produits du crime. Elle demande aux Etats d'incriminer le blanchiment quelque soit l'infraction d'origine.

A partir de là, à l'échelle internationale et française, on va voir fleurir des organismes qui auront pour mission de faire des recommandations ou de recevoir des déclarations de professionnels susceptibles de connaitre de ces infraction.

Le GAFI est un groupe d'expert mis en place par le G7, qui a pour tâche d'analyser le processus de blanchiment, le processus répressif. Il fait des recommandations qui sont aujourd'hui non contraignante juridiquement mais qui el sont politiquement. En France, el gouvernement va créer 2 organismes importants : l'office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF) : centraliser information, aider, lien centrale du point de vu de la PJ, de l'enquête. + une cellule de coordination, le TRACFIN (traitement des renseignements et de l'action contre les services financiers) : rôle de centralisation des déclarations faites par un certain nombre de professionnels. Pour que le service TRACFIN puisse avoir des informations utiles, on va adopter la loi du 12 juillet 90, par laquelle ces professionnels deviennent partenaires de la justice en déclarant els soupçons : participation des organismes financiers à la lutte du blanchiment de capitaux provenant du trafic de stup.

L'UE n'est pas en reste puisque d'un part elle a signé la covnention Onu de décembre 95, mais elle a surtotu adopté 3 directives dans ce domaine là : la 1<sup>ère</sup> de juin 91 dans laquelle les autorités européennes invitent les Etats à mettre en place un certain nombre de mesures qui permettraient de fin au blanchiment de trafic de stup.

Modifié par une directive de décembre 2001 où on va élargir le domaine de l'incrimination à toute sorte de délinquance avec iune 1<sup>ère</sup> extension des professionnels visés par els textes.

Dans une 3<sup>ème</sup> directive d'octobre 2005 : élargissement important des professionnels obligés de déclarer les soupçons. Ce qui a inquiété les avocats pour qui le secret est très important, donc on est des aménagement, avec des gardes fou pour qu'ils puissent travailler dans de bonnes conditions. La Convention ONU est entrée en vigueur en France en 91 et elle a eu pour conséquence une loi du 14 novembre 90 qui permet l'exécution de décisions pénales étrangères dans ce domaine là. L'idée est de permettre la confiscation de biens saisis à l'étranger.

La Convention conseil de l'Europe de 90 est entrée en vigueur en France de 97, via la loi du 13 mai 96 qui intéresse la lutte contre le blanchiment et la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation. C'est pas cette loi que les articles 324-1 et suivants ont pu être intégrés dans le CP. On a créé une catégorie d'incrimination et on a modifié le CPP pour être en règle avec la convention du Conseil de l'Europe.

## B- Les textes :

2 catégories relatives au blanchiment.

L'incrimination spéciale date de 97, s'intéresse au blanchiment d'argent du trafic de stup intégré dans le code de la santé publique, c'est un délit. Elles ont été transférées dans le CP aux articles 222-38 et suivants. L'intérêt de cette incrimination est de conserver une procédure particulière en matière du blanchiment du trafic de stup. Cela permettait au législateur d'utiliser ces règles dérogatoires au blanchiment et non seulement au trafic de stup.

L'incrimination générale est issue de la loi de 96, prolongement de la convention de Strasbourg : articles 324-1 et suivants du CP. A propos de cette catégorie, on envisagera la condition préalable, l'élément matériel et l'élément moral.

### 1- Condition préalable :

Un crime ou un délit. Il faut que le juge qualifie l'infraction d'origine. L'infraction de blanchiment est définie par le texte comme un aide ou un concours. Dans un 1<sup>er</sup> temps la jurisprudence a considéré que l'auteur de l'infraction principale ne pouvait pas être blanchisseur et inversement. On considérait que les infractions étaient exclusives. Depuis une jurisprudence de 2004, La chambre criminelle considère que la personne poursuivie peut être poursuivie pour blanchiment et trafic quand elle apporte son concours à une infraction qu'elle commet elle-même. Dans l'arrêt du 7 octobre 2009, les 2 hommes ont été poursuivis pour trafic et pour blanchiment.

Il faut apporter la preuve de l'infraction originelle, y compris si elle est commise à l'étranger. C'est la difficulté principale des juges d'instruction : quand il y a blanchiment, il y a trafic impliquant plusieurs Etats.

Peu importe la poursuite ou non de l'auteur de l'infraction principale. Ce qui importe c'est d'apporter la preuve de cette infraction originelle.

Depuis la loi du 13 mai 96, peu importe la nature de cette infraction originelle, elle peut être considérée comme plus ou moins grave. Tout de même 2 exceptions :

L'infractions spéciales qui intéressent le trafic de stup

Le blanchiment d'un délit douanier.

Il peut avoir été prévu par une autre loi, extérieure au code....

Pb aux parlementaires : pour certains, le blanchiment ne peut pas être relié à une infraction spéciale. Ils auraient préféré que son champ soit restreint aux crimes et délits organisés, prévus dans le CP, ils auraient préféré une liste d'infractions à partir desquelles le blanchiment pouvait être poursuivi. Mais rejet car cela aurait limité la répression et ça compliquait les choses puisqu'il aurait fallu regarder si l'infraction d'origine entrait dans les délits français....

Aussi parce ces propositions n'étaient pas conformes aux textes internationaux. Donc le principe est celui de la généralité du domaine de l'infraction d'origine. En pratique, on se rend compte que les personnes poursuivies pour blanchiment le sont en général quand l'infraction d'origine est une infraction susceptible d'apporter un profit financier substantiel.

## 2- L'élément matériel :

L'article 324-1 distingue dans ses 2 alinéas les deux formes de blanchiments : le fait de faciliter la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus... + le fait d'apporter un concours à une opération de placement ....

Faciliter par tout moyen : la généralité de l'expression s'explique par la diversité des expressions, l'imagination des délinquants : justifier l'argent provenant de l'étranger de casino. La plus part du temps les procédures de facilitation sont des faux, des jeux d'écriture fictive cette incrimination est donc finalement un acte de complicité. On va aider l'auteur de l'infraction principale à brouiller les pistes. C'est de la complicité qu'on a érigé en délit autonome pour être sûr de réprimer l'auteur. Il est possible que cette facilitation soit constituée par une abstention car on occupe une fonction particulière et le fait de ne rien faire constitue une forme d'encouragement ou d'aide à...

Les biens : le texte parle de biens ou revenus. On a complètement copié les dispositions de la Convention CE : biens de toute nature, corporel ou incorporel, meubles ou immeubles. La notion de revenu a été ajoutée par le législateur français dans la mesure où on a considéré que la criminalité organisée tirait souvent d'avantage profit de placements que du bénéfice net. Cela permet de prendre en considération tous les profits directs ou indirects.

L'incrimination : l'accusation ici n'a pas besoin de démontrer que les biens ou revenus proviennent effectivement d'un crime ou d'un délit. Il suffit de démontrer que la justification est mensongère et que le bénéficiaire a commis un crime ou un délit et qu'il en a ensuite tiré profit. Il y a une sorte de présomption de fond selon laquelle le mensonge porte nécessairement sur

le produit de l'infraction, présomption quasi irréfragable parce qu'ici peu importe le bien ou le revenu sur lequel va porter le mensonge, il appartient à une personne qui a commis un crime ou un délit et en a tiré un profit : blanchiment indirecte. C'est une facilité pour l'enquête.

2<sup>ème</sup> forme de blanchiment : apporter un concours. On est plus dans un cas de complicité. On aide quelqu'un soit à l'opération de placement, dissimulation ou conversion du produit, à l'un ou l'autre des stades. On l'appelle le blanchiment directe car on est coauteur. La jurisprudence a du préciser un certain nombre de choses: apporter son concours + les produits sur lesquels portent les opérations. Sur le concours lui-même : apporter son aide, son appui ou participer au même acte avec un autre : on incrimine la collaboration.

Ex : un notaire qui rendait visite à un trafiquant de stup, il veut acquérir un logement, le notaire va régulariser un acte de vente, il avait participer en connaissance de cause à cette opération, proposant de dissimuler els transfert d'argent.

Les produits sur lesquels vont porter les opérations : article 324-1, le produit direct ou indirecte d'un crime ou d'un délit. L'objet du blanchiment ne sera pas forcément identique à l'objet de l'infraction. La question principale est celle de la preuve. Comment prouver que le produit est le résultat d'une succession de transformation du produit de l'infraction. Il n'y a pas de présomption de fond, c'est à dire qu'il faut apporter la preuve que les biens sur lesquels portent les opérations de placement sont assurément le produit de l'infraction principale, il y a un lien directe entre l'infraction de départ et le bien blanchi.

### 3- L'élément moral :

Il faut une intention : article 121-3 al1. Pas de blanchiment par imprudence. Il faut que el parquet apporte la preuve de l'intention. Certains pays ont considéré qu'on pouvait déduire l'élément moral des circonstances objectives, créer un délit matériel. La Convention de Strasbourg autorisait à mettre en place cette présomption de connaissance. Le droit français n'a pas choisi cette voie, plus respectueux du principe de la légalité. EL blanchisseur doit avoir agit en connaissance de cause. Il faut soit que le blanchisseur ai connaissance que l'auteur d'origine a commis un crime ou un délit ou que le bien provient de ce type de criminalité, peu importe qu'il connaisse la nature de l'infraction, les circonstances, la victime...

Il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que le blanchisseur ai tiré profit de l'acte incriminé. La qualité professionnelle sera déterminante. Le blanchiment, le trafic d'influence ... sont des infractions difficile à découvrir.

## **Chapitre 2 : Des infractions spécifiques**



## **Section II : L'exemple de l'abus de biens sociaux:**

Finance des actes de corruption ou de trafic d'influence, financement de partis politiques, enrichissement personnel. Il est facile à découvrir. L'efficacité de l'abus de biens sociaux a été vérifiée dans les années 90 avec des scandales financiers, avec l'affaire du crédit Lyonnais.

On veut mettre en place des contrôle plus efficace par rapport à la transparence des actes d'entreprises. Loi du 15 mai 2001 essaie de transposer en France la notion de gouvernance d'entreprise : but d'attirer les investisseurs en respectant une certaines déontologie. On voit surgir des services de déontologie.

L'abus de biens sociaux a été institué par un décret loi de 35. A l'origine on veut protéger les membres de certaines sté. La loi du 24 juillet 66 sur els stés commerciales va instituer le délit d'abus de biens sociaux pour els sociétés commerciales, pour les dirigeants et aujourd'hui, les délits sont prévus dans le Ccom. L'objet principal du délit est de protéger les biens et le crédit de la sté contre les abus de gestion. Dans le Ccom c'est une infraction majeure qui s'intéresse au SAS, SA et SARL. Or du Ccom, l'abus de biens sociaux peut être relevé dans certaines sociétés civiles. On le trouve également dans le Code des assurances, dans le CCH. L'abus de biens sociaux ne protège pas toute sorte de sociétés. Il y a des exclusions liées principalement à al forme sociale de la sté. Ne sont pas visées les stés de personnes, les sociétés en participation, les sté de fait et les stés de droit étranger, els associations et les syndicats.

### **I- Condition préalable :**

(cf p19 polycop, article L241-3, 4<sup>ème</sup> et 5<sup>èmement</sup> : abus de biens sociaux à l'encontre d'une SARL.)

La notion de biens et de pouvoir/ la notion de crédit et devoir

### **A- La notion de biens sociaux :**

Il faut entendre la notion de biens sociaux dans un sens très large, le plus souvent il s'agit des fonds sociaux.

Le dirigeant pratique une confusion systématique entre les fonds sociaux et les fonds privés pou fonds qui appartiennent à des stés gérées par une même personne.

La jurisprudence indique qu'il n'est pas important que el bine détourné appartient à la sté, il suffit qu'elle en est la disposition exclusive.

### **B- La notion de crédit social :**

Le crédit de la sté s'entend de sa renommée commerciale, la réputation de la sté, la bonne marche de l'entreprise, l'aspect sain de sa gestion. Le dirigeant peut abuser du crédit de la sté en faisant cautionner par la sté un prêt ou une avance qui lui sont personnellement fait. Si le dirigeant abuse de ce crédit, il faut en déduire que le préjudice peut n'être qu'éventuel, il peut être moral. La jurisprudence retient le risque de l'opération, le risque qu'il fait pendre le dirigeant à la sté. Dans un arrêt de décembre 2001, le dirigeant de la sté s'était porté acquéreur d'actions et est devenu P de la sté et va émettre un chèque sur le compte bancaire de la sté pour les actions qu'il souhaite acquérir. Pour la Cour d'appel il utilise les biens sociaux pour acquérir ses actions. La chambre criminelle fait une substitution des motifs : pas abus des biens mais du crédit de la sté, car c'est al signature sociale qui prime sur l'utilisation des biens.

### **C- La notion de pouvoirs :**

Pouvoirs statutaires, légaux détenus par les dirigeants. Il y a souvent un lien à fait entre le pouvoir et les biens. Si le dirigeant a abuser des biens de la sté c'est qu'il a le pouvoir de la faire. Dans le doute, poursuite pour abus des biens et pouvoirs.

### **D- Les voies sociales :**

Procurations qui vont être délivrées par els actionnaires aux dirigeants pour les représenter dans les assemblées.

Pendant longtemps, les procurations étaient délivrées en blanc : l'actionnaire signait et le dirigeant votait. Mais il est arrivé que le dirigeant utilise la voie de l'actionnaire pour voter comme il le souhaitait. Une réforme en 83 a voulu modifier le système et a strictement règlementé les pouvoirs en blanc et instauré le vote par correspondance.

## **II- Eléments constitutifs**

### **A- Elément matériel :**

#### **1- Un usage : un acte de commission :**

Il s'agit d'un acte de commission : appropriation ou dissipation du bien, ex : rémunérations abusives, s'octroyer des avantages non dus... On se considère possesseur des biens qui appartiennent à la sté.

Il peut y avoir simple acte d'administration ou simple utilisation. On parle d'usage des biens, des lois, des crédits à des fins non licites.

Mais la Cour de cassation a considéré que dans le mot d'usage, il pouvait y avoir une omission d'agir. En 72, une jurisprudence dans laquelle la Cour de cassation considère que l'omission peut constituer un usage abusif :

un dirigeant s'est abstenue de réclamer à une autre sté dans laquelle il était intéressé le paiement. Cette abstention était constitutive d'un abus de biens sociaux. En 97, on semble revenir sur cette première position en considérant qu'il fallait que les juges du fond apportent une preuve d'une participation personnelle du dirigeant, l'omission ne peut être condamnable. En 2004, la chambre criminelle élargit les possibilité de répression en reprenant une formule de 72 : l'usage des biens peut résulter non seulement d'une action mais aussi d'un abstention volontaire.

## 2- Un usage contraire à l'intérêt de la société :

Il faut distinguer selon que le société est autonome, indépendante ou s'il s'agit d'un groupe de société.

### *a- Qualification dans le cadre d'une sté indépendante*

La difficulté tient au fait que l'intérêt d'une société varie d'une d'un établissement à un autre

1<sup>ère</sup> hypothèse : l'acte est certainement étranger à l'objet social de la sté. Il s'agit d'acte qui ne rentrent pas dans l'objet statutaire. Ex : acheter des parts sociales dans une société de chasse par une société de chasse. Il n'entre pas dans l'objet social parce qu'il est illégal. Quand il y a distance entre l'objet social et l'acte visé, cet élément d'extranéité ne suffit pas à caractériser la contrariété à l'intérêt de la société. La jurisprudence se demande s'il y a ou non une contrariété aux intérêts de la société.

La jurisprudence doit rechercher s'il y a contre partie et si elle aussi est licite. La jurisprudence a considérée qu'elle pouvait être exclusivement financière. Affaire : une SARL qui fait de la dentelle, achat d'appartement par l'entreprise utilisés par les dirigeants. Mais usage non contraire : pas interdit d'investir dans la pierre + il y a une contre parti constitué par les loyers.

La jurisprudence c'est interroger sur l'acte ayant un objet illicite. Dans un 1<sup>er</sup> temps, la jurisprudence décide que dès lors que l'acte poursuit un but illicite il est constitutif d'abus de biens sociaux, peu importe que l'objectif ultime soit l'intérêt de al société. Evolution vers la souplesse. En 1997, après beaucoup d'hésitation, dans une affaire Carignon d'octobre 97, la jurisprudence s'est stabilisée en reprenant la position de 92. Quelque soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation de fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social. 2 raisons apportées : cet acte va exposer la personne morale à un risque anormale de sanctions pénales ou fiscales et cet acte porte atteinte au crédit et à la réputation de la personne morale.

2<sup>ème</sup> hypothèse : L'acte parait s'intégrer dans l'intérêt social : lorsque l'entreprise connaît des difficultés il peut y avoir des dérives et des dérapages. La paiement d'une dette sociale n'est ici pas remis en cause,

pourtant il y a un certain nombre de dépenses qui servent a priori le fonctionnement de l'entreprise mais qui finalement après examen très fin avoir pour seul objet l'intérêt du dirigeant sans avoir pour contre partie l'intérêt de la société. Ex : le paiement des amendes pénale du dirigeant ou les honoraires d'avocats du dirigeants. Entrent aussi dans cette catégorie les salaires fictifs, les études fictives.

3<sup>ème</sup> hypothèse : L'hypothèse où le dirigeant a exposé sa société à un risque de perte qu'il n'aurait pas du provoquer. C'est par exemple le dirigeant qui fait cautionner par sa société une dette qui lui est personnelle.

#### *b- Qualification dans le cadre d'un groupe de sociétés :*

Les groupes n'ont pas la PM, chacune des sociétés a sa propre vie. Le dirigeant de plusieurs sociétés dans un même groupe peut-il soutenir une sté qui va mal grâce aux bénéfices d'une autre. Jurisprudence : un acte qui peut être considéré comme contraire à l'intérêt social selon le droit commun, mais finalement il cessa d'être contraire à l'intérêt social si au regard de certaines conditions il peut être considéré comme conforme à l'intérêt commun, à l'intérêt du groupe. 3 conditions pour considérer qu'il n'y a pas abus de biens sociaux :

Un groupe effectif

Il faut que l'acte en question soit justifié par l'intérêt économique ou social du groupe. Le concours consentie par une société ne doit pas être démesurée au regard des possibilités de la société qui va faire un effort.

Enfin, la société qui reçoit doit pouvoir verser une contrepartie à la société qui offre.

Ces conditions ont été mises ne place dans les années 80, elles sont souvent invoquer comme moyen de défense, mais la jurisprudence les admet rarement, elle est très rigoureuse, elle les accepte trop peu souvent.

### **B- L'élément moral :**

#### 1- La mauvaise foi

C'est un acte de mauvaise foi, accompli dans un but d'intérêt personnel. Il suppose la connaissance du dirigeant du caractère contraire à l'intérêt de la société de l'acte commis.

#### 2- Le but d'intérêt personnel

Ensuite, un but d'intérêt personnel : l'objectif poursuivit est souvent patrimonial ou matériel, mais la jurisprudence admet l'objectif moral, c'est à dire que l'on va par exemple agir de façon contraire à la société pour sauvegarder la réputation familiale, ou entretenir des relations personnels

avec des personnages politiques influents....

### **III- La répression:**

#### **A- Les personnes responsables : dirigeants de droit et dirigeants de fait**

La jurisprudence sanctionne les dirigeants de droit et de fait. Pour les dirigeants de fait, il faut établir qu'ils se sont livrés à une véritable gestion de fait de la société, mais la jurisprudence a considéré que certaines hypothèses il fallait réprimer ces actes commis par ses autorités qui n'ont pas le titre mais qui ont les pouvoirs.

#### **B- La prescription de l'action publique**

La prescription de l'action publique court à partir de la commission du délit, c'est à dire du détournement. La jurisprudence considérait en cas d'infraction occulte que le point de départ est le jour où est apparu et a été constaté le délit. Mais aussi le jour où on peut exercer l'action publique dans de bonnes conditions. C'est donc la date où les personnes habilitées à la mise en mouvement de l'action publique ont été informées de l'acte en question, ex : commissaires aux comptes, experts comptables....

La jurisprudence reste constante jusqu'à un arrêt du 13 octobre 99: cassation car la juridiction du fond n'avait pas répondu aux conclusions de la défense qui faisait valoir que rien n'avait été dissimulé, tout était clair depuis longtemps. Donc la chambre criminelle va casser l'arrêt, suivre le pourvoi et renvoyer en exigeant des juridictions du fond qu'elles apportent la preuve d'une dissimulation qui autoriserait à reculer le point de départ de la prescription.